FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT SIEGBERT ALBER

föredraget den 8 maj 2003 [1]

Innehållsförteckning

I — Inledning I-11427

II — Tillämpliga bestämmelser I-11428

III — Bakgrund till tvisten I-11429

IV — Den överklagade domen I-11431

V — Överklagandena I-11433

VI — Rättslig bedömning I-11435

A — Huruvida överklagandena kan upptas till sakprövning I-11435

1. Klagandena IP:s, BC:s och PG:s argument I-11435

2. Bedömning I-11435

B — Huruvida överklagandena är välgrundade I-11437

1. Inledande anmärkningar I-11437

a) Konsekvenserna av att EKSG-fördraget har löpt ut I-11437

b) Frågan i vilken utsträckning den överklagade domen bygger på de fastställanden som har ifrågasatts i grunderna I-11437

2. Felaktig klassificering av 1990 års och 1994 års klagomål som ett enda klagomål och åsidosättande av rättssäkerhetsprincipen I-11438

a) Parternas argument I-11438

b) Bedömning I-11441

i) Föremålet för 1990 års klagomål I-11442

ii) Kvalifikation av kommissionens beslut och skrivelse av år 1991 ... I-11442

iii) Fastställanden avseende rättssäkerhetsprincipen I-11446

1 — Originalspråk: tyska.

3. Huruvida kommissionen har befogenhet att agera mot de påstådda överträdelserna under räkenskapsåren 1986/1987—1989/1990 ..... I-11448

a) Parternas argument I-11448

b) Bedömning I-11451

i) Kommissionens befogenheter enligt artikel 63.1 i EKSG-fördraget . I-11452

ii) Kommissionens befogenheter enligt artikel 66.7 i EKSG-fördraget . I-11456

iii) Underlåtenhet att pröva huruvida artikel 65 i EKSG-fördraget är tillämplig I-11458

4. Huruvida kommissionen var skyldig att pröva klagomålen avseende räkenskapsåren 1986/1987—1989/1990 ..... I-11459

a) Parternas argument I-11459

b) Bedömning I-11459

5. Huruvida det överklagade beslutet är lagenligt I-11461

a) Parternas argument I-11461

b) Bedömning I-11462

i) Huruvida priserna är diskriminerande I-11462

ii) Huruvida licensavgiften är för hög I-11464

6. BC:s processuella klagomål I-11465

C — De godtagna grundernas konsekvenser för den överklagade domen I-11466

D — Slutligt avgörande av tvisten I-11466

1. Grunden avseende artikel 65 i EKSG-fördraget I-11466

a) Parternas argument I-11466

b) Bedömning I-11467

2. Bevis för att det skett en överträdelse av artikel 66.7 i EKSG-fördraget .. I-11468

a) Parternas argument I-11468

b) Bedömning I-11469

VII — Rättegångskostnader I-11470

VIII — Förslag till avgörande I-11471

I — Inledning

1. British Coal Corporation (nedan kallat BC) ägde, vid tidpunkten för de faktiska omständigheterna i målet fram till dess privatisering år 1994, nästan samtliga koltillgångar i Förenade kungariket och hade ensamrätt på att utvinna kol. Dess huvudsakliga uppköpare var i början Central Electricity Generating Board (centralt organ för produktion av elenergi, nedan kallat CEGB). Sedan elproduktionen privatiserats år 1990 var det de båda företagen National Power plc (nu International Power plc, nedan kallat IP) och PowerGen plc (nu PowerGen [UK], nedan kallat PG) som var dess huvudsakliga uppköpare.

2. BC beviljade mot avgift mindre företag som slutit sig samman i National Association of Licensed Opencast Operators (nationell sammanslutning av producenter av kol vid dagbrott på licens) licenser att utvinna kol.

3. NALOO och dess medlemmar ansåg att de var diskriminerade i förhållande till BC, eftersom elproduktionsföretagen betalade dem betydligt lägre priser för kol än de priser dessa företag betalade till BC. De ansåg dessutom att BC:s licensavgifter var orimligt höga.

4. Av betydelse för detta mål är för det första ett klagomål av NALOO från år 1990, till följd av vilket kommissionen vände sig till Förenade kungarikets regering, och från och med år 1990 fick förbättrade villkor för NALOO-medlemmarna.

5. Det väsentliga i målet är nu frågan huruvida kommissionen formellt hade behörighet och skyldighet att fastställa överträdelser av EKSG-fördraget avseende tiden före justeringen av dessa villkor (det vill säga från år 1986 till mars 1990). För NALOO skulle ett sådant fastställande av kommissionen ha betydelse, eftersom domstolen år 1994 (och år 1996) fastslog att de tillämpliga bestämmelserna i EKSG-fördraget inte har direkt effekt. Följden av denna rättspraxis är att medlemmarna i NALOO kunde föra talan om skadestånd vid nationella domstolar endast om kommissionen hade fastställt eller skulle komma att, med retroaktiv verkan, fastställa överträdelser av EKSG-fördraget.

6. På grundval av denna rättspraxis ingav NALOO den 15 juni 1994 ett ytterligare klagomål, som den beskrev som "kompletterande". Genom klagomålet från år 1994 skulle det följaktligen anses att klagomålet från år 1990 fortfarande var aktuellt. Även frågan huruvida man, i likhet med förstainstansrätten, kan utgå från att det år 1990 ingivna klagomålet fortfarande var aktuellt eller var kompletterat, eller huruvida klagomålet från år 1994 utgjorde ett nytt klagomål, är därför av betydelse för målet.

7. Kommissionen antog år 1998 ett beslut om det klagomål som ingivits år 1994, varvid den vägrade att göra ett motsvarande fastställande för den tidigare perioden avseende åren 1986—1990.

8. Förstainstansrätten ogiltigförklarade detta beslut genom dom av den 7 februari 2001 i mål T-89/98 [2] (nedan kallad den överklagade domen). Det är denna dom som är föremål för överklagandena från kommissionen samt från BC, IP och PG, som intervenerade till stöd för kommissionen i första instans.

II — Tillämpliga bestämmelser

9. I artikel 4 i EKSG-fördraget [3] föreskrivs allmänt följande:

"Följande åtgärder är oförenliga med den gemensamma marknaden för kol och stål och skall därför upphävas och förbjudas inom gemenskapen på det sätt som anges i detta fördrag:

a) ...

b) Åtgärder eller förfaranden som medför diskriminering av tillverkare, köpare eller förbrukare, särskilt vad beträffar pris- eller leveransvillkor och fraktpriser, liksom åtgärder eller förfaranden som utgör hinder för köparens fria val av leverantör.

c)...

d)..."

10. Artikel 63.1 i EKSG-fördraget ger kommissionen i fall av diskriminering följande befogenhet:

"Om kommissionen finner att köparna praktiserar en systematisk diskriminering, särskilt med stöd av bestämmelser, som reglerar offentligt organs affärsavslut, skall den till de regeringar som saken gäller lämna nödvändiga rekommendationer."

2 — Mål T-89/98, NALOO mot kommissionen (REG 2001, s. II-515).

3 — EKSG-fördraget har, enligt artikel 97 i detta, löpt ut den 23 juli 2002. Bestämmelserna i fördraget är dock fortfarande tillämpliga på förevarande fall. Se i detta avseende nedan under punkt 49. Se även meddelande från kommissionen om vissa förändringar i handläggningen av konkurrensärenden till följd av att EKGS-fördraget löper ut (EGT C 152, s. 5).

11. I fall av missbruk av en dominerande ställning gäller enligt artikel 66.7 i EKSG-fördraget följande:

"Om kommissionen finner att offentliga eller privata företag, som rättsligt eller faktiskt intar eller förvärvar en dominerande ställning på marknaden i fråga om en produkt inom dess kompetensområde och på detta sätt undandras effektiv konkurrens inom en betydande del av den gemensamma marknaden, utnyttjar denna ställning för ändamål som strider mot detta fördrags målsättningar, skall kommissionen till dessa företag lämna de rekommendationer som krävs för att förhindra dem att utnyttja denna ställning för ändamålet i fråga. Om dessa rekommendationer inte följs på ett tillfredsställande sätt inom skälig tid, skall kommissionen, genom beslut som fattas i samråd med den berörda regeringen och med tillämpning av de påföljder som avses i artiklarna 58, 59 och 64, fastställa de priser och försäljningsvillkor som skall tillämpas av företaget i fråga eller uppställa produktions- eller leveransprogram som skall genomföras av företaget."

III — Bakgrund till tvisten

12. Beträffande bakgrunden till tvisten skall det först och främst hänvisas till förstainstansrättens fastställanden i punkterna 1—11 i den överklagade domen. I följande punkter kommer de faktiska omständigheterna dock att klargöras ytterligare.

13. I maj 1986 slöt CEGB och BC en överenskommelse om kolpriset, som även medförde konsekvenser för NALOO-medlemmarna.

14. Den licensavgift som BC utkrävde av NALOO-medlemmarna sänktes mellan åren 1987 och 1988 gradvis från 16 GBP/t till 11 GBP/t. Efter sänkningen till 11 GBP/t vände sig NALOO till BC med skrivelse av den 13 maj 1988 för att medge att licensen var skälig och förklara att klagomålet, som ingivits i samband med licenshöjningen, skulle tas tillbaka. Den 1 april 1990 sänktes licenserna ytterligare till 7 GBP/t.

15. I de avtal som slöts mellan National Power, PG och BC för perioden den 1 april 1990 till den 31 mars 1993 fastställdes priser på 170 p/GP brutto (bruttovärmevärde) och på 177,9 p/GP netto (nettovärmevärde) för leveranser från BC, jämfört med priser på 122—139 p/GP för leveranser från producenter med licens.

16. NALOO påpekade för kommissionen i ett klagomål av den 29 mars 1990, kompletterat med bland annat ett yttrande av den 27 juni 1990 och en sammanfattning av dess huvudsakliga argument av den 5 september 1990, att dels 1986 års överenskommelse och leveransavtalen, dels nivån på de avgifter som BC tog ut, stred mot artiklarna 63.1 och 66.7 i EKSG-fördraget.

17. Vad avser den exakta ordalydelsen av klagomålet och de kompletterande yttrandena hänvisas till de avsnitt som återges i punkterna 13 och 14 i den överklagade domen. Förstainstansrätten anförde i punkt 15 vidare följande:

"I sammanfattningen av sina argument av den 5 september 1990 gjorde klaganden gällande att elenergiproducenterna, i egenskap av köpare, systematiskt hade agerat på ett diskriminerande sätt i den mening som avses i artikel 63 i fördraget. Den ansåg vidare att BC:s påtalade agerande, som att avgifternas storlek bestämts på ett godtyckligt sätt, stred mot artiklarna 60 och 66.7 i fördraget..."

18. Den följande utvecklingen kan på grundval av punkterna 16—23 i den överklagade domen sammanfattas på följande sätt.

19. Kommissionen beslutade visserligen den 28 juni 1990 att avslå NALOO:s ansökan om interimistiska åtgärder med hänvisning till att villkoren förbättrats för dagbrotten på licens, men noterade i en skrivelse av den 28 augusti 1990 till de brittiska myndigheterna att elproducenternas prispolitik var diskriminerande och att den avgift på 7 GBP/t som BC tog ut för dagbrott var alltför hög, varför kommissionen övervägde att lämna rekommendationer till Förenade kungarikets regering.

20. Genom skrivelse av den 24 oktober 1990 föreslog de brittiska myndigheterna, på BC:s, NP:s och PG:s vägnar, att NALOO retroaktivt från den 1 april 1990 skulle tillämpa ett högre pris på kol som utvinns på licens och sänka avgiften. Efter det att NALOO hade avslagit dessa förslag tillämpades villkoren ensidigt. Genom skrivelse av den 21 december 1990 underrättade kommissionen därefter NALOO om att den ansåg att det inte längre fanns behov av ytterligare åtgärder.

21. Som svar på en motsvarande begäran från NALOO i en skrivelse av den 11 januari 1991 meddelade kommissionen NALOO skriftligen den 8 februari 1991 att den inte var skyldig att "fatta ett formellt beslut för att konstatera att det tidigare förelegat en överträdelse, enbart för att underlätta för en klagande att eventuellt väcka skadeståndstalan". Kommissionen tillade att de nationella domstolarna var bättre lämpade att ta upp de särfall till prövning som kunde ha förelegat tidigare.

22. Genom det första beslutet av betydelse i detta mål, av den 23 maj 1991 (nedan kallat 1991 års beslut), avslog kommissionen NALOO:s klagomål. Kommissionen påpekade därvid att beslutet endast grundade sig på den situation som inträffat efter den 1 april 1990 och att situationen före denna dag inte hade behandlats [4]. NALOO

4 — Den exakta ordalydelsen av det aktuella avsnittet återges i punkt 81 nedan.

hade dessförinnan genom skrivelse av den 14 mars 1991 än en gång klargjort att den fäste stor vikt vid kommissionens fastställanden beträffande 1986 års överenskommelse mellan BC och CEGB.

23. NALOO:s talan om ogiltigförklaring av 1991 års beslut ogillades av förstainstansrätten genom dom av den 24 september 1996 i mål T-57/91 [5] (nedan kallat NALOO I), vilken hade vunnit laga kraft. Eftersom klaganden under förfarandet hade tagit tillbaka den del av sin ursprungliga ansökan genom vilken den sökte få ersättning för de oskäliga avgifter som BC tagit ut före den 1 april 1990, hänförde sig domen endast till kommissionens fastställanden avseende de priser och avgifter som gällt efter denna dag.

24. Dessutom väckte medlemmar i NALOO talan om skadestånd vid High Court of Justice (England and Wales). Sålunda väckte företaget Banks talan mot BC på grund av de oskäliga avgifter som tagits ut från år 1986 till mars 1990 och företaget Hopkins m.fl. väckte talan mot PG på grund av de diskriminerande priser som tillämpats från år 1985 till mars 1990.

25. Efter begäran om förhandsavgörande från High Court fastställde domstolen att de tillämpliga bestämmelserna i EKSG-fördraget, det vill säga artiklarna 4 b och 63 och artiklarna 4 d, 65 och 66.7, inte ger upphov till rättigheter som enskilda kan åberopa direkt vid nationella domstolar [6]. De nationella domstolarna kan följaktligen inte pröva en skadeståndstalan, så länge som kommissionen inte har fastställt några överträdelser av dessa bestämmelser [7]. High Court avslog på grund därav företagens skadeståndstalan.

26. Med hänvisning till domstolens fastställanden i domen i målet Banks ingav NALOO den 15 juni 1994 ett "kompletterande" klagomål till kommissionen, som denna avslog genom beslut IV/E-3/NALOO av den 27 april 1998 (nedan kallat 1998 års beslut).

IV — Den överklagade domen

27. Den 8 juni 1998 väckte NALOO, enligt artikel 33 andra stycket i EKSG-fördraget, talan om ogiltigförklaring av 1998 års beslut. Förstainstansrätten biföll denna talan i den överklagade domen [8]. Förstainstansrätten började därvid inte med att pröva klagandens argument utan undersökte i stället de invändningar från kommissionen, och från de parter som interve-

5 — Mål T-57/91, NALOO mot kommissionen (REG 1996, s. II-1019).

