FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT YVES BOT

föredraget den 26 mars 2009 [1]

Innehållsförteckning

I — Tillämpliga bestämmelser . . . . . I - 8683

II — Bakgrund . . . . . I - 8685

III — Talan vid förstainstansrätten och den överklagade domen . . . . . I - 8687

IV — Förfarandet vid domstolen och parternas yrkanden . . . . . I - 8688

V — Grunderna för överklagandena . . . . . I - 8689

A — De grunder som anförts av Erste (mål C-125/07 P) . . . . . I - 8689

B — De grunder som anförts av RZB (mål C-133/07 P) . . . . . I - 8690

C — De grunder som anförts av BA-CA (mål C-135/07 P) . . . . . I - 8691

D — De grunder som anförts av ÖVAG (mål C-137/07 P) . . . . . I - 8693

VI — Förenande av överklagandena och prövningen av dessa i förevarande förslag till avgörande . . . . . I - 8694

VII — Inledande anmärkningar . . . . . I - 8694

A — Omfattningen av domstolens kontroll inom ramen för de aktuella målen om överklagande . . . . . I - 8695

B — *Det rättsliga och faktiska sammanhanget för kontrollen av konkurrensbegränsande förfaranden och avtal* . . . . . I - 8697

VIII — Grunderna avseende åsidosättande av artikel 81.1 EG . . . . . I - 8700

A — Den första grunden: Felaktig bedömning av villkoret om påverkan på handeln mellan medlemsstaterna . . . . . I - 8700

1. Den första delgrunden: Felaktig bedömning av huruvida en kartell som omfattar en medlemsstats hela territorium kan påverka handeln mellan medlemsstaterna på ett märkbart sätt . . . . . I - 8703

1 — Originalspråk: franska.

a) Parternas argument . . . . . I - 8703

b) Bedömning . . . . . I - 8704

2. Den andra delgrunden: Huruvida förstainstansrätten gjorde en felaktig bedömning genom att göra en helhetsbedömning av kartellens gränsöverskridande verkningar . . . . . I - 8708

a) Parternas argument . . . . . I - 8708

b) Bedömning . . . . . I - 8709

i) Den första invändningen avseende felaktig tillämpning och bedömning av rättspraxis . . . . . I - 8709

— Domen i målet VGB m.fl. mot kommissionen . . . . . I - 8709

— Domen i de förenade målen Bagnasco m.fl. . . . . I - 8712

ii) Huruvida förstainstansrätten gjort en felaktig, otillräcklig och motsägelsefull bedömning vid definitionen av den relevanta marknaden . . . . . I - 8713

— Förstainstansrättens bedömning av invändningarna avseende en felaktig definition av den relevanta marknaden . . . . . I - 8713

— Huruvida motiveringen är otillräcklig och motsägelsefull . . . . I - 8716

— Huruvida det var fel av förstainstansrätten att hänvisa till domen i målet SPO m.fl. mot kommissionen . . . . . I - 8718

3. Den tredje delgrunden: Huruvida förstainstansrätten visade att kartellen märkbart påverkat handeln inom gemenskapen . . . . . I - 8718

a) Parternas argument . . . . . I - 8718

b) Bedömning . . . . . I - 8719

4. Den fjärde delgrunden: Underlåtelse att undersöka kartellens konkreta påverkan på marknaden . . . . . I - 8720

a) Parternas argument . . . . . I - 8720

b) Bedömning . . . . . I - 8720

B — Den andra grunden: Felaktigt tillskrivande av ansvar för överträdelsen . . . . I - 8721

1. Parternas argument . . . . . I - 8721

2. Bedömning . . . . . I - 8722

IX — Grunder avseende åsidosättande av artikel 15.2 i förordning nr 17 i den mån bedömningen av överträdelsens allvar och grundbeloppet för böterna är behäftad med rättsliga fel och bristfällig motivering och innebär att rätten till försvar har åsidosatts I - 8726

A — Den första grunden: Felaktig rättstillämpning vid bedömningen av överträdelsens allvar . . . . . I - 8726

1. Den första delgrunden: Huruvida förstainstansrättens bedömning gjorts i enlighet med riktlinjerna . . . . . I - 8728

a) Parternas argument . . . . . I - 8728

b) Bedömning . . . . . I - 8729

2. Den andra delgrunden: Felaktig bedömning av överträdelsens ”art” . . . . I - 8730

a) Parternas argument . . . . . I - 8730

b) Bedömning . . . . . I - 8731

3. Den tredje delgrunden: Felaktig bedömning av ”överträdelsens konkreta påverkan på marknaden” . . . . . I - 8733

a) Parternas argument . . . . . I - 8733

b) Bedömning . . . . . I - 8733

i) Gemenskapsdomstolens tillvägagångssätt . . . . . I - 8735

ii) Min bedömning . . . . . I - 8739

4. Den fjärde delgrunden: Felaktig bedömning av ”omfattningen av den berörda geografiska marknaden” . . . . . I - 8742

a) Parternas argument . . . . . I - 8742

b) Bedömning . . . . . I - 8742

5. Den femte delgrunden: Huruvida förstainstansrätten gjorde en oriktig bedömning av betydelsen av kommissionens selektiva lagföring och åsidosatte motiveringsskyldigheten . . . . . I - 8743

a) Parternas argument . . . . . I - 8743

b) Bedömning . . . . . I - 8744

6. Den sjätte delgrunden: Avsaknad av en helhetsbedömning av överträdelsens allvar . . . . . I - 8745

a) Parternas argument . . . . . I - 8745

b) Bedömning . . . . . I - 8745

7. Den sjunde delgrunden: Felaktig bedömning vad gäller indelningen av klagandena i kategorier . . . . . I - 8746

a) Klagandenas invändningar . . . . . I - 8747

i) Den första invändningen avseende huruvida huvudbankerna rättsstridigt tillskrivits marknadsandelarna för bankerna inom de decentraliserade sektorerna . . . . . I - 8747

— Principen för att tillskriva marknadsandelarna och de bedömningskriterier som härvid använts . . . . . I - 8747

— Huruvida artikel 15.2 i förordning nr 17, proportionalitetsprincipen avseende sanktionsåtgärder, principen om personligt ansvar för överträdelser av konkurrensrätten samt likhetsprincipen har åsidosatts . . . . . I - 8748

ii) Den andra invändningen avseende åsidosättande av rätten till försvar . . . . . I - 8749

iii) Den tredje invändningen avseende felaktig bedömning av huvudbankernas roll och funktioner inom bankgrupperna . . . . . I - 8750

iv) Den fjärde invändningen avseende ett felaktigt fastställande av Erstes och sparkassegruppens marknadsandelar . . . . . I - 8750

v) Den femte invändningen avseende att de faktiska omständigheterna och bevisningen i målet missuppfattats . . . . . I - 8751

b) Bedömning . . . . . I - 8752

i) Den första invändningen avseende huruvida huvudbankerna rättsstridigt tillskrivits marknadsandelarna för bankerna inom de decentraliserade sektorerna . . . . . I - 8752

B — Den andra grunden: Felaktig rättstillämpning, bristande motivering och missuppfattad bevisning vad gäller förekomsten av förmildrande omständigheter . . . . . I - 8754

a) Den första delgrunden: Huruvida förstainstansrätten gjorde en felaktig bedömning avseende ÖVAG:s passiva roll . . . . . I - 8755

i) Parternas argument . . . . . I - 8755

— Den första invändningen: Felaktigt utövande av förstainstansrättens rättskipande uppgift . . . . . I - 8755

— Den andra invändningen: Tillämpning av ett felaktigt bedömningskriterium . . . . . I - 8753

— Den tredje invändningen: Huruvida den bevisning missuppfattats som förebringats vid förstainstansrätten . . . . . I - 8755

— Den fjärde invändningen: Motstridig motivering . . . . . I - 8756

ii) Bedömning . . . . . I - 8756

b) Den andra delgrunden: Felaktig bedömning av förstainstansrätten vad gäller de offentliga myndigheternas deltagande i bankernas mötesgrupper . . . . . I - 8757

i) Parternas argument . . . . . I - 8757

ii) Bedömning . . . . . I - 8758

c) Den tredje delgrunden: Felaktig bedömning av förstainstansrätten vad gäller mötenas offentliga karaktär . . . . . I - 8760

i) Parternas argument . . . . . I - 8760

ii) Bedömning . . . . . I - 8760

C — Den tredje grunden: Felaktig rättstillämpning, åsidosättande av principen om likabehandling, principen om skydd för berättigade förväntningar och rätten till försvar samt bristande och motstridig motivering vad gäller tillämpningen av avdelning D i meddelandet om samarbete . . . . . I - 8761

1. Den första delgrunden: Felaktig bedömning av förstainstansrätten vad gäller kommissionens utrymme för skönsmässig bedömning och utövandet av sin domstolskontroll . . . . . I - 8764

a) Parternas argument . . . . . I - 8764

b) Bedömning . . . . . I - 8764

2. Den andra delgrunden: Felaktig rättstillämpning vid tillämpningen av meddelandet om samarbete . . . . . I - 8765

a) Den första invändningen: Användning av ett felaktigt bedömningskriterium och åsidosättande av principen om likabehandling . . . . . I - 8765

i) Parternas argument . . . . . I - 8765

ii) Bedömning . . . . . I - 8766

b) Den andra invändningen: Felaktig rättstillämpning vid bedömningen av omfattningen av företagens samarbete, åsidosättande av principen om likabehandling, principen om skydd för berättigade förväntningar och rätten till försvar samt bristande och motstridig motivering . . . . . I - 8767

i) RZB:s första argument: Felaktig bedömning av huruvida svaren på begäran om upplysningar varit frivilliga och åsidosättande av rätten till försvar . . . . . I - 8768

— Parternas argument . . . . . I - 8768

— Bedömning . . . . . I - 8769

ii) Det andra argumentet: Felaktig rättstillämpning vid bedömningen av den gemensamma redogörelsen för de faktiska omständigheterna I - 8772

— Parternas argument . . . . . I - 8772

— Bedömning . . . . . I - 8773

iii) Det tredje argumentet: Felaktig bedömning avseende RZB:s erkännande av överträdelsens konkurrensbegränsande syfte och åsidosättande av principen om likabehandling . . . . . I - 8774

— Parternas argument . . . . . I - 8774

— Bedömning . . . . . I - 8774

iv) Det fjärde argumentet: Omvänd bevisbörda vad beträffar värdet av RZB:s samarbete och åsidosättande av principen om skydd för berättigade förväntningar . . . . . I - 8775

— Parternas argument . . . . . I - 8775

— Bedömning . . . . . I - 8775

v) Det femte argumentet: Felaktig rättstillämpning och motstridig motivering inom ramen för förstainstansrättens bedömning avseende värdet av de ytterligare handlingar som BA-CA tillhandahållit I - 8776

— Parternas argument . . . . . I - 8776

— Bedömning . . . . . I - 8777

vi) Det sjätte argumentet: Underlåtenhet att beakta BA-CA:s svar på meddelandet om invändningar . . . . . I - 8778

— Parternas argument . . . . . I - 8778

— Bedömning . . . . . I - 8778

3. Den tredje delgrunden: Åsidosättande av rätten till försvar vad gäller rätten att yttra sig . . . . . I - 8779

a) Parternas argument . . . . . I - 8779

b) Bedömning . . . . . I - 8779

D — Den fjärde grunden: Åsidosättande av rätten till försvar vad gäller rätten att yttra sig och av förstainstansrättens motiveringsskyldighet vad gäller bedömningen av yrkandena om nedsättning av böterna . . . . . I - 8780

1. Parternas argument . . . . . I - 8780

2. Bedömning . . . . . I - 8780

X — Följderna av att den överklagade domen upphävs . . . . . I - 8782

A — Den första grunden: Felaktig bedömning av överträdelsens allvar och böternas grundbelopp med hänsyn till att det inte styrkts att kartellen hade en konkret påverkan på marknaden . . . . . I - 8782

1. Parternas argument . . . . . I - 8782

2. Bedömning . . . . . I - 8783

B — Den andra grunden: Felaktig bedömning vad gäller indelningen av Erste, RZB och ÖVAG i kategorier vid bedömningen av överträdelsens allvar samt vid fastställandet av grundbeloppet för böterna . . . . . I - 8788

1. Det omtvistade beslutet . . . . . I - 8788

2. Sammanfattning av parternas argument . . . . . I - 8789

3. Bedömning . . . . . I - 8790

XI — Rättegångskostnader . . . . . I - 8800

XII — Förslag till avgörande . . . . . I - 8801

1. Föremålet för detta mål är överklaganden från de fyra österrikiska bankerna Erste Bank der österreichischen Sparkassen AG [2] (mål C-125/07 P), Raiffeisen Zentralbank Österreich AG [3] (mål C-133/07 P), Bank Austria Creditanstalt AG [4] (mål C-135/07 P) och Österreichische Volksbanken AG [5] (mål C-137/07 P) av den dom som Europeiska gemenskapernas förstainstansrätt meddelade den 14 december 2006 i de förenade målen Raiffeisen Zentralbank Österreich m. fl. mot kommissionen. [6]

2. I den överklagade domen fastställde förstainstansrätten i huvudsak kommissionens beslut 2004/138/EG, [7] i vilket det slogs fast att dessa företag träffat avtal och deltagit i samordnade förfaranden på den österrikiska marknaden för bankprodukter och tillhandahållande av banktjänster i strid med artikel 81 EG. Förstainstansrätten satte emellertid vid sin kontroll av kommissionens konstateranden avseende överträdelsens varaktighet och bankernas samarbete med kommissionen ned de böter som ålagts Österreichische Postsparkasse AG (nedan kallad PSK).

3. I de förevarande målen om överklagande har klagandena ifrågasatt förstainstansrättens bedömning avseende villkoren för tillämpning av artikel 81.1 EG, särskilt villkoret om påverkan på handeln mellan medlemsstaterna. Klagandena har vidare gjort gällande att förstainstansrätten åsidosatte artikel 15.2 i rådets förordning nr 17, [8] bland annat genom att vid beräkningen av böterna göra en felaktig bedömning av överträdelsens allvar. Klagandena har avslutningsvis framfört ett flertal invändningar mot förstainstansrättens bedömning avseende förekomsten av förmildrande omständigheter och omfattningen av deras samarbete under förfarandet.

4. Jag kommer i detta förslag till avgörande att föreslå att domstolen ska upphäva den överklagade domen, eftersom förstainstansrätten i två fall har gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning inom ramen för bedömningen av överträdelsens allvar vid beräkningen av böternas grundbelopp.

5. Jag anser nämligen att förstainstansrätten för det första gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning genom att finna att kommissionen kunde lägga genomförandet av kartellen till grund för sitt konstaterande att överträdelsen hade en konkret påverkan på marknaden. Jag anser vidare att förstainstans-

2 — Nedan kallad Erste.

3 — Nedan kallad RZB.

4 — Nedan kallad BA-CA. BA-CA är ett kreditinstitut som bildades i september 1998 genom en fusion mellan Bank Austria AG (BA) och Creditanstalt AG (CA). Dess firmanamn ändrades den 13 augusti 2002.

5 — Nedan kallad ÖVAG.

6 — Dom av den 14 december 2006 i de förenade målen T-259/02–T-264/02 och T-271/02, Raiffeisen Zentralbank Österreich AG m.fl. mot kommissionen (REG 2006, s. II-5169) (nedan kallad den överklagade domen).

7 — Beslut av den 11 juni 2002 i ett förfarande i enlighet med artikel 81 i EG-fördraget (Ärende COMP/36.571/D-1 – Österrikiska banker ”Lombardklubben”) (EUT L 56, 2004, s. 1) (nedan kallat det omtvistade beslutet).

8 — Rådets förordning av den 6 februari 1962, Första förordningen om tillämpning av artiklarna [81] och [82] i fördraget (EGT 13, 1962, s. 204; svensk specialutgåva, område 8, volym 1, s. 8), i dess lydelse enligt rådets förordning (EG) nr 1216/1999 av den 10 juni 1999 (EGT L 148, s. 5) (nedan kallad förordning nr 17). Nämnas bör att denna förordning har ersatts av rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget (EGT L 1, 2003, s. 1).

rätten gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning och förde ett motstridigt resonemang i den överklagade domens motivering när den fann att kommissionen vid bedömningen av överträdelsens allvar och beräkningen av böternas grundbelopp kunde tillskriva Erste, RZB och ÖVAG, i egenskap av centrala banker, marknadsandelarna för bankerna inom deras decentraliserade sektorer, trots att kommissionen inte hade tillskrivit de förstnämnda bankerna de överträdelser som de sistnämnda hade begått.

6. Målet är enligt min mening färdigt för avgörande och jag föreslår därför att domstolen i enlighet med artikel 61 första stycket i domstolens stadga, själv slutligt prövar dessa två grunder för ogiltigförklaring som anförts vid förstainstansrätten. Jag föreslår att domstolen efter denna prövning ska ogiltigförklara artikel 3 i det omtvistade beslutet och, med stöd av sin fulla prövningsrätt, fastställa de böter som ska åläggas varje berört företag.

I — Tillämpliga bestämmelser

7. Enligt artikel 81 EG är ”alla avtal mellan företag, beslut av företagssammanslutningar och samordnade förfaranden som kan påverka handeln mellan medlemsstater och som har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrida konkurrensen inom den gemensamma marknaden” förbjudna.

8. För det fall denna bestämmelse åsidosätts får kommissionen enligt artikel 15.2 i förordning nr 17 ”ålägga företag eller företagssammanslutningar böter om lägst [1 000 euro] och högst [1 miljon euro], eller ett högre belopp som dock inte får överskrida tio procent av föregående räkenskapsårs omsättning för varje företag som har deltagit i överträdelsen”.

9. I syfte att säkerställa öppenheten och objektiviteten i kommissionens beslut, både i förhållande till företagen och i förhållande till gemenskapsdomstolen, offentliggjorde kommissionen år 1998 riktlinjer i vilka det redogörs för den beräkningsmetod för böter som åläggs i enlighet med artikel 15.2 i förordning nr 17. [9]

10. I punkt 1 i riktlinjerna föreskrivs att det vid beräkningen av böterna ska fastställas ett grundbelopp på grundval av kriterier som anges i artikel 15.2 i förordning nr 17, nämligen överträdelsens allvar och varaktighet.

11. Vid bedömningen av överträdelsens allvar ska kommissionen för det första beakta överträdelsens art, dess konkreta påverkan på marknaden, om den är mätbar,

9 — Riktlinjer för beräkning av böter som döms ut enligt artikel 15.2 i förordning nr 17 och artikel 65.5 i EKSG-fördraget (EGT C 9, 1998, s. 3) (nedan kallade riktlinjerna).

och omfattningen av den relevanta geografiska marknaden (punkt 1 A första stycket i riktlinjerna). Härvid indelas överträdelserna i följande tre kategorier: ”Mindre allvarliga överträdelser” för vilka grundbeloppet kan variera från 1 000 euro till 1 miljon euro, ”allvarliga överträdelser” för vilka grundbeloppet kan vara mellan 1 miljon euro och 20 miljoner euro samt ”mycket allvarliga överträdelser” för vilka grundbeloppet ska överskrida 20 miljoner euro (punkt 1 A andra stycket första till tredje strecksatserna i riktlinjerna).

12. För det andra ska överträdelsens allvar bedömas utifrån särdragen för varje berört företag. Inom var och en av dessa kategorier gör sanktionsskalorna det möjligt att variera behandlingen alltefter arten av de överträdelser som företagen begått. Kommissionen ska således beakta de berörda företagens faktiska ekonomiska kapacitet att vålla skada och fastställa bötesbeloppet till en nivå som säkerställer att de är avskräckande (punkt 1 A fjärde stycket i riktlinjerna). Kommissionen kan i detta skede dela in företagen i olika kategorier och anpassa utgångsbeloppet för böterna till varje företag.

13. Kommissionen ska för det tredje beakta överträdelsens varaktighet.

14. Enligt punkterna 2 och 3 i riktlinjerna kan kommissionen därefter beakta vissa förmildrande eller försvårande omständigheter för att sätta ned eller öka grundbeloppet för böterna.

15. Enligt punkt 4 i riktlinjerna kan kommissionen dessutom tillämpa sitt meddelande av den 18 juli 1996 om befrielse från eller nedsättning av böter i kartellärenden. [10] I meddelandet om samarbete fastställs de villkor på vilka företag som samarbetar med kommissionen under dess undersökning av ett kartellärende kan befrias från böter eller beviljas nedsättning av de böter som annars skulle ha ålagts dem.

16. Avdelning D i meddelandet om samarbete har följande lydelse:

”D. Väsentlig nedsättning av böter

1. Om ett företag samarbetar utan att alla de villkor som anges i avdelningarna B eller C är

10 — EGT C 207, 1996, s. 4 (nedan kallat meddelandet om samarbete).

uppfyllda kommer det att beviljas en nedsättning med 10–50 % av det bötesbelopp som det skulle ha ålagts om det inte hade samarbetat.

II — Bakgrund

18. De faktiska omständigheterna, såsom de framgår av den överklagade domen, kan sammanfattas på följande sätt.

2. Detta kan ske i till exempel följande fall:

19. Den 30 juni 1997 ingav det politiska partiet Freiheitliche Partei Österreichs ett klagomål mot åtta österrikiska kreditinstitut som misstänktes för att ha deltagit i avtal eller samordnade förfaranden i strid med artikel 81 EG. I juni 1998 gjorde kommissionen oanmälda efterforskningar i institutens lokaler och sände i september 1998 en begäran om upplysningar till dem. De huvudsakligen berörda bankerna erbjöd kommissionen sitt ”samarbete” under undersökningen.

Ett företag förser kommissionen med upplysningar, dokument eller annat bevismaterial som bidrar till att fastställa att överträdelsen har begåtts, innan ett meddelande om anmärkningar sänds ut.

Ett företag informerar kommissionen om att det inte bestrider de faktiska omständigheter som kommissionen grundar sina anklagelser på, efter det att det har tagit emot ett meddelande om anmärkningar.”

20. Kommissionen lämnade den 13 september 1999 åtta banker det meddelande om invändningar som antagits den 11 september 1999. Bankerna fick ta del av handlingarna i ärendet och lämnade skriftliga synpunkter. Kommissionen höll även ett muntligt sammanträde med dessa. Därefter skickade kommissionen den 22 november 2000 ett kompletterande meddelande om invändningar till de berörda företagen på vilket de fick lämna skriftliga och muntliga synpunkter. Kommissionen klandrade huvudsakligen företagen för att ha infört vad kommissionen kallade Lombardnätverket, det vill säga en rad regelbundna möten, inom ramen för vilket de med regelbundna

17. Det preciseras i form av en allmän anmärkning i punkt 5 a första stycket i riktlinjerna att det slutliga bötesbeloppet aldrig får överskrida tio procent av företagens totala omsättning enligt artikel 15.2 i förordning nr 17.

intervall samrått angående sitt uppträdande avseende de främsta parametrarna av intresse för konkurrensen på den österrikiska marknaden för bankprodukter och banktjänster.

21. Kommissionen antog det omtvistade beslutet den 11 juni 2002.

22. Kommissionen bedömde överträdelsen vara komplex och av betydande varaktighet. Vilka företag det omtvistade beslutet skulle riktas till bestämdes på grundval av hur ofta de deltagit i de huvudsakliga mötesgrupperna och på grundval av den ställning de på grund av sin storlek hade på den österrikiska bankmarknaden.

23. I det omtvistade beslutet anges att överenskommelser mellan österrikiska banker, framför allt avseende räntenivåer och avgifter, haft en lång tradition i Österrike som delvis vilat på nationell lagstiftning. Denna lagstiftning upphävdes senast den 1 januari 1994 när Republiken Österrike anslöts till det Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES) och lagen om banksystemet (Bundesgesetz über das Bankwesen) [11] trädde i kraft. Kommissionen fann emellertid att kreditinstituten fortsatt att träffa avtal inom ramen för ett institutionaliserat och nära sammanlänkat nätverk av bankmötesgrupper.

24. I det omtvistade beslutet har redogjorts för hur detta nätverk, lika varierande till formen som omfattande i sak, gjorde det möjligt för de deltagande bankerna att regelbundet samordna sitt uppträdande på marknaden, i synnerhet vad gäller räntor och avgifter.

25. ”Lombardklubben”, bestående av de ledande företrädarna för de största österrikiska bankerna, utgjorde överordnad instans. På nivån under fanns de produktrelaterade ämnesmötesgrupperna (utlåning och inlåning) eller specialiserade mötesgrupper för verksamheten inom segmenten företagskunder (exempelvis ”egenföretagargruppen”), privatkunder (exempelvis ”logen för hypotekslån”) eller för områden som är relevanta i konkurrenshänseende (exempelvis ”exportklubben”). Regionala mötesgrupper träffades vidare i samtliga österrikiska delstater. Kommissionen underströk den särskilda roll som de centrala bankerna, allmänt kallade huvudbankerna, haft i nätverket avseende samordning och representation för sina decentraliserade sektorer, det vill säga sparkassesektorn för Erstes del, RZB-sektorn för RZB:s del och folkbankssektorn för ÖVAG:s del. [12]

11 — BGBl. nr 3903/1993.

12 — Såsom förstainstansrätten angett i punkt 6 i det överklagade beslutet görs det i Österrike skillnad mellan banker som endast har en strukturell nivå och bankgrupper som har flera strukturella nivåer, vilka även kallas decentraliserade.

26. I artikel 1 i det omtvistade beslutet har kommissionen angett att de åtta banker till vilka beslutet riktades har överträtt artikel 81.1 EG genom att delta i avtal och samordnade förfaranden om priser, avgifter och andra parametrar avseende konkurrensen under tiden mellan den 1 januari 1995 och den 24 juni 1998 i syfte att begränsa konkurrensen på marknaden för bankprodukter och tillhandahållandet av banktjänster i Österrike.

27. I artikel 2 i det omtvistade beslutet förpliktades de berörda företagen att upphöra med överträdelsen utan dröjsmål.

28. Enligt artikel 3 i det omtvistade beslutet ålade kommissionen vart och ett av dessa företag böter. Erste ålades att betala 37,69 miljoner euro, RZB 30,38 miljoner euro, Bank Austria AG 30,38 miljoner euro och ÖVAG 7,59 miljoner euro.

29. Böterna beräknades på grundval av den metod som anges i riktlinjerna och meddelandet om samarbete.

30. När det gäller överträdelsens allvar ansåg kommissionen bankernas möten vara en mycket allvarlig överträdelse av artikel 81 EG. Den relativt begränsade omfattningen av den berörda geografiska marknaden i fråga ändrade inte denna bedömning. Kommissionen delade vidare in deltagarna i fem kategorier utifrån deras respektive marknadsandelar. Den tillskrev därvid huvudbankerna marknadsandelen för deras decentraliserade sektorer.

31. Kommissionen ansåg att överträdelsen varat från den 1 januari 1995 till juni 1998. Mot den bakgrunden höjde kommissionen utgångsbeloppet för böterna med 35 procent.

32. Kommissionen fann inte att det förelåg några förmildrande omständigheter. Med tillämpning av meddelandet om samarbete medgav kommissionen emellertid mottagarna av det omtvistade beslutet en nedsättning av böterna med 10 procent för att de inte bestridit sakomständigheterna.

III — Talan vid förstainstansrätten och den överklagade domen

33. Genom ansökningar som inkom till förstainstansrättens kansli den 30 augusti 2002 respektive den 2 september 2002 väckte RZB, och därefter Erste, BA-CA och ÖVAG, samt andra banker som det omtvistade beslutet

riktade sig till, talan om ogiltigförklaring av nämnda beslut.

34. I den överklagade domen ogillade förstainstansrätten klagandenas talan och förpliktade dem att ersätta rättegångskostnaderna.

IV — Förfarandet vid domstolen och parternas yrkanden

35. Genom ansökningar som inkom till domstolens kansli den 2 respektive den 6 mars 2007 överklagade Erste och därefter RZB, BA-CA och ÖVAG, i enlighet med artikel 56 i domstolens stadga, förstainstansrättens dom.

36. Erste, RZB, BA-CA och ÖVAG har yrkat att domstolen ska

— i första hand upphäva den överklagade domen i den del klagandenas talan om ogiltigförklaring ogillas samt ogiltigförklara det omtvistade beslutet,

— i andra hand sätta ned de böter som ålagts klagandena enligt artikel 3 i det ovannämnda beslutet,

— i varje fall förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna, och

— i tredje hand, har Erste och ÖVAG även yrkat att domstolen, ska upphäva den överklagade domen och återförvisa målet till förstainstansrätten.

37. Kommissionen har yrkat att domstolen i samtliga mål ska

— ogilla överklagandena i deras helhet,

— fastställa den överklagade domen, och

— förplikta klagandena att ersätta rättegångskostnaderna vid domstolen.

V — Grunderna för överklagandena

A — *De grunder som anförts av Erste (mål C-125/07 P)*

38. Erste har åberopat tre grunder till stöd för att det omtvistade beslutet ska ogiltigförklaras i sin helhet eller att de böter som banken ålagts ska sättas ned.

39. Inom ramen för den första grunden har Erste gjort gällande att artikel 81.1 EG har åsidosatts. Denna grund består av två delgrunder:

— Den första delgrunden avser en felaktig bedömning av villkoret om påverkan på handeln mellan medlemsstaterna.

— Den andra delgrunden avser felaktig rättstillämpning när det gäller ansvaret för överträdelsen.

