FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT NIAL FENNELLY

föredraget den 29 oktober 1998 *

Innehåll

I — Inledning I-1373

II — Bakgrund till tvisten I-1373

A — Det ifrågasatta beslutet I-1373

B — 1986 års förordning I-1376

III — Överblick över överklagandet I-1378

IV — Fastställandet av kollektiv dominans I-1378

A — Inledning I-1378

B — Klagandenas argument I-1379

C — Karaktären av kollektiv dominans I-1380

D — Huruvida motiveringen är tillräcklig I-1386

E — Slutsats I-1390

V — De missbruk som tillskrivs Cewal I-1390

A — Ogefrems missbruk I-1390

(i) Bakgrund I-1390

(ii) Sammanfattning av de yttranden som inkommit i överklagandet I-1393

(iii) Bedömning av klagandenas grunder I-1394

(a) Rätten till en rättvis rättegång I-1394

(b) Grunden som avser uppmaningen till en regering att vidta åtgärder .. I-1394

— Inledning I-1394

— Relevansen av doktrinen om "suveräna rättsakter" I-1395

— Ogefrem-avtalets verkliga karaktär I-1399

(c) Den påstådda motsägelsen i den överklagade domen I-1401

(d) Huruvida Ogefrems beteende var tillåtet enligt artikel 86 ..... I-1401

B — Användningen av "fighting ships" I-1401

(i) Inledning I-1401

(ii) De processuella grunderna för överklagandet I-1402

(a) Bakgrund I-1402

* Originalspråk: engelska.

(b) Den överklagade domen I-1405
(c) Argumenten i det förevarande överklagandet I-1405
(d) Bedömning I-1406
(iii) Det ifrågasatta beteendets karaktär av missbruk I-1409
(a) Frågorna I-1409
(b) Bedömning I-1411
— Missbrukets multilaterala karaktär I-1411
— Avsikten med att utestänga konkurrens I-1412
— Avsteg från konferenstaxan I-1413
— Fördelning av inkomstbortfall I-1413
— Rättspraxis avseende "aggressiv" prissättning I-1414
— Den missbrukande karaktären av förfarandet med "fighting ships" I-1417
C — Påtvingandet av hundraprocentiga lojalitetsavtal I-1421
(i) Inledning I-1421
(ii) Innehållet I-1422
(iii) Första delen: feltolkning av 1986 års förordning — "påtvingande" av lojalitet I-1423
(a) Första alternativa argumentet — försäljning fob I-1424
(b) Andra alternativa argumentet — svartlistning I-1425
(iv) Den andra delen: kommissionen kan inte påföra böter innan den återkallar undantag I-1428
VI — Böterna I-1431
A — Inledning I-1431
B — Domstolens behörighet I-1431
C — Klagandenas argument I-1432
D — Bedömning I-1433
(i) Åsidosättande av rätten till en rättvis rättegång I-1433
(ii) Övriga grunder I-1437
(iii) Räntesatsen I-1438
E — Sammanfattning av rekommendationer I-1439
VII — Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna I-1440
VIII — Rättegångskostnader I-1440
IX — Förslag till avgörande I-1441

I — Inledning

1. Detta överklagande ger domstolen möjlighet att för första gången beakta tillämpningen av konkurrensartiklarna i fördraget på linjekonferenser. Det avser fastställandet av missbruk av en kollektiv dominerande ställning som innehas av medlemmarna i en linjekonferens, Central and West African Conference (nedan kallad Cewal), som trafikerar linjer mellan Zaïre och vissa nordeuropeiska hamnar. Klagandena bestrider att den dominans som kommissionen funnit är kollektiv. Överklagandet väcker även frågor om invändningen att staten har uppmanats att vidta åtgärder, vilka förfaranden som skall följas enligt den tillämpliga förordning som genomför konkurrensreglerna inom sjötransportsektorn samt tillämpningen av artikel 86 på det prisbeteende som är känt som "fighting ships". Klagandena framför även flera processuella invändningar avseende kommissionens och förstainstansrättens hantering av målet.

II — Bakgrund till tvisten

A — *Det ifrågasatta beslutet*

2. I artikel 1.3 b i rådets förordning (EEG) nr 4056/86 av den 22 december 1986 om detaljerade regler för tillämpning av artiklarna 85 och 86 i fördraget på sjöfarten (nedan kallad 1986 års förordning)[1] definieras en "linjekonferens" som "en grupp på två eller flera rederier som tillhandahåller internationell linjetrafik för transport av last på en eller flera rutter inom angivna geografiska gränser och som har någon typ av avtal eller arrangemang som innebär att de tillämpar enhetliga eller gemensamma fraktsatser och andra villkor som de kommit överens om för sin linjetrafik".

3. Kommissionens beslut 93/82/EEG av den 23 december 1992 i ett förfarande enligt artikel 85 i EEG-fördraget (IV/32.448 och IV/32.450: Cewal, Cowac och Ukwal) och enligt artikel 86 i EEG-fördraget (IV/32.448 och IV/32.450: Cewal) (nedan kallat beslutet),[2] är föremål för förevarande överklagande. Det antogs i enlighet med 1986 års förordning. Kommissionen beskriver där Cewal som en linjekonferens vars medlemmar säkerställer "reguljär linjetrafik mellan hamnarna i Zaïre[3] och Angola och de i Nordsjön (med undantag av Förenade kungariket)".[4] På grund av klagomål som inkom i juli 1987 undersökte kommissionen olika påståenden om konkurrensbegränsande beteende bland medlemmarna i Cewal och andra linjekonferenser som bedrev trafik mellan Europa och Väst- och Centralafrika. I beslutet konstaterade kommissionen att tre linjekonferenser hade överträtt arti-

1 — EGT L 378, s. 4.

2 — EGT L 34, 1993, s. 20.

3 — Numera Demokratiska republiken Kongo.

4 — Första övervägandet i ingressen till beslutet. Ingressen innehåller sammanlagt 119 överväganden, vilka för enkelhetens skull nedan kallas punkter.

kel 85 och att medlemmarna av Cewal-konferensen i strid med artikel 86 hade missbrukat en kollektiv dominerande ställning. Fyra av medlemmarna i Cewal-konferensen påfördes böter (nämligen Compagnie Maritime Belge, Dafra-Lines, Deutsche Afrika-Linien och Nedlloyd Lijnen) och det största bötesbeloppet (9,6 miljoner ECU eller 95 procent av det sammanlagda bötesbeloppet) påfördes Compagnie Maritime Belge (nedan kallat CMB).

4. Dessa fyra medlemmar i Cewal-konferensen (nedan kallade sökandena såvitt avser förfarandet vid förstainstansrätten) väckte talan om ogiltigförklaring av beslutet vid förstainstansrätten i enlighet med artikel 173 i fördraget. I dom av den 8 oktober 1996 (nedan kallad den överklagade domen) ogillade den domstolen — visserligen med minskning av de fyra ålagda bötesbeloppen med tio procent i varje enskilt fall — [5] deras talan. [6] Fastän sökandena inför förstainstansrätten yrkade ogiltigförklaring av kommissionens konstaterande av att överträdelse av både artikel 85 och 86 i fördraget hade ägt rum, har CMB och Dafra-Lines (nedan kallat Dafra) begränsat sina överklaganden till denna domstol till de aspekter av den överklagade domen som innebär att kommissionens konstaterande av missbruk av en dominerande ställning i strid med artikel 86 och de böter som kommissionen påfört avseende detta missbruk i huvudsak fastställs. [7]

5. Enligt en uppförandekod för linjekonferenser som fastställts av Förenta nationernas konferens om handel och utveckling år 1974 (nedan kallad FN:s uppförandekod) är fördelningen av laster mellan linjekonferenser underställd en "40-40-20-regel" (nedan kallad FN:s 40-40-20-regel), enligt vilken nationella rederier i vardera änden av en trad skall beviljas 40 procent av konferensens last, medan resterande 20 procent skall hållas tillgängliga för medlemsföretag från andra länder. Vissa afrikanska stater har hävdat, vilket kommer att diskuteras mer utförligt nedan, att FN:s regel är tillämplig på all last och inte enbart konferenslast. Vad beträffar traderna mellan norra Europa och Zaïre genomfördes fördelningen av laster i enlighet med FN:s regel vid mitten och fram till slutet av 80-talet på olika sätt, varav det viktigaste med avseende på förevarande överklagande var slutandet av ett samarbetsavtal år 1985 (nedan kallat Ogefrem-avtalet) mellan Office zaïrois de gestion du fret maritime (nedan kallad Ogefrem) och Cewal. Enligt det första stycket i artikel 1 i Ogefrem-avtalet var Cewal och Ogefrem skyldiga att säkerställa att "samtliga frakter inom Cewal-konferensens verksamhetsområde tillfaller rederier som är medlemmar av denna linjekonferens" samtidigt som undantag enligt det andra stycket bara kunde "beviljas med båda berörda parters uttryckliga godkännande". Oaktat dessa bestämmelser beslutade Ogefrem ensidigt år 1986 att tilldela ett konkurrerande redarkonsortium, Grimaldi och Cobelfret (nedan kallat G & C), en andel på cirka 2 procent av handeln till och från Zaïre, en andel som förefaller ha ökat under de

5 — CMB:s böter minskades med 960 000 ECU och de andra bötesbeloppen med 20 000 ECU i både fallet Dafra-Lines och Deutsche Afrika-Linien och med 10 000 ECU i Nedlloyd Lijnens fall.

6 — Se domen i förenade målen T-24/93, T-25/93, T-26/93 och T-28/93, Compagnie maritime belge transports m.fl. mot kommissionen (REG 1996, s. II-1201).

7 — Hädanefter avser alla hänvisningar till "artiklarna 85 och 86" artiklarna 85 och 86 i Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen.

följande åren men inte i en sådan utsträckning att Cewals dominans påverkades. [8]

6. Enbart kommissionens konstateranden avseende artikel 86 och de böter som påförts har relevans för de överklaganden som anhängiggjorts av CMB och Dafra (nedan kallade klagandena, omväxlande med sökandena, se ovan punkt 4). [9] Kommissionen konstaterade att "de linjer som medlemmarna i Cewal trafikerar mellan Zaïre och norra Europa utgör sammantagna en bestämd marknad". [10] Kommissionen hänvisade även till de fördelar som Cewal hade av Ogefrem-avtalet, dess omfattande linjenät, kapaciteten hos dess flotta och frekvensen av de tjänster man kunde erbjuda samt erfarenheten av att ha erbjudit en tjänst på marknaden under flera decennier. Kommissionen konstaterande att medlemmarna i Cewal kollektivt åtnjöt en mycket betydelsefull dominerande ställning på marknaden på grund av både deras mycket höga marknadsandel och andra faktorer.

7. Kommissionen fann att "Cewal hade missbrukat sin dominerande ställning på tre olika sätt... i ett försök att utestänga sin främste konkurrent (G & C)". [11] Dessa sätt, såsom de formulerades i artikel 2 i beslutet, var:

"att medverka till genomförandet av [Ogefrem-avtalet] och... att på olika sätt vid upprepade tillfällen begära att det strikt skulle följas";

"att ändra sina fraktsatser genom att avvika från den gällande tariffen i syfte att erbjuda samma satser som den främste oberoende konkurrenten eller lägre för fartyg som avgick samma dag eller anslutande dagar (förfarande känt som 'fighting ships')";

och

"att införa hundraprocentiga lojalitetsarrangemang (inklusive varor sålda fob (fritt ombord)) [12], som gick utöver ordalydelsen i artikel 5.2 i [1986 års

8 — I punkt 14 i den offentliggjorda versionen av beslutet (se ovan fotnot 2) utelämnade kommissionen — i enlighet med artikel 24.2 i 1986 års förordning om förbud mot att avslöja företagshemligheter — siffrorna för den andel av handeln som Cewal stod för under åren 1989 respektive 1991. I sitt överklagande hänvisar sökandena själva till den utelämnade informationen, utan att bestrida den.

9 — Det skall emellertid anmärkas att kommissionen i artikel 1 i beslutet fann att avtalen om fördelning av handeln på linjer mellan Västafrika och norra Europa som berörde tre linjekonferenser — nämligen Cewal, Cowac och Ukwal — enligt vilka varje konferens trafikerade ett bestämt antal linjer, stred mot artikel 85.1 i fördraget och inte uppfyllde villkoren för ett undantag enligt artikel 85.3 eller artikel 3 i 1986 års förordning.

10 — Punkt 56 i beslutet.

11 — Punkt 62 i beslutet.

12 — Vid försäljning av varor fob är säljaren bara ansvarig för kostnaden för att lasta varan ombord på fartyget.

förordning], och att svartlista illojala avlastare, såsom beskrivs i detta beslut." [13]

I artikel 3 andra stycket ålade kommissionen medlemmarna i Cewal "att upphöra med de överträdelser som avses i artikel 2", medan den i artikel 5 "rekommenderade" att lojalitetsavtalen skulle "bringas i överensstämmelse med artikel 5.2 i [1986 års förordning]". I artikel 6 påfördes de redan nämnda böterna (ovan punkt 3).

B — *1986 års förordning*

8. Rådets förordning (EEG) nr 17/62 [14] är inte tillämplig på transporter. Således innehöll 1986 års förordning "detaljerade regler för tillämpning av artiklarna 85 och 86 i fördraget på sjöfarten". [15] Såsom framgår av sextonde övervägandet innehåller den "bestämmelser om de förfaranden, beslutsbefogenheter och påföljder som är nödvändiga för att säkerställa efterlevnaden av de förbud som uppställs i artikel 85.1 och artikel 86 samt av villkoren för tillämpningen av artikel 85.3".

9. I artikel 3 i 1986 års förordning föreskrivs ett "undantag för avtal mellan transportörer avseende bedrivandet av sjötransporter i linjetrafik" (nedan kallat undantaget), vilket har följande lydelse:

"Avtal, beslut och samordnade förfaranden bland alla eller vissa av medlemmarna i en eller flera linjekonferenser undantas härmed från förbudet i artikel 85.1 i fördraget, i enlighet med det villkor som uppställs i artikel 4 i denna förordning, när de syftar till att fastställa fraktsatser och fraktvillkor samt, i förekommande fall, en eller flera av följande omständigheter:

(a) samordning av linjetidtabeller, avgångs- och anlöpningsdatum;

(b) fastställande av avgångs- och anlöpningsfrekvens;

(c) samordning eller tilldelning av avgångar eller anlöpningar mellan konferensens medlemmar;

(d) reglering av den lastningskapacitet som varje medlem erbjuder;

(e) fördelning av last eller inkomster mellan medlemmar".

13 — Nämligen listor över redare som, även om bara tillfälligtvis, använde den alternativa tjänsten som G & C erbjöd. Se i synnerhet punkt 29 i beslutet liksom den andra fotnoten till den punkten i beslutet.

14 — Rådets förordning (EEG) nr 17/62, Första förordningen om tillämpning av fördragets artiklar 85 och 86 (EGT 204, 1962, s. 62; svensk specialutgåva, område 8, volym 1, s. 8).

15 — Artikel 1.1.

Tillämpningen av undantaget har uttryckligen, enligt artikel 4, gjorts beroende av "villkoret" att avtalet eller annat beteende som således undantas "inte inom den gemensamma marknaden skall vara till nackdel för vissa hamnar, transportanvändare eller transportörer genom att det, för frakten av samma varor och inom det område som omfattas av avtalet, tillämpas satser och fraktvillkor som varierar beroende på ursprungs- eller destinationsland eller lastnings- eller lossningshamn, om inte sådana satser eller villkor är ekonomiskt berättigade". Om detta villkor åsidosätts blir avtalet eller den oförenliga delen av detta, om den kan avskiljas, "automatiskt ogiltigt enligt artikel 85.2 i fördraget".

10. Emellertid är tillämpningen av undantaget enligt artikel 5 förenad med flera "skyldigheter". Vad beträffar "lojalitetsarrangemang" anges i artikel 5.2 "att rederier som är medlemmar i en konferens har rätt att inleda och upprätthålla lojalitetsarrangemang med transportanvändare, vars form och villkor skall vara föremål för överläggning mellan konferensen och transportanvändarorgansiationer". Sådana lojalitetsarrangemang skall emellertid uppfylla vissa villkor, inklusive kravet enligt artikel 5.2 b att "hundraprocentiga lojalitetsarrangemang får erbjudas men får inte ensidigt påtvingas". Enligt artikel 5.4, som har rubriken "Offentliggörande av tariffer", skall konferenstariffen "vid förfrågan tillhandahållas åt transportanvändare till en rimlig kostnad", eller "tillhandahållas på rederiernas eller deras agenters kontor".

11. Artikel 7 behandlar följderna av "åsidosättande av en skyldighet som enligt artikel 5 hör samman med det undantag som anges i artikel 3...". Enligt artikel 7.1 får kommissionen, i enlighet med de förfaranderegler som fastställs i avdelning II i 1986 års förordning:

"— rikta rekommendationer till de berörda personerna;

— för det fall att dessa personer underlåter att iaktta rekommendationerna och beroende på hur allvarlig den berörda överträdelsen är, anta ett beslut som antingen förbjuder dem att fullfölja eller ålägger dem att utföra vissa handlingar eller — beviljar dem ett enskilt undantag i enlighet med artikel 11.4 — samtidigt som det individuella undantag de åtnjöt upphävs eller upphäver det gruppundantag som de åtnjöt".

12. Slutligen har artikel 8 i 1986 års förordning rubriken "Verkningar som är oförenliga med artikel 86 i fördraget". Enligt artikel 8.1 "är missbruket av en dominerande ställning i den mening som avses i artikel 86 förbjudet utan att det krävs något beslut i detta avseende". Artikel 8.2 avser särskilda fall där kommissionen konstaterar att "beteendet hos konferenser som omfattas av det undantag som fastställs i

artikel 3 emellertid har verkningar som är oförenliga med artikel 86 i fördraget...". I artikeln föreskrivs att kommissionen "kan upphäva gruppundantaget och vidta... lämpliga åtgärder för att överträdelserna av artikel 86 i fördraget skall upphöra".

III — Överblick över överklagandet

13. I det förevarande överklagandet begränsar sig klagandena till att bestrida, för det första, att den dominerande ställning som medlemmarna i Cewal påstås inneha är kollektiv, för det andra samtliga tre konstateranden av missbruk av denna ställning samt, för det tredje, de påförda böterna. Klagandena hävdar att de böter som de har ålagts bör reduceras och att det förfarande som kommissionen tillämpar vid påförande av böter är av straffrättslig natur och i detta fall medförde en överträdelse av artiklarna 6.3 och 7.1 i Europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (nedan kallad EKMR). Slutligen har det även gjorts gällande att förstainstansrätten har överträtt artikel 7.1 i EKMR, genom att omformulera vissa av de missbruk som beskrivits i beslutet.

14. Kommissionen anför, med stöd av intervenienten G & C, att överklagandet skall ogillas i sin helhet. I den mån G & C även hävdar att vissa delar av överklagandena även skall avvisas, skall dess interventionstalan — i den mån denna söker gå längre än den dom som kommissionen eftersträvar — emellertid enligt min mening avvisas i enlighet med artikel 93.5a i domstolens rättegångsregler.

IV — Fastställandet av kollektiv dominans

A — *Inledning*

15. Kommissionen konstaterade att Cewals medlemmar tillsammans innehade en dominerande ställning "i den mening som avses i artikel 86 avseende den grupp av linjer man [Cewal] bedriver mellan norra Europa och Zaïre" (punkt 61 i beslutet). Även om jag inte anser att det finns någon betydelseskillnad mellan "gemensam" eller "kollektiv" i detta sammanhang kommer jag att använda den senare termen, vilket är det begrepp som domstolen vanligtvis använder. Varken definitionen av den relevanta marknaden eller fastställandena av marknadsandelarna har ifrågasatts i det förevarande överklagandet. Klagandena bestrider enbart att deras ställning på marknaden vara kollektiv.

B — *Klagandenas argument*

16. Enligt klagandena är de tre villkoren för fastställande av kollektiv dominans hos självständiga företag följande:

— de berörda företagen skall vara förenade genom tillräckliga ekonomiska band;

— dessa band skall vara sådana att de berörda företagen handlar likadant på marknaden;

— företagen skall kollektivt inneha en så stark ekonomisk ställning att de kan förhindra att effektiv konkurrens upprätthålls på marknaden.

Dessutom hävdar klagandena att de antagna ekonomiska banden inte kan fastställas genom åberopade omständigheter som utgör en överträdelse av artikel 85.

17. I huvudsak hävdar klagandena att:

— beslutet och den överklagade domen felaktigt grundades på samordnat beteende bland medlemmarna i Cewal, vilket faller under artikel 85 men inte kan "återanvändas" som grund för fastställande av kollektiv dominans enligt artikel 86;

— beslutet innehöll inte en tillräcklig motivering till att artikel 86 skulle vara tillämplig på medlemmarna i Cewal kollektivt och till att förstainstansrätten på ett otillåtet sätt kompletterade kommissionens otillräckliga motivering.

18. Klagandena menar att förstainstansrätten inte tog ställning till den första av dessa punkter. Det är riktigt att i den överklagade domen nämns (i punkt 54) klagandenas grund att kommissionen "begränsat sig till att 'återanvända' omständigheter som påstås utgöra en överträdelse av artikel 85, men som undantagits med stöd av förordning nr 4056/86, för att fastställa en överträdelse av artikel 86", men att denna grund inte uttryckligen behandlas vid bedömningen (punkterna 59 till 68) av frågan om kollektiv dominans. Det är emellertid värt att påpeka att förstainstansrätten faktiskt prövade och, rätteligen, förkastade klagandenas huvudsakliga påstående, nämligen att "begreppet kol-

lektiv dominerande ställning endast avser kollektivt missbruk av företag som *vart och ett* innehar en dominerande ställning" (punkt 60, min kursivering). Detta fastställande har inte bestridits i överklagandet.

C — *Karaktären av kollektiv dominans*

19. Den enda verkliga fråga som väckts i detta avseende i överklagandet är huruvida det är tillåtet att åberopa beteende som är samordnat eller bygger på samförstånd och därför är förbjudet enligt artikel 85 (om det inte undantas) för att fastställa förekomsten av en kollektiv dominerande ställning i den mening som avses i artikel 86. Klagandena hävdar att kommissionen och förstainstansrätten, i strid med rättspraxis, har begränsat sig till att "återanvända" vissa avtal eller samordnade förfaranden mellan medlemmarna i Cewal, medan de ekonomiska band som erfordras för ett konstaterande av kollektiv dominans skall vara av "en annan karaktär". Kommissionen hävdar, å andra sidan, att i princip kan samma beteende bland företag utgöra både ett samordnat förfarande enligt artikel 85 och ett missbruk av dominerande ställning i strid med artikel 86. Den verkliga frågan är emellertid i detta skede inte missbruket utan förekomsten av en kollektiv dominerande ställning.

20. Frågan om så kallad "återanvändning" kan inte lösas utan beaktande av den karaktär som kollektiv eller gemensam dominans har utvecklat i rättspraxis. Detta väcker i sin tur frågan om distinktionen mellan artiklarna 85 och 86 och den utsträckning i vilken, som domstolen har uttalat, de "[p]å olika plan har... samma syfte, nämligen att upprätthålla en effektiv konkurrens inom den gemensamma marknaden". [16]

21. Artikel 85 avser samordnat beteende eller samstämmigt beteende mellan ekonomiskt självständiga företag och är potentiellt tillämplig på alla marknader, inklusive de där normala konkurrensvillkor förekommer. Artikel 86 avser emellertid enbart de marknader där konkurrensvillkoren är onormala på grund av en dominerande ställning som innehas av ett eller flera företag. Den verksamhet som är förbjuden enligt artikel 86 såsom "missbruk" är huvudsakligen ensidig. [17]

22. Dessa artiklar, som båda har direkt effekt, [18] eftersträvar emellertid det gemensamma syftet att "[säkerställa] att konkurrensen inom den inre marknaden inte snedvrids". [19] Det finns inga vattentäta skott mellan artiklarna 85 och 86. Som

16 — Dom av den 21 februari 1973 i mål 6/72, Europemballage och Continental Can mot kommissionen (REG 1973, s 215; svensk specialutgåva, volym 2, nedan kallat Continental Can-målet), punkt 25.

17 — Dom av den 13 februari 1979 i mål 85/76, Hoffmann-La Roche mot kommissionen (REG 1979, s. 461; svensk specialutgåva, volym 4, nedan kallat Hoffmann-La Roche-målet), punkt 39.

18 — Redan år 1974 uttalade domstolen i det första BRT-målet (dom av den 30 januari 1974 i mål 127/73, REG 1974, s. 51; svensk specialutgåva, volym 2), punkt 16, att "[d]å förbuden i artiklarna 85.1 och 86 till sin natur är ägnade att ha direkt effekt i förhållandena mellan enskilda skapas det direkt genom dessa artiklar rättigheter för enskilda som de nationella domstolar är skyldiga att skydda".

