FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

föredraget den 11 februari 2003 [1]

Innehållsförteckning

I — Bakgrund ..... I - 173

II — Förfarandet vid förstainstansrätten och den överklagade domen ..... I - 175

III — Förfarandet vid domstolen ..... I - 178

IV — Överklagandet ..... I - 178

1 — Insynen i akten och de åtgärder för processledning som beslutades av förstainstansrätten ..... I - 179

A — Parternas inställning ..... I - 179

1) Den första grunden (del) ..... I - 179

2) Den andra grunden ..... I - 180

3) Den tredje grunden ..... I - 180

a) Den fjärde delen ..... I - 180

b) Den femte delen ..... I - 181

4) Den fjärde grundens åttonde del ..... I - 181

B — Förstainstansrättens behörighet att besluta om åtgärder för processledning ..... I - 181

C — Bevisbördan har inte omvänts på ett otillbörligt sätt ..... I - 187

D — Tillräcklig motivering avseende förstainstansrättens domar i målen Solvay mot kommissionen och ICI mot kommissionen ..... I - 190

2 — Ett särskilt dokument till vilket tillgång nekades under det administrativa förfarandet: J. Toscanos promemoria (den första grunden — del — och den tredje grundens åttonde del) ..... I - 190

A — Parternas inställning ..... I - 190

B — En ren oenighet om de faktiska omständigheterna ..... I - 191

1 — Originalspråk: spanska.

3 — Bedömningen av viss skriftlig bevisnings relevans ..... I - 191

A — Kalogeropoulos uttalande (den tredje grundens sjätte del och den fjärde grundens första del) ..... I - 191

1) Parternas inställning ..... I - 191

2) Åter ren bevisvärdering ..... I - 192

3) Grundens bristande berättigande ..... I - 193

4) Tillräcklig motivering ..... I - 193

B — Blue Circles promemoria och ytterligare kommentarer om Kalogeropoulos uttalande (den tredje grundens sjunde punkt och den fjärde grundens femte punkt) ..... I - 194

1) Parternas inställning ..... I - 194

2) En grund som kan tas upp till prövning ... . I - 195

3) ... men som är oberättigad ..... I - 195

4) Tillräckligt motiverat svar ..... I - 196

C — Kallelsen till mötet den 14 januari 1983 — Gil Braz de Oliveira — (den fjärde grundens sjätte del) ..... I - 197

1) Parternas inställning ..... I - 197

2) Ytterligare en grund som inte kan tas upp till prövning och som är obefogad ..... I - 197

4 — Böterna ..... I - 198

A — Den tredje grundens trettonde del ..... I - 198

B — Den fjärde grundens fjärde del ..... I - 199

C — Den tredje grundens fjortonde del, tredje argumentet ..... I - 199

D — De kriterier som kommissionen har använt för att påföra böterna ... I - 200

E — Respekten för proportionalitetsprincipen ..... I - 204

V — Rättegångskostnader ..... I - 207

VI — Förslag till avgörande ..... I - 207

1. Irish Cement Limited (nedan kallat Irish) har överklagat dom av den 15 mars 2000 av förstainstansrättens fjärde avdelning i utökad sammansättning i målet Cimenteries CBR m.fl. mot kommissionen. [2]

I — Bakgrund

2. Följande faktiska omständigheter framgår, i för detta överklagande relevanta delar, av den överklagade domen:

— Under månaderna april 1989 till juli 1990 genomförde kommissionens tjänstegrenar, med stöd av artikel 14.2 och artikel 14.3 i rådets förordning nr 17 Första förordningen om tillämpning av fördragets artiklar 85 och 86 (nu artiklarna 81 och 82 EG i ändrad lydelse), [3] inspektionsbesök hos olika europeiska cementproducenter och branschorganisationer inom sektorn. På grund av dessa kontroller beslutade kommissionen den 12 november 1991 att inleda ett administrativt sanktionsförfarande [4] mot, bland andra företag, Irish. [5]

— Den 25 november 1991 översände kommissionen ett meddelande om anmärkningar till 76 företag och företagssammanslutningar som var föremål för förfarandet. Irish fick tillfälle att yttra sig över detta skriftligen och senare, vid förhör mellan den 1 mars och den 1 april 1993, muntligen. [6]

— Meddelandet om anmärkningar, som består av ett enda dokument, översändes inte i sin helhet till vare sig de berörda företagen eller företagssammanslutningarna. En fullständig innehållsförteckning till meddelandet om anmärkningar samt en förteckning över alla handlingar, där det framgick vilka dokument som var tillgängliga för vart och ett av företagen och företagssammanslutningarna, översändes till varje mottagare. Vissa av de företag och sammanslutningar som var föremål för förfarandet begärde att kommissionen skulle tillställa dem de kapitel i meddelandet om anmärkningar som saknades och ge dem tillgång till samtliga handlingar i akten, med undantag för interna och konfidentiella dokument. Kommissionen avslog denna begäran. [7]

— I beslut 94/815/EG, av den 30 november 1994 (nedan kallat beslutet), [8] klandrade kommissionen Irish för föl-

2 — Förenade målen T-25/95, T-26/95, T-30/95–T-32/95, T-34/95–T-39/95, T-42/95–T-46/95, T-48/95, T-50/95–T-65/95, T-68/95–T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 och T-104/95 (REG 2000, s. II-491).

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

4 — Ärende IV/33.126 och 33.322 — Cement.

5 — Punkterna 2 och 3 i domen.

6 — Punkterna 3, 9 och 12 i den överklagade domen.

7 — Punkterna 4–6 i domen.

8 — EGT L 343, s. 1.

jande konkurrensbegränsande beteenden, som i samtliga fall stred mot artikel 85.1 i fördraget: [9]

1) Att från och med den 14 januari 1983 ha deltagit i ett avtal om respekt för hemmamarknaderna och om reglering av handeln med cement mellan länderna (artikel 1). Detta är det så kallade Cembureau-avtalet.

2) Att från och med den 14 januari 1983 till och med den 14 april 1986 ha deltagit i avtal om utbyte av prisuppgifter för att underlätta genomförandet av det avtal som avses i artikel 1 i beslutet, vilka ingicks vid chefsdelegaternas möten och i exekutivkommittén i Cembureau-Association Européenne du ciment (nedan kallad Cembureau) (artikel 2.1).

3) Att från och med den 1 januari 1984 till och med den 31 december 1988, i samma syfte, ha deltagit i samordnade förfaranden om utbyte av uppgifter om

a) de belgiska och nederländska producenternas minimipriser för leverans av cement i lastbil samt om den luxemburgska producentens priser och rabatter,

b) danska och irländska producenters enskilda prislistor samt om gällande prislistor inom cementindustrin i Grekland, Italien och Portugal liksom om genomsnittspriser i Tyskland, Frankrike, Spanien och Förenade kungariket (artikel 2.2).

4) Att från och med den 28 maj 1986 ha deltagit i ett avtal om att upprätta Cembureau Task Force eller European Task Force (artikel 4.1).

5) Att från och med den 17 juni 1986 till och med den 15 mars 1987 ha deltagit i ett samordnat förfarande som syftade till att de grekiska producenterna, särskilt Titan Cement Company S.A., skulle frångå Calcestruzzi som kund (artikel 4.3 a).

9 — Punkt 22 i domen.

6) Att från och med den 14 mars 1984 till och med den 22 september 1989 — inom ramen för European Cement Export Commitee — ha deltagit i ett samordnat förfarande som avsåg ett utbyte av upplysningar om tillgångs- och efterfrågesituationen i importerande tredje länder, exportpriser, importsituationen i medlemsstaterna samt om tillgångs- och efterfrågesituationen på de interna marknaderna, och som syftade till att hindra konkurrenter från att tränga in på respektive nationella marknader inom gemenskapen (artikel 5).

— Kommissionen anmodade Irish att upphöra med de beskrivna överträdelserna och, på marknaderna för vit och grå cement, i framtiden avstå från varje form av avtal eller samordnat förfarande som strider mot den fria konkurrensen (artikel 8) och ålade företaget böter om 3 524 000 ecu. På bötesbeloppet utgick ränta från utgången av betalningsfristen på tre månader från delgivningen av beslutet (artiklarna 9 och 11).

3. Irish var missnöjt med kommissionens beslut och överklagade det till förstainstansrätten.

II — Förfarandet vid förstainstansrätten och den överklagade domen

4. Företaget yrkade i ansökan att beslutet skulle ogiltigförklaras, i likhet med de ålagda böterna eller att dessa skulle sättas ned. I alla händelser yrkade Irish att kommissionen skulle förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna.

5. Genom en åtgärd för processledning som delgavs sökandena i varje mål mellan den 19 januari och den 2 februari 1996 anmodade förstainstansrätten kommissionen att förete vissa dokument. Kommissionen efterkom anmodan den 29 februari 1996 genom att översända [10]

1) meddelandet om anmärkningar såsom det hade delgetts de företag som var föremål för förfarandet, senare sökande,

2) protokollet från förhöret med vart och ett av företagen,

3) förteckningen över alla de dokument som ingick i akten,

10 — Se punkt 163, jämförd med punkterna 5 och 95 i den överklagade domen.

4) lådorna med de dokument som kommissionen hade lagt till grund för sina slutsatser i meddelandet om anmärkningar, och

5) den skriftväxling som ägde rum mellan institutionen och de sökande företagen under det administrativa förfarandet.

6. Två andra åtgärder för processledning delgavs parterna, den första den 2 oktober 1996 och den andra den 18 och den 19 juni 1987, genom vilka förstainstansrätten vidtog nödvändiga åtgärder för att sökandena skulle få insyn i samtliga originalhandlingar i akten, med undantag för dokument innehållande affärshemligheter eller annan konfidentiell information samt kommissionens interna dokument. [11]

7. Sedan de sökande företagen och företagssammanslutningarna givits tillgång till akten i sin helhet, anmodades de av förstainstansrätten att inge en inlaga endast i syfte att exakt avgöra vilka handlingar som inte hade funnits tillgängliga under sanktionsförfarandet och som kunde ha påverkat deras försvar, och att förklara varför det administrativa förfarandet, enligt deras mening, kunde ha fått en annan utgång om de hade haft möjlighet att ta del av handlingarna i fråga. Till inlagan skulle fogas en kopia av de kommenterade handlingarna. Alla sökandena, utom en, [12] inkom med yttranden. Kommissionen svarade samtliga av dem. [13]

8. Irish talan bifölls delvis genom den överklagade domen, i vilken förstainstansrätten fastslog följande:

"— Artikel 1 i beslut 94/815 ogiltigförklaras i den mån som det däri fastställs att sökanden deltog i överträdelsen i fråga efter den 31 december 1988.

