FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT JEAN MISCHO

föredraget den 18 maj 2000 *

1. Bolaget Sarrió SA (nedan kallat Sarrió) har genom ansökan, som inkom till domstolens kansli den 28 juli 1998, överklagat förstainstansrättens dom av den 14 maj 1998, Sarrió SA mot kommissionen [1] (nedan kallad den överklagade domen), genom vilken förstainstansrätten avgjorde en talan om ogiltigförklaring som Sarrió väckt mot kommissionens beslut 94/601/EG av den 13 juli 1994 om ett förfarande för tillämpning av artikel 85 i EG-fördraget (IV/C/33.833 — kartong) [2] (nedan kallat beslutet).

2. Genom beslutet bötfälldes 19 tillverkare och leverantörer av kartong inom gemenskapen för att ha överträtt artikel 85.1 i EG-fördraget (nu artikel 81.1 EG). När det gäller det bötesbelopp som Sarrió ålades framgår följande av artikel 3 xv:

"Sarrió SpA, böter på 15 500 000 ecu".

3. Vid förstainstansrätten yrkade Sarrió att rätten skulle ogiltigförklara beslutet eller, i andra hand, ogiltigförklara artikel 2 i beslutet samt artikel 3 såvitt avsåg de böter Sarrió hade ålagts eller, i tredje hand, nedsätta bötesbeloppet.

4. Förstainstansrätten biföll genom den överklagade domen delvis Sarrios talan i det avseendet att den ogiltigförklarade delar av det i artikel 2 föreskrivna förbudet för klaganden att i framtiden delta i vissa former av informationsutbyte mellan företag i kartongbranschen och nedsatte bötesbeloppet till 14 000 000 ecu. Talan ogillades i övrigt.

5. För en fullständig redogörelse för de argument som Sarrió anförde mot beslutet och varför förstainstansrätten fann att den bara kunde godta vissa av dem, hänvisas till den överklagade domen. Det skall här endast erinras om att förstainstansrättens reducering av böterna enligt den senare var en följd av att det hade konstaterats att Prat Carton, ett av Sarrios dotterbolag, bara hade deltagit i vissa av de moment som tillsammans utgör överträdelsen och under en kortare tid än kommissionen påstått.

* Originalspråk: franska.

1 — T-334/94 (REG 1998, s. II-1439).

2 — EGT L 243, s. 1.

6. Sarrió har i överklagandet yrkat att domstolen skall,

1) upphäva den överklagade domen i de delar

— förstainstansrätten fastställde att Sarrió enligt kommissionens beslut inte var skyldigt till en överträdelse avseende transaktionspriser samt att dess agerande i fråga om vilka priser som faktiskt tillämpades inte behövde utredas,

— förstainstansrätten förklarade att enbart den omständigheten att Sarrió hade deltagit i PG Paperboards möten räckte för att hålla företaget ansvarigt för en samverkan beträffande marknadsandelar och den tid under vilken produktionen skulle ligga nere, eller — i andra hand — förstainstansrätten inte ansåg att Sarriós överträdelse måste betraktas som mindre allvarlig i jämförelse med de överträdelser som andra företag begått, med hänsyn till att Sarrió inte genomförde de eventuella samordnade förfarandena, och därmed inte beaktade Sarriós bevisföring på den punkten, eller — i tredje hand — förstainstansrätten gjorde en felaktig bedömning av Sarriós otillåtna agerande när det gäller samverkan beträffande marknadsandelarna och driftstoppet,

— förstainstansrätten inte ansåg det vara nödvändigt att upphäva Sarriós böter helt eller delvis på grund av bristfällig motivering av den anledningen att det inte av beslutet i sig framgår vilka kriterier som kommissionen systematiskt beaktade vid beräkningen av böterna,

— förstainstansrätten godtog kommissionens beräkningsmetod, enligt vilken bötesbeloppet i ecu baseras direkt på en omräkning av omsättningen under referensåret i ecu med hjälp av den genomsnittliga växelkursen för det året, utan att bedöma de rättsliga följderna av en sådan betalningsbörda eller den skada Sarrió åsamkats genom tillämpningen av en sådan metod,

— förstainstansrätten med hänsyn till Prat Cartons marginella roll i överträdelsen fastställde att böterna skulle reduceras med 1 500 000 ecu,

2) återförvisa ärendet till förstainstansrätten om domstolen finner att den, helt

eller delvis, inte kan avgöra ärendet slutligt,

3) ogiltigförklara kommissionens beslut i de delar som den överklagade domen upphävs,

4) nedsätta böterna till en nivå som domstolen bedömer vara skälig,

5) förplikta kommissionen att ersätta samtliga rättegångskostnader såväl vid förstainstansrätten som vid domstolen.

7. Kommissionen, som är svarande såväl vid domstolen som i första instans, har yrkat att domstolen skall

— ogilla talan,

— förplikta klaganden att ersätta rättegångskostnaderna.

8. Sarrió har till stöd för sin talan åberopat fem grunder, vilka sammanfattas under yrkandena i punkt 1 ovan, under vilka det har gjorts gällande

— att beslutet feltolkats i fråga om den överträdelse som bolaget faktiskt påstods ha begått,

— att förstainstansrätten tolkade och tillämpade gemenskapsrätten felaktigt i fråga om påståendet att Sarriós deltagande i tillverkarnas möten hade haft en omedelbar konkurrensbegränsande verkan och, i andra hand, att förstainstansrätten inte beaktade att klaganden inte hade genomfört överenskommelsen och, i tredje hand, att den påstådda överträdelsen betecknats felaktigt,

— att den bristfälliga motiveringen av hur böterna hade beräknats inte beaktades och att domskälen och domslutet motsäger varandra,

— att förstainstansrätten inte beaktade att det förekommit ett metodfel vid beräkningen av böterna, samt

— att domskälen och domslutet motsäger varandra i fråga om den nedsättning av böterna som förstainstansrätten beviljade.