19 — Artikel 3g i fördraget.

domstolen uttalade i målet Ahmed Saeed "kan det inte uteslutas att artiklarna 85 och 86 kan vara tillämpliga samtidigt".[20] Domstolen bedömde således att när det var ett ekonomiskt faktum att ett flygbolag som innehade en dominerande ställning kunde få andra företag att tillämpa avtalade taxor, kunde såväl artikel 86 som artikel 85 vara tillämplig, åtminstone i den utsträckning som deltagande i ett avtal som är förbjudet enligt artikel 85 samtidigt kunde utgöra ett missbruk som stred mot artikel 86.

23. Det är dessutom intressant att uppmärksamma att generaladvokat Lenz i sitt förslag till avgörande i målet Ahmed Saeed uttryckte uppfattningen att en dominerande ställning redan enligt ordalydelsen av artikel 86 kan innehas av "flera företag tillsammans" och därefter föreslog att "medlemmar i en kartell eller parter i ett avtal som strider mot gemenskapsrätten enligt artikel 85 kan gemensamt inneha en dominerande ställning".[21] Artikel 86 avser emellertid inte uttryckligen en dominerande ställning som innehas av ett eller flera företag utan "[e]tt eller flera företags missbruk av en dominerande ställning". Ordalydelsen är därför knappast avgörande.[22] Generaladvokat Lenz menade givetvis inte att enbart en kartell med en betydande marknadsandel vore tillräcklig för att utgöra gemensam dominans. I målet SIV mot kommissionen,[23] förkastade förstainstansrätten ett argument som kommissionens ombud framförde vid förhandlingen, nämligen att det vore möjligt att begränsa sig till att "'återanvända' de omständigheter som utgjorde en överträdelse av artikel 85, genom att därav dra slutsatsen att parterna i ett avtal eller i ett otillåtet förfarande gemensamt innehar en väsentlig del av marknaden [och] på grunden av enbart denna omständighet innehar en kollektiv dominerande ställning...".[24] Ur detta konstaterande uppstod begreppet "återanvändning". Det står således klart att det, för att det skall kunna fastställas att självständiga företag innehar en kollektiv dominerande ställning, krävs mer än ett kartelliknande avtal, oavsett om detta avser prisöverenskommelser eller annat hemligt samstämmigt marknadsbeteende. De italienska planglasmålen utgör det första uttryckliga försöket att identifiera beståndsdelarna i en kollektiv dominerande ställning som innehas av självständiga företag.

24. Den andra ytterligheten är samordnat beteende inom en grupp. Sådant beteende som kontrolleras av ett moderbolag omfattas normalt inte av artikel 85. Snarare behandlas de olika enheterna som ett enda företag, "om företagen bildar en ekonomisk enhet inom vilken dotterbolaget inte har någon egentlig frihet att bestämma sitt handlande på marknaden, och om avtalen eller förfarandena endast syftar till en

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

21 — Se ovan fotnot 20, punkt 27 i förslaget till avgörande.

22 — Se professor Arnulls ledare i (1998) 23 E.L. Rev., juni 1998, s. 199.

23 — Dom av den 10 mars 1992 i de förenade målen T-68/89, T-77/89 och T-78/89, SIV mot kommissionen (REG 1992, s. II-1403, nedan kallade de italienska planglasmålen).

24 — Ibidem, punkt 360.

fördelning av uppgifter internt mellan företagen".[25] Denna distinktion har emellertid inte alltid gjorts lika tydligt. Domstolen har nämnt målet Bodson[26] som ett prejudikat angående kollektiv dominans, trots att uttrycket inte förekommer i domen. I målet Bodson ansågs inte enbart den omständighet att innehavarna av de exklusiva kommunala begravningskoncessionerna tillhörde samma grupp vara avgörande för fastställandet av en kollektiv dominerande ställning. "[K]araktären av förhållandet mellan de företag som tillhörde den gruppen" skulle beaktas, och i synnerhet huruvida de fullföljde "samma marknadsstrategi som moderbolaget fastställt".[27]

25. De två omständigheter — förhållandet mellan företagen och en gemensam marknadsstrategi — som anges i det avsnittet återfinns genomgående i rättspraxis angående definitionen av kollektiv dominerande ställning. Redan år 1975 beaktade domstolen, i målet Suiker Unie,[28] "de personliga och finansiella banden" mellan vissa sockerproducenter och den största sockerproducenten på den belgiska marknaden tillsammans med den omständigheten att de antog "en försäljningspolitik som fastställts av" den producenten, när den bedömde att samtliga producenters marknadsandelar skulle läggas samman för att fastställa omfattningen av den dominerande ställning som den största av dem innehade.

26. Målet Almelo[29] innehåller emellertid det tydligaste uttalandet till dags dato avseende frågan om kollektiv dominans. Domstolen uttalade att "[f]ör att en sådan dominerande ställning skall föreligga måste emellertid företagen... vara tillräckligt sammanbundna för att uppträda likartat på marknaden".[30] I både Centro Servizi Spediporto-målet och DIP-målet noterade domstolen även att frånvaron av konkurrens mellan de företag som antas inneha en kollektiv dominerande ställning är kännetecknande för detta förhållande.[31] I målet Frankrike mot kommissionen undersökte domstolen mer nyligen huruvida en föreslagen koncentration skulle medföra en kollektiv dominerande ställning på gemenskapsmarknaden för produkter framställda på basis av kaliumkloridsalter för användning i jordbruket.[32] Det kriterium som domstolen tillämpade var huruvida kon-

25 — Dom av den 31 oktober 1974 i mål 15/74, Centrafarm och De Peijper (REG 1974, s. 1147; svensk specialutgåva, volym 2, s. 367), punkt 41. I dom av den 24 oktober 1996 i mål C-73/95 P, Viho mot kommissionen (REG 1996, s. I-5457) avvisade domstolen implicit, genom att enbart hänvisa (punkt 16) till frågan huruvida dotterbolagen "åtnjuter någon verklig rätt att själva bestämma sitt handlande på marknaden", den uppfattning som framförts i doktrinen, att mot bakgrund av målet Centrafarm och De Peijper skulle båda de villkor som ställs upp i punkt 41 i den domen behöva vara uppfyllda innan en grupp av företag skulle kunna betraktas som ett enda företag.

26 — Dom av den 4 maj 1988 i mål 30/87, Bodson (REG 1988, s. 2479, nedan kallat Bodson-målet).

27 — Ibidem, punkt 20.

28 — Dom av den 16 december 1975 i de förenade målen 40/73—48/73, 50/73, 54/73—56/73, 111/73 och 113/73—114/73, Suiker Unie m.fl. mot kommissionen (REG 1975, s. 1663, nedan kallade Suiker Unie-målen), punkterna 377 och 378.

29 — Dom av den 27 april 1994 i mål C-393/92, Almelo (REG 1994, s I-1477; svensk specialutgåva, volym 15), punkterna 41 och 42.

30 — Ibidem, punkt 42. Detta har även tillämpats i dom av den 5 oktober 1995 i mål C-96/94, Centro Servizi Spediporto (REG 1995, s. I-2883, nedan kallat Centro Servizi Spediporto-målet) punkt 33, och i dom av den 17 oktober 1995 i de förenade målen C-140/94—C-142/94, DIP m.fl. (REG 1995, s. I-3257, nedan kallat DIP-målet), punkt 26.

31 — Se punkterna 34 respektive 27 i dessa domar. Som jag hade anledning att påpeka i mitt förslag till avgörande i DIP-målet (punkt 65) fanns det inte något i målet som tydde på att vissa av eller alla dessa kollektivt dominerande handlare "agerar på ett sätt — eller har en särskild affärsstruktur — på sina respektive marknader, som faktiskt ger dem möjlighet att uppträda som en enda ekonomisk enhet i förhållande till konkurrenter, kunder eller konsumenter".

32 — Dom av den 31 mars 1998 i de förenade målen C-68/94 och C-30/95, Frankrike m.fl. mot kommissionen (REG 1998, s. I-1375).

centrationen "kan ge upphov till en sådan situation som medför att den effektiva konkurrensen på den ifrågavarande marknaden påtagligt hämmas av de företag som är parter i koncentrationen och av ett eller flera företag som står utanför koncentrationen, men som tillsammans, bland annat *på grund av vissa band* dem emellan, kan inta samma hållning på marknaden och i betydande omfattning uppträda utan att behöva ta hänsyn till andra konkurrenter, kunder och, slutligen, konsumenter". [33] Vid tillämpning av detta kriterium fann den att klagandenas kritik av de påstådda "olika strukturella banden" [34] som kommissionen åberopat till viss del var välgrundad.

27. Det förefaller som om samtliga de senaste uttalandena av domstolen utgör en bekräftelse i sak av förstainstansrättens uttalande i de italienska planglasmålen att: [35]

"Det finns i princip inte något som förhindrar att två eller flera självständiga ekonomiska enheter, på en särskild marknad, är förenade av sådana ekonomiska band att de på grund av denna omständighet tillsammans innehar en dominerande ställning i förhållande till de andra aktörerna på samma marknad".

Begreppet "förenade av sådana ekonomiska band" i det avsnittet skall nu emellertid tolkas mot bakgrund av formuleringen i målet Frankrike mot kommissionen, [36] nämligen "på grund av vissa band dem emellan" vilket enligt min mening inte skiljer sig från "ekonomiska band".

28. Klagandena hävdar emellertid att det, för att fastställa de "ekonomiska band" som krävs för att uppfylla detta kriterium, inte är tillåtet att åberopa omständigheter som också utgör avtal eller samordnade förfaranden i den mening som avses i artikel 85. Jag delar inte denna uppfattning. Enligt min mening är det dubbla kriteriet — förekomsten av tillräckliga ekonomiska band för att en enda enhet på marknaden skall föreligga — i huvudsak ett och samma och den senare omständigheten är den dominerande. En enda dominerande ställning skall fastställas, det vill säga att flera företag agerar som en enda enhet och följaktligen ensidigt på marknaden. Det är inte nödvändigt att uttömmande eller alls specificera karaktären av förhållandena eller de ekonomiska banden. Det kan röra sig om användningen av standardvillkor för leverans som utarbetats av en gemensam handelsorganisation (Almelo-målet), korsvisa aktieinnehav, gemensamma direktörsposter eller till och med familjeband med ekonomiska konsekvenser. Det kan likaså röra sig om att eftersträva en gemensam marknadsstrategi eller försäljningspolitik (Bodson- och Suiker Uniemålen). Dessa band skall inte

33 — Ibidem, punkt 221 (min kursivering.) [I övrigt saknar fotnoten betydelse för den svenska översättningen].

34 — Punkt 232.

35 — Ovan fotnot 23, punkt 358.

36 — Ovan fotnot 32.

definieras annat än med hänvisning till sitt resultat, nämligen att skapa en situation där en grupp av självständiga företag verkar som en enda enhet på marknaden.

29. Jag vill vidare upprepa svagheter i bevisningen av att ett samordnat förfarande föreligger inte kan repareras genom åberopande av artikel 86. Jag har redan medgivit att enbart ett samordnat beteende inte uppfyller detta kriterium för kollektiv dominans. Jag accepterar emellertid inte att åberopandet av sådan *bevisning* kan uteslutas, vare sig enligt fördraget eller enligt någon annan rättslig eller logisk princip.

30. En närmare läsning av målet *Almelo* förefaller stödja denna uppfattning. De regionala elektricitetsdistributörerna i Nederländerna vars förhållanden ifrågasattes var bundna till lokala distributörer genom samma typ av vertikalt exklusivt inköpsavtal, vilka samtliga befanns strida mot artikel 85. Generaladvokat Darmon uppmärksammande dessa avtal i samband med frågan om "banden som gör det möjligt för företagen i fråga att kollektivt dominera marknaden".[37] Samtidigt som både generaladvokaten och domstolen var måna om att låta den nationella domstolen fälla det slutliga avgörandet i frågan, förefaller domstolen implicit ha godtagit generaladvokatens uppfattning om ekonomiska band som skapas genom sådana avtal skulle kunna vara relevanta.

37 — Ovan fotnot 29, punkterna 117 och 118 i förslaget till avgörande.

31. I det förevarande fallet angav förstainstansrätten korrekt inledningsvis, vid sin prövning av om medlemmarna i Cewal innehade en kollektiv dominerande ställning, kriteriet att "företagen är så nära kopplade till varandra att de kan föra samma handlingslinje på marknaden" (punkt 62). Den fortsatte (punkterna 63 till 65) med att ange skälen "med beaktande av beslutet som helhet", vilket ledde till slutsatsen att "det fanns anledning att göra en kollektiv bedömning av den ställning som medlemmarna av Cewal hade" (punkt 66). Punkterna 63 till 65 har följande lydelse:

"63. I det beslut som förstainstansrätten skall pröva har kommissionen uttryckligen hänvisat till förordning nr 4056/86. [Domstolen citerade sedan definitionen av en 'linjekonferens' i 1986 års förordning som anges i punkt 2 ovan]. Förstainstansrätten fastslår att klagandena, som vid upprepade tillfällen har åberopat förordning nr 4056/86, inte har bestridit att Cewal är en linjekonferens i den mening som avses i denna förordning.

64. Förstainstansrätten understryker för övrigt att det framgår av artikel 8 i förordning nr 4056/86 att artikel 86 kan komma att tillämpas. I själva verket kan linjerederierna, genom de täta kontakter de har med varandra inom ramen för en linjekonferens, gemensamt vidta förfaranden på en

relevant marknad av sådant slag att dessa förfaranden utgör ett ensidigt agerande. Ett sådant agerande kan vara oförenligt med artikel 86 om de övriga förutsättningarna för tillämpning av denna artikel är uppfyllda.

65. Mot bakgrund av de omständigheter som framgår av det klandrade beslutet konstaterar förstainstansrätten att linjerederierna i det föreliggande fallet har utgjort en gemensam enhet, linjekonferensen Cewal. Det framgår av beslutet att denna struktur utgjorde ramen för olika kommittéer som medlemmarna av konferensen tillhörde, såsom Zaïre Pool Committee och Special Fighting Committee, vilka nämns vid ett flertal tillfällen i beslutet, bland annat i punkterna 26, 29, 31 och 32, samt Zaïre Action Committee som avses i punkt 74. Såsom framgår av artikel 1 i förordning nr 4056/86 har denna gemensamma struktur principiellt till syfte att fastställa och tillämpa enhetliga fraktsatser och andra villkor för den gemensamma linjetrafiken, vilkas förekomst kommissionen uttryckligen påpekar i punkt 61. Detta innebär att Cewal framstår som en och samma enhet på marknaden. Utan att i detta skede gå in på frågan hur dessa förfaranden skall betecknas påpekar förstainstansrätten slutligen att de förfaranden som medlemmarna av Cewal klandras för, såsom dessa beskrivs i beslutet, skall förstås som en vilja att gemensamt föra samma handlingslinje på marknaden för att kunna reagera ensidigt inför en utveckling av konkurrenssituationen på den marknad där de är verksamma som har bedömts som hotfull. Dessa förfaranden som beskrivs detaljerat i beslutet har utgjort delar av en global strategi som medlemmarna av Cewal med gemensamma krafter har velat genomföra".

32. Enligt min mening *kan* varje enskild omständighet som nämns i dessa punkter utgöra ett "ekonomiskt band". I synnerhet gjorde förstainstansrätten rätt när den hänvisade till definitionen av en linjekonferens, beaktade den "global strategi[n]" och avsikten bland medlemmarna i Cewal och när den insisterade, som den gjorde upprepade gånger på olika sätt, på att fastställa en "gemensam enhet". Om man antar att förstainstansrätten hade rättslig behörighet att beakta dessa omständigheter som ekonomiska band, har dess slutsats avseende den sista frågan inte — vilket enligt min mening är korrekt — bestridits i detta överklagande. Ett sådant konstaterande är resultatet av den domstolens bedömning av omständigheterna och kan inte — i avsaknad av fel som förvanskar dessa omständigheter — ifrågasättas vid denna domstol.

33. Klagandenas försök att bestrida begreppet kollektiv dominans såsom det tillämpats på linjekonferenser är dessutom till viss del orealistiskt. De har vid upprepade tillfällen, för att motivera att deras lojalitetsrabatt inte är snedvridande, hävdat att linjekonferenser normalt innehar en dominerande ställning.

34. Slutligen har klagandena gjort gällande att den överklagade domen och beslutet bör upphävas så vitt gäller konstaterandet av kollektiv dominans, eftersom varken förstainstansrätten eller kommissionen, i beslutet, hade visat att det inte fanns någon intern priskonkurrens mellan medlemmarna i Cewal. En sådan grund, som framfördes först under förhandlingen skall uppenbarligen avvisas med stöd av såväl artikel 42.2 och artikel 113.2 i domstolens rättegångsregler. Trots att det klart framgår av den rättspraxis som diskuterats ovan, i synnerhet Centro Servizi Spediporto- och DIP-målet samt målet Frankrike mot kommissionen, att avsaknaden av konkurrens mellan ett antal förmodat kollektivt dominerande företag är ett kännetecken på kollektiv dominans, skulle det enligt min mening i vart fall inte vara tillräckligt för sådana företag att — som svar på en anklagelse från kommissionen om att de beslutat om en enhetlig marknadsstrategi i fråga om priskonkurrens — hävda att förekomsten av andra former av konkurrens dem emellan, såsom konkurrens avseende kvaliteten på den tjänst som erbjuds, bör omöjliggöra ett konstaterande av kollektiv dominans grundat på band som fastställts för deras ömsesidiga prisstrategi, om inte de alternativa konkurrensformerna var av sådan omfattning och hade sådan intensitet att man inte rimligen kan grunda sig på deras gemensamma prispolitik för att fastställa att det föreligger en enda enhet på marknaden. Eftersom gruppens medlemmar själva med lätthet kan få tillgång till uppgifter som skulle kunna stödja ett sådant påstående, måste de lägga fram bevisning som vederlägger ett konstaterande av att de skulle inneha en dominerande ställning på grund av sin gemensamma prispolitik. Det förelåg inte någon bevisning vid förstainstansrätten och det föreligger för närvarande inte någon bevisning vid denna domstol som tyder på att medlemmarna i Cewal aktivt konkurrerade med varandra om kvaliteten på de tjänster som avlastare erbjöds.

35. Jag förkastar således argumentet att kommissionen eller förstainstansrätten — genom att ange omständigheter som också kan utgöra samordnat beteende enligt artikel 85 — grundade sig på bevis som inte kunde användas för att fastställa förekomsten av en kollektiv dominerande ställning i den mening som avses i artikel 86. Det är emellertid fortfarande nödvändigt att undersöka om beslutet är tillräckligt motiverat och om förstainstansrätten på ett otillåtet sätt har kompletterat detta beslut i detta hänseende.

D — *Huruvida motiveringen är tillräcklig*

36. Klagandena väckte inte uttryckligen frågan om beslutet var tillräckligt motiverat vid förstainstansrätten varken med stöd av artikel 190 eller på annan grund. De hävdade i stället att de skäl som anfördes i beslutet, som faktiskt var begränsade till om det förelåg en linjekonferens, inte var tillräckliga för att det skulle kunna fastställas att de innehade en kollektiv dominerande ställning. Förstainstansrätten ansåg därför att sökandena hade anfört en grund om "otillräcklig motivering" (punkt 59).

37. Klagandena har i detta överklagande gjort gällande att förstainstansrätten underlät att besvara deras argument och i stället kompletterade kommissionens motivering, det vill säga gav andra skäl för konstaterandet av kollektiv dominans än de som kommissionen hade anfört. De invänder i synnerhet mot att förstainstansrätten grundade sig på beslutet "som helhet" (punkt 66) och mot dess konstaterande av att "förutom de avtal som slutits mellan linjerederierna och om upprättande av Cewal-konferensen... fanns sådana band mellan dem som innebar att de förde en enhetlig handlingslinje på marknaden" (punkt 67).

38. Kommissionen hävdar att förstainstansrätten inte grundade sig på något som inte återfanns i beslutet, att användningen av uttrycket "förutom" betyder att konferensarrangemangen var sådana att beteendet bland medlemmarna i Cewal skall undersökas kollektivt och att det inte kan finnas något att invända mot att förstainstansrätten framhåller andra delar av beslutet för att visa att andra omständigheter som kommissionen behandlat stärkte den slutsats som den dragit.

39. Beslutets struktur i de delar som rör kollektiv dominans skall kort beskrivas innan relevant rättspraxis behandlas. I punkterna 49 till 51 hänvisas till tillämpligheten av artikel 86 på linjekonferenser. Punkt 49 lyder:

"Artikel 8 i förordning (EEG) nr 4056/86 behandlar linjekonferensers möjliga missbruk av en dominerande ställning. Europeiska gemenskapernas förstainstansrätt har vidare angivit linjekonferenser som ett exempel på avtal mellan ekonomiskt självständiga enheter som möjliggör att ekonomiska band skapas som tillsammans kan ge dessa enheter en dominerande ställning i förhållande till andra aktörer på samma marknad. [38] Avtalet mellan medlemmarna i Cewal utgör ett sådant avtal."

I punkt 52 anges att linjetrafik (med hänvisning till artiklarna 8—12 i beslutet) "utgör den relevanta tjänstemarknaden". I punkterna 53 till 56 behandlas den geografiska marknaden och dras slutsatsen att "samtliga trader som medlemmarna i Cewal trafikerar mellan Zaïre och nordeuropeiska hamnar utgör en särskild marknad". I punkterna 57—60 behandlas Cewals dominerande ställning med hänvisning till dess marknadsandel. I punkt 61 anges därefter följande:

"Med beaktande av dessa omständigheter konstaterar kommissionen att Cewal inne-

38 — I beslutet nämns domen i de italienska planglasmålen, ovan fotnot 23.

har en dominerande ställning i den mening som avses i artikel 86 avseende den grupp trader som den trafikerar mellan Nordeuropa och Zaïre. Denna dominerande ställning innehas gemensamt av medlemmarna i Cewal, eftersom de är förenade genom konferensavtalet, vilket skapar mycket nära ekonomiska band mellan dem, vilket till exempel framgår av att de har en gemensam fraktsats."

40. Således behandlar enbart punkt 61 (och i viss mån punkt 49) uttryckligen den gemensamma eller kollektiva karaktären av Cewals dominans, och slutsatsen dras i den förstnämnda på grundval av att Cewals medlemmar "är förenade genom konferensavtalet...".

41. Läst för sig är denna motivering till stöd för konstaterandet av en kollektiv dominerande ställning lakonisk. Det tas inte uttryckligen hänsyn till de omständigheter som förstainstansrätten nämner i punkt 67 i den överklagade domen och det hävdas inte att medlemmarna i Cewal uppträdde som en enda eller gemensam aktör på marknaden. Det står emellertid genomgående helt klart i de punkter av beslutet som behandlar marknadsanalysen att Cewal betraktas på detta sätt, till exempel att Cewal kan "agera självständiga i förhållande till sina konkurrenter och kunder...". [39] De ytterligare omständigheter som förstainstansrätten nämner härrör till stor del från de senare delarna av beslutet (punkt 63 och följande punkter), som rör fastställandet av missbruk.

39 — Punkt 60 i beslutet.

42. Det skall beaktas huruvida det är tillåtet att komplettera slutsatsen att företag har en kollektiv dominerande ställning genom att hänvisa till omständigheter som anförs i samma beslut angående missbruk av denna ställning. Jag kan härvid inte avhålla mig från att konstatera att det skulle ha varit bättre om kommissionen själv hade riktat in sig mer uttryckligen på frågan om ekonomiska band när den drog slutsatsen att det fanns en enda eller gemensam enhet på marknaden.

43. Det klassiska uttalandet avseende skyldigheten för gemenskapens institutioner att motivera sina beslut med angivande av de huvudsakliga faktiska och rättsliga omständigheter som de grundar sig på återfinns i målet Remia mot kommissionen: [40]

"[Ä]ven om kommissionen enligt artikel 190 i fördraget är skyldig att ange de faktiska omständigheter som ligger till grund för beslutet, samt de rättsliga överväganden som har föranlett den att anta detta, innebär denna bestämmelse inte att kommissionen är skyldig att ta upp alla faktiska och rättsliga omständigheter som har diskuterats under det administrativa förfarandet. Motiveringen till ett beslut som går någon emot skall göra det möjligt för domstolen att pröva beslutets lagenlighet, och ge den berörda parten de upplysningar som är nödvändiga för att bedöma om beslutet är välgrundat."

40 — Dom av den 11 juli 1985 i mål 42/84, Remia mot kommissionen (REG 1985, s. 2545), punkt 26. Se bedömningen i mitt förslag till avgörande inför dom av den 29 februari 1996 i mål C-56/93, Belgien mot kommissionen (REG 1996, s. I-723), punkterna 107—109.

44. En genomgång av rättspraxis visar att argument om otillräcklig motivering av beslut sällan har vunnit framgång, fastän de ofta framförts.[41] När de har vunnit framgång utgör kritiken av motiveringen ofta i praktiken ett konstaterande av att beslutet har sakliga brister. Ett exempel på ett framgångsrikt åberopande finns i målet Leeuwarder,[42] i vilket domstolen fann att motiveringen av en marknadsanalys hade allvarliga brister.