— Artikel 2.1 i beslut 94/815 ogiltigförklaras i den mån som det däri fastställs att det ingåtts avtal om utbyte av prisuppgifter vid mötena i exekutivkommittén i Cembureau — Association européenne du ciment, och i den mån som det däri fastställs att sökanden deltog i överträdelsen i fråga efter den 19 mars 1984.

11 — Se punkterna 164–168 i den överklagade domen.

12 — Ciments Luxembourgeois S.A.

13 — Punkterna 169 och 170 i domen.

— Artikel 2.2 i beslut 94/815 ogiltigförklaras vad avser sökanden i den mån som det däri fastställs att de upplysningar som regelbundet utväxlades mellan Cembureau — Association européenne du ciment och dess medlemmar, vad beträffar de belgiska och nederländska priserna, avsåg de minimipriser som tillämpades av producenterna i dessa båda länder vid leveranser av cement med lastbil och, vad beträffar de luxemburgska priserna, de priser inklusive rabatter som tillämpades av producenterna i detta land.

— Artikel 4.1 i beslut 94/815 ogiltigförklaras i den mån som det däri fastställs att sökanden deltog i överträdelsen i fråga före den 9 september 1986 och efter den 31 maj 1987.

— Artikel 4.3 a i beslut 94/815 ogiltigförklaras i den mån som det däri fastställs att sökanden deltog i överträdelsen i fråga före den 9 september 1986.

— Artikel 5 i beslut 94/815 ogiltigförklaras vad avser sökanden.

— Det bötesbelopp som sökanden har ålagts i artikel 9 i beslut 94/815 fastställs till 2 065 000 EUR.

— Talan ogillas i övrigt.

— Sökanden skall bära sina och en tredjedel av kommissionens rättegångskostnader.

— Kommissionen skall bära två tredjedelar av sina rättegångskostnader."

9. Det innebär att förstainstansrätten slog fast att Irish hade gjort sig skyldigt till konkurrensbegränsande beteende genom att ha deltagit i

1) Cembureau-avtalet om respekt för hemmamarknaderna för grå cement (artikel 1 i beslutet), från och med den 14 januari 1983 till och med den 31 december 1988,

2) regelbundet utbyte av prisuppgifter avseende grå cement (artikel 2.1 i beslutet), från och med den 14 januari till och med den 19 mars 1984,

3) regelbundet utbyte av uppgifter om danska och irländska producenters enskilda prislistor samt om gällande prislistor inom cementindustrin i Grek-

land, Italien och Portugal liksom om genomsnittspriser i Tyskland, Frankrike, Spanien och Förenade kungariket från och med den 1 januari 1984 till och med den 31 december 1988 (artikel 2.2 b i beslutet),

4) avtalet om att upprätta European Task Force (artikel 4.1 i beslutet), från och med den 9 september 1986 till och med den 31 maj 1987,

5) det samordnade förfarande som syftade till att de grekiska producenterna skulle fråntas Calcestruzzi som kund (artikel 4.3 a i beslutet), från och med den 9 september 1986 och till och med den 15 mars 1987.

III — Förfarandet vid domstolen

10. Efter det att talan väckts och det skriftliga förfarandet genomförts har domstolen med stöd av sin behörighet enligt artikel 119 i rättegångsreglerna,[14] genom beslut av den 5 juni 2002 underkänt punkterna 1—3, 9—12 och delvis punkt 14 i den tredje grunden, och punkterna 2, 3 och 7 i den fjärde grunden.

11. Avseende de övriga grunderna hölls den 4 juli 2002 gemensam muntlig förhandling som avsåg de sex överklagandena av förstainstansrättens dom, en förhandling till vilken klagandebolagen och kommissionen hade infunnit sig.

IV — Överklagandet

12. Irish har yrkat att den överklagade domen, i de delar den avser Irish, skall upphävas i sin helhet, eller åtminstone delvis, på grund av att beslutet fastställdes. Om detta yrkande inte skulle bifallas har företaget i andra hand yrkat att domstolen skall fastställa att beslutet är en nullitet eller att det skall ogiltigförklaras och i sista hand att bötesbeloppet skall sättas ned. Irish har även yrkat att kommissionen skall förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna.

13. Till stöd för dessa yrkanden har Irish åberopat fyra överklagandegrunder, varav några visserligen är uppdelade i flera delar. Av dessa grunder har domstolen som nämnts underkänt punkterna 1—3, 9—12 och delvis punkt 14 i den tredje grunden, och punkterna 2, 3 och 7 i den fjärde grunden.

14 — Den konsoliderade texten finns publicerad i EGT C 34, 1.2.2001, s. 1.

14. Nedan redovisar jag Irish grunder och kommissionens svar, och analyserar dem för att motivera mina förslag.

1 — *Insynen i akten och de åtgärder för processledning som beslutades av förstainstansrätten*

A — Parternas inställning

1) Den första grunden (del)

15. Irish har gjort gällande att när kommissionen har fattat ett beslut med åsidosättande av väsentliga förfaranderegler har förstainstansrätten rätt att ogiltigförklara det, men inte att i efterhand försöka reparera de fel som har begåtts av institutionen. Den som är föremål för ett sanktionsförfarande har rätt att kräva att förfarandet skall genomföras på ett rättvist sätt i alla sina skeden, och det kan inte antas att utgången, om handläggningen hade skett på korrekt sätt, hade blivit densamma.

16. Enligt klagandebolaget är det första bedömningskriterium som användes av förstainstansrätten adekvat, nämligen att om en handling som inte lämnats ut under det administrativa förfarandet inte har någon objektiv koppling till en av de i beslutet klandrade gärningarna, skulle förfarandet inte ha fått en annan utgång, även om parterna haft tillgång till det. Det andra av de tillämpade kriterierna är dock enligt dess uppfattning olämpligt. När det föreligger ett objektivt samband mellan den icke utlämnade handlingen och de klandrade gärningarna har inte förstainstansrätten rätt att bedöma om, för det fall att handlingen lämnats ut, det skulle ha funnits minsta möjlighet att förfarandet skulle ha fått en annan utgång.

17. Enligt kommissionen har inte förstainstansrätten retroaktivt reparerat förfarandefelen. Den har endast kontrollerat om det åsidosättande av rätten till försvar som har åberopats av klagandena förelåg och i vilken mån denna rätt åsidosattes. Det var inte möjligt att *a priori* fastställa om de handlingar till vilka tillgång nekades under det administrativa förfarandet kunde ha påverkat förfarandets utgång, [15] varför förstainstansrätten gav de klagande företagen och företagssammanslutningarna tillgång till akten i sin helhet, för att de skulle få

15 — Kommissionen har förklarat att förevarande mål skiljer sig från de som behandlades i förstainstansrättens domar av den 29 juni 1995 i mål T-30/91, Solvay mot kommissionen (REG 1995, s. II-1775), och i mål T-36/91, ICI mot kommissionen (REG 1995, s. II-1847), där det fastslogs att vissa handlingar som inte lämnats ut på grund av sin natur var relevanta eftersom de möjliggjorde en annan tolkning av omständigheterna. I domen av samma datum i mål T-37/91, ICI mot kommissionen (REG 1995, s. II-1901), fastslogs däremot att handlingarna i fråga saknade betydelse och inte skulle ha varit till någon som helst nytta för sökanden.

möjlighet att utpeka de handlingar som de kunde ha haft nytta av och beträffande vilka det faktum att de inte var tillgängliga hade en negativ inverkan på deras rätt till försvar.

18. Kommissionen har vidare framhållit att det antagande som ligger till grund för Irish argument är att vägran att lämna ut vissa handlingar är ett förfarandefel som oundvikligen leder till att det slutliga beslutet skall ogiltigförklaras. Detta påstående strider mot rättspraxis och de allmänna rättsprinciperna.

2) Den andra grunden

19. Inom ramen för denna grund har Irish upprepat de argument som anfördes genom den första grunden. Kommissionen har förklarat att klagandebolaget har inskränkt sig till att upprepa att förstainstansrätten inte hade rätt att föranstalta om insyn i akten i det sammanhang som detta skedde, varför den har hänvisat till svaret på den första överklagandegrunden.

3) Den tredje grunden

a) Den fjärde delen

20. Irish har klargjort att kommissionens argument att den varken var skyldig att beakta påståendena om mötenas ekonomiska sammanhang eller de handlingar som har åberopats till stöd för alternativa tolkningar har godtagits i den överklagade domen, [16] medan dess argument att kommissionen, när det finns specifik bevisning som kan ligga till grund för ett annat synsätt, skall beakta denna mot bakgrund av det ekonomiska sammanhanget och de kompletterande handlingarna har avvisats. Genom denna bedömning gjorde sig kommissionen skyldig till en orättvisa och ett åsidosättande av gemenskapsrätten på samma sätt som förstainstansrätten när den godkände dess agerande.

21. Kommissionen har förklarat att motpartens inställning innebär en ytterst abstrakt förenkling, och en sammanblandning av två helt olika begrepp: den rättsliga klassificeringen av bevismedel och bevisvärderingen. För att vidta sanktionsåtgärder använde kommissionen handlingar som förstainstansrätten har betecknat som direkta bevis, varför ekonomiska realiteter som kunde ge en alternativ förklaring till omständigheterna saknade betydelse. I den överklagade domen har dessa bevis värderats och invändningar som framfördes av olika sökande mot hur de tolkades, prövades och avvisades. Enligt kommissionen kan grunden inte tas upp till prövning, eftersom Irish har sökt ifrågasätta förstainstansrättens bevisvärdering.

16 — Punkterna 263, 264, 1243 och 1251.

b) Den femte delen

22. Klaganden har vid överklagandet gjort gällande att förstainstansrättens kriterium fråntar den möjligheten att göra gällande sin rätt till försvar, när kommissionen har åberopat särskild skriftlig bevisning för att styrka en överträdelse.

23. Kommissionen har genmält att förstainstansrätten inte inskränkte sig till att godta att det, i den mån beslutet grundades på direkt och specifik skriftlig bevisning, inte var nödvändigt att pröva de alternativa förklaringar av omständigheterna som lämnades av de företag som var föremål för utredningen. Förstainstansrätten har även analyserat och avvisat de argument som framfördes för att ifrågasätta de faktiska omständigheter som fastställdes av kommissionen med stöd av denna bevisning. För att kontrollera detta är det i fråga om Irish tillräckligt att läsa punkterna 1244—1251 i domen. Kommissionen har tillagt att klagandebolagets argument i detta avseende ter sig så vagt att det är svårt att bemöta och att det inte kan tas upp till prövning i sak, eftersom det innebär att domstolen anmodas att granska förstainstansrättens bedömning av de faktiska omständigheterna.