9. För att undvika onödiga upprepningar skall vid behov en detaljerad redogörelse för dessa grunder lämnas allteftersom de tas upp till behandling.

Den första grunden: huruvida beslutet feltolkades i fråga om den påstådda överträdelsen

10. Till en början förefaller Sarriós första grund paradoxal. Klaganden har nämligen anklagat förstainstansrätten för att ha fastställt att den överträdelse som klaganden påstods ha gjort sig skyldig till, och för vilken den bötfälldes, var mindre allvarlig än vad som enligt klaganden framgår av beslutet.

11. Klaganden anser att beslutet i fråga om priserna inte kan tolkas på något annat sätt än att klaganden anklagades för att dels ha deltagit i en överenskommelse i fråga om tillkännagivna priser, det vill säga katalogpriser, dels en i fråga om transaktionspriser, det vill säga de priser som köparna fakturerades.

12. Klaganden anser sig finna stöd för detta påstående i kommissionens svarsinlaga vid förstainstansrätten, varigenom kommissionen bekräftade att "[d]en samordning som förekommit inom ramen för PWG i samarbete med JMC inte [har] gällt enbart tillkännagivna priser utan även beslut om regelbundna höjningar av priset för varje produktslag och om en samtidig tillämpning av dessa höjningar inom hela gemenskapen".

13. Enligt Sarrió är det av särskild rättslig vikt att åtskillnad görs mellan en samordning av tillkännagivna priser och en samordning av transaktionspriser, vilket domstolen har uppmärksammat i sin dom i målen Ahlström Osakeyhtiö m.fl. mot kommissionen, kallad domen i pappersmassemålen. [3]

14. Följaktligen var det fel av förstainstansrätten att fastställa att: "Av det som anförts ovan följer i det aktuella fallet att kommissionen i övervägandena i beslutet gav en tillfredsställande redogörelse för att samordningen gällde katalogpriserna och att syftet var en höjning av transaktionspriserna" (punkt 60).

15. Anledningen till att Sarrió anser att det är viktigt att klargöra att bolaget bestraffades dels för en samordning av tillkänna-

3 — Dom av den 31 mars 1993 i de förenade målen C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 och C-125/85—C-129/85 (REG 1993, s. I-1307; svensk specialutgåva, volym 14, s. 111).

givna priser, dels för en samordning av transaktionspriser är att visa att det därigenom ålades böter för sådant som det inte hade gjort sig skyldigt till och att detta kan läggas till grund för en reducering av böterna.

16. Sarrió har, såväl vid förstainstansrätten som vid domstolen, utvecklat en omfattande argumentation i syfte att visa att det, trots sin delaktighet i en samordning av tillkännagivna priser, vilket utan omsvep erkändes under det administrativa förfarandet, aldrig, och på inga villkor, har deltagit i en samordning av transaktionspriserna.

17. Eftersom förstainstansrätten tolkade beslutet som att deltagarna i överenskommelsen inte ansågs ha gjort sig skyldiga till en samordning av transaktionspriserna, fann rätten att denna argumentation saknade relevans och att yrkandet om nedsättning av böterna var grundlöst.

18. Då anmärkningen mot den överklagade domen gäller en eventuell feltolkning av beslutet, kan den, i motsats till kommissionens påstående om att den enbart rör faktiska omständigheter, tas upp till prövning.

19. För att avgöra huruvida anmärkningen är välgrundad måste man undersöka skälen till varför förstainstansrätten ansåg att beslutet mot Sarrió inte gällde ansvar för delaktighet i en samordning av transaktionspriser.

20. Förstainstansrätten konstaterade inledningsvis att bestämmelserna i beslutet inte klart anger vilka priser, katalogpriser eller transaktionspriser, som deltagarna i överenskommelsen samordnade, vilket måste anses riktigt. I artikel 1 i beslutet fastställs nämligen att deltagarna i överenskommelsen hade deltagit i "ett avtal och ett samordnat förfarande som inleddes vid halvårsskiftet 1986 och som innebar att kartongleverantörer inom Europeiska gemenskapen

...

— enades om regelbundna prishöjningar för varje produktkvalitet i de olika nationella valutorna,

— planlade och genomförde samtidiga och enhetliga prishöjningar inom hela Europeiska gemenskapen,

— enades om att bibehålla... marknadsandelar...,

— allt oftare från och med början av år 1990 vidtog samordnade åtgärder för att kontrollera tillförseln till den gemensamma marknaden i syfte att säkerställa genomförandet av de nämnda samordnade prishöjningarna,

— utbytte information om leveranser, priser, driftstopp, orderstock och kapacitetsutnyttjande för att främja ovannämnda åtgärder".

21. För att bringa klarhet i frågan granskade förstainstansrätten övervägandena i beslutet, såsom föreskrivs enligt domstolens fasta rättspraxis.

22. I slutet av undersökningen kunde förstainstansrätten konstatera att beslutet lägger en viss vikt vid transaktionspriserna, om så bara för att konsekvenserna av dessa skall uppmärksammas vid bestämningen av de böter som medlemmarna i överenskommelsen skall ådömas såsom ett kriterium att beakta vid bedömningen av överträdelsens svårighetsgrad. Med överträdelse har dock endast menats samordningen av katalogpriserna, som naturligtvis syftade till en höjning av transaktionspriserna.

23. Jag kan nämligen inte se att en överenskommelse som syftar till att gemensamt bestämma katalogpriserna äger något intresse om de olika försäljarna inte alls känner sig bundna av dessa överenskommelser när de förhandlar med sina kunder.