45. Motiveringens funktion förklaras i den andra meningen i citatet från målet Remia. Det är ett ändamålsenligt och men inte ett "enbart formellt" krav.[43] Det är utformat för att säkerställa att berörda parter och i förlängningen domstolen är tillräckligt informerade om den faktiska och rättsliga grunden till det ifrågasatt beslutet för att kunna försvara sina egna intressen. I målet Belgien mot kommissionen fann domstolen till exempel att en faktauppgift, som hade utelämnats i kommissionens beslut, hade återgivits i såväl domstolens dom som i generaladvokatens förslag till avgörande i ett mål om ogiltigförklaring av ett tidigare beslut av kommissionen i samma ärende, liksom i kommissionens meddelande om återupptagande av det administrativa förfarandet. Domstolen bedömde därför att "berörda parter har beretts tillfälle att ta del av uppgifterna och att vid domstolen göra gällande sin inställning".[44] Domstolen kan godta att en berörd parts intressen är tillräckligt skyddade om denne själv känner till den information som kommissionen har grundat sig på,[45] såsom till exempel genom delaktighet i det administrativa förfarandet.[46]

46. Även om kommissionens beslut kanske inte skulle hålla för en strikt logisk prövning, rör det sig i grunden om en fråga om rättvisa. Klagandena kan inte rimligtvis hävda att det har varit till men för dem att förstainstansrätten har grundat sig på omständigheter som anförts i den del av beslutet som rörde missbruk för att stödja kommissionens slutsats att klagandena innehade en kollektiv dominerande ställ-

41 — Se till exempel dom av den 9 november 1983 i mål 322/81, Michelin mot kommissionen (REG 1983, s. 3461; svensk specialutgåva, volym 7, s. 351) (nedan kallat Michelin), punkt 14; av den 17 januari 1984 i de förenade målen 43/82 och 63/82, VBVB och VBBB mot kommissionen (REG 1984, s. 19; svensk specialutgåva, volym 7, s. 437); av den 22 januari 1986 i mål 250/84, Eridania m.fl. (REG 1986, s. 117), punkt 17; och av den 2 februari 1988 i de förenade målen 67/85, 68/85 och 70/85, Van der Kooy m.fl. (REG 1988, s. 219), punkt 71.

42 — Dom av den 13 mars 1985 i de förenade målen 296/82 och 318/82, Nederländerna och Leeuwarder Papierwarenfabriek mot kommissionen (REG 1985, s 809), punkterna 19—26 och i synnerhet punkt 24, där domstolen uttalade att vad beträffar villkoret att visa att det statliga stödet i fråga påverkade handeln mellan medlemsstaterna innehöll kommissionens beslut i det fallet bland annat "inte några som helst uppgifter om förhållandena på den relevanta marknaden".

43 — Dom av den 4 juli 1963 i mål 24/62, Tyskland mot kommissionen (REG 1963, s. 63), s. 69.

44 — Domen i målet Belgien mot kommissionen (ovan fotnot 40), punkt 89. Se i samma hänseende mitt förslag till avgörande, i det målet, punkt 109.

45 — Dom av den 28 oktober 1981 i de förenade målen 275/80 och 24/81, Krupp mot kommissionen (REG 1981, s. 2489), i synnerhet punkt 13.

46 — Dom av den 4 juli 1996 i mål C-50/94, Grekland mot kommissionen (REG 1996, s. I-3331), punkt 9.

ning, när alla omständigheter som är i fråga klart framgår av beslutet och, i vart fall, behandlades under det administrativa förfarandet.[47]

E — *Slutsats*

47. Jag föreslår följaktligen att den grund i överklagandet som avser kommissionens fastställande av att de berörda företagen innehade en kollektiv dominerande ställning skall förkastas.

V — De missbruk som tillskrivs Cewal

48. Jag skall nu i tur och ordning pröva klagandenas argument avseende de missbruk som medlemmarna i Cewal påstås ha gjort sig skyldig till.

A — *Ogefrems missbruk*

(i) *Bakgrund*

49. Kommissionen fann i artikel 2 i beslutet att Cewal, för att tränga ut sina konkurrenter från marknaden, bland annat hade missbrukat sin kollektiva dominerande ställning genom att "delta i genomförandet av samarbetsavtalet med Ogefrem och genom att upprepade gånger på olika sätt begära[48] att det strikt skulle följas". Detta konstaterande skall läsas mot bakgrund av punkterna 20—27 och 63—72 i beslutet, av vilka det framgår att kommissionen ansåg att Cewals beteende, med avseende på Ogefrem-avtalet, var utformat för att förhindra och/eller försvaga konkurrens på fraktmarknaden mellan Zaïre och Nordeuropa. För det första åberopar kommissionen i punkt 63 i beslutet principen att dominerande företag inte skall uppträda på ett sätt som riskerar upprätthållandet av existerande eller utvecklingen av ny konkurrens på den marknad där de är dominerande.[49] För det andra uttrycker den i punkt 64 den uppfattning som återspeglas i artikel 2 i beslutet, att det missbruk som Cewal har gjort sig skyldig till bestod i dess aktiva deltagande i genomförandet av Ogefremavtalet och dess upp-

47 — Detta fall skulle därför inte ens ingå i den kategori som bedömdes av generaladvokat Léger i hans förslag till avgörande inför dom av den 6 april 1995 i mål C-310/93 P, BPB Industries och British Gypsum mot kommissionen (REG 1995, s. I-865, nedan kallat British Gypsum-målet), vars resonemang i detta avseende, fastställdes av domstolen (se punkt 11 i domen). Detta mål rörde fall i vilka motiveringen "bekräftas" genom "klargöranden" som kommissionen gör under det skriftliga eller muntliga förfarandet vid gemenskapsdomstolen. Generaladvokaten uttryckte uppfattningen att "[f]ör att kunna 'precisera' en omständighet krävs att denna förekommer i beslutet och just så är här fallet" (punkt 24 i förslaget till avgörande).

48 — Ordet "begära" har faktiskt på grund av ett förbiseende utelämnats i den offentliggjorda engelska versionen av artikel 2 i beslutet. Det framgår emellertid av de andra offentliggjorda autentiska språkversionerna av beslutet att den engelska versionen skall läsas som om ordet fanns med. I den engelska versionen av beslutet som delgavs klagandena (se kommissionens dokument C(92) 3253 slutlig av den 23 december 1992), vilket fogades till deras yttrande vid förstainstansrätten, finns dessutom ordet "begära" med i artikel 2.

49 — Kommissionen hänvisar till Hoffmann-La Roche-målet (ovan fotnot 17).

repade begäran till Ogefrem att följa artikel 1 i det avtalet, allt i syfte att säkerställa "utträngningen av [dess] ende konkurrent från handeln i fråga". Efter att ha konstaterat att Cewals redan befintliga dominerande ställning "förstärktes" av Ogefrem-avtalet (punkt 65), uttalade kommissionen i punkt 66 att Cewal "fortlöpande hade utövat påtryckningar på Ogefrem för att säkerställa den senares iakttagande av det sagda avtalet och följaktligen utträngning av dess främste konkurrent från marknaden".

50. Kommissionen avvisade de grunder som Cewal anförde till sitt försvar och som gick ut på att Cewal var skyldigt att agera på detta sätt på grund av åligganden från offentliga myndigheter. Den avvisade även det försvar som framförts av Cewal att det beteende avseende vilket det framförts invändningar föll utanför artikel 86, eftersom Ogefrem-avtalet skulle anses bestå av skyldigheter ålagda av en myndighet eller i praktiken genom en statlig rättsakt. Enligt kommissionen var avtalet ett ömsesidigt avtal "avseende bevakningen av handeln i fråga" vilket kunde avslutas av parterna "genom vederbörlig uppsägning" (punkt 70). Slutligen betonade den att "de tillämpliga reglerna i Zaïre ålägger inte fartygsägare som är medlemmar i en konferens att upprätta system som syftar till att säkerställa att laster kanaliseras till de egna fartygen samtidigt som oberoende företag utesluts", och drog därefter slutsatsen att "slutandet av detta avtal och Cewals erinringar om att det skulle efterlevas beror inte på skyldigheter som ålagts av myndigheterna" (punkterna 71 och 72).

51. I sin ansökan till förstainstansrätten hävdade klagandena att det beteende som kommissionen anklagade dem för inte kunde utgöra en överträdelse av artikel 86 i fördraget. De anförde bland annat att Ogefrem-avtalet var ett koncessionsavtal enligt vilket de hade beviljats en exklusiv rättighet av zairiska myndigheter, att artikel 86 inte hindrade dem från att vidta åtgärder för att säkerställa beaktandet av den rättigheten och att i vart fall enbart en uppmaning till en regering att vidta åtgärder inte kunde utgöra ett missbruk i den mening som avses i artikel 86. De hävdade också i sin replik att beslutet stred mot deras rätt till en rättvis rättegång, eftersom kommissionen även inledningsvis i meddelandet om anmärkningar hade anklagat dem för att missbruka sin dominerande ställning genom att erhålla den exklusiva rättigheten i fråga genom slutandet av Ogefrem-avtalet. Denna anklagelse vidhölls inte i beslutet.

52. I sitt svaromål hävdade kommissionen att Ogefrem-avtalet var ömsesidigt bindande, och underströk att det enda missbruk det fann att Cewal hade begått bestod i dess frivilliga ansträngningar att upprätthålla den exklusiva rättighet den beviljats enligt det avtalet. I sin duplik hävdade kommissionen att sökandenas argument om att de skulle ha nekats en rättvis rättegång inte kunde tas upp till prövning, eftersom det rörde sig om en ny grund enligt artikel 48.2 i förstainstansrättens rättegångsregler som det dessutom inte

fanns fog för, eftersom det inte fanns någon skillnad i sak mellan meddelandet om anmärkningarna och beslutet. I beslutet hade det ju fastställts att sökandena endast var skyldiga till en del av de överträdelser som de anklagats för i meddelandet.

53. Förstainstansrätten anmärkte inledningsvis i den överklagade domen att målet gällde medlemmarna i Cewals påstådda missbruk av en dominerande ställning och att "[e]ftersom det endast är Cewals ensidiga agerande som är i fråga [är] den exakta beskaffenheten av det avtal som träffats mellan Cewal och Ogefrem inte... avgörande för om artikel 86 i fördraget är tillämplig" (punkt 103). Med hänvisning till målet Bodson [50] uttalade den att även om Ogefrem-avtalet skulle betraktas som ett avtal som beviljade Cewal en koncession "är detta inte tillräckligt för att utesluta att [Cewal] har agerat otillbörligt". Detta berodde på att den, med hänvisning till det första och det andra stycket i Ogefrem-avtalet, fann att Cewal kunde ha samtyckt till undantag från den exklusiva rättigheten som det beviljats enligt det åvtalet. Även om detta avtal skulle betraktas såsom en offentligrättslig koncession, eftersom det "innefattade en möjlighet att öppna konkurrensen" så att medlemmarna av Cewal "kunde medföra att genomförandet av avtalet anpassades till kraven i artikel 86", förelåg inte någon motstridighet "mellan fördraget" och "[avtalets] systematik" (punkt 104).

54. Förstainstansrätten uttalade följaktligen att "det var riktigt att i beslutet granska Cewals agerande vid genomförandet av avtalet" (punkt 105). Efter att ha noterat att konstaterandet av att "framstötar hos Ogefrem för att G och C skulle avlägsnas från marknaden" hade gjorts inte hade ifrågasatts, gick den över till att bedöma hur de skulle karaktäriseras. För det första hänvisade den till en "särskild skyldighet" för ett dominerande företag "att inte genom sitt agerande skada en effektiv och icke snedvriden konkurrens på den gemensamma marknaden", [51] innan den anmärkte att fastän sådana företag har möjlighet att "inom rimliga gränser vidta sådana åtgärder som det anser lämpliga för att skydda sina intressen [52] när dessa hotas", tillåts de inte därigenom söka förstärka sin dominans. Vid tillämpningen av dessa principer på Cewal uttalade förstainstansrätten att "ett företag i dominerande ställning, vilket åtnjuter en ensamrätt kombinerad med en möjlighet att medge undantag, är skyldigt att använda den vetorätt som företaget tillerkänns i avtalet när det gäller tredjemans tillträde till marknaden på ett rimligt sätt". På grundval av den föreliggande bevisningen ansåg förstainstansrätten att "detta inte varit fallet med medlemmarna av Cewal" (punkt 108). Förstainstansrätten fastslog således att "kommissionen med rätta kunde anse att medlemmarna av Cewal bröt mot artikel 86 i fördraget genom att aktivt delta i genomförandet av avtalet med Ogefrem och genom att upprepade gånger begära att detta avtal skulle följas strikt i syfte att konkurrera ut det enda oberoende rederiet, vars tillträde till marknaden hade godkänts av Ogefrem" (punkt 109). Förstainstansrätten ansåg även att klagandenas argument att uppmaningar till en regering att vidta åtgärder inte kan utgöra ett missbruk

50 — Ovan i fotnot 26.

51 — Punkt 106, där det hänvisas till dom av den 6 oktober 1994 i mål T-83/91, Tetra Pak mot kommissionen (REG 1994, s. II-755), punkt 114.

52 — Punkt 107, där det hänvisas till domen i British Gypsum-målet (ovan fotnot 47), punkt 69.

saknade "relevans", eftersom "något sådant förfarande inte har påtalats i det föreliggande fallet" (punkt 110). Slutligen avvisade den klagandenas grund avseende skillnaderna mellan meddelandet om anmärkningar och beslutet avseende den påstått missbrukande karaktären av slutandet av Ogefrem-avtalet, men uttryckte även uppfattningen att den ifrågavarande skillnaden inte kunde ha påverkat sökandenas rättigheter (punkt 113).

(ii) *Sammanfattning av de yttranden som inkommit i överklagandet*

55. Denna grund för överklagandet består av fyra huvudpunkter. För det första hävdar klagandena att förstainstansrätten åsidosatte deras rätt till en rättvis rättegång genom att ersätta anklagelsen som rörde Ogefrem i beslutet med en helt ny anklagelse avseende deras påstådda underlåtenhet att agera på ett rimligt sätt vid utövandet av en vetorätt. Enligt deras uppfattning finns det en grundläggande skillnad mellan att be en myndighet att agera och att formellt "lägga in sitt veto" mot att en sådan myndighet agerar, eftersom förekomsten av en vetorätt avser en situation där den person som har denna rätt har "möjlighet att blockera". För det andra menar klagandena att denna omformulering av anklagelsen möjliggjorde för förstainstansrätten att både bortse från den dubbla naturen av den anklagelse som inledningsvis riktades mot dem i meddelandet om anmärkningar och som vidhölls i beslutet (fastän i en annan utformning) och att felaktigt behandla deras påstående — att enbart en uppmaning till en regering att vidta åtgärder inte kan utgöra missbruk av en dominerande ställning — som irrelevant. För det tredje anför klagandena att eftersom domstolen ansåg att medlemmarna av Cewal inte anklagades för att ha underlåtit att säga upp avtalet eller för att ha uppmanat vidtagandet av statliga åtgärder, kunde den inte utan att motsäga sig själv komma till slutsatsen att kommissionen hade skäl att anse att deras aktiva medverkan i genomförandet av avtalet utgjorde missbruk. För det fjärde hävdar klagandena att underlåtenhet att avstå från utövandet av exklusiva rättigheter inte kan utgöra missbruk enligt artikel 86.

56. Kommissionen förnekar att klagandenas rätt till en rättvis rättegång har åsidosatts. Den hävdar att förstainstansrättens hänvisning till "användande av vetorätten" enbart utgör ytterligare en förklaring till konstaterandet i beslutet att missbruket bestod av Cewals aktiva ansträngningar att säkerställa att villkoren i Ogefrem-avtalet respekterades av Ogefrem. Kommissionen menar att det påstådda missbruket varken avsåg slutandet av avtalet eller Cewals underlåtenhet att säga upp det. Doktrinen om "suveräna rättsakter" som åberopades av klagandena var inte relevant, eftersom avtalet, så som förstainstansrätten konstaterade, tillät medlemmarna av Cewal att följa gemenskapens konkurrensregler, samtidigt som "Noerr-Pennington-doktrinen" [53] också var irrelevant, eftersom någon anklagelse om att Cewal hade uppmanat en regering att agera inte hade framförts.

53 — Amerikansk doktrin som skyddar uppgiftslämnande till offentliga myndigheter när avsikten är att påverka lagstiftande eller verkställande åtgärder.

(iii) *Bedömning av klagandenas grunder*

(a) Rätten till en rättvis rättegång

57. Jag anser att klagandena har tolkat den överklagade domen felaktigt när de hävdar att den skulle innehålla en ny anklagelse om underlåtenhet att agera på ett rimligt sätt vid utövandet av en vetorätt. I punkt 109 (citerad ovan i punkt 54) fastställde förstainstansrätten uttryckligen kommissionens väsentliga konstateranden av missbruk i samband med Ogefrem-avtalet. Under den föregående bedömningen (i synnerhet i punkt 105) sammanfattade förstainstansrätten Cewals beteende vid genomförandet av Ogefrem-avtalet såsom det beskrevs i beslutet och erinrade vidare om de obestridliga principer som begränsar dominerande företags beteenden.

58. Förstainstansrättens hänvisningar till en "vetorätt" påverkar inte karaktäriseringen av missbruket, som fortfarande består i den enträgenhet med vilken Cewal krävde att dess exklusivitet strikt skulle iakttas. Förstainstansrätten var emellertid benägen att anta, utan att uttryckligen ange det, att Ogefrem-avtalet utgjorde en offentligrättslig koncession och utifrån detta påpeka att det såsom en offentligrättslig koncession innehöll en mekanism för att lösa konflikter mellan fördraget och avtalet. Hänvisningen till "vetorätten" är därför inte en beskrivning av missbruk, utan är snarare ett svar på klagandenas argument att deras beteende i någon mening hade ålagts dem genom villkoren i den påstådda offentligrättsliga koncessionen.

59. Jag anser således att klagandenas första argument — att förstainstansrätten åsidosatte deras rätt till en rättvis rättegång genom att framföra en anklagelse om underlåtenhet att agera på ett rimligt sätt vid utövandet av en vetorätt — skall förkastas.

(b) Grunden som avser uppmaningen till en regering att vidta åtgärder

— Inledning

60. Enbart det faktum att något åsidosättande av klagandenas rätt till en rättvis rättegång inte har skett är emellertid inte tillräckligt för att deras överklagande skall ogillas, eftersom de även har bestridit att det skulle vara juridiskt riktigt att karaktärisera deras beteende som missbruk. Förstainstansrättens ställningstagande väcker, avseende det andra argumentet, frågan huruvida det var korrekt att anse att avtalets precisa karaktär saknade betydelse och därmed huruvida det var riktigt att bortse från möjligheten att det ifrågsatta beteendet kanske enbart motsvarade ett

försök från Cewals sida att påverka en regering.

61. I den överklagade domen bortsåg förstainstansrätten helt och hållet från Ogefrem-avtalets karaktär. Förstainstansrätten fann att medlemmarna av Cewal, oavsett avtalets precisa rättsliga karaktär, hade ett visst utrymme för skönsmässig bedömning och en viss frihet vid genomförandet av avtalet.

62. Det är fastslaget att dominerande företag, i och med att själva deras närvaro på en marknad leder till att konkurrensen försvagas, är förhindrade att agera på ett sätt som inte behöver vara klandervärt om ett icke-dominerande företag gör det. [54] Detta gäller särskilt när, såsom i det förevarande fallet, klagandena hade en monopolliknande ställning. [55] Det faktiska tillämpningsområdet för detta särskilda ansvar "skall bedömas mot bakgrund av de särskilda förhållanden i varje enskilt fall som visar på en försvagad konkurrens". [56]

54 — Se domen i Hoffmann-La Roche-målet, ovan fotnot 17, punkt 120, och domen i Michelin-målet, ovan fotnot 41, punkt 57.

55 — Domen i Hoffmann-La Roche-målet (ovan fotnot 17), punkt 39.

56 — Dom av den 14 november 1996 i mål C-333/94 P, Tetra Pak mot kommissionen (REG 1996, s. I-5951), punkt 24 (nedan kallat Tetra Pakmålet II).

— Relevansen av doktrinen om "suveräna rättsakter"

63. Klagandena hävdar att deras beteende inte skall betraktas som annat än ett försök att påverka de zairiska myndigheterna att fullgöra en offentligrättslig koncession. Vid förhandlingen bestred kommissionen inte att beteende som består i att enbart uppmana regeringen i ett tredje land att agera på ett visst sätt inte kunde beskrivas såsom missbruk av en dominerande ställning. Kommissionen vidhöll emellertid vid förhandlingen att klagandena i det förevarande fallet var parter i ett kommersiellt avtal som innebar ömsesidiga förpliktelser och förmåner och att deras insisterande på att avtalsvillkoren skulle fullgöras gick längre än enbart ett försök att påverka en regering.

64. Förstainstansrätten uttalade i punkt 110 i den överklagade domen att:

"Den omständigheten att det enligt klagandena inte kan utgöra ett missbruk att uppmana en regering att vidta åtgärder saknar relevans, eftersom något sådant förfarande inte har påtalats i det föreliggande fallet."

Jag anser inte att frågan kan lösas så lätt. Det missbruk som Cewal förklaras skyldig

till bestod i försök att verkställa Ogefrem-avtalet. Klagandena (tidigare sökandena) svarar att dessa försök inte kan utgöra ett missbruk, eftersom de enbart består i en uppmaning till en regering att vidta åtgärder. Den omständigheten att kommissionen inte karaktäriserade det som en sådan uppmaning kan inte påverka dess faktiska karaktär.

65. Jag tänker således, i den mån det krävs, pröva klagandenas invändning om att förstainstansrätten inte behandlade deras grund att Ogefrem-avtalet var ett ömsesidigt avtal. De avgörande konstaterandena återfinns i punkterna 70—72 i beslutet, vilka har följande lydelse:

"70. Det avtal mellan OGEFREM och CEWAL som avses i övervägande 24 kan inte anses utgöra nationella regler som ålägger medlemmarna av CEWAL att agera som de gjorde. Avtalet utgör tvärtom, såsom dess rubrik och innehåll indikerar, inte i sig en statlig åtgärd, eftersom det är ett avtal som ålägger sina två signatärer skyldigheter avseende övervakningen av handeln i fråga och som kan sägas upp av dem i vederbörlig ordning. I vart fall har CEWAL godtagit det och enträget uppmanat OGEFREM att följa dess bestämmelser i syfte att tränga ut dess främste konkurrent från marknaden.

71. Det skall även understrykas att de zairiska tillämpliga reglerna inte ålägger redare som är medlemmar av en konferens att upprätta system som är ägnade att säkerställa att laster kanaliseras mot de egna fartygen samtidigt som självständiga företag utesluts.

72. Slutandet av detta avtal och CEWAL:s påminnelser om att det skall följas härrör inte från skyldigheter som ålagts av myndigheterna."

66. Klagandena åberopar i synnerhet vissa principer som har utvecklats i amerikansk antitrust-rättspraxisen. De godtar att några sådana principer inte har utvecklats i gemenskapsrätten. Denna del av klagandenas argument beror i huvudsak på huruvida de kan visa att Ogefrem-avtalet utgör en rättsakt genom vilken Zaïres regering utövar sin suveräna makt.

67. Klagandena anförde vid förstainstansrätten att enbart uppmaningen till en

regering av vidta åtgärder inte kunde utgöra missbruk av en dominerande ställning. Av en doktrin om "suveräna rättsakter", som hör ihop med principen om internationell hövlighet, framgår det att domstolarna i USA har uttalat att agerande som består i att uppmana eller övertala (till och med olagligt) en främmande suverän makt att vidta åtgärder faller utanför tillämpningsområdet för antitrustreglerna. [57] Med den uppfattning jag har om karaktären av Ogefrem-avtalet är det för min del inte nödvändigt att vidare diskutera denna doktrin. Det står naturligtvis klart att enbart det faktum att en medlemsstat skapar ett rättsligt monopol genom att bevilja exklusiva rättigheter inte strider mot artikel 86. [58] Det följer utan tvivel av detta att agerande som går ut på att övertala en medlemsstat att skapa ett sådant monopol också faller utanför artikel 86. Domstolen har emellertid även klargjort att "fördragets regler om konkurrens och i synnerhet de i artikel 86" är tillämpliga på sådana företag. [59] Det kan i förlängningen antas att dessa principer även är tillämpliga på utländska regeringars inrättande av rättsliga monopol. Artikel 9 i 1986 års förordning kan då bli relevant för att lösa möjliga konflikter med gemenskapens konkurrensregler.

