

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
JEAN MISCHO

föredraget den 18 maj 2000 *

1. Mo och Domsjö AB (nedan kallat MoDo) har, genom ansökan som inkom till domstolens kansli den 24 juli 1998, överklagat förstainstansrättens dom av den 14 maj 1998, Mo och Domsjö mot kommissionen¹ (nedan kallad den överklagade domen), angående en av MoDo väckt talan om ogiltigförklaring av kommissionens beslut 94/601/EG av den 13 juli 1994 om ett förfarande för tillämpning av artikel 85 i EG-fördraget (IV/C/33.833 — kartong)² (nedan kallat beslutet).

2. Genom beslutet bötfälldes 19 tillverkare och leverantörer av kartong inom gemenskapen. De böter som MoDo ålades uppgick till 22 750 000 ecu. Förstainstansrätten biföll delvis talan men nedsatte inte bötesbeloppet.

3. Vad gäller bakgrunden till tvisten, de väsentliga delarna i beslutet och förstainstansrättens motivering, hänvisas till den överklagade domen.

4. Modo har i överklagandet yrkat att domstolen skall

”i) upphäva förstainstansrättens dom i mål T-352/94 av den 14 maj 1998 åtminstone till viss del,

ii) ogiltigförklara, åtminstone till viss del, kommissionens beslut 94/601/EG av den 13 juli 1994 om ett förfarande för tillämpning av artikel 85 i EG-fördraget (IV/C/33.833 — kartong) i den mån det avser klaganden,

iii) upphäva eller åtminstone nedsätta de böter som klaganden har ålagts, och

iv) förplikta kommissionen att ersätta klagandens rättegångskostnader vid domstolen och förstainstansrätten.”

* Originalspråk: franska.

1 — T-352/94 (REG 1998, s. II-1989).

2 — EGT L 243, s. 1.

5. Klaganden har till stöd för sitt överklagande gjort gällande att förstainstansrätten gjorde sig skyldig till felaktig rätts-tillämpning,

ii) avvisa överklagandet, eller alternativt ogilla det, i den del det däri har yrkats att,

”i) när den fastställde att det förhållandet att kommissionen i beslutet inte redovisade de omständigheter som den genomgående hade beaktat när den fastställde klagandens böter inte utgjorde ett sådant åsidosättande av motiveringsskyldigheten som kunde motivera att böterna skulle upphävas helt eller till viss del,

a) domstolen skall ompröva den bedömning som förstainstansrätten, i sin fulla prövningsrätt, gjorde avseende böterna,

b) beslutet skall ogiltigförklaras helt eller till viss del,

och, i andra hand,

iii) ogilla överklagandet i övrigt,

ii) när den fastställde att dess slutsats att kommissionen inte kunde styrka alla verkningar som överträdelsen påstods ha haft inte avsevärt påverkade dess bedömning av överträdelsens svårighetsgrad och därmed inte kunde medföra att bötesbeloppet skulle nedsättas.”

iv) förplikta MoDo att ersätta kommissionens rättegångskostnader i domstolen.”

6. Kommissionen har yrkat att domstolen skall,

7. De två grunder som MoDo har åberopat har även åberopats av flera andra berörda företag som överklagat förstainstansrättens domar.

”i) fastställa domen i dess helhet,

8. Eftersom MoDo är ensamt om att bara åberopa dessa två grunder kommer jag att inom ramen för detta förslag till avgörande att behandla dem gemensamt, det vill säga jag kommer även att undersöka de argu-

ment som andra företag har framfört till stöd för dessa grunder.

9. I mina förslag till avgörande i mål rörande dessa företags överklaganden hänvisas helt enkelt till detta förslag till avgörande.

Huruvida överklagandet kan tas upp till sakprövning

10. Kommissionen har bestritt att målet kan tas upp till sakprövning av två skäl.

11. För det första har kommissionen påstått följande.

12. I sin ansökan vid förstainstansrätten hade MoDo yrkat att förstainstansrätten skulle ogiltigförklara artikel 1 i beslutet, vari fastställdes att MoDo hade åsidosatt artikel 85.1 i EG-fördraget (nu artikel 81.1 EG). Förstainstansrätten ogillade detta yrkande.

13. MoDo har inte uttryckligen bestritt detta ogillande. Grunderna för överklagandet hänför sig endast till de delar av den överklagade domen som rör bötesnivån. Företaget har inte påstått att förstainstansrätten gjorde sig skyldig till felaktig tillämpning eller tolkning av gemenskapsrätten genom att fastställa artikel 1 i beslutet.

14. I synnerhet har inte MoDo — alljämt enligt kommissionen — bestritt förstainstansrättens bedömning i punkt 34 i den överklagade domen, i vilken det fastställdes att vissa av MoDo:s argument endast rör bötesnivån och att de därför, även om de hade godtagits, inte skulle kunnat medföra en ogiltigförklaring av själva beslutet. Trots detta är det samma grunder som åberopas inom ramen för överklagandet.

15. Jag anser att kommissionens redogörelse är riktig.

16. I den mån det i överklagandet har yrkats att den överklagade domen skall upphävas i sin helhet kan det följaktligen inte tas upp till sakprövning.

17. För det andra har kommissionen bestritt att överklagandet kan tas upp till sakprövning på klagandens andra grund. Under denna grund har MoDo gjort gällande att förstainstansrätten gjorde sig

skyldig till felaktig rättstillämpning när den inte nedsatte böterna efter att ha konstaterat att kommissionen endast delvis hade lyckats styrka de i beslutet angivna verkningarna av överträdelsen.

18. Kommissionen har hävdad att domstolen klart har uttryckt att det inte ankommer på domstolen att, när den prövar rättsfrågor i mål om överklagande, göra en skälighetsbedömning som ändrar den bedömning som förstainstansrätten har gjort med stöd av sin fulla prövningsrätt i enlighet med artikel 172 i EG-fördraget (nu artikel 229 EG) och enligt artikel 17 i rådets förordning nr 17 av den 6 februari 1962,³ Första förordningen om tillämpning av fördragets artiklar 85 och 86.

19. Detta är naturligtvis riktigt, men i domen i målet Ferriere Nord mot kommissionen⁴, vilken kommissionen för övrigt har hänvisat till, fastställde domstolen att den är behörig ”att undersöka om förstainstansrätten i tillräcklig utsträckning i rättsligt hänseende har besvarat samtliga argument som sökanden har anfört avseende undanröjande eller nedsättande av böterna”.

20. Domstolen kan således inte underlåta att pröva MoDo:s argument i detta avseende.

21. Dessutom har en annan klagande, Cascades SA (nedan kallad Cascades), åberopat samma grund och formulerat den som en fråga om tolkningen av begreppet ”överträdelsens verkningar på marknaden” och den relativa betydelsen av överträdelsens inverkan på marknaden i förhållande till de mål som medlemmarna i överenskommelsen har eftersträvat och till de medel som de har använt. Detta är enligt min mening en rättsfråga.

22. Jag anser därför att domstolen inte kan godta kommissionens andra invändning om rättegångshinder.

Den första grunden

23. I likhet med åtta andra företag har MoDo hävdad att förstainstansrätten gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning när den fastställde att det förhållandet att kommissionen i beslutet inte redovisade de omständigheter som den genomgående hade beaktat när den fastställde klagandens böter inte utgjorde ett sådant åsidosättande av motiveringsskyldigheten som kunde motivera att böterna skulle upphävas helt eller till viss del.

24. När förstainstansrätten behandlade dessa anmärkningar i punkterna 266—280 i den överklagade domen, och i motsvarande punkter i de övriga domarna, avgjordes frågan i flera steg. Med hänvisning till

3 — EGT 13, 1962, s. 204; svensk specialutgåva, område 8, volym 1, s. 8.

4 — Dom av den 17 juli 1997 i mål C-219/95 P (REG 1997, s. I-4411), punkt 31.

domstolens dom i målet Van Megen Sports mot kommissionen⁵ inledde förstainstansrätten med en erinran om att skyldigheten, enligt fast rättspraxis, att motivera ett individuellt beslut syftar till att göra det möjligt för gemenskapens domstolar att pröva beslutets lagenlighet och ge den berörda parten tillräckliga upplysningar för att denne skall kunna bedöma om beslutet är välgrundat eller om det eventuellt är behäftat med ett sådant fel att dess giltighet skulle kunna ifrågasättas, med det tillägget att denna skyldighet beror på rättsaktens art och det sammanhang i vilket den har antagits.

25. I det avseendet framhöll förstainstansrätten att omfattningen av skyldigheten att motivera ett beslut, varigenom flera företag åläggs böter för en överträdelse av gemenskapens konkurrensregler, skall fastställas med hänsyn till ett stort antal omständigheter, såsom de särskilda omständigheterna i det enskilda fallet, dess kontext och böternas avskräckande verkan, utan att, vilket påtalades i domstolens beslut i målet SPO m.fl. mot kommissionen,⁶ det har fastställts någon tvingande eller uttömmande förteckning över de kriterier som absolut skall tas i beaktande.