24. Identiska katalogpriser, även om de inte åtföljs av helt identiska transaktionspriser genom att köpare, punktvis, med hänsyn till kvantitet eller andra faktorer erhåller förmånligare transaktionsvillkor än katalogpriset, är uppenbart konkurrensbegränsande, eftersom de leder till att köparna förvissas om att de förmodligen inte kommer att erhålla så mycket bättre villkor hos någon annan försäljare, och måste bestraffas.

25. Beslutet syftade till att bestraffa en överträdelse, nämligen samordningen av tillkännagivna priser, eftersom den hade ett illegalt syfte på konkurrensrättens område, nämligen enhetliga transaktionspriser.

26. I beslutet angavs däremot varken att detta syfte genomgående hade uppnåtts under den period som överträdelsen pågick eller att det förhållandet att syftet i de flesta fall hade uppnåtts skulle utgöra en särskild överträdelse, som skulle läggas till den överträdelse som medlemmarna i överenskommelsen begått genom att harmonisera katalogpriserna.

27. På det sättet skiljer sig beslutet markant från det beslut som föranledde den ovannämnda domen i pappersmassemålen, genom vilken två skilda överträdelser bestraffades, en samordning av tillkännagivna priser och ett konstaterande av de faktiskt tillämpade priserna.

28. Det förhållandet att de övriga företagen, så fort ett företag inte följde det katalogpris som hade bestämts vid de återkommande mötena mellan medlemmarna i överenskommelsen, klagade och påminde företaget om de tillkännagivna priserna, skall inte förstås som om transaktionspriserna också skulle ha överenskommits gemensamt.

29. I beslutet bekräftas endast att överenskommelsen av katalogpriserna hade som slutgiltigt syfte, vilket parterna i överenskommelsen uppenbarligen hade beslutat om, att åstadkomma så enhetliga transaktionspriser som möjligt. Alla avvikelser från katalogpriserna som ett företag tillämpade uppfattades av de övriga som ett hinder för förverkligandet av överenskommelsens mål.

30. Det var katalogpriserna som hade bestämts gemensamt, men när ett företag i praktiken avvek för mycket från den satta prisnivån uppfattades det som ett brott mot skyldigheten att agera hederligt gentemot de övriga medlemmarna i överenskommelsen, om det nu går att tala om hederlighet när det handlar om en illegal överenskommelse.

31. Kommissionen intresserade sig visserligen för transaktionspriserna och för de diskussioner som ett pris gav upphov till när detta avvek alltför mycket från katalogpriset, men det var för att visa att syftet verkligen var att uppnå enhetliga transaktionspriser och för att uppskatta den verkliga omfattningen av medlemmarnas åtaganden. [4]

32. Det var klart befogat av kommissionen, vilket erinras om ovan, att bemöda sig om att granska följderna av överenskommelsen, och Sarrió har fel när det tolkar detta som ett uttryck för en vilja hos kommissionen att, förutom överenskommelsen avseende de tillkännagivna priserna, bestraffa en överenskommelse avseende de priser som faktiskt tillämpades.

33. Trots att det är förstainstansrätten som anklagas för feltolkning, är det snarare klaganden som har feltolkat beslutet, varför dess första grund enligt min mening skall underkännas och utan att det först behöver undersökas huruvida klagandens argumentation, till stöd för sitt påstående om att den inte, vid något tillfälle, deltog i någon överenskommelse i fråga om fakturerade priser, en överträdelse som — vilket vi just sett — klaganden över huvud taget aldrig har beskyllts för, är välgrundad.

4 — Se exempelvis punkterna 82 och 102 i övervägandena i beslutet.

Den andra grunden: angående de slutsatser som kunde dras av konstaterandet att klaganden deltagit i de möten som hölls av överenskommelsens medlemmar

34. Under den andra grunden har klaganden i huvudsak invänt mot att förstainstansrätten underkände bolagets argument om att det förhållandet att det hade deltagit i tillverkarnas möten på olika nivåer inom PG Paperboard, en branschorganisation med huvudsakligen tillåtna syften, inte styrker att det deltagit i en överenskommelse om bibehållande av marknadsandelar och samordnade driftstopp i syfte att kontrollera utbudet.

35. Klaganden anser att förstainstansrätten gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning när den, i punkt 118 i den överklagade domen, fastställde att "den omständigheten, att ett företag inte rättar sig efter resultaten av möten som haft ett uppenbart konkurrensbegränsande syfte, inte innebär att företagets ansvar på grund av att det har deltagit i överenskommelsen bortfaller, så länge det inte offentligt tagit avstånd från dessa mötens innehåll (se till exempel förstainstansrättens dom av den 6 april 1995 i mål T-141/89, Tréfileurope mot kommissionen, REG 1995, s. II-791, punkt 85). Även om det antas att sökandens agerande på marknaden inte överensstämde med det överenskomna agerandet, påverkar detta inte på något sätt företagets ansvar för överträdelsen av artikel 85.1 i fördraget".

36. Enligt klaganden utgör inte enbart det förhållandet att ett företag har deltagit i ett möte som haft ett konkurrensbegränsande syfte ett straffbart agerande och det ankommer på kommissionen att bevisa att företaget har genomfört de beslut som antagits vid ett sådant möte. Företaget skulle åläggas en orimlig bevisbörda om det krävdes att det visade att det faktiskt tagit avstånd från dessa beslut, det vill säga att det varken godkänt eller genomfört dem.

37. Jag kan i likhet med kommissionen inledningsvis konstatera att förstainstansrättens slutsats, det vill säga att Sarrió med rätta har bestraffats för sin medverkan i en samverkan om bibehållande av marknadsandelar i syfte att kontrollera utbudet, inte enbart bygger på den ovan nämnda punkten 118 i den överklagade domen. Detta argument anfördes först "i tredje hand", eftersom förstainstansrätten redan hade konstaterat att det var samverkan som utgjorde överträdelsen och inte dess implementering och att Sarrió i själva verket hade deltagit fullt ut i denna samverkan.