6 — Dom av den 13 april 1994 i mål C-128/92, Banks (REG 1994, s. I-1209), punkt 19, och av den 2 maj 1996 i mål C-18/94, Hopkins m.fl. (REG 1996, s. I-2281), punkterna 27—29.

7 — Domen i målet Banks (ovan fotnot 6), punkt 21.

8 — Se ovan punkt 8.

nerat till stöd för denna, genom vilka de i huvudsak hade gjort gällande att kommissionen inte hade behörighet att undersöka 1994 års klagomål. Förstainstansrätten anförde särskilt följande:

— Kommissionen hade redan genom 1990 års klagomål — och inte först genom 1994 års klagomål — haft att pröva överträdelserna av artiklarna 63.1 och 66.7 i EKSG-fördraget under räkenskapsåren 1986/1987—1989/1990 (punkterna 46—52 i den överklagade domen).

— Enligt artiklarna 63.1 och 66.7 i EKSG-fördraget var kommissionen behörig att pröva NALOO:s klagomål, i den mån den påtalade överträdelser under räkenskapsåren 1986/1987—1989/1990. Vid den tidpunkt då det (ursprungliga) klagomålet ingavs hade nämligen överträdelserna fortfarande pågått. 1994 års klagomål utgjorde endast en utvidgning av 1990 års klagomål (punkterna 56—64 i den överklagade domen).

— Rättssäkerhetsprincipen hindrade inte att klagomålet undersöktes. I 1994 års beslut, som vunnit laga kraft, hade den tidigare perioden uttryckligen uteslutits från prövningen. Slutligen kunde 1998 års beslut inte betecknas som enbart en bekräftelse på 1991 års beslut (punkterna 67—76 i den överklagade domen).

— De omtvistade bestämmelserna gav kommissionen befogenhet att utreda och vid behov lämna rekommendationer. Frågan huruvida kommissionen hade rätt att på grundval av dessa bestämmelser utfärda andra rättsakter, som exempelvis beslut, saknade betydelse (punkterna 79 och 80 i den överklagade domen).

— Det var tillräckligt att undersöka de av BC tillämpade priserna mot bakgrund av artikel 66.7 i EKSG-fördraget. Frågan huruvida även artikel 65 var tillämplig behövde inte avgöras (punkt 82 i den överklagade domen).

— Eftersom bestämmelserna i fråga gav kommissionen exklusiv behörighet att pröva överträdelserna var den också skyldig att göra denna prövning (punkterna 85 och 86 i den överklagade domen).

28. Förstainstansrätten kom därefter till slutsatsen att kommissionen med rätta hade prövat 1998 års beslut i andra hand, men ogiltigförklarade beslutet på grund av att kommissionen vid denna prövning hade gjort sig skyldig till brister i motiveringen. För det första hade kommissionen inte förklarat varför den i beslutet inte ansåg att det kolpris som tillämpats före justeringen med verkan från den 1 april 1990 var diskriminerande, trots att den i sin skrivelse till den brittiska regeringen av den 28 augusti 1990 hade betecknat denna prissättning som diskriminerande. För det

andra borde kommissionen ha förklarat varför nivån på licensavgifterna inte ansågs vara orimligt hög (punkterna 103—124 i den överklagade domen).

V — Överklagandena

29. Kommissionen (mål C-180/01 P), samt IP (mål C-172/01 P), BC (mål C-175/01 P) och PG (mål C-176/01 P), som i målet i första instans intervenerade till stöd för kommissionen, har överklagat förstainstansrättens dom. IP och PG har begränsat sina överklaganden till förstainstansrättens fastställanden avseende överträdelsen av artikel 63.1 i EKSG-fördraget på grund av att diskriminerande priser har tillämpats. NALOO har som ytterligare part i förfarandet ingivit yttrande.

30. Genom beslut av den 5 juli 2001 förenade domstolens ordförande målen vad gäller det skriftliga och det muntliga förfarandet samt domen.

31. Genom beslut av den 17 juli 2001 avslog domstolens ordförande kommissionens begäran, ställd i särskild skrivelse av den 22 maj 2001, om uppskov med verkställigheten av domen i enlighet med artikel 39 i EKSG-fördraget.

32. De grunder på vilka överklagandena grundar sig kan med stöd av den överklagade domens struktur sammanfattas i följande grupper:

— Förstainstansrätten har felaktigt prövat klagomålen från åren 1990 och 1994 såsom ett enda klagomål. Den har underlåtit att erkänna att 1990 års klagomål redan hade prövats slutgiltigt — genom 1991 års beslut som vunnit laga kraft — och därmed åsidosatt rättssäkerhetsprincipen.

— I motsats till vad förstainstansrätten har fastställt var kommissionen år 1994 inte behörig att vidta åtgärder mot de påstådda överträdelserna under räkenskapsåren 1986/1987—1989/1990.

— Förstainstansrätten har felaktigt ålagt kommissionen en skyldighet att undersöka det klagomål som avsåg överträdelser före den 1 april 1990.

— Förstainstansrätten har i sina fastställanden gjort en felaktig rättstillämpning vad avser beslutets lagenlighet (bristande motivering).

33. BC har dessutom gjort gällande ett fel i förfarandet, eftersom förstainstansrätten

inte har tagit hänsyn till ett antal av BC:s argument. Parternas argument kommer i samband med den rättsliga bedömningen av överklagandena att undersökas var för sig.

34. Klagandena IP, BC och kommissionen har i sakfrågan yrkat att domstolen skall

1) upphäva förstainstansrättens dom av den 7 februari 2001 i mål T-89/98,

2) ogilla NALOO:s talan.

35. PG har i sakfrågan yrkat att domstolen skall

1) upphäva förstainstansrättens dom av den 7 februari 2001 i mål T-89/98, i den mån den avser tillämpningen av artikel 63.1 i EKSG-fördraget,

2) ogilla NALOO:s talan i detta avseende.

36. Vad avser rättegångskostnaderna har följande yrkanden framförts:

— IP har yrkat att domstolen skall förplikta NALOO eller kommissionen att ersätta IP:s rättegångskostnader i mål T-89/98 samt i förevarande mål.

— BC har yrkat att domstolen skall förplikta NALOO eller kommissionen att ersätta BC:s rättegångskostnader i mål T-89/98 samt i förevarande mål.

— PG har yrkat att domstolen skall förplikta kommissionen och NALOO att ersätta PG:s rättegångskostnader.

— Kommissionen har yrkat att domstolen skall förplikta NALOO att ersätta rättegångskostnaderna.

37. NALOO har yrkat att domstolen skall

1) ogilla överklagandena,

2) i andra hand upphäva kommissionens beslut IV/E-3/NALOO av den 27 april 1998,

3) i båda fallen förplikta klagandena att ersätta NALOO:s rättegångskostnader.

VI — Rättslig bedömning

A — *Huruvida överklagandena kan upptas till sakprövning*

1. Klagandena IP:s, BC:s och PG:s argument

38. IP, BC och PG har ingående förklarat varför de är behöriga att överklaga förstainstansrättens dom. Såsom intervenienter till stöd för kommissionen var de "parter" vid förstainstansrätten i den mening som avses i artikel 49 andra stycket i EKSG-stadgan, vars yrkanden inte har bifallits.

39. Enligt klagandena påverkar den överklagade domen dem även direkt (artikel 49 andra stycket i EKSG-stadgan) [9]. De deltog i olika skeden av förfarandet vid kommissionen och yttrade sig över NALOO:s klagomål. Dessutom innebär förstainstansrättens upphävande av beslutet att kommissionen är skyldig att undersöka påståendena, som för första gången framfördes i 1990 års klagomål och sedan upprepades i 1994 års klagomål, angående det kolpris som tillämpats av IP och PG, eller av deras föregångare före den 1 april 1990, samt angående de licensavgifter som vid den tiden togs ut av BC. Enligt klagandena berörs företagen direkt om kommissionen till följd av den förnyade undersökningen skulle kritisera företagens uppträdande under denna tidigare period och därmed eventuellt ge medlemmarna i NALOO en grund för talan om skadestånd.

2. Bedömning

40. Personer som har varit intervenienter i målet i första instans skall även anses vara parter som har rätt att överklaga enligt artikel 49 andra stycket i EKSG-stadgan [10]. Eftersom IP, BC och PG har intervenerat till stöd för kommissionen i målet vid förstainstansrätten har de i princip rätt att

9 — Klagandena har i detta sammanhang hänvisat till domarna av den 30 mars 2000 i mål C-265/97 P, VBA mot Florimex (REG 2000, s. I-2061), och i mål C-266/97 P, VBA mot VGB (REG 2000, s. I-2135), i vilka domstolen ansåg att överklaganden i en liknande situation utan vidare kunde upptas till sakprövning.

10 — Se, beträffande den likalydande bestämmelsen i EG-stadgan, dom av den 22 december 1993 i mål C-244/91 P, Pincherle mot kommissionen (REG 1993, s. 6965), punkt 16, och beslut av den 14 februari 1996 (512031) i mål C-245/95 P, kommissionen mot NTN Corporation m.fl. (REG 1996, s. I-553), punkt 7.

överklaga, i den mån förstainstansrättens beslut även påverkar dem direkt (artikel 49 andra stycket andra meningen i EKSG-stadgan).

41. För att fastställa domens verkningar för klagandena skall deras situation före och efter avkunnandet av den överklagade domen jämföras.

42. Kommissionen fastslog i det överklagade beslutet att artiklarna 63.1 och 66.7 i EKSG-fördraget inte gav kommissionen befogenhet att handlägga ett klagomål som ingivits år 1994 avseende överträdelser under åren 1973—1990 [11]. Kommissionen ansåg inte heller att anmärkningarna avseende överträdelse av artikel 66.7 hade styrkts. Om detta beslut hade vidhållits skulle det inte ha förelegat någon grund för NALOO-medlemmar att väcka talan om skadestånd mot klagandena. Enligt domstolens rättspraxis kan nämligen sådan talan väckas endast vid nationella domstolar, om kommissionen dessförinnan har konstaterat överträdelser av de ifrågavarande bestämmelserna i EKSG-fördraget.

43. Förstainstansrätten har upphävt beslutet med bland annat motiveringen att kommissionen var skyldig att pröva klagomålet och att kommissionens motivering för att avslå klagomålet var bristfällig. Enligt artikel 34 första stycket andra meningen i EKSG-fördraget är kommissionen skyldig att vidta de åtgärder som krävs för verkställigheten av domen. Kommissionen borde därför, med beaktande av förstainstansrättens tolkning av lagstiftningen, pröva 1994 års klagomål på nytt.

44. Detta betyder visserligen inte att kommissionen nu skall godkänna klagomålet. Det är än mindre klart huruvida de nationella domstolarna, vid vilka målen därefter skulle anhängiggöras, även skulle bevilja NALOO-medlemmarna skadestånd till följd av kommissionens eventuella fastställanden för tiden före den 1 april 1990.

45. Klagandena är dock direkt påverkade av domen, eftersom det nu, på grund av att kommissionens beslut upphävts, åtminstone finns viss risk för att de kan komma att föreläggas vissa betalningsskyldigheter. På grund av denna risk måste de berörda företagen eventuellt redan nu ta upp vissa reserver i sina balansräkningar.

46. Överklagandena kan följaktligen upptas till sakprövning.

11 — Se punkterna 19 och 32 i det överklagade beslutet.

B — *Huruvida överklagandena är välgrundade*

1) Inledande anmärkningar

a) Konsekvenserna av att EKSG-fördraget har löpt ut

47. Frågan är vilka konsekvenser det har för avgörandet av detta mål, att EKSG-fördraget, enligt artikel 97 i detta fördrag, löpte ut den 23 juli 2002. Parterna har inte närmare gått in på denna fråga.

48. Å ena sidan tycks det nu inte längre vara möjligt för kommissionen att lämna rekommendationer till en medlemsstat eller ett företag med stöd av de bestämmelser i EKSG-fördraget som har upphört att gälla [12].

49. Å andra sidan skall ett beslut som ifrågasatts i en talan om ogiltigförklaring bedömas enligt de faktiska och rättsliga omständigheter som förelåg när beslutet fattades [13]. Detta gäller även vid ett överklagande, varför det fortfarande måste hänvisas till de bestämmelser i EKSG-fördraget som under tiden har upphört att gälla.

50. Om det överklagade beslutet ogiltigförklaras, ankommer det på kommissionen att avgöra huruvida och, i förekommande fall, på vilken rättslig grund den på nytt kan pröva de överträdelser som har åberopats i NALOO:s klagomål.

b) Frågan i vilken utsträckning den överklagade domen bygger på de fastställanden som har ifrågasatts i grunderna

51. Förstainstansrätten grundade sin ogiltigförklaring av det överklagade beslutet på dess bristfälliga motivering. Fastställandena i punkterna 44—85 i den överklagade domen, däremot, leder i själva verket inte till ogiltigförklaring av beslutet utan förklarar snarare, såsom förstainstansrätten har uttalat i punkt 86, varför det var korrekt av kommissionen att genom 1998 års beslut pröva 1994 års klagomål i andra hand.

12 — Det följer av fast rättspraxis att, i avsaknad av övergångsbestämmelser, en ny regel (i förevarande fall EG-fördraget) är omedelbart tillämplig på de framtida verkningarna av en situation som har uppkommit under den gamla regelns giltighetstid (se dom av den 21 januari 2003 i mål C-512/99, Tyskland mot kommissionen, REG 2003, s. I-845, punkt 46, och av den 29 januari 2002 i mål C-162/00, Pokrzeptowicz-Meyer, REG 2002, s. I-1049, punkt 50).

13 — Dom av den 7 februari 1979 i de förenade målen 15/76 och 16/76, Frankrike mot kommissionen (REG 1979, s. 321; svensk specialutgåva, volym 4, s. 287), punkt 7, och av den 5 juli 1984 i mål 114/83, Société d'initiatives et de coopération agricole Kerisnel och Société interprofessionnelle des producteurs et expéditeurs de fruits, légumes, bulbes et fleurs d'Ille-et-Vilaine mot kommissionen (REG 1984, s. 2589), punkt 22. Förstainstansrättens dom av den 28 mars 2000 i mål T-251/97, T. Port (REG 2000, s. II-1775), punkt 38.

52. Mot denna bakgrund kan frågan ställas i vilken utsträckning dessa överväganden — som i huvudsak synes bekräfta beslutet — är väsentliga grunder för den överklagade domen, genom vilken beslutet upphävdes. Om den överklagade domen inte byggde på fastställandena i punkterna 44—86, behövde domstolen överhuvudtaget inte pröva de grunder för överklagande som avser dessa fastställanden och kunde begränsa sin prövning till den fjärde grunden för överklagande.

53. Det kan dock inte helt förnekas att det föreligger ett visst samband mellan förstainstansrättens fastställande av brister i motiveringen, vilka ledde till att beslutet ogiltigförklarades, och de påpekanden som föregick detta fastställande. Frågan huruvida kommissionen i ett fall som det förevarande överhuvudtaget får, respektive måste, agera enligt artiklarna 63.1 och 66.7 i EKSG-fördraget har nämligen visst inflytande på vilka krav som skall ställas på motiveringen av beslutet. För en omfattande bedömning av de rättsfrågor som ställts måste samtliga grunder för överklagandet därför undersökas.