26. Med hänvisning till sin dom i målet Martinelli mot kommissionen⁷ framhöll

5 — Dom av den 11 december 1996 i mål T-49/95 (REG 1996, s. II-1799), punkt 51.

6 — Domstolens beslut av den 27 mars 1996 i mål C-137/95 P (REG 1996, s. I-1611), punkt 54.

7 — Dom av den 6 april 1995 i mål T-150/89 (REG 1995, s. II-1165), punkt 59.

förstainstansrätten, som ytterligare en påminnelse, att kommissionen förfogar över ett utrymme för skönsmässig bedömning på området, vilket utesluter en förpliktelse att använda en exakt matematisk formel.

27. Därefter undersökte förstainstansrätten övervägandena i beslutet och konstaterade följande. I beslutet framgår både de kriterier som beaktades för att fastställa den allmänna bötesnivån och de individuella bötesbeloppen (punkterna 168 och 169 i övervägandena i beslutet). Vad vidare avsåg de individuella bötesbeloppen förklarade kommissionen, i punkt 170 i övervägandena i beslutet, att de företag som deltog i möten med "Presidents Working Group" (nedan kallad PWG) i princip ansågs som "huvudmän" för överenskommelsen, medan övriga företag ansågs som "ordinarie deltagare". Slutligen ansåg kommissionen, i punkterna 171 och 172 i övervägandena, att de bötesbelopp som Rena Kartonfabrik A/S (nedan kallat Rena) och Stora Kopparbergs AB (nedan kallat Stora) har ålagts skall *reduceras väsentligt* på grund av att de samarbetat aktivt med kommissionen samt att åtta företag även kan erhålla *en något mindre reduktion* på grund av att de i sina svar på meddelandet om anmärkningar inte förnekade de huvudsakliga faktiska omständigheter på vilka kommissionen grundade sina anmärkningar.

28. Förstainstansrätten påpekade även att kommissionen under förfarandet lade fram ytterligare sifferuppgifter med avseende på beräkningen av de individuella böterna. Förstainstansrätten konstaterade att även om böterna inte fastställdes genom en strikt matematisk tillämpning av enbart ovan nämnda sifferuppgifter har de emellertid genomgående beaktats vid beräkningen av böterna.

29. Därefter har förstainstansrätten erinrat om att beslutet inte anger:

— att böterna beräknades på grundval av varje företags omsättning på gemenskapsmarknaden för kartong år 1990,

— att den grundnivå som tillämpades uppgick till 9 procent för "huvudmän" och till 7,5 procent för "ordinarie deltagare",

— att Stora och Rena fick sina böter reducerade med två tredjedelar och att de övriga åtta företagen fick sina böter reducerade med en tredjedel.

30. Klagandena har gjort gällande att förstainstansrätten borde ha betraktat avsaknaden av dessa sifferuppgifter som en sådan brist på motivering att den utgjorde skäl för en ogiltigförklaring av beslutet.

31. Vilken ståndpunkt intog då förstainstansrätten? För det första angav den följande: "Mot bakgrund av den detaljerade redogörelsen i beslutet för de faktiska omständigheter som tillskrivits vart och ett av de företag som var mottagare av beslutet finns det i föreliggande fall för det första anledning anse att punkterna 169—172 i övervägandena i beslutet innehåller tillräckliga och relevanta uppgifter om de omständigheter som har beaktats vid bedömningen av hur allvarlig den överträdelse var som vart och ett av de aktuella företagen gjort sig skyldigt till och hur länge den pågått..." (punkt 273 i den överklagade domen).

32. Trots att dessa konstateranden borde ha varit tillräckliga för att förstainstansrätten inte skulle bifalla talan på grund av bristande motivering vid fastställelsen av böterna gjorde den ytterligare överväganden. Förstainstansrätten gjorde gällande att "då, i likhet med det aktuella fallet, bötesbeloppen har fastställts genom att vissa bestämda uppgifter systematiskt beaktats, kan företagen, om var och en av dessa faktorer anges i beslutet, lättare bedöma dels om kommissionen har begått ett fel vid fastställandet av det individuella bötesbeloppet, dels om det individuella bötesbeloppet är berättigat i förhållande till de allmänna kriterier som tillämpats" (punkt 275 i den överklagade domen). Vidare menade förstainstansrätten, eftersom det slutliga individuella bötesbeloppet inte var resultatet av någon strikt matema-

tisk tillämpning av de beaktade faktorerna, att ett omnämmande i beslutet av de ifrågavarande faktorerna inte skulle ha utgjort ett problem med avseende på de krav som uppställs i artikel 214 i EG-fördraget (nu artikel 287 EG) beträffande affärshemligheter, vilket även bekräftas av att ett sådant omnämmande gjordes under en presskonferens som hölls samma dag som beslutet antogs.

33. Detta konstaterande, att kommissionen valde att informera pressen om faktorer som inte fanns omnämnda i själva beslutet, åtföljs av en erinran om att motiveringen av ett beslut enligt fast rättspraxis skall ingå i själva beslutet och att hänsyn inte kan tas till kommissionens efterföljande förklaringar annat än i särskilda fall.

34. Därefter återvände förstainstansrätten till motiveringen av de fastställda bötesbeloppen och konstaterade att den åtminstone var lika detaljerad som kommissionens motiveringar av tidigare beslut om liknande överträdelser. Även om en invändning om bristande motivering är sådan att förstainstansrätten ex officio kan ta upp den till prövning, hade, vid den tidpunkt då beslutet fattades, trots överprövning, ingen kritik riktats från gemenskapsdomstolens sida mot kommissionens praxis i fråga om motivering av ålagda böter.

35. Det var först i domar meddelade år 1995, avseende talan som riktats mot kommissionens beslut mot en överenskom-

melse på marknaden för armeringsstål,⁸ (nedan kallade armeringsstålmaålen) som förstainstansrätten för första gången framhöll ”att det är önskvårt att företagen i detalj kan ta del av det sätt på vilket de ålagda böterna har beräknats, utan att de för den skull skall vara tvungna att väcka talan mot kommissionens beslut” (punkt 277 i den överklagade domen).

36. Av denna praxis från 1995 följer enligt förstainstansrätten att ”när kommissionen i ett beslut konstaterar att konkurrensreglerna har överträtts och ålägger de företag som har deltagit i överträdelsen böter skall kommissionen, om den systematiskt har beaktat vissa grundläggande omständigheter för att fastställa bötesbeloppen, ange dessa omständigheter i själva beslutet så att mottagarna av detta skall kunna kontrollera om bötesnivån är välgrundad och bedöma om det eventuellt förekommit diskriminering”.

37. Även om beslutet inte uppfyller dessa krav utgör det inte, enligt förstainstansrätten, skäl nog att helt eller delvis upphäva de ålagda böterna, med hänsyn dels till att domarna i armeringsstålmaålen innebär ny rättspraxis, dels till det förhållandet att kommissionen under domstolsförfarandet hade visat sig villig att lämna alla upplysningar som var av relevans för beräkningen av böterna.

8 — Dom av den 6 april 1995 i mål T-148/89, Tréfilunion mot kommissionen (REG 1995, s. II-1063).

38. Klagandena har riktat skarp kritik mot denna hållning, eftersom de finner den motsägelsefull. Enligt klagandena kunde inte förstainstansrätten, utan att åsidosätta gällande rätt, på samma gång som den konstaterade att beslutet saknade ett antal sifferuppgifter, fastställa sin egen rättspraxis, enligt vilken kommissionen är skyldig att, när den som i det aktuella fallet systematiskt har beaktat vissa faktorer, upplysa dem som beslutet riktar sig till om dessa sifferuppgifter, och komma fram till att avsaknaden i beslutet av sådan upplysning inte påverkar beslutets giltighet.

39. Förutom denna motstridighet leder förstainstansrättens resonemang — fortfarande enligt klagandena — till två åsidosättanden av de principer som utvecklats i domstolens praxis.

40. För det första anser sig förstainstansrätten i efterhand kunna begränsa de tidsmässiga verkningarna av den tolkning som den, i fråga om vilka krav som skall gälla för beräkningen av böter enligt artikel 190 i EG-fördraget (nu artikel 253 EG), gjorde i domarna i armeringsstålmaålen, trots att det följer av fast rättspraxis att tolkningen av en gemenskapsbestämmelse skall klargöra och precisera dess innebörd och räckvidd såsom den skulle ha tolkats och tillämpats från början, *ex tunc*, utom när domen som innehåller bestämmelsen ifråga ger en annan tolkning. För det andra kan inte förstainstansrätten, utan att gå emot den rättspraxis som den själv hänvisat till, fastställa att en brist på motivering kan "avhjälpas" genom förklaringar avgivna vid en presskonferens eller i ett senare skede av domstolsförfarandet.