38. Deltagandet i fråga rör uppenbarligen faktiska omständigheter vilka domstolen inte kan pröva inom ramen för ett överklagande. Jag erinrar emellertid om att Sarriós förnekanden, förutom att förstainstansrätten företog en noggrann granskning av bevisvärdet av de omständigheter som kommissionen hade lagt fram för att styrka både samverkan och klagandens medverkan däri, framstår som osedvanligt otillförlitliga.

39. Utan att förneka sin närvaro vid de möten som ledde till en samverkan, gör klaganden gällande att betydelsen och omfattningen av dess närvaro var sådan att ansvaret bortfaller.

40. Om man skall tro klaganden skulle dennes närvaro enbart ha haft ett defensivt syfte, det vill säga att det handlade om att försvara sig mot det aggressiva beteendet hos skandinaviska, tyska och österrikiska tillverkare som alla befann sig i en fördelaktigare konkurrenssituation.

41. Jag är inte säker på att den förklaring till varför klaganden deltog i medlemmarnas möten som bolaget angett är den rätta. Tvärtom förefaller det som om Sarrió hade ett uppenbart intresse av att delta i en överenskommelse som, genom att stoppa alla priskrig, vidmakthålla fördelningen av marknadsandelarna och övervaka utbudet, var ägnad att mildra konsekvenserna av bolagets svaga konkurrenssituation.

42. I vilket fall som helst avgörs aldrig någonsin möjligheten att bestraffa ett beteende, som objektivt sett utgör ett åsidosättande av en konkurrensregel, av deltagarnas "aggressiva" eller "defensiva" bevekelsegrunder, även om den senare är klart vanligast i praktiken, eftersom det bara är de som är rädda för konkurrens som verkligen är intresserade av att begränsa den.

43. Vilka skäl Sarrió än hade ledde dessutom dess deltagande i medlemmarnas möten objektivt sett, genom möjligheten att sammanföra samtliga försäljare av betydelse på gemenskapsmarknaden, till att tillverkarnas ställning stärktes och, följaktligen, till att överträdelsen uppnådde en svårighetsgrad av sällan skådat slag.

44. Av det ovan anförda följer att förstainstansrätten inte åsidosatte gemenskapsrätten när den bestämde sig för att inte godkänna Sarriós argumentation i fråga om att bolaget inte hade varit inblandat i en överenskommelse som kom till stånd under möten i vilka bolaget hade deltagit.

45. Jag försöker emellertid inte undvika en diskussion kring frågan huruvida punkt 118 i den överklagade domen är välgrundad, det vill säga att ett företag, i avsaknad av allt offentligt avståndstagande, genom att delta i möten som har ett uppenbart konkurrensbegränsande syfte, skall hållas ansvarigt. Jag är nämligen övertygad om att ett deltagande i sådana möten måste tolkas som en vilja hos företaget att genomföra de beslut som antagits och att det vore omöjligt att bestraffa överenskommelser med konkurrensbegränsande syften om företag ostraffat kunde delta i sådana möten. En sammankomst mellan företagsledare i syfte att komma överens om priser eller marknadsandelar kan inte jämföras med en litterär sammanslutning av författare, och företagsrepre-

sentanter som under mötets gång upptäcker att dagordningen inte överensstämmer med den som föranledde dem att delta kan alltid lämna mötet, utan att för den skull behöva anklaga övriga deltagare för att ha lurat in dem i en fälla.

46. Inte heller anser jag att förstainstansrätten ställer orimliga krav genom att anse att ett deltagande utgör en överträdelse såvida företaget inte har tagit offentligt avstånd från överträdelsen. Visserligen har Sarrió förklarat att det kan vara svårt att genomföra ett sådant avståndstagande i praktiken. Mot det kan man för det första invända att ett företag som deltar i ett möte vars syfte framstår som klart, tar en medveten risk som gör det besvärligt att längre fram hävda svårigheten att förhindra dess genomförande och för det andra, att den förmåga som medlemmarna i kartongöverenskommelsen uppvisade när det gällde att dölja det konkurrensbegränsande agerandet medför att det inte går betvivla förmågan hos ett företag, som vilseletts att delta i ett möte vars syfte det inte vill ställa upp på, att bevisa sitt avståndstagande från överträdelsen.

47. Den anmärkning som klaganden i första hand har framställt inom ramen för sin andra grund skall följaktligen underkännas.

48. Den i andra hand framställda anmärkningen om att förstainstansrätten inte beaktade det förhållandet att någon bevisning inte hade förebringats i fråga om genomförandet av de beslut om marknadsandelar och utbudskontroller som hade antagits skall även den lämnas utan avseende.

49. Sarrió har gjort gällande att bolagets försäljningssiffror hade sjunkit, att dess marknadsandel hade minskat samt att det aldrig hade stoppat driften annat än av tekniska skäl.

50. Dessa omständigheter är ointressanta vad gäller den överträdelse som klaganden har lagts till last. Enligt den överklagade domen har "[d]e bevis som kommissionen har förebringat... ett sådant bevisvärde att upplysningar om sökandens verkliga agerande på marknaden inte kan inverka på kommissionens slutsatser om själva förekomsten av en samverkan kring de två aspekterna av den omtvistade politiken" (punkt 116).

51. Dessutom, vilket förstainstansrätten framhöll i punkt 117 i den överklagade domen, vederlägger inte dessa bevisuppgifter kommissionens slutsatser, även om de återspeglar Sarriós verkliga agerande. Det har nämligen aldrig påstått att en samverkan kring marknadsandelarna skulle ha medfört en fullständig frysning av dessa och det har alltid framhållits att det, före år 1990, inte hade varit nödvändigt att begränsa utbudet genom samordnade driftstopp på grund av den starka efterfrå-

gan, vilket innebär att den omständigheten att Sarrió under åren 1990 och 1991 inte genomförde några driftstopp inom ramen för överenskommelsen på intet sätt bevisar att företaget var främmande för sådana åtgärder.