4) Den fjärde grundens åttonde del

24. Inom ramen för denna grund har Irish kritiserat förstainstansrättens svar på att företaget åberopat förstainstansrättens domar av den 29 juni 1995 i målet Solvay mot kommissionen [17] och ICI mot kommissionen, [18] som det anser otillräckligt. Distinktionen i den överklagade domen mellan dessa två mål och förevarande mål är enligt dess uppfattning uppenbart felaktig, eftersom situationen är densamma i samtliga fallen.

25. Enligt kommissionen har inte klagandebolaget hänvisat till en bristande motivering utan delar helt enkelt inte förstainstansrättens uppfattning och närmare bestämt dess bedömning av de faktiska omständigheterna, varför grunden inte kan tas upp till prövning. Den har vidare tillagt att den är uppenbart obefogad.

B — Förstainstansrättens behörighet att besluta om åtgärder för processledning

26. Beträffande insynen i akten under det administrativa förfarandet har Irish ställt tre helt skilda frågor. Den första, mest abstrakta och omfattande, vilken de två första överklagandegrunderna avser, rör legitimiteten i de beslutade åtgärderna för

17 — Mål T-30/91 (REG 1995, s. II-1775).
18 — Mål T-36/91 (REG 1995, s. II-1847).

processledning och, i synnerhet, huruvida förstainstansrätten hade rätt att besluta dem och avgöra målet mot bakgrund av resultatet av dessa.

27. Den andra frågan, som behandlas i den tredje överklagandegrundens fjärde och femte del, är den påstådda övergången av bevisbördan som följer av förstainstansrättens ståndpunkt angående den direkta och specifika skriftliga bevisningen.

28. Genom den fjärde grundens åttonde del slutligen har Irish kritiserat att förstainstansrätten felaktigt har gjort skillnad mellan förevarande mål och de ovannämnda målen Solvay mot kommissionen och ICI mot kommissionen.

29. För att ta ställning till kritiken angående det administrativa förfarandets rättsenlighet och för att, i tillämpliga fall, rätta till det missförhållande som bestod i att vissa handlingar inte hade varit tillgängliga, anmodade förstainstansrätten kommissionen att översända hela akten, efter vilket rätten ställde den till parternas förfogande, [19] för att de, genom att granska de handlingar de inte fick tillgång till under utredningen, skulle kunna identifiera dem och förklara varför förfarandet kunde ha fått en annan utgång om de varit tillgängliga.

30. I domen analyseras de handlingar som parterna åberopade och de yttranden som framfördes, och avgörande meddelades i fråga om Irish i punkt 29 i domslutet. Detta har redovisats i punkt 8 i detta förslag till avgörande. Förstainstansrätten har fullgjort uppgiften enligt följande princip: klagandenas rätt till försvar skulle ha åsidosatts om det hade funnits minsta möjlighet att det administrativa förfarandet skulle ha fått en annan utgång om de hade kunnat åberopa de handlingar till vilka tillgång nekades. [20]

31. Irish har ifrågasatt förstainstansrättens tillvägagångssätt och har sammanfattningsvis förklarat att när det väl konstaterats att fullständig insyn i akten inte erbjöds under det administrativa förfarandet, borde den ha inskränkt sig till att ogiltigförklara beslutet, eftersom den inte hade rätt att bedöma på vilket sätt de handlingar, till vilka företaget nekades tillgång under det administrativa förfarandet och som ingavs till domstolen, kunde ha lett till en annan

19 — Med undantag för handlingar som innehöll affärshemligheter eller annan konfidentiell information samt kommissionens interna dokument.

20 — Se punkt 241 i domen. Förstainstansrätten skiljer mellan handlingar som inte har något objektivt samband med någon av anmärkningarna, vilka den avvisar från början, och handlingar som har ett sådant samband, avseende vilka den granskar i vilken mån de innehåller uppgifter som kunde ha lett till en annan utgång.

utgång i sanktionsförfarandet. Eftersom så inte skett har förstainstansrätten bortsett från att dess ställning inte är densamma som kommissionens och från effekterna av den tid som förflutit. Som synes har Irish i grunden ifrågasatt förstainstansrättens arbetssätt i den överklagade domen.

32. Förfarandet för att fastställa om artiklarna 81 och 82 EG har åsidosatts har karaktär av ett sanktionsförfarande. Det syftar dels till att få de konkurrensbegränsande förfarandena att upphöra, dels till att det skall vidtas sanktionsåtgärder mot de handlanden som föranledde dem, genom att kommissionen har rätt att ålägga de ansvariga böter. För detta ändamål har institutionen långtgående undersöknings- och utredningsbefogenheter, men det är just på grund av dess karaktär och på grund av att både utrednings- och beslutsbefogenheter samlats till ett och samma organ som rätten till försvar för dem som är föremål för förfarandet skall erkännas och respekteras förbehållslöst. [21]

33. Detta är innebörden av bestämmelserna i förordning nr 17, särskilt i artikel 19, och i kommissionens förordning (EG) nr 2842/98 av den 22 december 1998 om hörande av parter i vissa förfaranden enligt artiklarna 85 och 86 i EG-fördraget, [22] och de har inte givits en annan räckvidd genom domstolens [23] eller förstainstansrättens rättspraxis. [24] Europadomstolen för de mänskliga rättigheterna har utvidgat tillämpningen av garantierna i artikel 6 i Romkonventionen till administrativa förfaranden av disciplinär art. [25] Genom Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna [26] förstärks denna ståndpunkt. Vid sidan av den anklagades rätt till försvar och att få sin sak prövad i en rättvis och offentlig rättegång och inför en oavhängig och opartisk domstol som har inrättats enligt lag, [27] garanteras nämligen även rätten för var och en att yttra sig innan

21 — Om rätten till försvar i konkurrensrättsliga förfaranden, se K. Lenaerts och I. Maselis, "Le justiciable face à la Commission européenne dans les procédures de constatation d'infraction aux articles 81 et 82 CE", publicerat i Journal des tribunaux, nr 5973 (2000), s. 496–504. Av intresse är även L. Goossens, "Concurrence et droits de la défense: la phase administrative devant la Commission", som återges i Journal des tribunaux. Droit européen, nr 52 (1998), s. 169–175, och nr 53 (1998), s. 200–204. Trots att det är relativt gammalt är verket av O. Due, domstolens tidigare ordförande, "Le respect des droits de la défense dans le droit administratif communautaire", publicerat i Cahiers de Droit Européen, nr 1 och 2 (1987), s. 383–396, fortfarande av intresse.

22 — EGT L 354, s. 18. Den har ersatt kommissionens förordning nr 99/63/EEG av den 25 juli 1963 om sådana förhör som avses i artikel 19.1 och 19.2 i rådets förordning nr 17 (EGT L 127, s. 2258; svensk specialutgåva, område 8, volym 1, s. 32), som var gällande vid tidpunkten för det administrativa förfarandet i förevarande mål.

23 — Se bland de senaste domarna exempelvis dom av den 8 juli 1999 i mål C-51/92 P, Hercules Chemicals mot kommissionen (REG 1999, s. I-4235), punkt 75 och följande punkter.

24 — Den dom som är föremål för detta överklagande är ett exempel (se punkterna 142–144 och 240).

25 — Se dom av den 8 juni 1976, Engel m.fl. mot Nederländerna (Serie A, nr 22), angående militära disciplinförfaranden, och av den 23 juni 1981, Le Compte, Van Leuven och De Meyere mot Belgien (Serie A, nr 43), angående disciplinförfaranden i ett läkarsamfund.

26 — EGT C 364, s. 1.

27 — Se artikel 47 andra stycket och artikel 48.2.

en enskild åtgärd som kan beröra honom eller henne negativt vidtas, liksom rätten till insyn i akten. [28]

34. Insynen i akten är ett av de medel som säkerställer rätten till försvar, [29] och inte ett självändamål. [30] Det rättsliga eller administrativa förfarandets formella garantier motiveras av detta mål, nämligen att effektivt skydda varje individs rättigheter och legitima intressen. Ett förfarandefel genom vilket formkraven åsidosätts får rättsliga följder om en parts möjligheter att försvara sig minskar. Med andra ord är rätten till försvar central, det vill säga det saknar betydelse hur många förfarandefel som begås om den berörde trots detta har haft adekvata möjligheter att försvara sig.

35. Den karaktär av medel som rätten till insyn i akten har medför ytterligare en konsekvens. Även om denna rätt har tillgodosetts på ett olämpligt eller felaktigt sätt så att den berördes möjligheter att försvara sig har minskat, skall avgörandet endast ogiltigförklaras om det konstateras att resultatet, om förfaranderegleria hade iakttagits på ett ytterst noggrant sätt, skulle ha kunnat bli ett annat och till den berördes fördel eller om man, just på grund av formfelet, inte kan avgöra om beslutet skulle ha kunnat bli ett annat. I båda fallen skall det slutliga avgörandet ogiltigförklaras och, när det är lämpligt, ärendet återförvisas för rättelse.

36. Ett formfel kan sammanfattningsvis inte frigöra sig från målets sakinnehåll. Om ett meddelat beslut ogiltigförklaras på grund av ett formfel i förfarandet, därför att det på grund av förfarandefelet vid antagandet är felaktigt i sak, beror ogiltigförklaringen på sakfelet i avgörandet, inte på bristen i förfarandet. Formfelet får endast självständig betydelse om det medför att det inte är möjligt att bedöma det meddelade avgörandet.

37. Dessa synpunkter förklarar de åtgärder för processledning som förstainstansrätten vidtog.

28 — Artikel 41.2 första och andra strecksatsen.

29 — Detsamma gäller rätten att yttra sig, att få kännedom om de anmärkningar som riktas mot den berörde, att använda relevanta bevismedel för försvaret eller, i tillämpliga fall, att biträdas av en advokat.

30 — Se generaladvokaten Mischos förslag till avgörande av den 25 oktober 2001 i de förenade målen C-244/99 P och C-251/99 P, kallade PVC, punkterna 331 respektive 125, i vilka det hänvisas till dom av den 15 oktober 2002 i de förenade målen C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P–C-252/99 P och C-254/99 P (REG 2002, s. I-8375).

38. Sedan åsidosättandet av formkraven — att kommissionen nekade tillgång till alla för företagen och företagssammanslutningarna fördelaktiga handlingar i akten — påtalats av dessa, och konstaterats av förstainstansrätten, skulle förfarandefelets inverkan på deras rätt till försvar granskas. För detta ändamål var det nödvändigt att känna till alla förmildrande omständigheter som inte var tillgängliga för dem och dess åsikt om detta. Mot denna bakgrund har förstainstansrätten granskat i vilken mån beslutet, om handlingarna hade varit tillgängliga och hade åberopats vid kommissionen, hade kunnat bli ett annat och för de anklagade mer fördelaktigt.