2. Felaktig klassificering av 1990 års och 1994 års klagomål som ett enda klagomål och åsidosättande av rättssäkerhetsprincipen

a) Parternas argument

54. Alla klagandena har hävdat att förstainstansrätten gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning när den utgick från att det förelåg ett enda klagomål som ingavs år 1990, och som kompletterades år 1994. NALOO har invänt mot detta och har hävdat att klagandena på ett obefogat sätt har kritiserat den bedömning som förstainstansrätten har gjort av bevisen. Motsvarande fastställanden i den överklagade domen är under alla förhållanden dock korrekta i sak.

55. Enligt IP har förstainstansrätten med rätta fastställt att 1990 års klagomål även avsåg den tidigare perioden från och med år 1986. BC anser däremot att NALOO:s klagomål avseende nivån på licensavgifterna endast avsåg perioden från den 27 december 1987 till den 31 mars 1990.

56. NALOO anser att BC:s argument i detta avseende inte är godtagbart, eftersom det framfördes för första gången i målet om överklagande. Av det ursprungliga klagomålet från år 1990 och det kompletterande yttrandet av den 27 juni 1990 framgick dessutom att NALOO tidigare allmänt hade kritiserat prissättningen, utan att begränsa sig till perioden efter den 27 december 1987.

57. IP, BC och PG har emellertid kritiserat förstainstansrättens fastställande i punkterna 70—72, att den del av klagomålet som avsåg perioden före den 1 april 1990 varken avslagits eller vägrats prövning i 1991 års beslut och att det såtillvida inte förelåg något beslut som kunde överklagas. Skrift-

växlingen mellan NALOO och kommissionen före och efter antagandet av 1991 års beslut utvisar snarare att kommissionen vägrade att göra en sådan prövning, trots att NALOO uttryckligen hade begärt detta [14].

58. Kommissionen har visserligen vidhållit att den i 1991 års beslut själv inte tog ställning till kritiken avseende perioden före den 1 april 1990. Kommissionen anser dock att den i sin skrivelse av den 21 februari 1991, eller i sin skrivelse av den 4 september 1991, fattade ett beslut om att avslå denna del av klagomålet.

59. Enligt IP, BC, PG och kommissionen leder detta till att vägran att pröva denna del av klagomålet inte kan överklagas, eftersom NALOO inte har fört talan mot beslutet enligt artikel 33 andra stycket i EKSG-fördraget, eller har tagit tillbaka sitt klagomål i målet NALOO I avseende överträdelser före den 1 april 1990. Om det inte hade varit fråga om ett uttryckligt beslut skulle NALOO under alla förhållanden ha varit tvungen att väcka talan enligt artikel 35 i EKSG-fördraget. Enligt klagandena skulle rättssäkerhetsprincipen åsidosättas, om kommissionen på nytt tog upp det klagomål från år 1990, som efter kommissionens avslag förlorat sitt föremål [15].

60. NALOO anser att klagandenas argument att 1990 års klagomål har förlorat sitt föremål inte kan godtas, eftersom förstinstansrättens bedömning av de faktiska omständigheterna därmed kritiseras. Förstainstansrättens fastställande att 1991 års beslut inte innehöll något avslag av klagomålet med avseende på perioden före den 1 april 1990 kan inte heller ifrågasättas i ett mål om överklagande.

61. Följaktligen kan enligt NALOO det argumentet inte heller godtas att det förelåg en rättsakt som NALOO kunde överklaga. Även om kommissionen år 1991 faktiskt hade vägrat att undersöka tidigare överträdelser utesluter detta inte att kommissionen undersökte dem senare. NALOO kan inte heller kritiseras för att inte ha väckt någon talan mot kommissionen enligt artikel 35 i EKSG-fördraget. Det var nämligen kommissionen själv som hade föreslagit att skadeståndstalan skulle väckas vid de nationella domstolarna.

62. IP, BC och kommissionen har vidare hänvisat till att ett företags uppträdande i det förflutna endast kan kritiseras inom en rimlig frist, eftersom dess möjligheter att försvara sig i annat fall äventyras [16]. IP och BC var redan år 1994 (och särskilt år 2001) knappast i den situationen att de kunde

14 — IP och BC har som jämförelse hänvisat till domstolens fastställanden i dom av den 16 juni 1994 i mål C-39/93 P, SFEI m.fl. mot kommissionen (REG 1994, s. I-2681), punkterna 27—32.

15 — IP och BC har hänvisat till dom av den 9 mars 1994 i mål C-188/92, TWD Textilwerke Deggendorf (REG 1994, s. I-833; svensk specialutgåva, volym 15, s. 59).

16 — IP och BC har hänvisat till dom av den 6 juli 1971 i mål 59/70, Nederländerna mot kommissionen (REG 1971, s. 639; svensk specialutgåva, volym 1, s. 585), punkterna 12—22, av den 6 december 1990 i mål C-180/88, Wirtschaftsvereinigung Eisen- und Stahlindustrie mot kommissionen (REG 1990, s. I-4413), och av den 6 juli 1988 i mål 236/86, Dillinger Hüttenwerke (REG 1988, s. 3761).

försvara sig på lämpligt sätt gentemot anmärkningarna avseende perioden före den 1 april 1990.

63. Visserligen fastställde domstolen först år 1994 i domen i målet Banks att förutsättningen för en skadeståndstalan vid de nationella domstolarna var att kommissionen fattat ett beslut om de påstådda överträdelserna. Domstolen tolkade dock endast gällande rätt. NALOO kan inte hänvisa till en tidigare felaktig tolkning (även om kommissionen delat den) för att rättfärdiga sin underlåtenhet att agera mot den del av 1991 års beslut, i vilken kommissionen vägrade att undersöka överträdelser under perioden före den 1 april 1990.

64. NALOO har däremot påpekat att när det — på samma sätt som när ett förfarande om fördragsbrott inleds enligt artikel 226 EG — inte har fastställts någon bestämd frist, har kommissionen befogenhet att skönsmässigt bedöma när den skall ta upp överträdelser av artiklarna 63.1 och 66.7 i EKSG-fördraget. Enligt NALOO har principen om skydd för berättigade förväntningar inte åsidosatts. Omedelbart efter det att 1991 års beslut antagits väcktes den talan om skadestånd vid de nationella domstolarna som slutligen ledde till de år 1994 avkunnade domarna i målen Banks och Hopkins. Det hade under perioden 1990—1994 därför varit uppenbart att de omtvistade frågorna fortfarande var obesvarade.

65. Enligt PG och kommissionen är 1994 års klagomål ett nytt klagomål, som grundas på den förändrade situationen till följd av domen i målet Banks, och som innehåller ny information. Även om klagomålen avser samma perioder och samma bestämmelser kan klagomålen som ingivits med fyra års mellanrum inte betraktas som ett enda klagomål. Klagomålen hade nämligen olika syften, närmare bestämt syftet att anta en rekommendation (1990 års klagomål) och syftet att anta ett beslut eller att göra ett fastställande (1994 års klagomål).

66. PG har tillagt att förstainstansrätten i domen i målet NALOO I har betraktat 1994 års klagomål som ett nytt klagomål. På grund av den domens laga kraft var förstainstansrätten tvungen att i den överklagade domen klassificera 1994 års klagomål som ett nytt klagomål. Genom att 1991 års beslut var slutgiltigt hade kommissionen hindrats från att anse 1994 års klagomål såsom en fortsättning på 1990 års klagomål. Det var endast på grund av att NALOO hade framfört nya faktiska omständigheter som kommissionen överhuvudtaget kunde fatta ett beslut som gick längre än en bekräftelse av 1991 års beslut, vilken inte kan överklagas.

67. NALOO har däremot hävdat att det saknar betydelse att förstainstansrätten i domen i målet NALOO I och i beslutet i

målet T-367/94[17] betecknade 1994 års klagomål som ett nytt klagomål, eftersom dessa förfaranden inte avsåg perioden före den 1 april 1990.

68. PG och BC har slutligen kritiserat förstainstansrättens fastställande att de påstådda överträdelserna fortfarande ägde rum när klagomålet ingavs. Eftersom 1994 års klagomål inte var en fortsättning av det tidigare klagomålet utan ett nytt klagomål, kan det inte vara fråga om en överträdelse som, vid den tidpunkt då klagomålet ingavs (det vill säga år 1994 och inte år 1990), fortfarande pågick.

b) Bedömning

69. Frågan huruvida det handlar om ett enda eller om flera successivt ingivna klagomål är av väsentlig betydelse för den fortsatta motiveringen av den överklagade domen. För den händelse att kommissionen, i motsats till vad förstainstansrätten har fastställt, redan år 1991 hade avslagit det första klagomålet och därefter år 1994 erhållit ett annat klagomål, måste det undersökas huruvida kommissionen hade rätt att än en gång pröva klagomålet, och huruvida 1998 års beslut överhuvudtaget är en rättsakt som kan överklagas och inte enbart är en upprepning av 1991 års beslut.

70. Denna fråga har dessutom stor betydelse för förstainstansrättens prövning av kommissionens befogenheter enligt artiklarna 63.1 och 66.7 i EKSG-fördraget. Kommissionen fastslog i 1998 års beslut att den, enligt dessa bestämmelser, endast hade befogenhet att agera mot *befintliga* överträdelser[18]. Med utgångspunkt från förutsättningen att det förelåg ett enda klagomål, som gick tillbaka till år 1990, kvalificerade förstainstansrätten överträdelserna som befintliga överträdelser[19]. Detta skulle vara uteslutet om 1990 års klagomål hade avslagits och 1994 års klagomål följaktligen klassificerats som ett nytt klagomål.

71. I punkt 51 i den överklagade domen har förstainstansrätten först motiverat sin klassificering av 1990 års klagomål och 1994 års klagomål som ett enda klagomål med att det var fråga om samma bestämmelser och att det påtalades samma överträdelser av samma aktörer under samma period.

72. Enbart denna motivering är dock inte övertygande. För att 1994 års klagomål skall kunna anses vara en fortsättning av 1990 års klagomål, krävs det nämligen dessutom att det första klagomålet, vid den tidpunkt när tillägget av år 1994 ingavs, inte redan hade förlorat sitt föremål på grund av att kommissionen dessförinnan hade avslagit det.

17 — Förstainstansrättens beslut av den 29 april 1998 i mål T-367/94, British Coal Corporation mot kommissionen (REG 1998, s. II-705). I detta beslut fastställde förstainstansrätten att ett klagomål, genom vilket BC hade ifrågasatt kommissionens underförstådda vägran att omedelbart avvisa NALOO:s överklagande, uppenbarligen saknade rättslig grund.

18 — Se punkt 13 i det överklagade beslutet, som citeras i punkt 56 i den överklagade domen.

19 — Se punkt 59 i den överklagade domen. Med hänsyn till argumenteringen i punkterna 60—64 är det svårt att avgöra i vilken utsträckning det, enligt förstainstansrättens uppfattning, faktiskt var avgörande för frågan huruvida kommissionen var behörig att utöva sina befogenheter att överträdelsen fortfarande pågick när överklagandet ingavs.

73. Förstainstansrätten har behandlat denna fråga i punkterna 70—73 i den överklagade domen i samband med kritiken avseende ett åsidosättande av rättssäkerhetsprincipen. Frågan huruvida det år 1994 överhuvudtaget fortfarande fanns ett anhängigt klagomål, som NALOO kunde hänvisa till, är central för klassificeringen av de båda klagomålen som ett enda klagomål. En annan fråga som måste besvaras dessförinnan är vilket föremål 1990 års klagomål faktiskt hade.

i) Föremålet för 1990 års klagomål

74. I punkterna 46 och 48 i den överklagade domen fastställde förstainstansrätten, efter att ha analyserat NALOO:s klagomål av den 29 mars 1990 och den kompletterande skrivelsen, att kommissionen hade prövat de påtalade överträdelserna under räkenskapsåren 1986/1987—1989/1990. Detta fastställande har i huvudsak inte ifrågasatts av parterna. Endast BC har hävdat att avgifternas storlek ifrågasattes först från och med den 27 december 1987.

75. I detta avseende skall följande noteras. Om det antas att kommissionen faktiskt har befogenhet och skyldighet att undersöka tidigare överträdelser — vilket återstår att undersöka — kan den *ex officio* i sin undersökning även ta med tidsperioder som det i NALOO:s klagomål inte hänvisades till. Det är därför inte uppenbart vilket intresse BC kan ha av att förstainstansrättens omtvistade fastställande avseende klagomålets tillämpning i tiden (*ratione temporis*) ogiltigförklaras.

76. Bortsett från detta skall det erinras om att överklaganden enligt artikel 32d.1 första meningen i EKSG-fördraget och artikel 51 första stycket första meningen i EKSG-stadgan begränsas till rättsfrågor. Fastställandet avseende den tidsperiod som det hänvisades till i NALOO:s klagomål var dock en bedömning av de faktiska omständigheterna, vars kontroll av domstolen begränsas till huruvida förstainstansrätten gjorde sig skyldig till en uppenbart felaktig bedömning av de faktiska omständigheterna, som utan vidare fastställanden framgår av handlingarna i akten [20].

77. BC har dock inte anfört någonting till stöd för påståendet att det skulle föreligga en sådan felbedömning. Tvärtom har BC i huvudsak på grundval av det förhållandet att det i klagomålet på några ställen hänvisas till en avgift på 11 GBP/t, som tillämpades först från och med den 27 december 1987, dragit slutsatsen att NALOO:s klagomål inte omfattade de avgifter som tillämpades före denna dag. BC har därmed gjort en annan bedömning av klagomålet än kommissionen, och således även än förstainstansrätten, dock utan att klargöra varför förstainstansrättens uppfattning uppenbart är felaktig och det därmed föreligger felaktiga sakuppgifter. Denna grund kan därför inte godtas.

ii) Kvalifikation av kommissionens beslut och skrivelse av år 1991

78. Frågan är här huruvida förstainstansrättens fastställande i punkt 71, att kom-

20 — Se dom av den 28 maj 1998 i mål C-8/95 P, New Holland Ford mot kommissionen (REG 1998, s. I-3175), punkterna 25 och 72.

missionens beslut från år 1971 inte avsåg tiden före den 1 april 1990, inte innebär en felaktig bedömning. Det skall vidare prövas huruvida förstainstansrätten, såsom kommissionen har hävdat, förnekade att klagomålet i den delen avslagits genom kommissionens skrivelse av den 8 februari 1991 respektive av den 4 september 1991.

79. Dessa frågor kan prövas av domstolen i ett mål om överklagande. De avser visserligen även bedömningen av innehållet i 1991 års beslut och i den ovannämnda skrivelsen. Prövningen av vilka rättsverkningar agerandet är dock viktigast[21].

80. I skrivelsen av den 8 februari 1991 anförde kommissionen att den inte hade skyldighet att fatta ett formellt beslut i vilket den fastställde tidigare överträdelser, för att underlätta för klaganden att eventuellt väcka talan om skadestånd. Kommissionen förklarade vidare att den inte till fullo hade undersökt effekterna av 1986 års avtal och inte tagit ställning till detta, eftersom NALOO — efter en överenskommelse med BC:s tidigare rättsinnehavare — hade dragit tillbaka den talan mot den brittiska myndigheten för konkurrensfrågor som den väckt vid de nationella domstolarna. I skrivelsen av den 4 september 1991 uttryckte sig kommissionen på ett liknande sätt.