52. Det återstår att undersöka en sista anmärkning, framställd i tredje hand, enligt vilken det görs gällande att förstainstansrätten i fråga om frysningen av marknadsandelar och planlagda driftstopp felaktigt fastställde att det rörde sig om en överenskommelse, eftersom det enda som skulle kunna läggas Sarrió till last är dess medverkan i ett informationsutbyte, vars beskedliga karaktär, om man skall tro klaganden, åtminstone inte borde föranleda annat än böter på grundnivå. Denna anmärkning förtjänar inte någon mera omfattande behandling, eftersom det av framställningen ovan klart framgår att den strider mot de av kommissionen fastställda faktiska omständigheterna vars riktighet förstainstansrätten kontrollerat.

53. Samtliga argument som klaganden har anfört i fråga om att det, både vid bedömningen av överträdelsens svårighetsgrad och av bötesbeloppets storlek, skall skiljas mellan ett enkelt informationsutbyte och en överenskommelse saknar relevans, eftersom det i förevarande fall konstaterades att klaganden inte hade nöjt sig med att delta i ett informationsutbyte utan att den även hade deltagit i en samverkan kring marknadsandelar och produktionsvolymer och därigenom gjort sig skyldig till flera överträdelser.

54. Slutligen anser klaganden att förstainstansrättens resonemang, genom vilket bolagets anmärkning mot kommissionens bedömning av hur allvarligt det system för informationsutbyte som klaganden hade erkänt sin delaktighet i var, underkändes bara för att den hade framställts först i repliken, var en "besvikelse". Här nöjer jag mig med att påpeka att klagandens besvikelse naturligtvis inte kan leda till ett ifrågasättande av förstainstansrättens slutsats inom ramen för ett överklagande vid domstolen. Slutsatsen är laglig och Sarrió har, vilket kommissionen har påpekat, inte förebringat någon bevisning som motsäger förstainstansrättens slutsats om att denna grund framställdes först i repliken.

55. Jag föreslår således att överklagandet inte skall vinna bifall på klagandens andra grund.

Den tredje grunden: angående beslutets bristfälliga motivering beträffande fastställelsen

56. Klaganden har hävdat att förstainstansrätten inte, utan att motsäga sitt eget domslut, kunde konstatera att beslutet var otillräckligt motiverat när det gäller fast-

ställelsen av de ålagda böterna och inte samtidigt ogiltigförklara beslutet i den delen.

57. Denna grund är identisk med den som klaganden Mo och Domsjö AB har framfört i mål C-283/98 P. För en fullständig redogörelse för varför talan inte kan vinna bifall på denna grund hänvisas till mitt förslag till avgörande av samma dag i det målet.

Den fjärde grunden: huruvida kommissionen använt sig av en felaktig metod vid beräkningen av böterna

58. Under denna grund har klaganden invänt mot förstainstansrättens vägran att ge bolaget rätt i dess kritik mot den beräkningsmetod kommissionen använde vid fastställelsen av de ålagda böterna. Innan Sarriós anmärkningar undersöks, en efter en, skall det erinras om vilken metod kommissionen använde sig av.

59. Kommissionen valde att fastställa bötesbeloppet i ecu. För att fastställa beloppet beaktade kommissionen medlemmarnas omsättningar för år 1990, vilket är det sista helår under vilket överträdelsen pågick, omräknade i ecu på grundval av den genomsnittliga växelkursen för de olika medlemmarnas valutor för detta år.

60. Sarriós första anmärkning mot den överklagade domen är att den är bristfälligt motiverad på grund av att förstainstansrätten aldrig uttryckligen, vid något tillfälle, trots att Sarrió ställde den frågan, uttalade sig om den diskriminering som drabbade de företag vars hemlands valuta sjönk i värde mellan år 1990, vilket var det referensår kommissionen hade valt för att fastställa bötesbeloppet, och 1994, vilket var det år beslutet om bötesåläggande antogs.

61. Sarrió anklagar således förstainstansrätten för att inte ha bemött ett av dess argument. På den punkten kan jag inte annat än dela kommissionens förvåning, eftersom merparten av de överväganden som förstainstansrätten gjorde i fråga om den beräkningsmetod som kommissionen använde, i punkterna 392—404 i den överklagade domen, går ut på att visa att nämnda metod, tack vare tillämpningen av objektiva kriterier såsom tillämpningen av samma myntenhet, vid fastställelsen av böterna gör det möjligt att undvika de skillnader som skulle uppstå om nationella valutor, vilka under årens lopp har utvecklats åt olika håll, hade använts.

62. Att välja att använda en gemensam valutaenhet vid fastställelsen av böter i proportion till vars och ens delaktighet i en och samma överenskommelse var just för

att undvika diskriminering. Sarrió har fel när det påstår att frågan om diskriminering inte behandlades inom ramen för ett resonemang som syftade till att visa att principen om likabehandling hade respekterats.

63. Sarrió har naturligtvis rätt att tycka att förstainstansrättens resonemang inte är övertygande, men bolaget kan aldrig på allvar hävda att frågan om en eventuell diskriminering inte behandlades i den överklagade domen.

64. Den andra anmärkningen som klaganden har anfört handlar om att förstainstansrätten inte kritiserade kommissionens val att fastställa böterna med tillämpning av omsättningen för det sista helår under vilket överträdelsen pågick, vilket inför en dualism, eftersom två olika årsomsättningar därmed beaktas, en som ligger till grund för böterna och en som realiserades året innan beslutet antogs, vilket är det år till vilket kontrollen av att bötesbeloppet inte överstiger 10 procent av det berörda företagets totala omsättning, i enlighet med artikel 15.2 i rådets förordning nr 17 av den 6 februari 1962, Första förordningen om tillämpning av fördragets artiklar 85 och 86 [5], hänförs.