39. Således har inte förstainstansrätten otillbörligen satt sig i kommissionens ställe. Den har tvärtom inskränkt sig till att inom ramen för sin behörighet, med största noggrannhet, fullgöra sin rättsskipande uppgift, genom att kontrollera huruvida kommissionens sanktionsåtgärder var rättsenliga. I det läget skall bedömningen av det förflutna ske på grundval av samtliga omständigheter som man nu förfogar över, varigenom den blir fullständigare och uttrycker en högre grad av säkerhet. [31]

40. Det finns ingenting otillåtet i det sätt på vilket domstolsförfarandet har handlagts. Den insyn i akten som ombesörjdes av förstainstansrätten var förfarandemässigt "jämställbar" med den som de företag och företagssammanslutningar som var föremål för utredningen borde ha haft under det administrativa förfarandet. Det är riktigt att tiden inte stod stilla mellan de båda tidpunkterna och att händelser följaktligen ägde rum, varav vissa har betydelse för ärendets avgörande och för dess prövning. Ingen av dessa händelser har emellertid inskränkt rätten till försvar för dem som idag har överklagat. Dessutom har förstainstansrätten och parterna inför tvistens avgörande haft tillgång till bedömningsgrunder som de inte hade tidigare, vilket som jag påpekat leder till att avgörandet blir mer korrekt.

41. I mitt förslag till avgörande föredraget denna dag i mål C-204/00 [32] har jag påpekat att det inte finns någon som helst skillnad mellan förstainstansrättens tillvägagångssätt och domstolens rättspraxis. I domen i det ovannämnda målet Hercules Chemicals mot kommissionen slog domstolen fast att om rätten till försvar har åsidosatts kan inte åsidosättandet avhjälpas genom att de berörda företagen senare får ta del av handlingarna i fråga och däri kan finna grunder och argument för sina yrkanden, eftersom de inte därigenom försätts i samma situation som om de hade

31 — Domaren, liksom historikern, rekonstruerar det förflutna och skall därvid sålla bland bevis och vittnesmål för att återge de faktiska omständigheterna såsom de ägde rum. Varken domaren eller historikern kan sätta sig i de personers situation som är föremål för hans utredning, han skall överskrida denna. Om förhållandet mellan rätt och historia, se C. Ginzburg, El juez y el historiador (Consideraciones al margen del proceso Sofri), utgiven av Anaya och Mario Muchnik, Madrid, 1993.

32 — REG 2004, s. I-133, punkt 34.

kunnat grunda sig på samma handlingar i sina skriftliga och muntliga yttranden till kommissionen. [33]

42. Förstainstansrätten har inte *a posteriori* försökt återupprätta den tidigare åsidosatta rätten till försvar, utan har inskränkt sig till att utreda om detta åsidosättande hade ägt rum i ett tidigare skede. [34] När den fann att så hade varit fallet ogiltigförklarades beslutet. [35] Om Irish däremot hade varit i stånd att försvara sig slog den fast att det formfel som begicks under det administrativa förfarandet i själva verket saknar betydelse.

43. Detta är också innebörden av domen i målet Hercules Chemicals mot kommissionen. I punkt 80 i den domen konstateras att det avgörande inte är formfelet betraktat för sig, utan dess inverkan på rätten till försvar, som kan vara obefintlig om det berörda företaget självt inte visar att den bristande kännedomen om vissa bevis till dess fördel berövade det möjligheter att övertyga kommissionen om sin oskuld.

44. Förstainstansrätten har inte heller bortsett från sin egen rättspraxis, såsom den kommer till uttryck i domarna i de ovannämnda målen Solvay mot kommissionen och ICI mot kommissionen. De principer som där slogs fast har tvärtom tillämpats helt korrekt.

45. I båda domarna biföll förstainstansrätten respektive talan om ogiltigförklaring, därför att det med tanke på de handlingar som inte var tillgängliga för parterna under det administrativa förfarandet inte kunde "utesluta[s] att kommissionen skulle ha hävdat en kortare och mindre allvarlig överträdelse och därför ha utdömt ett lägre bötesstraff". [36] I en annan dom meddelad samma dag, även den kallad ICI mot kommissionen, [37] ogillades ett i huvudsak liknande yrkande därför att sökandens rätt till försvar inte hade kränkts. [38]

46. Av den senare domen framgår att det avgörande för förstainstansrätten, och det kunde inte förhålla sig på något annat sätt, är att bristen i förfarandet negativt påverkar rätten till försvar för det företag som är föremål för granskning. Det faktum att förstainstansrätten kommer fram till olika lösningar i målen Solvay mot kommissionen och ICI mot kommissionen respektive i förevarande mål har en enkel förklaring. I de två förstnämnda domarna prövades ett beslut av kommissionen att ålägga de sökande bolagen sanktioner för att de

33 — Punkterna 78 och 79.

34 — Detta kriterium tillämpades nyligen av domstolen i domen i det ovannämnda målet PVC II, punkt 315 och följande punkter, särskilt punkt 325.

35 — Detta är fallet i fråga om företaget Cedest, S.A. (T-38/95). Se punkterna 2211 och 2286 i domen.

36 — Punkterna 98 respektive 108.

37 — Mål T-37/91 (REG 1995, s. II-1901).

38 — Se punkterna 66 och 70.

deltagit i ett samordnat förfarande om en uppdelning av marknader, där dessas agerande, till skillnad från i förevarande mål, endast kunde styrkas genom indirekt bevisning, i huvudsak deras parallella och passiva beteende. [39] I den situationen skulle de bevis till deras fördel som inte kunde användas under ärendets handläggning, genom att de kunde ha givit en alternativ förklaring till det parallella beteendet, ha kunnat påverka indiciernas bevisstyrka. [40] Irish befinner sig i en annan situation. Kommissionen fick kännedom om dess inblandning i händelserna genom direkta och specifika bevis [41] vars innehåll, enligt förstainstansrättens självständiga bedömning, inte motsades av de handlingar som inte var tillgängliga under det administrativa förfarandet.

C — Bevisbördan har inte omvänts på ett otillbörligt sätt

47. Irish har motsatt sig detta synsätt och gjort gällande att det var felaktigt att beteckna den skriftliga bevisningen som direkt och specifik, eftersom den medgav olika tolkningar. Det har tillagt att de handlingar som företeddes vid förstainstansrätten medgav ett annat synsätt än det som redovisades av kommissionen.

48. Denna grund, sålunda beskriven, kan inte tas upp till prövning eftersom den rör fastställelsen av omständigheterna i tvisten, något som ankommer på förstainstansrätten som har till uppgift att värdera den disponibla bevisningen. Kassationsdomstolen skall endast gå in på detta område om en bestämmelse eller allmän rättsprincip i gemenskapsrätten har åsidosatts vid bevisupptagningen eller om så har skett avseende reglerna om bevisbörda och bevisvärdering vid bevisvärderingen på grund av att denna har varit ologisk eller godtycklig och följaktligen innebär att bevisningen har missuppfattats. Domstolen kan endast avhjälpa förstainstansrättens felaktiga rättstillämpning, aldrig fastställa omständigheterna, med undantag för kontrollen av den rättsliga bedömningen av dessa omständigheter. [42]

39 — Se punkt 61 i domen i målet Solvay mot kommissionen och punkt 71 i domen i målet ICI mot kommissionen.

40 — Se punkterna 98 respektive 108 i de båda domarna.

41 — Se punkterna 263 och 264 i den överklagade domen.

42 — Se punkt 27 i mitt förslag till avgörande av den 3 maj 2001 i mål C-315/99 P där dom meddelades den 10 juli 2001, Ismeri mot revisionsrätten (REG 2001, s. I-5281), och de domar som nämns i fotnot 17 i det förslaget till avgörande, samt punkt 19 i själva domen i målet Ismeri mot revisionsrätten. Se bland de senare avgörandena från domstolen dom av den 21 juni 2001 i de förenade målen C-280/99 P–C-282/99 P, Moccia Irme m.fl. mot kommissionen (REG 2001, s. I-4717), punkt 78.

49. Ingen av ovannämnda omständigheter är för handen i förevarande mål, och klagandebolaget har inte heller påstått detta, utan har inskränkt sig till att ifrågasätta förstainstansrättens bedömning av den direkta skriftliga bevisningen och av de handlingar som inte stod till parternas förfogande under handläggningen av ärendet, men som tillhandahölls under domstolsförfarandet.

50. Grunden är under alla omständigheter oberättigad och skall därför underkännas.

51. Beslutet grundades inte på "företagens parallella agerande på marknaden",[43] en anmärkning i domen som förts in i texten för att bestrida möjligheten att handlingarna kunde ge en alternativ ekonomisk förklaring till de bötfällda företagens handlande.[44]

52. Genom detta synsätt ges full mening åt det av förstainstansrätten tillämpade kriteriet, som innebar en begränsning av de bevis som kunde rubba kommissionens fastställelse av de faktiska omständigheterna till "dokument som har direkt anknytning till de överträdelser" som sökandena tillskrivs i beslutet.[45] Således är regeln korrekt som innebär att rätten till försvar har åsidosatts om de uppgifter som har varit oåtkomliga under det administrativa förfarandet kan vederlägga den bevisning som användes av kommissionen,[46] och inte bara ge alternativa eller kompletterande förklaringar, som kan vara helt oantastliga, men som inte motsäger de handlingar som åberopades i beslutet.

53. Det räcker med ett exempel för att visa detta. Kommissionen slog på grundval av vissa handlingar[47] fast att konkurrensbegränsande överenskommelser ingicks vid de möten mellan europeiska cementproducenter som hölls den 14 januari 1983, den 19 mars respektive den 7 november 1984. Det förefaller rimligt att fastställa gränsen för ett åsidosättande av rätten till försvar med utgångspunkt från bevis som kunde ha vederlagt innehållet i dessa handlingar, ett krav som har fastställts av förstainstansrätten när den talar om ett "objektivt samband" med en av de anmärkningar som framställdes i beslutet.[48]

54. Kommissionen ansåg, med stöd av handlingarna i akten, att Cembureau och dess direkta medlemmar vid chefsdelegaternas möte den 14 januari 1983 ingick ett

43 — Punkt 264 i den överklagade domen.

44 — Se punkterna 264 och 1116 i allmänhet och beträffande Irish i synnerhet, punkterna 1243–1251.

45 — Punkt 262 i förstainstansrättens dom.

46 — Se punkt 263 i den överklagade domen.

47 — De som anges i punkterna 18, 19 och 45 i beslutet.

48 — Se punkt 247.

avtal om respekt för de nationella marknaderna och reglering av den internationella försäljningen, vars innehåll bekräftades vid mötena den 19 mars och den 7 november 1994. En kränkning av klagandebolagets rätt till försvar förelåg endast om det för bolaget hade varit omöjligt att använda bevisning som vederlade påståendet att överenskommelsen i fråga hade antagits och godkänts vid dessa möten, eller som klart visade att bolaget, även om det deltog i mötena, tog avstånd från överenskommelsen.