40. Erste har inom ramen för den andra grunden gjort gällande att artikel 15.2 i förordning nr 17 åsidosatts på grund av en felaktig bedömning av överträdelsens allvar och böternas utgångsbelopp. Erste har till stöd för denna grund bestridit kommissionens indelning i kategorier vid beräkningen av böterna. Grunden består av två delgrunder:

— Den första delgrunden avser felaktig rättstillämpning genom att Erste tillskrivits marknadsandelarna tillhörande den decentraliserade sparkassesektorn.

— Den andra delgrunden avser ett felaktigt fastställande av Erstes och den decentraliserade sparkassesektorns marknadsandelar.

41. Inom ramen för den tredje grunden har Erste slutligen gjort gällande att rätten till försvar åsidosatts genom att kommissionen inte angav i meddelandet om invändningar att den avsåg att tillskriva Erste marknadsandelarna för den decentraliserade sparkassesektorn.

B — *De grunder som anförts av RZB (mål C-133/07 P)*

42. Även RZB har åberopat tre grunder som i huvudsak syftar till att beslutet i sin helhet ska ogiltigförklaras eller att böterna som ålagts RZB ska sättas ned.

43. Inom ramen för den första grunden har RZB bestridit att artikel 81.1 EG åsidosatts på grund av en felaktig bedömning av villkoret om påverkan på handeln mellan medlemsstaterna.

44. Till stöd för den andra grunden har RZB gjort gällande åsidosättande av artikel 15.2 i förordning nr 17 i det att det gjorts en felaktig rättstillämpning och bedömning avseende överträdelsens allvar. Denna grund består av sex delgrunder:

— Inom ramen för de första tre delgrunderna har RZB hävdat att förstainstansrätten gjorde en oriktig bedömning av överträdelsens art, dess konkreta påverkan på marknaden respektive marknadens geografiska omfattning.

— Till stöd för den fjärde delgrunden har klaganden hävdat att förstainstansrätten gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning genom att underlåta att beakta den selektiva arten av förfarandena som inletts.

— Inom ramen för den femte delgrunden har RZB klandrat förstainstansrätten för att inte ha gjort en helhetsbedömning av överträdelsens allvar.

— Till stöd för den sjätte delgrunden har RZB kritiserat kommissionens indelning i kategorier vid beräkningen av böterna. RZB har opponerat sig mot att ha tillskrivits marknadsandelarna för sin decentraliserade sektor och har framfört fem invändningar i detta avseende. För det första saknas rättslig grund för att göra ett sådant tillskrivande. För det andra strider det mot principen om att en sanktion ska motsvara allvaret av de faktiska omständigheterna. Det strider vidare för det tredje mot principen om personligt ansvar för överträdelser av konkurrensrätten. För det fjärde strider tillskrivandet mot likhetsprincipen. Slutligen är den överklagade domens motivering motsägelsefull på denna punkt.

45. Till stöd för den tredje grunden har RZB gjort gällande felaktig rättstillämpning av avdelning D i meddelandet om samarbete. Denna grund består av två delar:

— Under den första delgrunden har RZB gjort gällande att ett felaktigt bedömningskriterium tillämpats. RZB har härvid gjort två invändningar avseende åsidosättande dels av principen om förbud mot retroaktiv tillämpning, dels av principen om skydd för berättigade förväntningar.

beträffar värdet av dess samarbete och därigenom ha åsidosatt principen om skydd för berättigade förväntningar.

C — *De grunder som anförts av BA-CA (mål C-135/07 P)*

— Den andra delgrunden avser en felaktig bedömning av omfattningen av RZB:s samarbete under förfarandet. Delgrunden består av fyra invändningar:

46. BA-CA har åberopat fyra grunder som samtliga syftar till att de böter ska sättas ned som BA-CA ålagts enligt artikel 3 i det omtvistade beslutet.

— De tre första invändningarna avser en felaktig bedömning avseende huruvida svaren på begäran om upplysningar varit frivilliga, felaktig rättstillämpning inom ramen för bedömningen av den gemensamma redogörelsen för sakförhållandena, och slutligen en felaktig bedömning av RZB:s erkännande av överträdelsens konkurrensbegränsande syfte.

47. Inom ramen för den första grunden har BA-CA gjort gällande att artikel 15.2 i förordning nr 17 åsidosatts, eftersom bedömningen av överträdelsens allvar och i synnerhet av dess konkreta påverkan på marknaden var felaktig. Grunden består av två delar:

— Till stöd för den fjärde invändningen har RZB kritiserat förstainstansrätten för att ha omvänt bevisbördan vad

— Den första delgrunden avser en felaktig bedömning när det gäller förekomsten av negativa ekonomiska verkningar av bankernas mötesgrupper.

— Den andra delgrunden avser åsidosättande av principerna för bevisning.

48. Till stöd för den andra grunden har BA-CA gjort gällande en felaktig bedömning avseende förekomsten av förmildrande omständigheter. Grunden består av två delar:

— Genom den första delgrunden har BA-CA kritiserat förstainstansrätten för att inte ha tagit hänsyn till vissa offentliga myndigheters deltagande i mötesgrupperna.

— Till stöd för den andra delgrunden har BA-CA hävdat att förstainstansrätten i flera fall gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning genom att inte beakta mötesgruppernas offentliga karaktär.

49. Inom ramen för den tredje grunden har BA-CA gjort gällande ett antal fall av felaktig rättstillämpning samt åsidosättande av grundläggande principer vid tillämpningen av avdelning D i meddelandet om samarbete. Denna grund består av tre delar:

— Till stöd för den första delgrunden har BA-CA bestridit förstainstansrättens bedömning avseende kommissionens utrymme för skönsmässig bedömning och förstainstansrättens egen prövning.

— Den andra delgrunden avser användning av ett felaktigt bedömningskriterium samt åsidosättande av likabehandlingsprincipen och principen om skydd för berättigade förväntningar.

— Den tredje delgrunden avser en felaktig bedömning av omfattningen av BA-CA:s samarbete. Delgrunden kan delas in i fyra invändningar:

— De två första invändningarna gäller en felaktig bedömning dels avseende den gemensamma redogörelsen för de faktiska omständigheterna, dels avseende värdet av de ytterligare handlingar som BA-CA tillhandahållit.

— Genom den tredje invändningen har BA-CA kritiserat förstainstansrätten för att inte ha beaktat dess svar på meddelandet om invändningar.

— Den fjärde invändningen avser åsidosättande av rätten att yttra sig.

50. Till stöd för den fjärde grunden har BA-CA gjort gällande att förstainstansrätten åsidosatt dess rätt till försvar inom ramen för prövningen av yrkandena om nedsättning av böterna, till den del denna rätt omfattar rätten att yttra sig.

D — *De grunder som anförts av ÖVAG (mål C-137/07 P)*

51. ÖVAG har liksom Erste och RZB anfört tre grunder som i huvudsak syftar till att det omtvistade beslutet ska ogiltigförklaras i sin helhet eller att böterna som kommissionen ålagt ska sättas ned.

52. Inom ramen för den första grunden har ÖVAG gjort gällande en felaktig bedömning av villkoret om påverkan på handeln mellan medlemsstaterna och bestridit att det skett någon överträdelse av artikel 81.1 EG. Denna grund kan delas in i tre delar:

— Den första delgrunden avser felaktig rättstillämpning och bristande motivering när det gäller möjligheten för en rent nationell kartell att påverka handeln mellan medlemsstaterna.

— Den andra delgrunden avser att förstainstansrätten gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning genom att göra en helhetsbedömning av kartellens gränsöverskridande verkningar. Klaganden har härvid gjort två invändningar dels avseende en oriktig bedömning av gemenskapens rättspraxis dels avseende en felaktig, otillräcklig och motstridig analys vad gäller definitionen av den relevanta marknaden.

— Den tredje delgrunden avser att kartellens konkreta påverkan på marknaden inte har styrkts i den överklagade domen.

53. Inom ramen för den andra grunden har ÖVAG gjort gällande att artikel 15.2 i förordning nr 17 åsidosatts, eftersom det vid beräk-

ningen av böterna gjordes en felaktig bedömning av överträdelsens allvar och i synnerhet av kommissionens indelning i kategorier.

54. Inom ramen för den tredje grunden har ÖVAG gjort gällande felaktig rättstillämpning, bristande motivering och missuppfattning av de faktiska omständigheterna vad gäller bedömningen av förmildrande omständigheter.

57. Jag kommer därefter att undersöka de grunder som anförts i syfte att de böter som kommissionen fastställt i artikel 3 i det ovannämnda beslutet ska sättas ned. Jag kommer härvid att behandla de grunder som avser att en felaktig bedömning gjorts avseende överträdelsens allvar och indelningen av klagandena i kategorier. Jag kommer vidare att undersöka grunderna avseende förekomsten av förmildrande omständigheter och företagens samarbete under förfarandet. Slutligen kommer jag att behandla den grund som BACA åberopat avseende åsidosättande av rätten till försvar och motiveringsskyldigheten.

VI — Förenande av överklagandena och prövningen av dessa i förevarande förslag till avgörande

55. Förevarande mål har på grund av sambandet dem emellan förenats i enlighet med artikel 43 i rättegångsreglerna. Eftersom vissa av de grunder som klagandena anfört överlappar varandra har jag för tydlighetens skull valt att behandla dem tillsammans.

VII — Inledande anmärkningar

58. Innan jag påbörjar min bedömning vill jag göra några inledande anmärkningar för att klargöra den rättsliga ram inom vilken domstolen har att pröva föreliggande mål om överklagande.

56. Jag kommer i min bedömning inledningsvis att undersöka de grunder varigenom lagenligheten av det omtvistade beslutet i sin helhet ifrågasätts. Jag kommer härvid att undersöka grunderna som anförts i syfte att bestrida att det skett någon sådan överträdelse av artikel 81.1 EG som avses i artikel 1 i beslutet.

59. Dessa anmärkningar avser dels domstolens prövning vid överklagande, dels det faktiska och rättsliga sammanhanget för efterforskningar och sanktionsåtgärder med anledning av konkurrensbegränsande beteenden.

A — *Omfattningen av domstolens kontroll inom ramen för de aktuella målen om överklagande*

60. Domstolens uppgift begränsas i mål om överklagande till en kontroll av huruvida förstainstansrätten gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning vid utövandet av sin rättsliga prövning.

61. Enligt artikel 225.1 EG och artikel 58 första stycket i domstolens stadga ska ett överklagande endast avse rättsfrågor. Det kan endast grundas på bristande behörighet hos förstainstansrätten, på rättegångsfel vid förstainstansrätten eller på att förstainstansrätten har åsidosatt gemenskapsrätten. Vidare ska ett överklagande i enlighet med artikel 112.1 första stycket c i rättegångsreglerna innehålla uppgifter om de rättsliga grunder som åberopas.

62. Domstolen har på grundval av dessa bestämmelser fastställt de villkor som måste vara uppfyllda för att överklaganden av förstainstansrättens domar ska kunna upptas till sakprövning.

63. För det första har domstolen slagit fast att det i ett överklagande tydligt ska anges vad som kritiseras i den dom som det yrkas upphävning av samt de rättsliga grunder som särskilt anförs till stöd för detta yrkande. [13]

64. För det andra har domstolen funnit att en klagande inte har rätt att för första gången vid domstolen åberopa en ny grund och anföra nya argument som denne inte har åberopat vid förstainstansrätten. Detta skulle nämligen innebära att en part tilläts anhängiggöra en mer omfattande tvist än den som förstainstansrätten prövat, trots att domstolen har en begränsad behörighet i mål om överklagande. [14]

65. För det tredje har domstolen slagit fast att ett överklagande inte kan tas upp till sakprövning om klaganden endast upprepar eller ordagrant återger grunder och argument som redan har anförts vid förstainstansrätten och varken anger eller visar att det skett en felaktig rättstillämpning i den överklagade domen. I ett sådant fall utgör nämligen överklagandet enligt domstolen endast en begäran om omprövning av den ansökan som ingetts till förstainstansrätten, vilket faller utanför domstolens behörighet. [15] När en klagande har ifrågasatt förstainstansrättens tolkning eller tillämpning av gemenskapsrätten kan dock de rättsfrågor som prövades av förstainstansrätten på nytt tas upp till diskussion

13 — Dom av den 28 maj 1998 i mål C-7/95 P, Deere mot kommissionen (REG 1998, s. I-3111), punkt 19 och där angiven rättspraxis.

14 — Dom av den 21 september 2006 i mål C-167/04 P, JCB Service mot kommissionen (REG 2006, s. I-8935), punkt 114 och där angiven rättspraxis.

15 — Se bland annat dom av den 7 januari 2004 i de förenade målen C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P och C-219/00 P, Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen (REG 2004, s. I-123), punkt 51 och där angiven rättspraxis.

i målet om överklagande. Om klaganden inte på detta sätt kunde utforma sitt överklagande med stöd av grunder och argument som redan åberopats vid förstainstansrätten, skulle nämligen detta överklagandeinstitut, enligt domstolen, förlora en del av sin betydelse. [16]

66. Det framgår även av ovannämnda bestämmelser att ett överklagande endast kan avse en prövning av om rättsregler har överträtts. Grunder avseende bedömningen av de faktiska omständigheterna kan i princip inte upptas till sakprövning, med undantag för två fall som uttryckligen anges i rättspraxis.

67. Förstainstansrätten är i princip ensam behörig att fastställa och bedöma de faktiska omständigheterna. Det är vidare endast förstainstansrätten som kan bedöma vilket värde uppgifterna i målet ska tillmätas under förutsättning att bevisningen har förebringats på rätt sätt och att de allmänna rättsgrundsatser och processuella regler som är tillämpliga i fråga om bevisbördan och bevisningen har iakttagits. [17]

68. I sådana fall är domstolen enligt artikel 225 EG endast behörig att pröva förstainstansrättens rättsliga bedömning av dessa omständigheter och de rättsliga följderna därav. [18]

69. I samband särskilt med genomförandet av artikel 81 EG och artikel 15 i förordning nr 17 har domstolens kontroll ett dubbelt syfte. Domstolen ska dels undersöka huruvida förstainstansrätten på ett juridiskt korrekt sätt har beaktat samtliga faktorer som är väsentliga för bedömningen av hur allvarligt ett företags handlande varit mot bakgrund av artikel 81 EG och artikel 15 i förordning nr 17. Den ska vidare undersöka huruvida förstainstansrätten har gjort en rättsligt tillfredsställande prövning av samtliga argument som klaganden har anfört avseende undanröjande eller nedsättning av böterna. [19] Däremot ankommer det inte på domstolen att göra en skälighetsbedömning som ändrar den bedömning som förstainstansrätten med stöd av sin fulla prövningsrätt har gjort av det bötesbelopp som företag har ålagts. [20]

70. Såsom angetts ovan kan en invändning avseende de faktiska omständigheterna och bedömningen göras vid domstolen i två fall. [21]

16 — Dom av den 18 januari 2007 i mål C-229/05 P, PKK och KNK mot rådet (REG 2007, s. I-439), punkt 32 och där angiven rättspraxis.

17 — Domen i det ovannämnda målet JCB Service mot kommissionen, punkt 107 och där angiven rättspraxis, samt dom av den 10 maj 2007 i mål C-328/05 P, SGL Carbon mot kommissionen (REG 2007, s. I-3921), punkt 41 och där angiven rättspraxis.

18 — Se bland annat domarna i de ovannämnda målen JCB Service mot kommissionen, punkt 106 och där angiven rättspraxis, samt SGL Carbon mot kommissionen, punkt 41 och där angiven rättspraxis.

19 — Se dom av den 17 december 1998 i mål C-185/95 P, Baustahlgewebe mot kommissionen (REG 1998, s. I-8417), punkt 128, av den 29 april 2004 i mål C-359/01 P, British Sugar mot kommissionen (REG 2004, s. I-4933), punkt 47, av den 28 juni 2005 i de förenade målen C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P–C-208/02 P och C-213/02 P, Dansk Rørindustri m.fl. mot kommissionen (REG 2005, s. I-5425), punkt 244, samt av den 8 februari 2007 i mål C-3/06 P, Groupe Danone mot kommissionen (REG 2007, s. I-1331), punkt 69.

20 — Se bland annat domen i det ovannämnda målet Baustahlgewebe mot kommissionen, punkt 129, i det ovannämnda målet British Sugar mot kommissionen, punkt 48, samt i de ovannämnda förenade målen Dansk Rørindustri m.fl. mot kommissionen, punkt 245.

21 — Se domen i det ovannämnda målet PKK och KNK mot rådet, punkt 35.

71. För det första är detta möjligt då en klagande gjort gällande att det framgår av handlingarna i målet att den bedömning som förstainstansrätten har gjort är felaktig.

72. För det andra är detta möjligt då en klagande gjort gällande att förstainstansrätten har missuppfattat bevisningen. I detta fall kan domstolen, som i princip inte är behörig att pröva den bevisning som förstainstansrätten har godtagit till stöd för de faktiska omständigheterna, företa en prövning av denna. Klaganden måste således ange exakt vilka omständigheter som förstainstansrätten har missuppfattat och visa de bedömningsfel som klaganden anser har orsakat denna missuppfattning hos förstainstansrätten. Enligt fast rättspraxis ska en sådan missuppfattning framstå som uppenbar av handlingarna i målet utan att det är nödvändigt att göra en ny bedömning av de faktiska omständigheterna och av bevisningen, samt utan beaktande av någon ny bevisning. [22]

73. Jag ska på grundval av dessa överväganden undersöka huruvida de grunder och argument som anförts av klagandena i förevarande överklaganden kan tas upp till sakprövning.

22 — Se bland annat domarna i de ovannämnda målen JCB Service mot kommissionen, punkt 108 och där angiven rättspraxis, samt PKK och KNK mot rådet, punkt 37 och där angiven rättspraxis.

B — *Det rättsliga och faktiska sammanhanget för kontrollen av konkurrensbegränsande förfaranden och avtal* [23]

74. Ett företags deltagande i konkurrensbegränsande förfaranden och avtal utgör en ekonomisk överträdelse i syfte att maximera vinsterna, i allmänhet genom en frivillig begränsning av utbudet, en artificiell uppdelning av marknaden och en artificiell prishöjning. Verkan av sådana förfaranden eller avtal är att den fria konkurrensen begränsas och att genomförandet av den gemensamma marknaden hindras, bland annat genom att handeln inom gemenskapen försvåras. Denna typ av horisontell kartell som påverkar räntenivåerna, det vill säga i slutändan det pris som slutkonsumenterna betalar, utgör en av de allvarligaste typerna av konkurrensbegränsande förfaranden. [24] Avtal avseende in- och utlåningsräntor, som de som är i fråga i förevarande mål, utgör ett av kreditinstitutens konkurrensmedel genom att erbjuda högre ränta på vissa sparkonton eller lägre ränta för beviljade lån. Samverkan mellan kreditinstituten för att fastställa dessa räntor sätter

23 — Det ska härvid hänvisas till övervägandena i punkt 53 och följande punkter i domen i de ovannämnda förenade målen Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen.

24 — Se Conseil de la concurrence beslut 2000-D-28 avseende konkurrenssituationen inom fastighetskreditsektorn (BOCCRF nr 13 av den 5 december 2000) och Cour d'appel de Paris dom av den 27 november 2001 avseende den talan om överklagande som ingetts av SA Caisse nationale du crédit agricole, SA Société générale, SA BNP Paribas, SA Crédit lyonnais, Confédération nationale du crédit mutuel, Fédération du crédit mutuel océan, Caisse régionale du Crédit agricole de la Loire-Atlantique, SA Caisse nationale des caisses d'épargne et de prévoyance (CNCEP) och Caisse d'épargne des Alpes mot Conseil de la concurrence beslut 2000-D-28 av den 19 september 2001 avseende konkurrenssituationen inom fastighetskreditsektorn (BOCCRF nr 2 av den 31 januari 2002).

konkurrensen ur spel, vilket har direkta återverkningar på konsumenterna eftersom de fråntas sitt handlingsutrymme och inte längre kan dra nytta av dessa fördelar.

75. Syftet med kommissionens befogenheter enligt förordning nr 17 är att den ska kunna fullgöra sin uppgift enligt artikel 81 EG och tillse att konkurrensreglerna på den gemensamma marknaden iakttas. Som framgår av föregående punkt är det nämligen i överensstämmelse med allmänintresset att undvika konkurrensbegränsande förfaranden och avtal samt att upptäcka dessa och påföra sanktioner för dem.

76. Eftersom de böter som kan påföras företag är väl kända är det vanligt att den verksamhet som konkurrensbegränsande avtal medför bedrivs i hemlighet, att mötena äger rum i hemlighet, oftast i tredjeland, och att därtill hörande dokumentation begränsas till ett minimum.

77. Även om kommissionen upptäcker handlingar som uttryckligen bekräftar att aktörer har haft otillåten kontakt med varandra, exempelvis i form av protokoll från ett möte, är dessa vanligtvis fragmentariska och spridda, varför det ofta visar sig vara nödvändigt att rekonstruera vissa detaljer med hjälp av slutledning.

78. I de flesta fall måste förekomsten av ett konkurrensbegränsande förfarande eller avtal härledas ur ett antal sammanträffanden och indicier som när de beaktas tillsammans kan utgöra bevis för att en överträdelse av konkurrensreglerna har skett när annan hållbar förklaring saknas.

79. Kommissionen kan vidare, som är fallet i förevarande mål, ställas inför svårigheter som följer av de komplicerade strukturerna hos vissa aktörer, liksom av omstruktureringar och ändringar av företagens rättsliga form.

80. Det ska i detta sammanhang erinras om att artikel 81 EG avser verksamheten i företag. Vid tillämpningen av denna bestämmelse leder ett byte av ett företags rättsliga form och namn inte nödvändigtvis till att ett nytt företag utan ansvar för det tidigare företagets konkurrensbegränsande beteenden ska anses ha bildats, när det i ekonomiskt hänseende föreligger identitet mellan de båda företagen. [25]

81. Ett meddelande om invändningar ska emellertid innehålla klara angivelser om den juridiska person som kan komma att åläggas

25 — Se, för ett liknande resonemang, dom av den 28 mars 1984 i de förenade målen 29/83 och 30/83, Compagnie royale asturienne des mines och Rheinzink mot kommissionen (REG 1984, s. 1679), punkt 9.

böter, och det ska vara ställt till denna person. [26]

82. För att den ändamålsenliga verkan av den behörighet att företa undersökningar som kommissionen har enligt artikel 11.1 och 11.5 i förordning nr 17 ska kunna bibehållas har den rätt att, i förekommande fall via beslut, ålägga ett företag att lämna alla nödvändiga upplysningar om de faktiska omständigheter som det kan ha kännedom om, och vid behov överlämna därtill hörande handlingar som detta företag innehar, även om dessa kan användas för att fastställa att företaget självt eller ett annat företag har gjort sig skyldigt till konkurrensbegränsande beteende.

83. Enligt förordning nr 17 åläggs det företag som är föremål för undersökningen att aktivt samarbeta med kommissionen, vilket innebär att det ska ställa allt informationsunderlag som är relevant för undersökningens syfte till kommissionens förfogande. [27]

84. Kommissionen ska vid fullgörandet av sina uppgifter emellertid tillse att rätten till försvar inte undergrävs i det inledande skedet av en undersökning, när denna undersökning kan ha en avgörande betydelse för införskaffande av bevis för ett företags rättsstridiga beteende, som medför att företaget ådrar sig ansvar. [28]

85. Rätten till försvar utgör en grundläggande rättighet som ingår bland de allmänna rättsprinciper som domstolen ska säkerställa iakttagandet av, varvid den utgår från medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner och från den vägledning som ges i de folkrättsliga dokument som medlemsstaterna varit med om att utarbeta eller tillträtt, såsom den europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, som undertecknades i Rom den 4 november 1950. [29]

86. Kommissionen kan därför när den begär uppgifter inte ålägga ett företag att tillhandahålla svar genom vilka företaget tvingas erkänna förekomsten av en överträdelse, som det ankommer på kommissionen att bevisa. [30]

87. Iakttagandet av rätten till försvar förutsätter också att det berörda företaget har getts tillfälle att under det administrativa förfa-

26 — Dom av den 2 oktober 2003 i mål C-176/99 P, ARBED mot kommissionen (REG 2003, s. I-10687), punkt 21.

27 — Se dom av den 18 oktober 1989 i mål 374/87, Orkem mot kommissionen (REG 1989, s. 3283; svensk specialutgåva, volym 10, s. 217), punkt 27.

28 — Dom av den 21 september 1989 i de förenade målen 46/87 och 227/88, Hoechst mot kommissionen (REG 1989, s. 2859; svensk specialutgåva, volym 10, s. 133), punkt 15.

29 — Se, för ett liknande resonemang, dom av den 28 mars 2000 i mål C-7/98, Krombach (REG 2000, s. I-1935), punkterna 25 och 26, och av den 6 mars 2001 i mål C-274/99 P, Connolly mot kommissionen (REG 2001, s. I-1611), punkterna 37 och 38.

30 — Se domen i det ovannämnda målet Orkem mot kommissionen, punkt 35.

randet på ett meningsfullt sätt framföra sina synpunkter på huruvida de påstådda omständigheterna och förhållandena verkligen föreligger och är relevanta och på de handlingar som enligt kommissionen styrker dess påstående om att EG-fördraget har överträtts. [31]

88. I detta avseende föreskrivs i förordning nr 17 att parterna ska tillställas ett meddelande om invändningar i vilket alla väsentliga omständigheter som kommissionen stöder sig på i detta skede av förfarandet klart ska anges. Denna angivelse kan vara kortfattad, och beslutet behöver inte nödvändigtvis vara en kopia av redogörelsen för invändningarna, [32] eftersom meddelandet om invändningar utgör ett föreberedande dokument vars bedömningar av faktiska och rättsliga förhållanden är av rent provisorisk karaktär. [33] Kommissionen kan, och ska, därför beakta de omständigheter som framkommer under det administrativa förfarandet för att bland annat kunna dra tillbaka de invändningar som visar sig vara dåligt underbyggda. [34]

89. Det är mot bakgrund av dessa överväganden som jag nu ska undersöka de grunder som anförts av klagandena till stöd för förevarande överklaganden.

VIII — Grunderna avseende åsidosättande av artikel 81.1 EG

90. Klagandena har i huvudsak anfört två grunder. Som första grund har de gjort gällande en felaktig bedömning av villkoret i artikel 81.1 EG om påverkan på handeln mellan medlemsstaterna. Den andra grunden avser ett felaktigt tillskrivande av ansvar för överträdelsen.

A — *Den första grunden: Felaktig bedömning av villkoret om påverkan på handeln mellan medlemsstaterna*

91. Enligt artikel 81.1 EG är ”alla avtal mellan företag, beslut av företagssammanslutningar och samordnade förfaranden som kan påverka handeln mellan medlemsstater och som har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrida konkurrensen inom den gemensamma marknaden” förbjudna.

31 — Se 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), punkt 10, och av den 6 april 1995 i mål C-310/93 P, BPB Industries och British Gypsum mot kommissionen (REG 1995, s. I-865), punkt 21.

32 — Se domen i de ovannämnda förenade målen Musique Diffusion française m.fl. mot kommissionen, punkt 14.

33 — Se, för ett liknande resonemang, dom av den 17 november 1987 i de förenade målen 142/84 och 156/84, British American Tobacco och Reynolds mot kommissionen (REG 1987, s. 4487; svensk specialutgåva, volym 9, s. 247), punkt 70.

34 — Se domen i de ovannämnda förenade målen Musique Diffusion française m.fl. mot kommissionen, punkt 14.

92. Villkoren för att artikel 81.1 EG ska kunna tillämpas är således dels påverkan på handeln mellan medlemsstaterna, dels en begränsning av konkurrensen. [35]

93. Kriteriet om påverkan på handeln mellan medlemsstaterna gör det möjligt att fastställa tillämpningsområdet för gemenskapens respektive medlemsstaternas konkurrenslagstiftning. [36]

94. Domstolen har vid flera tillfällen uttalat sig om principerna för bedömningen av detta kriterium.

95. För att ett avtal eller ett samordnat förfarande ska anses kunna påverka handeln mellan medlemsstaterna anser domstolen enligt en vedertagen lydelse att det krävs att det på grundval av rättsliga eller faktiska omständigheter med en tillräckligt hög grad av sannolikhet kan förutses att åtgärden i fråga direkt eller indirekt, faktiskt eller potentiellt kan påverka handeln mellan medlemsstater på ett sådant sätt att det kan komma att hindra förverkligandet av den inre marknaden. [37] Detta kan i synnerhet vara fallet när ett avtal medför att en nationell marknad avskärmas, att handelsflödena avleds från sin riktning eller att konkurrensstrukturen på den gemensamma marknaden påverkas. [38]

96. Påverkan på handeln inom gemenskapen följer således enligt domstolen av flera faktorer i förening, som var för sig inte nödvändigtvis är avgörande. [39]

97. Domstolen har härvid fastställt att det inte är nödvändigt att visa en faktisk påverkan på handeln mellan medlemsstaterna utan att det räcker att visa dess potentiella verkan. [40]

35 — När det gäller det andra villkoret för att ett avtal eller ett samordnat förfarande ska strida mot artikel 81.1 EG måste det ha ”till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrida konkurrensen inom den gemensamma marknaden”. Det måste således i första hand prövas huruvida avtalet eller det samordnade förfarandet har ett konkurrensbegränsande syfte. Om detta är fallet ska förbudet i artikel 81.1 EG gälla, oberoende av resultatet av dem (punkterna 426–429 i det omtvistade beslutet). Om syftet inte är att begränsa eller snedvrida konkurrensen ska det göras en prövning i syfte att fastställa huruvida avtalet eller det samordnade förfarandet får en sådan verkan (se bland annat domstolens dom av den 28 februari 1991 i mål C-234/89, Delimitis (REG 1991, s. I-935; svensk specialutgåva, volym 11, s. 65), punkt 13, samt förstainstansrättens dom av den 13 december 2001 i de förenade målen T-45/98 och T-47/98, Krupp Thyssen Stainless och Acciai speciali Terni mot kommissionen (REG 2001, s. II-3757), punkt 152).