65. Till denna anmärkning i sak har, ännu en gång, ett kritiskt påpekande med avseende på motiveringen lagts. Sarrió har gjort gällande att denna nya form av dualism krävde en särskilt noggrann motivering, vilken bolaget inte anser sig ha funnit i förstainstansrättens motivering i den delen.

66. Klaganden avhåller sig från att påstå att kommissionen genom att använda två olika referensår skulle ha åsidosatt artikel 15.2 i förordning nr 17, men anstränger sig för att visa att valet av omsättningen för det sista året under vilket överträdelsen pågick långt ifrån säkerställer att bötesbeloppet anpassas till överträdelsens svårighetsgrad utan att det i stället riskerar att leda till ett motsatt resultat.

67. Om ett företags omsättning har ökat kraftigt under perioden från slutet av överträdelsen till beslutets antagande kommer kommissionen, för att undvika att bötesbeloppet framstår som obetydligt eller åtminstone för lågt på grund av att det ligger långt under tröskeln på 10 procent i artikel 15.2 i förordning nr 17, enligt klaganden ständigt att vilja fastställa en hög omsättning till grund för beräkningen av bötesbeloppet, det vill säga ålägga företaget ett bötesbelopp som är totalt oproportionerligt i förhållande till dess ekonomiska styrka vid tidpunkten för överträdelsen.

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

68. Detta resonemang inte är övertygande på någon punkt.

69. Förutom att resonemanget ger en bild av att kommissionen har väl dunkla motiv och att det förringar betydelsen av den domstolskontroll som kommissionens beslut är underkastade, bortser det helt och hållet från att det räcker att en medlem i överenskommelsen ser sin omsättning rasa, eller åtminstone stagnera eller minska, för att kommissionen, med hänsyn till dess skyldighet att iaktta principen om likabehandling och den gräns som föreskrivs i förordning nr 17, inte, hur frestad den än är, skulle kunna förfara på det sättet.

70. Det skall framför allt framhållas att frågan inte gäller huruvida kommissionens metod är den enda godtagbara eller den bästa utan huruvida den är godtagbar, det vill säga om den strider eller inte strider mot förordning nr 17 eller mot de i rättspraxis fastlagda allmänna principerna.

71. I denna fråga har Sarrió haft svårt att föra fram omständigheter som skulle kunna leda till ett ifrågasättande av förstainstansrättens bedömning.

72. Jag anser att den sistnämnda, genom att uppskatta fördelarna med kommissionens val av beräkningsmetod, både när det gäller bedömningen av överträdelsens omfattning och av företagens ekonomiska styrka, på ett mycket övertygande sätt har visat varför den inte skall ifrågasättas. Med andra ord är den dualism som klaganden invänt mot motiverad och, i den mån den är nydanande, har förstainstansrätten lämnat en tillräcklig motivering.

73. Klagandens tredje och sista anmärkning rör förstainstansrättens vägran att godta bolagets resonemang enligt vilket fastställelsen av böterna i ecu, på grundval av omsättningen omräknad i ecu med tillämpning av den genomsnittliga växelkursen för det sista helåret under vilket överträdelsen pågick, leder till diskriminering varje gång växelkursen förändras, eftersom de företag vars lands valuta stiger i värde i själva verket åläggs ett lägre bötesbelopp medan de företag vars lands valuta sjunker i värde i själva verket åläggs, i synnerhet i det aktuella fallet, ett klart högre bötesbelopp.

74. För Sarriós del leder användningen av kommissionens metod, eftersom företaget därmed utsätts för en växelkursrisk, till ett orättvist resultat och är därför oacceptabel. Detsamma gäller metodens logik, eftersom det är omöjligt att framhäva nödvändigheten av att undvika konsekvenserna av kursutvecklingen för att rättfärdiga beräkningsmetoden för böter på grundval av omsättningen för referensåret omräknad i ecu, vilket är en referensvaluta och inte en betalningsvaluta, och inte samtidigt intressera sig för hur förändringen av dessa

valutor påverkar det bötesbelopp, uttryckt i nationell valuta, som de bötfällda företagen faktiskt får betala.

75. För att utröna huruvida denna anmärkning är välgrundad måste det hållas i minnet att kommissionen äger ett utrymme för skönsmässig bedömning som visserligen inte är gränslöst — vilket artikel 15.2 i förordning nr 17 erinrar om — men som hindrar domstolen från att ifrågasätta dess beräkningsmetod såvida den inte är olaglig.

76. Det är således förgäves som Sarrió för fram alternativ till den beräkningsmetod som använts för att ålägga bolaget böter och som bättre stämmer överens med bolagets egna intressen, eftersom diskussionen inte rör frågan om den bästa tänkbara metoden, utan lagenligheten av den metod som använts.

77. På den punkten har Sarrió emellertid inte anfört några övertygande argument. Sarrió har visserligen invänt mot att böterna fastställdes i ecu men förordning nr 17 förbjuder inte på något sätt att böter fastställs i ecu, och anledningen till att domstolen, i domen i målet Générale sucrière och Béghin-Say mot kommissionen m.fl., [6] underkände att böterna fastställdes i en beräkningsenhet gäller inte längre ecun, vilket förstainstansrätten har påpekat, eftersom ecun har en helt annan ställning än beräkningsenheten.

78. Sarrió har även kritiserat införandet av den slumpfaktor som valutaväxlingar i sanktionssammanhang ger upphov till, genom att göra gällande att den typen av slumpmässighet aldrig skulle accepteras i affärssammanhang, men bolaget nämner inte det förhållandet att den som gör sig skyldig till en överträdelse utsätts för en mängd andra slumpfaktorer. Det finns därför inga garantier för att företagets ekonomi, den dag företaget ställs till svars för sina tidigare överträdelser, är så stark att betalningen av böterna inte vållar en allvarlig skada.