55. När det väl visats att avtalet antogs och godkändes vid dessa möten saknar den eventuella användningen av bevisning som kunde ge en alternativ ekonomisk förklaring till Irish beteende betydelse och följaktligen kunde inte det faktum att denna inte beaktades under handläggningen av ärendet innebära att bolagets rätt till försvar åsidosattes. En noggrann läsning av punkterna 1243–1251 i domen ger vid handen att de handlingar som företaget inte hade tillgång till kunde betecknas som "främmande" och ovidkommande för dess försvar, eftersom de inte var ägnade att vederlägga den direkta bevisning som låg till grund för beslutet.

56. Med andra ord fastslog kommissionen på grund av vissa bevis [49] att de företag och företagssammanslutningar gentemot vilka den beslutade att vidta sanktionsåtgärder hade gjort sig skyldiga till de konkurrensbegränsande beteenden som angavs i de sju första artiklarna i beslutet. Irish önskade i sin tur åberopa vissa handlingar därför att de gav en annan version av händelserna, men kommissionen nekade företaget tillgång till denna bevisning. Förstainstansrätten har på ett fullgott sätt fullgjort sin dömande uppgift och har återställt situationen genom att främja parternas rätt till försvar, och ge sökandena tillgång till akten i sin helhet. Efter att ha hört dem i denna fråga slog den fast att de berörda handlingarna inte kunde leda till en annan tolkning av händelserna.

57. Detta tillvägagångssätt innebär inte att bevisbördan, som hela tiden vilade på kommissionen, [50] kastades om. Denna hade hela tiden att visa att Irish och övriga företag, gentemot vilka sanktionsåtgärder vidtagits, hade deltagit i händelserna. När kommissionen väl fullgjort denna skyldighet ankom det dock på de anklagade företagen och företagssammanslutningarna att vederlägga bevisningen med alla de medel som stod till deras förfogande. Förstainstansrätten ansåg, med tillämpning

49 — De som anges i punkterna 18, 19 och 45 i beslutet.

50 — Inte utan anledning ankom det på kommissionen att upphäva presumtionen för de anklagade företagen och företagssammanslutningarnas oskuld.

av det prövningskriterium som fastställdes i punkterna 241 och 247 i domen, att formfelet, nämligen att dessa handlingar inte var tillgängliga under det administrativa förfarandet, saknade betydelse för rätten till försvar för de företag och företagssammanslutningar som var föremål för utredning.

D — Tillräcklig motivering avseende förstainstansrättens domar i målen Solvay mot kommissionen och ICI mot kommissionen

58. Denna grund består i en ren oenighet i fråga om det kriterium som förstainstansrätten har tillämpat i detta avseende i den överklagade domen, och som jag i punkterna 44—46 har påpekat är riktigt.

59. Mot bakgrund av dessa överväganden skall ovannämnda grunder för Irish talan underkännas.

2 — *Ett särskilt dokument till vilket tillgång nekades under det administrativa förfarandet: J. Toscanos promemoria (den första grunden — del — och den tredje grundens åttonde del)*

A — Parternas inställning

60. Irish har upprepat sin kritik av förstainstansrättens prövningskriterium för att utreda om kommissionens formella underlåtenhet medförde att de bötfällda företagen och företagssammanslutningarna inte längre var i stånd att försvara sig. I den första grundens två sista stycken har Irish tillagt att kommissionen, med hjälp av de handlingar som bolaget nekades tillgång till, kunde ha påverkats på olika sätt, som alla kunde ha varit förmånliga för de företag som var under utredning.

61. Företaget har som exempel nämnt J. Toscanos promemoria som klargjorde syftet med chefsdelegaternas möte den 14 januari 1983. Dessutom skulle Kalogeropoulos uttalande ha gjort det möjligt att förklara vissa cementproducenters reaktion på det grekiska problemet (European Task Force eller Cembureau Task Force) som ett uttryck för ett mer informellt, men också äldre, avtal mellan de främsta producenterna i Europa.

62. Irish har i den tredje grundens åttonde del tillagt att J. Toscanos promemoria var relevant som motbevisning i åtminstone två avseenden. För det första stödde den argumentet att det inte fanns ett hemligt syfte med mötet den 14 januari 1983. För det andra utgjorde den ett protokoll över de diskussioner som faktiskt fördes vid mötet, medan den skriftliga bevisning som åbero-

pades av kommissionen endast avsåg förberedande handlingar.

63. Enligt kommissionen har inte domstolen rätt att uttala sig om förstainstansrättens bedömning av nämnda handlingar.

B — En ren oenighet om de faktiska omständigheterna

64. Hur än Irish försöker visa motsatsen sträcker sig inte företagets resonemang utöver fastställelsen av de faktiska omständigheterna i tvisten. Det har angivit ett annat sätt att betrakta omständigheterna som på intet sätt visar att förstainstansrättens bedömning av den samlade bevisningen är godtycklig eller ologisk.

65. Med tillämpning av prövningskriteriet i punkt 241, vars riktighet jag har konstaterat ovan, fastställs i den överklagade domen att de omständigheter som framkom inte kunde ha ändrat kommissionens framställning av de faktiska omständigheterna. Enligt förstainstansrätten visar J. Toscanos promemoria nämligen att högst aktuella frågor rörande cementsektorn behandlades vid chefsdelegaternas möte den 14 januari 1983, men den motsäger inte att konkurrensbegränsande avtal ingicks, en slutsats som kommissionen kommer fram till med ledning av direkt skriftlig bevisning.[51] Således påverkar den diskussion som Irish vill föra varken bevisvärderingen eller fastställelsen av omständigheterna i tvisten.

66. Detsamma gäller inrättandet av European Task Force vid mötet i Baden-Baden.

3 — *Bedömningen av viss skriftlig bevisnings relevans*

A — Kalogeropoulos uttalande (den tredje grundens sjätte del och den fjärde grundens första del)

1) Parternas inställning

67. Enligt Irish kan inte den skriftliga bevisning som kommissionen har åberopat till stöd för beslutet ligga till grund för

51 — De som anges i punkterna 18, 19 och 45 i beslutet. I domen, se punkt 1122 och följande punkter (särskilt punkterna 1130–1132).

detsamma. Detta står särskilt klart i fråga om uttalandet av Kalogeropoulos, Heracles styrelseordförande sedan den 1 juni 1986, som förstainstansrätten bedömer felaktigt när den slår fast att "[d]et skall vidare påpekas att kommissionens slutsats att den överträdelse som avses i artikel 1 i det ifrågasatta beslutet påbörjades den 14 januari 1983 och inte vid ett tidigare datum, med hänsyn till det trettioåriga avtal som Kalogeropoulos har hänvisat till, på intet sätt är till men för sökandena och den påverkar inte heller uttalandets bevisvärde vad gäller själva förekomsten av en överenskommelse mellan de europeiska cementproducenterna". [52]

68. Irish har tillagt att förstainstansrätten i abstrakt bemärkelse kan ha rätt när den i punkt 906 i domen slår fast att den omständigheten att det år 1986 fanns en cirka trettio år gammal överenskommelse mellan de europeiska cementproducenterna om respekt för hemmamarknaderna inte utesluter att det vid mötet den 14 januari 1983 fanns en gemensam vilja i samma riktning. Företaget anser dock att detta konstaterande saknar betydelse som stöd för kommissionens ståndpunkt i fråga om att ett avtal antogs vid nämnda möte.

69. Beträffande bevisningen avseende innehållet i de diskussioner som fördes vid mötet den 14 januari 1983 bekräftade förstainstansrätten kommissionens bedömningar, som tvärtemot vad som hävdas i överklagandet, inte är oförenliga med Kalogeropoulos uttalande.

70. Kommissionen har även framhållit att klagandebolaget inte kommenterade frågan vid förstainstansrätten, utan endast betecknade uttalandet från nämnda person som oförenligt med påståendet att ett avtal hade antagits den 14 januari 1983 vid chefsdelegaternas möte, och att det argumentet prövades i punkt 904 och följande punkter i domen.

2) Åter ren bevisvärdering

71. En närmare granskning av innehållet i Irish påstående visar att det inskränker sig till en oenighet med förstainstansrättens bedömning av Kalogeropoulos uttalande att det "mellan samtliga europeiska cementproducenter har ... funnits och [fortfarande finns] en överenskommelse om att inte träda in på andras nationella områden". [53] Enligt förstainstansrätten är detta uttalande ett otvetydigt indicium på att det sedan länge funnits en överenskommelse mellan

52 — Klagandebolagets understrykning.

53 — Se punkt 903 i domen.

de europeiska cementproducenterna, vilket bekräftades vid mötet den 14 januari 1983. Enligt förstainstansrätten föranledde denna osäkerhet kommissionen att fastställa överträdelsens början till den tidpunkt då nämnda möte hölls.

72. Irish delar helt enkelt inte denna uppfattning, som inte är behäftad med några fel som enligt domstolens rättspraxis,[54] vid ett överklagande, och undantagsvis, skulle göra omständigheterna i tvisten tillgängliga för korrigering, sedan det konstaterats att ett rättsligt fel föreligger.

3) Grundens bristande berättigande

73. Grunden kan således inte tas upp till prövning, men den saknar även berättigande. Kommissionen har inte lagt Kalogeropoulos uttalande till grund för att fastställa den överträdelse för vilken sanktionsåtgärder vidtogs. Att Cembureau-avtalet existerade framgick av de bevis son nämns i punkterna 18, 19 och 45 i beslutet att vidta sanktionsåtgärder. Nämnda uttalande är som förstainstansrätten har framhållit ytterligare ett indicium som stärker den slutsats som dragits på grundval av de bevis till vilka det hänvisas i nämnda punkter i beslutet, nämligen att ett sedan länge befintligt avtal om uppdelning av marknaderna bekräftades vid mötet den 14 januari 1983.

74. Som kommissionen har framhållit i svaromålet, föreligger inte någon som helst motsättning mellan de omständigheter som fastställdes i beslutet med utgångspunkt från de handlingar som visade innehållet i diskussionerna vid mötet den 14 januari 1983 och uttalandet från Heracles styrelseordförande.

4) Tillräcklig motivering

75. Irish har hävdat att förstainstansrätten inte prövade dess argument att det faktum att det sedan länge fanns ett avtal om uppdelning av marknaderna saknade betydelse för att visa att ett avtal antogs under nämnda möte år 1983. Det räcker att läsa punkt 903 och följande punkter i domen för att konstatera att detta påstående inte är korrekt.

76. Företaget har även kritiserat att det inte har fått svar på sitt påstående om den politiska dimensionen i Kalogeropoulos

54 — Se ovan punkt 48.

uttalande och om de konsekvenser som bör knytas till denna omständighet. Jag hänvisar till punkt 907 i domen, där argumentet besvaras uttömmande.