36 — Dom av den 23 november 2006 i mål C-238/05, Asnef-Equifax och Administración del Estado (REG 2006, s. I-11125), punkt 33 och där angiven rättspraxis.

37 — Dom av den 28 april 1998 i mål C-306/96, Javico (REG 1998, s. I-1983), punkt 16, samt domen i det ovannämnda målet Asnef-Equifax och Administración del Estado, punkt 34. Se även dom av den 29 oktober 1980 i de förenade målen 209/78–215/78 och 218/78, van Landewyck m.fl. (REG 1980, s. 3125; svensk specialutgåva, volym 5, s. 345), punkt 170, och av den 17 juli 1997 i mål C-219/95 P, Ferriere Nord mot kommissionen (REG 1997, s. I-4411), punkt 20.

38 — *Idem.*

39 — Domen i det ovannämnda målet Asnef-Equifax och Administración del Estado, punkt 35 och där angiven rättspraxis.

40 — Dom av den 1 februari 1978 i mål 19/77, Miller International Schallplatten mot kommissionen (REG 1978, s. 131), punkt 15, och domen i det ovannämnda målet Ferriere Nord mot kommissionen, punkt 19. Se även dom av den 21 januari 1999 i de förenade målen C-215/96 och C-216/96, Bagnasco m.fl. (REG 1999, s. I-135), punkt 48.

98. Denna potentiella verkan måste däremot vara märkbar. [41] Kommissionen ska bedöma denna med beaktande bland annat av parternas ställning och betydelse på den relevanta produktmarknaden. Således kan även ett avtal med absolut områdesskydd undgå förbudet i artikel 81 EG, om det, med hänsyn till parternas svaga ställning på den relevanta produktmarknaden, endast har en obetydlig inverkan på marknaden. [42]

99. Såsom förstainstansrätten påpekade i punkt 164 i den överklagade domen saknar det dessutom betydelse huruvida kartellens påverkan på handeln varit negativ, neutral eller positiv.

100. Det är mot bakgrund av dessa principer som jag nu ska undersöka huruvida de argument som klagandena anfört är välgrundade.

101. Erste, RZB och ÖVAG har inom ramen för den första grunden var för sig gjort gällande att förstainstansrätten gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning i flera avseenden när den fann att avtalen i ”Lombardklubben” kan påverka handeln mellan medlemsstaterna i den mening som avses i artikel 81 EG. Med förbehåll för vissa särskilda förhållanden i deras respektive situation, syftar företagens argumentation i huvudsak till att ifrågasätta de kriterier som förstainstansrätten grundat sin bedömning på.

102. Jag har delat in klagandenas invändningar i fyra delgrunder.

103. Till stöd för den första delgrunden har RZB och ÖVAG gjort gällande att förstainstansrätten gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning när den fann att en kartell som omfattar en medlemsstats hela territorium kan påverka handeln inom gemenskapen. Till stöd för den andra delgrunden har ÖVAG klandrat förstainstansrätten för att ha gjort en helhetsbedömning av kartellens gränsöverskridande verkningar. Inom ramen för den tredje delgrunden har Erste hävdat att förstainstansrätten inte visade att kartellen märkbart kunde påverka handeln inom gemenskapen. Till stöd för den fjärde delgrunden har ÖVAG slutligen kritiserat förstainstansrätten för att den inte företog någon prövning av kartellens konkreta påverkan på marknaden.

41 — Se dom av den 9 juli 1969 i mål 5/69, Völk (REG 1969, s. 295; svensk specialutgåva, volym 1, s. 409), punkt 5, samt domarna i de ovannämnda målen Miller International Schallplatten mot kommissionen, punkt 15, och Asnef-Equifax och Administración del Estado, punkt 34 och där angiven rättspraxis.

42 — Domen i det ovannämnda målet Javico, punkt 17 och där angiven rättspraxis.

1. Den första delgrunden: Felaktig bedömning av huruvida en kartell som omfattar en medlemsstats hela territorium kan påverka handeln mellan medlemsstaterna på ett märkbart sätt

a) Parternas argument

104. RZB och ÖVAG har hävdat att förstainstansrätten gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning när den i punkt 181 i den överklagade domen slog fast att ”det … föreligger *en stark presumtion*[43] för att en konkurrensbegränsning som omfattar en medlemsstats hela territorium kan bidra till en marknadsavskärmning och påverka samhandeln inom gemenskapen”.

105. RZB anser för det första att förstainstansrätten gjorde en förenklad tolkning av villkoret om påverkan på handeln mellan medlemsstaterna genom att begränsa betydelsen av kriteriet avseende avskärmningen av marknaden. ÖVAG har gjort gällande att förstainstansrätten gjorde en vidsträckt tolkning av artikel 81.1 EG.

106. RZB anser vidare att påverkan på handeln mellan medlemsstaterna inte bara förutsätter en geografisk täckning utan även bevis på att marknaden avskärmats. Det är nödvändigt att bevisa att så är fallet. Förstainstansrätten har således förbisett gemenskapens rättspraxis och i synnerhet, i punkterna 182–184 i den överklagade domen, räckvidden av domen i de ovannämnda förenade målen Bagnasco m.fl., genom att finna att den omständigheten att mötena berörde Österrikes hela område i sig var tillräcklig för att sluta sig till att handeln inom gemenskapen påverkats. RZB har härvid påpekat att de tjänster som bankmötena avsåg nästan undantagslöst tillhandahölls på lokal nivå och att inga utländska banker deltog i mötesgrupperna. Vad vidare gäller bevisbördan var det fel av förstainstansrätten att anse att kommissionen inte var skyldig att bevisa att en kartell som omfattar en medlemsstats hela territorium medför en marknadsavskärmningseffekt. Förstainstansrätten gjorde sig således skyldig till felaktig rättstillämpning i punkterna 181–186 i den överklagade domen genom att kasta om bevisbördan och lägga över den på företagen.

107. ÖVAG har tillagt att företagen inte har de resurser som krävs för en sådan bevisföring. Vidare utgör den omständigheten att en kartell kan omfatta ett lands hela territorium inte ett tillräckligt kriterium och förstainstansrätten skulle även ha beaktat andra omständigheter såsom de särskilda förhållandena inom banksektorn.

108. ÖVAG har även påpekat att förstainstansrättens motivering är motsägelsefull och otillräcklig. I punkt 164 i den överklagade domen fann förstainstansrätten nämligen att marknadsavskärmningseffekten inte är något starkt indicium av vilket det går att dra slutsatsen att handeln mellan medlemssta-

43 — Min kursivering.

terna påverkas. I punkt 181 i den överklagade domen bekräftade förstainstansrätten tvärtom att det föreligger ett nära samband mellan en kartells marknadsavskärmningseffekt och möjligheten för kartellen att påverka den gränsöverskridande handeln.

b) Bedömning

109. Jag anser att klagandenas invändningar inte kan godtas.

110. En kartell av den typ som är aktuell i förevarande mål, som organiserats på nationell nivå mellan de österrikiska största bankerna och vars syfte är att samordna bankernas priser och avgifter, kan nämligen enligt min mening genom själva sin karaktär påverka handeln mellan medlemsstaterna i den mening som avses i artikel 81.1 EG.

111. Vad för det första avser förstainstansrättens bedömning i punkt 181 i den överklagade domen att det föreligger en presumtion för att ett avtal som omfattar en medlemsstats hela territorium kan bidra till en marknadsavskärmning och påverka handeln mellan medlemsstaterna, anser jag att resonemanget är giltigt trots att det enligt min mening inte är lämpligt att använda begreppet presumtion.

112. Domstolen har nämligen slagit fast att den omständigheten att ett avtal som ingåtts mellan företag som är etablerade i en och samma medlemsstat och som bara omfattar varor eller tjänster som marknadsförs i denna stat inte därmed innebär att handeln på den inre marknaden inte kan påverkas. [44] Enligt domstolen har ett sådant avtal genom själva sin karaktär tvärtom till resultat att avskärmningen av marknaderna på nationell nivå förstärks och att den inhemska produktionen skyddas. Det hindrar följaktligen den ekonomiska växelverkan som eftersträvas i EG-fördraget och påverkar *a fortiori* handeln mellan medlemsstaterna. [45]

113. En nationell kartells inverkan på handeln mellan medlemsstaterna beror således av överträdelsens art och inte av någon ”presumtion” som domstolen ställt upp.

114. Följaktligen anser jag tvärtemot vad RZB och ÖVAG har hävdat att förstainstansrättens resonemang i punkt 181 i den överklagade domen, trots användningen av detta begrepp, inte utgör någon felaktig rättstillämpning.

44 — Dom av den 26 november 1975 i mål 73/74, Groupement des fabricants de papiers peints de Belgique m.fl. mot kommissionen (REG 1975, s. 1491; svensk specialutgåva, volym 2, s. 525), punkt 25, samt domen i det ovannämnda målet Asnef-Equifax och Administración del Estado, punkt 37 och där angiven rättspraxis.

45 — Domen i det ovannämnda målet Groupement des fabricants de papiers peints de Belgique m.fl. mot kommissionen, punkt 26, dom av den 11 juli 1985 i mål 42/84, Remia m.fl. mot kommissionen (REG 1985, s 2545; svensk specialutgåva, volym 8, s. 277), punkt 22, av den 18 juni 1998 i mål C-35/96, kommissionen mot Italien (REG 1998, s. I-3851), punkt 48, och av den 19 februari 2002 i mål C-309/99, Wouters m.fl. (REG 2002, s. I-1577), punkt 95, samt domen i det ovannämnda målet Asnef-Equifax och Administración del Estado, punkt 37 och där angiven rättspraxis.

115. Under dessa omständigheter kan det inte göras gällande att förstainstansrätten därigenom gjorde en vidsträckt tolkning av artikel 81.1 eller en förenklad tolkning av villkoret om påverkan på handeln mellan medlemsstaterna.

116. Jag föreslår därför att domstolen inte ska godta de argument som RZB och ÖVAG har anfört i detta hänseende.

117. Vidare anser jag tvärtemot vad ÖVAG har hävdat att detta resonemang inte står i motsägelse till vad förstainstansrätten angav i punkt 164 i den överklagade domen. Förstainstansrätten påpekade nämligen endast i den punkten att marknadsavskärmningseffekter inte var det enda som kommissionen får beakta vid bedömningen av huruvida en kartell kan påverka handeln mellan medlemsstaterna.

118. Vad vidare avser förekomsten av en nationell marknadsavskärmningseffekt anser jag till skillnad från vad RZB och ÖVAG har gjort gällande att förstainstansrätten, med beaktande av de särskilda förhållandena inom banksektorn, på ett tillfredsställande sätt har visat att kartellen utöver dess geografiska omfattning riskerade att medföra en avskärmning av den österrikiska marknaden.

119. Efter att förstainstansrätten i punkt 179 i den överklagade domen påpekat att kartellen omfattat hela det nationella territoriet angav den nämligen i punkt 183 i domen att den samordning som skett inom ramen för Lombardnätverket innefattade så gott som alla kreditinstitut i Österrike samt ett mycket stort antal produkter och banktjänster så att kartellen hade ”kunnat påverka konkurrensvillkoren i hela denna medlemsstat”. Förstainstansrätten angav vidare i punkterna 184 och 185 i den överklagade domen att det inte var möjligt att dra slutsatsen att kartellen inte medfört några gränsöverskridande verkningar, eftersom nätverket hade kunnat bidra till att bevara strukturerna på den österrikiska bankmarknaden och följaktligen till att upprätthålla hindren för tillträde till marknaden. Dessa konstateranden ska även bedömas mot bakgrund av förstainstansrättens prövning i punkterna 111–121 i den överklagade domen där den, baserat på handlingar vilkas bedömning inte har ifrågasatts av klagandena, illustrerade syftet med varje mötesgrupp.

120. Förstainstansrättens slutsatser avseende upprätthållandet av hindren för tillträde till marknaden räcker enligt min mening för att bevisa en risk för avskärmning av den österrikiska marknaden.

121. För det första har klagandena, utöver strukturella hinder som särskilt följer av kartellens nätverkseffekter, skapat och förstärkt strategiska hinder genom att samordna sitt förfarande både på nationell och, i vissa regioner, lokal nivå inom bank-

sektorn i vilket utländska banker inte deltog, såsom RZB för övrigt medgett i sitt överklagande. [46]

122. Arten av och den detaljerade karaktären hos de uppgifter som bankerna utväxlat skapar, såsom förstainstansrätten belyst i punkterna 111–121 i den överklagade domen, på en redan starkt koncentrerad marknad, dessutom en överblickbar struktur som hindrar all dold konkurrens och förstärker hindren för tillträde till marknaden för de företag som inte är medlemmar. [47]

123. Banktjänsterna i fråga avser vidare sådan ekonomisk verksamhet som kan ha en betydande inverkan på handeln mellan medlemsstaterna. Tillhandahållandet av denna typ av tjänster är enligt min mening också en avgörande faktor för att banker från andra medlemsstater ska kunna få tillträde till finansmarknaden i en medlemsstat. Klaganden har genom att fastställa synnerligen låga inlåningsräntor, sänka utlåningsräntorna eller fastställa särskilt höga sparräntor, kunnat dra till sig kunder genom ett samordnat spel av prissänkningar och prisökningar. På detta sätt har de kunnat avskräcka utländska banker, oförmögna att anpassa sig efter dessa räntor, från att träda in på den österrikiska marknaden eller, i varje fall, försvårat eller försenat deras inträde på den inhemska marknaden. [48]

124. Vad därefter gäller RZB:s argument att vissa av de banktjänster som det samordnade förfarandet avsåg är rent nationella är detta enligt min mening inte relevant.

125. Den världsomfattande utbredningen av bankverksamheten, användningen av ny teknik vid tillhandahållande av finansiella tjänster och införandet av en gemensam bankmarknad har underlättat genomförandet av banktransaktioner mellan medlemsstaterna. [49] Det är således möjligt att föreställa sig att en tysk kund vänder sig till en bank som är etablerad i Österrike för att ingå ett avtal om öppning av en checkräkningskredit om denna bank erbjuder förmånligare villkor än de villkor som tillämpas av banker som är etablerade i Tyskland. På samma sätt kan en bank från en annan medlemsstat vara intresserad av att tillhandahålla banktjänster i Österrike utifrån sitt hemland eller genom att starta dotterbolag eller filialer i Österrike. Att den inre marknaden genomförs fullt ut genom etableringsfriheten, [50] friheten att tillhandahålla tjänster och den fria rörligheten för

46 — Punkt 6.

47 — Se punkt 160 i den överklagade domen.

48 — Se bland annat de illustrationer som ges i punkt 431 i det omtvistade beslutet.

49 — Det ska härvid påpekas att rådets andra direktiv 89/646/EEG av den 15 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar om rätten att starta och driva verksamhet i kreditinstitut, samt med ändring av direktiv 77/780/EEG (EGT L 386, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 27), i dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 95/26/EG av den 29 juni 1995 (EGT L 168, s. 7), har underlättat de europeiska bankernas tillträde till bankmarknaderna i andra medlemsstater än i deras ursprungsland genom att harmonisera villkoren för utövande av bankverksamhet, fastställa en princip för ömsesidigt godkännande av verksamhetstillstånd som medlemsstaterna har beviljat kreditinstitut och genom att organisera en kontroll som endast ska utövas av kreditinstitutens hemland.

50 — Enligt artikel 43 EG omfattas kreditinstitut på samma sätt som alla ekonomiska aktörer av etableringsfriheten.

kapital [51] samt inom ramen för den ekonomiska och monetära politiken, gynnar enligt min mening en utveckling av alla finansiella tjänster på gemenskapsnivå. I ett sådant sammanhang anser jag att det svårligen kan godtas att ett samordnat förfarande avseende rent nationella banktjänster inte skulle ha kunnat påverka handeln mellan medlemsstaterna.

126. Jag anser följaktligen att förstainstansrätten inte gjorde sig skyldig till någon felaktig rättstillämpning när den i punkt 186 i den överklagade domen fann att avtalet i fråga kunnat medföra marknadsavskärmning och påverkat handeln mellan medlemsstaterna.

127. Förstainstansrätten kan inte heller kritiseras för att i samma punkt ha fastslagit att klagandena inte hade motbevisat ”presumtionen” att kartellen kunnat medföra en sådan marknadsavskärmning.

128. Förstainstansrätten har, tvärtemot vad RZB har hävdat, inte vänt på bevisbördan och lagt den på klagandena. Det ska härvid erinras om att när det gäller bevisningen för en överträdelse av artikel 81.1 EG ankommer det på kommissionen att förebringa bevisning för de överträdelser som den har konstaterat och att förebringa den bevisning som krävs för att styrka att de faktiska omständigheter föreligger som utgör en överträdelse. [52] Däremot ankommer det på det företag som ifrågasatts av kommissionen att försvara sig inom ramen för det kontradiktoriska förfarandet och att visa att förutsättningarna enligt artikel 81.1 EG inte är uppfyllda. Såsom förstainstansrätten påpekat i punkt 154 i den överklagade domen har kommissionen bedömt huruvida Lombardnätverket kunnat påverka handeln mellan medlemsstaterna med beaktande bland annat av att kartellen påverkat konkurrensvillkoren i hela Österrike och var av sådan art att den skulle påverka utländska bankers inträde på marknaden. Förstainstansrätten konstaterade således bara att klagandena inte lyckats visa att kommissionens konstaterande var felaktigt.

129. Eftersom förstainstansrätten enligt min mening inte har vänt på bevisbördan anser jag att ÖVAG:s argument att klagandena inte hade resurser nog att bevisa att det inte skett någon marknadsavskärmning är irrelevant.

51 — Banksektorn omfattas också enligt artikel 49 EG av friheten att tillhandahålla tjänster med möjlighet att utan diskriminering tillhandahålla sådana tjänster till personer i andra medlemsstater. Det ska vidare erinras om att i enlighet med artikel 51.2 EG ska liberaliseringen av de bank- och försäkringstjänster som är förbundna med kapitalrörelser genomföras parallellt med liberaliseringen av rörligheten för kapital.

52 — Se domen i det ovannämnda målet Baustahlgewebe mot kommissionen, punkt 58, och dom av den 8 juli 1999 i mål C-49/92 P, kommissionen mot Anic Partecipazioni (REG 1999, s. I-4125), punkt 86. Se även artikel 2 i förordning nr 1/2003 där det anges att bevisbördan vid alla nationella förfaranden eller gemenskapsförfaranden för tillämpning av artikel 81 EG ska åvila den part eller myndighet som gör gällande att artikel 81.1 EG har överträtts.

130. Mot bakgrund av vad som anförts ovan anser jag att förstainstansrätten gjorde en korrekt bedömning av den ifrågavarande kartellens möjlighet att påverka handeln mellan medlemsstaterna och att dess resonemang avseende denna fråga är tillräckligt motiverat.

131. Jag föreslår följaktligen att domstolen ska förklara att överklagandet inte kan vinna bifall på den första grundens första del.

2. Den andra delgrunden: Huruvida förstainstansrätten gjorde en felaktig bedömning genom att göra en helhetsbedömning av kartellens gränsöverskridande verkningar

a) Parternas argument

132. ÖVAG har hävdat att förstainstansrätten gjorde en felaktig rättstillämpning när den fann att kommissionen kunde företa en helhetsbedömning av de olika bankmötesgruppernas gränsöverskridande verkningar. Enligt ÖVAG skulle möjligheten att påverka handeln mellan medlemsstaterna ha bedömts separat för varje mötesgrupp.

133. ÖVAG har framfört två invändningar till stöd för detta yrkande.

134. Den första invändningen avser en felaktig tillämpning och bedömning av gemenskapens rättspraxis.

135. För det första gjorde sig förstainstansrätten skyldig till felaktig rättstillämpning genom att inte undersöka hur mötesgrupperna som rör skilda verksamheter, tagna var och en för sig, i enlighet med domen i målet VGB m.fl. mot kommissionen, [53] påverkar handeln mellan medlemsstaterna. För det fall att de olika mötesgrupperna ska anses utgöra en och samma överträdelse har ÖVAG vidare, till skillnad mot vad förstainstansrätten slog fast i punkt 170 i den överklagade domen, anfört att det inte går att sluta sig till att det föreligger ett direkt samband mellan avtalen som förhandlats inom ramen för dessa mötesgrupper.

136. Förstainstansrätten gjorde dessutom i punkt 171 i den överklagade domen en felaktig bedömning av domstolens dom i de ovannämnda förenade målen Bagnasco m.fl. I den domen prövade domstolen villkor avseende två olika banktransaktioner var för sig, trots att de omfattades av enhetliga banknormer och avsåg samma banktjänst.

53 — Förstainstansrättens dom av den 14 maj 1997 i mål T-77/94, VGB m.fl. mot kommissionen (REG 1997, s. II-759).

137. Den andra invändningen avser en felaktig definition av den relevanta tjänstemarknaden.

138. ÖVAG har för det första kritiserat förstainstansrättens resonemang i punkt 172 i den överklagade domen att ”definitionen av den relevanta marknaden inte fyller samma funktion vid tillämpningen av artikel 81 EG som vid tillämpningen av artikel 82 EG”. Detta resonemang saknar motivering och är dessutom felaktigt. ÖVAG har nämligen hävdat att avgränsningen av den relevanta marknaden ska göras enligt samma kriterier oavsett vilket förfarande som tillämpas. Enligt ÖVAG är invändningen mot kommissionens definition av den relevanta marknaden dessutom rättsligt fristående från invändningarna avseende påverkan på handeln mellan medlemsstaterna vid tillämpningen av artikel 81 EG. ÖVAG vill med detta argument visa att kommissionen och förstainstansrätten skulle ha gjort sin bedömning avseende vilken påverkan på handeln avtalen som ingåtts inom ramen för de olika mötesgrupperna haft på grundval av en snävare definition av de berörda marknaderna.

139. ÖVAG har för det andra påpekat att det finns en motsägelse mellan, å ena sidan, punkt 174 i den överklagade domen där förstainstansrätten medgett att ”de olika banktjänster som avses i överenskommelserna inte sinsemellan [är] utbytbara” och, å andra sidan, punkt 175 i domen där förstainstansrätten påpekat att ”kommissionen … inte varit skyldig att göra någon separat prövning av marknaderna för de olika banktjänster som avhandlats i mötesgrupperna”.

140. ÖVAG har slutligen ifrågasatt huruvida den analogi är välgrundad som förstainstansrätten gjorde i punkt 175 i den överklagade domen med sin dom av den 21 februari 1995 i mål SPO m.fl. mot kommissionen. [54] I den domen gjordes nämligen definitionen av den relevanta marknaden av sökanden och kommissionen anslöt sig till denna.

b) Bedömning

i) Den första invändningen avseende felaktig tillämpning och bedömning av rättspraxis

— Domen i målet VGB m.fl. mot kommissionen

141. Klagandena har i huvudsak klandrat förstainstansrätten för att inte ha undersökt inverkan på handeln mellan medlemsstaterna av de mötesgrupper som rör skilda verksamheter tagna var och en för sig i enlighet med domen i det ovannämnda målet VGB m.fl. mot kommissionen.

142. Jag anser att denna invändning är ogrundad.

54 — Dom av den 21 februari 1995 i mål T-29/92, SPO m.fl. mot kommissionen (REG 1995, s. II-289).

143. Det framgår av fast rättspraxis att påverkan på handeln mellan medlemsstaterna ska bedömas på grundval av en sammantagen bedömning av de objektiva rättsliga och faktiska omständigheterna, som var för sig inte nödvändigtvis är avgörande. [55] Domstolen ska beakta avtalets särdrag, det vill säga avtalets karaktär, vilken typ av produkter som omfattas av avtalet och avtalsparternas ställning och betydelse på marknaden. [56] Domstolen ska även beakta det ekonomiska och rättsliga sammanhang som avtalet ingår i, och där det tillsammans med andra avtal kan bidra till en kumulativ inverkan på konkurrensen. [57]

144. I domen i målet Windsurfing International mot kommissionen, [58] erinrade domstolen om att det inte krävs enligt artikel 81.1 EG att samtliga avtalsklausuler, tagna var för sig, kan påverka handeln mellan medlemsstaterna. Enligt domstolen är gemenskapens konkurrensregler tillämpliga på avtal mellan företag som kan påverka handeln mellan medlemsstaterna. Det är endast när ett avtal i sin helhet kan påverka handeln som domstolen anser att det ska undersökas vilka klausuler i avtalet som har till syfte eller resultat att begränsa eller snedvrida konkurrensen. [59]

145. Det var på grundval av denna rättspraxis som förstainstansrätten avgjorde det ovannämnda målet VGB m.fl. mot kommissionen. I det målet hade förstainstansrätten att pröva huruvida två typer av avtal om utbudet av blomsterprodukter som ingåtts av en kooperativ sammanslutning för nederländska odlare av blommor var förenliga med artikel 81.1 EG.

146. Den första avtalstypen avsåg handelsavtal mellan den kooperativa sammanslutningen och de distributörer som var etablerade på sammanslutningens område för export av nederländska blomsterprodukter. Dessa avtal ingicks på grundval av föreskrifter som antagits av den kooperativa sammanslutningen och fastställde en hyresgästs rättigheter och skyldigheter som var förknippade med att bjuda ut och sälja snittblommor i sammanslutningens byggnad. Avtalen omfattade bland annat föreskrifter om erläggande av avgifter och inköpsåtaganden. Kommissionen fann i beslutet i fråga att avtalen ingick i en samling liknande beslut och avtal om utbudet av blomsterprodukter, som sammantaget begränsade konkurrensen i strid med artikel 81.1 EG. Avtalen försvårade nämligen för konkurrenter från andra medlemsstater att inträda på den nederländska marknaden. Kommissionens tillvägagångssätt bekräftades av förstainstansrätten i domen i det ovannämnda målet VGB m.fl. mot kommissionen. Förstainstansrätten slog på grundval av domen i det ovannämnda målet Windsurfing International mot kommissionen fast att, eftersom handelsavtalen ingick som en integrerad del i sammanslutningens föreskrifter var det ointressant huruvida de betraktade för sig påverkade handeln mellan medlemsstaterna i märkbar grad.

55 — Dom av den 15 december 1994 i mål C-250/92, DLG (REG 1994, s. I-5641), punkt 54, domen i de ovannämnda förenade målen Landewyck m.fl. mot kommissionen, punkt 170, domen i det ovannämnda målet Remia m.fl. mot kommissionen, punkt 22, domen i det ovannämnda målet Ferriere Nord mot kommissionen, punkt 20, domen i det ovannämnda målet Javico, punkt 16, domen i de ovannämnda förenade målen Bagnasco m.fl., punkt 47, och domen i det ovannämnda målet British Sugar mot kommissionen, punkt 27.

56 — Se bland annat dom av den 25 november 1971 i mål 22/71, Béguelin Import (REG 1971, s. 949), punkt 18, och domen i det ovannämnda målet Javico, punkt 17.

57 — Domen i det ovannämnda målet VGB m.fl. mot kommissionen, punkt 140.

58 — Dom av den 25 februari 1986 i mål 193/83, Windsurfing International mot kommissionen (REG 1986, s. 611).

59 — Punkt 96.

147. Den andra avtalstypen, nämligen Cultra-avtalen, omfattade fem individuella avtal om exklusiva inköpsåtaganden mellan den kooperativa sammanslutningen och fem nederländska grossister som var etablerade på sammanslutningens område. Grossisterna åtog sig att köpa produkter av nederländskt ursprung uteslutande från sammanslutningen för återförsäljning genom ”cash and carry”-metoden till mindre detaljhandlare, som var uteslutna från auktioner. Förstainstansrätten ansåg att Cultra-avtalen inte hade något direkt samband med de andra aspekterna av sammanslutningens föreskrifter. De utgjorde nämligen inte en väsentlig del av föreskrifterna om auktionsförsäljning och direktanskaffning för distributörerna, framför allt för export av de berörda produkterna, utan ingick snarare i en kompletterande och särskild verksamhet, nämligen återförsäljningen av sammanslutningens produkter till detaljhandlare genom ”cash and carry”-metoden. Det var i det sammanhanget som förstainstansrätten, med beaktande av avtalens särdrag, fann att avtalens påverkan på handeln mellan medlemsstaterna skulle prövas betraktade för sig, och inte inom ramen för sammanslutningens föreskrifter sammantaget.

148. Mot bakgrund av dessa omständigheter var det riktigt av förstainstansrätten att i punkt 168 i den överklagade domen slå fast att ”samhandelsverkningarna av avtal mellan vilka det finns ett direkt samband och som utgör en integrerad helhet skall prövas tillsammans, medan avtal mellan vilka det inte finns något samband och som rör skilda verksamheter skall prövas för sig”. Denna slutsats är helt förenlig med ovannämnda rättspraxis.

149. Frågan är således huruvida förstainstansrätten, liksom för Cultra-avtalen, var skyldig att bedöma vilken inverkan samordningen inom specifika mötesgrupper i Lombardnätverket hade på handeln.