68. Principen om "suveräna rättsakter" är emellertid inte tillämplig om Ogefrem-avtalet inte är en suverän makts ensidiga rättsakt utan, såsom kommissionen gjort gällande, i själva verket är en ömsesidig överenskommelse. I detta avseende anser inte jag att det spelar någon roll att, såsom klagandena utan tvekan rätteligen har anfört, Ogefrem inte är ett företag i den mening som avses i artiklarna 85 och 86. För det första består det påstådda missbruket i att klaganden har insisterat på att avtalet skall fullgöras i den mån det innebär en exklusiv rätt och inte i dess slutande. För det andra är tillämpningen av artikel 86 på ett företag i en sådan ställning som Cewals inte beroende av om Ogefrem-avtalet är ett avtal i den mening som avses i artikel 85.

69. Mot bakgrund av detta skall jag sammanfatta klagandenas argument om avtalets karaktär av "suverän rättsakt", vilka har framförts i mycket utförliga inlagor till förstainstansrätten och denna domstol.

70. För det första fäster klagandena mycket stor vikt vid FN:s uppförandekod från år 1974, som trädde i kraft 1983 och som jag hänvisade till ovan i punkt 5. Rådets förordning (EEG) nr 954/79 [60] av den 15 maj 1979 behandlade medlemsstaternas ratifikation av denna. I artikel 2 i FN:s uppförandekod angavs en fördelning av linje-

57 — De citerade till exempel målet American Banana mot United Fruit Co 213 US 347, 358 (1909) och ett beslut av den federala domstolen i Kalifornien i målet Occidental Petroleum Corp. mot Battes Gas Oil & Co 331 F Supp. 92, 109-13 (C.D. CAL. 1971), fastställt av domstol, 461 F.2d1261 (9th CIR) ej prövningstillstånd, 409 US 950 (1972).

58 — Se bland annat dom av den 3 oktober 1985 i mål 311/84, CBEM (REG 1985, s. 3261, nedan kallat Télémarketing-målet), punkt 17, och dom av den 18 juni 1998 i mål C-266/96, Corsica Ferries France (REG 1998, s. I-3949), punkt 40.

59 — Domen i Télémarketingmålet, ovan fotnot 58, punkt 17.

60 — Rådets förordning (EEG) nr 954/79 av den 15 maj 1979 om medlemsstaternas ratifikation av eller anslutning till Förenta nationernas konvention om en uppförandekod för linjekonferenser(EGT L 121, s. 1; svensk specialutgåva, område 7, volym 2, s. 106).

konferenshandeln mellan två länder som omfattades av en sådan konferens enligt en 40-40-20-regel. Sådan handel skall fördelas med 40 procent vardera mellan de nationella rederierna i de två länder mellan vilka handeln utfördes och 20 procent skall tillfalla en linjekonferensmedlem i tredje land. Det är ostridigt att det redan på ett tidigt stadium förelåg mycket olika uppfattningar om den korrekta tolkningen av FN:s uppförandekod mellan de undertecknande OECD-länderna och ett antal afrikanska stater, däribland Zaïre. De förra vidhöll att både uppförandekodens klara ordalydelse och dess sammanhang visar att den bara är tillämplig på linjekonferenser. De senare hävdade att den omfattar all linjetrafik.

71. Klagandena har utförligt redogjort för de åtgärder som vidtagits av ett antal afrikanska stater, och Zaïre i synnerhet, för att genomdriva deras tolkning i syfte att skydda deras nationella linjerederier. Zaïre omvandlade Ogefrem till ett statligt organ år 1980. Det blev operationellt år 1983 i enlighet med "Ordonnance Presidentielle No 80-256". Dess uppgifter innefattade att kontrollera laster och förhandla om fraktsatser, att skydda det nationella rederiet Compagnie Maritime Zaïroises (nedan kallat CMZ) och att försvara zairianska rederiintressen.

72. Genom ytterligare rättsakt, en "arrêté d'exécution" nr 001-83 av den 17 januari 1983, tillämpades FN:s uppförandekods 40-40-20-regel på fördelningen av all last. Cewal och andra europeiska rederiintressen, medlemsstaterna och kommissionen gjorde omfattande men fruktlösa ansträngningar, bland annat på det politiska planet, för att få regeringen att överge eller ändra denna politik.

73. Ogefrem påförde från år 1984 Cewal ett antal ytterligare finansiella och administrativa avgifter, bland annat skulle varje medlem av Cewal deponera 10 000 US-dollar hos Ogefrem samt betala en treprocentig avgift på fraktsatsen som påstods garantera att CMZ skulle få 40 procent av lasten.

74. Under dessa omständigheter menar Cewal att den "ålades" Ogefrem-avtalet. Den åberopar ordalydelsen av avtalet för att särskilt visa att det "härrör från" bland annat "Ordonnance 80-256" och hävdar att det inte kunde stå emot när en regering, vars politik var avgörande för dess handel, ålade dem ett avtal som genomförde denna politik.

75. Kommissionen vidhåller, samtidigt som den inte bestrider merparten av de återgivna omständigheterna, att Ogefrem-avta-

let inte har karaktären av en ålagd "suverän rättsakt" utan utgör ett avtal som innehåller ömsesidiga skyldigheter och motsvarande förmåner.

— Ogefrem-avtalets verkliga karaktär

76. För det första hävdar den att klagandena gör sig skyldiga till ett grundläggande logiskt fel när det gäller FN:s uppförandekod. Den påpekar att tillämpningen av FN:s uppförandekods 40-40-20-regel på all linjetrafik och den andel av linjetrafiken som konferenserna svarar för är helt skilda frågor, så det finns inte någon logisk koppling mellan att de afrikanska nationella linjerna utnyttjar hela sin marknadsandel och den exklusivitet som konferenserna har beviljats. I korthet innebär den omständigheten att dessa linjer har garanterats 40 procent av all last inte att de resterande 60 procenten skall tillfalla medlemmar av linjekonferenserna.

78. Det skall godtas att det, i likhet med vad som var fallet i flera andra amerikanska stater, var Zaïres regerings politik, att tillämpa 40-40-20-regeln i FN:s uppförandekod — genom lag om så erfordrades — på all last och inte enbart på konferenstrafik. I detta syfte upprättade den Ogefrem, med vidsträckta befogenheter att reglera och övervaka fartygstrafik in och ut ur Zaïre. Jag håller emellertid med kommissionen om att Zaïres inställning till uppförandekodens 40-40-20-regel inte rättfärdigar Cewals försök att utestänga icke-konferenstrafik. Klagandenas argument är i detta avseende högst inkonsekventa. De vidhåller att Zaïres regering gjorde fel när den sökte tillämpa regeln på all trafik. Samtidigt gör de även gällande denna tolkning till sin egen fördel. Deras agerande innefattade faktiskt ett försök från deras sida att utesluta icke-linjekonferenser från den zairiska marknaden.

77. När det gäller lydelsen av Ogefrem-avtalet hänvisar kommissionen till bestämmelsen om ensidig uppsägning från någon av parterna med ett års uppsägningstid, bestämmelsen om hänskjutning av tvister till skiljedomstol och Cewals uppenbara framgång när den efter förhandlingar lyckades sänka provisionen från tre procent till 0,5 procent. Vidare bestrider kommissionen att avtalet kan beskrivas såsom en offentligrättslig koncession. Det skulle förutsätta lagstiftning som möjliggör beviljandet av en exklusiv rättighet genom ett administrativt förfarande.

79. De svårigheter som klagandena har beskrivit vad gäller hanteringen av Ogefrem fastställer endast en viss skillnad i förhandlingsförmåga. Trots de många beskrivna problemen ville Cewal fortsätta att bedriva den linjekonferens avseende

vilken den, som den medger, hade ett de facto monopol. Den hade redan — om än motvilligt — gått med på att avstå 40 procent av trafiken till CMZ, som blev en medlem av Cewalkonferensen.

80. Vidare skall Ogefrem-avtalets text, som utformats på franska, behandlas. Jag håller inte med om att den omständigheten att det inledande övervägandet i avtalet hänvisar till olika zairiska rättsakter och instrument skulle vara tillräckligt för att det skall ha karaktären av en suverän rättsakt från den zairiska staten. Till exempel hänvisas det till en resolution från Central- och Västafrikas ministerkonferens som inbjuder rederierna i konferensens medlemsstater att samordna sitt beteende med de linjekonferenser som trafikerar Central- och Västafrika i syfte att stabilisera fraktsatser och anpassa deras statuter så att de överensstämmer med uppförandekoden för linjekonferenser. Hänvisningen till Ogefrems egna huvudsakliga syften begränsar inte heller avtalets karaktär som sådant. I de inledande övervägandena förklaras Ogefrems ställning och syften. Det framgår inte att innehållet i "samarbetsavtalet" skulle vara en statlig åtgärd i form av en rättsakt som beviljar en monopolrättighet.

81. Ogefrem-avtalet är just detta, det vill säga ett avtal. Exklusivitetsklausulen i artikel 1 är den väsentliga bestämmelsen. Den påstås inte avse utövandet av någon rättslig eller administrativ befogenhet. Jag håller med kommissionen om att det inte anges någon särskild grund för beviljandet av en rättighet genom en offentligrättslig koncession. Bestämmelsen är faktiskt formulerad i enkla termer av en gemensam eller ömsesidig skyldighet. I resten av avtalet åläggs ömsesidiga skyldigheter av allmänt slag avseende upprätthållandet och utbyte av statistik (artikel 6), avdrag av en avtalad procentandel från frakten för betalning till Ogefrem (artikel 7), bokföring (artiklarna 8 och 9) och iakttagandet av avtalade taxor (artikel 10). Enligt artikel 11 sluts avtalet för endast ett år, men förnyas automatiskt om det inte sägs upp ett år i förväg av någon av parterna. Slutligen innehåller artikel 12 bestämmelser om obligatoriskt hänskjutande av tvister till ett kollegium av tre skiljedomare, varav parterna väljer en var och den tredje väljs av de personer som således har valts.

82. Enligt min mening ger varken lydelsen av Ogefrem-avtalet, den rättsliga bakgrunden som återgivits av klagandena eller omständigheterna vid avtalets slutande karaktären av en suverän rättsakt genom vilken någon form av offentligrättslig koncession beviljas, som klagandena har hävdat. Det är således inte nödvändigt att inom ramen för detta överklagande fastställa vilken ställning som doktrinen om suveräna rättsakter skall ha i gemenskapsrätten.

83. Jag anser således att den andra delen av den grund för överklagandet som hänför sig till Ogefrem-avtalet skall förkastas.

(c) Den påstådda motsägelsen i den överklagade domen

84. Klagandenas tredje och fjärde argument brister oundvikligen till följd av den uppfattning jag har redovisat såvitt gäller Ogefrem-avtalets karaktär. Klagandena beskyller förstainstansrätten för motsägelser i domskälen i den mån den samtidigt uttalar att Cewal inte anklagades för att ha uppmanat en regering att vidta åtgärder (punkt 110 i domen) och att kommissionen "med rätta kunde anse att medlemmarna av Cewal bröt mot artikel 86 i fördraget genom att aktivt delta i genomförandet av avtalet med Ogefrem och genom att upprepade gånger begära att detta avtal skulle följas strikt" (punkt 109 i domen). Domen innehåller inte någon motsägelse. Förstainstansrätten behandlade inte, i den senare punkten, Cewals utestängande beteende som en "uppmaning till en regering att vidta åtgärder" i den mening som klagandena har hävdat. Vidare anser jag att min egen bedömning av Ogefrem-avtalets karaktär visar att det faktiskt inte hade karaktären av en statlig rättsakt, vilket således undanröjer varje hypotetisk motsägelse.

(d) Huruvida Ogefrems beteende var tillåtet enligt artikel 86

85. Detsamma måste gälla för klagandenas fjärde argument, nämligen att artikel 86 inte förbjuder ett företag som lagligen har beviljats en rättslig exklusivitet att kräva att den skall respekteras. Klagandena åberopar domstolens fasta rättspraxis med innebörden att "det inte i sig är oförenligt med artikel 86 att ett företag, till vilket en medlemsstat beviljar exklusiva rättigheter i den mening som avses i artikel 90 i fördraget, har monopol".[61] Eftersom det inte är fråga om ett sådant monopol här, uppstår helt enkelt inte den frågan. Vidare skall det här erinras om förstainstansrättens uppfattning (punkterna 104 och 108) att medlemmarna av Cewal, enligt själva ordalydelsen av Ogefrem-avtalet, hade en möjlighet att öppna för konkurrens. De valde att inte utnyttja denna möjlighet.

86. Jag anser således även att det fjärde argumentet skall förkastas och att därmed hela den grund i överklagandet som hänför sig till fastställandet av missbruk avseende Ogefrem-avtalet skall ogillas.

B — *Användningen av "fighting ships"*

(i) *Inledning*

87. Överklagandet av fastställandet av missbruket avseende "fighting ships" be-

61 — Domen i Télémarketing-målet, ovan fotnot 58, punkt 17. Klagandena citerar även dom av den 30 april 1974 i mål 155/73, Sacchi (REG 1974, s. 409; svensk specialutgåva, volym 2, s. 269).

står av en processuell och en materiell aspekt.

88. Det föreligger två alternativa aspekter av det processuella klagomålet. Klagandena anför, för det första, att deras rätt till en rättvis rättegång under det administrativa förfarandet har åsidosatts, eftersom kommissionens konstaterande i beslutet avseende den prissättningspolitik som kallades "fighting ships" skiljde sig från konstaterandet i meddelandet om anmärkningar och att förstainstansrätten således gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning när den inte biföll detta klagomål.

89. Kommissionen invänder att denna grund varken är eller var prövningsbar, eftersom den inte anfördes i den ursprungliga stämningsansökan vid förstainstansrätten utan först i klagandenas replik.

90. Klagandenas svar på denna invändning är — med stöd av det undantag som anges i artikel 48.2 första stycket i förstainstansrättens rättegångsregler — att det var först i kommissionens svaromål vid förstainstansrätten som det stod klart att det *förelåg* en skillnad i sak mellan meddelandet om anmärkningar och beslutet. Det är således fråga om en omständighet som framkommit först under förfarandet.

91. Förstainstansrätten fann emellertid (punkt 140) att svaromålet inte innehöll någon ny omständighet och var helt förenligt med beslutet.

92. I andra hand anför klagandena att förstainstansrätten har åsidosatt deras rätt till en rättvis rättegång, eftersom den, genom sitt fastställande av att det inte förelåg någon skillnad mellan beslutet och kommissionens svaromål, tillförde klagomålet en ny omständighet som de ansåg inte fanns med i meddelandet om anmärkningar. De menar således att de hade fog för att framföra klagomålet för första gången i sin replik.

(ii) *De processuella grunderna för överklagandet*

(a) Bakgrund

93. I punkt 12 i meddelandet om anmärkningar beskrev kommissionen Cewals påstådda förfarande med "fighting ships" — som Cewal började med våren år 1988 — såsom utformat för att kon-

kurrera ut det oberoende företaget (det vill säga G & C) från de relevanta rutterna. De framträdande dragen i det således beskriva beteendet var följande:

— Cewals sekretariat informerade medlemmarna av Cewal om G & C:s nästa planerade avsegling;

— ungefär varannan månad hölls möten i en särskild "Fighting Ships Committee" för att fastställa både vilka av konferensmedlemmarnas avgångar som skulle avgå samtidigt som eller i anslutning till G & C:s fartygs avgångar samt de "fighting rates" som skulle erbjudas för dessa avgångar, med avsteg från de normala konferenstaxorna, eftersom dessa taxor fastställdes i förhållande till dem som erbjöds av G & C;

— de förluster som härrörde från tillämpningen av sådana taxor fördelades mellan medlemmarna av konferensen.

I punkt 23 i meddelandet om anmärkningar hänvisade kommissionen till användningen av ett förfarande med "fighting ships" som innefattade planering så att Cewals avgångar inföll i anslutning till G & C:s avgångar, upprättandet av ett roterande system för att säkerställa "en fördelning av de förluster som hänför sig till åtgärden", [62] och hävdade att "fighting rates" inte hade fastställts enligt ekonomiska kriterier (det vill säga med hänvisning till kostnaderna) utan enbart för att *understiga* de priser som G & C annonserade, och beskrev detta beteende som "*aggressiv prissättning* i syfte att konkurrera ut en konkurrent från marknaden". [63]

94. I punkt 73 i beslutet uttalar kommissionen att Cewal använde förfarandet med "fighting ships" i syfte att konkurrera ut sin främste konkurrent från den relevanta rutten. De åtgärder som vidtogs innefattade:

"... att av de Cewal-fartyg vars avgångsdatum låg närmast avgångarna för G & C:s fartyg betecknades som 'fighting ships' och att särskilda 'fighting rates' fastställdes för de fartyg som således valdes ut. Dessa gemensamt fastställda taxor skiljde sig från de taxor som Cewal normalt sett debiterade och fastställdes inte enligt ekonomiska kriterier (det vill säga på grundval av kostnaderna) utan enbart för att vara *desamma eller lägre* än de priser som G & C annonserade. Det inkomstbortfall som tillämpningen av detta prissättningssystem,

62 — Fotnoten saknar betydelse för den svenska översättningen.
63 — Fotnoten saknar betydelse för den svenska översättningen.

i stället för konferenstaxan, medförde fördelades bland alla medlemmarna av Cewal. Dessa medlemmar godtog klart att förfarandet med 'fighting ships' i princip sannolikt skulle medföra *inkomstbortfall* som de skulle behöva bära" (min kursivering).

I punkt 74 i beslutet hänvisas till en etablerad definition av förfarandet med "fighting ships" där bland annat den särskilda planeringen, som går ut på att "fighting ships" skall avgå samma dagar som konkurrenten har avgångar, framhålls. Kommissionen påpekar emellertid att i det förevarande fallet behövde Cewal vid valet av "fighting ships" inte ändra de fastställda tidtabellerna, eftersom de hade så täta avgångar.

95. Det finns inte någon hänvisning till "aggressiv prissättning",[64] eftersom kommissionen särskiljer förfarandet i fråga från det ensidiga fastställandet av "orimligt låga priser". Det är denna formulering som också reflekteras i det formella konstaterandet i artikel 2 att Cewal "ändrade sina fraktsatser genom att frångå den gällande taxan i syfte att erbjuda samma eller lägre taxor än de som erbjöds av den främste oberoende konkurrenten för fartyg som avseglade samma eller närliggande datum (förfarande som är känt som 'fighting ships')...".

64 — I beslutet nämns dom av den 3 juli 1991 i mål C-62/86, AKZO mot kommissionen (REG 1991, s. I-3359; svensk specialutgåva, volym 11, nedan kallat AKZO-målet).

96. I sin replik vid förstainstansrätten uppgav klagandena ursprungligen att det inte förelåg någon skillnad mellan meddelandet om anmärkningar och beslutet, men att kommissionens svaromål omdefinierade deras påstådda missbruk genom att uppehålla sig vid *valet* snarare än *planeringen* av "fighting ships"avgångar, genom att tala om "inkomstbortfall" i stället för förlust samt genom att inte grunda sig på det väldefinierade begreppet "aggressiv prissättning". De framförde två rättsliga argument avseende dessa förmedlar skillnader. För det första hävdade de att om beslutet vore grundat på vad de ansåg vara den "nya" definitionen av "fighting ships", så skulle dess relevanta delar ogiltigförklaras, eftersom det fastslogs att Cewal gjorde sig skyldig till ett beteende som den inte hade anklagats för i meddelandet om anmärkningar. I andra hand anfördes det att om beslutet i själva verket vore grundat på den "nya" definitionen skulle det ändå ogiltigförklaras, eftersom kravet på motivering enligt artikel 190 i fördraget skulle ha åsidosatts.

97. I sin duplik bestred kommissionen för det första att argumentet om den påstådda skillnaden mellan meddelandet om anmärkningar och beslutet kunde upptas till prövning, eftersom detta argument framfördes (i strid mot artikel 48 i förstainstansrättens rättegångsregler) först i repliken. Vidare är planeringen av särskilda avgångar för att de skall överensstämma med konkurrentens, debiteringen av lägre taxor eller lidandet av förluster väsentliga kännetecken för förfarandet med "fighting ships" eller för ett beteende som utgör

missbruk som strider mot artikel 86 i fördraget. Vad beträffar den bristande överensstämmelsen mellan förfarandet med "fighting ships" och den prissättning som fördömdes i AKZO-målet, hänvisade kommissionen till punkt 80 i sitt beslut där den uttryckligen gjorde en åtskillnad mellan det förevarande fallet och det som avsågs i den domen.

(b) Den överklagade domen

98. Förstainstansrätten analyserade lydelsen av beslutet och kommissionens svaromål (punkterna 138—140) och uttalade att kommissionen "inte alls [gav] en ny definition av förfarandet med 'fighting ships' i förhållande till beslutet, utan att dess definition [var] fullständigt [förenlig] med detta" (punkt 140). Den drog därefter slutsatsen att "[s]ökandenas antagande är ogrundat och *ingen* av de grunder som klagandena har åberopat avseende begreppet 'fighting ships' kan godtas" (punkt 140, min kursivering).

(c) Argumenten i det förevarande överklagandet

99. Den första grunden för överklagandet till denna domstol avser en påstådd skillnad mellan meddelandet om anmärkningar och beslutet. Det är således nödvändigt att först bedöma huruvida denna grund för överklagandet kan prövas.

100. I sitt svar påpekar kommissionen, med stöd av intervenienten, att förstainstansrätten klart förkastade klagandenas uttryckliga påstående att kommissionens definition av det klandrade beteendet i svaromålet vid den domstolen skilde sig från definitionen i beslutet. Kommissionen bestrider vidare att talan kan väckas vid förstainstansrätten, och följaktligen i detta överklagande, om att beslutet och meddelandet om anmärkningar inte överensstämde. Den hävdar att det mot bakgrund av artikel 48.2 i förstainstansrättens rättegångsregler inte var berättigat att framföra en sådan grund i repliken vid förstainstansrätten, eftersom en förment bristande överensstämmelse mellan meddelandet om anmärkningar och beslutet knappast kan anses ha framkommit först under förfarandet vid den domstolen. Kommissionen gör således gällande, i enlighet med artikel 113.2 i domstolens rättegångsregler — enligt vilken överklagandet inte får "avse annan sak än den som varit föremål för talan i förstainstansrätten" — att argumentet inte heller kan prövas av denna domstol.

101. Klagandena hävdar att *det var först vid läsningen av kommissionens svaromål vid förstainstansrätten som det stod klart för dem att kommissionen hade ändrat den ursprungliga anklagelsen om underprissättning som framfördes i meddelandet om anmärkningar.* Det kommer att framgå

varför jag betonar detta argument. Klagandena pekar för det första på deras ursprungliga stämningsansökan vid den domstolen, där de, för att visa att de inte hade gjort förluster, hävdade att kommissionen i beslutet hade frånfallit den anklagelse som framfördes i punkt 23 i meddelandet om anmärkningar att Cewals medlemmar hade lidit förluster. De hänvisar även till det argument som de framförde i andra hand i sin replik vid förstainstansrätten, att om beslutet skulle läsas så som grundat på vad de beskrev som den "nya" definitionen, skulle det ogiltigförklaras i relevanta delar för att det fastslogs att medlemmarna av Cewal hade gjort sig skyldiga till ett beteende som de inte anklagats för i meddelandet om anmärkningar. De vidhåller således att eftersom deras andrahandsyrkande gick ut på att kommissionen hade åsidosatt ett grundläggande formkrav, skulle den ha väckts *ex officio* av förstainstansrätten i det allmännas intresse. [65] De hävdar att den domstolen emellertid inte ens berörde huruvida denna grund kunde prövas.

(d) Bedömning

102. Det förefaller som att jag först borde beakta klagomålet om att förstainstansrätten förkastade klagandenas huvudsakliga processuella argument avseende den påstådda omtolkningen av beslutet, vilken de påstod att kommissionen framförde i sitt svaromål. I korthet, avvek åberopandet av inkomstbortfall i beslutet så mycket från påståendet om förluster i meddelandet om anmärkningar att det i sak skadade klagandenas intressen?

103. Enligt min uppfattning gjorde förstainstansrätten rätt när den, i punkt 141 i den överklagade domen, tolkade beslutet som grundat på inkomstbortfall snarare än nettoförluster. Detta framgår av punkterna 73 och 74 i beslutet där kommissionen hänvisar till "minskning av intäkter", och medlemmarna av Cewals godtagande av sannolikheten av "inkomstbortfall" respektive "finansiella förluster för 'fighting vessels'". Kommissionen hade rätt att i sitt svaromål vid den domstolen förneka att beslutet var grundat på att de ifrågavarande "fighting rates" resulterade i faktiska förluster.