77. Man måste erinra sig att den motivering som krävs av gemenskapsinstitutionerna [55] och närmare bestämt i domstolarnas avgöranden, inte kräver ett resonemang som ordagrant följer de argument som har framförts av parterna i tvisten, utan att det är tillräckligt att motiveringen ger dem som berörs därav kännedom om skälen för den vidtagna åtgärden och, i förekommande fall, att den behöriga domstolen får tillgång till det bedömningsunderlag som krävs för att den skall kunna utöva sin prövningsrätt. [56]

B — Blue Circles promemoria och ytterligare kommentarer om Kalogeropoulos uttalande (den tredje grundens sjunde punkt och den fjärde grundens femte punkt)

1) Parternas inställning

78. Irish anser att Kalogeropoulos uttalande och vissa av Blue Circles interna promemorior inte kunde användas mot företaget, eftersom det inte tog del i upprättandet av dessa och inte hade möjlighet att ställa frågor till upphovsmännen. Detta argument, som framfördes första gången under förhandlingen vid förstainstansrätten, underkändes i punkt 1399 i domen, utan att det fastställdes att det inte kunde tas upp till prövning. Då det har underkänts därför att det administrativa förfarandet inte innehåller föreskrifter om någon form av *cross-examination*, har förstainstansrätten enligt klagandebolaget åsidosatt bolagets rätt till försvar.

79. Kommissionen har genmält att grunden inte kan tas upp till prövning eftersom den framfördes först under förhandlingen. Den har genast därefter hävdat att grunden inte kan godkännas i sak, eftersom gemenskapsrätten på konkurrensområdet inte föreskriver någon allmän uteslutningsregel som den som har åberopats av klagandebolaget. Den har tillagt att Irish argument har avvisats i domen, inte bara därför att något "korsförhör" inte föreskrivs i förfaranderegelerna, utan framför allt därför att det inte kan underminera den huvudsakliga skriftliga bevisning som kommissionen använde för att påvisa Cembureau-avtalet och Irish delaktighet i detta.

80. Klagandebolaget anser även att förstainstansrätten inte har prövat argumentet att det avtal som avses i Blue Circles interna promemorior inte är Cembureau-avtalet,

55 — Se artikel 253 EG.

56 — Se bland de senaste rättsfallen dom av den 19 oktober 2000 i de förenade målen C-15/98 och C-105/99, Italien och Sardegna Lines mot kommissionen (REG 2000, s. I-8855), punkt 65, och av den 25 oktober 2001 i mål C-120/99, Italien mot rådet (REG 2000, s. I-7997), punkt 28.

som antogs vid chefsdelegaternas möte den 14 januari 1983, eller det avtal som avses i Kalogeropoulos uttalande.

81. Enligt kommissionen har klagandebolaget genom denna grund på nytt försökt hävda att åtgärder knutna till ett annat avtal, till vilket det inte är part, har förekommit. Förstainstansrätten har under alla omständigheter besvarat dessa argument och, i synnerhet, påståendet att importen från Tyskland skulle vara oförenlig med förekomsten av Cembureau-avtalet.

2) En grund som kan tas upp till prövning ...

82. Det är riktigt att det resonemang som framförs i den tredje grundens sjunde del redovisades första gången under förhandlingen vid förstainstansrätten, men det är också så att den domstolen inte alls avvisade det på grund av att det framförts vid fel tidpunkt, utan i stället prövade det i sak, även om prövningen ledde till att det underkändes.

83. Kassationsdomstolen kan inte bortse från en försvarsargumentation som togs upp vid fel tidpunkt, men som förstainstansrätten, som disponerar över förfarandet och leder förhandlingen, inte avvisade för att den framförts för sent, utan bedömde som relevant för sin prövning.

3) ... men som är oberättigad

84. För prövningen av denna överklagandegrund är det inte nödvändigt att undersöka om "korsförhöret" och följderna av att inte genomföra ett sådant är verksamma inom ramen för gemenskapens administrativa sanktionsförfarande på konkurrensområdet. Detta är en diskussion som skall föras i ett sammanhang, ingående och tillräckligt lugnt när det är påkallat, men inte i ett mål som det förevarande, där frågan har tagits upp nästan i förbigående, vid fel tidpunkt under förfarandet och där den inte är nödvändig för att behandla klagandebolagets yrkande.

85. Svaret kan ges från ett mera sekundärt plan, med utgångspunkt från nyttohänsyn. Även om man ansluter sig till klagandebolagets ståndpunkt och kommer till slutsatsen att Blue Circles interna promemorior inte kunde användas mot detta, skulle beslutets innehåll ändå inte ändras.

86. I punkt 1399 i den överklagade domen förklaras entydigt att det faktum att Blue Circles interna promemorior inte kan användas som motbevisning lämnar de handlingar som nämns i punkt 19 i beslutet opåverkade. Dessa låg till grund för kommissionens slutsats, grundad på en bedömning som stöddes av förstainstansrätten, att Cembureau-avtalet antogs vid chefsdelegaternas möte den 14 januari 1983, och senare godkändes vid mötena den 19 mars och den 7 november 1984, där företrädare för Irish deltog. [57]

87. Om klagandebolaget gavs rätt i sak i fråga om denna grund kunde yrkandet ändå inte bifallas, eftersom företagets skuld, enligt förstainstansrätten, som förfogar över bevisvärderingen i förfarandet, styrks av annan bevisning även om Blue Circles interna promemorior undanröjdes som motbevisning.

88. Under dessa omständigheter kunde Irish inte göra gällande att det drabbats av ett orättvist förfarande, eftersom det bötfällts med stöd av bevisning som vederlägger dess påstående att det inte är skyldigt, bland annat kallelsen till mötet den 14 januari 1983 och utkastet till ordförandens inledningsanförande, protokoll från mötena den 19 mars och den 7 november 1984, bevis som enligt kommissionen och förstainstansrätten innehöll uppgifter som Blue Circles promemorior endast bekräftade. [58]

4) Tillräckligt motiverat svar

89. Mot bakgrund av innehållet i den överklagade domen går det inte att förstå Irish kritik angående den bristande motiveringen avseende bevisvärdet av Blue Circles interna promemorior och de uppgifter om de faktiska omständigheterna som framgår av dessa. Punkterna 875—901 är mer än tillräckliga i detta avseende.

90. I synnerhet behandlades argumentet angående den bristande överensstämmelsen mellan det avtal som avses i nämnda promemorior och Cembureau-avtalet i punkterna 876, 878 och 881, och argumentet angående importen från Förbundsrepubliken Tyskland i punkt 897.

91. Jag misstänker att klagandebolaget har förväxlat en bristande motivering med en

57 — Se punkterna 921—1095, 1344, 1345, 1350 och 1352 i domen, som nämns i punkt 1399.

58 — Se punkt 45.3 i beslutet.

motivering som inte överensstämmer med dess yrkande. Beträffande räckvidden av detta krav som gäller alla domstolsavgöranden, se mina synpunkter i punkt 77 ovan.

korrekt i domen (punkterna 930–941).

2) Ytterligare en grund som inte kan tas upp till prövning och som är obefogad

C — Kallelsen till mötet den 14 januari 1983 — Gil Braz de Oliveira — (den fjärde grundens sjätte del)

94. Denna överklagandegrund har två aspekter. Det är utifrån den första aspekten uppenbart att grunden inte kan tas upp till prövning. Vidare är grunden utifrån den andra aspekten obefogad.

1) Parternas inställning

92. Irish förklarade vid förstainstansrätten att Gil Braz de Oliveiras skrivelse inte var en kallelse till chefsdelegaternas möte den 14 januari 1983, eftersom denne inte hade agerat i egenskap av officiell företrädare för Cembureau, utan som företrädare för sammanslutningen gentemot Irland och Danmark, stater med vilka han delade en plats i exekutivkommittén. Irish har tillagt att förstainstansrätten, trots att den medgav att handlingen givits fel beteckning, har framhärdat i att tillskriva handlingen en betydelse som den inte har, varför dess bevisvärde bör ifrågasättas.

95. Irish argument utgör ett ifrågasättande av förstainstansrättens bevisvärdering och kan följaktligen inte tas upp till prövning.

96. Förstainstansrätten har medgivit att två versioner av kallelsen till mötet föreligger. En "officiell" version riktad till alla medlemmar i sammanslutningen och en annan undertecknad av Gil Braz de Oliveira, ledamot av Cembureaus exekutivkommitté, som endast riktades till Aalborg och Irish, av vilken kommissionen drog slutsatsen att mötet den 14 januari 1983 syftade till att fastställa "spelregler" för den europeiska cementmarknaden. Det avsnitt som gjorde det möjligt för kommissionen att dra denna

93. Kommissionen har erinrat om att Gil Braz de Oliveiras skrivelse har bedömts

slutsats fanns inte i den "officiella" skrivelsen. Förstainstansrätten slog fast att den andra kallelsen "på intet sätt [motsäger] innehållet i Gil Braz de Oliveiras skrivelse",[59] vars betydelse för att visa syftet med mötet den 14 januari 1983 är relevant av skäl som anges i punkterna 936–941 och 977–987 i avgörandet.

97. Som framgår avser den ståndpunkt som redovisas i grunden endast bevisområdet, och klagandebolaget har inte angivit varför, eller ens påstått att, några av de villkor som krävs för att domstolen skall befatta sig med detta område och korrigera förstainstansrättens bedömning är uppfyllda.

98. Grunden saknar berättigande, om det Irish avser med sin kritik är att förstainstansrätten inte har prövat bolagets invändningar i detta avseende. Jag hänvisar domstolen till punkterna 930–941 i den överklagade domen.

4 — *Böterna*

99. Sedan beslutet att inte ta upp vissa av Irish grunder till prövning meddelats, återstår dess tvådelade kritik angående de böter som ålades genom beslutet, och som sattes ned av förstainstansrätten. Den första kritiken avser den distinktion som kommissionen gjorde mellan direkta och indirekta deltagare vid chefsdelegaternas möten (den tredje grundens trettonde del och den fjärde grundens fjärde del). Den andra kritiken gäller proportionalitetsprincipen (den tredje grundens fjortonde del, tredje argumentet).

100. Jag kommer att granska den tvådelade kritiken i ett sammanhang sedan parternas inställning har redovisats.

A — Den tredje grundens trettonde del

101. Irish har kritiserat förstainstansrätten för att den har godkänt kommissionens distinktion mellan direkta och indirekta deltagare vid chefsdelegaternas möten, eftersom det anser att den är felaktig och leder till absurda resultat.

102. Enligt kommissionen rör klagandebolagets ifrågasättande bevisvärderingen och kan inte behandlas inom ramen för ett överklagande. Under alla omständigheter är distinktionen berättigad.