21 — Domen i målet SFEI (ovan fotnot 14), punkterna 25 och 26.

81. Inledningen till 1991 års beslut har följande lydelse:

"Denna skrivelse innehåller ett beslut av kommissionen och avser vissa delar [av det klagomål som ingetts] av NALOO... Där behandlas vilken inställning England och Wales har, mot bakgrund av den nya situationen sedan [leveransavtalen] som slöts mellan [BC], [NP] och [PG] trädde i kraft den 1 april 1990. Andra frågor, i synnerhet vad gäller... situationen före den 1 april 1990... behandlas inte."

82. Frågan är huruvida någon av dessa åtgärder var avsedd att få rättsverkningar och därmed skall anses vara ett beslut i den mening som avses i artiklarna 14 andra stycket och 33 första stycket i EKSG-fördraget[22].

83. Det skall inledningsvis noteras att det citerade avsnittets karaktär av beslut inte kan ifrågasättas redan på grund av den omständigheten att det — såsom förstainstansrätten hävdar — enligt uppgift endast förekommer i ett följebrev till beslutet. Såsom kommissionen själv har påpekat — se punkt 81 — har den i själva

22 — Domstolen har tillämpat detta kriterium i sin fasta rättspraxis för att kvalificera en åtgärd som ett beslut enligt EG-fördraget. Se domstolens dom av den 11 november 1981 i mål 60/81, IBM mot kommissionen (REG 1981, s. 2639; svensk specialutgåva, volym 6, s. 225), punkt 9, och av den 5 maj 1998 i mål C-180/96, Förenade kungariket mot kommissionen (REG 1998, s. I-2265), punkt 27.

verket endast skickat en enda skrivelse, som innehåller beslutet. Det kan således inte vara fråga om ett enkelt följebrev. Det skulle under alla förhållanden inte göra någon skillnad rättsligt sett om avsnittet i fråga förekom i själva beslutet eller i ett följebrev.

84. Betraktade som sådana skulle kommissionens förklaringar kunna ses som ett enkelt fastställande av dess underlåtenhet att agera eller som en begränsning av föremålet för beslutet genom uteslutning av den omtvistade tidigare perioden. Om emellertid det faktiska och rättsliga sammanhanget beaktas måste kommissionens ovan återgivna agerande anses utgöra ett avslag på klagomålet.

85. Det följer nämligen av domstolens rättspraxis [23] att "när en institution som, i likhet med kommissionen på konkurrensrättens område, har befogenhet att fastställa om det föreligger en överträdelse och besluta om påföljder för denna och till vilken enskilda kan inlämna ansökningar, lägger ned ett ärende som föranletts av en sådan ansökan, måste institutionen därigenom [anses ha antagit] en rättsakt som har rättsverkan".

86. Detta fastställande avser visserligen fall som regleras av de genom sekundärrättsliga processuella regler mer strikt utformade konkurrensrättsliga bestämmelserna i EG-fördraget. Denna rättspraxis kan likväl tillämpas analogt på förevarande fall.

87. I detta avseende skall det först beaktas att NALOO vid upprepade tillfällen har begärt att kommissionen även skall pröva verkningarna av 1986 års överenskommelse. Med denna begäran som redan ingick i klagomålet av den 29 mars 1990, visade NALOO tydligt att den fäste stor vikt vid att undersöka den situation som förelåg från och med räkenskapsåret 1986/1987. Sedan kommissionen i sitt provisoriska ställningstagande av den 21 december 1990 begränsat sig till att pröva situationen efter den 1 april 1990, upprepade NALOO i sin skrivelse av den 11 januari 1991 sin begäran avseende 1986 års överenskommelse. Slutligen hänvisade NALOO i sin skrivelse av den 14 mars 1991 ännu en gång till denna fråga.

88. Även om kommissionen i sin skrivelse av den 8 februari 1991 anförde att den inte uttömmande hade undersökt situationen före den 1 april 1990 ("we have... not investigated it fully..."), så inledde den åtminstone en undersökning som svar på NALOO:s klagomål. På grundval av de konstateranden som gjordes vände sig kommissionen genom skrivelse av den 28 augusti 1990 till de brittiska myndigheterna och meddelade sin (provisoriska)

23 — Domen i målet SFEI (ovan fotnot 14), punkt 27. Se även dom av den 19 oktober 1995 i mål C-19/93 P, Rendo m.fl. mot kommissionen (REG 1995, s. I-3319), punkt 28.

uppfattning att elproducenternas prissättning var diskriminerande och att de licensavgifter som BC tog ut var alltför höga [24]. Denna undersökning avsåg situationen innan de nya villkoren infördes med verkan från och med den 1 april 1990, eftersom dessa villkor, till följd av ett motsvarande erbjudande av de brittiska myndigheterna av den 24 oktober 1990, trädde i kraft först retroaktivt.

89. Genom att kommissionen vägrade ta ställning till en del av klagomålet och förklarade att den inte skulle fortsätta undersökningen av de ifrågasatta faktiska omständigheterna avslog den klagomålet i denna del genom en åtgärd som utgjorde ett beslut. Kommissionens förklaring medförde nämligen rättsverkningar, eftersom kommissionen därmed slutgiltigt vägrade att undersöka klagomålet för tiden före den 1 april 1990, och inställde den undersökning som inletts.

90. Det är dock inte slutgiltigt klarlagt huruvida avslagsbeslutet ingick redan i kommissionens skrivelse av den 8 februari 1991 eller i det efterföljande 1991 års beslut. Eftersom NALOO inte har överklagat någon av dessa rättsakter, kan denna fråga slutligen kvarstå som en öppen fråga.

91. Vissa omständigheter talar dock för att redan skrivelsen av den 8 februari 1991 skall anses som ett beslut över klagomålet, såvitt det avser perioden före den 1 april 1990. I denna skrivelse har kommissionen nämligen mycket tydligt angivit sin inställning till denna tidsperiod. Kommissionen utlovade dessutom ett formellt beslut enbart med avseende på de villkor som gällde efter den 1 april 1990. Det skulle å andra sidan kunna anföras att en klagande skall kunna ha rätt att få ett enhetligt beslut som omfattar alla de perioder som anges i ett klagomål.

92. Eftersom beslutet om att avslå klagomålet för perioden före den 1 april 1990 under alla förhållanden innefattades i skrivelsen av den 8 februari 1991, eller i beslutet av den 23 maj 1991, var kommissionens skrivelse av den 4 september 1991 bara en upprepning av det beslut som redan fattats.

93. Den första grunden kan således godtas såvitt den avser förstainstansrättens fastställande att kommissionen hade prövat ett enda klagomål — första gången ingivet år 1990 och kompletterat år 1994 — när den antog det överklagade beslutet. Eftersom det första klagomålet redan hade avslagits genom ett beslut och därmed var prövat, kunde det andra klagomålet inte längre anses vara en fortsättning på det första klagomålet.

24 — För den exakta ordalydelsen av skrivelsen, se de citerade avsnitten i punkt 17 i den överklagade domen.

iii) Fastställanden avseende rättssäkerhetsprincipen

94. Frågan är huruvida även fastställandet att rättssäkerhetsprincipen inte utgjorde hinder för antagandet av 1998 års beslut utgjorde felaktig rättstillämpning. Förstainstansrätten utgick visserligen från det felaktiga antagandet att klagomålet inte hade avslagits redan år 1991 genom ett beslut som kunde överklagas.

95. Förstainstansrättens fastställanden skulle dock inte behöva ogiltigförklaras, om det av andra skäl än dem som förstainstansrätten givit visade sig vara riktigt att rättssäkerhetsprincipen i princip inte utgjorde hinder för antagandet av 1998 års beslut [25].

96. Enligt fast rättspraxis vinner ett beslut mot vilket talan inte har väckts av den som det är riktat till inom den i artikel 230 i EG-fördraget föreskrivna tidsfristen laga kraft gentemot denne [26]. Detta gäller analogt för beslut enligt EKSG-fördraget. Denna rättspraxis bygger på övervägandet att talefristerna syftar till att skydda rättssäkerheten, för att förhindra att gemenskapsrättsakter som medför rättsverkningar kan komma att ifrågasättas ett obegränsat antal gånger [27]. Det är ostridigt att NALOO inte har överklagat kommissionens ovannämnda rättsakter och att den i målet NALOO I återkallade sin talan, åtminstone i den i detta avseende avgörande delen.

97. Det följer av ovannämnda rättspraxis att ett beslut av kommissionen, genom vilket denna endast bekräftar ett tidigare beslut, inte får någon rättsverkan och därför inte är en rättsakt som kan bli föremål för en talan om ogiltigförklaring. I ett sådant fall kan en talan om ogiltigförklaring inte upptas till sakprövning [28].

98. En åtgärd kan dock endast anses som en bekräftelse på ett tidigare beslut, om den inte innehåller några nya uppgifter i förhållande till det tidigare beslutet och inte har föregåtts av ytterligare en kontroll av situationen för den person som beslutet riktar sig till [29].

99. Vid denna prövning måste man skilja mellan två fall. I det ena fallet [30] har

25 — I fråga om domstolens möjlighet att godkänna en dom när den visar sig vara riktig enligt andra grunder än dem som förstainstansrätten har anfört, se dom av den 9 juni 1992 i mål C-30/91 P, Lestelle mot kommissionen (REG 1992, s. I-3755), punkt 28, av den 15 december 1994 i mål C-320/92 P, Finsider mot kommissionen (REG 1994, s. I-5697), punkt 37, och av den 13 juli 2000 i mål C-210/98 P, Salzgitter mot kommissionen och Tyskland (REG 2000, s. I-5843), punkt 58.

26 — Dom av den 17 november 1965 i mål 20/65, Collotti mot domstolen (REG 1965, s. 1045), domen i målet TWD Textilwerke Deggendorf (ovan fotnot 15), punkt 13, och av den 14 september 1999 i mål C-310/97 P, kommissionen mot AssiDomän Kraft Products m.fl. (REG 1999, s. I-5363), punkt 57.

27 — Domen i målet AssiDomän (ovan fotnot 26), punkt 61.

28 — Dom av den 25 oktober 1977 i mål 26/76, Metro mot kommissionen (REG 1977, s. 1875; svensk specialutgåva, volym 3, s. 431), punkt 4, av den 15 december 1988 i de förenade målen 166/86 och 220/86, Irish Cement mot kommissionen (REG 1988, s. 6473), punkt 16, och i mål C-180/96, Förenade kungariket mot kommissionen (ovan fotnot 22), punkt 28.

29 — Dom av den 9 mars 1978 i mål 54/77, Herpels mot kommissionen (REG 1978, s. 585), punkt 14.

30 — Se exempelvis dom av den 13 november 1986 i mål 232/85, Becker mot kommissionen (REG 1986, s. 3401).

kommissionen redan prövat ett klagomål i sak och avslagit detta, eftersom den inte ansett att kritiken är övertygande. Om klaganden inger ett nytt klagomål, som inte innehåller några väsentligt nya faktiska omständigheter, är kommissionen inte skyldig att pröva saken på nytt. Kommissionens avslag i det fallet är enbart en bekräftelse på det tidigare beslutet och kan inte överklagas.

100. Skillnad måste göras mellan ovannämnda fall och detta mål. Här vägrade kommissionen i huvudsak av lämplighetsskäl att pröva det första klagomålet i sak, och hänvisade till att den inte var skyldig att fatta ett beslut för att underlätta talan om skadestånd. I det andra (det överklagade) beslutet tog kommissionen — med kännedom om domarna i målen Banks och Hopkins — inte upp detta argument på nytt, utan vidhöll i stället sammanfattningsvis att den inte hade befogenhet att agera på grund av ett klagomål avseende tidigare överträdelser av artiklarna 63.1 och 66.7. I andra hand gjorde kommissionen gällande att den påstådda överträdelsen av artikel 66.7 inte hade bevisats.

101. När kommissionen som svar på ett nytt klagomål avseende samma överträdelser - med stöd av nya rättsliga argument - avslår detta klagomål, är detta inte enbart en bekräftelse av det första beslutet. Det strider inte heller mot rättssäkerhetsprincipen att kommissionen ännu en gång prövar samma faktiska omständigheter och att den ändrar sin rättsliga bedömning.

102. Att de berörda företagen, på grund av omstruktureringar i denna näringsgren och personalomsättning, eventuellt har svårt att efter lång tid ta ställning till de påstådda tidigare överträdelserna, är i detta sammanhang inte allena avgörande. Sådana omständigheter, som ligger inom de berörda företagens ansvarsområde, kan inte påverka kommissionens utövande av sina befogenheter enligt EKSG-fördraget.

103. Kommissionen kan däremot inte behålla rätten att agera mot en viss överträdelse under obegränsad tid. Även om det i förevarande fall inte är fråga om att ålägga några böter, kan kommissionens beslut nr 715/78/EKSG av den 6 april 1978 om preskriptionstider i fråga om förfaranden och verkställande av påföljder enligt Fördraget om upprättandet av Europeiska kol- och stålgemenskapen[31] anföras som rättesnöre för att fastställa den frist under vilken kommissionen fortfarande får agera.

104. Enligt detta beslut uppgår preskriptionstiden i ett fall som det förevarande till fem år (artikel 1.1 b) och kan förlängas

31 — EGT L 94, s. 22; svensk specialutgåva, område 1, volym 1, s. 136.

genom avbrott till högst tio år (artikel 2.3 andra meningen). Till detta skall även perioder räknas under vilka preskriptionstiden för överklagande är upphävd, medan målet är föremål för prövning vid domstolen (eller vid förstainstansrätten). Preskriptionstiden för överklagande började den 1 april 1990 — den dag då den eventuella överträdelsen upphörde (artikel 1.2 andra meningen).

105. Om man utgår från att förfarandet som ledde till antagandet av det överklagade beslutet under alla förhållanden medförde ett avbrott, så hade någon preskriptionstid för överklagande ännu inte inträtt, när beslutet antogs den 22 april 1998. Preskriptionstiden har nu upphävts sedan den dag då överklagandet av detta beslut ingavs.

106. Man kan emellertid fråga sig om företagen skulle ha kunnat åberopa skyddet för berättigade förväntningar för det fall kommissionen antagit ett beslut som avviker från det ursprungliga beslutet, vilket inte är fallet i förevarande mål.

107. Om kommissionen till följd av ett beslut av domstolen i förevarande mål återigen skulle anta ett nytt beslut — grundat på en ny prövning — är den i förekommande fall emellertid tvungen att i sin bedömning inbegripa skyddet för de berörda företagens berättigade förväntningar.

108. Rättssäkerhetsprincipen utgjorde följaktligen inte något hinder för antagandet av det överklagade beslutet, även om samma överträdelser redan varit föremål för ett tidigare beslut. Å andra sidan var det överklagade beslutet inte heller en bekräftelse på ett tidigare beslut, som inte kunde överklagas. Förstainstansrättens fastställanden avseende rättssäkerhetsprincipen är följaktligen riktiga i sin slutsats, även om de grundar sig på den felaktiga förutsättningen att det är fråga om ett enda klagomål. Det kan inte heller riktas någon kritik mot att förstainstansrätten inte klassificerade det överklagade beslutet som en bekräftelse på ett tidigare beslut och till följd därav inte *ex officio* ifrågasatte huruvida överklagandet kunde upptas till sakprövning.