104. Klagandena klagar nu emellertid på påstådd väsentlig skillnad mellan meddelandet om anmärkningar och svaromålet, vilken var deras andrahandsgrund vid förstainstansrätten. Deras förstahandsgrund var att det inte förelåg någon sådan skillnad. Jag håller med om vad kommissionen har anfört i sin duplik vid förstainstansrätten, och upprepat i sin inlaga till denna domstol, att i den utsträckning som klagandena i sin replik till den domstolen hade gjort gällande för att deras rätt till en rättvis rättegång hade åsidosatts genom en

65 — Klagandena nämner bland annat dom av den 20 februari 1997 i mål C-166/95 P, kommissionen mot Daffix (REG 1997, s. I-983).

påstådd skillnad mellan meddelandet om anmärkningar och svaromålet utgjorde det påståendet en icke prövningsbar ny grund som enligt artikel 48.2 i förstainstansrättens rättegångsregler inte får "åberopas under rättegången, såvida [den] inte föranleds av rättsliga eller faktiska omständigheter som framkommit först under förfarandet". Jag håller således med kommissionen om att den inte heller kan prövas vid denna domstol enligt artikel 113.2 i domstolens rättegångsregler. Eftersom förstainstansrätten emellertid inte — oaktat artikel 48.2 tredje stycket i dess rättegångsregler, där det anges att "[b]eslutet om huruvida grunden kan prövas skall anstå till den slutliga domen" — behandlade huruvida denna grund kunde prövas, ankommer det enligt min uppfattning på denna domstol att förklara skälen för att påståendet inte kunde prövas.

105. Jag håller även med kommissionen om att klagandena inte kan hävda att de blev medvetna om den påstådda skillnaden mellan meddelandet om anmärkningar och beslutet först när de läste kommissionens svaromål vid förstainstansrätten.

106. Det åligger emellertid denna domstol att beakta huruvida "rättsliga eller faktiska omständigheter [framkom] först under förfarandet" som kunde berättiga att sökandena åberopade skillnaden i fråga först i sin replik vid den domstolen. Jag anser att någon sådan omständighet inte förelåg. Det framgår med önskvärd tydlighet av punkt 80 att kommissionen grundade beslutet på en rättslig kvalificering av klagandenas beteende som skilde sig från den situation som domstolen behandlade i AKZO-målet. Klagandena hade all rätt att ifrågasätta det beslutet liksom varje åsidosättande av deras rätt till en rättvis rättegång under det administrativa förfarandet vid kommissionen i deras ansökan vid förstainstansrätten.

107. Enligt min uppfattning är klagandenas argument inte övertygande och har logiska brister. De argument som avser åsidosättande av rätten till försvar framfördes för första gången i repliken vid förstainstansrätten och skall därför *prima facie* avvisas. Som svar anför de att de inte innan kommissionens svaromål hade insett karaktären av det missbruk de hade ansetts skyldiga till på grund av skillnader mellan svaromålet och beslutet. Förstainstansrätten fann — och jag instämmer — att det inte förelåg någon sådan skillnad. Klagandena kan således inte fortsätta att åberopa en påstådd skillnad av det slaget för att rättfärdiga en grund som först för sent framförts i repliken och som gick ut på att skillnaden inte förelåg mellan beslutet och svaromålet, som de hade hävdat, utan mellan meddelandet om anmärkningar

och beslutet. Den grunden skall uppenbarligen avvisas.

108. Klagandena hävdar i sin replik vid denna domstol, som svar på kommissionens påstående att deras grund avseende den möjliga skillnaden mellan meddelandet om anmärkningar och beslutet inte är kan upptas till prövning, att en grund som avser en påstådd överträdelse av rätten till en rättvis rättegång till följd av en otillräcklig motivering är "... en grund som hänför sig till den allmänna ordningen och som kan och till och med måste undersökas ex officio av gemenskapsdomstolarna". [66] Domstolen har vidare uttalat att "sådana grunder kan undersökas i varje skede av förfarandet" och "sökanden [var inte] utestängd från att använda sig av den grunden av det enda skälet att han inte hade åberopat den i sin klagoskrift". [67]

109. I det förevarande fallet härrör, å andra sidan, den skada som klagandena påstås ha lidit under det administrativa förfarandet från det faktum att beslutet inte var grundat på vad de betraktar som den enda korrekta rättsliga tolkningen av begreppet "aggressiv prissättning", vilket är ett uttryck som används i meddelandet om anmärkningar. I bästa fall skulle skadan ha kunnat uppstå på grund av det faktum att klagandena betraktade användningen av begreppet "aggressiv prissättning" i meddelandet om anmärkningar som en hänvisning till enbart underprissättning och att de, vid förberedelsen av sitt svar på det dokumentet, koncentrerade sig på att enbart framföra rättsliga argument som grundade sig på deras påstående att deras "fighting rates" inte understeg kostnaderna. Det har emellertid inte påstått att kommissionen anförde några nya omständigheter till men för klagandena, som de inte kunde bemöta. Tvärtom rör alla de påstådda skillnaderna (val i stället för planering av avgångar, samma eller lägre priser i stället för enbart lägre; inkomstbortfall i stället för förluster samt utelämnande av begreppet "aggressiv") en minskad grad av påstått missbruk. På denna grund hävdade klagandena i det administrativa förfarandet att de inte kunde anses vara skyldiga till missbruk. Det faktum att de icke desto mindre ansågs vara skyldiga till detta utgör inte ett åsidosättande av deras rätt till försvar. I själva verket har klagandena inte visat att de har hindrats från att framföra sina huvudsakliga rättsliga argument i detalj vid både förstainstansrätten och denna domstol, nämligen att deras beteende inte skulle ha betecknats såsom missbruk, eftersom det inte inkluderade underprissättning.

110. Under dessa omständigheter är inte detta ett fall där domstolen skulle vara berättigad att *ex officio* ta upp den påstådda skada som användningen av uttrycket "aggressiv prissättning" kunde ha inneburit för klagandena när de förberedde sitt inledande svar på kommissionens meddelande om anmärkningar.

66 — Domen i målet kommissionen mot Daffix (ovan fotnot 65), punkt 24.

67 — Ibidem, punkt 25.

(iii) *Det ifrågasatta beteendets karaktär av missbruk*

(a) Frågorna

111. Enligt den överklagade domen (punkt 139) angav kommissionen "tre grundläggande beståndsdelar som anses utgöra det förfarande med 'fighting ships' som medlemmarna av Cewal har tillämpat i syfte att konkurrera ut konkurrenten G & C, nämligen att som 'fighting ships' betecknades de fartyg som tillhörde medlemmarna av konferensen och som avgick nästan samtidigt med fartyg tillhörande G & C, utan att de fastställda tidtabellerna ändrades, fastställelsen av ett gemensamt aktionspris som avvek från den tariff som normalt tillämpades av medlemmarna av Cewal, så att priset blev samma eller lägre än det pris som G & C hade tillkännagivit samt minskningen av intäkterna till följd av detta, vilken fick bäras av medlemmarna av Cewal".

112. Man kan nog hävda att den fråga av störst allmän betydelse som har väckts i det förevarande överklagandet avser det berättigade i kommissionens synsätt — som har fastställts av förstainstansrätten — att det förfarande med "fighting ships" som medlemmarna av Cewal använde, fastän det inte innebar nettoförluster, ändå utgjorde ett missbruk i strid med artikel 86 i fördraget och inte, såsom klagandena har påstått, ett dominerande företags rimliga reaktion på konkurrens som uppstår vid en ny konkurrents inträde på dess marknad. Kommissionen grundade (se punkterna 72 och 73) inte beslutet på förluster utan på inkomstbortfall som medlemmarna av Cewal lidit till följd av det påstådda beteendet. De materiella aspekterna av klagandenas överklagande kan således behandlas på grundval av att de "fighting rates" som Cewal tillämpade, till skillnad från den underprissättning som diskuterades i AKZO-målet, låg över kostnaderna men medförde "minskningen av intäkterna till följd av detta" som fick bäras av konferensmedlemmarna. [68]

113. De relevanta punkterna i den överklagade domen innefattar punkterna 146—148:

"146. Även om förekomsten av en dominerande ställning inte innebär att ett företag i denna ställning fråntas rätten att skydda sina egna ekonomiska intressen när dessa hotas och även om detta företag inom rimliga gränser har möjlighet att vidta de åtgärder det finner lämpliga i syfte att skydda sina intressen, gäller, såsom redan har påpekats, enligt fast rättspraxis att ett sådant agerande inte godtas när det har till syfte att förstärka och missbruka den dominerande ställningen (bland annat ovannämnda dom i målet BPB Industries och British Gypsum mot kommissionen, punkt 69). [69]

68 — Se punkt 139 i den överklagade domen.

69 — Förstainstansrätten hänvisade till sin egen dom i British Gypsum-målet (ovan fotnot 47).

147. Med hänsyn till bland annat protokollen från Special Fighting Committee, vilka nämns i fotnoten på sidan 2 under punkt 32 i beslutet, och i synnerhet protokollet av den 18 maj 1989, i vilket det är fråga om att 'göra sig av med' det oberoende rederiet, anser förstainstansrätten att kommissionen i tillräcklig grad har bevisat att detta förfarande syftade till att konkurrera ut den enda konkurrenten till Cewal från den relevanta marknaden. Vidare anser förstainstansrätten att även om endast själva beteckningen på det förfarande som medlemmarna av Cewal har använt sig av inte räcker för att utgöra en överträdelse av artikel 86, så har kommissionen med rätta kunnat anse att när företagare inom den internationella sjötransportsektorn använder en beteckning som är välkänd inom denna verksamhetssektor och inom ramen för en konferens upprättar en Special Fighting Committee, avslöjar detta avsikten att genomföra ett förfarande som ändrar konkurrensen.

148. Eftersom förfarandet hade till syfte att konkurrera ut den enda konkurrenten anser förstainstansrätten att klagandena inte med framgång kan göra gällande att de har begränsat sig till att reagera mot att G och C bröt mot det monopol som lagligen hade beviljats Cewal, att kompensera den diskriminering som de skulle ha utsatts för av Ogefrem, att delta i ett priskrig som inletts av konkurrenten eller att leva upp till sina kunders förväntningar. Dessa omständigheter, under förutsättning att de kan anses fastställda, medför emellertid inte att den motreaktion som medlemmarna av Cewal givit prov på blir skälig eller proportionerlig."

114. Klagandena hävdar i huvudsak att förstainstansrätten gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning när den underlät att erkänna att ett dominerande företag, som reaktion på priskonkurrens som inleds av en ny aktör på dess marknad, kan utarbeta en plan för att konkurrera ut den aktören genom selektiv prisnedsättning, så länge som de priser som det erbjuder inte är missbruk enligt domstolens definition i AKZO-målet. Enligt klagandens uppfattning fastställde förstainstansrätten felaktigt beslutet enbart på grundval av att kompromitterande dokument som kommissionen funnit visade att medlemmarna av Cewal önskade konkurrera ut sin konkurrent, vilket i sig inte är konkurrensbegränsande.

115. Kommissionen anser att förfarandet med "fighting ships" som den fann att klagandena tillämpade skiljer sig från "klassisk" aggressiv prissättning — vilket är ett begrepp som domstolen faktiskt inte använder — som kommissionen anser innefatta att förluster åsamkas, såsom i AKZO-målet. Kommissionen menar i praktiken att ett dominerande företag, som frångår sin offentliggjorda prislista genom att selektivt sänka dem som ett led i en strategi som går ut på att konkurrera ut en konkurrent från marknaden, inte utövar normal konkurrens. Det faktum att de "fighting rates" som Cewal erbjöd enbart var en reaktion på priskonkurrens från en ny konkurrent gör dem inte berättigade, i synnerhet när ett dominerande företag, såsom Cewal, i stort sett har monopol på marknaden. Enligt kommissionens uppfattning skulle normal priskonkurrens för medlemmarna av Cewal ha bestått i att de systematiskt sänkte sina offentliggjorda konferenstariffer.

(b) Bedömning

— Missbrukets multilaterala karaktär

116. I punkt 80 i beslutet uttalade kommissionen att "den multilaterala och uppsåtliga karaktären visar den missbrukande karaktären av beteenden som består i att fastställa ett samordnat exceptionellt pris i syfte att konkurrera ut en konkurrent". I det förevarande fallet är emellertid relevansen av det samordnade beteendet begränsad till dess betydelse för fastställandet av den gemensamma dominerande ställningen, som möjliggör för Cewal att agera ensidigt. Den "multilaterala" karaktären av prisbeteendet i fråga har inte någon betydelse för fastställandet av missbruk. Därav följer enligt min mening att förstainstansrätten gjorde rätt i att bortse från kommissionens hänvisning i punkt 80 i beslutet.

117. Det förevarande överklagandet uppvisar vissa nya drag ur konkurrensrättsligt hänseende. Det är första gången domstolen har ombetts att bedöma förfarandet med "fighting ships", men även närmare bestämt de omständigheter under vilka en prisstrategi som inte medför priser som understiger kostnaderna likväl kan konstateras utgöra missbruk av en dominerande ställning. Det är naturligt att närma sig detta senare problem försiktigt. Priskonkurrens är det väsentliga i den fria och öppna konkurrensen som gemenskapens politik syftar till att skapa på den inre marknaden. Den gynnar effektiva företag och är till fördel för konsumenterna både på kort och längre sikt. Dominerande företag har inte bara rätt att konkurrera med priser utan skall även uppmuntras till detta. Vanligtvis tenderar deras marknadskraft att göra det möjligt för dem att upprätthålla priser som ligger över konkurrensnivåerna. Det är därför nödvändigt att beakta, för det första, de omständigheter som har givit upphov till fastställandet av missbruk och, för det andra, tillämpningen av de relevanta rättsprinciperna.

118. Det är nödvändigt att noggrant granska strukturen och de rättsliga och ekonomiska särdragen på marknaden i fråga, givetvis med beaktande av att fastställandet av en dominerande ställning i sig inte är i fråga. Såsom kommissionens ombud uttalade vid förhandlingen rör detta mål en linjekonferens där prisöverenskommelser mellan enskilda rederier mycket exceptionellt har beviljats ett gruppundantag (som anges i en rådsförordning) från det förbud som uppställs i artikel 85.1. Linjekonferenser medför per definition en grad av samordning mellan flera rederier. Kommissionen kunde således hänvisa till möten i kommittéer som inrättats av konferensen för att påvisa syftet med ett särskilt beteendemönster, eller till ett system med gemensamma intäkter för att illustrera att korssubventionering av taxor förekom. Å andra sidan hänvisar klagandena till den allmänt

accepterade stabiliserande effekten, ur redares synvinkel, som linjekonferenser har inom internationell sjötransport och behovet av att beakta de nackdelar de drabbas av vid konkurrens med rederier som inte ingår i en konferens, såsom kravet på att tillhandahålla reguljär trafik. Jag övergår därefter till att betrakta de omständigheter av förfarandet med "fighting ships" som kommissionen konstaterar och förstainstansrätten sammanfattat. Det är inte omständigheterna, utan bara den rättsliga slutsatsen som är tvistiga.

— Avsikten med att utestänga konkurrens

119. Det väsentliga i det konstaterande missbruket, bland medlemmarna av Cewal består i en strategi för selektiv och riktad tillämpning av lägre taxor som svar på det nya konkurrenshot som G & C utgör och som bedrivs *i det uttalade syftet att konkurrera ut den konkurrenten.* Fastän klagandena kritiserar både beslutet och den överklagade domen för att fastställandet av ett utestängande syfte grundas på den beskrivning av sitt beteende som medlemmarna av Cewal har gjort vid olika möten i Special Fighting Committee — som övervakade genomförandet av förfarandet med "fighting ships" — har de inte bestridit den utestängande avsikt som de tillskrivits. Det skulle faktiskt vara oförenligt med deras påstådda rätt att åberopa Ogefrem-avtalet för ett sådant utestängande syfte att göra det. Däremot hävdar de att i avsaknad av aggressiv prissättning, såsom den definierats i AKZO-målet, skulle en sådan avsikt inte anses vara tillräcklig för att utgöra missbruk av en dominerande ställning utan skulle snarare anses som ett normalt konkurrensmässigt gensvar på ett priskrig som inletts av en ny konkurrent.

120. Klagandena kritiserar punkt 147 i den överklagade domen för att förstainstansrätten där drog slutsatsen att protokollet från Special Fighting Committee av den 8 maj 1989 — till vilket beslutet hänvisar och i vilket det anges att man skall att "göra sig av med" G & C — tillsammans med enbart användningen av uttrycket "fighting ship", ett begrepp som är välkänt i den internationella sjötransportsektorn, skulle vara tillräckligt för att rättfärdiga kommissionens fastställande att medlemmarna av Cewal hade för avsikt att konkurrera ut G & C. Ett konstaterande av missbruk kan bara fastställas genom vederbörlig bevisning av omständigheterna.[70] Varken den överklagade domen eller beslutet var emellertid grundade enbart på den benämning som beteendet gavs. Såsom förstainstansrätten uttalade har klagandena inte bestridit de tre kriterier som kommissionen åberopat i beslutet för att påvisa tillämpning av förfarandet med "fighting ships", nämligen valet av "fighting ships", fastställandet av "fighting rates" som är lägre än Cewals normala taxa samt fördelningen av det följande inkomstbortfallet. Klagandenas bestridande av konstaterandet i

70 — De hänvisar till dom av den 5 december 1963 i målen 23/63, 24/63 och 52/63, Usines Emile Henricot m.fl. mot Höga myndigheten (Rec. 1963, s. 217), och domen i Suiker Unie (ovan fotnot 28), punkterna 203, 482 och 541.

punkt 147 i den överklagade domen avseende deras "avsikt att genomföra ett förfarande som är utformat för att påverka funktionen av konkurrensen" är således ogrundat.

— Avsteg från konferenstaxan

121. Selektiviteten i prissänkningarna är en viktig omständighet vid fastställandet av missbruk. Tillsammans med Cewals utestängande avsikt innebar det att *enbart* de avgångar som skulle bemöta konkurrensen från G & C valdes ut för prissänkningar. Kommissionen uttalade visserligen i punkt 81 i beslutet, med hänvisning till den missbrukande karaktären av dominerande företags "användning" av "andra metoder än de som styr normal objektiv konkurrens" att "detta [var] fallet med 'fighting ships', i synnerhet därför att Cewals medlemmar är tvungna att respektera konferenstaxan, eftersom Cewal är en linjekonferens". I strid med sina skyldigheter enligt artikel 5.4 i 1986 års förordning underlät Cewal att säkerställa att Cewals konferenstaxa offentliggjordes. När kommissionen påpekade detta upprepade den emellertid bara en väsentlig aspekt av det förfarande som den ansåg vara missbruk, nämligen selektiv till skillnad från allmän prisnedsättning. Om en allmän snarare än en selektiv prisnedsättningspolitik hade beslutats, under förutsättning att den nedsatta taxan fortfarande inte understeg kostnaderna, skulle det ha varit mycket svårare att fastställa missbruk. Det dominerande företagets plan eller avsikt skulle då ha förknippats med nedsatta priser som inte understeg kostnaderna och det skulle inte ha funnits något behov av någon särskild plan för fördelning av inkomstförluster. Utan någon ytterligare omständighet, såsom stora hinder för marknadstillträde, skulle det inte vara uppenbart varför en sådan reaktion på inträdet av en ny konkurrent skulle behandlas annorlunda än objektiv konkurrens.

— Fördelning av inkomstbortfall

122. Kommissionens konstaterande av att "minskningen av intäkterna till följd av" "fighting rates" fick "bäras av medlemmarna av Cewal" (punkt 73 i beslutet) har aldrig bestridits av klagandena, som enbart hävdade att sådan riskfördelning omfattades av undantaget. Det kan givetvis inte finnas något undantag för fördelning av kostnader för missbruk. Enligt kommissionens uppfattning härrörde den missbrukande karaktären av medlemmarna av Cewals beteende inte bara från avsikten att konkurrera ut det hot mot konkurrensen som G & C utgjorde utan även, i synnerhet, från det faktum att Cewals medlemmar kunde subventionera "kostnaderna för 'fighting rates' genom konferensens normala taxor som debiterades för dess andra avgångar" och att sådant konkurrensbegränsande beteende — även om G & C vore lika effektivt som Cewal — skulle kunna medföra att "ett företag som kanske är lika effektivt som den dominerande konferensen, men som på grund av

att det har mindre finansiell kapacitet inte har förmåga att stå emot den konkurrens som utövas på ett samordnat och missbrukande sätt av en stark grupp av rederier som agerar tillsammans i en linjekonferens", konkurreras ut från marknaden. [71]

— Rättspraxis angående "aggressiv" prissättning

123. Oaktat kommissionens försök att helt särskilja det förevarande fallet från klassiska fall av aggressiv underprissättning, såsom AKZO-målet, är det nödvändigt att bedöma huruvida förstainstansrätten gjorde rätt när den fastställde kommissionens konstaterande att förfarandet med "fighting ships" var missbruk trots att det inte förekom försäljning till underpris. Det sedvanliga begreppet "aggressiv" prissättning har naturligtvis inte någon särskild rättslig betydelse. Det enda kriterium som är befogat enligt artikel 86 är att undersöka huruvida det föreligger ett missbruk.

124. Utgångspunkten för diskussionen om missbruk av dominerande ställning är domstolens dom i målet Hoffmann-La Roche: [72]

"Missbruksbegreppet är ett objektivt begrepp. Det omfattar sådana beteenden av ett företag med dominerande ställning som... medför att hinder läggs i vägen för att den på marknaden ännu existerande konkurrensen upprätthålls eller utvecklas".

125. Kommissionen anförde i AKZO-målet [73] att artikel 86 inte gör "kostnaderna till det avgörande kriteriet för att fastställa huruvida prissänkningar som vidtas av ett dominerande företag är missbruk", eftersom man även skall beakta "nödvändigheten av att förhindra angrepp på en effektiv konkurrensstruktur inom den gemensamma marknaden". [74] Prisnedskärningar skulle kunna vara konkurrensbegränsande "oavsett om den angripande parten sätter sina priser över eller under omkostnaderna, hur man än tolkar dessa kostnader". [75] Enligt kommissionens uppfattning skulle "[e]n noggrann analys av det dominerande företagets kostnader" bara vara av "stor betydelse" när den utestängande avsikten i dess prissättning inte var uppenbar. [76]

126. Det är, som klagandena understryker, talande att domstolen i AKZO-målet inte bekräftade kommissionens inställning. Det kan emellertid konstateras att den inte heller ogillade den uttryckligen. Med hänvisning till Hoffmann-La Roche-målet utta-

71 — Se punkt 82 i beslutet.

72 — Citerat ovan, punkt 91.

73 — Kommissionens beslut 85/609/EEG av den 14 december 1985 avseende ett förfarande enligt artikel 86 i EEG-fördraget (IV/30.698 — ECS/AKZO); EGT L 374, 1985, s. 1.

74 — Se punkt 77 i beslut 85/609/EEG och punkt 64 i domen i AKZO-målet.

75 — Se punkt 79 i beslut 85/609/EEG och punkt 64 i domen i AKZO-målet.

76 — Se punkt 80 i beslut 85/609/EEG och punkt 65 i domen i AKZO-målet.

lade domstolen att artikel 86 förbjuder ett dominerande företag att konkurrera ut en konkurrent och därigenom stärka sin ställning genom att använda andra metoder än de som inryms inom ramen för konkurrens på grundval av kvalitet och följaktligen att "inte all konkurrens med priser [kan] anses vara tillåten".[77] I de två följande punkterna (punkterna 71 och 72) formulerade domstolen följande principer med avseende på ett dominerande företags *underpris*sättning:

"71. Priser som är lägre än de genomsnittliga rörliga kostnaderna (dvs. de kostnader som varierar i förhållande till den producerande mängden), och som ett dominerande företag tillämpar för att försöka slå ut en konkurrent, skall betraktas som missbruk. Ett dominerande företag har egentligen inget intresse av att tillämpa sådana priser, om det inte är för att slå ut sina konkurrenter för att sedan kunna höja sina priser med hjälp av sin monopolsituation, eftersom varje försäljning medför en förlust, nämligen samtliga fasta kostnader (dvs. de kostnader som är konstanta oavsett vilka kvantiteter som produceras) och åtminstone en del av de rörliga kostnaderna per producerad enhet.

72. Priser som är lägre än de genomsnittliga totala kostnaderna, som omfattar fasta och rörliga kostnader, men som är högre än de genomsnittliga rörliga kostnaderna, skall betraktas som missbruk när de fastställs inom ramen för en plan som syftar till att slå ut en konkurrent. Dessa priser kan nämligen utestänga företag från marknaden, vilka kanske är lika effektiva som det dominerande företaget, men vilka på grund av sin mindre ekonomiska styrka inte kan motstå den konkurrens de utsätts för."

127. Således presumeras försäljning under genomsnittlig rörlig (eller kortsiktig marginal; AKZO-målet, punkt 70) kostnad faktiskt vara missbruk. Samtidigt som det normalt sett är rationellt att sälja över genomsnittlig rörlig kostnad, eftersom det medger viss avkastning på kapital, är det, när marknaden inte klarar ett högre pris, vanligtvis inte rationellt att sälja under genomsnittlig rörlig kostnad. Marginalkostnader behöver inte bäras och företag har inte något intresse av att bära dem så att förlust uppstår. Ett dominerande företag skulle emellertid ha rätt att motbevisa denna presumtion genom att visa att sådan prissättning inte utgjorde ett led i att konkurrera ut dess konkurrent.