41. Kommissionen har besvarat klagandenas kritik genom att särskilja förstainstansrättens olika överväganden.

42. Enligt kommissionen fastställde förstainstansrätten, i punkt 273 i den överklagade domen,⁹ i huvudsak att beslutet uppfyller de krav på motivering som ställs enligt artikel 190 i EG-fördraget och att övriga förklaringar bara skall förstås som *obiter dicta*. De ställer för övrigt inte till med några som helst problem för kommissionen, eftersom kommissionen till följd av domarna i armeringsstålmaålen redan i januari 1998, det vill säga innan de domar som rör överenskommelsen på kartongmarknaden meddelades, som en anpassning till förstainstansrättens önskemål drog upp riktlinjer för hur böter ålagda med stöd av artikel 15.2 i förordning nr 17 och artikel 65.5 i EKSG-fördraget skall beräknas.

43. För övrigt har kommissionen erinrat om att förstainstansrätten, efter det att den överklagade domen meddelades, i domar meddelade år 1999 i mål rörande överträdelser av konkurrensreglerna inom sektorn för tillverkning av stålbjälkar, beretts tillfälle att klargöra sin egen rättspraxis från år 1995 och hänvisar i detta avseende till domen av den 11 mars 1999 i målet British Steel mot kommissionen,¹⁰ i vilken det slogs fast att "förstainstansrätten fastställde i sin dom av den 6 april 1995 i mål T-148/89, Tréfilunion mot kommissionen... att det vore önskvärt att företagen — för att bedöma sin ställning med full vetskap om saken — enligt det system som kom-

9 — Och i motsvarande punkter i övriga domar.

10 — T-151/94 (REG 1999, s II-629).

missionen anser vara lämpligt, i detalj skulle kunna få kännedom om sättet att beräkna beloppet av de böter som har ålagts dem i ett beslut om överträdelse av konkurrensreglerna utan att för den skull vara tvungna att väcka talan mot detta beslut. Det förhåller sig på det sättet i ännu större utsträckning när, som i förevarande fall, kommissionen har använt utförliga räkneformler för att beräkna bötesbeloppen. I ett sådant fall är det önskvärt att de berörda företagen, och i förekommande fall förstainstansrätten, skall kunna kontrollera att den metod som använts och de etapper som kommissionen följt är korrekta och förenliga med de bestämmelser och principer som är tillämpliga i fråga om böter, och i synnerhet med icke-diskrimineringsprincipen” (punkterna 626 och 627).

44. ”Det skall emellertid påpekas att sådana sifferuppgifter som tillhandahålls på begäran av en part eller förstainstansrätten med tillämpning av artiklarna 64 och 65 i rättegångsreglerna *inte utgör en ytterligare motivering i efterhand av beslutet. De utgör en översättning till siffror av de kriterier som angetts i beslutet*, när kriterierna själva kan uppskattas.¹¹ I förevarande fall har kommissionen under rättegången på förstainstansrättens begäran tillhandahållit sifferuppgifterna avseende i synnerhet fördelningen av bötesbeloppet mellan de olika överträdelsena som företagen har hållits ansvariga för, fastän beslutet inte innehåller några uppgifter rörande beräkningen av bötesbeloppet. Av detta följer att sökandens argument avseende en bristande motivering skall förkastas” (punkterna 628—630 i domen i det ovannämnda målet *British Steel* mot kommissionen).

45. Slutligen anser kommissionen att om ett beslut inte innehåller all den upplysning förstainstansrätten finner önskvärd kan det endast anses utgöra ett brott mot principen om god förvaltningssed, som inte ensamt utgör skäl för att ogiltigförklara beslutet. Förstainstansrättens resonemang är följaktligen inte inkonsekvent.

46. Hur skall de argument, genom vilka förstainstansrätten förkastade klagandenas påstående om att kommissionen, i strid med artikel 190 i EG-fördraget, inte motiverade de böter som klaganden ålagts, bedömas?

47. Sade förstainstansrätten emot sig själv genom att, såsom klaganden har påstått, vägra ta konsekvenserna av sin egen tolkning av nämnda artikel, eller utvecklade förstainstansrätten ett visserligen komplicerat och dunkelt men konsekvent resonemang, såsom kommissionen gjort gällande?

48. För egen del medger jag svårigheterna med att anse förstainstansrättens motivering alltigenom följdriktig och så logisk att den inte kan ifrågasättas. Det verkar svårt att bara vifta bort klagandens anmärkningar och den uppfattningen förstärks både genom kommissionens försök — trots uppgiftens svårighet — att foga samman förstainstansrättens olika överväganden för att visa att de är förnuftslena, och genom

¹¹ — Min kursivering.

den något krystade ändringen i den ovan nämnda domen i målet British Steel mot kommissionen.

49. Det kan emellertid konstateras att kommissionen försatte domstolen i en besvärlig sits genom att lämna ut ett antal konkreta uppgifter till pressen om hur den hade beräknat de olika bötesbeloppen, uppgifter som inte fanns med i beslutet som hade riktats till de företag som skulle betala böterna. Betydelsen av tilläggsinformationen i fråga får dock inte överdrivas.

50. För det första innehöll faktiskt inte kommissionens pressmeddelande vid tidpunkten för beslutets antagande de aktuella sifferuppgifterna. För det andra uppgav inte heller den för konkurrensfrågor ansvarige kommissionären vid den presskonferens som hölls i samband därmed, alla de sifferuppgifter som förstainstansrätten anser saknas i beslutet.

51. I den mån det går att förlita sig på *Bulletin de l'Agence Europe* av den 15 juli 1994 och några tidningsartiklar som bifogats en av klagandenas, Cascades, stämmningsansökan i förstainstansrätten, förklarade kommissionären att Stora och Rena hade fått sina böter nedsatta med två tredjedelar (i stället för att bötesbeloppen "reduceras avsevärt" såsom det står i beslutet) och att åtta andra företag hade

fått sina böter nedsatta med en tredjedel (i stället för "en något mindre reduktion" av böterna). Kommissionären tillade att andra företag hade ålagts böter om "cirka 9 procent av deras omsättning inom gemenskapen" (procentsiffran 7,5 nämndes aldrig). Slutligen nämnde han de skiftande bötesbelopp som ålagts de olika företagen.

52. Det måste därför konstateras att tilläggsinformationen, jämförd med innehållet i beslutet, inte var så omfattande som klagandena har gjort gällande.

53. Den förvirring som förstainstansrättens resonemang, genom vilket påståendet om åsidosättande av artikel 190 i EG-fördraget förkastades, ger upphov till har sin grund i att övervägandena till beslutet har analyserats i två steg genom vilka samma motivering granskats mot bakgrund av två olika krav, det första klart lägre än den andra. Denna systematiska tvåstegsprocess tycks överensstämma med förstainstansrättens önskan att skilja mellan två sorters upplysning som det berörda företaget skall kunna utläsa ur beslutet: å ena sidan upplysning om hur länge överträdelsen pågått och överträdelsens allvar, å andra sidan upplysning om hur de ålagda böterna har beräknats.

54. Steg ett, som sammanfattas i punkt 273 i den överklagade domen,¹² har egentligen inte ifrågasatts av klagandena och hade svårigen kunnat ifrågasättas. Steg två däremot, som slutbehandlas i punkt 279 i den överklagade domen,¹³ mot vilket klagandena har koncentrerat sin kritik och som kommissionen anser vara ett enkelt *obiter dictum*, ter sig problematiskt när det gäller dess följdriktighet. Det går nämligen knappast att förena påståendet att kommissionen, när utförliga räkneformler har använts för att beräkna bötesbeloppen, i detalj *skall* ange dessa i beslutet på ett sådant sätt "att de berörda företagen... skall kunna kontrollera att den metod som använts och de etapper som kommissionen följt är korrekta och förenliga med de bestämmelser och principer som är tillämpliga i fråga om böter, och i synnerhet med icke-diskrimineringsprincipen", med konstaterandet att fastställelsen av att böterna i det aktuella fallet faktiskt hade gått till på det sättet, konstaterandet att nämnda uppgifter inte har angetts i beslutet och slutsatsen att beslutet inte är otillräckligt motiverat.