79. Ett företag med stabil omsättning kan ha fått en kraftigt minskad vinstmarginal, det kan ha uppnått en sådan skuldnivå i banken att alla förfrågningar om ytterligare lån leder till avslag eller också kan själva omsättningen ha sjunkit på grund av ett försämrat konjunkturläge, vilket minskar vinsten, trots oförändrad vinstmarginal.

80. Slumpen kan också föra med sig goda överraskningar. Företaget kan efter en svår period nå framgång som det några år tidigare aldrig hade kunnat räkna med.

6 — Dom av den 9 mars 1977 i de förenade målen 41/73, 43/73 och 44/73 (REG 1977, s. 445).

81. Ingenting av detta ändrar bedömningen av hur allvarlig den överträdelse som företaget gjort sig skyldig till var vid en viss tidpunkt, vilket är det som avgör storleken på den påföljd företaget skall åläggas.

82. Den ekonomiska slumpen behöver inte nödvändigtvis vara till nackdel för ett företag vars lands valuta har sjunkit i värde.

83. Ett företag som exporterar en stor del av sin produktion till länder med stark valuta kan öka sina marknadsandelar och därmed sin omsättning i nationell valuta samtidigt som dess vinstmarginal ökar, eftersom vinsterna på dessa exportmarknader omräknas i nationell valuta till en förmånligare kurs.

84. Motsatsvis blir de företag vars länders valutor har ökat i värde tvungna att minska sin vinstmarginal för att bibehålla sin andel på exportmarknaden, på så sätt att ökningen av värdet på deras länders valutor i förhållande till ecun och den reduktion av bötesbeloppet i inhemsk valuta som blir följden bara uppväger en ökad bötesbörda i förhållande till den minskade vinsten.

85. Att försöka undanröja dessa slumpmässiga faktorer företagen har att räkna med genom att fastställa böterna i nationell valuta eller genom att använda, såvitt avser de fåtal företag vars länders valuta minskat i värde, en annan växlingskurs mellan ecun och den nationella valutan än den som gällde det sista året under vilket överenskommelsen var i kraft, vilken valts för bedömningen av överträdelsens svårighetsgrad, kan ge upphov till nya problem samtidigt som det inte ger några fördelar i förhållande till kommissionens metod i fråga om likabehandlingen av medlemmar i en och samma överenskommelse.

86. Såsom kommissionen mycket riktigt har påpekat finns det en risk, vilket tillfälle man än väljer för att tillämpa växelkursen mellan ecun och den nationella valutan, att ett eller annat företag missgynnas. Följaktligen skulle även det kriterium som klaganden föreslår, det vill säga växelkursen vid dagen för beslutet, bara ge upphov till ytterligare en slumpfaktor.

87. Vidare anser jag, precis som kommissionen, att förstainstansrättens slutsats i punkt 399 i den överklagade domen med avseende på klagandens egen närvaro på flera marknader är lika viktig. Klaganden har därigenom kunnat åtnjuta fördelar samtidigt som den fått vidkännas nackdelar såvitt avser den omtvistade växlingskursen. Tack vare försäljningen av bolagets produkter har klaganden uppburit betalning i flera olika europeiska myntenheter och inte bara i pesetas.

88. Jag erinrar slutligen om att konsekvensen av den slumpfaktor som nationella valutors värdeminskning ger upphov till i vilket fall som helst är begränsad, eftersom bötesbeloppet inte får överstiga 10 procent av det senaste årets omsättning när beslutet fattas enligt artikel 15.2 i förordning nr 17.

89. Det kan inte annat än konstateras att den slumpfaktor som Sarrió invänt mot inte kan ifrågasättas, varken principiellt eller med avseende på dess resultat. Överklagandet kan därför inte vinna bifall på den fjärde grunden.

Den femte grunden: avseende den nedsättning av böterna som förstainstansrätten vidtog

90. Sarrió har inom ramen för denna grund gjort gällande att nedsättningen av bötesbeloppet på 1 500 000 ecu som förstainstansrätten beviljade är mostridig med avseende på de rättelser som förstainstansrätten gjorde i fråga om den överträdelse bolaget ansågs ha gjort sig skyldigt till genom sitt dotterbolag Prat Cartons[7] delaktighet i en konkurrensbegränsande överenskommelse inom kartongbranschen mellan åren 1986 och 1991. Det skall inledningsvis erinras om att rättelsen både gällde varaktigheten av nämnda dotterbolags medverkan i överenskommelsen, vilken kommissionen hade fastställt till 60 månader av 60 och som förstainstansrätten reducerade till 9 månader, och det konkurrensbegränsande agerande som bolaget hade varit inblandat i, där förstainstansrätten fastställde att Prat Carton endast hade medverkat i en prissamverkan och en samverkan beträffande begränsningen av utbudet, medan kommissionen även ansåg att bolaget hade deltagit i en samverkan om frysning av marknadsandelarna.

91. Det skall även påpekas att förstainstansrätten, i punkterna 411 och 412 i den överklagade domen, fastställde att:

"Med hänsyn till att Prat Carton endast deltog i vissa av de moment som överträdelsen utgörs av och under en kortare tid än kommissionen påstått finns det skäl att nedsätta det bötesbelopp som sökanden ålagts.

Eftersom ingen av de övriga grunder som sökanden har åberopat berättigar till en nedsättning av böterna fastställer förstainstansrätten inom ramen för sin fulla präv-

7 — Sarrió har nämligen inte bestritt ansvaret som bolaget har tillskrivits med avseende på dotterbolagets agerande.

ningsrätt detta bötesbelopp till 14 000 000 ecu."