128. Vidare "skall" även priser över genomsnittlig rörlig kostnad (fastän fortfarande under total eller långsiktig genomsnittlig marginalkostnad; AKZO-målet, punkt 17) fastän de inte presumeras vara aggressiva, anses vara missbruk när det fastställs att de är ett led i att konkurrera ut en konkurrent. Vid bedömning av de fak-

77 — Punkt 70 i domen i AKZO-målet.

tiska omständigheterna ansåg domstolen senare i sin dom att nedsättningen av priser med mer än nödvändigt för att erhålla beställningar och deras selektiva tillämpning enbart på konkurrentens kunder, som således möjliggjorde kvittning av förluster mot vinstgivande försäljning, uppfyllde kravet på sådan avsikt. [78] Fastän ett dominerande företag får bemöta konkurrens genom att "göra defensiva prisjusteringar, inte ens i förhållande till priser, för att behålla kunder som varit deras från början", [79] skulle det inte vara tillåtet att, genom en selektivt erbjuden prisnedsättning, försöka behålla de kunder som företaget har tagit från sina konkurrenter genom underprissättning, om det inte ger sina egna "kunder samma fördel". [80]

129. I Tetra Pak-målet II fastställde domstolen förstainstansrättens dom, i vilken den inställning som fastställdes i AKZO-målet tillämpades på omständigheter där missbruk konstaterades ha inträffat på en annan marknad än den på vilken Tetra Pak var dominerande, men på vilken det innehade en ledande ställning. [81] Klagandena i det målet bestred — huvudsakligen med hänvisning till rättspraxis från USA:s Supreme Court [82] — förstainstansrättens underlåtenhet att kräva att kommissionen skulle visa en rimlig förväntan "... att återhämta de förluster som det sålunda accepterade". [83] Domstolen fastställde konstaterandet att sökanden hade utövat aggressiv underprissättning men uttalade att "*under omständigheterna i förevarande fall* skulle det inte vara lämpligt att som ytterligare bevisning kräva att det dessutom visades att Tetra Pak hade en verklig möjlighet att återhämta sina förluster". [84] Jag återkommer (nedan punkt 136) till betydelsen av det uttrycket under omständigheterna i det förevarande överklagandet.

130. Kategorierna av missbrukande utestängande prissättning definierades inte på ett uttömmande sätt i AKZO-målet. I AKZO-målet uteslöt domstolen inte definitivt tillämpningen av artikel 86 på fall där ett dominerande företag tillämpar selektivt riktade prisnedsättningar samtidigt som det bibehåller sina priser över sina totala kostnader. Jag delar den uppfattning som generaladvokaten Ruiz-Jarabo Colomer uttryckte i sitt förslag till avgörande i Tetra Pak-målet II, att i målet AKZO "ansåg domstolen att en konkurrens som grundas på priser inte alltid är rättsenlig och angav vidare *två kategorier* av priser som syftar till att slå ut konkurrenter, kategorier vilka är oförenliga med artikel 86". [85] Före sin dom i AKZO-målet hade den faktiskt till

78 — Domen i AKZO-målet, punkterna 102 och 115.

79 — Domen i AKZO-målet, punkt 156.

80 — Domen i AKZO-målet, punkt 155.

81 — Ovan fotnot 56.

82 — Brooke Group mot Brown & Williamson Tobacco 509 U.S. 209 (1993).

83 — Domen i Tetra Pak-målet II, ovan fotnot 56, punkt 39.

84 — Domen i Tetra Pak-målet II, ovan fotnot 56, punkt 44 (min kursivering). Domstolen förefaller inte ha sträckt sig lika långt som generaladvokaten Ruiz-Jarabo Colomer, som hade föreslagit (punkt 78 i hans förslag till avgörande) att domstolen "inte... skulle fastslå att utsikterna att återhämta förlusterna utgör ett nytt krav vid bestämmandet av förekomsten av underpriser som är oförenliga med artikel 86", bland annat därför att han menade att "[å]terhämtning av förlusterna är det mål som eftersträvas av det dominerande företaget, men prissättning som syftar till att slå ut konkurrenter från marknaden utgör i sig ett konkurrensbegränsande förfarande oberoende av om målet uppnås eller ej".

85 — Punkt 73 i förslaget till avgörande (min kursivering).

exempel uttalat i Ahmed Saeed-målet att ett dominerande flygbolag som avseende en särskild sträcka påförde andra flygbolag som är verksamma på den sträckan "... överdrivet höga eller *överdrivet låga,* i syfte att från marknaden slå ut [konkurrenter] som står utanför avtalet [om prissättning]" skulle utgöra missbruk av dess dominerande ställning.[86] Bland de kriterier som nämndes för att bedöma huruvida den taxa som tillämpades var överdriven fanns huruvida den stod i "... rimlig proportion till lufttrafikföretagets totala omkostnader på längre sikt under det att hänsyn samtidigt tas till konsumenternas behov, behovet av en tillfredsställande kapitalavkastning, konkurrenssituationen på marknaden, inklusive lufttrafikföretags flygpriser på samma linje, samt behovet av att förhindra prisdumpning".[87] Det är kommissionens uttryckliga åsikt i detta fall (se särskilt punkt 73 i beslutet) att Cewals "fighting rates" inte fastställdes med hänvisning till dess kostnader utan uteslutande med hänvisning till de taxor som G & C erbjöd. Det skall således granskas huruvida omständigheterna i det förevarande fallet — i vilket det inte konstateras någon underprissättning och där vidare de selektivt nedsatta taxorna (utom i ett fall) hade angivits så att de skulle vara desamma som, men inte lägre än konkurrentens — verkligen kan leda till ett konstaterande av missbruk.

— Den missbrukande karaktären av förfarandet med "fighting ships"

131. Det står klart att det missbruk som klagandena har funnits skyldiga till inte förekommer i den icke-uttömmande uppräkning som finns i artikel 86 a till d.[88] I Continental Can-målet bekräftade domstolen (vid uppköpet av en konkurrent) att de beteenden som är förbjudna enligt artikel 86 inte bara var "de förfaranden som direkt leder till skada för konsumenterna utan också missbruk som är skadligt för dem, då det påverkar [strukturen] för effektiv konkurrens" utan även de som förorsakar att företagets dominerande ställning stärks "så att graden av dominans väsentligen hämmar konkurrensen, dvs. så att det på marknaden endast kvarstår företag som i sitt agerande är beroende av det dominerande företaget".[89] I AKZO-målet anmärkte domstolen (punkt 70) att "inte all konkurrens med priser [kan] anses vara tillåten", med beaktande av dominerande företags särskilda skyldigheter. Det skulle emellertid enligt min uppfattning väsentligt kunna hindra uppnåendet av syftet i artikel 3 g i fördraget att säkerställa inrättandet av en inre marknad på vilken konkurrensen inte snedvrids, om domstolen skulle betrakta ett gränsvärde såsom total genomsnittlig kostnad (eller långsiktig marginalkostnad) som en absolut måttstock gentemot vilken alla tänkbara missbrukande eller utestängande prissättningar skulle

86 — Ovan fotnot 20, punkt 43 (min kursivering).

87 — Ibidem, punkt 43. Domstolen kunde emellertid i målet Ahmed Saeed stödja sig på rådets direktiv 87/601/EEG av den 14 december 1987 om taxor för reguljära flygtjänster mellan medlemsstater (EGT L 374, s. 12). Det finns inte någon jämförbar lagstiftning om konferenstaxor för internationell sjötransport.

88 — Continental Can-målet (ovan fotnot 16), punkt 26.

89 — Ibidem.

bedömas. I Tetra Pak-målet II godkände domstolen förstainstansrättens uppfattning "... att det materiella tillämpningsområdet för det särskilda ansvar som åvilar ett företag som har en dominerande ställning på marknaden skall bedömas mot bakgrund av de särskilda förhållanden i varje enskilt fall som visar på en försvagad konkurrens". [90]

132. Jag godtar å andra sidan att ickediskriminerande prisnedsättningar av ett dominerande företag som inte innebär försäljning till underpris normalt sett inte skall anses vara konkurrensbegränsande. [91] För det första kommer de konsumenterna till godo, även om de är kortlivade, och för det andra, borde de, om konkurrenterna till det dominerande företaget är lika eller mer effektiva, kunna konkurrera på samma villkor. Gemenskapens konkurrenslagstiftning skall således inte erbjuda mindre effektiva företag en fristad i förhållande till hård konkurrens, inte ens från dominerande företag. [92] Andra överväganden kan emellertid göra sig gällande när ett företag som innehar en dominerande ställning som närmar sig ett monopol — i synnerhet på en marknad där prissänkningar kan genomföras relativt oberoende av kostnaderna — genomför en selektiv prissänkningspolitik med det påvisbara syftet att undanröja all konkurrens. Att acceptera att all försäljning till pris som överstiger kostnaderna automatiskt vore godtagbar kunde i så fall möjliggöra för företaget i fråga att tränga ut all konkurrens genom att tillämpa en selektiv prissättningspolitik som i förlängningen skulle möjliggöra för det att höja priserna och avskräcka framtida konkurrenter på grund av rädsla för att erhålla samma riktade behandling. [93]

90 — Ovan fotnot 56, punkt 24.

91 — Det förekommer en betydande debatt i doktrinen avseende underprissättningsrekvisitet i aggressiv prissättning, varav mycket sammanfattas i Mastromanolis, "Predatory Pricing Strategies in the European Union: A Case for Legal Reform" [1988] *E.C.L.R.* 211; se i synnerhet s. 216 — 218. Till exempel, Areeda & Turner, "Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act" (1975) 88 *Harv. L. Rev.* 697, en artikel som startade en omfattande debatt och påverkade utvecklingen av rättpraxis i Förenta staterna och i vilken den uppfattningen uttrycktes att "[U]testängning genom att debitera priser som motsvarar den genomsnittliga kostnaden är också saklig konkurrens — endast de konkurrenter som inte överlever vid det effektiva priset stängs ute", s. 706. Denna uppfattning har nyligen upprepats i Areeda & Hovenkamp, *Antitrust Law*, Vol III, § 748, "Utgångspunkten är att [å]ven stora prisnedsättningar som inte befinner sig på aggressiv prissättningsnivå inte är rättsstridiga"; s. 462. Denna uppfattning har ifrågasatts; se i synnerhet Scherer, "Predatory Pricing and the Sherman Act: A Comment" (1976) 89 *Harv. L. Rev.* 868, som anförde att "prissättning över kostnaderna som är för låg för att tillåta små rivaler att växa på marknaden och således uppnå storskalighetsekonomi" skall betraktas "såsom potentiellt utestängande"; s. 880—881. I Storbritannien har Monopolies and Mergers Commission uppfattningen att när ett dominerande företag "... kan förhindra att nya aktörer inträder på marknaden och vidhängande priskonkurrens till en relativt låg kostnad för dem själva genom selektiv prisnedsättning", visar detta "i vilken utsträckning selektiv prisnedsättning kan användas av etablerade företag som ett sätt för dem att bevara sin dominerande ställning på marknaden", och enligt dess uppfattning kan sådant beteende fungera som "ett hinder för marknadstillträde", i strid med allmänintresset; se *Report of the Monopolies and Mergers Commission on the Supply of Concrete and Roofing Tiles* (1981—1982) H.C., punkt 10.57.

92 — Korah, *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice* (London, 1994) femte upplagan, s. 106, varnar för användningen av konkurrensregler "... för att skydda små och medelstora företag på effektiva eller större företags bekostnad".

93 — Se i detta avseende resonemanget om farorna med selektiv prisnedsättning i Andrews, "Is Meeting Competition a Defence to Predatory Pricing? — The Irish Sugar Decision Suggests a New Approach" (1998) *E.C.L.R.* 49.

133. Vissa marknader, såsom sjötransporter, har egenartade särdrag där kostnaderna kan vara en opålitlig vägledning till huruvida dominerande företags konkurrensstrategier är rimliga. För det första kan, när ett fartyg har utsetts att avsegla en viss dag, under förutsättning att det finns kapacitet, kostnaden för att transportera ytterligare en container som skeppas på grund av ett erbjudande om lägre fraktsats vara nära noll. [94] Mera allmänt sett fastställs fraktsatser inte på grundval av rederiets marginalkostnad för att tillhandahålla tjänsten utan på grundval av elasticiteten av priset i förhållande till efterfrågan på den fraktade produkten. [95]

134. Den grundläggande fråga som ställs i det förevarande målet är huruvida de möjliga negativa effekterna av medlemmarnas av Cewal beteende, som vidtogs som reaktion på det hot mot konkurrensen som G & C utgjorde, på konkurrensstrukturen på marknaden i fråga vid den relevanta tidpunkten var sådana att de med beaktande av den marknadskraft som de kollektivt innehade var tillräckliga för att utgöra ett missbruk.

135. Det kan erinras om vissa särdrag hos förfarandet med "fighting ships" och dess bakgrund i det förevarande målet. Cewal innehade inte enbart en dominerande ställning utan även, som det själv uppger, ett *de facto* monopol. Förfarandet härrörde från Cewals oberättigade krav på att bibehålla ett monopol på den relevanta marknaden som det hade sökt verkställa genom Ogefrem-avtalet och det var obestridligen utformat för att inte bara konkurrera framgångsrikt utan även för att konkurrera ut konkurrenten. Samtidigt innehade Cewal en sådan ställning att den kunde utarbeta ett system för selektivt urval av avseglingar till nedsatta fraktsatser. Den därav följande inkomstminskningen fördelades mellan konferensmedlemmarna. Både på grund av att selektiviteten i prisnedsättningarna och deras mycket stora marknadsandel kunde medlemmarna sprida och absorbera inkomstbortfallet. Som kommissionen föreslår (punkt 82 i beslutet) kan vidare den omständigheten att Cewal

94 — Temple Lang, "European Community Antitrust Law: Innovation Markets and High Tehnology Industries" i (1996) *Fordham Corporate Law Institute* 519, har påpekat att "om inte något tillförs AKZO-kriterierna har dominerande företag som säljer produkter eller tjänster vars rörliga kostnad ligger nära noll — vilket är relativt vanligt i högteknologiindustrier — stort utrymme att slå ut konkurrenter genom vad som i allmänhet skulle betraktas som underprissättning"; se fotnot 117, s. 575. Han föreslår följande kriterium: "I industrier där marginalkostnaden för tilläggsproduktionen är nära noll föreslås det att det kriterium som skall tillämpas är huruvida ett företag debiterar ett pris för varor eller tjänster som, fastän det överstiger den genomsnittliga rörliga kostnaden för att tillhandahålla den särskilda varan eller tjänsten för vilken priset i fråga erläggs, är så lågt att dess totala intäkter för alla varor och tjänster i fråga skulle understiga dess genomsnittliga rörliga kostnad för att tillhandahålla dem om det fortlöpande sålde samma andel till samma pris, även där någon avsikt att utestänga en konkurrent inte visas".

95 — Se till exempel, Rakovsky, "Sea Transport under EEC Competition Law" (1992) *Fordham Corp. Law Institute* 845, 847, och Pirrong, "An Application of Core Theory to the Analysis of Ocean Shipping Markets" (1992) 35 *J. Law & Econ.* 89, 107.

kunde fastställa "fighting rates" till samma nivå eller en högre nivå än kostnaderna tyda på att de normala taxorna betydligt översteg kostnaderna eller, enligt min mening, att marginalkostnaden i vart fall var mycket låg.

136. Fördelningen av inkomstminskningarna föranleder mig att kort behandla det eventuella behovet av att fastställa ett uppsåt eller en möjlighet till återhämtning. Uppgörelsen att fördela inkomstminskningarna är i huvudsak en form av återhämtning. Det strategiska syftet med "fighting rates" innebär underförstått att taxorna inte sänks för några avgångar, nu eller i framtiden, där detta inte är nödvändigt för att möta konkurrensen. Vidare skulle de, när konkurrenten väl var utkonkurrerad, inte längre vara berättigade. I den mån det krävs anser jag att det förevarande fallet uppfyller återhämtningskriterier. Samtidigt menar jag att ett sådant krav borde ingå i kriterier för om ett dominerande företags låga prissättning är missbruk. Det är underförstått i det första stycket av citatet från AKZO-målet (se ovan punkt 126). Det ingår i kriterier i Hoffmann-La Roche-målet (se ovan punkt 124). Skälet för att ett dominerande företag inte skulle få hindra upprätthållandet av konkurrens genom att i synnerhet konkurrera ut en konkurrent, är att de annars skulle kunna debitera oskäligt *höga* priser. Således skulle ett ineffektivt monopol återinföras och konsumenterna skulle endast gynnas kortsiktigt. Om det resultatet inte ingår i det dominerande företagets strategi utövar det sannolikt normal konkurrens.

137. Med beaktande av alla dessa omständigheter gjorde förstainstansrätten inte sig skyldig till felaktig rättstillämpning när den fastställde att medlemmarna av Cewals motreaktion på inträdet av G & C inte var "skälig eller proportionerlig". [96] Enligt min mening kan artikel 86 inte tolkas så att den tillåter monopolhavare och kvasimonopolhavare att utnyttja den mycket betydande marknadskraft som deras superdominans ger på så sätt att det hindrar uppkomsten av antingen en ny eller ytterligare konkurrent. När ett företag eller en grupp av företag vars beteende skall bedömas kollektivt innehar en ställning av sådan överväldigande dominans att den gränsar till ett monopol — jämförbart med det som förekom i det förevarande fallet vid den tidpunkt när G & C inträdde på den relevanta marknaden — skulle det inte vara i överensstämmelse med den särskilt betungande uppgift som åligger ett sådant dominerande företag att inte ytterligare försvaga strukturen hos den svaga befintliga konkurrensen att reagera — även mot aggressiv priskonkurrens från en nykonkurrent — med en politik med riktade, selektiva prisnedsättningar utformade för att slå ut den konkurrenten. I motsats till vad klagandena har hävdat innebär inte enbart det faktum att sådana priser inte är fastställda till en nivå som faktiskt understiger (eller kan visas understiga) total genomsnittskostnad (eller långsiktig margi-

96 — Punkt 148 i den överklagade domen.

nalkostnad) enligt min uppfattning att tillämpningen av en sådan prispolitik är berättigad.

138. I det förevarande fallet har förstainstansrätten, med rätta enligt min uppfattning, fastställt kommissionens konstaterande att medlemmarna av Cewal utarbetade en strategi enbart och uteslutande i syfte att konkurrera ut G & C, deras ende konkurrent. Kommissionen har visat att klagandena, genom att bemöta G & C:s avgångar med "fighting rates", som var desamma eller lägre än de taxor som G & C erbjöd för sina avgångar, försökte orsaka G & C största möjliga skada samtidigt som de inkomstminskningar som därigenom uppstod minimerades genom deras system med förteckning av intäkterna. Enligt min uppfattning hade kommissionen uppenbarligen rätt att anse att även om G & C var ett lika effektivt rederi som medlemmarna av Cewal, kunde det inte förväntas "motstå" sådan "konkurrens som utövas i samförstånd på ett missbrukande sätt av en stark grupp av rederier som agerar tillsammans i en linjekonferens" (punkt 82). Med andra ord var förfarandet med "fighting ships" utformat för att konkurrera ut G & C från marknaden till minsta kostnad för Cewals medlemmar, så att de kunde återfå sin tidigare monopol-liknande ställning och tillåta dem att återställa sina taxor till den offentliggjorda konferenstaxan.

139. Jag föreslår följaktligen att överklagandet av förstainstansrättens beslut att fastställa kommissionens karakterisering av medlemmarnas av Cewal beteende vad beträffar förfarandet med "fighting ships" såsom missbruk skall ogillas i sin helhet.

C — *Påtvingandet av hundraprocentiga lojalitetsavtal*

(i) *Inledning*

140. Klagandenas ifrågasättande av förstainstansrättens beslut att fastställa kommissionens konstaterande av denna tredje rubricering av missbruk består av två delar. För det första menar klagandena att förstainstansrätten gjorde sig skyldig till en felaktig rättstillämpning på grund av att den — när den drog slutsatsen att lojalitetsarrangemangen hade påtvingats — feltolkade artikel 5.2 i förordningen från 1986, som undantar sådana arrangemang. För det andra menar de att kommissionen var förhindrad enligt förordningen från 1986, i synnerhet artikel 8, att påföra böter för missbruk utan att först återkalla undantaget.

(ii) *Innehållet*

141. Innan dessa grunder för överklagande beaktas i detalj är det nödvändigt att erinra om de relevanta omständigheterna i kommissionens beslut.

142. I artikel 2 i beslutet konstaterade kommissionen att medlemmarna av Cewal hade "missbrukat sin gemensamma dominerande ställning genom... att införa hundraprocentiga lojalitetsarrangemang (inklusive varor sålda fob) vilket gick utöver lydelsen i artikel 5.2 i [1986 års förordning], tillsammans med användningen, som den beskrivs i detta beslut, av svarta listor över illojala avlastare". Två allmänna synpunkter av betydelse skall framföras avseende detta konstaterande. För det första har medlemmarna av Cewal inte anklagats för tre oberoende typer av missbruk. Snarare har faktorerna att "införa" arrangemangen, att inkludera varor sålda fob och att använda svartlistning tillsammans anses utgöra "ensidigt påtvingande av lojalitetsarrangemang" (punkt 85 i beslutet). För det andra är det viktigt, att missbrukets väsentliga karaktär, liksom de två övriga rubriceringarna, består i att det antogs "[i] syfte att konkurrera ut den huvudsaklige oberoende konkurrenten på marknaden i fråga" (artikel 2 i beslutet). Omständigheterna och skälen för denna slutsats återfinns i punkterna 28, 29 och 84 — 88 i beslutet.

143. Enligt beslutet kunde godstransportörer mellan Europa och Zaïre bara vid enstaka tillfällen anlita tjänster utanför konferenser. Eftersom de inte hade något annat verkligt val än att anlita Cewal för merparten av sin handel, innebar erbjudandet av rabatter enbart på grundval av hundraprocentig lojalitet (som omfattade till och med varor sålda fob) detsamma som att påtvinga dessa avtal (punkterna 84 — 86 i beslutet). Kommissionen fann även att Cewal försämrade de påtvingade villkoren genom att använda svartlistning i syfte att påföra avlastare sanktioner "i förhållande till tjänstens tillhandahållande eller kvalitet" (punkt 86). Kommissionen åberopade i detta avseende utdrag ur protokoll från Zaïre Pool Committee för att visa att Cewal använde svartlistning som en del i en defensiv strategi som gick ut på att säkerställa att avlastare som använde den ende konkurrentens tjänster inte kunde göra anspråk på förmånerna enligt lojalitetsavtalet eller räkna med normal fullgod behandling av Cewal (punkt 29). Kommissionen fann att Cewals sammantagna beteende var missbrukande, på så sätt att åberopande av ett undantag i enlighet med 1986 års förordning inte kunde "förhindra tillämpningen av artikel 86 i fördraget..." (punkt 87).

144. Förstainstansrätten förklarade att kommissionen hade funnit att detta missbruk bestod i att "hundraprocentiga lojalitetsarrangemang har införts som även omfattar varor sålda fob och att svarta listor över illojala avlastare har använts för att bestraffa dessa".[97] Förstainstansrätten instämde med kommissionen om att "den

97 — Punkt 173.

omständigheten att medlemmarna av Cewal, som vid detta tillfälle hade mer än 90 procent av marknaden, endast erbjöd avlastarna hundraprocentiga lojalitetsarrangemang innebar att dessa inte gavs något val mellan att erhålla rabatt om avlastaren lät Cewal transportera all dennes last och att inte erhålla någon rabatt alls i alla andra fall och att detta i praktiken medförde att arrangemangen var påtvingade".[98] Den ansåg således att Cewals beteende inte kunde omfattas av något undantag i förhållande till artikel 85 i fördraget, eftersom artikel 5.2 b i i 1986 års förordning medgav att hundraprocentiga lojalitetsarrangemang erbjöds men inte påtvingades. Den fastställde vidare kommissionens konstaterande att klausulerna omfattade försäljning fob med resultatet att "säljaren påförs en lojalitetsförpliktelse, trots att han inte ansvarar för att avsända varorna".[99] Slutligen fann den att Cewal hade en svart lista över illojala avlastare som inte "inte endast hade upprättats i statistiskt syfte" och att upprättandet av sådan listor inte var undantaget genom "någon bestämmelse i [1986 års förordning]".[100] Den fann således, med hänvisning till domstolens dom i Hoffmann-La Roche-målet att kommissionen med rätta hade dragit slutsatsen "att detta förfarande i sin helhet hade till verkan att begränsa transportbrukarnas frihet och att det följaktligen påverkade konkurrensvillkoren för Cewals ende konkurrent på marknaden".[101]

98 — Punkt 183.
99 — Punkt 184.
100 — Punkt 185.
101 — Punkt 186.