150. Jag anser inte det.

151. Samordningen i Lombardnätverkets ämnesmötesgrupper och specialiserade mötesgrupper avsåg visserligen särskilda produkter och banktransaktioner. Däremot ingick dessa mötesgrupper, till skillnad från Cultra-avtalen i domen i det ovannämnda målet VGB m.fl. mot kommissionen, i en allomfattande överenskommelse som involverade nästan samtliga österrikiska kreditinstitut och sträckte sig över flera år och omfattade samtliga bankprodukter och banktjänster som erbjudits i Österrike. Som förstainstansrätten medgav i punkterna 111–125 i den överklagade domen utgjorde dessa överenskommelser delar i en enda överträdelse. Det är detta som enligt min mening är avgörande. Överenskommelserna ingick i en samlad plan, Lombardnätverket, med ett enda ekonomiskt syfte, det vill säga att sätta konkurrensen ur spel inom banktjänstesektorn. Mötesgrupperna var mycket nära förbundna med varandra, både vad gäller deras innehåll och organisation, och det var Lombardklubben som fattade beslut av grundläggande betydelse som förberetts i mötesgrupperna och tog upp disciplinproblem avseende ingångna överenskommelser.

152. När en kartell i ett sådant fall har ansetts utgöra en enda överträdelse, förefaller det således helt konstlat och motsägelsefullt att dela upp kartellen i mindre enheter på grundval av det särskilda syftet med varje mötesgrupp, och detta i syfte att bedöma vilka verkningar kartellen kan ha på handeln mellan medlemsstaterna. I ett sådant fall ska det enligt min mening göras en samlad bedömning av den samordning som skett i mötesgrupperna.

153. Under dessa omständigheter kan jag endast instämma i förstainstansrättens resonemang i punkt 170 i den överklagade domen att det föreligger ett samband mellan överenskommelser som ingår i en och samma kartell, vilket motiverar och gör det nödvändigt att pröva risken för påverkan på handeln mellan medlemsstater gemensamt.

154. Den kritik som ÖVAG framfört i detta avseende kan således inte godtas.

155. Mot bakgrund av vad ovan anförts anser jag att förstainstansrätten inte gjorde sig skyldig till någon felaktig rättstillämpning när den tolkade domen i det ovannämnda målet VGB m.fl. mot kommissionen.

— Domen i de förenade målen Bagnasco m.fl.

156. ÖVAG har hävdat att förstainstansrätten i punkt 171 i den överklagade domen gjorde en felaktig tillämpning och tolkning av domen i de ovannämnda förenade målen Bagnasco m.fl.

157. Domstolen hade i de målen att besvara frågan om huruvida vissa villkor i de enhetliga banknormer som en italiensk bankförening ålade sina medlemmar vid ingående av avtal om öppning av en checkräkningskredit och om generella borgensförbindelser var förenliga med artikel 81.1 EG. De första villkoren i fråga möjliggjorde för bankerna att i avtal om öppning av en checkräkningskredit när som helst ändra räntesatsen till följd av förändringar på penningmarknaden genom ett meddelande som anslogs i deras lokaler. De andra villkoren avsåg de närmare bestämmelserna för generella borgensförbindelser till säkerhet för öppning av en checkräkningskredit. Domstolen gjorde en separat prövning av de olika villkoren.

158. ÖVAG har i sitt överklagande angett att förstainstansrättens argument för att inte följa denna rättspraxis är felaktigt. Förstainstansrätten fann nämligen att frågan om att göra en samlad bedömning av de ifrågavarande banknormernas gränsöverskridande påverkan inte uppkom i domen i de ovannämnda förenade målen Bagnasco m.fl. Beträffande de första villkoren hade nämligen de enhetliga bank-

normerna inte till syfte eller resultat att begränsa konkurrensen, medan villkoren rörande generella borgensförbindelser inte kunde påverka handeln mellan medlemsstaterna.

159. Jag anser att förstainstansrättens argument för att reservera sig mot rättspraxis i domen i de ovannämnda förenade målen Bagnasco m.fl. är fullt motiverade.

160. Som angetts ovan i punkt 92 är kriteriet om påverkan på handeln mellan medlemsstaterna nämligen ett villkor för att artikel 81 EG ska vara tillämplig och utgör en del av de överträdelser som avses i denna bestämmelse.

161. Om det konstateras att några av villkoren inte kan påverka handeln mellan medlemsstaterna faller de följaktligen inte inom tillämpningsområdet för artikel 81 EG och det är således inte nödvändigt att göra någon samlad bedömning av bankvillkorens gränsöverskridande verkningar.

162. Jag anser att förstainstansrätten under dessa omständigheter inte gjorde sig skyldig till någon felaktig rättstillämpning vid tolkningen av domen i de ovannämnda förenade målen Bagnasco m.fl. och jag föreslår följaktligen att domstolen inte ska godta denna invändning.

ii) Huruvida förstainstansrätten gjort en felaktig, otillräcklig och motsägelsefull bedömning vid definitionen av den relevanta marknaden

— Förstainstansrättens bedömning av invändningarna avseende en felaktig definition av den relevanta marknaden

163. ÖVAG har i sitt överklagande ifrågasatt det sätt på vilket domstolen bedömde invändningarna mot kommissionens definition av den relevanta marknaden vid tillämpningen av artikel 81.1 EG.

164. ÖVAG har härvid särskilt hänvisat till punkt 172 i den överklagade domen. ÖVAG har för det första kritiserat förstainstansrättens resonemang att ”definitionen av den relevanta marknaden inte fyller samma funktion vid tillämpningen av artikel 81 EG som vid tillämpningen av artikel 82 EG”. ÖVAG har vidare bestridit förstainstansrättens bedömning att ”de invändningar som sökandena anfört mot kommissionens definition av marknaden … [inte kan] ha någon fristående dimension i förhållande till dessa hänvisningar till inverkan på handeln mellan medlemsstaterna och en begränsning av konkurrensen”. Detta resonemang saknar motivering och är felaktigt i rättsligt hänseende.

165. Även om jag till viss del delar ÖVAG:s kritik, saknar denna invändning enligt min mening relevans, eftersom den inte visar att den överklagade domen är rättsstridig.

166. I punkt 172 i den överklagade domen redogjorde förstainstansrätten endast för gemenskapens rättspraxis som ifrågasatts av klaganden. Redogörelsen för denna rättspraxis påverkade emellertid inte förstainstansrättens fortsatta resonemang. Förstainstansrätten undersökte nämligen i punkterna 173–175 i den överklagade domen ÖVAG:s kritik mot kommissionens marknadsdefinition.

167. Jag delar emellertid klagandens kritik till viss del och vill härvid göra några anmärkningar avseende förstainstansrättens resonemang i punkt 172 i den överklagade domen.

168. Även om förstainstansrättens resonemang grundades på fast rättspraxis, [60] anser jag nämligen att definitionen av den relevanta marknaden fyller samma funktion vid tillämpningen av artikel 81 EG varigenom konkurrensbegränsande överenskommelser förbjuds, som vid tillämpningen av artikel 82 EG varigenom missbruk av en dominerande ställning förbjuds, samt även vid tillämpningen av rådets förordning (EEG) nr 4064/89 av den 21 december 1989 om kontroll av företagskoncentrationer. [61] Det enda som skiljer sig är arten av det beteende som kommissionen undersöker och nyttan av att marknaden avgränsas.

169. I dessa tre förfaranden utgör definitionen av den relevanta marknaden ett verktyg för att finna och fastställa gränserna för konkurrensen mellan företag, för att få en bättre uppfattning av hur marknaden fungerar. Syftet med att definiera både den relevanta produktmarknaden och den relevanta geografiska marknaden är att identifiera de faktiska konkurrenter till de berörda företagen som är i stånd att begränsa deras beteende och hindra dem från att agera oberoende av ett effektivt konkurrenstryck.

170. En adekvat definition av den relevanta marknaden är således en nödvändig förutsättning för bedömningen av ett beteende som påstås vara konkurrensbegränsande, oavsett om definitionen görs inom ramen för artiklarna 81 EG och 82 EG eller förordning nr 4064/89. [62] Kommissionen har för övrigt satt ut grundprinciperna och de omständigheter som ligger till grund för kommissionens definition av den relevanta marknaden i ett tillkännagivande som antogs den 9 december 1997. [63] Kommissionen har i tillkännagivandet fastställt grundmetoden och de bedömningskriterier som utan åtskillnad ska tillämpas vid de tre olika förfarandena.

60 — Förstainstansrättens dom av den 15 mars 2000 i de 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, Cimenteries CBR m.fl. mot kommissionen (REG 2000, s. II-491), punkt 833, av den 6 juli 2000 i mål T-62/98, Volkswagen mot kommissionen (REG 2000, s. II-2707), punkt 230, samt av den 11 december 2003 i mål T-61/99, Adriatica di Navigazione mot kommissionen (REG 2003, s. II-5349), punkt 27.

61 — EGT L 257, 1990, s. 13.

62 — Förstainstansrättens dom av den 10 mars 1992 i de förenade målen T-68/89, T-77/89 och T-78/89, SIV m.fl. mot kommissionen (REG 1992, s. II-1403; svensk specialutgåva, volym 12, s. II-303), punkt 159.

63 — Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning (EGT C 372, 1997, s. 5) (nedan kallat tillkännagivandet om definitionen av relevant marknad).

171. Kommissionen kan däremot i enlighet med tillkännagivandet om definitionen av relevant marknad tillämpa dessa kriterier på ett flexibelt och pragmatiskt sätt, och vikta dessa beroende på vilken typ av konkurrensproblem som undersöks, egenskaperna hos de produkter som undersöks samt de syften som eftersträvas. [64] Såsom kommissionen angett i punkt 25 i tillkännagivandet om definitionen av relevant marknad fattas ett beslut med beaktande av ett antal kriterier och olika bevisföremål. I vissa ärenden kan ett visst slag av uppgifter vara avgörande, beroende på egenskaperna hos den bransch och de produkter eller tjänster som undersöks, medan dessa uppgifter kan vara betydelselösa i andra ärenden.

172. Hur kommissionen definierar marknaden beror således på vilken typ av konkurrensproblem som undersöks och de speciella förhållandena på vissa marknader. Definitionen av marknaden utgör i detta avseende ett verktyg för kommissionen att utöva sin kontroll i enlighet med syftet i artikel 81 EG eller artikel 82 EG.

173. Inom ramen för artikel 82 EG har gemenskapsdomstolen slagit fast att definitionen av den relevanta marknaden är en nödvändig förutsättning för att avgöra huruvida ett företag har en dominerande ställning, [65] vilket måste göras innan det går att undersöka huruvida det förekommer något missbruk.

174. Inom ramen för artikel 81.1 EG har domstolen däremot ansett att det inte är nödvändigt att i förväg definiera den relevanta marknaden när det omtvistade avtalet i sig har ett konkurrensbegränsande syfte, det vill säga när kommissionen utan att avgränsa marknaden, på ett riktigt sätt har kunnat fastställa att det ifrågavarande avtalet snedvridit konkurrensen och kan påverka handeln mellan medlemsstaterna på ett märkbart sätt [66]. Gemenskapsdomstolen har med dessa fall avsett de mest allvarliga avtalen som uttryckligen förbjuds enligt artikel 81.1 a–e EG. Det är i sådana fall, som avses i punkt 172 i den överklagade domen, som gemenskapsdomstolen har ansett att en invändning avseende definitionen av marknaden saknar relevans, och det är på denna punkt som förfarandet enligt min mening skiljer sig från förfarandet enligt artikel 82 EG. [67]

175. I övriga fall har gemenskapsdomstolen funnit att definitionen av marknaden är en nödvändig förutsättning för att kommissionen ska kunna avgöra huruvida ett avtal syftar till eller resulterar i en konkurrensbegräns-

64 — Punkterna 10 och 25 i tillkännagivandet om definitionen av relevant marknad.

65 — Domen i det ovannämnda målet SPO m.fl. mot kommissionen.

66 — Det ska nämligen erinras om att ett konkurrensbegränsande förfarande också kan omfattas av artikel 81.1 EG enbart på grund av sitt syfte. Se för ett exempel på detta förstainstansrättens dom i de ovannämnda förenade målen Cimenteries CBR m.fl. mot kommissionen, punkt 1094, och förstainstansrättens dom av den 25 oktober 2005 i mål T-38/02, Groupe Danone mot kommissionen (REG 2005, s. II-4407), punkt 99.

67 — Denna rättspraxis är enligt min mening diskutabel i fråga om företagens rättigheter och rättssäkerhet. När kommissionen antar ett beslut i vilket den fastslår att företag har varit delaktiga i en komplex, kollektiv och oavbruten överträdelse, såsom beslutet i förevarande mål, ska kommissionen enligt min mening beakta att var och en av dem som beslutet riktas till kan göras personligen ansvariga, med hänsyn till deras delaktighet i överträdelsen som ska vara klart avgränsad. Eftersom ett sådant beslut kan medföra följder på det civilrättsliga planet bör kommissionen enligt min mening tydligt undersöka och definiera den relevanta marknaden i beslutet.

ning och kan påverka handeln mellan medlemsstaterna. [68]

176. Genom att avgränsa marknaden är det nämligen möjligt bland annat att få information om varan i fråga och fastställa de berörda företagens marknadsandelar. På detta sätt kan ett avtals inverkan på konkurrensen analyseras. Kommissionen har således möjlighet att fastställa huruvida konkurrensen begränsas i väsentlig utsträckning eller om avtalet tvärtom kan undantas enligt artikel 81.3 b EG eller enligt en gruppundantagsförordning [69] eller om det utgör ett avtal av mindre betydelse [70]. Det kan vidare upplysa om avtalets förmåga att påverka handeln mellan medlemsstaterna.

177. Förstainstansrätten fann, såsom framgår av punkt 172 i den överklagade domen, härvid att invändningar avseende en felaktig avgränsning av marknaden inte har någon ”fristående dimension” i förhållande till invändningar som rör begränsningen av konkurrensen och inverkan på handeln mellan medlemsstaterna. [71] Argumenten att kommissionen gjort en felaktig bedömning vid definitionen av marknaden ska med andra ord beaktas inom ramen för prövningen av argumenten avseende begränsningen av konkurrensen och påverkan på handeln mellan medlemsstaterna.

— Huruvida motiveringen är otillräcklig och motsägelsefull

178. ÖVAG har hävdat att motiveringen i den överklagade domen, och i synnerhet i punkterna 174–175, är bristfällig och motsägelsefull.

179. Förstainstansrätten medgav nämligen i punkt 174 i den överklagade domen att de olika banktjänster som avses i överenskommelserna inte sinsemellan är utbytbara, medan den i punkt 175 i domen fann att kommissionen inte var skyldig att göra någon separat prövning av marknaderna för dessa olika banktjänster.

180. Denna invändning saknar enligt min mening grund.

68 — Beslut av den 16 februari 2006 i mål C-111/04 P, Adriatica di Navigazione mot kommissionen (REG 2006, s. I-22), punkt 31.

69 — Se bland annat kommissionens förordning (EG) nr 2659/2000 av den 29 november 2000 om tillämpning av artikel 81.3 i fördraget på grupper av avtal om forskning och utveckling (EGT L 304, s. 7).

70 — Tillkännagivande från kommissionen om avtal av mindre betydelse som inte märkbart begränsar konkurrensen enligt artikel 81.1 i fördraget (*de minimis*) (EGT C 368, 2001, s. 13).

71 — Se bland annat domen i de ovannämnda förenade målen Cimenteries CBR m.fl. mot kommissionen, punkt 834 och där angiven rättspraxis.

181. Förstainstansrätten förklarade nämligen på ett riktigt sätt varför det inte var lämpligt att göra en snäv definition av marknaden grundad enbart på huruvida de ifrågavarande tjänsterna är utbytbara. Såsom förstainstansrätten med rätta fann, skulle en sådan definition ha varit konstlad inom denna verksamhetssektor, eftersom flertalet kunder efterfrågar en rad banktjänster hos sina banker och konkurrensen mellan dessa banker rör sådana tjänster tagna tillsammans. Det är riktigt såsom ÖVAG påpekat i sitt överklagande att ett visst antal kunder kan vända sig till en annan bank för att få en mer specifik tjänst, som till exempel ett lån. En person innehar emellertid i de flesta fall ett konto i en bank via vilken ett flertal tjänster tillhandahålls såsom betalningsinstrument (bankkort, uttag och överföringar), som möjliggör för kunden att genomföra transaktioner på sitt konto (kredit eller debet) mot den ränta och de avgifter som banken tillämpar. Det är således uppenbart, såsom förstainstansrätten har påpekat, att en separat prövning inte skulle medge någon fullständig bedömning av det ifrågavarande avtalets effekt.

182. Såsom angetts ovan i punkt 171, kan domstolen tillämpa kriterierna i tillkännagivandet om definitionen av relevant marknad, som omfattar produkters utbytbarhet, på ett flexibelt och pragmatiskt sätt, och vikta dessa beroende på vilken typ av konkurrensproblem som undersöks, egenskaperna hos de tjänster som undersöks och de syften som eftersträvas. [72]

183. Med beaktande av det sätt på vilket avtalet har genomförts i förevarande mål är det enligt min mening klart att en separat prövning av marknaderna för de olika banktjänsterna inte hade möjliggjort att uppskatta det ifrågavarande avtalets omfattning och betydelse och uppenbarligen inte hade tagit hänsyn till verkligheten.

184. Med hänsyn till det stora antal bankprodukter och banktjänster som omfattats av Lombardnätverket är det såsom förstainstansrätten angav vidare inte uteslutet att påverkan på handeln mellan medlemsstaterna kan vara indirekt och att den marknad där sådan påverkan kan uppstå inte nödvändigtvis behöver vara densamma som marknaden för bankprodukter eller banktjänster på vilken parterna har samordnat sitt förfarande. Vad exempelvis gäller den effektiva räntan som varje bank måste fastställa vid beviljandet av en kredit ska denna inte beräknas enbart på

72 — Kommissionen har för övrigt medgett i punkt 22 i tillkännagivandet om definitionen av relevant marknad att kommissionen på vissa områden, såsom inom pappersektorn, där olika papperskvaliteter inte är utbytbara för konsumenterna, inte definierar en avskild marknad för varje papperskvalitet och varje användning. I ett sådant fall inkluderas de olika papperskvaliteterna i den relevanta marknaden och försäljningen av dem läggs samman för att ge en uppskattning av den totala marknaden.

grundval av gäldenärens räntesats, utan även av relaterade avgifter, såsom för handläggning, försäkringsavgifter och avgifter med samband till utfärdandet av betalkort.

185. Under dessa förhållanden anser jag att förstainstansrätten i tillräcklig utsträckning motiverade varför den ansåg att kommissionen inte var skyldig att göra någon separat prövning av marknaderna för de olika banktjänster som avhandlats i mötesgrupperna trots att tjänsterna i fråga inte var sinsemellan utbytbara. Mot bakgrund av ovanstående anser jag att förstainstansrättens motivering i punkterna 174–175 i den överklagade domen inte kan kritiseras.

— Huruvida det var fel av förstainstansrätten att hänvisa till domen i målet SPO m.fl. mot kommissionen

186. ÖVAG har bestridit att förstainstansrättens analogi i punkt 175 i den överklagade domen med domen i det ovannämnda målet SPO m.fl. mot kommissionen är välgrundad, med beaktande av att kommissionen i det fallet antog klagandens definition av marknaden.

187. Denna invändning är enligt min mening helt ovidkommande och jag föreslår följaktligen att den inte ska godtas av domstolen.

188. Mot bakgrund av vad som anförts ovan anser jag att förstainstansrätten inte gjorde sig skyldig till någon felaktig rättstillämpning när den fann att kommissionen hade rätt att göra en helhetsbedömning av mötesgruppernas gränsöverskridande verkan och att den i tillräcklig grad och utan att det föreligger någon motsägelse har motiverat sitt resonemang.

189. Jag föreslår följaktligen att domstolen ska förklara att överklagandet inte kan vinna bifall på den första grundens andra del.

3. Den tredje delgrunden: Huruvida förstainstansrätten visade att kartellen märkbart påverkat handeln inom gemenskapen

a) Parternas argument

190. Erste har inom ramen för sin första grund avseende åsidosättande av artikel 81.1 EG påpekat att påverkan på handeln mellan medlemsstaterna inte utgör det enda villkoret för tillämpning av denna bestämmelse. Såsom förstainstansrätten påpekade i punkt 167 i den överklagade domen är det även nödvändigt att visa att kartellen har en märkbar potentiell påverkan på handeln. Även om det antogs att förstainstansrätten med rätta funnit att Lombardnätverket potentiellt kunde påverka handeln

inom gemenskapen, har den inte visat att påverkan kunde vara märkbar. Enligt Erste har de gränsöverskridande verkningarna av bankernas överenskommelse, om sådana förekommit, varit extremt begränsade.

b) Bedömning

191. I kriteriet påverkan på handeln mellan medlemsstaterna ingår ett kvantitativt inslag som begränsar gemenskapsrättens tillämplighet till sådana avtal som kan medföra märkbara verkningar. Om ett avtal endast påverkar handeln i obetydlig omfattning, faller det utanför tillämpningsområdet för artikel 81.1 EG.

192. Erste har i sitt överklagande klandrat förstainstansrätten för att inte ha visat att Lombardnätverket kunde påverka handeln inom gemenskapen på ett märkbart sätt.

193. Det är förvisso olyckligt att förstainstansrätten inte uttryckligen angav att påverkan varit märkbar. Jag anser emellertid att detta framgår klart av det ifrågavarande avtalets art och förstainstansrättens konstateranden i punkterna 111–121, 179 och 183–185 i den överklagade domen.

194. Enligt fast rättspraxis, och enligt vad som framgår ovan i punkt 97, krävs det inte enligt artikel 81.1 EG att den samverkan som avses i denna bestämmelse märkbart har påverkat handeln mellan medlemsstaterna (enligt domstolen är detta nämligen mycket svårt att bevisa), utan det förutsätts att samverkan i fråga kan ha en sådan verkan. [73] Domstolen fann i domen i det ovannämnda målet Miller International Schallplatten mot kommissionen, att det var tillräckligt att det förelåg en *risk* [74] för en märkbar påverkan på handeln mellan medlemsstaterna. [75]

195. Såsom angetts ovan kan påverkan på handeln inom gemenskapen följa av flera faktorer i förening. [76] Bedömningen av huruvida påverkan på handeln är märkbar beror på omständigheterna i det enskilda fallet och måste ske med beaktande av olika omständigheter, såsom det samordnade förfarandets ekonomiska och rättsliga sammanhang, [77] förfarandets karaktär, vilken typ av produkter som omfattas och slutligen de berörda företagens ställning och betydelse på marknaden i fråga.

196. Förstainstansrätten har i den överklagade domen flera gånger påpekat att avtalet inte bara innefattade så gott som alla kreditinstitut i Österrike (varibland de största

73 — Domen i det ovannämnda målet Asnef-Equifax och Administración del Estado, punkt 43 och där angiven rättspraxis.
74 — Min kursivering.
75 — Punkt 15 i domen.
76 — Se punkt 96 i detta förslag till avgörande.
77 — Se domen i det ovannämnda målet Asnef-Equifax och Administración del Estado, punkt 35 och där angiven rättspraxis.

bankerna), utan även ett mycket stort antal bankprodukter och banktjänster, bland annat in- och utlåning, och omfattade hela det nationella territoriet. Det riskerade således att påverka konkurrensvillkoren i hela denna medlemsstat. Utöver vad som anförts ovan i punkterna 118–126 anser jag med beaktande särskilt av avtalets karaktär att dessa konstateranden räcker för att visa att det aktuella avtalet kunde påverka handeln mellan medlemsstaterna märkbart.

197. Jag anser följaktligen att Erstes kritik saknar relevans och föreslår att domstolen inte ska bifalla överklagandet på den första grundens tredje del.

4. Den fjärde delgrunden: Underlåtelse att undersöka kartellens konkreta påverkan på marknaden

a) Parternas argument

198. ÖVAG har kritiserat förstainstansrätten för att den inte har företagit någon prövning av kartellens konkreta påverkan på marknaden, trots att det var fråga om en ”bedömning i efterhand av en avslutad överträdelse”. Den rättspraxis som förstainstansrätten hänvisade till i punkt 166 i den överklagade domen, enligt vilken det för att en kartell ska omfattas av tillämpningsområdet för artikel 81 EG är tillräckligt att den har en potentiell verkan på handeln mellan medlemsstaterna, är inte tillämplig i förevarande fall. Förstainstansrätten gjorde sig således skyldig till felaktig rättstillämpning när den fann att det var tillräckligt att visa att kartellen hade en potentiell verkan i målen i fråga, trots att det var fullt möjligt att undersöka huruvida de påstådda verkningarna förelåg. Om förstainstansrätten hade företagit en sådan prövning skulle den ha funnit att avtalen inte haft någon inverkan på den gränsöverskridande handeln.

b) Bedömning

199. Denna invändning kan enligt min mening inte godtas.

200. Av fast rättspraxis följer nämligen, såsom förstainstansrätten angav i punkt 166 i den överklagade domen, att artikel 81.1 EG inte kräver att konkurrensbegränsningarna i fråga faktiskt har påverkat handeln mellan medlemsstaterna, utan enbart förutsätter att det fastställts att dessa avtal kan ha en sådan verkan. [78]

78 — Se domen i det ovannämnda målet Ferriere Nord mot kommissionen, punkt 19, och domen i det ovannämnda målet Bagnasco m.fl., punkt 48.

201. Det görs inte någon åtskillnad i denna rättspraxis beroende på om det är fråga om att undersöka ett avtals förenlighet inom ramen för en kontroll i efterhand, och som då avser ett avtal som redan ingåtts eller genomförts, eller en kontroll i förväg, det vill säga när avtalet har förhandsanmälts till kommissionen i syfte att erhålla ett undantag.

202. Att godta ÖVAG:s ståndpunkt skulle innebära att olika tillvägagångssätt och olika slags kontroll tillämpades beroende på om det var fråga om en förhandsbedömning eller en bedömning i efterhand av ett avtal. Detta är inte vad som avsetts enligt rättspraxis.

203. Under dessa omständigheter kan förstainstansrätten inte klandras för att ha gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning.

204. Enligt min mening följer härav att förstainstansrätten gjorde en riktig bedömning av Lombardnätverkets möjlighet att påverka handeln mellan medlemsstaterna och att den motiverade sin bedömning korrekt.

205. Förstainstansrätten hade, liksom kommissionen i artikel 1 i det omtvistade beslutet, således fog för att finna att avtalen mellan klagandena utgjorde en överträdelse i strid med artikel 81.1 EG.

206. Jag föreslår följaktligen att överklagandet inte ska vinna bifall på den första grunden.

B — *Den andra grunden: Felaktigt tillskrivande av ansvar för överträdelsen*

207. Denna grund innebär ett ifrågasättande av vilka som fastställts som mottagare av det omtvistade beslutet enligt artikel 1 i detta.

1. Parternas argument

208. Erste har hävdat att förstainstansrätten gjorde sig skyldig till flera fall av felaktig rättstillämpning och felaktig bedömning när den, i punkt 327 och följande punkter i den överklagade domen, fann att Erste skulle svara för den överträdelse som GiroCredit Bank der österreichischen Sparkassen AG (nedan kallad GiroCredit) hade gjort sig skyldig till innan Erste köpte företaget.

209. Erste har för det första gjort gällande att förstainstansrätten gjorde en felaktig bedömning av de ekonomiska och juridiska banden mellan GiroCredit och gruppen Bank Austria. Erste har härvid erinrat om att fram till att Erste förvärvade aktiemajoriteten i GiroCredit den 20 maj 1997, ägdes aktiemajoriteten i GiroCredit av gruppen Bank Austria som själv deltog i Lombardklubben. Denna grupp hade kontrollen över GiroCredit inte enbart på grund av att den var den främste aktieägaren i GiroCredit, utan även genom tillsättning av ledamöterna i GiroCredits styrelse och ledning och att de högsta ledande befattningarna inom företaget intogs av Bank Austria AG:s anställda. Följaktligen skulle GiroCredits uppträdande under denna period ha tillskrivits BA-CA. Vidare är förstainstansrättens konstaterande att GiroCredit var den juridiska person som ansvarade för bankverksamheten rättsligt felaktigt, eftersom nämnda bolag kontrollerades och styrdes av gruppen Bank Austria.

210. Erste har för det andra gjort gällande att förstainstansrätten även gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning i punkterna 328–336 i den överklagade domen när den fann att kommissionen har möjlighet att besluta om sanktioner antingen för det dotterbolag som deltagit i överträdelsen eller moderbolaget som kontrollerat detta under aktuell period, oavsett om en ekonomisk succession ägt rum.

211. Kommissionen har påpekat att det klart ska skiljas mellan frågan om vilken juridisk person som är ansvarig för det företag som deltagit i överträdelsen och under vilka förutsättningar uppträdandet hos ett dotterbolag, som är en skild juridisk person, kan tillskrivas moderbolaget. Kommissionen har angett att dess tillvägagångssätt inte medför någon orättvisa, eftersom Erste själv deltog i kartellen.

2. Bedömning

212. Erste har med denna grund gjort gällande att förstainstansrätten gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning när den ansåg att kommissionen hade rätt att tillskriva Erste ansvaret för GiroCredits överträdelse före förvärvet av detta, trots att GiroCredit vid tidpunkten för överträdelsen tillhörde gruppen Bank Austria.

213. Domstolen har närmare bestämt att pröva huruvida den omständigheten att GiroCredit kontrollerades av ett annat moderbolag vid tidpunkten för överträdelsen innebar att kommissionen inte hade möjlighet att tillskriva det nya moderbolaget, Erste, ansvaret för dotterbolagets överträdelse.

214. Jag anser att detta inte är fallet.

215. Det ska inledningsvis erinras om de principer som domstolen har fastställt vad gäller ansvaret för överträdelser vid företagsöverlåtelser och inom ramen för en koncern.