92. Jag kan inte annat än tycka att Sarrió med rätta har konstaterat att hela den nedsättning av bötesbeloppet som beviljades hänger samman med den felaktiga bedömning som kommissionen gjorde med avseende på dotterbolagets agerande. Som förklaring till varför sänkningen var otillräcklig har Sarrió utgått från moderbolagets och Prat Cartons omsättningar som uppgick till 224 200 000 ecu respektive 33 800 000 ecu. Genom att dela upp den totala bötessumman som kommissionen ålade bolaget, närmare bestämt 15 500 000 ecu, har det räknat ut att den del som belastar moderbolaget uppgår till 13 500 000 ecu, och att den del som belastar Prat Carton uppgår till 2 000 000 ecu. Därefter har bolaget jämfört beloppet 2 000 000 ecu med nedsättningen och kommit fram till att bötesbeloppet borde ha satts ned betydligt mer med hänsyn till den betydelse Prat Cartons delaktighet i överträdelsen tillmättes när förstainstansrätten korrigerade bötesbeloppet.

93. Mot denna argumentation har kommissionen invänt att förstainstansrätten utövade sin fulla prövningsrätt, att domstolen i ett mål om överklagande inte kan överta utövandet av denna rätt i ett överklagande och att Sarriós kalkyler saknar bevisvärde, eftersom kommissionen, med förstainstansrättens godkännande på denna punkt, ålade Sarrió ett totalt bötesbelopp utan uppdelning i förhållande till de olika bolagsenheternas agerande.

94. Jag anser ändå, i likhet med Sarrió, att den överklagade domen brister i fråga om samstämmighet, eller för att vara mer exakt, att den brister i motivering. Det är visserligen obestridligt att förstainstansrätten utövade sin fulla prövningsrätt på samma sätt som det ovedersägligen är så att bötesbeloppet inte bör fastställas med tillämpning av någon matematisk formel.

95. Den fulla prövningsrätten befriar emellertid inte från motiveringsskyldigheten. Om förstainstansrätten i det förevarande fallet ansåg att reduceringen av bötesbeloppet inte fick överskrida 1 500 000 ecu, bland annat mot bakgrund av dess bedömning av hur allvarlig Sarriós överträdelse var, ankom det på förstinstansrätten att förklara sig, eftersom reduceringen av Sarriós böter med hänsyn till det sätt på vilket kommissionen hade fastställt böterna — vilket förstainstansrätten godtog — inte direkt verkar ha något samband med den korrigering som gjordes med anledning av Prat Cartons medverkan i överträdelsen.

96. Jag anser således att Sarriós femte grund är välgrundad och att den överklagade domen skall upphävas i den del de böter som Sarrió har ålagts fastställdes till 14 000 000 ecu.

97. Ett upphävande behöver inte, enligt min mening, åtföljas av en återförvisning av målet till förstainstansrätten. Eftersom det varken ankommer på domstolen att pröva huruvida förstainstansrättens överväganden i sak är välgrundade eller att ifrågasätta den allmänna bötesnivån, förfogar domstolen över de uppgifter som är nödvändiga för att avgöra målet i detta avseende. Den enda fråga som är relevant är huruvida förstainstansrätten nedsatte bötesbeloppet i tillräcklig grad.

98. Jag anser inte att den gjorde det. Kommissionen hade fastställt Sarriós böter på grundval av bolagets omsättning för år 1990, inklusive, naturligtvis, Prat Cartons omsättning. Förstainstansrätten konstaterade att Prat Carton inte hade medverkat i någon prissamverkan eller utbudskontroll förrän i juni 1990. Man kan således inte annat än konstatera, såvitt avser dotterbolaget i fråga, att den omsättning som valdes som referens och som räknades in i Sarriós totala omsättning, avser en period under vilken företaget bara hade medverkat i samverkan i sju månader, från juni till december, vilket helt klart skapar ett problem i fråga om samstämmighet.

99. Jag anser också att det, med hänsyn till sambandet mellan Sarriós totala omsättning och Prat Cartons omsättning, till att Prat Carton inte deltog i ett av momenten i överträdelsen samt till den korta tid som Prat Carton deltog, finns skäl att nedsätta det bötesbelopp som Sarrió ålades till 13 650 000 euro.

Rättegångskostnaderna

100. Det är uppenbart att ett upphävande av den överklagade domen, även om det bara gäller en del av den, måste inverka på fördelningen av rättegångskostnaderna.

101. Genom den överklagade domen förpliktades klaganden att bära sina rättegångskostnader jämte hälften av kommissionens kostnader och kommissionen förpliktades att bära hälften av sina rättegångskostnader.

102. Jag föreslår att denna fördelning ändras på så sätt att klaganden bara, förutom att bära sina egna kostnader, skall ersätta 2/5 av kommissionens kostnader. Eftersom merparten av de grunder som klaganden anfört har underkänts, anser jag det vara skäligt att klaganden bär sin egen rättegångskostnad samt ersätter 2/3 av kommissionens rättegångskostnad i denna instans.

Förslag till avgörande

103. Med hänsyn till vad som ovan anförts föreslår jag att domstolen skall fastställa följande:

1) Förstainstansrättens dom av den 14 maj 1998 i mål T-334/94, Sarrió mot kommissionen, upphävs såvitt avser det bötesbelopp om 14 000 000 ecu som påfördes klaganden och såvitt Sarrió däri förpliktades att bära sina egna rättegångskostnader och att ersätta hälften av kommissionens rättegångskostnader och kommissionen förpliktades att bära hälften av sina rättegångskostnader.

2) Bötesbeloppet fastställs till 13 650 000 euro.

3) Klaganden skall, förutom att bära sina egna kostnader, ersätta 2/5 av kommissionens rättegångskostnader i förstainstansrätten samt, förutom att bära sina egna rättegångskostnader, ersätta 2/3 av kommissionens rättegångskostnader i domstolen.

4) Kommissonen skall bära 3/5 av sina rättegångskostnader i förstainstansrätten och 1/3 av sina rättegångskostnader i domstolen.

5) Överklagandet ogillas i övrigt.