(iii) *Första delen: feltolkning av 1986 års förordning — "påtvingande" av lojalitet*

145. Klagandena tolkar den överklagade domen så, att lojalitetsarrangemangen, i brist på bevis på hot eller andra liknande påtryckningar på avlastare, var påtvingade enbart på grund av Cewals dominerande ställning. Eftersom linjekonferenser nästan undantagslöst innehar en dominerande ställning skall 1986 års förordning tolkas så, att den medger och uppmuntrar användningen av hundraprocentiga lojalitetsavtal under de särskilda omständigheterna i sjöfartsbranschen, till och med i den utsträckningen att den tillåter att lojalitetsförpliktelsen genomdrivs — såsom anges i tionde övervägandet i förordningen från 1986 — vilket nödvändiggör utbytet av information om avlastare, det vill säga upprättande av svarta listor över dessa. Vidare bestrider klagandena att dessa villkor skulle påtvingats avseende transporter fob.

146. Jag tror inte att det skulle vara till hjälp att ingående utforska detta argument. Enligt min mening baseras det på en grundläggande feltolkning av kommissionens beslut och den överklagade domen. Man beaktar inte beslutets två avgörande faktorer som jag beskrev ovan i punkt 142. Klagandena betonar, lönlöst, att de bokstavliga, teleologiska och systematiska tolkningarna av artikel 5.2 i 1986 års förord-

ning visar att hundraprocentiga lojalitetsarrangemang är tillåtna även när det gäller en dominerande linjekonferens, men detta har inte ifrågasatts. Konstaterandet att arrangemangen var påtvingade, vilket fastställdes av förstainstansrätten i det avsnitt som citerades ovan i punkt 144, härrör inte, vilket klagandena hävdar, från det faktum att Cewal innehar en dominerande ställning. Nyckelfrågan är inte den dominerande ställningen utan tillhandahållandet av hundraprocentiga lojalitetsrabatter *utan något alternativ,* som innebär att en avlastare skulle förlora hela sin rabatt för en "illojal" handlings skull. Klagandena har inte behandlat denna del av domskälen. Denna missuppfattning om den överklagade domen räcker för att avfärda den första delen av denna grund för överklagandet. En överklagandegrund som bygger på en felaktig tolkning av den överklagade domen skall förkastas. Jag kommer emellertid att behandla två subsidiära argument i denna del.

(a) Första alternativa argumentet — försäljning fob

147. Som en första subsidiär invändning mot fastställandet av att lojalitetsarrangemangen var påtvingade bestrider klagandena förstainstansrättens fastställande (punkt 184) att säljaren påförs en lojalitetsförpliktelse även när han inte ansvarar för att avsända varorna. De hävdar att avlastaren, när varor avsänds fob, varken är säljaren eller exportören utan importören och att de inte hade insett att utsträckningen av arrangemangen till försäljning fob ingick i anklagelserna mot dem. Detta argument skall förkastas av flera skäl.

148. I motsats till klagandenas påstående nämndes för det första inkluderandet av avsändning av varor fob inte bara en gång i punkt 85, vilket de hävdar, utan tre gånger i beslutet, inklusive i artikel 2. Vidare måste klagandena (då sökandena) ha förstått uttrycket "som följaktligen undslipper exportörernas kontroll" som innebärande att utsträckningen var avsedd att frånta avlastare rabatten om de inte säkerställde att importörerna också var lojala mot konferensen. Icke desto mindre argumenterade de vid förstainstansrätten att sådana arrangemang var oundvikliga, inte att de inte förekom. Således kan detta argument, såsom kommissionen påpekar, inte prövas, eftersom det framförts först i överklagandet. För det andra beaktar man inte det väsentliga i kommissionens konstaterande, såsom det fastställts av förstainstansrätten.

Det utgör inte, vilket klagandena gör gällande, ett självständigt missbruk. Det är en omständighet i den allmänna slutsatsen enligt vilken lojalitetsarrangemangen påtvingades och vidare i konstaterandet enligt vilket det "i sin helhet" (punkt 186 i den överklagade domen) innebar en restriktion i användarnas frihet och påverkade Cewals ende konkurrent. För det tredje grundar sig förstainstansrättens slutsatser på de effekter dessa beteenden på marknaden har på konkurrensen, inte på de rättsliga möjligheterna att genomdriva någon särskild tolkning av lojalitetsavtalen. I princip avser därför förstainstansrättens fastställande faktiska och inte rättsliga omständigheter och kan inte ifrågasättas i detta överklagande. Jag anser av ovanstående skäl att detta argument skall avvisas.

(b) Andra alternativa argumentet — svartlistning

149. Såsom ett andra subsidiärt argument bestrider klagandena förstainstansrättens fastställande att Cewals svartlistning av illojala avlastare inte kunde undantas enligt 1986 års förordning.

150. Klagandena hävdar också att förstainstansrätten underlät att beakta de argument de anförde vid denna och som gick ut på att alla kunder som hade slutit lojalitetsavtal fortfarande erhöll rabatt trots att de sände gods med G & C. Detta var ett svar på kommissionens uppfattning att svartlistningen (punkt 88 i beslutet) stod i direkt strid med Cewals påstående. Kommissionen anför i sitt svar att förstainstansrätten, genom att i punkt 185 i den överklagade domen hänvisa till protokollet från Zaïre Pool Committee där det faktum att "systemet med svarta listor fungerar" fanns dokumenterat, faktiskt fastställde den uppfattning som kommissionen hade uttryckt i beslutet. Jag instämmer i denna tolkning av den överklagade domen. Jag finner att förstainstansrätten inte enbart hade den motsägelse som kommissionen noterat i punkt 88 i beslutet i åtanke utan även kommissionens bedömning av de faktiska omständigheterna i punkt 29 i beslutet och, på grund av ovan nämnda protokollet, att avlastare som anlitade G & C:s tjänster "inte längre kunde räkna med de förmåner som lojalitetsavtalet erbjöd" eller "räkna med en normal fullgod behandling från Cewals sida". Enligt min mening framgår denna uppfattning av den följande meningen i punkt 185 i den överklagade domen, där förstainstansrätten fastslog att de svarta listorna "inte endast hade upprättats i statistiskt syfte". Detta är en slutsats som avser faktiska omständigheter. Vidare spelar det inte någon roll om Cewal i slutänden beviljade alla avlastare som anlitat G & C rabatten, när det en gång visats att svartlistningen hade vidtagits som en del i en strategi att avskräcka dem från att göra det.

151. Klagandena hävdar även att användningen av sådana listor inte kan betraktas

som missbruk. De hänvisar till tionde övervägandet i ingressen i 1986 års förordning, som uttryckligen tillåter linjekonferenser att införa "sanktioner för de användare som på otillbörligt sätt söker undkomma den lojalitetsplikt som uppställs i utbyte mot rabatten". Enligt deras uppfattning skulle godtagandet av en hundraprocentig lojalitetsklausul i förhållande till en linjekonferens för att erhålla en rabatt samtidigt som last skickas med oberoende företag utgöra ett sådant otillbörligt sätt. Det utgör således inte missbruk att söka säkerställa efterlevnaden av även en hundraprocentig skyldighet. Enligt min mening underlåter man genom detta argument att beakta väsentliga kännetecken hos de svarta listorna som uppmärksammats både i beslutet och i den överklagade domen. Kommissionen menade tydligt i punkt 86 i beslutet att den faktiska effekten av kravet på hundra procents lojalitet för avlastare "förvärrades" genom bruket av svarta listor som "faktiskt påförde dem sanktioner som hörde samman med tillhandahållandet eller kvaliteten hos tjänsten". Kommissionen angav i en fotnot till punkt 29 i beslutet bevis för att de svarta listorna fungerade direkt utestängande. Förstainstansrätten fastställde uttryckligen kommissionens konstaterande (sammanfattat i punkt 182 i den överklagade domen), och gick till och med så långt att den citerade fotnoten (punkt 185).

152. Klagandena hävdar att förstainstansrätten gjorde fel (punkt 185 i den överklagade domen) när den fastställde att upprättandet av svarta listor "[inte kunde] anses omfattas av ett undantag enligt någon av bestämmelserna i förordning[en från 1986]". Som kommissionen emellertid riktigt påpekar i sitt svar, kan upprättandet av listor över illojala avlastare på sin höjd anses omfattas av undantaget för hundraprocentiga lojalitetsarrangemang enligt 1986 års förordning om sådana arrangemang inte, enligt tionde övervägandet, "ensidigt begränsar användarnas frihet och således konkurrensen inom sjöfartsindustrin". Eftersom jag instämmer i kommissionens uppfattning, som fastställts av förstainstansrätten, att Cewals lojalitetsarrangemang faktiskt påtvingades avlastare, finner jag att förstainstansrätten inte gjorde sig skyldig till någon felaktig rättstillämpning när den uttalade att upprättandet av sådana listor inte undantogs med stöd av någon bestämmelse i 1986 års förordning. Enligt min mening kan effekterna av att en linjekonferens på ett missbrukande sätt påtvingar lojalitetsarrangemang uppenbart förstärkas av upprätthållandet av svarta listor över illojala kunder, eftersom dessa kunder utan sådana listor *de facto*, om inte *de jure*, faktiskt skulle kunna ha möjligheten att åtminstone ibland välja att använda det oberoende rederiets tjänster. Därav följer enligt min mening att kommissionen och förstainstansrätten gjorde rätt i att bedöma den sammantagna effekten av upprättandet av svarta listor som en bidragande faktor till det missbruk som härrörde från medlemmarnas av Cewal faktiska påtvingande av lojalitetsavtalen.

153. I den mån klagandena för första gången i sin replik vid denna domstol

åberopar att deras rätt att höras åsidosattes av kommissionen, vad beträffar svartlistningens eventuella betydelse när det gällde att underlätta påförandet av icke-finansiella sanktioner, på grund av att den möjligheten inte nämndes i meddelandet om anmärkningar, skall slutligen den grunden avvisas enligt artikel 42.2 i domstolens rättegångsregler, eftersom den uppenbart utgör en ny rättsgrund som kunde ha framförts vid förstainstansrätten.

154. Sammanfattningsvis anser jag att förstainstansrättens dom skall fastställas i den mån den fastslog att de hundraprocentiga lojalitetsavtalen var påtvingade (punkt 183). Jag anser även att både kommissionen och förstainstansrätten gjorde rätt i att betrakta det beteendet "i sin helhet" (punkt 186) när de drog slutsatsen att det inte kunde undantas "från artikel 85 i fördraget" (punkt 183).

155. Här är det viktigt att skilja på de olika åsidosättandena av "skyldigheten" i anslutning till det gruppundantag som var föremål för kommissionens rekommendation (artikel 5 i beslutet) i enlighet med artikel 7 i 1986 års förordning, som fastställdes av förstainstansrätten och som inte har ifrågasatts i det förevarande överklagandet.

156. Påtvingandet av de hundraprocentiga lojalitetsavtalen gick, som kommissionen fann i artikel 2 i beslutet, längre än artikel 5.2 i 1986 års förordning. Lojalitetsarrangemang är tillåtna som en del i ett system med antingen direkta eller uppskjutna rabatter. Som framgår av tionde övervägandet i ingressen i 1986 års förordning är de "tillåtna enbart i enlighet med regler som inte ensidigt begränsar friheten för användare och således konkurrensen i sjöfartsindustrin". I den mån samma övervägande behandlar påtvingandet av "sanktioner för de användare som på otillbörligt sätt söker undkomma lojalitetsplikten", står det klart att denna plikt kommer att vara motprestationen "för rabatter, nedsatta fraktsatser eller kommission som de beviljas av konferensen". Det är strängt förbjudet att använda rabatterna i syfte att utestänga konkurrenter från marknaden, ett väsentligt syfte som, vilket jag redan har påpekat, var en central omständighet vid kommissionens konstaterande av alla tre typerna av missbruk. Detta syfte bekräftas mycket tydligt genom utdraget från protokollet från Zaïre Pool Committee, som citeras i den andra fotnoten till punkt 29 i beslutet och som nämnde "... den defensiva strategi [som] skall grundas på att avskräcka kunderna genom att upprätta en svart lista över illojala avlastare/befraktare vars övriga transporter norrut med konferensfartyg inte längre skall åtnjuta normal konferensbehandling". Påtvingandet av lojalitetsavtalen kan således inte beviljas något undantag med stöd av 1986 års förordning.

(iv) *Den andra delen: kommissionen kan inte påföra böter innan den återkallar undantag*

157. Klagandena hävdar att om deras lojalitetsarrangemang var "påtvingade" i den mening som avses i artikel 5.2 b i i 1986 års förordning skulle det beteendet enbart ha utgjort åsidosättande av en "skyldighet... som följer av undantaget som anges i artikel 3". Kommissionen skall i så fall följa det förfarande som anges i artikel 7.1. Den skulle således vara tvungen att återkalla gruppundantaget i artikel 3 innan den påförde några böter. Enligt klagandenas uppfattning har förstainstansrätten underlåtit att beakta skillnaden mellan åsidosättande av ett "villkor" vilket automatiskt gör att gruppundantaget inte är tillämpligt och åsidosättandet av en "skyldighet". De hävdar att 1986 års förordning är en rättsakt som antogs med stöd av artikel 87.2 c i fördraget för att definiera det materiella tillämpningsområdet för både artiklarna 85 och 86 inom sjötransportsektorn, och att den erkänner två typer av missbruk: missbruk som härrör från beteenden för vilka linjekonferenser åtnjuter ett gruppundantag och annat missbruk. I det förra fallet är kommissionen skyldig enligt artikel 8.2 i förordningen att återkalla undantaget innan den påför några böter.

158. Kommissionen påpekar att artikel 8.1 i 1986 års förordning förbjuder "missbruk av en dominerande ställning i den mening som avses i artikel 86 i fördraget... utan att det krävs något föregående beslut i det avseendet". Av detta följer att artikel 8.2 i 1986 års förordning skall tolkas så, att den ger kommissionen ett utrymme för skön när det gäller att välja åtgärd då ett beteende som *prima facie* undantas visar sig vara missbruk. [102] Kommissionen upprepar i andra hand den uppfattning som uttryckts i punkt 87 i beslutet, att även om medlemmarnas av Cewal beteende med avseende på deras lojalitetsavtal skulle "omfattas av gruppundantaget i artikel 6 i [1986 års förordning]", [103] kunde den förordningen, oaktat åsidosättande av olika "skyldigheter" som ålagts enligt artikel 5.2 i 1986 års förordning, inte "förhindra tillämpningen av artikel 86 i fördraget på avtal och beteenden som tillåtits genom ett gruppundantag"; på så att man skulle "hindra tillämpningen av artikel 86". Kommissionen åberopar därför den vedertagna principen, som bekräftats av förstainstansrätten, att det inte samtidigt kan förekomma undantag enligt artiklarna 85 och 86.

159. Förstainstansrättens uppfattning att 1986 års förordning inte kan anses bevilja något undantag för beteenden som strider mot artikel 86 i fördraget eller mot artikel 8.1 i 1986 års förordning är uppenbar-

102 — I detta avseende betonade kommissionens ombud vid förhandlingen att kommissionen skulle betrakta återkallandet av ett gruppundantag som "huvudalternativet" och påförandet av böter som mindre allvarligt.

103 — Det har i inlagorna både till förstainstansrätten och denna domstol antagits — trots kommissionens hänvisning till "gruppundantaget i *artikel 6* i [i 1986-års förordning]" (min kursivering) — att någon åtskillnad inte skall göras mellan undantagen i artiklarna 3 och 6 i förordningen, så vitt avser kommissionens befogenheter enligt artikel 8.2 i förordningen.

ligen korrekt. Domstolen uttalade i målet Ahmed Saeed att "[d]et är... inte möjligt att bevilja något som helst undantag för missbruk av en dominerande ställning...". [104] Såsom kommissionen korrekt påpekar i sin duplik har denna princip senare på ett otvetydigt sätt bekräftats i målet British Gypsum, [105] där domstolen bekräftade generaladvokatens uppfattning att artikel 85.3 i fördraget inte "samtidigt [utgör] undantag från förbudet att missbruka en dominerande ställning". Även om Cewals lojalitetsarrangemang omfattades av gruppundantaget skulle de således inte åtnjuta något skydd från den omedelbara tillämpningen av artikel 86 i fördraget. [106]

160. I den mån klagandena hävdar att det faktum att det ifrågavarande undantaget i det förevarande fallet ges i en rådsförordning som antagits i enlighet med artikel 87.2 c i fördraget kan påverka tillämpning av den ovan nämnda principen, bygger detta på missuppfattning. 1986 års förordning är antagen med stöd av både artiklarna 84.2 och 87 i fördraget. Såvitt avser den förra uttalade domstolen i målet kommissionen mot Frankrike [107] att den enda effekten av artikel 84.2, långt i från att utesluta tillämpningen av fördraget på sjöfart (och luftfart), var att de särskilda fördragsbestämmelserna avseende transporter inte automatisk var tillämpliga på dessa och således "omfattas de emellertid på samma sätt som andra transportgrenar fortfarande av de allmänna bestämmelserna i fördraget", [108] vilket naturligtvis innefattar dess konkurrensregler. [109] Det framgår tydligt av domstolens dom i målet Ahmed Saeed, där den — oaktat att det inte antagits några förordningar med stöd av artikel 87 — uttalade att "förbudet som uttalas i artikel 86 i fördraget är tillämpligt fullt ut på hela luftfartssektorn", [110] att syftet med artikel 87, och i synnerhet den befogenhet som rådet beviljats enligt artikel 87.2 c, att "vid behov närmare ange räckvidden för bestämmelserna i artikel 85 och 86 inom olika näringsgrenar", inte är att bemyndiga rådet att fastställa det materiella tillämpningsområdet för artikel 86, utan snarare att låta rådet fastställa de detaljerade processuella reglerna för tillämpningen av dessa konkurrensregler. Enligt min uppfattning framgår det tydligt vid en genomläsning av 1986 års förordning att detta är just det ändamål som rådet har eftersträvat.

161. Jag skall nu beakta huruvida kommissionen, såsom klagandena hävdar, var förhindrad att påföra böter för missbruk av en

104 — Ovan fotnot 20, punkt 32.

105 — Ovan fotnot 47.

106 — Se punkt 67 i generaladvokat Légérs förslag till avgörande, vars resonemang i detta avseende bland annat uttryckligen fastställdes av domstolen i punkt 11 i dess dom. Generaladvokaten grundade sin uppfattning på punkt 25 i förstainstansrättens dom av den 10 juli 1990 i mål T-51/89, Tetra Pak mot kommissionen (REG 1990, s. II-309, nedan kallat Tetra Pak-målet I).

107 — Dom av den 4 april 1974 i mål 167/73 (REG 1974, s. 359; svensk specialutgåva, volym 2, s. 257).

108 — Ibidem, punkt 32. Denna bedömning bekräftades sedemera av domstolens dom av den 30 april 1986 i de förenade målen 209/84 — 213/84, Asjes m.fl. (nedan kallade Nouvelles Frontières-målen) (REG 1986, s. 1425), se i synnerhet punkt 42.

109 — Domen i Nouvelles Frontières-målet (ovan fotnot 108), punkt 45.

110 — Ovan fotnot 20, punkt 33.

dominerande ställning utan att återkalla det undantag som Cewal åtnjöt i enlighet med artikel 3.

162. Det är viktigt att erinra om karaktären av det missbruk som klagandena ansågs vara skyldiga till, nämligen påförandet av hundraprocentiga lojalitetsrabatter (inklusive tillämpning av försäljning fob), utan alternativ, som verkställdes genom svartlistning "*i syfte att konkurrera ut den främste fristående konkurrenten till Cewal*" (min kursivering).

163. Enligt min mening var inte, och kunde inte heller, detta beteende undantas från tillämpningen av artikel 86. Vidare kunde det inte, i den mån det är relevant, beskrivas som ett åsidosättande av endast en skyldighet enligt artikel 5 i förordningen i klass med de överträdelser som omfattas av artikel 178 i den överklagade domen. Man kan inte utan att tänja på ordalydelsen säga att förbudet mot ensidigt påtvingande av hundraprocentiga lojalitetsarrangemang beskriver en skyldighet. Det är en beskrivning av vad som inte är tillåtet enligt artikel 5.2 b i.

164. Artikel 8 ger emellertid genom sin direkta och klara ordalydelse och sin struktur ett eget svar på klagandenas påstående. Artikel 8.1 är så explicit när det anges att "det [inte] krävs något föregående beslut i det avseendet", vad gäller förbud mot missbruk av en dominerande ställning, att det skulle krävas en mycket klart formulerad bestämmelse för att motsäga detta. Vidare harmonierar denna otvetydiga ordalydelse helt med principerna om effektiviteten av artikel 86 och omöjligheten av ett undantag.

165. Artikel 8.2 i 1986 års förordning motsäger eller kvalificerar inte heller artikel 8.1 på något sätt. Den bemyndigar "kommissionen, antingen på eget initiativ eller på begäran av en medlemsstat eller av en fysisk eller juridisk person..." att vidta den särskilda åtgärden att återkalla ett undantag som uttryckligen har beviljats enligt artikel 3. Den inför inte några restriktioner för kommissionens befogenheter att påföra böter under de omständigheter som anges i synnerhet i artikel 19.2 i 1986 års förordning. Det missbruk som klagandena ansetts skyldiga till avser det missbrukande *påtvingandet* av hundraprocentiga lojalitetsavtal och inte åtnjutandet av det undantag som artikel 3 beviljar. Jag ser inte någon anledning att dra slutsatsen att fördömandet av dessa avtal borde vara beroende av den extrema åtgärden att återkalla undantaget.

166. Jag föreslår att den grund av överklagandet som avser påförandet av de hundraprocentiga lojalitetsavtalen förkastas i sin helhet.

VI — Böterna

A — *Inledning*

167. Klagandena framför alternativt ett antal argument under olika rubriker avseende förstainstansrättens beslut att i huvudsak fastställa de böter som de påförts. Eftersom det ojämförligt största bötesbeloppet påfördes CMB (se ovan punkterna 3 och 4), har inte alla yrkanden som den klaganden har anfört även anförts av Dafra.

B — *Domstolens behörighet*

168. Klagandena hävdar att domstolen, vid upphävande av den överklagade domen, i enlighet med sin befogenhet enligt artikel 54 första stycket i EG-stadgan för domstolen att "slutligt avgöra ärendet om detta är färdigt för avgörande...", utöva den obegränsade behörighet med avseende på de ifrågavarande böterna som den har enligt artikel 172 i fördraget och artikel 21 i 1986 års förordning. Om domstolen följer mitt förslag att förkasta samtliga grunder i överklagandet som avser missbruk, bör den icke desto mindre, enligt min mening, även undanröja böterna i sin helhet med stöd av en av de grunder som framförts.

169. Såvitt avser klagandenas alternativa grunder avseende böterna skall det först betonas att det är förstainstansrätten som nu, före domstolen, åtnjuter den "obegränsade behörighet" som avses i artikel 172 i fördraget och som beviljas enligt artikel 21 i 1986 års förordning avseende böter som ålagts i enlighet med den förordningen. Denna behörighet har beviljats förstainstansrätten med stöd av artikel 168a i fördraget och artikel 3.1 c i rådets beslut 88/591/EKSG, EEG, Euratom av den 24 oktober 1988 om inrättandet av Europeiska gemenskapernas förstainstansrätt.[111] Det skall därefter erinras om att denna domstols behörighet att granska vad förstainstansrätten har fastställt vid utövandet av denna behörighet är klart begränsad, både genom artikel 168a i fördraget och artikel 51 i EG-stadgan för domstolen, till att bedöma rättsliga fel som kan ha begåtts vid fastställande eller upphävande av kommissionens konstateranden avseende böter. Domstolen uttalade således, i målet Ferriere Nord mot kommissionen, som svar på ett påstående om att bötesbeloppet i det fallet var orimligt, att det vid bedömning av rättsfrågor inte var dess uppgift att "av skälighetsskäl sätta sin bedömning i stället för den bedömning som förstainstansrätten, i sin fulla prövningsrätt, har gjort avseende beloppet av de böter som har ålagts företag på grund av

111 — EGT L 319, s. 1; svensk specialutgåva, område 1, volym 2, s. 89.

deras åsidosättande av gemenskapsrätten". [112] Den uttalade vidare att dess behörighet var begränsad till att bedöma "om förstainstansrätten i tillräcklig utsträckning i rättsligt hänseende har besvarat samtliga argument som sökanden har anfört avseende undanröjande eller nedsättande av böterna". [113]

170. För det fall att domstolen emellertid skulle finna att ett rättsligt fel som enbart påverkar en del av den överklagade domen, skulle frågan om omfattningen eller karaktären av denna domstols behörighet uppstå. Enligt artikel 54 första stycket i EG-stadgan skall domstolen, om den anser att ett överklagande är välgrundat, upphäva förstainstansrättens avgörande men dessutom kan den "själv slutligt avgöra ärendet om detta är färdigt för avgörande". Det följer enligt min mening av detta att den obegränsade behörigheten som avses i artikel 172 i fördraget avseende böter, som ursprungligen gavs domstolen men som överförts till förstainstansrätten, reaktiveras om dessa omständigheter skulle föreligga. Om förstainstansrätten skulle begå rättsliga fel vid utövandet av sin behörighet enligt artikel 172 i fördraget, är det således av vikt att denna domstol, både med hänsyn till processekonomiska intressen och till klagandenas rättigheter, har obegränsad behörighet att bedöma böter när den anser att det är lämpligt att den själv avgör målet.