55. Förstainstansrätten försöker emellertid förena dem genom att hänvisa till de speciella omständigheterna i det aktuella fallet, det vill säga det förhållandet att uppgifter för beräkningen av böterna omnämndes under domstolsförfarandet och den genom domarna i armeringsstämålen ändrade tolkningen av artikel 190 i EG-fördraget. Härigenom utsätter sig förstainstansrätten emellertid för klagandenas kritik på två punkter. Det finns för det

första enligt fast rättspraxis, vilket förstainstansrätten dessutom själv har erinrat om, inte någon möjlighet att i förstainstansrätten eller i domstolen avhjälpa en bristande motivering i efterhand annat än i särskilda fall i personalmål. För det andra kan enligt fast rättspraxis en tidmässig begränsning av verkningarna av en tolkning ske endast undantagsvis och måste vara motiverad av tvingande hänsyn till i synnerhet rättstrygghet och dessutom göras i den dom i vilken den aktuella tolkningen har gjorts. Dessa villkor är uppenbarligen inte uppfyllda i domarna i armeringsstämålen.

56. Om kommissionens motiveringsskyldighet medförde krav på att de uppgifter som förstainstansrätten omnämnde i punkt 272 i den överklagade domen och i motsvarande punkter i övriga domar skulle funnits med i själva beslutet borde förstainstansrätten ha fastställt att beslutet var otillräckligt motiverat.

57. Jag tror emellertid inte att kommissionen var skyldig att ha med de ifrågavarande sifferuppgifterna i sitt beslut. Hur omfattande är egentligen motiveringsskyldigheten i artikel 190 i EG-fördraget i de speciella fall då böter åläggs genom ett beslut?

58. Såsom förstainstansrätten mycket riktigt har påpekat måste motiveringen till ett sådant beslut ge den berörde de upplysningar som är nödvändiga för att denne

12 — Och i motsvarande punkter i övriga domar.

13 — Och i motsvarande punkter i övriga domar.

skall kunna bedöma om beslutet är välgrundat eller om det eventuellt är behäftat med ett sådant fel att det är möjligt att ifrågasätta dess giltighet, det vill säga ge den berörde möjlighet att avgöra huruvida talan bör väckas. Syftet med motiveringen är naturligtvis också att göra det möjligt för gemenskapsdomstolarna att pröva beslutets lagenlighet. Vid en sådan prövning måste dock hänsyn tas till det vida utrymme för skönmässig bedömning som kommissionen enligt fast rättspraxis har. Det vore således inte rätt att kräva att den här typen av beslut skall innehålla en särskilt detaljerad motivering, eftersom de omständigheter, även kända, på vilka kommissionen har grundat sitt beslut inte kan utgöra skäl för att ogiltigförklara beslutet.

59. Det är riktigt att kommissionen trots sitt vida utrymme för skönmässig bedömning vid fastställelsen av böter skall iaktta vissa regler. Dessa följer antingen av förordning nr 17, genom vilken kommissionen ges behörighet att ålägga böter, eller av allmänna principer i rättspraxis. I artikel 15.2 i förordning nr 17 föreskrivs att "när bötesbeloppet fastställs skall hänsyn tas både till hur allvarlig överträdelsen är och hur länge den pågått".

60. Kommissionen skall således ange hur länge den anser att överträdelsen har pågått samt bedöma överträdelsens svårighetsgrad, eftersom — vilket har påpekats i

beslutet i det ovannämnda målet SPO m.fl. mot kommissionen.¹⁴ som förstainstansrätten citerade — "hur allvarliga överträdelserna är skall fastställas med hänsyn till ett stort antal omständigheter, såsom i synnerhet de särskilda omständigheterna i målet, dess kontext och böternas avskräckande verkan, utan att det har fastställts någon tvingande eller uttömmande förteckning över de kriterier som absolut skall tas i beaktande".

61. Vad som klart framgår av denna rättspraxis är att domstolen inte har velat stänga in kommissionen i något stelt ramverk, inte heller vad gäller vilken typ av faktorer som skall beaktas.

62. Av detta följer, *a fortiori*, att kommissionen inte har någon skyldighet att avslöja de sifferuppgifter, såsom exempelvis procent av omsättning eller nedsättningen i procent, som använts som *referenspunkter eller riktlinjer under beredningen*, i synnerhet när det gäller hur böter som skall åläggas flera företag som i varierande grad deltagit i överenskommelsen skall viktas.

63. Även om kommissionen använde sig av vissa sifferuppgifter under beredningen måste den kunna jämkta böterna i avskräckande syfte utan att behöva fastställa den

14 — Bekräftat i domen i det ovannämnda målet Ferriere Nord mot kommissionen, punkt 33.

siffermässiga storleken av en sådan jämkning. Det utrymme för skönmässig bedömning som domstolen tillerkänt kommissionen leder redan det till att företagens försök att stänga in sanktionsrätten i en strikt matematisk formel måste förkastas.

64. Dessutom är det viktigt att undvika att böterna blir förutsägbara, det vill säga att företagen, innan de ingår i en överenskommelse, tack vare kommissionens sifferuppgifter i tidigare beslut kan göra kostnadskalkyler genom att efterforska vilka bötesbelopp de riskerar att åläggas och jämföra dem med den vinst en uppdelning av marknaden eller en prisöverenskommelse skulle ge.

65. Gemenskapsrättens allmänna principer skall dock likafullt iakttas. När kommissionen bötfäller företag som deltagit i samma överträdelse skall den följaktligen tillämpa likabehandlingsprincipen, vilken innebär att lika situationer skall behandlas lika och olika situationer skall behandlas olika.

66. Kommissionen måste således förklara varför de olika deltagarna i överenskommelsen har behandlats olika vid fastställelsen av bötesbeloppen. Den behöver emellertid varken ange "koefficienterna för differentieringen" eller, *a fortiori*, i beslutet

förklara varför vissa bötesbelopp sattes ned med två tredjedelar och inte med tre fjärdedelar eller till hälften.

67. Dessa punkter i motiveringen till ett beslut är absolut nödvändiga och skall uppfylla både företagens och domstolarnas behov. Om så önskas står det naturligtvis kommissionen fritt att motivera sitt beslut mer än vad som krävs enligt dessa minimikrav vilket, enligt förstainstansrätten, i vissa fall kan visa sig önskvärt. Men så länge minimikraven iakttas varken kan eller behöver man, enligt fast rättspraxis, anse att artikel 190 i EG-fördraget har åsidosatts, varför det var fel av förstainstansrätten att ställa övervägandena i beslutet mot de högre krav den ansåg sig ha fastställt genom domarna i armeringsstål-målen.

68. Det återstår på den här punkten att undersöka om förstainstansrätten inte borde ha fastställt att minimikraven i artikel 190 i EG-fördraget inte hade uppfyllts i det aktuella fallet. Jag anser att beslutet är fullständigt tydligt när det gäller kommissionens bedömning av överträdelsens allvar (punkterna 167 och 168 i övervägandena till beslutet) och jag konstaterar att skälen till differentieringen av företagen är tillräckligt klagjordade i punkterna 169—172 i övervägandena. Det förhållandet att lite mer detaljerad information har tillhandahållits senare, på sätt som

redan nämnts, leder inte till att förstainstansrättens uttalande om att beslutets motivering uppfyller kraven i artikel 190 i EG-fördraget skall ifrågasättas.

Den andra grunden

69. Om kommissionen inte ser några hinder mot att nämna vissa sifferuppgifter bör den visserligen göra det i själva beslutet. Det förhållandet att, som i det aktuella fallet, kommissionen tillade vissa uppgifter, dock av begränsad betydelse, under en presskonferens förtjänar kritik men utgör varken skäl nog för att anse beslutet otillräckligt motiverat eller för att nedsätta böterna.

70. Det förhållandet slutligen att vissa slutsatser i den överklagade domen enligt min mening inte bör fastställas, betyder inte att den skall upphävas. Det följer av domstolens fasta rättspraxis att "om det framgår av domskälen i en dom från förstainstansrätten att gemenskapsrätten har åsidosatts, men domslutet visar sig vara riktigt enligt andra rättsliga grunder, skall överklagandet ogillas".¹⁵ Påståendet om att förstainstansrätten har åsidosatt artikel 190 i EG-fördraget genom sin underlåtelse att fastställa att beslutet var otillräckligt motiverat avseende böterna skall följaktligen ogillas.

71. Modo har tillsammans med övriga klaganden som åberopat denna grund¹⁶ i huvudsak gjort gällande att förstainstansrätten gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning när den fastställde att dess slutsats om att kommissionen inte kunde styrka alla verkningar som överträdelsen påstods ha haft inte avsevärt påverkade dess bedömning av överträdelsens svårighetsgrad och därför inte kunde medföra att bötesbeloppet skulle nedsättas.

72. En av klagandena, Cascades, har tillagt att förstainstansrätten gjorde en felaktig tolkning av begreppet "överträdelsens verkningar på marknaden", vilka hade beaktades när den fastställde böternas storlek. Dessutom gjorde förstainstansrätten sig skyldig till felaktig rättslig bedömning av vissa av de av kommissionen påstådda "verkningarna".