59 — Se punkt 935 i domen.

B — Den fjärde grundens fjärde del

103. Inom ramen för den första kritiken har Irish klandrat förstainstansrätten för att den inte har prövat bolagets argument att distinktionen mellan direkta och indirekta deltagare får orimliga följder. Irish har givit ett exempel. Klagandebolaget var den ende cementproducenten i Irland. Quirke var den irländske representanten vid mötet den 14 januari 1983, av vilket kommissionen drog slutsatsen att denne var anställd hos bolaget, varför bolagets deltagande vid mötet inte kunde ifrågasättas. Om det vid den aktuella tidpunkten däremot hade funnits en annan irländsk cementproducent, skulle Quirkes närvaro vid mötet, trots att han var anställd hos Irish, inte ha lett till slutsatsen att han representerade detta och Irish hade endast hållits ansvarigt för att ha vidtagit åtgärder för att genomföra Cembureau-avtalet.

104. Kommissionen anser att förstainstansrätten, även om den skall fastställa om det visats att Irish anslöt sig till överenskommelsen, inte är skyldig att pröva detta argument, som är vilseledande.

C — Den tredje grundens fjortonde del, tredje argumentet

105. Enligt klagandebolaget innehåller den överklagade domen ett uppenbart bedömningsfel i punkt 4964, där det slås fast att kommissionens granskning utgör en relevant bedömning av omfattningen av de enskilda företagens ansvar för överträdelsen. Det är inte korrekt att fastslå att de som deltar på ett underordnat sätt genom att vidta obetydliga åtgärder för att genomföra ett konkurrensbegränsande avtal, skall påföras sanktioner på samma sätt som företag som på ett avgörande sätt har främjat och genomfört detsamma. Detta synsätt strider mot proportionalitetsprincipen, avskräcker inte dem som hade ett större ansvar för delaktigheten i överenskommelsen och innebär att en oproportionerlig sanktionsåtgärd vidtas mot företag vars ansvar var lindrigare.

106. Irish har tillagt att förstainstansrätten har bortsett från kriterier som fastställdes av domstolen i domen i målet Musique diffusion française m.fl. mot kommissionen.[60]

107. Irish har avslutningsvis påpekat att förstainstansrätten inte har granskat argumenten till stöd för att bolagets beteende inte direkt kunde påverka avskärmningen av de nationella marknaderna och att det inte skulle hänföras till företagskategorin med ett större ansvar. Förstainstansrätten har själv medgivit att bolagets deltagande i den överträdelse för vilken böter föreskrevs i artikel 2.2, och som beskrivs i kapitlen 4–6 i beslutet, var i det närmaste obefintligt eller i alla händelser begränsat, varför dess

60 — Dom av den 7 juni 1983 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).

ansvar borde vara detsamma. Detta konstaterande är oförenligt med det faktum att böterna kvarstod.

108. Kommissionen har gjort gällande att detta argument från Irish inte kan tas upp till prövning, eftersom det inte avser en felaktig rättstillämpning, utan det sätt på vilket förstainstansrätten har bedömt överträdelsens allvar och fastställt bötesbeloppet. Den har tillagt att bötesbelopp under alla omständigheter sattes ned i domen.

109. I sak har kommissionen gjort gällande att böterna har ålagts med beaktande av Cembureau-avtalet i dess helhet. Skilda böter har inte beräknats för var och en av åtgärderna för att genomföra avtalet.

D — De kriterier som kommissionen har använt för att påföra böterna

110. För att pröva denna grund bör beslutstextens disposition och de kriterier som har använts för att påföra böter beskrivas.

111. I beslutet behandlas två skilda marknader, marknaden för grå cement och marknaden för vit cement. Såvitt avser den första marknaden påtalas antagandet av Cembureau-avtalet, genom vilket man kom överens om att respektera de nationella marknaderna och att reglera handeln med cement mellan länderna. I artiklarna 2—6 återges bilaterala eller multilaterala beteenden som syftade till att genomföra eller underlätta genomförandet av "ett fortlöpande" samordnat förfarande, eller att undanröja hindren för dess effektivitet, som exempelvis det "grekiska hotet". Artikel 7 avser konkurrensbegränsande beteenden på marknaden för vit cement.

112. Kommissionen fastställde separata sanktioner för de överträdelser som avsåg den ena respektive den andra marknaden. [61]

113. Irish anklagades endast för konkurrensbegränsande beteenden på marknaden för grå cement, och i fråga om denna beslutade kommissionen att inte påföra en sanktion för varje beteende för sig, utan påförde varje företag ett sammanlagt bötesbelopp, med tanke på sambandet mellan

61 — Se punkt 65.7 i beslutet.

Cembureau-avtalet och alla åtgärder för dess tillämpning. [62] Detta tillvägagångssätt är legitimt och grundas på kommissionens rätt att fatta beslut avseende flera överträdelser i ett och samma beslut. [63]

114. Kommissionen ansåg dessutom att alla företag och företagssammanslutningar som beslutet riktades till hade anslutit sig till Cembureau-avtalet och den redovisade de omständigheter som låg till grund för konstaterandet av vart och ett av företagens deltagande. Kommissionen påpekade således angående Irish att företaget i egenskap av Cembureau-medlem anslöt sig till avtalet eller principen att respektera de nationella marknaderna vid den tidpunkt då avtalet diskuterades och godkändes, och att det även deltog i antagandet av åtgärder och avtal som syftade till att fylla ut detta för att bidra till dess tillämpning. [64]

115. "Kommissionen har emellertid vid denna generella bedömning även tagit hänsyn till de enskilda företagens roll vid antagandet av avtalet" och vid olika ageranden och åtgärder som beslutades som komplement till avtalet eller som ett led i dess tillämpning. Den har även beaktat dessa agerandens och åtgärders respektive varaktighet. [65]

116. Enligt denna ståndpunkt skilde kommissionen mellan två grupper av företag och företagssammanslutningar. Å ena sidan avsågs de som deltog i Cembureau-avtalet och å andra sidan övriga företag, vars inblandning var mindre avgörande och mindre allvarlig. [66]

117. Inom den första kategorin urskilde kommissionen tre undergrupper: 1) den första gruppen, dit Irish hör, består av de företag och företagssammanslutningar som, genom sin anslutning till Cembureau, deltog direkt genom att ingå avtalet om respekt för de nationella marknaderna, och de direkta skyddsåtgärderna för dessa marknader, 2) en andra undergrupp består av de företag som genom sina högsta chefer agerade som chefsdelegater inom Cembureau antingen när avtalet antogs eller vid dess genomförande och 3) en sista grupp som består av de företag som deltog i åtgärderna för att genomföra avtalet med syfte att skydda de nationella marknaderna. [67]

62 — Se punkt 65.8 första strecksatsen i beslutet.

63 — Se dom av den 16 december 1975 i mål 40/73, Suiker Unie m.fl. mot kommissionen (REG 1975, s. 1663), punkt 111. Angående fastställelsen av bötesbelopp vid komplicerade överträdelser, se E. David, "La détermination du montant des amendes sanctionnant les infractions complexes: régime commun ou régime particulier?", Revue trimestrielle de droit européen, nr 36 (3), juli–september 2000, s. 511–545.

64 — Se punkt 65.3 a och punkt 65.9 a första strecksatsen i beslutet.

65 — Punkt 65.9 första stycket i beslutet. Se även punkt 4950 i domen. Kommissionen "har ... fastställt ett sammanlagt bötesbelopp för varje företag för dess deltagande i Cembureau-avtalet eller Cembureau-principen och åtgärderna för att genomföra detta" (punkt 65.8 andra strecksatsen).

66 — Punkt 65.9 a och 65.9 b i beslutet.

67 — Punkt 65.9 a i beslutet.

118. Även inom den andra kategorin skilde kommissionen mellan tre typer av ansvariga företag: 1) de företag som endast deltog i åtgärderna för att genomföra avtalet med syfte att kanalisera produktionsöverskottet till tredje land, 2) de företag som trots att de deltog i åtgärder för att direkt skydda de nationella marknaderna, försökte undvika att tillämpa Cembureauprincipen och 3) företaget Ciments Luxembourgeois, som visserligen var direkt medlem i Cembureau och deltog i de chefsdelegatsmöten under vilka Cembureauavtalet eller Cembureau-principen antogs, men som inte vidtog någon genomförandeåtgärd. [68]

119. Kommissionen ålade företagen och företagssammanslutningarna i den första kategorin böter med 4 procent av deras respektive omsättning på marknaden för grå cement under 1992. Företag i den andra kategorin ålades böter med 2,8 procent av samma parameter. [69]

120. Förstainstansrätten biföll delvis Irish talan, eftersom kommissionen för att fastställa böterna för det företaget ansåg att det hade deltagit i Cembureau-avtalet i 122 månader, medan det i förfarandet hade kunnat fastställas att deltagandets verkliga varaktighet uppgick till 71,5 månader. [70]

Mot bakgrund av den uppgiften och med tillämpning av den beräkningsmetod som användes av kommissionen, satte förstainstansrätten proportionellt ned bötesbeloppet. [71]

121. Det är detta tillvägagångssätt från förstainstansrättens sida, som innebär ett godkännande av distinktionen mellan direkta och indirekta deltagare, som klaganden har kritiserat för att innebära ett åsidosättande av artikel 15.2 i förordning nr 17 och har betecknat som uppenbart felaktigt och absurt.

122. Framställd på detta sätt kan grunden inte tas upp till prövning av två olika skäl.

123. För det första förhåller det sig så därför att klagandebolaget har inskränkt sig till att upprepa samma argument som anfördes i ansökan, och som prövades i punkt 4965 och följande punkter i den överklagade domen. Irish har inom ramen för denna grund inte anfört något nytt som inte har varit föremål för diskussion och

68 — Punkt 65.9 b i beslutet.

69 — Se kommissionens skrivelse av den 7 juli 1998 till förstainstansrätten, särskilt punkterna 2 och 3. Se även punkterna 4738, 4957 och 4963 i den överklagade domen.

70 — Se punkterna 4807—4814 i domen, närmare bestämt andra strecksatsen i den sistnämnda punkten.

71 — Se punkt 4815 och punkt 29 sjunde strecksatsen i domslutet i den överklagade domen.

avgörande under domstolsförfarandet. Företaget har utnyttjat det faktum att förstainstansrätten tillämpar samma kriterium som kommissionen för att kvantifiera böterna, i syfte att upprepa en diskussion som i själva verket inte gäller den överklagade domen utan det administrativa beslutet att vidta en sanktionsåtgärd.