112 — Dom av den 17 juli 1997 i mål C-219/95 P (REG 1997, s. I-4411, nedan kallat Ferriere Nord-målet), punkt 31.

113 — Ibidem.

C — *Klagandenas argument*

171. Följande argument har framförts av klagandena gemensamt:

(i) De hävdar att karaktären (eller allvaret) av överträdelserna inte var sådan att dessa skulle kunna beskrivas såsom allvarliga eller ens uppsåtliga;

(ii) De menar att kommissionen åsidosatte deras rätt till en rättvis rättegång när den påförde dem böter istället för Cewal;

(iii) Av olika anledningar gör de gällande att böterna grundades på en felaktig bedömning av graden av deras inblandning i handeln på Cewal-traden;

(iv) De klagar över att deras samarbete med kommissionen inte beaktades som en förmildrande omständighet;

(v) De hävdar att den relativt korta period som överträdelserna varade inte vederbörligen beaktades;

(vi) De anför, i motsats till kommissionens uppfattning, att det ifrågasatta beteendet inte möjliggjorde för dem att upprätthålla en hög marknadsandel;

(vii) De menar att det faktum att överträdelserna innebar något nytt inte i tillräcklig grad beaktades som en förmildrande omständighet;

(viii) lutligen vidhåller de att Ogefrems regler skulle ha beaktats.

Vidare hävdar CMB även att det bötesbelopp som det påförts var högre än som någonsin tidigare påförts och att det felaktigt hade påförts för att uppnå politisk balans i förhållande till det bötesbelopp som påfördes i ett annat kommissionsbeslut avseende en annan linjekonferens. Slutligen gör klagandena gällande, i vad som faktiskt är en självständig grund, att den dröjsmålsränta (13,25 procent) som påfördes i artikel 7 i beslutet, för det fall att böterna inte betalades inom tre månader efter delgivningen av beslutet, var orimligt hög.

D — *Bedömning*

172. Eftersom jag delar kommissionens bedömning att många av de argument som klagandena anför avseende de olika grunderna som gäller böter huvudsakligen går ut på en ny bedömning av de faktiska omständigheter som förstainstansrätten har fastställt eller är uppenbart ogrundade, kommer jag inte att beakta alla dessa punkter i detalj.

(i) Åsidosättande av rätten till en rättvis rättegång

173. Klagandena gör gällande att förstainstansrätten gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning när den fastställde att kommissionen hade rätt att påföra dem böter oaktat att det i meddelandet om anmärkningar enbart angavs att Cewal riskerade att påföras böter, men inte någon av dess medlemmar. I punkt 232 i sin dom uttalade den domstolen följande:

"För det andra när det gäller beräkningen av böterna, anser förstainstansrätten att kommissionen, på grund av att konferensen inte är en juridisk person, har kunnat påföra medlemmarna av Cewal böter, i stället för konferensen själv. Det kan i detta avseende understrykas att förutom till

Cewal var meddelandet om anmärkningar riktat till var och en av medlemmarna av konferensen. Mot denna bakgrund och med beaktande av att Cewal inte är en juridisk person anser förstainstansrätten, att även om meddelandet om anmärkningar endast framhöll möjligheten av att Cewal skulle påföras böter med hänsyn till de otillbörliga förfarandena kunde klagandena inte vara okunniga om att de, och inte konferensen, löpte en risk att eventuellt påföras böter."

174. Klagandena hävdar att om kommissionen inte hade för avsikt att påföra Cewal böter på grund av att den saknade rättskapacitet, skulle den ha underrättat dem att de skulle påföras böterna. De pekar på följande skada som enligt deras uppfattning härrörde från denna underlåtenhet:

— om bötesbeloppet hade påförts Cewal skulle det bara ha kunnat grundas på Cewals omsättning och inte på dess medlemmars; och den förstnämnda, som grundades enbart på de zairiska traderna, var lägre än den sistnämnda;

— även om böterna slutligen skulle ha betalats av de enskilda medlemmarna av Cewal, skulle deras betalningar ha stått i proportion till deras andel vid fördelningen av intäkterna; [114]

— CMB var inte medveten om att det skulle få betala en oproportionerlig andel av bötesbeloppet på grund av sin särskilt aktiva roll i missbruken.

Klagandena drar slutsatsen att kommissionen underlät att iaktta det grundläggande kravet på ett meddelande om anmärkningar, nämligen att det skall informera parterna om anklagelserna mot dem och i synnerhet om vem som skall bära den finansiella bördan av de böter som påförs. [115]

175. Kommissionen hävdar inte att medlemmarna av Cewal underrättades om böterna men vidhåller att det borde ha stått klart för klagandena "att 'Cewal' genomgående i meddelandet om anmärkningar var avsett att hänvisa till den grupp av företag som konferensen utgjordes av", eftersom en lista på dess medlemmar hade fogats till meddelandet om anmärkningar. Den hävdar vidare att förstainstansrätten gjorde rätt när den uttalade att det inte skulle ha varit någon mening med att påföra Cewal böter, eftersom den inte hade någon rättskapacitet. Kommissionen anför att det var "otänkbart" att de skulle vara "så nära att de blev förvånade över att de påfördes böter". Vidare vidhåller kommissionen att eftersom det förutskickades att

114 — I sitt överklagande påpekar CMB att det bötesbelopp som det hade påförts därför inte kunde ha uppgått till 95 procent av summan.

115 — De nämner bland annat dom av den 23 februari 1994 i de förenade målen T-39/92 och T-40/92, CB och Europay mot kommissionen (REG 1994, s. II-49) och av den 28 april 1994 i mål T-38/92, AWS Benelux mot kommissionen (REG 1994, s. II-211).

medlemmarna av Cewal skulle påföras böter för de överträdelser av artikel 85 som angavs i meddelandet om anmärkningar, var medlemmarna av Cewal informerade om att de skulle påföras individuella böter.

176. Enligt min uppfattning gjorde förstainstansrätten fel när den antog att kommissionen hade befogenhet att påföra medlemmarna av Cewal böter på grund av att Cewal saknade rättskapacitet och på grund av att de var och en var adressater till meddelandet om anmärkningar. Denna felaktiga rättstillämpning härrör från dess misstag att anta att klagandena inte kunde vara ovetande om att de löpte risken att bli påförda böter.

177. Det är ostridligt att en kopia av meddelandet om anmärkningar skickades till klagandena, även om detta skedde tre månader efter att det hade skickats till Cewal. Den verkliga frågan gäller emellertid huruvida klagandena vederbörligen underrättades, genom den kopia av meddelandet om anmärkningar som de till slut erhöll tillsammans med ett följebrev som inte tillförde meddelandet om anmärkningar någonting i sak, om att de individuellt kunde komma att påföras de böter vilka enligt meddelandet om anmärkningar uttryckligen skulle påföras endast Cewal, med samtliga de konsekvenser som därav kan följa avseende beräknandet av böterna.

178. För det första anser jag det inte godtagbart att kommissionen utgår från antaganden i en så viktig fråga. Det är fast praxis att "meddelandet om anmärkningar klart måste ange alla viktiga faktorer på vilka kommissionen stöder sig på detta stadium i förfarandet". [116] Den grundläggande processuella garanti som meddelandet om anmärkningar utgör är "ett uttryck för en grundläggande princip i gemenskapsrätten, som kräver iakttagande av rätten till försvar i varje förfarande". [117] Även om de inte är straffrättsliga till sin natur, [118] har böter en bestraffande funktion. Därav följer att kommissionen har en strikt skyldighet att klart underrätta företag om att de kan komma att påföras böter.

179. För det andra skall det erinras om att artikel 19.2 i förordningen från 1986, liksom dess motsvarighet i artikel 15.2 i förordning nr 17/62, ger kommissionen befogenhet att bötfälla både företag och "sammanslutningar av företag". En linjekonferens, såsom Cewal, är uppenbarligen en sådan sammanslutning. Likaledes står det klart att fördragets konkurrensartiklar är allmänt tillämpliga på sammanslutningar av företag [119] och att de uttryckligen omfattas av kommissionens undersöknings-

116 — Dom av den 7 juni 1993 i de förenade målen 100/80 — 103/80, Musique Diffusion française m.fl. mot kommissionen (REG 1983, s. 1825; svensk specialutgåva, volym 7, s. 133), punkt 14.

117 — Ibidem, punkt 10.

118 — Se i detta avseende artikel 19.4 i 1986 års förordning.

119 — Se till exempel dom av den 8 november 1983 i de förenade målen 96/82 — 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 och 110/82, IAZ m.fl. (REG 1983, s. 3369), punkt 20.

befogenheter, inklusive påförande av böter.[120] Som ett av sina skäl för att bötfälla medlemmarna av Cewal angav kommissionen att Cewal inte hade rättskapacitet. Varken kommissionen eller förstainstansrätten har uppgifter att böter inte kan påföras sammanslutningar, som inte är bolag, vilket de naturligtvis kan.[121] Från medlemmarnas av Cewal synpunkt är det tillräckligt att notera att de inte hade anledning att tolka meddelandet om anmärkningar på annat sätt än enligt dess bokstavliga lydelse att bötfälla Cewal och jag ser inte någon anledning att ge kommissionen undantag från vad jag menar är en strikt skyldighet. I målet AWS Benelux mot kommissionen ogiltigförklarade förstainstansrätten böter där "kommissionen, trots att det således... bestreds [under det administrativa förfarandet], inte klargjorde sitt ställningstagande i frågan om ansvar för den påstådda överträdelsen",[122] även om dess dom grundades på bristfällig motivering av beslutet snarare än åsidosättande av rätten till försvar.

180. För det tredje är underlåtenheten att underrätta de enskilda medlemmarna av Cewal om denna risk att bli påförda böter inte enbart ett formellt fel. I synnerhet CMB kan peka på konkret skada. Klagandena har i sin replik påpekat, utan att motsägas på denna punkt av kommissionen, att om medlemmarnas av Cewal omsättning på traderna i fråga (22 171 miljoner ECU år 1991) skulle beaktas som relevant omsättning för att beräkna det maximala bötesbelopp (tio procent) som skulle kunna påföras i enlighet med artikel 19.2 i 1986 års förordning, skulle det totala beloppet ha varit mycket lägre. Det skulle knappast ha överstigit en fjärdedel av det faktiska beloppet. I den mån kommissionen avsåg att påföra böter på grundval av individuellt ansvar, borde dessa företag åtminstone ha underrättats om att de, i annan egenskap än Cewal, troligen skulle bli påförda böter.

181. Eftersom kommissionen har åsidosatt ett grundläggande krav, föreslår jag att förstainstansrättens dom som fastställer beslutet skall upphävas såvitt avser de böter som klagandena har påförts och vidare att

120 — Se artikel 18.1 i 1986 års förordning och till exempel dom av den 22 oktober 1997 i de förenade målen T-213/95 och T-18/96, SCK och FNK mot kommissionen (REG 1997, s. II-1739), punkterna 253 och 254. Se i detta avseende även kommissionens meddelande, "Riktlinjer för beräkning av böter som döms ut enligt artikel 15.2 i förordning nr 17 och artikel 65.5 i EKSG-fördraget"; (EGT C 9, 1998, s. 3, i synnerhet punkt 5 c).

121 — I domen i målet IAZ mot kommissionen, (ovan fotnot 119), ansåg domstolen att en icke vinstdrivande sammanslutning (ANSEAU), vilken bestod av 31 belgiska vattenleverantörsföretag och vars uppgift var "att bevaka dessa företags gemensamma intressen" (punkt 3) faktiskt kunde påföras böter för rekommendationer som utfärdats i syfte att säkerställa att dess medlemmar bara anslöt "godkända" tvättmaskiner till vattenledningssystemet. Det största bötesbeloppet påfördes just sammanslutningen. I dom av den 11 juli 1989 i mål 246/86, Belasco m.fl. mot kommissionen (REG 1989, s. 2117), bötfälldes Belasco, en sammanslutning av belgiska tillverkare av takläggningsmaterial, och sju av dess medlemsföretag för att de genomförde ett avtal avseende prislistor och saluföringsvillkor. Belasco påfördes på grund av sin årsinkomst böter på 15 000 ECU; (se punkterna 65 och 66).

122 — Ovan fotnot 115, punkt 27.

beslutet upphävs med avseende på dessa böter.

(ii) Övriga grunder

182. Förutom föregående grunder har klagandena framfört ett stort antal grunder för överklagande av de böter som påförts under olika rubriker. Dessa innebär till största delen en upprepning av argument som framförts vid förstainstansrätten och detaljerade argument avseende de faktiska omständigheterna. Att behandla dessa punkter uttömmande skulle avsevärt förlänga detta redan långa förslag till avgörande. Eftersom jag har godtagit det rättmätiga i klagandenas argument under den andra rubriken, anser jag att jag kan avstå från en förklaring punkt för punkt av de övriga frågorna, i synnerhet då jag efter att ha granskat dem anser att de utan undantag saknar grund.

183. Det korrekta tillvägagångssättet är enligt min mening att beakta identifierbara rättsliga fel i den överklagade domen. I övrigt skall domstolen tillämpa det kriterium som fastställts i målet Ferriere Nord.[123] Den behöver inte upprepa bedömningen av varenda en av klagandenas argument i detalj.

123 — Citerat ovan i fotnot 112.

184. Domstolen bör bedöma huruvida förstainstansrätten har utnyttjat den fulla prövningsrätt som den tilldelats i fördraget och i erforderlig utsträckning har beaktat alla de faktiska och rättsliga omständigheter som har anförts vid bestridandet av böterna. Det förefaller stå klart av punkterna 208—251 i den överklagade domen att förstainstansrätten med tillräcklig noggrannhet granskade böternas påförande, nivå och fördelning. Jag föreslår att enbart två frågor behandlas mycket kort, nämligen överträdelsernas allvar och nya beskaffenhet, som kan ha försvårande respektive förmildrande verkan för påförandet av böter. I övrigt avser argumenten i huvudsak skönsmässigt påförande av böter på grundval av en bedömning av omständigheterna (till exempel påstådd diskriminering vid fördelningen av böter mellan enskilda medlemmar av Cewal).

185. För det första bestrider klagandena fastställandet av att överträdelserna var av en särskilt allvarlig karaktär, den överklagade domen förkastades med rätta detta argument (punkt 231) på grundval av att dessa "förfaranden har genomförts i syfte att konkurrera ut den enda konkurrenten på marknaden". Klagandena bestrider inte uppsåtet i deras beteende, utan åberopar även i detta hänseende att påtryckningarna på Ogefrem, förfarandet med "fighting ships" och lojalitetsrabatterna inte var av missbrukande karaktär. Enligt min mening saknar denna del av överklagandet grund.

186. För det andra hävdar klagandena att förstainstansrätten underlät att fästa veder-

börlig vikt vid den påstått nya beskaffenheten av de enskilda missbruken i de avseenden som anförs i argumenten i sak under varje rubrik. Dessa innefattar i synnerhet följande: Ogefrem-missbruket var det första fallet av missbruk som tog sig uttryck i påtryckningar på en främmande regering; missbruket bestående av "fighting ships" innefattade en utvidgning av begreppet aggressiv prissättning; lojalitetsrabatterna gav upphov till ett nytt tolkningsproblem avseende 1986 års förordning.

187. Vad beträffar frågan om den nya beskaffenheten betonar förstainstansrätten rätteligen att "målet med de otillbörliga förfarandena, nämligen att konkurrera ut den ende konkurrenten från marknaden, inte utgör något nytt inom konkurrensrätten" (punkt 248). Det har inte visats att denna slutsats skulle vara rättsligt felaktig. Jag anser att förstainstansrätten, efter att ha bekräftat sin egen "obegränsade behörighet" i tillräcklig utsträckning, besvarade argumenten. Dessutom är jag övertygad om att den gjorde rätt i att bortse ifrån varje nyhetsinslag i missbruket mot bakgrund av deras uppenbart utestängande och konkurrensbegränsande syfte. [124]

188. Jag har tvekat något angående den slutsats som förstainstansrätten därefter drar (punkt 248) att begreppet av kollektiv dominerande ställning inte skall anses utgöra något nytt. Kommissionens beslut i det italienska planglasärendet [125], som nämndes för att vederlägga dess nya beskaffenhet, publicerades långt efter merparten av de missbruk som är i fråga i detta mål. Å andra sidan är hoppet eller antagandet hos en grupp av företag som sysslar med aggressivt utestängande beteende om att gemenskapsrätten kanske inte kommer att tillämpas på dem kollektivt av liten vikt i förhållande till det ifrågavarande missbrukets flagranta karaktär. Jag anser följaktligen inte att förstainstansrätten gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning i detta hänseende och jag anser att denna grund för överklagandet skall förkastas.

(iii) Räntesatsen

189. Klagandena klagar på att förstainstansrätten förkastade deras grund att kommissionen gjorde fel när den i artikel 7 i beslutet fastställde den räntesats som skulle erläggas vid försenad betalning av de böter som påfördes i beslutet med hänvisning till den räntesats "som tillämpas av Europeiska fonden för monetärt samarbete vid dess transaktioner i ecu den

124 — Jag finner särskilt stöd för denna slutsats i Tetra Pak-målet II, ovan fotnot 56. Det gällde tillämpningen av artikel 86 på ett dominerande företags missbruk på en angränsande marknad, på vilken det innehade en ledande men inte dominerande ställning. Tetra Pak hävdade att den nya tillämpningen utgjorde en förmildrande omständighet. Domstolen delade emellertid förstainstansrättens uppfattning att detta argument inte kunde godtas. Den senare hade med rätta grundat sitt beslut på den omständigheten att Tetra Pak inte kunde "undgå att vara medveten om att uppträdandet i fråga stred mot reglerna i fördraget" och att "de konkurrensbegränsningar som missbruket i fråga ledde till var så uppenbara och av så särskilt allvarlig natur"; (punkt 48).

125 — Kommissionens beslut 89/93/EEG av den 7 december 1988 i ett förfarande för tillämpning av artiklarna 85 och 86 i EEG-fördraget (IV/31.906, planglas); (EGT L 33, 1989, s. 44).

första vardagen i den månad under vilken beslutet fattades, med tillägg av 3,5 räntepunkter, det vill säga sammanlagt 13,25 procent". Enligt deras uppfattning var denna räntesats onormalt hög. De anförde vid förstainstansrätten att med hänsyn till de räntesatser (antagligen för depositioner) som kunde erhållas för ECU vid den relevanta tidpunkten skulle tillämpning av den räntesats som domstolen tillämpade vara mer lämplig. Förstainstansrätten konstaterade (punkt 250) att "klagandena [har] inte företett någon omständighet som bevisar att kommissionen gjorde fel...".

190. Jag finner inte att förstainstansrätten på detta sätt tillräckligt besvarade de argument som klagandena fört fram så vitt avser de ytterligare 3,5 räntepunkterna. Kommissionen har uppenbarligen utrymme för skönsmässig bedömning när den fastställer lämplig räntesats. En lämplig räntesats säkerställer att företag inte ytterligare förhalar betalningen. Å andra sidan bör den fastställda räntesatsen inte vara så hög att den faktiskt tvingar företag att betala böter även om de anser att det finns goda grunder för att bestrida giltigheten av kommissionens beslut.[126] Jag anser att kommissionen vid fastställande av dröjsmålsränta har rätt att utgå ifrån en referenspunkt som i nödvändig utsträckning är högre än den genomsnittligt tillämpliga marknadsräntan för att inte betalningen skall förhalas. Tillägget av 3,5 räntepunkter till en redan hög sats utan någon förklaring är emellertid inte godtagbart.

191. Jag anser att förstainstansrätten gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning när den fastställde kommissionens beslut på denna punkt, utan att undersöka huruvida kommissionen hade rättsligt eller annat skäl för att tillämpa denna högre räntesats och att dess beslut därför skall upphävas i detta avseende.

E — *Sammanfattning av mina rekommendationer*

192. Av de skäl som jag har anfört (punkterna 173 — 181) anser jag att de böter som ålagts CMB och Dafra i enlighet med artikel 6 i beslutet skall ogiltigförklaras, eftersom förstainstansrätten felaktigt förkastade grunden att kommissionen inte hade iaktagit klagandenas rätt till en rättvis rättegång när den påförde dem böterna. Vidare menar jag, fastän jag skulle förkasta alla andra grunder som anförts avseende bötesbeloppen, att förstainstansrätten även gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning när den fastställde den räntesats som angavs i artikel 7 i beslutet vid försenad betalning av de påförda böterna.

126 — I dom av den 25 oktober 1983 i mål 107/82, AEG mot kommissionen (REG 1983, s. 3151; svensk specialutgåva, volym 7, s. 287) ogillade domstolen (punkt 141) sökandens argument att "det i gemenskapsrätten inte finns någon rättslig grund för en skyldighet att betala dröjsmålsränta" och uttalade att sådan ränta var nödvändig för att avskräcka berörda från att "väcka uppenbarligen ogrundad talan, vars enda syfte skulle vara att skjuta upp betalningen av böter". Se även domen i målet CB och Europay mot kommissionen (ovan fotnot 115), punkterna 48 och 49.

VII — Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna

193. Klagandena hävdar vidare, i två självständiga grunder för överklagandet, att "det stora antalet oklarheter och ändringar i anklagelserna" mot dem som de hävdar att både förstainstansrätten och kommissionen har gjort sig skyldiga till i detta mål, liksom den omständigheten att förstainstansrätten grundar sig på vad de beskriver som nytt missbruk, innebär att förstainstansrätten har åsidosatt de principer som stadfästs i artiklarna 6.3 och 7.1 i EKMR. [127]

194. Av de skäl och som innebär att klagandenas rätt till en rättvis rättegång inte har åsidosatts som jag redan har redogjort för i avdelningarna V och VI ovan, godtar jag inte (annat än med avseende på kommissionens underlåtenhet att informera medlemmarna av Cewal om att den hade för avsikt att påföra dem böter) att kommissionen eller förstainstansrätten skulle ha åsidosatt skyldigheten — som jag finner härröra lika mycket från gemenskapsrättens allmänna rättsprinciper som från artikel 6.3 i EKMR — att en part som anklagas för ett beteende som, trots att det inte är av brottslig karaktär, kan leda till påföljder, på ett klart sätt skall informeras om innebörden av de anklagelser som framförs mot honom.

195. Såvitt avser principen *nullum crimen, nulla poena sine lege*, (intet brott, intet straff utan lag) finner jag av de skäl som angivits ovan i avdelning VI för att förkasta klagandenas olika påståenden om att karakteriseringen av deras beteende som missbruk var av ny beskaffenhet och att de därför inte rimligen kunde ha förväntat sig detta att förstainstansrätten inte har åsidosatt denna princip och således inte artikel 7.1 i EKMR.

VIII — Rättegångskostnader

196. Eftersom klagandena, i det förevarande målet, enligt min uppfattning, inte bör vinna framgång med någon av sina grunder avseende ifrågasättandet av korrektheten av förstainstansrättens avgörande att fastställa beslutet och inte heller med merparten av sina grunder avseende bötesbeloppen, anser jag att de är tappande parten i den mening som avses i artiklarna 69 och 122 i domstolens rättegångsregler och jag föreslår därför domstolen att de skall förpliktas att betala både svarandens och intervenientens rättegångskostnader.

127 — I artikel 6.3 föreskrivs, i relevanta delar, att "[E]nvar, som blivit anklagad för brottslig gärning" har rätt att "ofördröjligen... i detalj bliva underrättad om innebörden av och orsaken till anklagelsen mot honom" samtidigt som enligt artikel 7.1 "[I]ngen må fällas till ansvar för någon gärning eller underlåtenhet, som vid tidpunkten för dess begående icke utgjorde ett brott enligt inhemsk eller internationell rätt".

IX — Förslag till avgörande

197. Mot bakgrund av vad som har anförts ovan föreslår jag, till att börja med, att domstolen skall:

— upphäva förstainstansrättens dom i den del de böter som hade påförts klagandena jämte dröjsmålsräntan fastställande,

— ogiltigförklara artiklarna 6 och 7 i kommissionens beslut 93/82/EEG av den 23 december 1992 i ett förfarande enligt artikel 85 i EEG-fördraget (IV/32.448 och IV/32.450: Cewal, Cowac och Ukwal) och enligt artikel 86 i EEG-fördraget (IV/32.448 och IV/32.450: Cewal) i den utsträckning som de berör klagandena.

För övrigt föreslår jag att domstolen skall:

— ogilla överklagandena i deras helhet,

— förplikta klagandena att ersätta svarandens och intervenienten Grimaldi och Cobelfrets rättegångskostnader.