73. Även om domstolen skulle komma fram till att förstainstansrättens tolkning av begreppet "överträdelsens verkningar på marknaden" är riktig, skall den överklagade domen ändå upphävas eftersom proportionalitetsprincipen åsidosatts genom att böterna bibehålls på samma nivå trots att förstainstansrätten fann att kommissio-

15 — Dom av den 9 juni 1992 i mål C-30/91, Lestelle mot kommissionen (REG 1992, s. I-3755), punkt 28.

16 — Cascades (C-279/98 P), Moritz J. Weig GmbH & Co. KG (C-280/98 P), Stora (C-286/98 P) och Metsä-Serla Sales Oy (C-298/98 P).

nen endast till viss del hade styrkt de påstådda verkningarna.

74. Enligt MoDo, som har utvecklat sin talan särskilt i den delen, innebär det förhållandet att böterna inte nedsattes att förstainstansrätten uppenbarligen påtog sig kommissionens politiska roll när den, med beaktande av omständigheter som var mindre allvarliga än dem som kommissionen hade beaktat i praktiken, skärpte sanktionen för en mindre allvarlig överträdelse. Detta strider mot gällande rätt eller, alternativt, strider mot gällande rätt, om inte förstainstansrätten uttryckligen anger att den gör ett undantag och uppger skälen till varför det är motiverat.

75. Det går inte att bedöma huruvida detta påstående är välgrundat utan att undersöka hur överträdelsens verkningar behandlades, först i beslutet och därefter i den överklagade domen.

76. I punkterna 133 och 134 i övervägandena i beslutet tog kommissionen ställning till medlemmarnas syfte med överenskommelsen som, enligt denna, var att ”på konstgjord och hemlig väg begränsa konkurrensen på marknaden och samordna agerandet så att framgången med de samordnade prisinitiativen kunde säkerställas”.

77. I punkt 135 i beslutet fortsatte kommissionen sitt resonemang enligt följande:

”Med hänsyn till att överenskommelsen uppenbarligen strider mot konkurrensreglerna är det inte alldeles nödvändigt för kommissionen att fastställa att den faktiskt har påverkat marknadsvillkoren för att artikel 85.1 skall bli tillämplig.

I det aktuella fallet har existensen av en klart definierad — och negativ — verkan på marknaden likväl bevisats.”

78. Det är således för fullständighetens skull, och för att styrka *existensen* av en enligt EG-fördraget förbjuden överenskommelse, som kommissionen därefter, i punkterna 135—137 i övervägandena i beslutet, granskade överenskommelsens verkningar.

79. I punkt 168 i övervägandena i beslutet, i vilken den allmänna bötesnivån fastställs, räknade kommissionen upp sju omständigheter som grund för den allmänna bötesnivån. Bland dessa återfinns, allra sist, det förhållandet att ”överenskommelsens syften... i hög grad uppnåtts”.

80. Förstainstansrätten anser att "kommissionen härvid hänvisat till den i artikel 1 i beslutet konstaterade överträdelsens inverkan på marknaden" (punkt 292 i den överklagade domen). Sedan prövade förstainstansrätten den bedömning som kommissionen i samband med att den påvisade existensen av en förbjuden överenskommelse, hade gjort av effekterna av prissamverkan.

81. Förstainstansrätten kunde konstatera att ett första slag av resultat som kommissionen hade beaktat, och som klaganden inte hade bestritt, faktiskt hade uppstått. Detta resultat bestod i "att kunderna faktiskt underrättades om de överenskomna prishöjningarna. De nya priserna tjänade härvid som bas i händelse av individuella förhandlingar med kunderna om transaktionspriserna" (punkt 297 i den överklagade domen).

82. I gengäld kom förstainstansrätten fram till att kommissionen endast *delvis* hade lyckats styrka ett annat resultat, det vill säga förekomsten av ett "klart linjärt samband" mellan utvecklingen av de tillkännagivna priserna och transaktionspriserna.

83. Slutligen godtog inte förstainstansrätten kommissionens påstående om "att transaktionsprisen hade varit lägre i avsaknad av en samverkan mellan tillverkarna" (punkt 304 i den överklagade domen). I detta sammanhang fastställde förstainstansrätten även att det inte gick att utifrån medlemmarnas egen rapport

komma fram till att syftena med överenskommelsen i hög grad hade uppnåtts.

84. Sammantagna ledde dessa omständigheter till att förstainstansrätten kunde konstatera att de av kommissionen påstådda verkningarna av överträdelsen endast hade bevisats till viss del. Förstainstansrätten meddelade därför att den avsåg att undersöka betydelsen av denna slutsats inom ramen för sin fulla prövningsrätt i fråga om böter i samband med sin bedömning av den i föreliggande fall konstaterade överträdelsens svårighetsgrad (punkt 307 i den överklagade domen).

85. Så långt i resonemanget (punkt 358 i den överklagade domen) ansåg förstainstansrätten emellertid inte att konstaterandena i fråga om överträdelsens verkningar motiverade en sänkning av den allmänna bötesnivå som kommissionen hade fastställt.

86. Hur gick förstainstansrätten till väga för att bedöma huruvida den allmänna bötesnivån var välgrundad? Såsom redan har konstaterats vad gäller den första grunden baserade förstainstansrätten sitt resonemang på domstolens fasta rättspraxis, enligt vilken "hur allvarliga överträdelserna är skall fastställas med hänsyn till ett stort antal omständigheter, såsom i synnerhet de särskilda omständigheterna i målet, dess kontext och böternas avskräckande verkan, utan att det har fastställts någon tvingande eller uttömmande förteckning

över de kriterier som absolut skall tas i beaktande”.¹⁷

— Överenskommelsen har fungerat i form av ett system för regelbundna, institutionaliserade möten som syftat till att detaljreglera kartongmarknaden inom gemenskapen.

87. Förstainstansrätten erinrade om att kommissionen hade fastställt den allmänna bötesnivån med beaktande av hur länge överträdelsen pågått samt med beaktande av följande omständigheter (punkt 168 i övervägandena i beslutet):

— Sinnrika åtgärder har vidtagits för att dölja samverkans verkliga natur och omfattning (avsaknaden av officiella protokoll eller dokumentation från PWG:s och JMC:s möten, deltagarna uppmanades att inte föra anteckningar, tidpunkten och ordningsföljden för tillkännagivandena om prishöjningarna bestämdes så att man skulle kunna hävda att dessa höjningar endast ’följde på andra höjningar’ osv.).

”— Samverkan kring prisfastställelse och uppdelning av marknaden utgör i sig allvarliga konkurrensbegränsande åtgärder.

— Överenskommelsen gällde för i stort sett hela gemenskapens område.

— Överenskommelsens syften har i hög grad uppnåtts.”¹⁸

— Gemenskapsmarknaden för kartong är en betydelsefull ekonomisk sektor som varje år uppgår till omkring 2,5 miljarder ecu.

— De företag som deltog i överträdelsen täcker praktiskt taget hela marknaden.

88. Förstainstansrätten framhöll därefter att kommissionen vid sin bedömning av den allmänna bötesnivån kunde beakta att uppenbara överträdelser av gemenskapens konkurrensregler fortfarande är förhållandevis vanligt förekommande och att kommissionen därför har rätt att höja bötesnivån när den anser att det är nödvändigt att förstärka böternas avskräckande verkan.

17 — Beslutet i det ovannämnda målet SPO m.fl. mot kommissionen, punkt 54, och domen i det ovannämnda målet Ferriere Nord mot kommissionen, punkt 33.

18 — Punkt 353 i den överklagade domen.

89. Vidare ansåg förstainstansrätten att kommissionen med rätta hade hävdad att ingen direkt jämförelse kunde göras i föreliggande fall mellan den allmänna bötesnivån i beslutet och den bötesnivå som kommissionen hade tillämpat i sin tidigare beslutspraxis, och i synnerhet kommissionens beslut 86/398/EEG av den 23 april 1986 om ett förfarande för tillämpning av artikel 85 i EEG-fördraget (IV/31.149 — Polypropylen)¹⁹ (nedan kallat polypropylenbeslutet). I motsats till ärendet som gav upphov till polypropylenbeslutet kunde nämligen i det aktuella fallet *inte någon sådan förmildrande omständighet* som skulle motivera en nedsättning av den allmänna bötesnivån beaktas.

90. Vidare — fortfarande enligt förstainstansrätten — visade den omständigheten "att åtgärder vidtagits i syfte att dölja samverkans existens att de berörda företagen har varit fullt medvetna om att deras agerande var rättsstridigt. Följaktligen har kommissionen kunnat beakta dessa åtgärder vid bedömningen av hur allvarlig överträdelsen var, eftersom de utgjorde en synnerligen allvarlig aspekt av överträdelsen som gör att den skiljer sig från tidigare konstaterade överträdelser".²⁰

91. Slutligen framhöll förstainstansrätten att överträdelsen dels pågick under lång tid, dels var av uppenbar beskaffenhet samt att den begicks trots att kommissionens

tidigare beslutspraxis, och i synnerhet polypropylenbeslutet, borde ha utgjort ett varnande exempel.