216. Det följer av fast rättspraxis att gemenskapens konkurrensrätt avser verksamheten i ”företag” och att begreppet företag omfattar varje enhet som bedriver ekonomisk verksamhet, *oavsett enhetens juridiska form och oavsett hur den finansieras*. [79]

217. Domstolen anser vidare att principen om personligt ansvar ska tillämpas vad avser överträdelser av artikel 81.1 EG, med hänsyn inte bara till arten av överträdelsen i fråga utan även svårighetsgraden av de därtill knutna sanktionerna. [80]

218. Domstolen har följaktligen slagit fast att det är den fysiska eller juridiska person som ledde företaget när överträdelsen begicks som ska hållas ansvarig för densamma. Detta gäller även om driften av företaget har överlåtits på en annan person när beslutet om överträdelsen antas. [81] Så länge den juridiska person som ledde företaget när överträdelsen begicks existerar följer ansvaret för företagets rättsstridiga beteende denna juridiska person, även om de mänskliga och materiella resurser som medverkade till överträdelsen har övertagits av tredje man efter överträdelseperioden. [82]

219. Däremot ska kriteriet om ”ekonomisk kontinuitet” tillämpas då en enhet som har överträtt konkurrensreglerna juridiskt eller ekonomiskt sett har upphört att existera efter att överträdelsen begicks. [83]

220. Tillämpningen av detta kriterium förhindrar att företag kan undvika sanktionsåtgärder som kommissionen vidtar av den enkla anledningen att deras identitet har ändrats till följd av omstruktureringar, överlåtelser eller andra ändringar i juridiskt eller organisatoriskt avseende och därmed säker-

79 — Min kursivering. Se bland annat dom av den 11 december 2007 i mål C-280/06, ETI m.fl. (REG 2007, s. I-10893), punkt 38 och där angiven rättspraxis.

80 — Se bland annat domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Anic Partecipazioni, punkt 78.

81 — Se domarna av den 16 november 2000 i mål C-248/98 P, KNP BT mot kommissionen (REG 2000, s. I-9641), punkt 71, i mål C-279/98 P, Cascades mot kommissionen (REG 2000, s. I-9693), punkt 78, i mål C-286/98 P, Stora Kopparbergs Bergslags mot kommissionen (REG 2000, s. I-9925), punkt 37, och i mål C-297/98 P, SCA Holding mot kommissionen (REG 2000, s. I-10101), punkt 25, samt domen i det ovannämnda målet ETI m.fl., punkt 39 och där angiven rättspraxis.

82 — Se bland annat domen i det ovannämnda målet SCA Holding mot kommissionen, punkt 25.

83 — Se bland annat domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Anic Partecipazioni, punkt 145.

ställs ett effektivt genomförande av konkurrensreglerna. [84]

221. Under dessa förhållanden har domstolen funnit att om den fysiska eller juridiska person som var ansvarig för företagets drift har upphört att existera i rättslig bemärkelse mellan tidpunkten för överträdelsen och den tidpunkt då det ifrågavarande företaget ska ställas till ansvar för överträdelsen, ska först det komplex av materiella och mänskliga faktorer som medverkade till överträdelsen lokaliseras. Därefter ska den person som blivit ansvarig för driften av detta komplex identifieras. [85]

222. Vad närmare bestämt gäller ansvaret för överträdelser inom en koncern har domstolen slagit fast att den omständigheten att ett dotterbolag är en särskild juridisk person inte räcker för att moderbolaget inte ska kunna hållas ansvarigt för dess agerande. Så är särskilt fallet om dotterbolaget inte självständigt har bestämt sitt agerande på marknaden, utan i huvudsak har tillämpat instruktioner som det fått från moderbolaget. [86]

223. Det ska mot denna bakgrund prövas huruvida Erstes invändningar kan tas upp till prövning och huruvida de är välgrundade.

224. Erste har till stöd för den första invändningen i huvudsak ifrågasatt förstainstansrättens bedömning av de faktiska omständigheterna. Erste har bestridit påståendet i punkt 327 i den överklagade domen att GiroCredit var den juridiska person som ansvarade för bankverksamheten vid tidpunkten för överträdelsen. Erste har i detta avseende lämnat ett antal uppgifter för att visa att villkoren för att ett moderbolag ska hållas ansvarigt för ett dotterbolags agerande var uppfyllda vad gäller Bank Austria AG och GiroCredit.

225. Jag anser att dessa argument inte kan tas upp till sakprövning med hänsyn till de principer som anförts i punkterna 65–72 ovan. Förstainstansrättens konstateranden i punkt 327 i den överklagade domen utgör nämligen en bedömning av de faktiska omständigheterna som inte kan tas upp inom ramen för ett överklagande. Vad därefter avser de uppgifter som klaganden anfört till stöd för sin argumentation, utgör de enbart en ordagrann upprepning av uppgifter som redan åberopats vid förstainstansrätten. Syftet med klagandens invändning är i själva verket att talan vid förstainstansrätten ska omprövas och att en ny bedömning ska göras av de faktiska omständigheterna, vilket inte omfattas av domstolens behörighet inom ramen för ett överklagande.

84 — Domstolen har ansett att målsättningen att genom avskräckande sanktionsåtgärder sätta stopp för ageranden som strider mot konkurrensreglerna och att förhindra att dylika ageranden upprepas skulle äventyras i sådana fall (se domen i det ovannämnda målet ETI m.fl., punkt 41 och där angiven rättspraxis).

85 — Förstainstansrättens dom av den 20 april 1999 i de förenade målen T-305/94–T-307/94, T-313/94–T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 och T-335/94, Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mot kommissionen (REG 1999, s. II-931), punkt 953.

86 — Se bland annat dom av den 16 november 2000 i mål C-294/98 P, Metsä-Serla m.fl. mot kommissionen (REG 2000, s. I-10065), punkt 27, och av den 2 oktober 2003 i mål C-196/99 P, Aristrain mot kommissionen (REG 2003, s. I-11005), punkt 96.

226. Klaganden har till stöd för sin andra invändning i huvudsak gjort gällande att förstainstansrätten gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning när den fann att ansvaret för GiroCredits agerande före överlåtelsen av detta skulle tillskrivas det nya moderbolaget, det vill säga Erste, och inte det tidigare moderbolaget, det vill säga Bank Austria AG.

227. Jag anser att denna invändning inte kan godtas av nedanstående skäl.

228. Mot bakgrund av de principer som domstolen har slagit fast var GiroCredit ansvarigt för sina egna överträdelser på marknaden. Trots att aktiemajoriteten i GiroCredit ägdes av gruppen Bank Austria, [87] framgår det av punkt 479 i det omtvistade beslutet att dotterbolagets affärspolicy inte påverkades av dess moderbolag eller dominerades av någon utomstående. Det följer vidare av punkt 479 att GiroCredit företrädde sina egna intressen på eget ansvar och utan direktiv utifrån. Det tidigare moderbolaget ansvarade således i enlighet med ovannämnda rättspraxis inte för sitt dotterbolags agerande.

229. Med anledning av Erstes förvärv upphörde den juridiska person som ansvarat för driften av GiroCredit att existera i rättslig bemärkelse. Erste blev med tillämpning av kriteriet om ekonomisk kontinuitet den juridiska person som ansvarade för det komplex av materiella och mänskliga faktorer som GiroCredit utgjorde och som medverkat till överträdelsen. Förvärvet av detta företag medförde således att alla företagets tillgångar och skyldigheter överfördes till Erste, inklusive ansvar för överträdelser av gemenskapsrätten. [88]

230. Den omständigheten att GiroCredit kontrollerades av ett annat moderbolag vid tidpunkten för dess överträdelse utesluter följaktligen inte att Erste, det nya moderbolaget, hålls ansvarigt för dotterbolagets agerande före förvärvet. Den motsatta ståndpunkten skulle i slutändan innebära att dotterbolagets autonomi ifrågasattes.

231. Under dessa förhållanden anser jag att det var med rätta som förstainstansrätten fann att Erste inte kunde undantas ansvaret för GiroCredits överträdelse enbart av den anledningen att GiroCredit kontrollerades av ett annat moderbolag då överträdelsen begicks.

87 — Det följer av förstainstansrättens konstateranden i punkt 7 i den överklagade domen att gruppen Bank Austria ägde aktiemajoriteten i GiroCredit.

88 — Förstainstansrätten har klart redogjort för denna rättspraxis i punkterna 323–326 och 330–333 i den överklagade domen.

232. Det ska vidare beaktas att Erste vid tillfället för sitt förvärv inte kunde vara ovetande om GiroCredits konkurrensbegränsande uppträdande, eftersom båda företagen sedan närmare tre år deltagit i den överträdelse som åsyftas i det omtvistade beslutet.[89] Erste förvärvade således GiroCredit med full kännedom om sakförhållandena.

233. Jag anser mot denna bakgrund att överklagandet inte kan vinna bifall på den grund som anförts av Erste avseende ett felaktigt tillskrivande av ansvar för överträdelsen, delvis för att den inte kan tas upp till sakprövning och delvis för att den saknar grund. Därmed saknas anledning att pröva övriga invändningar.

234. Det framgår enligt min mening av vad som anförts ovan att överklagandet inte kan vinna bifall på någon av de grunder som klagandena åberopat till stöd för begäran om ogiltigförklaring av artikel 1 i det omtvistade beslutet.

89 — Samordningen i fråga omfattades av tillämpningsområdet för artikel 81.1 EG från den 1 januari 1995. Erste förvärvade GiroCredit i maj 1997. De två enheterna fusionerades i oktober 1997.

IX — Grunder avseende åsidosättande av artikel 15.2 i förordning nr 17 i den mån bedömningen av överträdelsens allvar och grundbeloppet för böterna är behäftad med rättsliga fel och bristfällig motivering och innebär att rätten till försvar har åsidosatts

235. Dessa grunder syftar till att de böter som ålagts klagandena i artikel 3 i det omtvistade beslutet ska sättas ned. Genom dessa grunder har klagandena ifrågasatt förstainstansrättens bedömning för det första avseende överträdelsens allvar, för det andra avseende huruvida förmildrande omständigheter föreligger och slutligen avseende klagandenas samarbete under förfarandet.

A — *Den första grunden: Felaktig rättstillämpning vid bedömningen av överträdelsens allvar*

236. BA-CA har, inom ramen för sin första grund, liksom Erste och RZB, inom ramen för deras andra grund, ifrågasatt förstainstansrättens bedömning avseende överträdelsens allvar.

237. Enligt den metod som beskrivs i punkt 1 i riktlinjerna ska beräkningen av bötesbe-

loppet utföras med beaktande av de båda kriterier som nämns i artikel 15.2 i förordning nr 17, det vill säga överträdelsens allvar och varaktighet. [90]

238. I punkt 1 A första och andra styckena i riktlinjerna föreskrivs följande:

”Vid bedömningen av överträdelsens allvar skall man beakta överträdelsens art, dess konkreta påverkan på marknaden, om den är mätbar, och omfattningen av den relevanta geografiska marknaden.

Överträdelserna kommer således att delas in i tre kategorier, nämligen mindre allvarliga överträdelser, allvarliga överträdelser och mycket allvarliga överträdelse[r].

— Mindre allvarliga överträdelser:

Det kan t.ex. vara fråga om begränsningar, oftast vertikala, som syftar till att begränsa handeln men som har en begränsad påverkan på marknaden och berör en betydande men relativt smal del av den gemensamma marknaden.

Möjliga belopp: från 1 000 till 1 miljon [euro].

— Allvarliga överträdelser:

Det är oftast fråga om horisontella eller vertikala begränsningar av samma slag som i föregående fall, men som tillämpas strängare, har en större påverkan på marknaden och som kan få konsekvenser för stora områden av den gemensamma marknaden. …

90 — Denna metod beskrivs i punkterna 9–13 ovan.

Möjliga belopp: från 1 miljon till 20 miljoner [euro].

— Mycket allvarliga överträdelser:

Det är i huvudsak fråga om horisontella begränsningar såsom priskarteller och karteller för uppdelning av marknader eller andra förfaranden som hindrar den inre marknadens funktion …

Möjliga belopp: över 20 miljoner [euro].”

239. Överträdelsens allvar ska därefter bedömas utifrån vart och ett av de berörda företagens särdrag. Inom var och en av ovanstående kategorier gör sanktionsskalorna det möjligt att variera behandlingen alltefter arten av de överträdelser som företagen begått. Kommissionen ska härvid beakta de berörda företagens ekonomiska kapacitet att vålla skada och fastställa bötesbeloppet till en nivå som säkerställer att böterna är avskräckande. Kommissionen kan i detta skede dela in företagen i olika kategorier och fastställa ett utgångsbelopp för böterna som varierar för varje kategori.

240. Mot denna bakgrund ska jag nu undersöka de invändningar som Erste, RZB och BA-CA anfört avseende felaktig bedömning av överträdelsens allvar.

241. Såsom angetts ovan i punkt 69 syftar domstolens kontroll till att undersöka huruvida förstainstansrätten på ett juridiskt korrekt sätt har beaktat de faktorer som gör det möjligt att bedöma hur allvarligt ett företags handlande varit mot bakgrund av artikel 81 EG och artikel 15 i förordning nr 17.

1. Den första delgrunden: Huruvida förstainstansrättens bedömning gjorts i enlighet med riktlinjerna

a) Parternas argument

242. RZB har gjort gällande att den överklagade domens motivering är motsägelsefull. Förstainstansrätten angav nämligen i punkt 226 i den överklagade domen att kommissionen inte kan avvika från den metod som den angett i riktlinjerna. Trots detta slog den dock i punkt 237 i nämnda dom fast att det förhållandet att kommissionen har preciserat hur den avser att genomföra bedöm-

ningen av överträdelsens allvar inte utgör hinder mot en bedömning av denna utifrån omständigheter som inte uttryckligen nämns i riktlinjerna. Klaganden har klandrat förstainstansrätten för att vid kontrollen av det omtvistade beslutets lagenlighet ha avvikit från den metod som föreskrivs i riktlinjerna. Förstainstansrätten slog därför felaktigt fast att andra kriterier än de som uttryckligen nämnts i riktlinjerna kunde beaktas vid bedömningen, trots att riktlinjerna ger upphov till berättigade förväntningar hos företagen.

243. Kommissionen har påpekat att även om den faktiskt begränsas av riktlinjerna som den fastställt för egen del, gäller inte detta för förstainstansrätten inom ramen för dess fulla prövningsrätt. Dessutom framgår det tydligt av rättspraxis att riktlinjerna bara utgör en ”minimireglering” i vilken det inte görs någon uttömmande uppräkning av vilka omständigheter som ska beaktas. Det är även möjligt att avvika från denna reglering, om det finns omständigheter som motiverar det.

b) Bedömning

244. Jag anser att överklagandet inte kan bifallas med stöd av denna delgrund.

245. Det var nämligen riktigt av förstainstansrätten att slå fast att den metod som kommissionen angett i riktlinjerna inte utgör hinder för att beakta omständigheter som inte uttryckligen nämnts i dessa.

246. Riktlinjerna präglas av flexibilitet, vilket möjliggör för kommissionen att beakta ett stort antal omständigheter vid bedömningen av överträdelsens allvar förutsatt att artikel 15.2 i förordning nr 17 iakttas. [91]

247. Bland de omständigheter som åsyftas i punkt 1 A i riktlinjerna ingår inte bara omständigheter som är förknippade med överträdelsens art, dess påverkan och geografiska omfattning, utan även omständigheter förknippade med företagens egna kännetecken och nödvändigheten av att vidta avskräckande sanktionsåtgärder. Kommissionen måste vid bedömningen av var och en av dessa omständigheter nödvändigtvis beakta faktorer som avser den specifika överträdelsen och som det inte är möjligt att göra någon uttömmande förteckning över i riktlinjerna. [92]

91 — Se analogt dom av den 29 juni 2006 i mål C-308/04, SGL Carbon mot kommissionen (REG 2006, s. I-5977), punkt 46 och där angiven rättspraxis.

92 — Det ska härvid erinras om att det framgår av domstolens fasta rättspraxis att bedömningen av hur allvarlig en överträdelse är ska göras med hänsyn till ett stort antal omständigheter, utan att det har fastställts någon tvingande eller uttömmande förteckning över de kriterier som absolut ska tas i beaktande (domen i det ovannämnda målet Ferriere Nord mot kommissionen, punkt 33, och domen i de ovannämnda förenade målen Dansk Rørindustri m.fl. mot kommissionen, punkterna 240 och 241).

248. Kommissionen kan härvid grunda sig på ett stort antal faktorer som domstolen själv har fastställt i rättspraxis. [93]

249. Kommissionen kan för det första bedöma överträdelsens allvar med hänsyn till de särskilda omständigheterna i ärendet och med beaktande av det rättsliga och ekonomiska sammanhanget för det kritiserade uppträdandet. Vid prövningen av konkurrensbegränsningarnas karaktär kan kommissionen beakta avtalens innehåll, varaktighet, antal, intensitet och geografiska omfattning samt värdet på de varor som omfattas av avtalen. Kommissionen kan även ta hänsyn till antalet avtalsparter och deras relativa storlek på marknaden genom att bedöma bland annat deras marknadsandel, storlek, beteende och roll i upprättandet av avtalet. Kommissionen kan vidare undersöka marknadssituationen vid tidpunkten för överträdelsen och beakta den skada som samhällsekonomin har lidit. Slutligen kan kommissionen beakta vilken risk det ifrågavarande avtalet innebär för genomförandet av Europeiska gemenskapens mål.

250. Jag anser följaktligen inte att kommissionen har avvikit från den metod som den fastställt i riktlinjerna eller åsidosatt de berörda företagens rättssäkerhet. [94]

251. Mot bakgrund av dessa omständigheter anser jag att förstainstansrättens bedömning i denna fråga inte utgör någon felaktig rättstillämpning och inte är motsägelsefullt motiverad.

252. Överklagandet kan således enligt min mening inte bifallas på den första delgrunden.

2. Den andra delgrunden: Felaktig bedömning av överträdelsens ”art”

a) Parternas argument

253. RZB har anfört fyra invändningar till stöd för den andra delgrunden.

93 — Se dom av den 15 juli 1970 i mål 41/69, ACF Chemiefarma mot kommissionen (REG 1970, s. 661; svensk specialutgåva, volym 1, s. 457), punkt 176, av den 16 december 1975 i de förenade målen 40/73–48/73, 50/73, 54/73–56/73, 111/73, 113/73 och 114/73, Suiker Unie m.fl. mot kommissionen (REG 1975, s. 1663), punkt 612, domen i det ovannämnda målet Ferriere Nord mot kommissionen, punkt 38, domen i de ovannämnda förenade målen Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen, punkterna 90 och 91 samt där angiven rättspraxis, och domen i de ovannämnda förenade målen Dansk Rørindustri m.fl. mot kommissionen, punkterna 241 och 242 samt där angiven rättspraxis.

94 — I punkterna 209–213 i domen i de ovannämnda förenade målen Dansk Rørindustri m.fl. mot kommissionen, erinrade domstolen om att riktlinjerna säkerställer rättssäkerheten för de berörda företagen och möjliggör för dem att få kännedom om vilken beräkningsmetod kommissionen använder vid genomförandet av artikel 15.2 i förordning nr 17.

254. RZB har för det första hävdat att förstainstansrätten gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning när den, i punkt 240 i den överklagade domen, fann att överträdelsens art tillmäts stor vikt när en överträdelse ska klassificeras som mycket allvarlig, medan de andra kriterierna, det vill säga överträdelsens konkreta påverkan på marknaden och den geografiska omfattningen av den relevanta marknaden, är av mindre betydelse.

255. RZB har för det andra gjort gällande att förstainstansrätten gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning genom att lägga sådana omständigheter som inte räknas upp i riktlinjerna till grund för sin bedömning, nämligen banksektorns betydelse för ekonomin, att kartellen omfattade ett stort antal bankprodukter och att en överväldigande majoritet av de österrikiska bankerna deltog i mötena.

256. RZB har för det tredje kritiserat förstainstansrätten för att inte ha tagit hänsyn till regeringens politik att skydda banksektorn mot den fria marknaden. Förstainstansrätten ansåg vidare felaktigt att inblandningen av statliga myndigheter i ageranden som avses i artikel 81 EG är en försvårande omständighet för böterna.

257. RZB har för det fjärde gjort gällande att det var fel av förstainstansrätten att inte beakta böternas avskräckande verkan vid bedömningen av överträdelsens inneboende allvar, trots att den förespråkat en helhetsbedömning.

b) Bedömning

258. Vad avser den första invändningen anser jag att förstainstansrätten med rätta fann att överträdelsens art tillmäts stor vikt när en överträdelse ska klassificeras som mycket allvarlig.

259. Det framgår för det första av fast rättspraxis att horisontella prisuppgörelser alltid har ansetts tillhöra de allvarligaste överträdelserna av gemenskapsrätten, eftersom de utgör ett direkt ingrepp i de parametrar som är väsentliga för konkurrensen. [95] I förevarande fall anser jag att det är uppenbart att en priskartell såsom Lombardnätverket, av den omfattning som kommissionen konstaterat, avseende en så betydelsefull sektor som banksektorn, inte kan undgå att klassificeras som mycket allvarlig.

95 — Se bland annat domstolens dom av den 2 oktober 2003 i mål C-194/99 P, Thyssen Stahl mot kommissionen (REG 2003, s. I-10821), punkt 118, samt förstainstansrättens dom av den 12 juli 2001 i de förenade målen T-202/98, T-204/98 och T-207/98, Tate & Lyle m.fl. mot kommissionen (REG 2001, s. II-2035), punkt 103, och av den 19 mars 2003 i mål T-213/00, CMA CGM m.fl. mot kommissionen (REG 2003, s. II-913), punkt 262.

260. Förstainstansrätten fann vidare i sin dom av den 30 september 2003 i målet Michelin mot kommissionen, [96] att överträdelsens allvar kan fastställas med hänvisning till karaktären hos och syftet med det agerande som betecknas som missbruk och att omständigheter som hör samman med syftet med agerandet kan ha större betydelse för fastställandet av bötesbeloppet än omständigheter rörande resultatet av det. [97] Domstolen har bekräftat denna ståndpunkt genom att ange att verkan av ett konkurrensbegränsande förfarande inte är ett avgörande kriterium vid bedömningen av huruvida bötesbeloppet är skäligt. [98]

261. Såsom förstainstansrätten med rätta påpekade i punkt 240 i den överklagade domen följer det slutligen av riktlinjerna, i synnerhet av beskrivningen av mycket allvarliga överträdelser, att priskarteller redan utifrån sin art kan klassificeras som mycket allvarliga, utan att kommissionen är skyldig att visa att överträdelsen har haft en konkret påverkan på marknaden eller undersöka omfattningen av den relevanta geografiska marknaden. [99] Ett sådant slags avtal kan således utgöra en mycket allvarlig överträdelse på grund av sin art, oberoende av dess konkreta påverkan på marknaden och dess geografiska omfattning.

96 — Dom av den 30 september 2003 i mål T-203/01, Michelin mot kommissionen (REG 2003, s. II-4071).

97 — Punkterna 258 och 259.

98 — Domen i det ovannämnda målet Thyssen Stahl mot kommissionen, punkt 118.

99 — Se även förstainstansrättens dom av den 26 april 2007 i de förenade målen T-109/02, T-118/02, T-122/02, T-125/02, T-126/02, T-128/02, T-129/02, T-132/02 och T-136/02, Bolloré m.fl. mot kommissionen (REG 2007, s. II-947), punkt 447. Denna dom har överklagats till domstolen där överklagandena för närvarande är anhängiga (målen C-322/07 P, C-327/07 P och C-338/07 P). Domen har emellertid inte överklagats på denna punkt.

262. Förstainstansrätten kan följaktligen inte klandras för att ha slagit fast att de tre kriterierna som avses i punkt 1 A i riktlinjerna inte tillmäts lika stor vikt vid bedömningen av överträdelsens allvar.

263. Vad gäller den andra invändningen har det ovan i punkterna 245–251 påpekats att förstainstansrätten hade fog för att bedöma överträdelsens allvar med beaktande av andra omständigheter än de som uttryckligen nämns i riktlinjerna. Jag föreslår därför att domstolen inte ska godta denna invändning.

264. När det gäller den tredje och den fjärde invändningen har RZB i huvudsak kritiserat viktningen av kriterierna vid bedömningen av överträdelsens allvar. Med hänsyn till domstolens roll inom ramen för ett mål om överklagande anser jag att det inte ankommer på domstolen att göra en sådan undersökning. Jag föreslår således att domstolen ska slå fast att dessa invändningar inte kan tas upp till sakprövning.

265. Mot bakgrund av det ovanstående anser jag att överklagandet inte kan vinna bifall på den första grundens andra del.

3. Den tredje delgrunden: Felaktig bedömning av ”överträdelsens konkreta påverkan på marknaden”

a) Parternas argument

266. RZB har hävdat att förstainstansrätten gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning när den ansåg att kommissionen hade rätt att sluta sig till att kartellen haft en konkret påverkan på marknaden utifrån själva ”genomförandet” av överenskommelserna. Denna bedömning strider mot lydelsen i riktlinjerna och visar att förstainstansrätten förväxlade ”genomförandet” av avtal, som utgör ett villkor för tillämpning av artikel 81 EG, med det striktare kriteriet om en ”konkret påverkan på marknaden”, som är relevant för att motivera överträdelsens allvar. Förstainstansrättens resonemang strider mot domen i det ovannämnda målet Cascades mot kommissionen. [100] Vidare visar de ekonomiska expertutlåtanden som getts in av klagandena att överenskommelserna avseende väsentliga produkter inte hade någon inverkan på vilka villkor som faktiskt tillämpades.

267. BA-CA har å sin sida gjort gällande att förstainstansrätten gjorde en felaktig bedömning av överträdelsens konkreta följder på marknaden. De ekonomiska expertutlåtanden som klagandena har ingett visar nämligen att mötena inte hade några sådana verkningar på marknaderna i Österrike.

268. BA-CA anser vidare att förstainstansrätten inom ramen för sin prövning av de ekonomiska expertutlåtandena åsidosatte de principer som gäller för bevisprövning. Genom att kräva att sådana expertutlåtanden ska omfatta ”hela den potentiella verkan överenskommelserna haft på marknaden” gick förstainstansrätten nämligen utöver vad som kan krävas av ett ekonomiskt expertutlåtande som har till syfte att bevisa att överenskommelserna inte genomförts och att det inte fanns något orsakssamband mellan bankernas mötesgrupper och konkurrensen på marknaden.

269. Kommissionen å sin sida har angett att de expertutlåtanden som bankerna gett in endast avsåg två bankprodukter och inte avtalets potentiella verkan på marknaden. Genomförandet, om än partiellt, av ett avtal vars syfte är konkurrensbegränsande räcker under alla omständigheter för att det inte ska vara motiverat att dra slutsatsen att det ovannämnda avtalet inte inverkar på marknaden.

b) Bedömning

270. Denna delgrund utgör enligt min mening en av de svåraste frågorna i målet.

271. Varken riktlinjerna eller gemenskapens rättspraxis är nämligen särskilt tydliga när det

100 — Punkterna 53 och 62.

gäller nödvändigheten att beakta kriteriet avseende överträdelsens konkreta påverkan på marknaden och på vilket sätt det ska beaktas.

272. Domstolen har slagit fast att kommissionen vid bedömningen av en överträdelses verkningar på marknaden ska jämföra med den konkurrenssituation som skulle ha förelegat om överträdelsen inte hade inträffat. [101] När det är fråga om överträdelser som i sig är allvarliga mot konkurrensrätten, har domstolen vidare funnit att det inte utgör ett avgörande kriterium vid bedömningen av vad som är ett skäligt bötesbelopp. [102]

273. Enligt ordalydelsen i punkt 1 A i riktlinjerna kan kommissionen dessutom endast beakta överträdelsens konkreta påverkan på marknaden om den är mätbar. Detta innebär med andra ord, så som jag förstår det, att om påverkan inte är mätbar så ska kommissionen inte ta hänsyn till den vid bötesberäkningen.

274. Däremot framgår det av riktlinjerna, och i synnerhet av beskrivningen av mycket allvarliga överträdelser, att horisontella priskarteller och karteller för uppdelning av marknader redan utifrån sin art kan anses vara mycket allvarliga, utan att kommissionen är skyldig att visa att överträdelsen har en konkret påverkan på marknaden eller bedöma vilken omfattning den relevanta geografiska marknaden har. [103] I ett sådant fall är den konkreta påverkan en bland flera faktorer som, när den är mätbar, kan möjliggöra för kommissionen att fastställa ett bötesbelopp som överstiger tröskelvärdet på 20 miljoner euro.

275. Även om riktlinjerna har bidragit till att klargöra på vilket sätt kommissionen bedömer hur allvarlig en överträdelse är, kvarstår emellertid ett stort antal oklarheter när det gäller vad som avses med begreppet mätbar. I vilken utsträckning måste kommissionen kunna uppskatta överträdelsens konkreta påverkan på marknaden för att beakta denna vid beräkningen av böterna? Räcker det såsom förstainstansrätten fann i den överklagade domen att kommissionen vid beräkningen av böterna visar att avtalen har genomförts för att dra slutsatsen att överträdelsen har påverkat marknaden konkret? Eller krävs det att kommissionen tillhandahåller andra uppgifter?

276. Jag anser att gemenskapsdomstolen inte har gett något klart svar på denna fråga, eftersom det fortfarande är ovisst vilka omständigheter som kommissionen måste beakta.

101 — Se domen i de ovannämnda förenade målen Suiker Unie m. fl. mot kommissionen, punkterna 619 och 620, samt förstainstansrättens dom av den 8 oktober 2008 i mål T-73/04, Carbone-Lorraine mot kommissionen (REG 2008, s. II-2661), punkt 83 och där angiven rättspraxis.