109. Den första grunden kan därför, såvitt den avser åsidosättande av rättssäkerhetsprincipen, inte godtas.

3. Huruvida kommissionen har befogenhet att agera mot de påstådda överträdelserna under räkenskapsåren 1986/1987—1989/1990

a) Parternas argument

110. Alla klagandena har framhållit att artiklarna 63.1 och 66.7 första meningen i

EKSG-fördraget endast ger kommissionen befogenhet att lämna rekommendationer, som på grund av sin karaktär endast kan ha verkningar för framtiden. IP, BC och PG har hävdat att kommissionen enligt dessa bestämmelser inte ges befogenhet att göra fastställanden avseende tidigare överträdelser som har upphört.

111. Till skillnad från de övriga klagandena anser kommissionen att den avgörande frågan inte är huruvida en överträdelse redan har upphört, utan huruvida den fortfarande har verkningar som kan angripas genom att en rekommendation antas.

112. NALOO anser däremot att förstainstansrätten med rätta bedömde att kommissionen kan göra fastställanden avseende tidigare överträdelser av dessa bestämmelser.

113 Klagandena har även framfört kritik mot att förstainstansrätten förklarade att frågan om vilka rättsakter kommissionen kunde utfärda på grundval av denna bestämmelse saknade betydelse och i stället gick in på frågan om befogenheten att undersöka överträdelser. Denna befogenhet kan dock inte beaktas oberoende av sitt syfte, vilket är att förbereda antagandet av en rekommendation.

114. NALOO anser däremot att förstainstansrätten har förfarit riktigt. I ett överklagande avseende en vägran att genomföra en undersökning behöver förstainstansrätten inte beakta vilken form av rättsakt som kommissionen efter avslutad undersökning eventuellt kan anta. Detta måste kommissionen själv avgöra.

115. IP och PG har tillagt att befogenheten att fatta beslut enligt artikel 14 i EKSG-fördraget även omfattar befogenheten att lämna rekommendationer, eftersom beslut är ett starkare ingrepp i den nationella suveräniteten. Omvänt innefattar befogenheten att lämna rekommendationer däremot inte befogenheten att fatta beslut. När beslut avses anges detta uttryckligen i motsvarande bestämmelser i fördraget.

116. IP, BC och PG har även invänt mot förstainstansrättens tolkning av punkt 19 i domen i målet Hopkins[32]. Domstolen visade i detta avsnitt på kommissionens möjligheter att agera mot fortgående diskriminering och angav de sätt på vilka missgynnade företag kunde erhålla rättsligt skydd. Domstolen förutsatte emellertid inte någon befogenhet för kommissionen att göra fastställanden eller att lämna rekommendationer avseende tidigare diskriminering som redan hade upphört. Det är endast

32 — Se ovan fotnot 6.

genom en rekommendation avseende en ännu fortgående diskriminering som kommissionen kan beakta de effekter som diskrimineringen haft på marknadsaktörerna före kommissionens ingripande. Berörda företag kan vid nationella domstolar åberopa överträdelser som fastställts i samband med en rekommendation. Kommissionen har dock inte befogenhet att göra fastställanden vid sidan av en rekommendation, för att därmed möjliggöra en talan om skadestånd.

117. NALOO har hänvisat till att målet Hopkins hade anhängiggjorts vid domstolen inom ramen för en skadeståndsprocess avseende tidigare överträdelser och att domstolen i sina överväganden hänvisade just till detta fall.

118. IP och PG har tillagt att även om kommissionen enligt artikel 63.1 gör fastställanden av prisdiskriminering i en rekommendation riktad till en medlemsstat, kan denna diskriminering inte åberopas mot företagen, eftersom EKSG-rekommendationer, i likhet med EG-direktiv, inte har någon horisontell verkan gentemot tredje part.

119. Enligt IP, BC och PG ger principen om effektivt rättsligt skydd inte upphov till någon rätt att av kommissionen begära fastställanden avseende tidigare förhållanden som förutsättning för talan om skadestånd. Denna princip hade redan utan framgång åberopats i målet Hopkins som motivering för argumentet att artikel 63 var direkt tillämplig.

120. NALOO har mot detta invänt att domstolen i domen i målet Hopkins hänvisade till det effektiva rättsliga skydd som enligt EKSG-fördraget ges till dem som drabbats av prisdiskriminering, och har därav dragit slutsatsen att artikel 63.1 ger möjlighet att göra fastställanden avseende tidigare överträdelser som har upphört [33].

121. BC och IP anser att reglerna i EKSG-fördraget säkerställer ett effektivt rättsligt skydd, även utan att det därför är nödvändigt att kommissionen gör fastställanden avseende tidigare överträdelser av artiklarna 63.1 eller 66.7. Det är snarare det berörda företaget som i god tid måste inge klagomål till kommissionen. Kommissionen skall därefter, om diskrimineringen inte har upphört, lämna en rekommendation till medlemsstaten. Den berörde kan omedelbart vid nationella domstolar åberopa rekommendationen gentemot denna stat. Om kommissionen inte vidtar några åtgärder kan klaganden väcka talan inför domstol och under vissa omständigheter begära skadestånd.

33 — NALOO har hänvisat till punkt 22 i domen i målet Hopkins (ovan fotnot 6).

122. Det är inte självklart att skadestånd skall utgå vid varje fall av ekonomisk förlust till följd av dåligt fungerande marknader [34]. Den omständigheten att NALOO-medlemmar — på grund av att kommissionen inte gjort något fastställande avseende tidigare förhållanden — inte var framgångsrika i sin talan om skadestånd vid nationella domstolar utgör därför inte någon brist i det rättsliga skyddet. I medlemsstaternas rättsordningar föreskrivs i allmänhet ingen rätt till skadestånd vid överträdelse av konkurrensreglerna.

123. Några rättsliga följder kan inte ens vid fastställandet av en tidigare diskriminering följa av artikel 63.1. Det behövs snarare en konkret rekommendation av kommissionen om hur diskrimineringen skall upphöra i framtiden. Diskrimineringen skulle exempelvis kunna undanröjas genom att de till BC betalade priserna sänktes eller genom att de för NALOO-medlemmarna gällande priserna höjdes. Det befintliga systemet bygger således endast på preventivt skydd och inte på ersättning för skada.

124. Under den muntliga förhandlingen påpekade PG återigen att EKSG-fördraget i första hand hänför sig till företag inom kol- och stålsektorn. Målet med fördraget var inte att skadeståndsanspråk skulle kunna grundas gentemot företag i andra näringsgrenar, såsom PG och IP, vilka enligt fördraget inte ens har rätt att överklaga.

125. Slutligen föreligger meningsskiljaktigheter mellan BC och NALOO beträffande artikel 65 i EKSG-fördraget. BC anser att förstainstansrätten felaktigt lämnade frågan öppen om huruvida denna bestämmelse kan tillämpas, i stället för att fastställa att den inte var tillämplig. NALOO har yrkat att domstolen skall fastställa att artikel 65 är tillämplig åtminstone i det fall där den skulle komma till slutsatsen att artikel 66.7 inte ger kommissionen befogenhet att göra fastställanden avseende tidigare förhållanden.

126. Kommissionen har invänt mot att förstainstansrätten har ogiltigförklarat beslutet i sin helhet, trots att den varken har prövat eller kritiserat kommissionens fastställanden i frågan om huruvida artikel 65 i EKSG-fördraget är tillämplig.

b) Bedömning

127. Det skall först noteras att förstainstansrättens fastställanden i fråga om kommissionens behörighet att i förevarande fall inleda undersökningar med stöd av artiklarna 63.1 och 66.7 i EKSG-fördraget skall kritiseras såvitt de bygger på antagandet att överträdelserna fortfarande

34 — IP har citerat generaladvokaten Fennellys förslag till avgörande av den 7 december 1995 i mål C-18/94, Hopkins m.fl. (REG 1996, s. I-2281, på sidan I-2284), punkt 51.

pågick när klagomålet ingavs (punkterna 59 och 60 i den överklagade domen). Det framgår nämligen av övervägandena beträffande den första grunden att 1994 års klagomål skall klassificeras som ett nytt klagomål, eftersom 1990 års klagomål genom ett beslut av kommissionen hade avslagits redan år 1991. Det är ostridigt att de påtalade överträdelserna inte längre pågick när det nya klagomålet ingavs år 1994.

128. Detta är inte tillräckligt för att ogiltigförklara förstainstansrättens fastställanden avseende kommissionens befogenhet i sin helhet, eftersom dessa fastställanden inte enbart grundar sig på antagandet att överträdelserna fortfarande pågick. Förstainstansrätten drog av domen i målet Hopkins[35] tvärtom slutsatsen att artikel 4 b jämförd med artikel 63.1 i EKSG-fördraget, å ena sidan, och artikel 4 d jämförd med artikel 66.7 i EKSG-fördraget, å andra sidan, under alla förhållanden gav kommissionen befogenhet att undersöka NALOO:s klagomål såvitt det avsåg de påstådda diskriminerande inköpspriserna och orimligt höga avgifterna under räkenskapsåren 1986/1987—1989/1990[36]. Förstainstansrätten förefaller ha dragit denna slutsats oberoende av den första delen av dess motivering.

129. I det följande skall det således undersökas vilken befogenhet som var och en av de omtvistade bestämmelserna gav kommissionen i fråga om de överträdelser som redan hade upphört när klagomålet ingavs.

i) Kommissionens befogenheter enligt artikel 63.1 i EKSG-fördraget

130. Utgångspunkten för undersökningen av kommissionens befogenheter är, för det första, ordalydelsen av artikel 63.1 i EKSG-fördraget. Användningen av presens indikativ ("... köparna *praktiserar* en systematisk diskriminering...") tyder därvid på att de påtalade överträdelserna fortfarande måste pågå vid den tidpunkt då kommissionen gör sina fastställanden.

131. Det skall dessutom beaktas att denna bestämmelse uteslutande ger kommissionen befogenhet att lämna rekommendationer till de berörda regeringarna. Detta inbegriper inte någon befogenhet att fatta beslut. Det framgår nämligen av artikel 14 femte stycket i EKSG-fördraget att beslut anses vara ett starkare ingrepp i medlemsstaternas suveränitet än rekommendationer, med den följden att befogenheten att fatta beslut även inbegriper befogenheten att lämna rekommendationer, vilka är svagare medel. Av detta skall den omvända slutsatsen dras att beslut inte utan vidare får fattas i situationer där det endast föreskrivs rekommendationer.

35 — Se ovan fotnot 6.

36 — Punkterna 61—63 i den överklagade domen.

132. Att artikel 63.1 enligt ordalydelsen endast avser befogenheten att lämna rekommendationer är — i motsats till vad förstainstansrätten anser — en avgörande omständighet. I förevarande fall är det visserligen fråga om att kommissionen har vägrat att genomföra en mer omfattande undersökning, och inte om en kontroll av en åtgärd som kommissionen redan har vidtagit. Den omständigheten att det i artikel 63.1 endast anges rekommendationer är dock ett grunddrag i ordalydelsen av bestämmelsen som det inte får bortses ifrån vid tolkningen av denna.

133. Klagandena har utgått från att rekommendationer endast syftar till att ställa upp mål för dem som de är riktade till, vilka skall uppnå dessa mål i framtiden genom medel som de själva väljer. Klagandena har hävdat att om köparen redan har undanröjt diskrimineringen kan kommissionen inte längre anta en rekommendation om att medlemsstaten skall upphöra med överträdelsen. Syftet med bestämmelsen är enligt ordalydelsen i denna följaktligen att ge kommissionen befogenhet att ingripa enbart för framtiden.

134. Frågan är huruvida denna uppfattning överensstämmer med domstolens fastställanden i domen i målet Hopkins. Domstolen har i punkt 19 i denna dom anfört följande:

"För att säkerställa att förbudet i artikel 4 b får ändamålsenlig verkan bör det anses att den rätt som kommissionen har enligt artikel 63.1 inte endast ger den möjlighet att förelägga myndigheter i medlemsstaterna att se till att den systematiska diskriminering som kommissionen har konstaterat framdeles upphör utan dessutom att ta konsekvenserna av detta konstaterande från kommissionen vad beträffar det resultat som denna diskriminering har kunnat få på det förhållande mellan köpare och producenter som avses i artikel 4 b till och med före kommissionens ingripande. Samma konstaterande kan åberopas av de berörda parterna vid de nationella domstolarna."

135. Följaktligen kan kommissionen i en rekommendation inte endast anmoda medlemsstaten att se till att diskrimineringen framdeles upphör utan även undanröja effekterna av tidigare diskriminering. En sådan anmodan skulle inte motsäga rekommendationens framtidsriktade karaktär. Medlemsstaten skulle nämligen ges riktlinjer för ett framtida handlande som syftar till att rätta till effekterna av en tidigare rättsstridig situation.

136. Kommissionen hade till exempel kunnat ålägga medlemsstaten att se till att de sämre ställda försäljare som hade skadats av en prisdiskriminering skulle ersättas för sin ekonomiska förlust. Om staten eller någon av dess institutioner var ansvarig för diskrimineringen[37] skulle staten under vissa omständigheter bli tvungen att betala skadestånd.

37 — Under den tid som är av betydelse för avgörandet här — från år 1986 till den 1 april 1990 — låg under alla förhållanden inköpet av kol för elproduktion det statliga organet CEGB. Vidare hade regeringen uppenbarligen ett avgörande inflytande på prispolitiken, vilket framgår av att den år 1990 förhandlade med NALOO om priser som den slutligen fastställde ensidigt.

137. Att domstolen framför allt hänvisade till den situation där staten själv är direkt eller indirekt ansvarig för diskrimineringen framgår även av andra överväganden i domen i målet Hopkins. Domstolen påpekade i detta avseende i slutet av punkt 19 att fastställandena i en rekommendation kan åberopas av de berörda parterna vid de nationella domstolarna. I punkt 28 hänvisade domstolen dessutom direkt till direktivens direkta verkan. Enligt fast rättspraxis har direktiv emellertid direkt verkan i princip endast mellan enskilda och staten och inte i förhållandet mellan enskilda [38].

138. Domstolens hänvisning i domen i målet Hopkins till kommissionens fastställanden i fråga om tidigare överträdelser skall enligt klagandena förstås så, att kommissionen endast kan bedöma överträdelser som ligger bakåt i tiden inom ramen för en rekommendation, i vilken medlemsstaten anmodas se till att diskrimineringen upphör i framtiden.

139. Domen skall emellertid inte tolkas på så sätt. Missförståndet kan bero på att kommissionen, i punkt 11 i det överklagade beslutet, har citerat det tillämpliga avsnittet i domen i målet Hopkins inkorrekt genom att anföra att *kommissionen* har rätt att ta konsekvenserna av en diskriminering före sitt ingripande. Domstolen har i själva verket dock fastställt att kommissionen i sin rekommendation kan förelägga *medlemsstaten* att ta konsekvenserna av tidigare överträdelser.