92. Mot bakgrund av dessa omständigheter ansåg förstainstansrätten att kriterierna i punkt 168 i övervägandena i beslutet (omnämnda i punkt 87 ovan) gjorde den allmänna bötesnivå som kommissionen hade fastställt berättigad (punkt 358 i den överklagade domen).

93. När det gällde *resultatet* av överenskommelsen tillade förstainstansrätten följande:

"Förstainstansrätten har visserligen redan konstaterat att de *resultat* av prissamverkan som kommissionen beaktat vid fastställandet av den allmänna bötesnivån endast har bevisats till viss del. Mot bakgrund av vad som anförts ovan påverkar emellertid inte denna slutsats i väsentlig utsträckning bedömningen av hur allvarlig den konstaterade överträdelsen är. I detta hänseende räcker det att företagen faktiskt har tillkännagett de överenskomna prishöjningarna och att de tillkännagivna priserna har utgjort grund för fastställandet av individuella transaktionspriser för att denna prissamverkan skall anses ha haft såväl till syfte som *resultat* att allvarligt begränsa konkurrensen. Förstainstansrätten anser följaktligen inom ramen för sin fulla prövningsrätt att konstaterandena i fråga om överträdelsens verkningar inte motiverar en sänkning av den allmänna

19 — EGT L 230, s. 1.

20 — Min kursivering.

bötesnivå som kommissionen har fastställt.”²¹

Den betydelse resultatet av överenskomsten på marknaden har vid bedömningen av överträdelsens svårighetsgrad

94. Det skall för det första konstateras att det klart framgår av den överklagade domen att förstainstansrätten detaljerat och på ett nyanserat sätt besvarade samtliga argument som klaganden anförde avseende undanröjande eller nedsättning av böterna.

95. För det andra anser jag inte heller att förstainstansrätten gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning när den inom ramen för detta resonemang tolkade begreppet ”överträdelsens verkningar på marknaden”, eller när den avgjorde vilken betydelse resultatet skulle tillmätas vid bedömningen av hur allvarlig en överträdelse är när den, som i det aktuella fallet, har organiserats avsiktligt och uppfyller förstainstansrättens kriterier.

96. I artikel 15 i förordning nr 17 föreskrivs att hänsyn skall tas både till hur allvarlig ”överträdelsen” är och hur länge

den pågått, utan att det preciseras hur det förra skall bedömas i förhållande till de resultat som faktiskt har uppnåtts på marknaden, det vill säga i förhållande till hur konsumenterna har drabbats.

97. Vidare måste konstateras att Cascades tar miste när det påstår att det följer av ”fast rättspraxis... att frågan om hur allvarlig överträdelsen är skall avgöras med hänsyn till vissa omständigheter och i synnerhet dess verkningar på marknaden”.²²

98. De viktigaste rättsfallen, vilka förstainstansrätten för övrigt har nämnt, leder i motsatt riktning. Redan år 1983 i domen i målet *Musique Diffusion française m.fl. mot kommissionen*,²³ fastställde domstolen att ”kommissionen vid bedömningen av hur allvarlig en överträdelse är, är skyldig — i syfte att fastställa bötesbeloppet — att inte bara ta hänsyn till de särskilda omständigheterna i fallet, utan även det sammanhang inom vilket överträdelsen har begåtts och säkerställa att dess åtgärder har tillräckligt avskräckande verkan, framför allt vad beträffar sådana överträdelser som är särskilt skadliga för förverkligandet av gemenskapens mål”.

99. I beslutet i det ovan nämnda målet *SPO m.fl. mot kommissionen*, omnämnt av förstainstansrätten, och domen i det ovan nämnda målet *Ferriere Nord mot kommis-*

22 — Min kursivering.

23 — Dom av den 7 juni 1983 i de förenade målen 100/80, 101/80, 102/80 och 103/80, *Musique Diffusion française m.fl. mot kommissionen* (REG 1983, s. 1825; svensk specialutgåva, volym 7), punkt 106.

21 — Ordet ”resultat” har varje gång det förekommer kursiverats av mig.

sionen klargjorde domstolen detta uttalande på så sätt att "hur allvarliga överträdelserna är skall fastställas med hänsyn till ett stort antal omständigheter, såsom i synnerhet de särskilda omständigheterna i målet, dess kontext och böternas avskräckande verkan, utan att det har fastställts någon tvingande eller uttömmande förteckning över de kriterier som absolut skall tas i beaktande".

100. Inte nog med att överträdelsens verkningar på marknaden inte framhävs särskilt i dessa beslut, de nämns över huvud taget inte uttryckligen. Det är riktigt, såsom Modo har påpekat, att domstolen i en annan punkt (punkt 129) i domen i det ovannämnda målet *Musique Diffusion française m.fl. mot kommissionen* bland "alla... faktorer som kan påverka bedömningen av hur allvarlig överträdelsen är" även nämnde "den vinst företagen kunnat göra genom dessa förfaranden".

101. Bland "alla... faktorer" kan således verkningarna på marknaden beaktas, men de tillmäts inte någon större betydelse utom när det rör sig om avtal, beslut eller allianser som inte *direkt syftar* till att förhindra eller snedvrیدا konkurrensen och som därför inte faller inom tillämpningsområdet för artikel 85 i EG-fördraget såvida inte konkreta verkningar på marknaden görs gällande. De konkreta verkningarna på marknaden spelar dessutom stor roll vid bedömningen av huruvida ett företag missbrukat sin dominerande ställning.

102. I det aktuella fallet har syftet emellertid uppenbarligen varit att snedvrیدا konkurrensen och förstainstansrätten gjorde klart att de priser som företagen tillkännagivit utgjorde grund för fastställandet av individuella transaktionspriser. Företagen har således *gjort allt de kunde* för att uppnå detta syfte. Det som senare skedde, när det gäller de faktiska priserna, kan ha påverkats av faktorer som låg utanför medlemmarnas kontroll, såsom den allmänna ekonomiska utvecklingen, variationer i efterfrågan inom sektorn, utbudet från tredje land eller kundmotstånd.

103. Även om förstainstansrätten, på grundval av en rapport från London Economics (nedan kallad LE-rapporten), konstaterade att "det andra resultatet", det vill säga ett "klart linjärt samband" mellan höjningen av de tillkännagivna priserna och marknadspriserna, endast delvis förelåg under den tid som överträdelsen pågick, påpekades att dessa variationer i tiden "var nära kopplade till variationerna i efterfrågan" (se punkt 301 i den överklagade domen).

104. När det gäller kundernas motstånd omnämns i själva beslutet ett konkret fall i vilket en prishöjning, på vissa marknader, måste skjutas på framtiden för viktiga kunder som hade kritiserat tidpunkten för

de planerade prishöjningarna (punkt 20 *in fine* i övervägandena till beslutet).

105. I det här sammanhanget är det viktigt att hålla i minnet att kommissionens undersökning och det efterföljande beslutet för-
anleddes av att informella klagomål hade ingivits av British Printing Industries Federation (följt av ett pressmeddelande) och av Fédération française du cartonage (se punkterna 22 och 23 i övervägandena till beslutet).

106. Jag delar därför inte MoDo:s uppfattning i punkt 64 i överklagandet om att ”de prishöjningar som *uppnås* tack vare det otillåtna agerandet utgör det allvarligaste resultatet på marknaden enligt de regler som förbjuder överenskommelser”.²⁴ Jag ställer mig precis lika oförstående inför Cascades uttalande i punkt 47 i detta bolags överklagande, enligt vilket ”överträdelsens allvar beror på hur skadlig den varit för medlemmarnas kunder och i sista hand konsumenterna. En samverkans negativa effekter beror emellertid inte på de medverkande företagens attityder (och om överenskommelsen kom till stånd), men däremot på överenskommelsens konkreta verkning på marknaden”.

24 — Min kursivering.

107. Medlemmarna i överenskommelsen skall inte kunna åberopa det förhållandet att externa faktorer motverkat deras egna insatser som grund för en nedsättning av böterna.

108. Vissa av klagandena anser fortfarande att *endast* det tredje resultatet som förstainstansrätten framhöll, det vill säga skillnaden mellan den faktiska prisnivån och *det pris som hade uppnåtts om det inte hade förekommit någon samverkan*, borde tas i beaktande vid bedömningen av hur allvarlig överenskommelsen var (se exempelvis punkt 45 i Cascades överklagande).

109. Det leder emellertid till att hypotetiska kalkyler med utgångspunkt i ekonomiska modeller, vars riktighet inte skulle kunna bevisas, görs till den avgörande faktorn vid bedömningen av huruvida en överenskommelse skall bestraffas.