102 — Domen i det ovannämnda målet Thyssen Stahl mot kommissionen, punkt 118.

103 — Se även domen i de ovannämnda förenade målen Bolloré m. fl. mot kommissionen, punkt 447, och den överklagade domen, punkt 240.

i) Gemenskapsdomstolens tillvägagångssätt

277. Förstainstansrätten anser enligt fast rättspraxis att kommissionen inte är skyldig att med exakthet kvantifiera en överträdelses konkreta påverkan eller att göra en sifferuppskattning. [104] Förstainstansrätten har nämligen påpekat att kommissionen kan ställas inför svårigheter, eftersom ”bevisning [för en överträdelses faktiska påverkan] förutsätter att en jämförelse görs mellan den situation som överträdelsen har gett upphov till och den situation som skulle ha rått om överträdelsen inte hade ägt rum [och att] sistnämnda situation … till sin natur [är] hypotetisk”. [105]

278. Förstainstansrätten har under dessa omständigheter funnit att en kartells konkreta påverkan på marknaden ska anses vara tillräckligt styrkt om kommissionen kan tillhandahålla konkreta och tillförlitliga uppgifter om att överträdelsen med skälig sannolikhet har påverkat marknaden. [106]

104 — Förstainstansrättens domar av den 27 september 2006 i mål T-322/01, Roquette Frères mot kommissionen (REG 2006, s. II-3137), punkterna 71–80, särskilt punkt 75, samt punkterna 133–144 i mål T-43/02, Jungbunzlauer mot kommissionen (REG 2006, s. II-3435), punkterna 151–163, särskilt punkt 155, i mål T-59/02, Archer Daniels Midland mot kommissionen (REG 2006, s. II-3627) (nedan kallad domen i målet Archer Daniels Midland II), punkterna 157–168, särskilt punkt 161, samt domar av den 8 juli 2008 i mål T-52/03, Knauf Gips mot kommissionen, punkterna 388–415, särskilt punkt 392, i mål T-53/03, BPB mot kommissionen, punkterna 297–322, särskilt punkt 301, och i mål T-54/03, Lafarge mot kommissionen, punkterna 575–604, särskilt punkt 583.

105 — Förstainstansrättens dom av den 5 april 2006 i mål T-279/02, Degussa mot kommissionen (REG 2006, s. II-897), punkt 231.

106 — *Idem.*

279. Utifrån detta konstaterande har det utvecklats två olika riktningar i rättspraxis.

280. Enligt den första riktningen har förstainstansrätten ansett att kommissionen med rätta kan lägga genomförandet av en kartell till grund för sitt konstaterande att det föreligger en inverkan på marknaden.

281. Denna mening har framhållits av förstainstansrätten i den överklagade domen, i domen i det ovannämnda målet Groupe Danone mot kommissionen, [107] och i domen i de förenade målen Brasserie nationale mot kommissionen. [108]

282. Enligt denna riktning minskas betydelsen av kriteriet om överträdelsens konkreta påverkan på marknaden och kraven på bevis att sådan påverkan föreligger, såvitt kommissionen när det gäller prissättningsavtal och avtal om uppdelning av marknader, inte är skyldig att beakta denna påverkan enligt riktlinjerna för att beteckna överträdelsen som mycket allvarlig. [109]

107 — Domstolen hade inte att bedöma denna fråga inom ramen för överklagandet av den domen.

108 — Förstainstansrättens dom av den 27 juli 2005 i de förenade målen T-49/02–T-51/02, Brasserie nationale mot kommissionen (REG 2005, s. II-3033).

109 — Domen i det ovannämnda målet Groupe Danone mot kommissionen, punkt 150, domen i de ovannämnda förenade målen Brasserie nationale mot kommissionen, punkterna 178 och 179, samt den överklagade domen, punkt 240.

283. I fråga om priskarteller, såsom Lombardnätverket, har förstainstansrätten ansett att det är legitimt för kommissionen att komma fram till att överträdelsen har påverkat marknaden utifrån den omständigheten att kartellens medlemmar vidtagit åtgärder för att tillämpa de överenskomna priserna. [110] Förstainstansrätten har under alla omständigheter funnit att kommissionen när den visat att överenskommelserna i en kartell genomförts, inte är skyldig att systematiskt visa att avtalen verkligen gjort det möjligt för berörda företag att hålla en högre prisnivå än den som skulle ha gällt om inte kartellen funnits. Detta skulle nämligen kräva avsevärda resurser och genomförandet av hypotetiska beräkningar. [111]

284. Förstainstansrätten har vidare ansett parternas avsikt att ge sina överenskommelser konkret verkan vara av avgörande betydelse. Förstainstansrätten har funnit att ”[v]ad som därefter sker i fråga om huruvida det pris som marknaden faktiskt bestämmer kan påverkas av andra omständigheter utanför [kartell]medlemmarnas kontroll” och att medlemmarna inte ska kunna åberopa externa omständigheter som gått deras ansträngningar emot. [112]

285. Denna rättspraxis har bekräftats av förstainstansrätten i ett antal nyligen avkunnade domar, varibland dom av den 18 juni 2008 i målet Hoechst mot kommissionen [113] och domen i det ovannämnda målet Carbone-Lorraine mot kommissionen [114].

286. Enligt den andra riktningen i rättspraxis har förstainstansrätten ansett att det krävs mer av kommissionen än att endast visa på kartellens genomförande för att påstå att den haft en faktisk inverkan på marknaden.

287. I dom av den 12 september 2007 i målet Prym och Prym Consumer mot kommissionen, [115] fann förstainstansrätten att ”genomförandet av ett avtal innebär inte nödvändigtvis att det medfört verkliga effekter” på marknaden. [116] I det målet fann förstainstansrätten att kommissionen vid beräkningen av böterna inte enbart kunde grunda sig på ett orsakssamband och nöja sig med att konstatera att avtalet hade genomförts för att dra slutsatsen att det haft en konkret inverkan på marknaden.

288. Förstainstansrätten har vidare, i domen i det ovannämnda målet Roquettes Frères mot kommissionen och i dom av den 27 september 2006 i målet Archer Daniels Midland mot kommissionen, [117] avseende

110 — Den överklagade domen, punkt 285.
111 — *Ibidem*, punkt 286 och där angiven rättspraxis.
112 — *Ibidem*, punkt 287 och där angiven rättspraxis.
113 — Dom av den 18 juni 2008 i mål T-410/03, Hoechst mot kommissionen (REG 2008, s. II-881), punkterna 345 och 348.
114 — Punkterna 84–87.
115 — Dom av den 12 september 2007 i mål T-30/05, Prym och Prym Consumer mot kommissionen. Domen är för närvarande föremål för ett överklagande vid domstolen (mål C-534/07 P).
116 — Punkt 110.
117 — Dom av den 27 september 2006 i mål T-329/01, Archer Daniels Midland mot kommissionen (REG 2006, s. II-3255) (nedan kallad domen i målet Archer Daniels Midland I).

samverkan på marknaden för natriumglukonat, påpekat att ”[g]enom att den är en förutsättning för att en samverkan skall ha konkret påverkan, utgör det verkliga genomförandet av [denna] … ett indicium på att samverkan kan ha haft konkret påverkan”. [118] Genomförandet kan utgöra ett starkt indicium under förutsättning att kommissionen inte begränsar sig till denna bedömning. [119]

289. I de två ovannämnda målen hade kommissionen inte enbart påpekat att överenskommelserna genomförts ”omsorgsfullt” utan även visat att de priser som kartellen fastställt till viss del överensstämde med de priser som de berörda företagen verkligen tillämpade på marknaden. Kommissionen hade även framhållit betydelsen av företagens marknadsandelar på den relevanta marknaden samt de ansträngningar som företagen gjort för att organisera, följa och övervaka överenskommelserna. [120]

290. Förstainstansrätten fann dessutom i domarna av den 27 september 2006 i de ovannämnda målen Jungbunzlauer mot kommissionen och Archer Daniels Midland II, som avsåg en kartell på marknaden för citronsyra, att kommissionen hade gjort en riktig bedömning av kartellens konkreta påverkan på marknaden genom att visa att överenskommelserna hade genomförts med ”omsorg”, att det förelåg en överensstämmelse mellan de priser som kartellen hade fastställt och dem som faktiskt tillämpades av de berörda företagen, och genom att understryka betydelsen av deras marknadsandelar på den relevanta marknaden och hur länge kartellen pågått. [121]

291. Slutligen fann förstainstansrätten, i domarna av den 8 juli 2008 i de ovannämnda målen Knauf Gips mot kommissionen, BPB mot kommissionen och Lafarge mot kommissionen, avseende en kartell på marknaden för gipsplattor, att kommissionen, med undantag för stabiliteten av marknadsandelarna, hade styrkt överträdelsens verkningar i tillräcklig grad genom att visa att kartelldeltagarna kontrollerade större delen av den relevanta marknaden, att parternas arrangemang hade genomförts och tenderade att pressa upp priserna till en högre nivå än den som hade uppnåtts utan dessa. Enligt förstainstansrätten pekade alla dessa tecken mot att överträdelsen kunde få betydande konkurrensbegränsande effekter. [122]

292. Dessa domar är endast exempel på förstainstansrättens rättspraxis att kommissionen måste förebringa mer bevisning än endast bevisning för att en kartell genomförts. I de ovannämnda domarna preciserade förstainstansrätten vilken betydelse som vart och ett av dessa indicier ska tillmätas.

293. Vad gäller genomförandet av en kartell har förstainstansrätten funnit att betydelsen av detta indicium ökade ju längre samverkan

118 — Punkt 77 respektive punkt 180.
119 — Punkt 78 respektive punkt 181.
120 — Punkterna 76–78 respektive punkterna 179–181.
121 — Punkterna 156–159 respektive punkterna 162–166.
122 — Punkterna 393 och 394, punkterna 302 och 303 respektive punkterna 585 och 586.

varade. Förstainstansrätten har påpekat att en väl fungerande komplicerad samverkan som omfattar fastställande av priser, fördelning av marknaden och informationsutbyte medför betydande administrations- och driftskostnader. Om företagen låtit en överträdelse fortgå och säkerställt att den drivits effektivt under en så lång period, trots de risker som är förenade med sådan lagstridig verksamhet, har förstainstansrätten följaktligen funnit att det är berättigat att anse att deltagarna i samverkan erhållit vinst av avtalet och att avtalet därmed har haft en konkret påverkan på den relevanta marknaden. [123]

294. Vad gäller faktorn att företagens marknadsandelar är omfattande och stabila har förstainstansrätten ansett att detta i sig inte räcker för att styrka att det föreligger en konkret påverkan på marknaden. Den omständigheten att parterna i den konkurrensbegränsande samverkan innehar merparten av marknaden rör nämligen enligt förstainstansrätten syftet med samverkan, och inte dess följder. Det är således fråga om uppgifter som visar att överträdelsen kunnat ge upphov till betydelsefulla konkurrensbegränsande verkningar och inte att detta verkligen inträffat. [124] Enligt förstainstansrätten ska kommissionen således bedöma denna omständighet med beaktande av uppgifter om situationen på den relevanta marknaden före kartellen. Förstainstansrätten har vidare ansett att betydelsen av detta indicium ökar ju längre samverkan varat. [125]

295. I fråga om indicier på samordnad prisutveckling har förstainstansrätten tillämpat två synsätt.

296. I domarna i de ovannämnda målen Jungbunzlauer mot kommissionen och Archer Daniels Midland II fann förstainstansrätten att det för prövningen av kommissionens bedömning av överträdelsens verkningar ”räcker att undersöka hur den bedömt resultaten av prissamverkan”. Förstainstansrätten slog fast att kommissionen med en tillräckligt hög grad av sannolikhet ska konstatera att överenskommelserna i fråga faktiskt har gjort det möjligt för de berörda parterna att uppnå en högre prisnivå än den som skulle ha förelegat om överträdelsen aldrig hade ägt rum. Förstainstansrätten har härvid funnit att kommissionen i sin bedömning ska beakta alla objektiva villkor som styr den relevanta marknaden mot bakgrund av de ekonomiska och eventuella rättsliga regler som gäller på området, samt visa att prisnivån inom ramen för fri konkurrens inte skulle ha utvecklats på samma sätt som nivån på de priser som tillämpats. [126]

297. I domen i det ovannämnda målet Jungbunzlauer mot kommissionen, fann förstainstansrätten att den omständigheten att det alltid fanns en parallellitet mellan de priser som kartellmedlemmarna fastställt och dem som kunderna faktiskt hade att betala ”bevisa[de] att kartellen hade haft en konkret

123 — Domarna i de ovannämnda målen Roquette Frères mot kommissionen, punkt 79, och Archer Daniels Midland I, punkt 182.

124 — Domen i det ovannämnda målet Degussa mot kommissionen, punkt 232.

125 — Domarna i de ovannämnda målen Jungbunzlauer mot kommissionen, punkt 159, och Archer Daniels Midland II, punkterna 165 och 166. Se även domarna i de ovannämnda målen Knauf Gips mot kommissionen, punkterna 395 och 403, BPB mot kommissionen, punkterna 304 och 312, samt Lafarge mot kommissionen, punkterna 587 och 594.

126 — Domarna i de ovannämnda målen Jungbunzlauer mot kommissionen, punkterna 177–190, särskilt punkt 179, och Archer Daniels Midland II, punkterna 180–192, särskilt punkt 182. Se även förstainstansrättens tillvägagångssätt i domen i det ovannämnda målet Degussa mot kommissionen, punkt 224.

påverkan på marknaden, som i den mening som avses i riktlinjerna, var 'mätbar' genom en jämförelse av det hypote[t]iska pris som skulle ha gällt om kartellen aldrig hade existerat med det pris som faktiskt tillämpades till följd av kartellen". [127]

298. I förstainstansrättens nyligen avkunnade dom i det ovannämnda målet Lafarge mot kommissionen, fann den däremot att när det är utrett att en kartell genomförts, krävs det inte att kommissionen systematiskt visar att avtalen verkligen gjort det möjligt för berörda företag att hålla en högre prisnivå än den som skulle ha gällt om kartellen inte hade funnits. Enligt förstainstansrätten skulle en sådan utredning fordra avsevärda resurser och hypotetiska beräkningar på grundval av ekonomiska modeller vars korrekthet endast med svårighet skulle kunna kontrolleras i domstol. I detta mål fann förstainstansrätten att kommissionen hade styrkt att kartellen haft en konkret påverkan på prissättningen, på grundval av publiceringen av listor över priser och prisöverenskommelser som, även om de inte var bindande, enligt förstainstansrätten påverkade konkurrensen. [128]

299. I domen i det ovannämnda målet Degussa mot kommissionen slog förstainstansrätten fast att dessa indicier dessutom måste grundas på objektiva ekonomiska faktorer och inte på rena antaganden. [129]

300. Det ska mot bakgrund av ovanstående undersökas huruvida RZB:s invändning är välgrundad.

ii) Min bedömning

301. Såsom angetts ovan har RZB i huvudsak klandrat förstainstansrätten för att anse att kommissionen vid beräkningen av böterna hade rätt att sluta sig till att kartellen haft en konkret påverkan på marknaden utifrån själva genomförandet av överenskommelserna.

302. Jag anser att denna invändning är välgrundad.

303. Det är nämligen enligt min mening viktigt att bibehålla en hög bevisnivå för kommissionen när den, vid bedömningen av

127 — Punkt 185 och där angiven rättspraxis.

128 — Domen i det ovannämnda målet Lafarge mot kommissionen, punkterna 587–593. Se även domarna i de ovannämnda målen Knauf Gips mot kommissionen, punkterna 396–402, och BPB mot kommissionen, punkterna 307–311.

129 — Punkt 240 och där angiven rättspraxis.

en överträdelses allvar och vid beräkningen av böterna, fastställer att en kartell har påverkat marknaden.

304. Det är riktigt att det enligt domstolens rättspraxis och riktlinjerna, inte krävs att kommissionen beaktar överträdelsens verkningar på marknaden i fråga om mycket allvarliga överträdelser, såsom det aktuella avtalet.

305. Om kommissionen emellertid gör gällande att överträdelsen har en konkret inverkan, kan detta öka överträdelsens allvar och kommissionen har möjlighet att fastställa ett grundbelopp för böterna som överstiger tröskelvärdet i riktlinjerna.

306. Enligt min mening kan de böter som avses i artikel 15 i förordning nr 17, med anledning av deras karaktär och storlek, jämställas med en straffrättslig sanktionsåtgärd, trots att de i strikt bemärkelse utgör administrativa sanktionsåtgärder. Kommissionens ingripande, som framför allt är repressivt, måste således både vad gäller förfarandet och i sak, följa principerna i den repressiva rätten och kommissionen måste således redogöra för de uppgifter på grundval av vilka den beräknat bötesbeloppet.

307. Detta gäller i än högre grad i fråga om mycket allvarliga överträdelser, eftersom kommissionen då inte är bunden av den övre gränsen i artikel 15.2 i förordning nr 17. Till skillnad från överträdelser som anses mindre allvarliga eller allvarliga kan kommissionen nämligen sträcka sig långt över tröskelvärdet på 20 miljoner euro enligt punkt 1 A tredje strecksatsen i riktlinjerna, vilket ger den ett stort utrymme för skönsmässig bedömning.

308. Om kommissionen under dessa förhållanden väljer att beakta överträdelsens konkreta påverkan på marknaden vid bedömningen av överträdelsens allvar och vid beräkningen av det bötesbelopp som ska påföras därför, måste den följaktligen kunna tillhandahålla tillräckliga konkreta och tillförlitliga uppgifter om att överträdelsen faktiskt har påverkat marknaden och att det finns ett orsakssamband mellan den konkurrensbegränsande samverkan och att konkurrensen på marknaden påverkats.

309. Detta är inte förstainstansrättens ståndpunkt i den överklagade domen.

310. Även om det var riktigt av förstainstansrätten att, i punkt 288 i den överklagade domen, anse att ”[k]ommissionen kunde … grunda sin bedömning … på att överenskommelserna genomförts”, gjorde förstainstansrätten nämligen enligt min mening sig skyldig till felaktig rättstillämpning när den fann att en sådan bedömning var tillräcklig för att dra slutsatsen att marknaden påverkats.

311. Jag anser för det första, liksom förstainstansrätten fann i domen i det ovannämnda målet Prym och Prym Consumer mot kommissionen, att genomförandet av ett avtal inte nödvändigtvis medför faktiska effekter på marknaden. Sådana verkningar är enligt min mening än mindre ”mätbara” i den mening som avses i punkt 1 A i riktlinjerna. Genomförandet av ett avtal utgör således ett betydelsefullt indicium, eftersom det är en förutsättning för en konkret påverkan på marknaden. Enligt min mening är det dock endast ett indicium. [130]

312. Jag anser att kommissionen dessutom ska kunna samla in uppgifter avseende prisutvecklingen eller företagens marknadsandelar, utan att detta fordrar avsevärda resurser. Inom ramen för exempelvis ett prisavtal såsom Lombardnätverket är det enligt min mening väsentligt och helt förenligt med den utredning som kommissionen ska göra att kommissionen, med hänsyn till de objektiva villkor som styr den relevanta marknaden, undersöker hur avtalet påverkat priserna. Genom en sådan undersökning kan det konstateras om priserna ökat eller gått ner till följd av avtalets genomförande, eller huruvida det finns en parallellism mellan de priser som kartellmedlemmarna fastställt och de priser som tillämpats i praktiken. Det är, såsom förstainstansrätten själv erinrat om i punkt 284 i den överklagade domen, inom ramen för denna analys som kommissionen vid bedömningen av en överträdelses faktiska påverkan på marknaden ska jämföra med den situation som skulle ha förelegat om överträdelsen inte inträffat. Även om det svårligen kan krävas att kommissionen ska göra en sifferuppskattning, anser jag dock att den på grundval av en jämförelse mellan den marknadssituation som rådde innan överträdelsen ägde rum och den situation som överträdelsen gett upphov till kan visa på vissa tendenser.

313. Följaktligen delar jag inte heller förstainstansrättens resonemang i punkt 287 i den överklagade domen, enligt vilket det inte är nödvändigt att beakta det pris som marknaden faktiskt bestämt, eftersom detta kan påverkas av andra omständigheter utanför kartellmedlemmarnas kontroll. Syftet med kommissionens kontroll är nämligen att avgöra en kartells faktiska verkningar på marknaden, bland annat när det gäller priser, och, enligt domstolens rättspraxis, med beaktande av det rättsliga och ekonomiska sammanhanget.

314. Det ska slutligen påpekas att även om jag delar förstainstansrättens farhågor vad gäller de svårigheter som kommissionen kan ställas inför då den ska bevisa en kartells konkreta påverkan, [131] anser jag att detta inte motiverar kommissionens bristande utredning i förevarande mål, i synnerhet som kommissionens bedömning enbart grundar sig på det enda indiciet att avtalet har genomförts.

130 — Se ovan fotnot 118.

131 — Se punkt 286 i den överklagade domen.

315. Mot bakgrund av samtliga dessa omständigheter anser jag att förstainstansrätten gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning när den fann att kommissionen, vid bedömningen av överträdelsens allvar och beräkningen av grundbeloppet för böterna, kunde fastställa att kartellen haft en konkret påverkan på marknaden på grundval av att överenskommelserna genomförts.

316. Jag föreslår följaktligen att domstolen ska bifalla överklagandet såvitt avser den första grundens tredje del.

4. Den fjärde delgrunden: Felaktig bedömning av ”omfattningen av den berörda geografiska marknaden”

a) Parternas argument

317. RZB har kritiserat förstainstansrätten för att, i punkterna 308–313 i den överklagade domen, inte ha undersökt argumentet att Republiken Österrikes uppenbart och obestridligt begränsade territoriella utsträckning utgör hinder mot att klassificera den konstaterade överträdelsen som mycket allvarlig. Förstainstansrättens resonemang strider vidare mot riktlinjerna och kommissionens beslutspraxis.

b) Bedömning

318. Överklagandet kan enligt min mening inte vinna bifall på denna delgrund.

319. För det första har förstainstansrätten, tvärtemot vad RZB har hävdat, på ett tydligt och tillräckligt motiverat sätt i punkterna 308–313 i den överklagade domen redogjort för skälen till varför den inte ansåg att den geografiska marknadens begränsade utsträckning utgjorde hinder för att klassificera den konstaterade överträdelsen som mycket allvarlig.

320. Såsom förstainstansrätten med rätta redogjort för i punkt 240 i den överklagade domen kan, liksom angetts ovan i punkt 261, avtal om fastställande av priser redan utifrån sin art utgöra en mycket allvarlig överträdelse, oavsett vilken inverkan de har på marknaden och omfattningen av den relevanta geografiska marknaden.

321. Det ska vidare erinras om att kommissionens beslutspraxis inte utgör den rättsliga ramen för åläggande av böter på konkurrensområdet.[132] Det framgår nämligen av fast

132 — Domen i det ovannämnda målet JCB Service mot kommissionen, punkt 205. Se även förstainstansrättens dom av den 18 juli 2005 i mål T-241/01, Scandinavian Airlines System mot kommissionen (REG 2005, s. II-2917), punkt 87 och där angiven rättspraxis.

rättspraxis att de lärdomar som dras av denna praxis endast kan vara vägledande, eftersom omständigheterna i ärendena, såsom marknader, produkter, stater, företag och aktuella perioder, inte är identiska. [133] Klaganden kan mot denna bakgrund inte med framgång åberopa kommissionens tidigare beslut.

322. Jag vill slutligen tillägga att det inte finns något i EG-fördraget, i förordning nr 17, i riktlinjerna eller i rättspraxis som tyder på att endast sådana begränsningar som involverar mycket omfattande marknader kan klassificeras som mycket allvarliga överträdelser. Liksom förstainstansrätten med rätta påpekade i punkt 312 i den överklagade domen, har domstolen funnit att en enda medlemsstats territorium, eller till och med en begränsad del av detta, kan anses utgöra en väsentlig del av den gemensamma marknaden. Såsom angetts ovan är det inte enbart Republiken Österrike som påverkas av överträdelsen i förevarande fall, utan den kan även påverka handeln mellan medlemsstaterna.

323. Mot bakgrund av det ovanstående anser jag att överklagandet inte kan bifallas på den första grundens fjärde del.

133 — Se domen i det ovannämnda målet JCB Service mot kommissionen, punkt 201.

5. Den femte delgrunden: Huruvida förstainstansrätten gjorde en oriktig bedömning av betydelsen av kommissionens selektiva lagföring och åsidosatte motiveringsskyldigheten

a) Parternas argument

324. RZB har anfört två invändningar till stöd för den femte delgrunden.

325. RZB har för det första klandrat förstainstansrätten för att den inte godtog dess argument att klassificeringen av överträdelsen som mycket allvarlig är oförenlig med att kommissionen valde att rikta det angripna beslutet endast till vissa av de företag som deltagit i överträdelsen.

326. RZB har för det andra hävdat att förstainstansrätten åsidosatte sin motiveringsskyldighet genom att inte besvara argumenten att den höga bötesnivån är oförenlig med den symboliska arten av ett förfarande mot hela den österrikiska banksektorn och att det leder till en snedvridning av konkurrensen att endast ålägga 10 procent av bankerna böter. Slutligen är klassificeringen av överträdelsen som mycket allvarlig inte förenlig med invändningen om ”orättvisa för individuella företag”.

b) Bedömning

327. Vad gäller den första invändningen anser jag liksom kommissionen att den enbart är ordagrann återgivning av en grund som anförts vid förstainstansrätten och att den inte visar att det skett någon felaktig rättstillämpning. I enlighet med de principer som angetts ovan i punkt 65 föreslår jag att överklagandet inte kan prövas såvitt avser den invändningen.

328. Den andra invändningen, som avser att den överklagade domen är bristfälligt motiverad, anser jag inte kunna godtas. [134]

329. Det ska inledningsvis erinras om att det i artikel 36 i stadgan för domstolen, vilken enligt artikel 53 i denna stadga är tillämplig på förstainstansrätten, anges att ”[d]omar skall ange skälen för domsluten”.

330. En doms motivering ska enligt domstolen på ett klart och otvetydigt sätt återge förstainstansrättens resonemang så att berörda parter kan få reda på skälen till det beslut som fattats och domstolen ges möjlighet att utöva sin prövningsrätt. [135] När det gäller en talan som grundar sig på artikel 230 EG innebär givetvis kravet på motivering att förstainstansrätten prövar de yrkanden om ogiltigförklaring som sökanden har framställt och att den redogör för skälen till att talan inte kan bifallas på den grunden eller till att den angripna rättsakten ogiltigförklaras. Domstolen anser att det i synnerhet inom ramen för genomförandet av artikel 81 EG och artikel 15 i förordning nr 17 ankommer på den att kontrollera om förstainstansrätten på ett tillfredsställande sätt har tagit ställning till samtliga argument som parterna har anfört i syfte att utverka att böterna upphävs eller sätts ned. [136]

331. Domstolen har emellertid, i domen i målet Connolly mot kommissionen, fastställt gränser för denna skyldighet att ta ställning till de grunder som åberopats. [137] Domstolen ansåg att motiveringen av en dom ska bedömas med hänsyn till omständigheterna i målet, [138] och förstainstansrätten kan inte vara tvungen att ”i detalj bemöta varje argument som åberopats av [sökanden], särskilt om argumentet inte är tillräckligt klart och precist och inte stöds av tillräckligt utförlig bevisning”. [139]

134 — Det ska erinras om att enligt fast rättspraxis utgör frågan om huruvida förstainstansrätten har tagit ställning till parternas grunder och på ett korrekt sätt har motiverat domen en rättsfråga vilken som sådan kan åberopas i mål om överklagande (se bland annat dom av den 7 maj 1998 i mål C-401/96 P, Somaco mot kommissionen (REG 1998, s. I-2587), punkt 53 och där angiven rättspraxis).

135 — Se, för ett liknande resonemang, dom av den 14 maj 1998 i mål C-259/96 P, rådet mot de Nil och Impens (REG 1998, s. I-2915), punkterna 32–34, och av den 17 maj 2001 i mål C-449/98 P, IECC mot kommissionen (REG 2001, s. I-3875), punkt 70, samt beslut av den 19 juli 1995 i mål C-149/95 P(R), kommissionen mot Atlantic Container Line m.fl. (REG 1995, s. I-2165), punkt 58, av den 14 oktober 1996 i mål C-268/96 P(R), SCK och FNK mot kommissionen (REG 1996, s. I-4971), punkt 52, och av den 25 juni 1998 i mål C-159/98 P(R), Nederländska Antillerna mot rådet (REG 1998, s. I-4147), punkt 70.

136 — Se rättspraxis som det hänvisas till i fotnot 19 ovan.

137 — Dom av den 6 mars 2001 i mål C-274/99 P, Connolly mot kommissionen (REG 2001, s. I-1611).

138 — Punkt 120.

139 — Punkt 121. Se även dom av den 11 september 2003 i mål C-197/99 P, Belgien mot kommissionen (REG 2003, s. I-8461), punkt 81.

332. Mot bakgrund av det ovanstående anser jag att förstainstansrätten inte var skyldig att bemöta sökandens ifrågavarande argument.

6. Den sjätte delgrunden: Avsaknad av en helhetsbedömning av överträdelsens allvar

a) Parternas argument

335. RZB har kritiserat förstainstansrätten för att inte ha gjort en helhetsbedömning av överträdelsens allvar, med beaktande av samtliga aspekter som nämns i riktlinjerna (överträdelsens art, överträdelsens konkreta påverkan och omfattningen av den relevanta geografiska marknaden) samt yttre omständigheter, det vill säga den österrikiska banksektorns ekonomiska betydelse, att det inte var nödvändigt att ge böterna en avskräckande verkan och den selektiva lagföringen. Om förstainstansrätten hade företagit en sådan helhetsbedömning skulle den ha funnit att överträdelsen i fråga inte var att anse som mycket allvarlig.