140. Frågan är möjligen huruvida domstolen antog att skyldigheten att se till att konsekvenserna undanröjs endast kan föreläggas medlemsstaten i samband med skyldigheten att se till att diskrimineringen upphör i framtiden. Det citerade avsnittet i domen i målet Hopkins ger inget stöd för en sådan tolkning. Domstolen har tvärtom angivit båda möjligheterna (se till att diskrimineringen upphör i framtiden och undanröja konsekvenserna av tidigare diskriminering) jämsides.

141. Klagandenas argument bygger uppenbarligen på antagandet att en rekommendation på grund av dess framtidsinriktade karaktär endast kan syfta till att stoppa en (pågående) diskriminering, samt på det ytterligare antagandet att enskilda fastställanden avseende perioder bakåt i tiden endast kan göras i form av beslut, som kommissionen inte ges befogenhet att fatta enligt artikel 63.1. Klagandena känner inte till att kommissionen i en rekommendation även kunde kräva att följderna av tidigare diskriminering undanröjdes och göra de fastställanden avseende tidigare perioder som krävs för en sådan rekommendation.

38 — Dom av den 14 juli 1994 i mål C-91/92, Faccini Dori (REG 1994, s. I-3325; svensk specialutgåva, volym 16, s. 1), punkt 20, och av den 14 september 2000 i mål C-343/98, Collino och Chiappero (REG 2000, s. I-6659), punkterna 20 och 21. Beslut av den 24 oktober 2002 i mål C-233/01, RAS (REG 2002, s. I-9411), punkt 19.

142. Det skall dessutom beaktas att diskrimineringen redan hade upphört sedan flera år tillbaka, när begäran ställdes till domstolen om ett förhandsavgörande i målet Hopkins. Domstolens fastställande att kommissionen kan förelägga medlemsstaten att ta konsekvenserna av tidigare diskriminering skulle därför inte ha haft någon praktisk betydelse för det fallet, om denna skyldighet endast kunde föreläggas samtidigt med skyldigheten att undanröja en diskriminering som fortfarande pågår. Det skall följaktligen konstateras att båda de ovannämnda åtgärderna enligt domstolen kan vidtas även oberoende av varandra.

143. Frågan är huruvida domstolens uttalanden i punkt 19 i domen i målet Hopkins eventuellt kommer i en annan dager, om man läser dem mot bakgrund av domen i sin helhet. Det citerade avsnittet strider vid första påseendet nämligen mot domstolens fastställande i punkt 27 i domen i målet Hopkins att enskilda inte vid nationella domstolar kan åberopa att en sådan diskriminering är oförenlig med artikel 63.1, så länge den inte har blivit föremål för en rekommendation riktad till berörda regeringar. Om bestämmelsen följaktligen inte är direkt tillämplig till förmån för den enskilde är det tveksamt om den kan åberopas mot den köpare som tillämpar de diskriminerande villkoren, innan kommissionen har ingripit. Det är emellertid just detta som skulle bli följden om kommissionen med retroaktiv verkan konstaterade överträdelser av artikel 63.1 och ålade medlemsstaten att undanröja effekterna av dem.

144. Denna uppenbara inkonsekvens kan dock lösas om följande överväganden beaktas. Förbudet i artikel 63.1 har visserligen direkt effekt såtillvida som köpare anses uppträda rättsstridigt om de tillämpar diskriminerande priser. Kommissionens fastställanden är därför inte konstitutiva till sin natur utan enbart fastställande, och kan därför även omfatta tidigare överträdelser. Kommissionen har emellertid en befogenhet att företa skönsmässig bedömning för att fastslå de rättsliga konsekvenser som följer av det rättsstridiga uppträdandet. Det är endast om kommissionen — med hänsyn till hur allvarlig överträdelsen är och hur länge den har pågått samt situationen på den berörda marknaden — anser att det är lämpligt att ålägga medlemsstaten att undanröja konsekvenserna som den enskilde kan åberopa en sådan rekommendation vid de nationella domstolarna.

145. Det skall slutligen dessutom undersökas huruvida den tolkning av punkt 19 i domen i målet Hopkins som legat till grund för övervägandena här är förenlig med artikel 63.1. Såsom nämnts inledningsvis tyder ordalydelsen av bestämmelsen nämligen på att överträdelsen måste pågå när kommissionen ingriper.

146. Vid tolkningen av denna bestämmelse skall hänsyn inte endast tas till ordalydelsen utan framför allt till dess praktiska verkan, som domstolen dessutom beaktade i det

citerade avsnittet. Förbudet för diskriminerande metoder i artiklarna 4 b och 63.1 skulle inte ha tillräckligt avskräckande verkan, om företagen endast var tvungna att ändra sitt framtida uppträdande efter det att kommissionen hade riktat en motsvarande rekommendation till medlemsstaten, och de tidigare överträdelserna inte kunde sanktioneras [39].

147. Diskriminering av vissa aktörer på marknaden medför en snedvridning av konkurrensen. Det gynnade företaget erhåller gentemot sina konkurrenter en fördel, som man — i den mån den beviljas av statliga medel — även kan kvalificera som stöd. Det har i domstolens rättspraxis sedan länge godtagits att kommissionen kan kräva återbetalning av statligt stöd som har beviljats rättsstridigt, för att återupprätta den tidigare (konkurrens)situationen, trots att detta inte uttryckligen föreskrivs i artikel 88 EG [40]. Detta gäller även för stöd som omfattas av EKSG-fördragets tillämpningsområde [41]. Denna rättsprincip kan även tillämpas i förevarande fall. Den ändamålsenliga verkan av artiklarna 4 b och 63.1 förstärks följaktligen av att kommissionen, för att återupprätta konkurrensen, kan ålägga medlemsstaten att ta konsekvenserna av tidigare överträdelser av förbudet mot diskriminering.

148. Som slutsats skall det således fastslås att kommissionen enligt artikel 63.1 hade befogenhet att, i form av en rekommendation, ålägga medlemsstaten att vidta åtgärder för att undanröja konsekvenserna av köparens överträdelser av förbudet mot diskriminering. Denna befogenhet förelåg även i de fall då överträdelserna inte längre pågick vid den tidpunkt då den motsvarande rekommendationen antogs, och i vilka kommissionen var tvungen att beakta det berörda företagets skydd för berättigade förväntningar. Denna befogenhet inbegrep rätten att undersöka tidigare tidsperioder. Talan kan följaktligen inte bifallas på den grund som avser förstainstansrättens fastställande.

149. Frågan huruvida principen om ett effektivt rättsligt skydd för den diskriminerade försäljaren även ger kommissionen en motsvarande befogenhet behöver därför inte prövas.

ii) Kommissionens befogenheter enligt artikel 66.7 i EKSG-fördraget

150. Förstainstansrätten har dragit samma slutsats vad gäller artikel 66.7 i EKSG-fördraget. Det skall i detta avseende noteras att domstolen i domen i målet Hopkins endast har uttalat sig om artikel 63.1. Det

39 — Det är i det avseendet dock oklart huruvida kommissionen under vissa omständigheter kunde sanktionera sådana överträdelser genom att döma ut böter i enlighet med artikel 64 i EKSG-fördraget.

40 — Dom av den 12 juli 1973 i mål 70/72, kommissionen mot Tyskland (REG 1973, s. 813), punkt 13, och av den 4 april 1995 i mål C-348/93, kommissionen mot Italien (REG 1995, s. I-673), punkt 26.

41 — Dom av den 20 september 2001 i mål C-390/98, Banks (REG 2001, s. I-6117), punkterna 73—75.

skall även påpekas att det i artikel 66.7, till skillnad från i artikel 63.1, föreskrivs att kommissionen skall lämna rekommendationer till de berörda företagen och inte till medlemsstaterna. Enligt artikel 66.7 är det, på samma sätt som enligt artikel 63.1, uteslutet att i ett första skede anta beslut[42].

151. Ordalydelsen av artikel 66.7 tyder i ännu tydligare form på att bestämmelsen syftar till att ett missförhållande skall undanröjas för framtiden. Genom kommissionens rekommendation skall företagen hindras från att utnyttja sin dominerande ställning för syften som strider mot fördraget. Den möjligheten att kommissionen, för den händelse rekommendationen inte iakttas, enligt artikel 66.7 andra meningen, själv, genom ett beslut, ingriper direkt i utformningen av affärsvillkoren, talar även för att kommissionens befogenhet endast avser framtiden.

152. Å andra sidan gäller även här samma överväganden som i fråga om artikel 63.1. Enligt ordalydelsen är det därför inte uteslutet att kommissionen i en rekommendation ger företaget i uppdrag att med retroaktiv verkan undanröja konsekvenserna av det oegentliga uppträdandet.

153. Denna befogenhet skulle visserligen gå utöver kommissionens befogenheter att sanktionera överträdelser av artikel 82 EG. Artikel 66.7 i EKSG-fördraget uppvisar dock två väsentliga skillnader gentemot artikel 82 EG, vilka rättfärdigar dessa mer omfattande befogenheter. För det första kan den enskilde inte direkt åberopa artikel 66.7 vid nationella domstolar och följaktligen inte väcka talan om kadestånd, om kommissionen inte har ingripit[43]. För det andra föreskrivs i artikel 66.7 första meningen för övrigt inte någon påföljd — såsom utdömande av böter — för tidigare överträdelser som redan har upphört. I artikel 66.7 andra meningen hänvisas visserligen till artiklarna 58, 59 och 64 i EKSG-fördraget, som avser utdömande av böter. Kommissionen kan dock tillämpa dessa bestämmelser endast i fråga om överträdelse av ett beslut i den mening som avses i artikel 66.7 andra meningen. Kommissionen kan emellertid inte döma ut böter direkt på grund av tidigare överträdelser, såsom är möjligt enligt artikel 82 EG jämförd med artikel 15 andra stycket i förordning nr 17.

42 — Se i denna fråga ovan punkt 132 och följande punkter.

43 — Domen i målet Banks (ovan fotnot 6), punkt 19. Vad däremot avser frågan om att direkt tillämpa artikel 82 EG, se dom av den 30 juni 1974 i mål 127/73, BRT (REG 1974, s. 51; svensk specialutgåva, volym 2, s. 201), punkterna 15—17, och av den 28 februari 1991 i mål C-234/89, Delimitis (REG 1991, s. I-935; svensk specialutgåva, volym 11, s. 65), punkt 45.

154. För att säkerställa en ändamålsenlig verkan av bestämmelsen måste kommissionen i fråga om överträdelser som redan upphört följaktligen fortfarande kunna vidta åtgärder enligt artikel 66.7 och, i en rekommendation, kunna ålägga ett företag att undanröja konsekvenserna av överträdelsen.

155. Den omständigheten att rekommendationerna enligt artikel 66.7 skall riktas till företagen själva, strider inte mot kommissionens befogenhet att genomföra undersökningar på grund av överträdelser som redan har upphört och att, i förekommande fall, lämna rekommendationer. När kommissionen utövar sin befogenhet att företa skönsmässig bedömning i frågan huruvida den skall lämna en rekommendation och vilka mål för mottagaren den skall fastställa i denna, måste den dock beakta rättssäkerhetsprincipen och principen om skydd för berättigade förväntningar. [44]

156. Talan kan inte heller bifallas på denna grund i den mån den hänför sig till förstainstansrättens fastställande i fråga om kommissionens befogenheter enligt artikel 66.7 i EKSG-fördraget.

44 — Om tillämpning i detta avseende av beslut nr 715/78 om preskriptionstider i fråga om förfaranden och verkställande av påföljder enligt EKSG-fördraget, se ovan punkt 103 och följande punkter.

iii) Underlåtenhet att pröva huruvida artikel 65 i EKSG-fördraget är tillämplig

157. I det överklagade beslutet kom kommissionen till slutsatsen att artikel 65 i EKSG-fördraget inte är tillämplig på fastställandet av licensavgifter, eftersom denna bestämmelse, i likhet med artikel 81 EG, endast omfattar konkurrensbegränsande avtal, medan det ensidiga missbruket av en dominerande ställning omfattas av tillämpningsområdet för artikel 66.7 i EKSG-fördraget. Förstainstansrätten lämnade frågan om huruvida artikel 65 är tillämplig öppen, eftersom BC:s uppträdande enligt förstainstansrätten under alla förhållanden omfattades av tillämpningsområdet för artikel 66.7.

158. Detta tillvägagångssätt av förstainstansrätten kan endast försvaras, om det i artikel 65 även föreskrivs samma rättsliga följder som i artikel 66.7. Så är dock inte fallet. Enligt artikel 65.5 får kommissionen fastställa böter direkt för företag som har träffat konkurrensbegränsande och därmed ogiltiga överenskommelser, vilket enligt artikel 66.7 andra meningen är möjligt först som påföljd för att kommissionens beslut inte har iakttagits. Enligt artikel 65 kan kommissionen vidare anta beslut i vilka den förklarar att överenskommelsen är ogiltig. Förstainstansrätten gjorde sig därför skyldig till en felaktig rättstillämpning när den lämnade frågan öppen om huruvida artikel 65 var tillämplig.

4. Huruvida kommissionen var skyldig att pröva klagomålen avseende räkenskapsåren 1986/1987—1989/1990

a) Parternas argument

159. Den viktigaste grunden för kommissionen är att förstainstansrätten i punkt 85 i den överklagade domen felaktigt och utan tillräcklig motivering fann att kommissionen hade en skyldighet att pröva klagomålet. Någon sådan skyldighet framgår inte av beslutet i mål T-367/94 (British Coal Corporation mot kommissionen) [45], som är den enda omständigheten som förstainstansrätten har angivit till stöd för sin uppfattning. Inte heller den omständigheten att kommissionen, på grund av att artiklarna 63.1 och 66.7 inte är direkt tillämpliga, är ensam behörig att tillämpa dessa bestämmelser motiverar enligt kommissionen någon skyldighet att agera.

160. Enligt kommissionen har förstainstansrätten förväxlat kommissionens skyldighet att noga pröva ett klagomål — vilket kommissionen inte bestrider — med den påstådda skyldigheten att på grund av ett klagomål inleda en undersökning. Att förstainstansrätten i själva verket inte ville hänvisa enbart till den förstnämnda skyldigheten framgår av de därpå följande avsnitten i domen. Särskilt förstainstansrättens kritik att kommissionen inte har motiverat varför det inte förelåg någon överträdelse av artikel 63.1, visar tydligt att förstainstansrätten i själva verket utgick ifrån att det förelåg en undersökningsskyldighet.

161. De övriga klagandena delar kommissionens uppfattning. De har hänvisat till att det inte ligger i gemenskapens intresse att kommissionen utför undersökningar av perioder som ligger för långt bakåt i tiden och att det redan därför inte föreligger någon sådan skyldighet för kommissionen.

162. Enligt NALOO är kommissionen skyldig att fatta beslut om klagomål. På grund av kommissionens exklusiva behörighet att tillämpa artiklarna 63.1 och 66.7 kan något skadeståndsanspråk utan dess agerande inte göras gällande vid nationella domstolar, och något effektivt rättsligt skydd följaktligen inte säkerställas.

b) Bedömning

163. Enligt fast rättspraxis [46] är kommissionen, vilket den själv har medgett, skyldig

45 — Se ovan fotnot 17.