110. Det skall i förbigående påpekas att förstainstansrättens resonemang är något tvetydigt. Trots att förstainstansrätten inte godtog kommissionens bedömning av att transaktionspriset skulle ha varit lägre om det inte hade förekommit någon samverkan mellan tillverkarna, förklarade den att det utifrån analysen i LE-rapporten ”*inte* [är] möjligt att... konstatera att de samordnade prisinitiativen *inte* gjorde det möjligt för tillverkarna att uppnå en transaktionsprisnivå som var högre än den som skulle ha uppkommit genom fri konkurrens. Som

kommissionen framhöll vid sammanträdet är det i detta hänseende möjligt att de faktorer som beaktades i nämnda analys har påverkats av förekomsten av samverkan²⁵ (punkt 304 i den överklagade domen).

111. Slutligen har Cascades alltjämt gjort gällande att förstainstansrätten, genom att konstatera ”att företagen faktiskt har tillkännagett de överenskomna prishöjningarna och att de tillkännagivna priserna har utgjort grund för fastställandet av individuella transaktionspriser [räcker] för att denna prissamverkan skall anses ha haft såväl till syfte som resultat att allvarligt begränsa konkurrensen”, skulle ha blandat ihop ”överträdelsens verkningar på marknaden, vilket är det enda som är relevant vid en bedömning av överträdelsens allvar, och frågan huruvida överenskommelsen, förutom ett konkurrensbegränsande syfte, har haft en begränsande effekt på konkurrensen”.

112. Jag anser i motsats därtill att förstainstansrätten på den punkten bara ville understryka att, när det gäller överenskommelsens verkningar, stor vikt måste läggas vid det sätt på vilket medlemmarna faktiskt har agerat i förhandlingarna med dem som köper deras produkter.

113. Slutligen anser jag inte att de rättsfall som klagandena har åberopat till stöd för sina påståenden ger några belägg för att, vid omständigheter liknande dem i det aktuella fallet, särskild vikt skall läggas vid den omständigheten att syftet med överenskommelsen när det gäller priset inte har uppnåtts ”i hög grad”,²⁶ utan endast delvis.

114. Domen i målet Hasselblad mot kommissionen²⁷ gällde en *selektiv distributionsöverenskommelse* vars konkurrensnedvridande verkan följaktligen måste styrkas. I huvudsak fastställde förstainstansrätten kommissionens beslut. Böterna nedsattes av tre skäl. En artikel i beslutet upphävdes på en punkt och med avseende på en viss period, eftersom en klausul inte hade funnits med i de överenskommelser som slutits före ett visst datum (punkt 40 i nämnda beslut). En klausul enligt vilken garantin för Hasselblads kameror förlängdes från ett till två år och enligt vilken Hasselblad åtog sig att laga kamerorna inom 24 timmar ansågs inte begränsa parallellimporten av kameror (punkt 34). Slutligen beaktade domstolen det förhållandet att sökanden inte var något stort företag (punkt 57).

115. Dessa ställningstaganden rörde således bara vissa delar av de aktuella distributionsöverenskommelserna och inte den

26 — Observera i förbigående att kommissionens ordval tydligt visar att inte heller den ansåg att samtliga syften med överenskommelsen hade uppnåtts.

27 — Dom av den 21 februari 1984 i mål 86/82 (REG 1984, s. 883).

25 — Min kursivering.

övergripande frågan om vilken betydelse verkningarna av överenskommelser på marknaden skall tillmätas, i synnerhet med avseende på priserna.

116. Däremot fastställde domstolen att klausuler som förbjöd återförsäljare att i sina annonser ange priser som utplånade all konkurrens eller var "oslagbara" var olagliga (punkt 49 i domen i det ovannämnda målet Hasselblad mot kommissionen). Dessutom fastställde domstolen att förbud mot försäljning auktoriserade återförsäljare emellan begränsade den ekonomiska friheten och följaktligen också konkurrensen. Det förhållandet att sökanden aldrig hade förbjudit sina återförsäljare att exportera räckte inte för att utesluta förekomsten av ett uttryckligt exportförbud (punkt 46 i nämnda dom).

117. Metsä-Serla Sales Oy och Cascades har även åberopat domen i målet AKZO mot kommissionen²⁸ och MoDo har åberopat domen i målet Michelin mot kommissionen.²⁹ Dessa domar rör dock beslut som kommissionen antagit med stöd av artikel 86 i EG-fördraget (nu artikel 82 EG).

118. När det gäller missbruk av dominerande ställning, vilket jag redan har erinrat om, tillmäts emellertid effekterna av ett företags handlande med avseende på konkurrenternas marknadsandelar särskild

betydelse. Det måste nämligen styrkas att det faktiskt föreligger missbruk, eftersom den dominerande ställningen i sig, i motsats till överenskommelser med konkurrensnedvridande syften, inte är olaglig.

119. MoDo har även åberopat förstainstansrättens dom i målet SIV m.fl. mot kommissionen.³⁰

120. I det fallet var emellertid själva förekomsten av en överenskommelse oviss (se punkt 315 i domen). Förstainstansrätten konstaterade att kommissionen inte med tillräcklig rättslig säkerhet hade bevisat sitt påstående om att en allmän samverkan rådde mellan tre tillverkare som lett till identiska priser och rabattsystem (se exempelvis punkterna 324 och 334 i nämnda dom).

121. När domstolen däremot fastslog att "kommissionen inte med tillräcklig rättslig säkerhet bevisat att det fanns avtal mellan FP och SIV om fördelningen av leveranser och om vilka priser som skulle tillämpas gentemot Piaggiokoncernen annat än för åren 1983 och 1984, och att av dessa var det endast avtalen för 1983 som tillämpades" gjordes omedelbart följande tillägg: "Sådana avtal, som har till syfte att fastställa försäljningspriser och dela upp marknaden omfattas av artikel 85.1 a och c utan att det är nödvändigt att granska om de i praktiken har påverkat konkurrensen. Förstainstansrätten kan inte godta argumentet som framförts av sökandena FP och

28 — Dom av den 3 juli 1991 i mål C-62/86 (REG 1991, s. I-3359; svensk specialutgåva, volym 11, s. 249).

29 — Dom av den 9 november 1983 i mål 322/81 (REG 1983, s. 3461; svensk specialutgåva, volym 7, s. 351).

30 — Dom av den 10 mars 1992 i de förenade målen T-68/89, T-77/89 och T-78/89 (REG 1992, s. II-1403; svensk specialutgåva, volym 12, s. 303).

SIV att dessa avtal skall anses vara av så ringa betydelse att förstainstansrätten inte bör befatta sig med dem. Under dessa omständigheter skall artikel 1 d i beslutet, såvitt den avser tiden efter den 31 december 1984, ogiltigförklaras enbart med avseende på det tidsmässiga tillämpningsområdet [*ratione temporis*]³¹ (punkterna 336 och 337 i den ovannämnda domen i målet SIV m.fl. mot kommissionen).

122. MoDo har även åberopat delar av punkt 621 i domen i de förenade målen Suiker Unie m.fl. mot kommissionen,³² men bolaget har då bortsett från det förhållandet att kommissionen i det fallet inte anklagade de berörda parterna för någon olaglig eller ömsesidigt avtalad pris-höjning.

123. Mot bakgrund av förstainstansrättens domar i polypropylenmålen, och i synnerhet domen i målet Petrofina mot kommissionen,³³ går det enligt min mening inte att dra någon slutsats om att förstainstansrätten *implicit* skulle ha accepterat att en nedsättning av böterna kunde vara motive-rad för det fall kommissionen inte redan hade beaktat den omständigheten att syftet med kartellen inte till fullo hade uppnåtts och beräknat bötesbeloppet därefter.³⁴ Jag tror snarare att förstainstansrätten ansåg att problemet inte var relevant och inte att, om problemet skulle uppstå, förstainstansrätten skulle döma till klagandens fördel.

31 — Min kursivering.

32 — Dom av den 16 december 1975 i de förenade målen 40/73—48/73, 50/73, 54/73—56/73, 111/73, 113/73 och 114/73 (REG 1975, s. 1663).

33 — Dom av den 24 oktober 1991 i mål T-2/89 (REG 1991, s. II-1087), punkt 276.

34 — Se exempelvis punkt 48 i MoDo:s överklagande.

124. Domstolen bör därför konstatera att förstainstansrätten inte gjorde en felaktig tolkning av begreppet ”överträdelsens verkningar på marknaden” och att den inte gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning när det gäller verkningarnas betydelse för bedömningen av hur allvarlig överträdelsen var.

Har proportionalitetsprincipen åsidosatts?

125. Av samma anledning föreslår jag att domstolen inte skall bifalla talan på den grund som flera klaganden har anfört och som avser åsidosättande av proportionalitetsprincipen.