333. Förstainstansrätten konstaterade nämligen i punkt 315 i den överklagade domen att RZB:s premiss att kommissionen gjort ett symboliskt urval av de företag som det angripna beslutet riktades till var felaktig. Förstainstansrätten påpekade att kommissionen faktiskt hade avgjort till vilka det angripna beslutet skulle riktas på grundval av hur ofta företagen deltagit i de viktigaste mötesgrupperna. [140] Under dessa omständigheter anser jag att förstainstansrätten inte var skyldig att undersöka klagandens övriga argument grundade på denna premiss.

b) Bedömning

336. Jag anser att det inte finns grund för detta argument. Som jag fann vid prövningen av den första delen av denna grund var det nämligen riktigt av förstainstansrätten att slå fast att kommissionen vid sin bedömning av överträdelsens allvar kunde beakta andra faktorer än de som uttryckligen nämns i riktlinjerna, bland annat ”yttre” omständigheter. [141] Denna delgrund går enligt min

334. Jag föreslår följaktligen att den femte delgrunden inte kan tas upp till sakprövning och är ogrundad.

140 — Punkt 470 i det omtvistade beslutet.

141 — Punkterna 245–251 ovan.

mening rakt emot vad RZB anfört inom ramen för grundens första del.

337. Överklagandet kan följaktligen inte vinna bifall på den sjätte delgrunden.

7. Den sjunde delgrunden: Felaktig bedömning vad gäller indelningen av klagandena i kategorier

338. Det framgår av det omtvistade beslutet att den österrikiska bankmarknaden utmärks av bankgrupper som har flera strukturella nivåer, vilka kallas decentraliserade.

339. Sparkassorna och folkbankerna har två strukturella nivåer och jordbrukskreditkassorna (Raiffeisenbankerna) har tre strukturella nivåer. Inom var och en av dessa strukturer med flera nivåer (nedan kallade sparkassesektorn, Raiffeisensektorn och folkbankssektorn; tillsammans kallade de decentraliserade sektorerna) finns en huvudbank (nedan kallad huvudbanken) som tillhandahåller stöd och andra tjänster till bankerna inom sektorn. Erste, RZB och ÖVAG är huvudbanker inom sparkassesektorn, Raiffeisensektorn respektive folkbankssektorn.

340. I fråga om mycket allvarliga överträdelser kan kommissionen i enlighet med punkt 1 A i riktlinjerna anpassa böternas grundbelopp utifrån vilken faktisk ekonomisk kapacitet de företag har som begått den konkurrensbegränsande överträdelsen.

341. I förevarande mål fann kommissionen i punkt 515 i det omtvistade beslutet att ett sådant differentierat förfarande var befogat, eftersom det rådde en betydande obalans mellan de företag och bankgrupper som deltagit i Lombardnätverket vad deras storlek beträffar.

342. Kommissionen delade därför in mottagarna av det omtvistade beslutet i fem kategorier utifrån tillgängliga uppgifter om deras marknadsandelar. Vad gäller Erste, RZB och ÖVAG, ansåg kommissionen att de i egenskap av huvudbanker inom de respektive decentraliserade sektorerna sparkassesektorn och folkbankssektorn, skulle tillskrivas marknadsandelarna för hela deras respektive sektor för att bättre kunna bedöma deras styrka på marknaden. Erste och RZB placerades i den första kategorin, medan ÖVAG placerades i den tredje kategorin.

a) Klagandenas invändningar

343. Erste, RZB och ÖVAG har för det första, med förbehåll för vissa särskilda förhållanden i deras respektive situation, ifrågasatt principen för detta tillskrivande. De anser att förstainstansrätten gjorde en rättslig felbedömning av villkoren för att kommissionen vid indelningen i kategorier kunde tillskriva dem, i egenskap av huvudbanker för de decentraliserade sektorerna, marknadsandelarna för deras respektive sektorer. Klagandena har härvid hävdat att tillskrivandet strider mot artikel 15.2 i förordning nr 17 och proportionalitetsprincipen avseende sanktionsåtgärder, principen om personligt ansvar för överträdelser av konkurrensrätten samt likhetsprincipen.

344. För det andra anser Erste, RZB och ÖVAG att förstainstansrätten har åsidosatt deras rätt till försvar.

345. De har för det tredje hävdat att förstainstansrätten inte gjorde en korrekt bedömning av deras roll och funktioner inom bankgrupperna.

346. För det fjärde har Erste gjort gällande att förstainstansrättens konstateranden avseende sparkassesektorns marknadsandel är felaktiga.

347. För det femte har ÖVAG hävdat att förstainstansrätten missuppfattade de faktiska omständigheterna och bevisningen i målet.

i) Den första invändningen avseende huruvida huvudbankerna rättsstridigt tillskrivits marknadsandelarna för bankerna inom de decentraliserade sektorerna

348. Erste, RZB och ÖVAG har anfört flera argument till stöd för denna invändning.

— Principen för att tillskriva marknadsandelarna och de bedömningskriterier som härvid använts

349. Erste, RZB och ÖVAG har hävdat att förstainstansrätten gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning när den, i punkterna 356 och 373 i den överklagade domen, fann att kommissionen genom att vid beräkningen av böterna tillskriva dem marknadsandelarna för bankerna inom de decentraliserade sektorerna inte hade tillskrivit dem det rättsstridiga uppträdande som sistnämnda banker gjort sig skyldiga till och att de enbart sanktionerats för ”deras eget uppträdande”.

350. Erste, RZB och ÖVAG anser att den omständigheten att de tillskrevs detta i prak-

tiken medförde att de tillskrevs ansvaret för överträdelserna som bankerna inom de decentraliserade sektorerna gjort sig skyldiga till, eftersom bankernas ställning på marknaden helt tas med i beräkningen av böterna. Erste, RZB och ÖVAG anser följaktligen att den ovannämnda omständigheten skulle ha prövats mot bakgrund av de kriterier som domstolen slagit fast i fråga om ansvaret för överträdelser inom en bolagskoncern, det vill säga möjligheten att kontrollera företaget och att det föreligger en ekonomisk enhet.

351. Genom att utgå från att förbindelserna inom bankgrupperna var stabila och huvudbankernas tillhandahållande av stöd och andra tjänster, har kommissionen och förstainstansrätten frångått de stränga krav som ställs upp enligt rättspraxis.

352. Kommissionen har gjort gällande att det avgörande kriteriet vid indelningen i kategorier är jämförelsen med den verkliga marknadsstyrkan, som grundas på de decentraliserade bankernas stabila förbindelser med sina huvudbanker.

— Huruvida artikel 15.2 i förordning nr 17, proportionalitetsprincipen avseende sanktionsåtgärder, principen om personligt ansvar för överträdelser av konkurrensrätten samt likhetsprincipen har åsidosatts

353. Erste har hävdat att artikel 15.2 i förordning nr 17, jämförd med punkt 1 A sjätte stycket i riktlinjerna, har åsidosatts genom att huvudbankerna (GiroCredit och Erste [142]) tillskrivits marknadsandelarna för omkring 70 österrikiska sparkassor. Det är nämligen inte möjligt enligt denna bestämmelse att tillskriva ett företag marknadsandelarna för ett utomstående företag inom samma verksamhetssektor.

354. Erste och RZB har vidare hävdat att det strider mot principen om personligt ansvar för överträdelser av konkurrensreglerna samt principen att sanktioner ska vara proportionerliga att tillskriva marknadsandelar på detta sätt.

355. RZB och ÖVAG har slutligen hävdat att förstainstansrätten har åsidosatt likhetsprin-

142 — Tillskrivandet gäller GiroCredit för perioden mellan 1995 och oktober 1997 när den var huvudbank inom sektorn, av Erste för perioden mellan oktober 1997 och juni 1998 när den, till följd av förvärvet av GiroCredit, blev sektorns huvudbank.

cipen. RZB har härvid kritiserat förstainstansrätten för att vid kategoriindelningen ha likställt huvudbankerna för de decentraliserade sektorerna med stora centrala banker. Enligt RZB skulle förstainstansrätten ha undersökt huruvida inte endast en del av marknadsandelen för varje berörd sektor skulle ha beaktats för att ta hänsyn till att en huvudbank såsom RZB när den deltog i bankernas mötesgrupper enbart lämnade information, eftersom den inte kunde företräda bankerna eller ge order om att eventuella överenskommelser skulle genomföras.

356. Kommissionen har påpekat att tillskrivandet av marknadsandelar i det omtvistade beslutet inte grundas på särskilda konstateranden avseende de decentraliserade bankernas deltagande i överträdelserna, utan enbart på den omständigheten att kommissionen påfört huvudbankerna sanktionsåtgärder för deras eget beteende. Kommissionen har preciserat att den inte tillskrivit ansvar för någon utomståendes beteende i förevarande fall.

357. Vad gäller RZB:s argument har kommissionen för det första påpekat att böterna som huvudbankerna ålagts inte överskrider gränsen på 10 procent av företagens omsättning enligt artikel 15 i förordning nr 17. Det rör sig således inte om en situation där det hade varit nödvändigt att beakta hela gruppens omsättning, som om huvudbanken och de decentraliserade bankerna hade ansetts utgöra en ekonomisk enhet. Kommissionen har vidare angett att RZB inte har redogjort för på vilket sätt olika situationer behandlats lika utan att det fanns sakliga skäl för detta.

358. Kommissionen har slutligen gjort gällande att argumentet som syftar till att undersöka huruvida böterna är proportionerliga inte kan tas upp till sakprövning, eftersom domstolen inte kan göra en skälighetsbedömning som ändrar den bedömning som förstainstansrätten gjort.

ii) Den andra invändningen avseende åsidosättande av rätten till försvar

359. Vid förstainstansrätten klandrade Erste och ÖVAG kommissionen för att inte i meddelandet om invändningar ha angett att den hade för avsikt att tillskriva huvudbankerna marknadsandelarna för respektive sektor vid beräkningen av böterna.

360. Erste och ÖVAG har i sina respektive överklaganden hävdat att förstainstansrätten åsidosatte deras rätt till försvar när den, i punkt 369 i den överklagade domen, fann att angivelsen i meddelandet om invändningar att de var huvudbanker inom sparkassesektorn respektive folkbankssektorn var tillräcklig.

361. Erste och ÖVAG har hävdat att det inte var tillräckligt av kommissionen att göra ett allmänt påstående utan att den skulle ha informerat företagen om vilka slutsatser den avsåg att dra av sakomständigheterna rörande överträdelsen.

iii) Den tredje invändningen avseende felaktig bedömning av huvudbankernas roll och funktioner inom bankgrupperna

362. Erste, RZB och ÖVAG har klandrat förstainstansrätten för att ha gjort en felaktig bedömning av deras roll och funktioner inom bankgrupperna.

363. Erste har bestridit förstainstansrättens bedömning i punkt 401 i den överklagade domen att Erste agerat ”företrädare” för sparkassesektorn vid bankernas mötesgrupper.

364. ÖVAG har påpekat att den, tvärtemot vad förstainstansrätten fann, inte hade någon möjlighet att förplikta de enskilda folkbankerna och att den inte utgör en ekonomisk enhet tillsammans med dessa banker.

365. RZB har gjort gällande att den, tvärtemot vad som angetts i punkt 405 i den överklagade domen, inte besatt ”större kunskaper och [hade] tillgång till bättre information” jämfört med bankerna inom dess decentraliserade sektor. RZB har under alla omständigheter hävdat att förstainstansrättens konstateranden avseende företagets förbindelser med den decentraliserade sektorn utgjorde hinder för att tillskriva den marknadsandelarna för denna sektor i dess helhet. RZB har slutligen påpekat att banken inte har förmåga att orsaka enskilda skada som kan jämföras med de stora hierarkiskt organiserade bankerna och har framhållit att den inte heller kunnat dra vinning av de omtvistade förfarandena, eftersom den inte har någon egen betydande marknadsandel och inte heller tar del av bankernas vinster inom sektorn.

iv) Den fjärde invändningen avseende ett felaktigt fastställande av Erstes och sparkassegruppens marknadsandelar

366. Erste har hävdat att det var fel av förstainstansrätten att inte finna att kommissionen placerat den i en kategori på grundval av en för hög uppskattning av marknadsandelarna. Både före och efter Erstes fusion med GiroCredit, var dess marknadsandel nämligen avsevärt lägre än den som kommissionen fastställde och som förstainstansrätten bekräftade i punkterna 455 och 458 i den överklagade domen.

367. Förstainstansrätten gjorde sig således skyldig till felaktig rättstillämpning när den i punkt 457 i den överklagade domen fann att placeringen av Erste i den första kategorin var riktig och att invändningen, även om den skulle visa sig vara korrekt, inte skulle medföra någon ändring av det omtvistade beslutet. Förstainstansrätten åsidosatte härvid principen om likabehandling och proportionalitetsprincipen genom att vid indelningen i kategorier inte göra någon åtskillnad mellan ett innehav av en marknadsandel på 30 procent och en marknadsandel på 17 procent.

368. Kommissionen har hävdat att den, oavsett den exakta marknadsandelen, hade möjlighet att placera Erste i den första kategorin efter dess fusion med GiroCredit. Vad avser argumentet att kommissionen beaktade Erste Österreichische Spar-Casse-Bank AG:s (det vill säga Erste före fusionen med GiroCredit) (nedan kallad EÖ) marknadsandelar och beteende två gånger, har kommissionen invänt att detta inte kan tas upp till sakprövning. Erste försöker därmed nämligen få till stånd en ren omprövning av de faktiska omständigheterna, vilket faller utanför domstolens behörighet.

v) Den femte invändningen avseende att de faktiska omständigheterna och bevisningen i målet missuppfattats

369. ÖVAG har hävdat att förstainstansrättens bedömning utgår från en missuppfattning av den bevisning som återfinns i handlingarna i målet. Informationsutbytet och ÖVAG:s påstådda roll som samordnare och företrädare för de decentraliserade folkbankerna har nämligen aldrig styrkts (punkterna 401–406 i den överklagade domen). Förstainstansrätten har vidare felaktigt åberopat ett avgörande från Verfassungsgerichtshof (Österrikes författningsdomstol) av den 23 juni 1993 för att motivera tillskrivningen av marknadsandelarna för bankerna inom sektorn (punkterna 392–401 i den överklagade domen). ÖVAG har nämligen angett att banken inte deltog i det förfarandet och att avgörandet endast avsåg aspekter rörande ”likvida reserver”. Förstainstansrätten gjorde således såväl en felaktig bedömning av de faktiska omständigheterna som en felaktig rättstillämpning och överskred dessutom sitt utrymme för skönsmässig bedömning. ÖVAG har slutligen angett att förstainstansrätten inte uttryckligen undersökte dess situation, vilket den däremot gjorde vad gäller Erste och RZB samt bankerna inom deras respektive sektorer.

370. Kommissionen har anfört att ÖVAG:s invändning saknar förklaring och att överklagandet inte kan vinna bifall på denna invändning. Vad gäller att det var fel av förstainstansrätten att hänvisa till avgörandet från Verfassungsgerichtshof, har kommissionen bestridit att det förekommit någon som helst missuppfattning. Den österrikiska domstolen gjorde nämligen ett formellt och allmänt uttalande avseende förbindelserna mellan de ”centrala bankerna” och deras ”primärbanker”, och det hänvisas uttryckligen till folkbankerna i detta avgörande. Enligt kommissionen har ÖVAG inte påstått att dess roll som huvudbank skiljer sig från den som huvudbankerna inom de andra sektorerna har.

b) Bedömning

374. Jag anser att förstainstansrätten gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning i detta avseende och att domskälen i den överklagade domen är motsägelsefulla.

i) Den första invändningen avseende huruvida huvudbankerna rättsstridigt tillskrivits marknadsandelarna för bankerna inom de decentraliserade sektorerna

375. Förstainstansrätten har nämligen genom sitt resonemang bekräftat att huvudbankerna inte ansvarar för överträdelser som begåtts av bankerna inom deras decentraliserade sektorer, men att huvudbankerna ändå vid beräkningen av böterna ska tillskrivas marknadsandelarna för respektive grupp.

371. Denna invändning ger enligt min mening upphov till en annan svår fråga i målet. Den avser på vilket sätt kommissionen ska beräkna sanktionens storlek mot bakgrund av det ansvar som den som har begått överträdelsen ska ta för överträdelsen.

376. Detta är inte logiskt. Kommissionen kan antingen tillskriva en huvudbank ansvaret för överträdelsen för att den utgör en ekonomisk enhet tillsammans med sin decentraliserade sektor, och kan i ett sådant fall vid fastställandet av böterna beakta den faktiska ekonomiska kapaciteten för hela denna sektor, eller lagföra en huvudbank för dess individuella deltagande i överträdelsen och, vid fastställandet av böterna, endast beakta huvudbankens egen marknadsandel, oavsett marknadsandelen för dess decentraliserade sektor.

372. I förevarande mål har kommissionen fastställt bötesbeloppet som den avsåg att påföra Erste, RZB och ÖVAG, i egenskap av huvudbanker, genom att tillskriva dem marknadsandelarna för bankerna inom deras decentraliserade sektorer. På detta sätt kunde kommissionen i enlighet med punkt 1 A fjärde stycket i riktlinjerna bedöma deras ekonomiska kapacitet.

373. I punkterna 356 och 373 i den överklagade domen fann förstainstansrätten att kommissionen, genom denna tillskrivning, inte hade tillskrivit huvudbankerna det rättsstridiga uppträdande som bankerna inom deras sektorer gjort sig skyldiga till, utan att ”de sanktionsåtgärder som beslutats avser deras eget uppträdande”.

377. Förstainstansrättens tillvägagångssätt är således inte konsekvent. Det är uppenbart att den omständigheten att böternas storlek beräknas på grundval av marknadsandelen för bankerna inom de decentraliserade sektorerna innebär att en ”sanktionsåtgärd” vidtas mot huvudbankerna för dessa bankers rättsstridiga beteende.

378. Jag anser att kommissionen vid fastställandet av en sanktionsåtgärd, i förevarande fall böter, endast kan beakta den faktiska ekonomiska kapaciteten för de företag som den funnit vara ansvariga för överträdelsen på marknaden. Detta följer tydligt av punkt 1 A fjärde stycket i riktlinjerna som uttryckligen hänvisar till *"de överträdande företagens* ekonomiska kapacitet".[143] I det omtvistade beslutet har endast huvudbankerna ansetts ansvariga för överträdelsen. Förstainstansrätten har själv angett detta genom att i punkt 356 i den överklagade domen precisera att "[t]illskrivandet av marknadsandelar i det [omtvistade] beslutet [inte] grundas … på specifika konstateranden avseende de regionala och lokala bankernas faktiska deltagande i överträdelsen" och att "kommissionen har … sanktionsbelagt huvudbankerna för deras eget uppträdande".

379. I det här skedet av prövningen anser jag att den första invändningen att huvudbankerna rättsstridigt tillskrivits marknadsandelarna för bankerna inom de decentraliserade sektorerna är välgrundad utan att det är nödvändigt att pröva övriga invändningar som klagandena framfört och att överklagandet ska bifallas såvitt avser den första grundens sjunde del.

380. Mot bakgrund av det ovanstående anser jag således att den första grundens tredje och sjunde delar är välgrundade. Jag föreslår således att domstolen ska bifalla överklagandet på den första grunden rörande felaktig rättstillämpning avseende bedömningen av överträdelsens allvar och upphäva den överklagade domen, i den mån:

— Domen är behäftad med ett rättsligt fel, eftersom förstainstansrätten fann att kommissionen vid bedömningen av överträdelsens allvar och beräkningen av böternas grundbelopp kunde sluta sig till att överträdelsen haft en konkret påverkan på marknaden med anledning av att överenskommelserna genomförts.

— Domen är behäftad med ett rättsligt fel och innehåller en motstridig motivering, eftersom förstainstansrätten fann att kommissionen vid bedömningen av överträdelsens allvar och beräkningen av böternas grundbelopp kunde tillskriva Erste, RZB och ÖVAG marknadsandelarna för bankerna inom deras decentraliserade sektorer, trots att kommissionen inte tillskrivit dem det rättsstridiga beteendet för dessa.

381. Jag föreslår emellertid att domstolen ska undersöka övriga grunder som anförts av klagandena, eftersom syftet med dessa även är att erhålla en nedsättning av det bötesbelopp som kommissionen påfört dem.

143 — Min kursivering.

B — *Den andra grunden: Felaktig rättstillämpning, bristande motivering och missuppfattad bevisning vad gäller förekomsten av förmildrande omständigheter*

382. Enligt punkt 3 i riktlinjerna kan följande, om de kan fastställas, anses utgöra förmildrande omständigheter:

— Att företaget har haft en uteslutande passiv eller efterföljande roll i genomförandet av överträdelsen.

— Att företaget i praktiken inte har tillämpat avtal.

— Att företaget har upphört med överträdelsen vid kommissionens första ingripanden.

— Att det har förekommit rimliga tvivel angående det begränsande förfarandets karaktär av överträdelse.

— Att överträdelsen har begåtts av oaktsamhet.

— Att företaget har samarbetat effektivt i förfarandet utanför tillämpningsområdet för meddelandet om samarbete.

383. Varken kommissionen, i det omtvistade beslutet (punkterna 525–542), eller förstainstansrätten, i den överklagade domen (punkterna 469–542), fann att det förelåg några förmildrande omständigheter som kunde tillgodoräknas klagandena.

384. ÖVAG har i förevarande överklagande kritiserat förstainstansrätten för att den inte ansåg att dess passiva roll i överträdelsen utgjorde en förmildrande omständighet. BACA har för sin del hävdat att förstainstansrätten även gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning genom att inte beakta att offentliga myndigheter deltagit i bankernas mötesgrupper och att mötesgrupperna hade en offentlig karaktär.

a) Den första delgrunden: Huruvida förstainstansrätten gjorde en felaktig bedömning avseende ÖVAG:s passiva roll

i) Parternas argument

385. ÖVAG har i huvudsak kritiserat hur förstainstansrätten bedömde dess uppträdande vid tiden för överträdelsen med avseende på förmildrande omständigheter. ÖVAG har härvid anfört flera invändningar.

— Den första invändningen: Felaktigt utövande av förstainstansrättens rättskipande uppgift

386. ÖVAG har klandrat förstainstansrätten för att ha begränsat sig till att återge lydelsen i riktlinjerna utan att undersöka omständigheterna i målet och, i synnerhet, ÖVAG:s särskilda roll inom Lombardnätverket.

— Den andra invändningen: Tillämpning av ett felaktigt bedömningskriterium

387. ÖVAG anser att förstainstansrätten gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning i punkt 483 i den överklagade domen, genom att grunda sin bedömning på bankernas deltagande i mötesgrupperna, ett kriterium som även tillämpades inom ramen för indelningen av bankerna i kategorier. Förstainstansrätten har härigenom kopplat samman frågan om indelningen av bankerna efter deras ställning på marknaden med frågan om huruvida en förmildrande omständighet ska anses föreligga. Enligt ÖVAG kan fastställandet av en förmildrande omständighet inte vara beroende av ett företags ”sporadiska” deltagande i mötena. Enligt riktlinjerna krävs nämligen att kommissionen gör en separat bedömning av företagens roll och inte en manikeisk ”allt eller inget”-redovisning.

— Den tredje invändningen: Huruvida den bevisning missuppfattats som förebringats vid förstainstansrätten

388. ÖVAG anser att förstainstansrätten har missuppfattat bankens redogörelse och omständigheterna som framgår av handlingarna i akten avseende dess deltagande i kartellen. ÖVAG har nämligen aldrig påstått att den tagit avstånd från kartellen, utan genomgående understrukit sin oansenliga roll i kartellen.

— Den fjärde invändningen: Motstridig motivering

389. ÖVAG har anfört att förstainstansrättens bedömning är motstridig, eftersom banken kvalificerats som en ”stor bank”, trots att kommissionen inte gjorde någon undersökning av dess lokaler och trots att klaganden inte ingick i den ”slutna kretsen av banker”, utan endast deltog i ett begränsat antal möten.

390. Kommissionen anser att dessa invändningar saknar relevans av den anledningen att det inte ankommer på domstolen att göra en skälighetsbedömning som ändrar den bedömning som förstainstansrätten gjort.

ii) Bedömning

391. Jag anser att den första delgrunden ska ogillas i sin helhet.

392. Vad gäller den första invändningen anser jag att förstainstansrätten inte kan kritiseras för hur den har utövat sin rättskipande uppgift. Det ska nämligen erinras om att förstainstansrättens domstolsprövning av lagligheten av det omtvistade beslutet är begränsad och måste ta hänsyn till kommissionens utrymme för skönsmässig bedömning vid fastställandet av böterna. Förstainstansrättens kontroll vid bedömningen av de invändningar som ÖVAG anfört var således begränsad till att kontrollera att reglerna för handläggning och motivering följts, att uppgifterna om de faktiska omständigheterna var materiellt riktiga och att det inte förekommit någon felaktig rättstillämpning eller maktmissbruk. Förstainstansrätten påpekade i detta avseende, i punkterna 484 och 487 i den överklagade domen, att ÖVAG inte hade visat att kommissionen vid sin analys hade gjort en felaktig bedömning av omständigheterna eller att den gjort sig skyldig till uppenbar felbedömning eller maktmissbruk.

393. Tvärtemot vad klaganden har anfört, upprepade förstainstansrätten inte enbart vad som anges i riktlinjerna, eftersom den tydligt i punkterna 482 och 486 i den överklagade domen hänvisade till tillämplig rättspraxis och därefter i punkterna 483–489 i domen undersökte hur kommissionen hade beaktat vart och ett av företagens uppträdande, och i synnerhet ÖVAG:s, under bankernas mötesgrupper.

394. Det är följaktligen tydligt att denna invändning saknar grund och därför inte kan godtas.

395. Inte heller den andra invändningen kan godtas. Det kriterium som förstainstansrätten tillämpade vid sin bedömning, det vill säga

avseende kartellmedlemmarnas deltagande i mötena, överensstämmer med fast rättspraxis som det uttryckligen hänvisats till i punkt 482 i den överklagade domen. Det är enligt detta kriterium möjligt att beakta ett företags eget agerande i kartellen. Vidare skiljer sig nämnda kriterium, tvärtemot vad ÖVAG har anfört, från det som använts av kommissionen vid indelningen av klagandena i kategorier, vilket enbart grundas på företagens ekonomiska styrka.

396. Inte heller den tredje invändningen kan tas upp till sakprövning, eftersom ÖVAG:s argument inte innehåller några seriösa omständigheter som kan visa att förstainstansrätten har missuppfattat ÖVAG:s redogörelse eller omständigheterna som framgår av handlingarna i akten avseende dess deltagande i kartellen. Det är under alla omständigheter enligt min mening klart att ÖVAG, genom att betona att denna haft en oansenlig roll i bankernas mötesgrupper, sökte visa att den tagit avstånd från de andra av kartellens medlemmar.

397. Jag föreslår slutligen att domstolen inte ska godta den fjärde invändningen. Den omständigheten att kommissionen inte företog någon oanmäld undersökning av ÖVAG:s lokaler strider inte på något sätt emot att ÖVAG kan kvalificeras som en ”stor bank” och ”företrädare för folkbankssektorn”.

398. Mot bakgrund av samtliga omständigheter anser jag att överklagandet, i den del det kan prövas på den andra grundens första del, inte ska bifallas på denna delgrund.

b) Den andra delgrunden: Felaktig bedömning av förstainstansrätten vad gäller de offentliga myndigheternas deltagande i bankernas mötesgrupper. [144]

i) Parternas argument

399. BA-CA har i huvudsak kritiserat förstainstansrätten för att inte ha betraktat vissa offentliga myndigheters deltagande i mötena som en förmildrande omständighet. Förstainstansrätten har därför åsidosatt principen om likabehandling, eftersom BA-CA har behandlats annorlunda än andra företag som omfattas av kommissionens tidigare beslut.

400. Enligt BA-CA följer det av kommissionens beslutspraxis och domstolens rättspraxis att den omständigheten att den nationella lagstiftarens tolererat ett beteende och att offentliga myndigheter deltagit i möten utgör förmildrande omständigheter som motiverar

144 — Punkterna 261 och 504–506 i den överklagade domen.

en nedsättning av bötesbeloppet, oberoende av de berörda företagens storlek. [145] BA-CA har särskilt kritiserat förstainstansrätten för att i punkt 505 i den överklagade domen ha slagit fast att de offentliga myndigheternas tolerans av överträdelsen inte ska beaktas ”i synnerhet med hänsyn till de avsevärda resurser som bankerna förfogat över för att skaffa sig korrekt och exakt juridisk information”. Detta villkor är för det första inte förenligt med domstolens rättspraxis, bland annat domen av den 9 september 2003 i målet CIF. [146] Ett sådant villkor medför dessutom en diskriminering till nackdel för vissa företag, beroende på deras verksamhetsföremål.

ii) Bedömning

401. Jag anser att BA-CA:s kritik saknar grund.

402. Förstainstansrätten angav för det första, i punkt 505 i den överklagade domen, att de omständigheter som klagandena anfört avseende vissa offentliga myndigheters deltagande i mötena inte var tillräckliga för att ge upphov till rimligt tvivel huruvida mötesgrupperna varit förenliga med gemenskapsrätten. Enligt min mening ankommer det, i enlighet med de principer som angetts ovan i punkterna 66–68, inte på domstolen att kontrollera en sådan bedömning inom ramen för ett överklagande.