46 — Domen i målet Rendo m.fl. mot kommissionen (ovan fotnot 23), punkt 27, beslut av den 16 september 1997 i mål C-59/96 P, Koelman mot kommissionen (REG 1997, s. I-4809), punkt 39, och förstainstansrättens dom av den 18 september 1992 i mål T-24/90, Automec mot kommissionen (REG 1992, s. II-2223; svensk specialutgåva, volym 13, s. 61), punkt 79.

att pröva klagomål noga. Däremot — under alla förhållanden vad gäller klagomål beträffande överträdelser av konkurrensregler i EG-fördraget — har klaganden ingen rätt att kräva att kommissionen skall inleda en undersökning eller att kommissionen, genom ett beslut, slutgiltigt skall sanktionera de påstådda överträdelserna [47]. Det ankommer snarare på kommissionen att med samvetsgrant utövande av sin skönsmässiga bedömning avgöra huruvida, och i vilken omfattning, den skall ta konsekvenserna av klagomålet, varvid den, i förekommande fall, dock måste ange skälen till varför den inte undersöker klagomålet vidare [48].

164. Vid den prövning som krävs för att fatta ett beslut bör kommissionen vid utövandet av sin skönsmässiga bedömning väga olika synpunkter mot varandra. Gemenskapens intresse av att påtala överträdelsen är centralt. Vid sidan därav kan kommissionen även beakta intresset hos den aktör på marknaden som berörs av konkurrensbegränsningen, och särskilt intresset hos klaganden.

165. Frågan är huruvida förstainstansrätten, såsom kommissionen har hävdat, har missförstått dessa principer och antagit att kommissionen har skyldighet att inleda en undersökning. Förstainstansrätten har i punkt 85 i den överklagade domen fastslagit följande: "Eftersom kommissionen... har befogenhet att pröva NALOO:s klagomål avseende de påstådda överträdelserna under räkenskapsåren 1986/1987—1989/1990, var kommissionen skyldig att göra en sådan prövning..." [49]

166. Förstainstansrätten har således enbart hänvisat till kommissionens skyldighet att undersöka ett klagomål noga (*to consider the complaint/to undertake that examination*). Förstainstansrätten har inte krävt att kommissionen skall gå längre. Detta visas även tydligt av citatet i beslutet i mål T-367/94. Det avsnitt i beslutet som förstainstansrätten har citerat hänvisar endast till skyldigheten att undersöka ett klagomål — styrkt med många hänvisningar till rättspraxis.

167. Frågan huruvida förstainstansrätten vid sin undersökning av beslutets motivering eventuellt indirekt har ställt strängare krav skall beaktas när den fjärde grunden prövas.

168. NALOO har hävdat att kommissionen har en skyldighet att fatta ett beslut

47 — Dom av den 18 oktober 1979 i mål 125/78, GEMA mot kommissionen (REG 1979, s. 3173; svensk specialutgåva, volym 4, s. 579), punkt 17, beslut i målet Koelman (ovan fotnot 46), punkt 39, förstainstansrättens dom av den 24 januari 1995 i mål T-114/92, BEMIM mot kommissionen (REG 1995, s. II-147), punkt 62.

48 — Se i detta avseende punkterna 179 och 217 nedan.

49 — I rättegångsspråket har detta avsnitt följande lydelse: "Since it has power... to consider NALOO's complaint relating to the infringements alleged to have occurred in the years 1986/1987 to 1989/1990, the Commission was bound to undertake that examination ..."

beträffande de påstådda överträdelserna av artikel 63.1 och 66.7, för att göra det möjligt för parterna att väcka talan om skadestånd. NALOO har med detta argument gått längre än förstainstansrättens fastställande i den överklagade domen, utan att genom eget överklagande ha angripit domen på den punkten. Föremålet för målet om överklagande skulle således utvidgas på ett obefogat sätt, om domstolen prövade detta argument.

169. Eftersom förstainstansrätten har beskrivit kommissionens skyldigheter på ett korrekt sätt, kan talan inte bifallas på denna grund. Kommissionens ytterligare skyldighet att motivera sitt beslut skall undersökas mer i detalj i samband med prövningen av den fjärde grunden [50].

5. Huruvida det överklagade beslutet är lagenligt

a) Parternas argument

170. IP och PG anser att beslutet var tillräckligt motiverat, såtillvida som kommissionen vägrade undersöka den påtalade tidigare prisdiskrimineringen, eftersom den saknade befogenhet för detta.

171. Kommissionen anser att förstainstansrätten har gjort sig skyldig till en felaktig rättstillämpning vid fastställandet av den överklagade domen, eftersom den ansåg att det förelåg bristande motivering beträffande prisdiskrimineringen. Kommissionen har inte undersökt klagomålet i detta avseende, eftersom den inte ansåg sig ha någon befogenhet att undersöka tidigare överträdelser. Kommissionen kan därför inte kritiseras för att inte ha motiverat varför det inte förelåg någon diskriminering.

172. Vad beträffar licensavgifterna har kommissionen och BC hävdat att förstainstansrätten felaktigt har utgått ifrån att kommissionen i 1991 års beslut, och i den skriftväxling som föregick beslutet, redan hade klassificerat avgifterna som orimligt höga. Kommissionen hade i 1991 års beslut visserligen konstaterat att den avgiftsnivå som tillämpats från och med den 1 april 1990 inte var orimligt hög. Detta betydde dock inte att alla andra nivåer var oskäliga. Den uppfattning som angivits i skrivelsen av den 28 augusti 1990, att avgiften på 7 GBP/t föreföll vara oskälig, var, såsom förstainstansrätten hade fastställt i sin dom i målet NALOO I, enbart ett preliminärt uttalande. I sin skrivelse av den 13 maj 1988 hade NALOO själv kvalificerat den tidigare nivån på 11 GBP/t såsom skälig.

173. Kommissionen hade heller aldrig utfört undersökningar om lönsamheten hos producenter av kol vid dagbrott på licens, eftersom NALOO inte hade lämnat

50 — Se punkt 179 samt punkt 217 och följande punkter.

någon information om medlemmarnas produktionskostnader. I domen i målet NALOO I ansåg förstainstansrätten att NALOO:s extrapolering från de senare till de tidigare villkoren inte var tillräcklig som bevis för orimligt höga avgifter.

174. BC har tillagt att förstainstansrätten överförde bevisbördan avseende förekomsten av överträdelser från klaganden till kommissionen, när den begärde att kommissionen skulle förklara varför avgifterna inte var orimligt höga.

175. NALOO har däremot hävdat att den som bevis på de orimligt höga avgifterna grundat sig på en analys av lönsamheten hos producenterna av kol vid dagbrott, på vilken kommissionen själv hade grundat sitt beslut av år 1991. Kommissionen hade bestridit detta. Den hade hänvisat till lönsamheten hos BC:s dagbrott enbart som bevis för att situationen för företagen på licens hade förbättrats relativt sett, och inte som utgångspunkt för att avgöra huruvida avgiftsnivån var lagenlig.

176. NALOO har vidare anfört att kommissionen vid tidpunkten för 1991 års beslut hade haft de aktuella siffrorna för tiden före den 1 april 1990 och hade fastställt att avgifterna sedan dess inte längre varit orimligt höga. Enligt NALOO innebar detta fastställande att avgifterna dessförinnan hade varit orimligt höga. Förstainstansrätten hade följaktligen med rätta ansett att det förelåg brister i motiveringen, eftersom kommissionen trots att den kände till dessa omständigheter grundade sitt avslag av klagomålet på att det saknades bevis för en överträdelse av artikel 66.7.

177. NALOO hade under alla förhållanden lämnat tillräckliga bevis i 1994 års klagomål. Förstainstansrättens kritik i domen i målet NALOO I av den metod som använts för bevisning kan enligt NALOO inte överföras på den metod som använts år 1994.

b) Bedömning

i) Huruvida priserna är diskriminerande

178. Det är visserligen riktigt att kommissionen är skyldig att ange en begriplig motivering till att den avslår klagomålet [51].

51 — Dom av den 4 mars 1999 i mål C-119/97 P, SFEI m.fl. mot kommissionen (REG 1999, s. I-1341), punkt 89 och följande punkter.

179. Som kommissionen dock med rätta har anfört har den i det överklagade beslutet inte gjort några fastställanden i frågan huruvida det förelåg någon överträdelse av artikel 63.1 under räkenskapsåren 1986/1987—1989/1990, eftersom den utgick ifrån att den saknade befogenhet för detta. Kommissionen har utifrån sitt juridiska ställningstagande lämnat en tillräcklig motivering för avslaget av klagomålet. Kommissionen hade i synnerhet inte någon skyldighet att förklara varför det inte förelåg någon diskriminering, om den saknade befogenhet att undersöka sådana överträdelser under den ifrågavarande perioden.

180. Såsom dock redan har fastställts ger artikel 63.1 i EKSG-fördraget kommissionen befogenhet att lämna rekommendationer till medlemsstaterna, som även avser tidigare överträdelser. I det överklagade beslutet misstolkade kommissionen därför denna bestämmelses räckvidd och utövade inte sin befogenhet att företa skönsmässig bedömning på rätt sätt för att avgöra huruvida den skulle inleda en undersökning av den påtalade överträdelsen eller inte.

181. Beslutet uppvisar således inte någon brist i motiveringen, såsom förstainstansrätten i den överklagade domen uppfattade den, utan en felaktig rättstillämpning. Kommissionen skulle nämligen enbart ha varit tvungen att motivera varför det inte förelåg någon prisdiskriminering om den faktiskt hade genomfört en undersökning av de påtalade överträdelserna. Kommissionen har inte genomfört någon sådan undersökning. De preliminära och, under alla förhållanden, indirekta fastställanden beträffande situationen före den 1 april 1990, som kan vara en följd av 1991 års beslut och av kommissionens skrivelse av den 28 augusti 1990 till den brittiska regeringen, kan inte anses vara resultatet av en undersökning som inletts till följd av NALOO:s klagomål, eftersom det klagomål som här är i fråga ingavs först år 1994.

182. Kommissionen var inte heller skyldig att inleda en undersökning. De principer om kommissionens skyldigheter vid handläggning av klagomål [52] som har utarbetats i rättspraxis avseende EG-fördraget gäller i motsvarande mån för konkurrensrättsliga förfaranden enligt EKSG-fördraget. Detta motsägs inte av den omständigheten att artikel 63.1 i EKSG-fördraget inte är direkt tillämplig, och att de diskriminerade försäljarna följaktligen inte kan väcka talan vid nationella domstolar utan att kommissionen har vidtagit någon åtgärd. Såsom generaladvokaten Fennelly med rätta noterade i sitt förslag till avgörande i målet Hopkins är det inte självklart att skadestånd skall utgå vid varje fall av ekonomisk förlust till följd av dåligt fungerande marknader [53].

183. Kommissionen måste under alla förhållanden i samband med sitt skönsmässiga beslut ta hänsyn till betydelsen av dess åtgärder som förutsättning för att rättighe-

52 — Se de beslut som anges i fotnoterna 46 och 47.
53 — Punkt 51 (ovan fotnot 34).

ter skapas för enskilda. Mot detta står dock gemenskapens intresse av att i första hand använda administrationens begränsade resurser till att undersöka överträdelser som fortfarande pågår.

184. Förstainstansrätten gjorde sig följaktligen visserligen skyldig till felaktig rättstillämpning när den fastställde att det överklagade beslutet var bristfälligt motiverat. Denna del av den överklagade domen behöver dock inte ogiltigförklaras, om det visar sig att domen är korrekt på andra grunder än dem som förstainstansrätten har fastställt [54]. Eftersom den del av beslutet som avser överträdelsen av artikel 63.1 skall ogiltigförklaras på grund av en felaktig tolkning av denna bestämmelse, måste den överklagade domen godkännas på denna punkt.

ii) Huruvida licensavgiften är för hög

185. Enligt förstainstansrätten är det överklagade beslutet även bristfälligt motiverat, eftersom kommissionen inte har förklarat hur den utan vidare kunde utesluta att den avgiftsnivå som tillämpades under räkenskapsåren 1986/1987—1989/1990 var orimligt hög, även om den var avsevärt högre än den nivå som tillämpats sedan den 1 april 1990.

186. Det skall i detta avseende fastställas att kommissionen till följd av 1994 års klagomål inte inledde någon undersökning av de avgifter som tillämpades under de ifrågavarande åren, vilket den visserligen hade befogenhet, men inte skyldighet, till att göra. Kommissionen har inte heller gjort några fastställanden i det överklagade beslutet avseende frågan huruvida avgifterna var skäliga. Den har särskilt "inte utan vidare uteslutit" att avgiften varit orimligt hög. Kommissionen behöver dock inte motivera ett fastställande som den inte har gjort. Förstainstansrätten gjorde sig följaktligen skyldig till felaktig rättstillämpning när den konstaterade att beslutet var bristfälligt motiverat.

187. Frågan är emellertid huruvida utgången i målet är korrekt, eftersom beslutet i den delen skall ogiltigförklaras på andra grunder. Kommissionen misstolkade visserligen räckvidden av artikel 66.7 i EKSG-fördraget genom att anta att den inte hade rätt att agera mot överträdelser av denna bestämmelse, vilka redan hade upphört [55]. Till skillnad från avslaget på klagomålet avseende kritiken av prisdiskrimineringen, grundade kommissionen avslaget på klagomålet avseende de påstått oskäliga licensavgifterna dock inte enbart på att det förhållandet att den förmodades sakna behörighet. Kommissionen tillade i stället att de bevis som NALOO hade åberopat inte var tillräckliga, och att den därför, i frågan huruvida en undersökning skulle inledas, hade utövat sin befogenhet att företa en skönsmässig bedömning. Den felaktiga tolkningen av artikel 66.7 var således inte avgörande för resultatet av dess prövning.

54 — Se den rättspraxis som anges i fotnot 25.

55 — Se i denna fråga ovan punkt 151 och följande punkter.

188. Det skall slutligen fastställas att den fjärde grunden är välgrundad i den mån som den avser förstainstansrättens överväganden beträffande bristande motivering i samband med undersökningen av licensavgifterna.

191. BC har framfört argumentet angående den påstådda förseningen av NALOO:s klagomål i samband med sitt argument om åsidosättandet av rättssäkerhetsprincipen, vilket förstainstansrätten undersökte.

6. BC:s processuella klagomål

192. Argumentet att det inte förelåg något gemenskapsintresse av att vidta rättsliga åtgärder mot överträdelsen behövde förstainstansrätten inte undersöka, eftersom kommissionen — som ensam är behörig att bedöma gemenskapsintresset — inte hade tagit upp denna punkt i det överklagade beslutet.

189. BC har kritiserat förstainstansrätten för att inte ha undersökt vissa delar av dess argument. Det skall i detta avseende först konstateras att förstainstansrätten inte är skyldig att undersöka varje argument som en klagande åberopar, om detta inte är avgörande för dess beslut.

193. Förstainstansrätten behövde inte heller ta ställning till frågan om klagandens bevisbörda, eftersom förstainstansrättens ogiltigförklaring av beslutet på grund av bristande motivering innebar att frågan inte längre var avgörande.