124. För det andra förhåller det sig så därför att Irish genom detta synsätt inte har behandlat annat än frågor om bevisvärdering och rena antaganden,[72] eftersom det avgörande är att företaget, vid den aktuella tidpunkten, var den enda irländska cementproducenten och att den som ledde landets delegation vid mötet den 14 januari 1983 var en av dess anställda.

125. Det är också tydligt att Irish kritik att förstainstansrätten inte tog ställning till dess argument är uppenbart ogrundad. Det svar som klagandebolaget har efterlyst finns i domen. I punkt 4940 hänvisas till Irish kritik i detta avseende och i punkt 4965 och följande punkter prövas samtliga parters argument angående riktigheten i det kriterium som tillämpades av kommissionen. Beträffande den motivering som kan krävas för förstainstansrättens avgöranden hänvisar jag till vad som sagts i punkt 77 ovan, och till att det inte krävs ett enskilt svar på vart och ett av parternas påståenden. Även de underförstådda motiveringarna i domstolsavgörandet är legitima så till vida att de tillgodoser de syften som eftersträvas med denna garanti för en rationell befogenhetsutövning.

126. Genom detta överklagande, liksom de fem övriga som har väckts mot domen, upprepas den kritik som avser en påstådd brist i motiveringen. Jag måste påpeka att denna kritik, i synnerhet med tanke på den envishet med vilken den framförs, är olämplig. Ett domstolsavgörande som upptar närmare 1 200 sidor i rättsfallssamlingen, och som omfattar 5134 punkter, och i vilket stor möda har lagts ned på att sammanfatta, ordna, klargöra och systematisera de argument som framfördes av 41 sökande, så att samtliga prövas, kan betecknas på många olika sätt, men inte som ett avgörande med bristande motivering.

127. Givetvis kan ett uttryckligt ställningstagande till något enstaka argument ha utelämnats, men just för att domen utgör en enda och samlad text står lösningen i många fall, som det som har tagits upp av Irish, indirekt att finna i det argumenterande resonemanget. När förstainstansrätten fastslår att kommissionen "med rätta" valde att ålägga böter för deltagandet i Cembureau-avtalet som sådant, oberoende av de isolerade handlandena och antalet

72 — Se ovan punkt 103.

genomförandeåtgärder per företag,[73] när den förklarar att den av kommissionen gjorda åtskillnaden mellan direkta och indirekta deltagare är berättigad,[74] när den uttalar att den följaktligen "[inte var] skyldig att bedöma vilken särskild roll de enskilda företagen hade i de olika otillåtna åtgärder[na]",[75] och när den påpekar att "[d]et antal överträdelser som ett visst företag gjort sig skyldigt till inom Cembureau-avtalet utgör inte i detta fall ett relevant kriterium för bedömningen av företagets ansvar för nämnda avtal",[76] upplyser den Irish om att det kriterium som tillämpades av kommissionen inte var felaktigt.

E — Respekten för proportionalitetsprincipen

128. Även den grund som avser att proportionalitetsprincipen har åsidosatts är obefogad.

129. Sanktionen har två syften: att bestraffa och att avskräcka. Syftet är att bestraffa ett handlande och avskräcka gärningsmännen, och andra eventuella lagöverträdare, från att anta konkurrensbegränsande beteenden. Sanktionen skall således vara lämpad för dessa syften och upprätthålla en adekvat balans så att böter kan påföras för det påtalade handlandet och samtidigt vara avskräckande.

130. Inom ramen för den första, sonande, aspekten som följer av principen om att påföljder skall vara personliga, skall sanktionsåtgärden stå i proportion till överträdelsens svårighetsgrad och övriga subjektiva och objektiva omständigheter i det enskilda fallet. Därför föreskrivs i artikel 15.2 i förordning nr 17 *in fine* att bötesbeloppet skall fastställas med hänsyn både till hur allvarlig överträdelsen är och till hur länge den pågått.

131. Domstolen har slagit fast att vid bedömningen av hur allvarlig en överträdelse är måste hänsyn tas till en rad faktorer, som de särskilda omständigheterna i fallet, sammanhanget och böternas avskräckande effekt. Domstolen har tillagt att det inte finns en uttömmande lista över kriterier.[77]

73 — Punkterna 4975 och 4966.
74 — Punkt 4968.
75 — Punkt 4965.
76 — Punkt 4966.
77 — Se den ovannämnda domen i målet Musique difussion française m.fl. mot kommissionen, punkt 120, och av den 17 juli 1997 i mål C-219/95 P, Ferriere Nord mot kommissionen (REG 1997, s. I-4411), punkt 33, se även beslut av den 25 mars 1996 i mål C-137/95 P, SPO m.fl. mot kommissionen (REG 1996, s. I-1611), punkt 54.

132. Jag anser att det finns tre centrala kriterier för denna bedömning: överträdelsens natur, dess inverkan på konkurrensen och den berörda marknadens geografiska avgränsning. Var och en av dessa kriterier skall betraktas objektivt, med utgångspunkt från själva överträdelsen, och subjektivt, med utgångspunkt från det ansvariga företaget. [78]

133. Således skall innehållet i konkurrensbegränsande beteenden, storleken på den marknad som de påverkar och i synnerhet den skada som har förorsakats del av rättsordningen som avser näringslivet bedömas. I detta avseende är uppgifter om det förbjudna förfarandets varaktighet, den berörda marknadens materiella beskaffenhet, de vidtagna tillämpningsåtgärdernas antal och intensitet inte utan betydelse.

134. På det subjektiva planet, som utgår från de ansvariga företagen, aktualiseras omständigheter som deras relativa betydelse eller marknadsandel inom den berörda sektorn av ekonomin, liksom huruvida det är fråga om konkurrensbegränsande beteenden som upprepas.

135. Kravet på att sanktionsåtgärden skall stå i proportion till överträdelsens allvar leder till att det, när en överträdelse har begåtts av flera personer, [79] är nödvändigt att med hjälp av ovan redovisade modeller granska det relativa allvaret i deras respektive deltagande. [80] Detta krav följer av likhetsprincipen, som kräver att böterna är identiska för alla företag i samma situation och som utgör hinder för att vidta samma sanktionsåtgärder mot företag som befinner sig i olika situationer.

136. Förstainstansrätten har gjort detta genom att godta och tillämpa de kriterier som har använts av kommissionen för att fastställa bötesbeloppen. Dessa kriterier innebär inte alls en godtycklig klassificering av de ansvariga företagen och företagssammanslutningarna, utan är ett resultat av en utförlig granskning av deras respektive deltagande och beteende. Ett gott bevis är punkt 65.3, 65.5 och 65.9 i beslutet där det, vilket man inte skall glömma, finns en omfattande första del där omständigheterna redovisas, och där de utredda företagens och företagssammanslutningarnas respektive inblandning beskrivs.

137. Alla beteenden, som inte nödvändigtvis är identiska, syftade till ett och samma

78 — I det nämnda arbetet (ovan fotnot 62) slår E. David fast att "la gravité s'apprécie selon trois critères: la nature de l'infraction, son impact sur le marché lorsqu'il est mesurable et le marché géographique et à deux niveaux: ceux de l'infraction et de l'entreprise" (s. 522).

79 — Åsidosättanden av artikel 81 EG förutsätter per definition ett kollektivt handlande.

80 — Se den ovannämnda domen i målet Suiker Unie m.fl. mot kommissionen, punkt 623, och Hercules Chemicals mot kommissionen, punkt 110.

konkurrensbegränsande mål, varför de med avseende på sanktionsåtgärderna kunde grupperas i en eller flera kategorier efter hur allvarliga de var, med utgångspunkt från deras inverkan på marknaden och på den fria konkurrensen.

138. Detta tillvägagångssätt är inte felaktigt eftersom en överträdelses allvar, som jag framhållit ovan, kan bedömas med hänsyn till den skada som ifrågavarande beteenden har vållat den del av rättsordningen som avser näringslivet. Som förstainstansrätten har slagit fast i punkt 4966 i den överklagade domen försökte varje enskilt företag som är part i avtalet "säkerställa respekten för hemmamarknaderna genom ett antal åtgärder som ansågs nödvändiga särskilt med hänsyn till företagets affärsintressen och den geografiska placeringen av företagets naturliga marknad. Med hänsyn till dessa förhållanden medför inte den omständigheten att ett företag har deltagit i ett begränsat antal otillåtna åtgärder att anslutningen till Cembureau-avtalet skall anses vara mindre omfattande och att ansvaret för överträdelsen således är mindre omfattande". Situationen är densamma med avseende på skadorna för konkurrensen.

139. De skäl som har redovisats av kommissionen, som sammanfattas av förstainstansrätten, [81] för att skilja mellan de två kategorierna av företag motsvarar ett objektivt och rimligt kriterium, nämligen ifrågavarande beteendens påverkan på konkurrensen och, i synnerhet, på avskärmningen av hemmamarknaderna. På så sätt betraktades de åtgärder som avses i artiklarna 2—4 i beslutet som mer allvarliga, eftersom de syftade till att direkt skydda nämnda marknader, medan de som beskrevs i artiklarna 5 och 6, med "mindre direkt verkan", [82] kunde betecknas som mindre allvarliga.

140. Dessutom är det uppenbart att Irish kritik inte kan tas upp till prövning, såvitt avser bolagets påstående att förstainstansrätten inte har tagit ställning till argumentet att bolagets beteende inte kan påverka avskärmningen av de nationella marknaderna. Jag hänvisar domstolen till punkterna 4966 och 4975 i domen och mina överväganden ovan i punkterna 125—127.

141. Samma sak gäller för grunden i den mån Irish har försökt övertyga domstolen om dess obetydliga deltagande i omständigheterna och det ringa ansvar som före-

81 — Se punkt 65.9 i beslutet och punkt 4968 i domen.

82 — Punkt 4968 in fine i den överklagade domen.

taget bör tillskrivas för detta. Detta är en fråga avseende faktiska omständigheter som inte hör hemma i den diskussion som kan föras inom ramen för ett överklagande.

142. Mot bakgrund av ovanstående överväganden skall det fastställas att inte heller grunderna avseende böterna kan tas upp till prövning och att de är oberättigade.

143. Det faktum att samtliga grunder som kan tas upp till prövning i sak har underkänts leder till att överklagandet i sin helhet skall ogillas.

V — Rättegångskostnader

144. Eftersom kommissionen har yrkat detta skall kostnaderna för handläggningen av överklagandet, enligt artikel 122 första stycket, jämförd med artikel 69.2 första stycket, i domstolens rättegångsregler, ersättas av Irish.

VI — Förslag till avgörande

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

1) ogilla överklagandet, eftersom det inte kan bifallas på någon av de grunder som har framförts av Irish Cement Limited och som inte underkändes genom beslutet av den 5 juni 2002,

2) fastställa den överklagade domen i den del den avser nämnda bolag, och

3) förplikta klagandebolaget att ersätta kostnaderna för överklagandet.