126. I den delen av sitt överklagande har Cascades förklarat att ”bötesbeloppet måste stå i proportion till de negativa verkningar överträdelsen har haft för gemenskapens målsättning”.

127. Jag anser i likhet med kommissionen att detta påstående är riktigt, men det innebär inte att bötesbeloppen måste stå i nära nog matematisk proportion till den verkliga prisökning som uppnåtts inom ramen för de avtal som upprättats mellan medlemmarna i överenskommelsen och deras kunder.

128. Gemenskapens målsättning på konkurrenspolitikens område är nämligen att se till att den gemensamma marknaden inte delas upp och att priset på varor är resultatet av fri konkurrens.

129. Redan i domen i målet Bayer mot kommissionen³⁵ uttryckte sig domstolen enligt följande:

”Även om varje tillverkare fritt kan ändra sina priser med hänsyn till konkurrenters faktiska eller tänkbara agerande, strider det mot konkurrensreglerna i EG-fördraget när en tillverkare samverkar med sina konkurrenter, på vilket sätt det än må ske, genom att anta en gemensam linje när det gäller prishöjningar och, för att säkerställa resultatet, i förväg eliminerar all osäkerhet kring det ömsesidiga agerandet på viktiga punkter såsom nivån på samt föremålet, tidpunkten och platsen för höjningarna.”

130. Jag påpekar än en gång att när det handlar om ett avtal som uppenbarligen syftar till att snedvräda konkurrensen skall bötesbeloppet stå i proportion till de ansträngningar företagen gjort för att förverkliga sina mål och inte till de faktiska prishöjningar som kunderna har drabbats av.

131. Även om kommissionen bland annat, men i andra hand, har beaktat verkningarna av överenskommelsen eller av samverkan på marknaden vid fastställelsen av böterna, kan förstainstansrätten inom ramen för sin fulla prövningsrätt anse en nedsättning av böterna vara omotiverad, trots att den kommit fram till att verkningarna inte var fullt så omfattande som kommissionen påstått. Förstainstansrätten kan nämligen anse att andra faktorer kring överträdelsen ger vid handen att den är starkt konkurrensnedvridande, vilket i sig gör böterna motiverade.

132. Redan år 1983 i domen i målet AEG mot kommissionen³⁶ antogs en allmän princip på området. Domstolen fastställde följande i punkt 136 i domen:

”Det framgår av ovanstående överväganden att det måste betraktas som tillräckligt styrkt att AEG satt sin rättsstridiga tillämpning av det selektiva distributionssystemet i system. *Den omständigheten att kommissionen inte kunnat bevisa ett antal enskilda fall sätter inte den systematiska karaktären hos AEG:s rättsstridiga beteende i fråga* och inverkar inte på överträdelsens räckvidd såsom den konstateras av kommissionen i dess beslut av den 6 januari 1982.”³⁷

35 — Dom av den 14 juli 1972 i mål 51/69 (REG 1972, s. 745), punkt 36.

36 — Dom av den 25 oktober 1983 i mål 107/82 (REG 1983, s. 3151; svensk specialutgåva, volym 7, s. 287), punkt 136.

37 — Min kursivering.

133. Denna hållning förefaller välgrundad. Med stöd av sin behörighet i fall av talan om ogiltigförklaring kan gemenskapsdomstolarna nämligen i vilket fall som helst besluta:

- att beslutet är giltigt, vilket innebär att bötesbeloppet står fast,
- att beslutet är ogiltigt, vilket innebär att bötesbeloppet skall upphävas i kraft av själva sakförhållandet (*ipso facto*).

134. Om begreppet "full prövningsrätt" skall ha någon innebörd måste det innebära att gemenskapsdomstolarna, förutom i dessa två fall, själva kan fastställa bötesbeloppet med beaktande av de omständigheter som de anser vara styrkta. Det betyder att de även måste kunna bedöma om de omständigheter som framkommit är tillräckligt allvarliga för att anse det av kommissionen fastställda bötesbeloppet motiverat.

135. De måste naturligtvis rättsligt motivera sin ståndpunkt på ett tillfredställande sätt, vilket har gjorts i det aktuella fallet.

136. Vilka kontrollmöjligheter har egentligen domstolen inom ramen för ett överklagande?

137. Det framgår av domen i målet *Baustahlgewebe* mot kommissionen³⁸ "att förstainstansrätten ensam är behörig att kontrollera på vilket sätt kommissionen i varje enskilt fall har bedömt hur allvarligt det rättsstridiga uppträdandet har varit. Inom ramen för ett överklagande har domstolens kontroll till syfte att dels undersöka i vilken utsträckning förstainstansrätten på ett tillfredsställande sätt har beaktat alla de faktorer som är väsentliga för bedömningen av hur allvarligt ett visst uppträdande har varit mot bakgrund av artikel 85 i fördraget och artikel 15 i förordning nr 17, dels kontrollera om förstainstansrätten på ett tillfredsställande sätt har besvarat samtliga argument som sökanden har anfört avseende undanröjande eller nedläggning av böterna (se beträffande den sista punkten, dom av den 17 juli 1997 i mål C-219/95 P, *Ferriere Nord* mot kommissionen, REG 1997, s. I-4411, punkt 31)".

138. Av vad som ovan anförts följer att den överklagade domen uppfyller dessa villkor.

³⁸ — Dom av den 17 december 1998 i mål C-185/95 P (REG 1998, s. I-8417), punkt 128.

139. Jag erinrar ännu en gång om att domstolen i den ovan nämnda domen i målet Baustahlgewebe mot kommissionen även preciserade följande:

”Vad beträffar påståendet om att böterna var oproportionerliga skall det påpekas att det inte är domstolens uppgift att, när den uttalar sig om rättsfrågor inom ramen för ett överklagande, av skälighetsskäl sätta sin bedömning i stället för den som förstainstansrätten, i sin fulla prövningsrätt, har gjort avseende storleken på de böter som har ålagts företaget på grund av deras åsidosättande av gemenskapsrätten.”³⁹

140. Slutligen verkar MoDo:s argument, enligt vilket förstainstansrätten valde att själv påta sig kommissionens politiska roll och i realiteten skärpa sanktionen, klart överdrivet av åtminstone två skäl.

141. För det första skärpte förstainstansrätten på intet sätt påföljden utan intog endast en lite annan hållning än kommissionen med avseende på de omständigheter som är avgörande vid bedömningen av överträdelsens allvar.

142. För det andra avspeglar en sådan ståndpunkt en begränsande och därmed inkorrekt föreställning om vad som menas med ”konkurrenspolitik”. Även om fastställelsen av de bötesbelopp som skall åläggas medlemmarna i en kartell till viss del ingår i begreppet, gör den det på en oerhört låg nivå.

143. Konkurrenspolitiken går framför allt ut på att behålla konkurrensen på en önskvärd nivå, utifrån vilken exempelvis fusionsplaner granskas, identifiera de typer av avtal som skall vara föremål för gruppundantag, fastställa hur klagomål skall prioriteras, lägga grunden för ett effektivt samarbete mellan gemenskapernas institutioner och de nationella myndigheter som ansvarar för konkurrensfrågor, fastställa de premisser under vilka statsstöd kan tillåtas samt fastställa tröskeln för när en minimiregel kan bli tillämplig.

144. Förstainstansrätten har en roll att spela i samtliga dessa sammanhang men det är enbart lagenligheten som prövas, eftersom det just handlar om att fastställa en politik, vilket inte är förstainstansrättens uppgift.

145. Fastställelsen av bötesbelopp är snarare uttryck för konkret tillämpning av en

39 — Punkt 129.

politik än ett utarbetande av en politik, även om en övergripande politik faktisk stegvis kan växa fram genom en ackumulation av enskilda beslut som blottlägger en samlad syn, vilket förklarar att domstolen genom sin fulla prövningsrätt anser sig ha fått en utökad befogenhet att ingripa. Det förhållandet att förstainstansrätten har utnyttjat denna möjlighet kan inte anses reducera de politiska organens befogenheter.

146. I motsats till vad MoDo har påstått hade förstainstansrätten följaktligen inte någon skyldighet att upplysa om att den vidtagit en undantagsåtgärd och ange skälen till varför en sådan var berättigad.

147. Talan kan således inte vinna bifall på den andra grunden.

Förslag till avgörande

148. Med hänsyn till vad som ovan anförts föreslår jag att domstolen skall

- 1) avvisa Mo och Domsjö AB:s talan i den mån syftet är att förstainstansrättens dom av den 14 maj 1998 i mål T-352/94, Mo och Domsjö mot kommissionen, skall upphävas i sin helhet,
- 2) ogilla talan i den mån syftet är att domen i målet Mo och Domsjö mot kommissionen skall upphävas till viss del,
- 3) förplikta klaganden att ersätta rättegångskostnaderna.