190. BC har hävdat att förstainstansrätten inte har undersökt dess argument avseende klagandens skyldighet att i förekommande fall väcka talan enligt artikel 35 i EKSG-fördraget. BC har dock inte framfört detta argument i förfarandet i första instans. BC har endast återgivit ett avsnitt i generaladvokaten Fennellys förslag till avgörande i målet Hopkins [56], i vilket det talas om denna möjlighet, men inte om en motsvarande skyldighet.

194. BC:s klagomål kan därför inte godtas i den mån det bygger på de ovan behandlade argumenten. De övriga punkter som BC har åberopat behöver inte undersökas här igen, eftersom de redan har behandlats i samband med de andra grunderna. [57]

56 — Punkt 51 i förslaget till avgörande (ovan fotnot 34).

57 — I frågan vilka rättsakter kommissionen hade behörighet att anta med stöd av artikel 66.7, se ovan punkt 151 och (avseende motsvarande frågor i förhållande till artikel 63) punkt 132 och följande punkter. Vad avser underlåtenheten att pröva huruvida artikel 65 i EKSG-fördraget är tillämplig, se punkt 158 och följande punkter.

C — *De godtagna grundernas konsekvenser för den överklagade domen*

195. Den första grunden skall i huvudsak godtas, eftersom förstainstansrätten har gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning när den fastställde att klagomålen utgjorde ett enda klagomål, och i sina fastställanden avseende rättssäkerhetsprincipen. De felaktiga fastställandena inverkar dock inte på resultatet av undersökningen. Genom att klassificera de båda klagomålen som ett enda klagomål kunde förstainstansrätten nämligen anta att det vid tidpunkten för klagomålet var fråga om en överträdelse som fortfarande pågick. Detta var enligt förstainstansrätten förutsättningen för att kommissionen fortfarande hade befogenhet att agera på grundval av artiklarna 63.1 och 66.7.

196. Av den tolkning av dessa bestämmelser som jag förespråkar följer dock att det inte är avgörande att överträdelserna pågår. Även om 1994 års klagomål skall anses vara ett självständigt klagomål utgör det inte något hinder för kommissionen att på denna grund undersöka överträdelser av artikel 63.1 eller av artikel 66.7 under åren 1986—1990 och att i förekommande fall lämna rekommendationer till medlemsstaten eller företagen.

197. Domen behöver därför inte upphävas av detta skäl. Det skulle i stället vara tillräckligt att domstolen ersatte motiveringen.

198. Domen skall dock upphävas i den mån som förstainstansrätten ansåg att det inte var nödvändigt att undersöka huruvida artikel 65 i EKSG-fördraget var tillämplig. Den skall dessutom upphävas i den mån som den del i beslutet som hänför sig till nivån på licensavgifterna ogiltigförklaras.

D — *Slutligt avgörande av tvisten*

199. Om domstolen upphäver förstainstansrättens dom kan den, i enlighet med artikel 54 i EKSG-stadgan, själv slutligt avgöra målet eller återförvisa det till förstainstansrätten. Eftersom förevarande tvist är färdig för avgörande, kan domstolen slutligt avgöra den.

1. Grunden avseende artikel 65 i EKSG-fördraget

a) Parternas argument

200. NALOO anser att överenskommelserna mellan BC och gruvföretagen på licens, i vilka avgifterna fastställs, omfattas av tillämpningsområdet för artikel 65 i

EKSG-fördraget. NALOO har till stöd för denna uppfattning hänvisat till generaladvokaten Van Gervens förslag till avgörande i målet Banks[58] samt till domen i detta mål[59]. Eftersom denna bestämmelse enligt NALOO även är tillämplig på tidigare faktiska omständigheter har kommissionen gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning genom att inte undersöka NALOO:s klagomål.

201. Kommissionen har mot detta invänt att överenskommelser om avgifter visserligen i princip är ägnade att inskränka konkurrensen och således omfattas av tillämpningsområdet för artikel 65. Fastställandet av nivån på licensavgiften är dock inte någon konkurrensbegränsande överenskommelse i denna mening. Något sådant har domstolen inte heller fastställt i domen i målet Banks. Avgiftsnivån skall bedömas enbart med hänvisning till artikel 66.7.

202. BC delar kommissionens uppfattning och gör en jämförelse med artiklarna 81 och 82 EG. Enligt BC har överenskommelser om orimligt höga priser och avgifter i domstolens hittillsvarande rättspraxis bedömts enligt artikel 82 EG.

58 — Förslag till avgörande av den 27 oktober 1993 i mål C-128/92, Banks (REG 1994, s. I-1209, på sidan I-1212), punkterna 19—21.

59 — Punkterna 12—14 (ovan fotnot 6).

b) Bedömning

203. Enligt artikel 65 i EKSG-fördraget är, på samma sätt som enligt artikel 81 EG, överenskommelser mellan företag som förhindrar den normala konkurrensen inom den gemensamma marknaden förbjudna. Som exempel anges i artikel 65.1 överenskommelser om att fastställa eller bestämma priser, överenskommelser om produktion, teknisk utveckling eller investeringar och överenskommelser om att dela upp marknader. Alla dessa typer av fall har det gemensamt att flera företag träffar överenskommelser till skada för andra aktörer, särskilt för deras kunder, och därigenom begränsar konkurrensen.

204. Såsom generaladvokaten Van Gerven har framhållit i det avsnitt i hans förslag till avgörande i målet Banks som NALOO har citerat, kan en överenskommelse om licenser därför i princip omfattas av artikelns tillämpningsområde, om den till exempel tjänar till att dela upp marknader eller till att förhindra att tredje man får tillgång till vissa produkter.

205. Fastställandet av en avgift som ersättning för rätten att utvinna kol ur koltillgångar kan inte jämföras med detta fall. Om en fördragsslutande part på grund av sin dominerande ställning lyckas genomdriva en orimligt hög avgift är resultatet visserligen en överenskommelse, som är ofördelaktig för den andra fördragsslutande parten. Detta har dock inga direkt

konkurrensbegränsande effekter till skada för tredje man. Att konkurrensreglerna har överträtts beror nämligen inte på att två eller flera aktörer har agerat i hemligt samförstånd, utan på företagets ensidiga agerande, vilket på grund av sin dominerande ställning kan diktera avtalsvillkoren.

206. Generaladvokaten Van Gerven har med hänvisning till domen i målet Ahmed Saeed [60] påpekat att en överenskommelse, i vilken ett företags dominerande ställning kommer i dagen, samtidigt kan omfattas av tillämpningsområdet för artiklarna 81 och 86 EG. Detta förutsätter emellertid att de faktiska omständigheter som krävs för tillämpning av dessa två bestämmelser är uppfyllda.

207. Det måste i detta avseende klart skiljas mellan de faktiska omständigheter som krävs för tillämpning av artikel 65 respektive artikel 66.7 i EKSG-fördraget, eftersom de rättsliga följderna inte är desamma i dessa båda fall. Det är på så sätt endast vid överträdelser av artikel 65 som kommissionen kan utdöma böter direkt och ogiltigförklara överenskommelserna.

208. En överenskommelse som inte har någon konkurrensbegränsande effekt gentemot tredje man, kan visserligen utgöra missbruk av den dominerande ställningen hos en fördragsslutande part men den omfattas ändå inte av tillämpningsområdet för artikel 65. Talan kan följaktligen inte bifallas på denna grund.

2. Bevis för att det skett en överträdelse av artikel 66.7 i EKSG-fördraget

a) Parternas argument

209. NALOO har vänt sig mot att kommissionen avslog dess klagomål under hänvisning till att det saknades bevis för att artikel 66.7 hade överträtts.

210. NALOO anser att de bevis som har framlagts är tillräckliga. Kommissionen hade redan i sitt beslut av år 1991 fastställt en diskrimineringsavgift ("royalty discrimination") för år 1989/1990 och kunde därav ha dragit slutsatser för de tidigare åren. Enligt NALOO kan den omständigheten att förstainstansrätten i domen i målet NALOO I förkastade en framtida extrapolering inte innebära att en retrospektiv beräkning som utgår från kommissionens fastställanden är otillräcklig.

211. Kommissionen hade vid flera kontakter gjort klart att den inte skulle pröva

60 — Dom av den 11 april 1989 i mål 66/86, Ahmed Saeed Flugreisen m.fl. (REG 1989, s. 803; svensk specialutgåva, volym 10, s. 9), punkt 37.

klagomålet i sak, eftersom den saknade befogenhet att undersöka tidigare överträdelser. Kommissionen hade givit intrycket av att NALOO fortfarande skulle ha möjlighet att framlägga ytterligare bevis, om kommissionen ändrade sitt ställningstagande.

212. Kommissionen har bestridit att den i beslutet gjorde fastställanden om en motsvarande överträdelse i 1991 års beslut och har kritiserat det nya tvetydiga begreppet avgiftsdiskriminering som NALOO har infört. Den retrospektiva beräkningen är lika otillräcklig som bevis för de orimligt höga avgifterna som beräkningen för framtiden.

213. BC har hänvisat till den bevisbörda som ålåg NALOO såsom klagande. BC anser att extrapoleringsmetoden, som NALOO använt till stöd för sitt klagomål, är olämplig för sitt ändamål.

b) Bedömning

214. Det skall inledningsvis påpekas att det åligger klaganden att framlägga tillräckligt klara bevis för att det föreligger en överträdelse av konkurrensreglerna [61].

215. Det skall vidare noteras att kommissionen har en vidsträckt befogenhet att företa skönsmässig bedömning i frågan huruvida den anser att de bevis som en klagande har framlagt är tillräckliga för att en undersökning av de påtalade överträdelserna skall kunna inledas. Vid bedömningen av gemenskapsintresset av att inleda en undersökning skall kommissionen ta hänsyn till omständigheterna i det konkreta fallet, i synnerhet de faktiska och rättsliga omständigheter som har beskrivits i klagomålet. Det är därvid även av betydelse hur stor sannolikheten är att kunna bevisa överträdelsen, och vilken ytterligare insats som måste göras för denna bevisning [62].

216. Kommissionens utrymme att företa en skönsmässig bedömning är dock inte obegränsat. Kommissionen är särskilt skyldig att ange en tillräckligt klar och ingående motivering till varför den avslår klagomålet [63].

217. I förevarande fall motiverade kommissionen sitt avslag av klagomålet med att NALOO endast hade härlett överträdelsen genom att extrapolera från BC:s affärssiff-

61 — Förstainstansrättens dom av den 27 november 1997 i mål T-224/95, Tremblay m.fl. mot kommissionen (REG 1997, s. II-2215), punkt 63, och domen i målet Automec mot kommissionen (ovan fotnot 46), punkt 79.

62 — Se förstainstansrättens dom i målet Automec mot kommissionen (ovan fotnot 46), punkt 86.

63 — Domen i målet SFEI mot kommissionen (ovan fotnot 51), punkt 89 och följande punkter.

ror för året 1989/1990 till de föregående åren. Kommissionen grundade sig även på att förstainstansrätten i målet NALOO I[64] hade hänvisat till att det åligger medlemmarna i NALOO, och inte kommissionen, att framlägga uppgifter om medlemmarnas verkliga kostnader för utvinningen. Kommissionen har följaktligen angivit en tillräckligt klar och ingående motivering varför den avslog klagomålet.

218. Med hänsyn till det klara fastställandet i domen i målet NALOO I att en ren extrapolering, som dessutom inte utgick från NALOO-medlemmarnas utvinningskostnader utan från BC:s kostnader, inte var tillräcklig, kunde NALOO inte på allvar ha ansett att den hade lämnat kommissionen tillräckliga bevis. Det förhållandet, att det i domen i målet NALOO I var fråga om en framtida extrapolering, medan NALOO till stöd för sitt klagomål av år 1994 anförde tidigare extrapolering, utgör ingen väsentlig skillnad.

219. Eftersom talan inte heller på denna grund kan bifallas, skall klagomålet, i den del som återstod att undersöka här, avslås.

64 — Domen i målet NALOO I (ovan fotnot 5), punkt 260 och följande punkter.

VII — Rättegångskostnader

220. Enligt artikel 122 första stycket i domstolens rättegångsregler skall domstolen besluta om rättegångskostnaderna när överklagandet avvisas eller när överklagandet bifalles och domstolen avgör målet slutligt.

221. Enligt artikel 69.2 i rättegångsreglerna, som enligt artikel 118 skall tillämpas i mål om överklagande, skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna om detta har yrkats. Eftersom klagandena i målen C-172/01 P och C-176/01 P i väsentliga delar har tappat målet och detta har yrkats skall de förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. I mål C-175/01 P har däremot NALOO i väsentliga delar tappat målet och skall därför förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna.

222. Beslutet om kostnaderna i mål C-180/01 P och om kostnaderna vid förfarandet i första instans grundas på artikel 69.3 och 69.4 i rättegångsreglerna, enligt vilken domstolen kan besluta att vardera parten skall bära sin kostnad, om parterna ömsom tappar målet på en eller flera punkter, och även kan besluta att intervenienterna skall bära sina kostnader.

VIII —Förslag till avgörande

224. Mot bakgrund av ovanstående överväganden föreslår jag att domstolen skall besluta enligt följande:

1. Europeiska gemenskapernas förstainstansrätts dom av den 7 februari 2001 i mål T-89/98 upphävs,

   — i den mån frågan huruvida artikel 65 i EKSG-fördraget är tillämplig på fastställandet av avgifter för kolutvinning inte tas upp till sakprövning,

   — i den mån som den del av kommissionens beslut IV/E-3/NALOO av den 27 april 1998, i vilken kommissionen har avslagit klagomålet beträffande storleken av licensavgifterna för kolutvinningen under räkenskapsåren 1986/1987—1989/1990, ogiltigförklaras.

2. Överklagandena ogillas i övrigt.

3. Talan ogillas

   — i den mån NALOO har gjort gällande att kommissionen borde ha tillämpat artikel 65 i EKSG-fördraget på fastställandet av avgifter för kolutvinning,

— i den mån NALOO har yrkat ogiltigförklaring av den del av kommissionens beslut IV/E-3/NALOO av den 27 april 1998, i vilken kommissionen har avslagit klagomålet beträffande storleken av licensavgifterna för kolutvinning under räkenskapsåren 1986/1987—1989/1990.

4. I mål C-172/01 P skall International Power plc bära sina rättegångskostnader i förfarandet vid domstolen och NALOO:s kostnader i detta förfarande. Kommissionen skall bära sina rättegångskostnader.

5. I mål C-175/01 P skall NALOO i förfarandet vid domstolen bära såväl sina egna rättegångskostnader som de kostnader som uppkommit för British Coal Corporation och för kommissionen i detta förfarande.

6. I mål C-176/01 P skall PowerGen (UK) plc bära sina rättegångskostnader i förfarandet vid domstolen och de kostnader som har uppkommit för NALOO i detta förfarande. Kommissionen skall bära sina kostnader.

7. I mål C-180/01 P skall alla parter bära sina kostnader i förfarandet vid domstolen.

8. Kommissionen och NALOO skall vardera bära sina rättegångskostnader i förfarandet vid förstainstansrätten. International Power plc, PowerGen (UK) plc och British Coal Corporation skall vardera bära sina rättegångskostnader som intervenienter i förfarandet vid förstainstansrätten.