403. För det andra är den omständigheten att förstainstansrätten fann att de österrikiska myndigheternas godkännande eller tolerans inte kunde anses utgöra en förmildrande omständighet inte oförenlig med gemenskapens rättspraxis, och utgör enligt min mening inte ett åsidosättande av principen om likabehandling.

404. Jag anser att BA-CA inte med framgång kan åberopa domen i det ovannämnda målet CIF. I det målet underlättades nämligen det samordnade förfarandet av nationell lagstiftning. Det är under dessa omständigheter som domstolen, i punkt 57 i den ovannämnda domen, fann att ”de berörda företagens beteenden, kan bedömas mot bakgrund av att nationell lagstiftning utgjorde en förmildrande omständighet [när graden av sanktionsåtgärd ska fastställas]”. En sådan situation föreligger inte i förevarande mål, eftersom den österrikiska lagstiftningen i fråga, enligt vilken det var tillåtet för bankinstitut att samordna sitt uppträdande, upphävdes senast den 1 januari 1994, det vill säga ett år före den period då överträdelsen som omfattas av det omtvistade beslutet ägde rum.

145 — Klaganden har hänvisat till kommissionens beslut 77/327/EEG av den 19 april 1977, om ett förfarande för tillämpning av artikel 86 i EEG-fördraget (Ärende IV/28.841 – ABG/Oljeföretag som är verksamma i Nederländerna) (EGT L 117, s. 1), kommissionens beslut 92/204/EEG av den 5 februari 1992, om ett förfarande för tillämpning av artikel 85 i EEG-fördraget (Ärendena IV/31.572 och IV/32.571 – Byggnadsindustrin i Nederländerna) (EGT L 92, s. 1), se punkt 141 i beslutet, och kommissionens beslut 1999/271/EG av den 9 december 1998, om ett förfarande enligt artikel 85 i EG-fördraget (Ärende IV/34.466 – Greek Ferries) (EGT L 109, 1999, s. 24), samt domen i det ovannämnda målet Jungbunzlauer mot kommissionen, punkt 88.

146 — Dom av den 9 september 2003 i mål C-198/01, CIF (REG 2003, s. I-8055), punkt 57.

405. Jag anser vidare att BA-CA inte med framgång kan åberopa att principen om likabehandling har åsidosatts på grund av att BA-CA behandlats annorlunda än andra företag som omfattas av kommissionens tidigare beslut.

406. Det ska erinras om att principen om likabehandling utgör en allmän rättsprincip som kommissionen är skyldig att iaktta vid ett förfarande enligt artikel 81 EG. Enligt fast rättspraxis strider det mot denna princip att jämförbara situationer behandlas olika och olika situationer behandlas lika, såvida det inte finns sakliga skäl för en sådan behandling. [147] Såvitt avser beräkningen av böter som åläggs i enlighet med artikel 15.2 i förordning nr 17 har gemenskapsdomstolen funnit att vissa skillnader i behandlingen mellan de företag som berörs av kommissionens beslut är en naturlig följd av tillämpningen av den metod som anges i riktlinjerna. [148] Enligt riktlinjerna är det nämligen tillåtet att individualisera sanktionsåtgärden med avseende på det enskilda företagets handlande och beskaffenhet i syfte att säkerställa konkurrensreglernas effektivitet.

407. Det framgår vidare av fast rättspraxis, som domstolen erinrade om i sin dom i det ovannämnda målet JCB Service mot kommissionen, att ”kommissionens tidigare beslutspraxis inte utgör den rättsliga ramen för åläggande av böter på konkurrensområdet och att beslut i andra ärenden kan vara vägledande vid fastställelsen av om det förekommer diskriminering”. [149] Såsom domstolen preciserade kan de lärdomar som dras av denna praxis nämligen endast vara vägledande, eftersom omständigheterna i ärendena, såsom marknader, produkter, stater, företag och aktuella perioder, inte är identiska. [150]

408. Under dessa förhållanden anser jag att de lärdomar som eventuellt skulle kunna dras av kommissionens tidigare beslut inte kan åberopas inom ramen för förevarande mål.

409. Mot bakgrund av ovanstående omständigheter anser jag att överklagandet inte kan vinna bifall såvitt avser den andra grundens andra del.

147 — Se bland annat förstainstansrättens dom av den 14 maj 1998 i mål T-311/94, BPB de Eendracht mot kommissionen (REG 1998, s. II-1129), punkt 309, och domen i det ovannämnda målet Archer Daniels Midland I, punkt 107.

148 — Se domen i det ovannämnda målet Jungbunzlauer mot kommissionen, punkt 238.

149 — Punkt 205. Se även domen i det ovannämnda målet Scandinavian Airlines System mot kommissionen, punkt 87 och där angiven rättspraxis.

150 — Domen i det ovannämnda målet JCB Service mot kommissionen, punkt 201.

c) Den tredje delgrunden: Felaktig bedömning av förstainstansrätten vad gäller mötenas offentliga karaktär [151]

i) Parternas argument

410. BA-CA har hävdat att förstainstansrätten gjorde sig skyldig till flera fall av felaktig rättstillämpning genom att inte bevilja någon nedsättning av böterna, trots att det fastställts att bankernas mötesgrupper var offentliga. Det var för det första fel av förstainstansrätten att slå fast att kartellen inte var allmänt känd i hela sin omfattning, trots att flera uppgifter i ansökan och, i synnerhet i tidningsartiklarna, visade att allmänheten kände till vad som avhandlades på mötena och det direkta sambandet mellan bankernas mötesgrupper och utvecklingen av räntenivåerna. Förstainstansrätten åsidosatte följaktligen principerna för bevisprövning genom att den inte i sak prövade de handlingar som BA-CA gett in. Förstainstansrätten gick för det andra utöver vad som kan krävas när den ansåg att allmänheten måste ha haft en fullständig kunskap om mötena för att det skulle vara möjligt att bevilja en nedsättning av böterna. För det tredje återgav förstainstansrätten BA-CA:s redogörelse felaktigt, eftersom denna inte alls hävdat att den omständigheten att mötena var allmänt kända innebar att de var lagenliga.

411. Kommissionen har bestridit dessa påståenden. Kommissionen har preciserat att det inte finns något stöd i rättspraxis för att deltagarna i en kartell kan anse att deras förfarande är lagenligt av den anledningen att vissa beteenden är allmänt kända. Om så vore fallet, skulle det räcka att offentliggöra vissa förfaranden för att undvika böter. Förstainstansrätten har härvid tydligt visat att allmän kännedom inte är avgörande.

ii) Bedömning

412. Jag föreslår att domstolen ska avvisa överklagandet såvitt avser denna delgrund.

413. BA-CA har nämligen i huvudsak ifrågasatt förstainstansrättens bedömning i punkt 506 i den överklagade domen på en rad punkter. BA-CA har inskränkt sig till att kritisera förstainstansrättens slutsatser, utan att påvisa de fel som medförde att rätten missuppfattat bevisningen. BA-CA:s kritik utgör endast ett försök att ersätta förstainstansrättens bedömning med sin egen version av händelserna.

151 — Punkt 506 i den överklagade domen.

414. Under dessa omständigheter kan överklagandet, enligt min mening, inte prövas såvitt avser den andra grundens tredje del.

415. Mot bakgrund av samtliga ovannämnda omständigheter föreslår jag att domstolen ska delvis avvisa och delvis ogilla överklagandet, såvitt gäller den andra grunden avseende förstainstansrättens bedömning rörande förekomsten av förmildrande omständigheter.

C — *Den tredje grunden: Felaktig rättstillämpning, åsidosättande av principen om likabehandling, principen om skydd för berättigade förväntningar och rätten till försvar samt bristande och motstridig motivering vad gäller tillämpningen av avdelning D i meddelandet om samarbete*

416. Kommissionen har i meddelandet om samarbete angett på vilka villkor företag som samarbetar med kommissionen under dess undersökning av ett kartellärende kan befrias från böter eller beviljas nedsättning av de böter som annars skulle ha ålagts dem (avdelning A punkt 3).

417. Vad gäller tillämpningen av meddelandet om samarbete för klagandenas del har det inte bestridits att deras beteende ska bedömas enligt avdelning D i meddelandet med rubriken ”Väsentlig nedsättning av böter”.

418. Det anges i avdelning D punkt 1 i meddelandet att ”[o]m ett företag samarbetar utan att alla de villkor som anges i avdelning B eller C är uppfyllda kommer det att beviljas en nedsättning med 10–50 % av det bötesbelopp som det skulle ha ålagts om det inte hade samarbetat”.

419. I avdelning D punkt 2 i meddelandet om samarbete görs följande precisering:

”Detta kan ske i till exempel följande fall:

— Ett företag förser kommissionen med upplysningar, dokument eller annat bevismaterial som bidrar till att fastställa att överträdelsen har begåtts, innan ett meddelande om anmärkningar sänds ut.

— Ett företag informerar kommissionen om att det inte bestrider de faktiska omstän-

digheter som kommissionen grundar sina anklagelser på, efter det att det har tagit emot ett meddelande om anmärkningar.”

420. Som förstainstansrätten erinrade om i punkt 530 i den överklagade domen framgår det av fast rättspraxis att det endast är befogat att sätta ned ett företags böter till följd av dess samarbete under det administrativa förfarandet när det berörda företaget har uppträtt på ett sådant sätt att det underlättat kommissionens uppgift och möjliggjort för kommissionen att lättare kunna fastställa att det föreligger en överträdelse och i förekommande fall fått den att upphöra.

421. Det ska dessutom påpekas att kommissionen i enlighet med artikel 11.1 i förordning nr 17, vid fullgörandet av de uppgifter som den har tilldelats genom artikel 81 EG, får inhämta alla nödvändiga upplysningar hos företag och företagssammanslutningar som enligt punkt 4 i denna artikel är skyldiga att tillhandahålla begärda upplysningar. Om ett företag eller en företagssammanslutning inte lämnar de begärda upplysningarna inom den tidsfrist som har fastställts av kommissionen eller lämnar ofullständiga uppgifter, kan kommissionen i enlighet med artikel 11.5 i förordning nr 17 genom beslut begära upplysningarna från dem, varvid företaget eller företagssammanslutningen vid vägran att lämna dessa upplysningar kan åläggas vite eller löpande vite.

422. Såsom förstainstansrätten med rätta påpekat i punkt 529 i den överklagade domen, berättigar inte ett företags samarbete under utredningen till en nedsättning av böterna när samarbetet inte är mer omfattande än vad som följer av företagets skyldigheter enligt artikel 11.4 och 11.5 i förordning nr 17. För det fall ett företag som svar på en begäran om upplysningar med stöd av artikel 11 i förordning nr 17 tillhandahåller uppgifter som klart går utöver vad kommissionen kan kräva enligt nämnda artikel, kan det ifrågavarande företaget däremot tillerkännas en nedsättning av böterna.

423. Det är mot bakgrund av dessa principer som det ska prövas huruvida förstainstansrätten gjorde en felaktig bedömning avseende den nedsättning av böterna som kommissionen medgett klagandena i enlighet med avdelning D punkt 2 första strecksatsen i meddelandet om samarbete.

424. Kommissionen bedömde bankernas samarbete utifrån avdelning D i meddelandet om samarbete. Den medgav en nedsättning med tio procent av böterna i enlighet med avdelning D punkt 2 andra strecksatsen i meddelandet med hänvisning till att bankerna inte bestridit de faktiska omständigheter som angetts i meddelandet om invändningar. [152] Kommissionen medgav däremot inte någon nedsättning i enlighet med avdelning D punkt 2 första strecksatsen

152 — Punkterna 558 och 559 i det omtvistade beslutet.

i meddelandet om invändningar, där det anges att en nedsättning kan ske när ”[e]tt företag förser kommissionen med upplysningar, dokument eller annat bevismaterial som bidrar till att fastställa att överträdelsen har begåtts, innan ett meddelande om anmärkningar sänds ut”.

425. När det gäller svaren på begäran om upplysningar ansåg kommissionen att vare sig underrättelsen om de tidpunkter då mötesgrupperna ägt rum och namnen på deltagarna i dessa eller överlämnandet av handlingar avseende mötesgrupperna skedde frivilligt. Kommissionen ansåg därför att dessa upplysningar inte kunde betraktas som ”samarbete”. [153]

426. Kommissionen ansåg att bankernas gemensamma redogörelse för de faktiska omständigheterna inte medförde något mervärde i förhållande till vad som lagligen kunde krävas. Kommissionen godtog att denna redogörelse gått utöver de upplysningar som begärts genom att det där i detalj redogjorts för Lombardnätverkets historiska bakgrund och innehållet i olika mötesgrupper beskrivits. Enligt kommissionen innebar denna redogörelse emellertid inte någon precisering av omständigheterna, utan utgjorde snarare ett försvar för bankerna.

427. När det gäller de handlingar som överlämnades tillsammans med den gemensamma redogörelsen för omständigheterna anförde kommissionen att bankerna inte på kommissionens begäran kunnat identifiera vilka av dessa handlingar som innehöll nya omständigheter i förhållande till de handlingar som tagits in under kontroller eller som skulle ges in efter begäran om upplysningar. Kommissionen drog därför slutsatsen att dessa handlingar inte tillfört något mervärde. [154]

428. Förstainstansrätten ogillade i den överklagade domen talan på samtliga grunder avseende felaktig tillämpning av meddelandet om samarbete. Förstainstansrätten fann dessutom att klagandenas samarbete, med hänsyn till överträdelsens allvar, inte motiverade någon ytterligare nedsättning av de böter som dessa ålagts.

429. Klagandena har inom ramen för sina respektive överklaganden kritiserat förstainstansrätten för att ha gjort en felaktig bedömning av deras samarbete utifrån meddelandet om samarbete och för att i detta avseende ha åsidosatt principen om likabehandling och principen om skydd för berättigade förväntningar. Klagandena har gjort gällande att de i enlighet med avdelning D i meddelandet om samarbete skulle ha medgetts en större nedsättning av de böter som dessa ålagts.

153 — Punkterna 545 och 546 i det omtvistade beslutet.

154 — Punkterna 547–557 i det omtvistade beslutet.

1. Den första delgrunden: Felaktig bedömning av förstainstansrätten vad gäller kommissionens utrymme för skönsmässig bedömning och utövandet av sin domstolskontroll

a) Parternas argument

430. BA-CA har hävdat att förstainstansrätten gjorde en felaktig bedömning av kommissionens utrymme för skönsmässig bedömning i samband med genomförandet av meddelandet om samarbete samt av gränserna för förstainstansrättens domstolskontroll. Avdelning D i meddelandet om samarbete ger nämligen inte kommissionen något utrymme för skönsmässig bedömning när det gäller frågan om huruvida den information som tillhandahållits av företaget har underlättat kommissionens uppgift eller huruvida ett företag som har samarbetat ska medges en nedsättning av böterna. Hänvisningen till domen i de ovannämnda förenade målen Dansk Rørindustri m.fl. mot kommissionen, kan inte heller motivera att kommissionen tillerkänns ett obegränsat utrymme för skönsmässig bedömning. Vidare är bedömningen av ett företags samarbete, tvärtemot vad förstainstansrätten fann i punkt 532 i den överklagade domen, underkastad förstainstansrättens fulla prövningsrätt. BA-CA har härvid hänvisat till domen i det ovannämnda målet Groupe Danone mot kommissionen, där förstainstansrätten undersökte huruvida den nedsättning av böterna som kommissionen beviljat företaget i enlighet med avdelning D punkt 2 första strecksatsen i meddelandet om samarbete var en följd av en felaktig bedömning av omfattningen av företagets samarbete, bland annat med avseende på kommissionens beslutspraxis. [155]

b) Bedömning

431. Jag delar inte BA-CA:s ståndpunkt när det gäller kommissionens utrymme för skönsmässig bedömning vid tillämpningen av meddelandet om samarbete.

432. Såsom angetts ovan har kommissionen nämligen enligt fast rättspraxis ett stort utrymme för skönsmässig bedömning vid fastställandet av böternas storlek. Kommissionen kan härvid beakta ett stort antal omständigheter förutsatt att artikel 15.2 i förordning nr 17 iakttas. När det gäller beaktandet av ett företags samarbete under förfarandet har domstolen i domen i de ovannämnda förenade målen Dansk Rørindustri m.fl. mot kommissionen, angett att ”[k]ommissionen förfogar … över ett utrymme för skönsmässig bedömning i detta avseende, såsom framgår av ordalydelsen i [avdelning D punkt 2 i meddelandet om samarbete] och särskild av de inledande orden ’Detta kan ske i till exempel följande fall …’”. Domstolen slog i den domen fast att kommissionen, inom de gränser som meddelandet medför, har ett utrymme för skönsmässig bedömning av huruvida de upplysningar eller handlingar som företagen frivilligt tillhandahållit har underlättat dess uppgift och det är motiverat att medge en nedsättning enligt detta meddelande. [156]

155 — Punkt 456.

156 — Punkterna 393 och 394.

433. Under dessa omständigheter kan, såsom förstainstansrätten påpekade i punkt 532 i den överklagade domen, kommissionens bedömning endast bli föremål för en begränsad domstolsprövning.

434. Jag vill avslutningsvis påpeka att förstainstansrätten i domen i det ovannämnda målet Groupe Danone mot kommissionen faktiskt undersökte huruvida den nedsättning av bötesbeloppet som kommissionen beviljat företaget i enlighet med avdelning D punkt 2 första strecksatsen i meddelandet om samarbete, var en följd av en felaktig bedömning av omfattningen av företagets samarbete eller åsidosatte principen om likabehandling. Jag vill emellertid uppmärksamma klaganden på att förstainstansrätten i punkt 458 i den domen inte beaktade kommissionens tidigare beslutspraxis, eftersom ”endast den omständigheten att kommissionen i sin tidigare beslutspraxis har beviljat en viss nedsättning för ett visst beteende inte innebär att den är skyldig att ge samma proportionella nedsättning vid bedömningen av ett liknande beteende inom ramen för ett senare administrativt förfarande”.

435. Mot bakgrund av ovanstående omständigheter föreslår jag således att domstolen ska förklara att överklagandet inte kan vinna bifall på den första delgrunden.

2. Den andra delgrunden: Felaktig rättstillämpning vid tillämpningen av meddelandet om samarbete

436. RZB och BA-CA har framfört två invändningar till stöd för denna delgrund.

a) Den första invändningen: Användning av ett felaktigt bedömningskriterium och åsidosättande av principen om likabehandling

i) Parternas argument

437. RZB och BA-CA har hävdat att förstainstansrätten gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning när den fann att kommissionen hade rätt att kräva att samarbetet ska tillföra ett ”mervärde” för att det ska vara befogat att sätta ned böterna. [157]

438. BA-CA anser att förstainstansrätten även åsidosatte principen om likabehandling genom att använda sig av detta kriterium. Förstainstansrätten skulle för det första ha medgett BA-CA en större nedsättning av bötesbeloppet, eftersom dess samarbete ostri-

157 — BA-CA har i sitt överklagande hänvisat till begreppet företagets ”värdefulla” (”Hilfreiche”) samarbete. Detta begrepp förekommer inte i den överklagade domen.

digt var mer omfattande och av högre kvalitet än övriga företags. För det andra var det fel av förstainstansrätten att, i punkt 534 i den överklagade domen, slå fast att det faktum att kommissionen i sin tidigare beslutspraxis har medgett en nedsättning till följd av ett visst uppträdande inte innebär att kommissionen är skyldig att göra samma bedömning avseende ett liknande uppträdande inom ramen för ett senare administrativt förfarande.

ii) Bedömning

439. När det gäller RZB:s och BA-CA:s argument avseende att ett felaktigt bedömningskriterium har använts, föreslår jag att domstolen i enlighet med principerna i punkt 65 ovan ska avvisa dessa. Det framgår nämligen av handlingarna i målet att RZB och BA-CA endast har upprepat de argument som redan framförts vid förstainstansrätten.

440. Vad gäller BA-CA:s argument att principen om likabehandling har åsidosatts, anser jag att det saknar grund.

441. Såsom ovan angetts följer det av fast rättspraxis att kommissionen inte får åsidosätta principen om likabehandling vid sin bedömning av ett företags samarbete. [158] Principen om likabehandling utgör en allmän gemenskapsrättslig princip som enligt fast rättspraxis åsidosätts då lika situationer behandlas olika eller olika situationer behandlas lika, såvida det inte finns sakliga skäl för en sådan behandling.

442. Vid beräkningen av böter som åläggs med stöd av artikel 15.2 i förordning nr 17 har gemenskapsdomstolen emellertid godkänt att en viss särbehandling av de företag som berörs av ett kommissionsbeslut sker till följd av den i riktlinjerna föreskrivna metoden. [159] Beträffande ett företags samarbete under förfarandet, slog förstainstansrätten i domen i det ovannämnda målet Groupe Danone mot kommissionen, fast att olika behandling av berörda företag kan ha sin grund i att deras samarbetsgrad inte går att jämföra, bland annat därför att de har lämnat olika slags information eller lämnat information i olika skeden av det administrativa förfarandet eller under omständigheter som inte är likartade. [160]

158 — Se förstainstansrättens dom i det ovannämnda målet Groupe Danone mot kommissionen, punkt 453.

159 — Se domen i det ovannämnda målet Jungbunzlauer mot kommissionen, punkt 238.

160 — Punkt 454.

443. BA-CA har till stöd för sin invändning klandrat förstainstansrätten för att denna inte medgav en större nedsättning i enlighet med avdelning D i meddelandet om samarbete, eftersom BA-CA samarbetade i större utsträckning än övriga berörda banker under förfarandet. Jag anser att domstolen inte kan pröva detta argument inom ramen för ett överklagande, eftersom det skulle innebära att den var tvungen att ersätta förstainstansrättens bedömning med sin egen.

444. För det fall domstolen skulle finna att det ovannämnda argumentet kan tas upp till sakprövning, anser jag under alla omständigheter att förstainstansrätten med beaktande av kommissionens utrymme för skönsmässig bedömning med rätta och utan att göra någon felaktig bedömning som med framgång skulle kunna ifrågasättas i ett mål om överklagande slog fast att BA-CA:s samarbete, som i princip kunde avse förhållanden som skulle kunna möjliggöra en nedsättning av bötesbeloppet i enlighet med avdelning D i meddelandet om samarbete, inte nödvändigtvis borde ha föranlett kommissionen att tillerkänna BA-CA en större nedsättning av bötesbeloppet.

445. Slutligen gjorde sig förstainstansrätten, tvärtemot vad BA-CA har hävdat, inte skyldig till någon felaktig rättstillämpning när den, i punkt 534 i den överklagade domen, fann att kommissionen inte är bunden av sin tidigare beslutspraxis. Såsom anförts ovan i punkt 407 framgår det nämligen av fast rättspraxis att kommissionens tidigare beslutspraxis inte utgör den rättsliga ramen för åläggande av böter på konkurrensområdet och att beslut i andra ärenden kan vara vägledande vid fastställelsen av om det förekommer diskriminering. Under dessa omständigheter anser jag att BA-CA inte med framgång kan göra gällande att principen om likabehandling har åsidosatts med anledning av att banken har behandlats annorlunda än företag som omfattas av kommissionens tidigare beslut.

446. Mot bakgrund av vad ovan anförts föreslår jag att domstolen delvis ska avvisa den första invändningen och förklara att den i övrigt inte kan leda till bifall för talan.

b) Den andra invändningen: Felaktig rättstillämpning vid bedömningen av omfattningen av företagens samarbete, åsidosättande av principen om likabehandling, principen om skydd för berättigade förväntningar och rätten till försvar samt bristande och motstridig motivering

447. Denna invändning har framförts av RZB och BA-CA.

448. Med förbehåll för vissa särskilda förhållanden i deras respektive situation, har RZB och BA-CA i huvudsak gjort gällande att förstainstansrätten gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning vid sin bedömning avseende deras samarbete med kommissionen under de olika skedena i förfarandet. Förstainstansrätten tillämpade artikel 11 i förordning nr 17 felaktigt och tog inte hänsyn till kommissionens beslutspraxis.

Förstainstansrätten åsidosatte vidare principen om likabehandling, principen om skydd för berättigade förväntningar samt klagandenas rätt till försvar. Slutligen är motiveringen av den överklagade domen bristande och motstridig.

i) RZB:s första argument: Felaktig bedömning av huruvida svaren på begäran om upplysningar varit frivilliga och åsidosättande av rätten till försvar

— Parternas argument

449. RZB har klandrat förstainstansrätten för att den inte ansåg att dess svar på kommissionens begäran om upplysningar var ”frivilliga”, vilket enligt RZB skulle ha medfört en nedsättning av böterna i enlighet med meddelandet om samarbete. På detta sätt godtog förstainstansrätten att kommissionen, vid minsta misstanke avseende möten mellan konkurrenter, skulle kunna sända en mycket vagt formulerad begäran om upplysningar med konsekvenser för de företag som inte svarar. Kommissionen skulle således genom att tillställa företag standardfrågor kunna utöva obeveklig press på dem som tvingade dem att vittna mot sig själva. Ett sådant resonemang strider mot företagens rätt till försvar i enlighet med vad som fastslogs i domen i det ovannämnda målet Orkem mot kommissionen. [161]

450. Kommissionen anser att RZB har bortsett från att kommissionen endast kan ta hänsyn till sådana upplysningar som lämnats till följd av ”frivilligt” samarbete i den mening som avses i meddelandet om samarbete om de underlättar kommissionens uppgift att fastställa och beivra överträdelsen och visar på verkligt samarbete. De upplysningar som RZB lämnat beskrev endast den historiska bakgrunden till Lombardnätverket och vad som avhandlats i mötesgrupperna. Kommissionen hade redan tillgång till denna information och upplysningarna tillförde således inget mervärde. Kommissionen har vidare påpekat att den när den förhörde klagandena redan kände till att samtliga bankprodukter diskuterades i flera mötesgrupper och att dessa ingick i ett nätverk. Omfattningen av överträdelsen och följaktligen föremålet för kommissionens undersökning var således klart avgränsade, bland annat vad gäller vilka företag som deltagit, överträdelsens art och syftet med avtalen. Kommissionen har slutligen angett att frågorna avsåg samtliga mötesgrupper som träffats regelbundet och att företagen inte behövde välja ut eller bedöma vilka möten som kunde utgöra en överträdelse av artikel 81 EG.

161 — Punkt 32 och följande punkter.

— Bedömning

451. Den 21 september 1998 begärde kommissionen i enlighet med artikel 11.1 och 11.2 i förordning nr 17 upplysningar från ett stort antal bankinstitut som misstänktes för att ha deltagit i konkurrensbegränsande avtal eller förfaranden.

452. Omfattningen av begäran om upplysningar som kommissionen tillställde de olika bankerna varierade mellan 30 frågor (BA-CA) och tre frågor (ÖVAG och Bank der Österreichischen Postsparkasse AG) (nedan kallad PSK-B). De frågor som ställdes i den mer detaljerade begäran som bankerna svarat på syftade till att erhålla information om i synnerhet vilka som deltagit i mötesgrupperna (namn, företag, arbetsuppgifter), ingivande av samtliga interna handlingar avseende dessa och en beskrivning av vad som avhandlades på mötena. Begäran om upplysningar innehöll i övrigt frågor av följande slag:

”Ni skall inge samtliga protokoll, anteckningar i akten, korrespondens eller andra handlingar rörande möten, diskussioner eller andra kontakter som ert företag haft med andra österrikiska kreditinstitut inom ramen för nedan angivna mötesgrupper eller andra eventuella mötesgrupper som träffats regelbundet (oavsett om de etablerats före, under eller efter sådana kontakter). Ange tidpunkter för deras möten inklusive första och sista möte, och av deltagarna (namn, företag, arbetsuppgift)” (varefter en förteckning över vissa mötesgrupper följde).

453. Jag anser att denna kritik saknar grund.

454. RZB har enligt min mening blandat ihop sina skyldigheter inom ramen för en begäran om upplysningar som kommissionen upprättar enligt artikel 11 i förordning nr 17 med de förmåner som finns inom ramen för meddelandet om samarbete.

455. De svar som RZB tillhandahållit på kommissionens begäran om upplysningar omfattas av denna institutions undersökningsbefogenhet.

456. Kommissionen har enligt artikel 11.1–5 i förordning nr 17, såsom framgår av domen i det ovannämnda målet Orkem mot kommissionen, rätt att ålägga ett företag, i förekommande fall genom ett beslut, att lämna alla nödvändiga upplysningar om de faktiska omständigheter som det kan ha kännedom om och vid behov att överlämna därtill

hörande handlingar som företaget är i besittning av. [162] Detta gäller även om handlingarna kan användas för att ”fastställa att företaget självt eller ett annat företag har gjort sig skyldigt till konkurrensbegränsande beteende”, under förutsättning att företagets rätt till försvar iakttas. [163] Såsom domstolen angett föreskrivs i förordning nr 17 en skyldighet för ett företag att samarbeta aktivt, vilket innebär att det ska ställa allt informationsunderlag som är relevant för undersökningens syfte till kommissionens förfogande. [164] I förevarande mål handlade RZB således inte inom ramen för ”frivilligt” samarbete under förfarandet som kan omfattas av de situationer som avses i meddelandet om samarbete.

457. I ett sådant fall anser jag att förstainstansrätten hade fog för att inte anse RZB:s samarbete som rent ”frivilligt” och medge RZB nedsättning av böterna i enlighet med meddelandet om samarbete.

458. Jag anser vidare med hänsyn till domstolens rättspraxis att förstainstansrätten inte har åsidosatt RZB:s rätt till försvar.

459. Det är känt att nödvändigheten att säkerställa att rätten till försvar iakttas utgör en grundläggande princip inom gemenskapsrätten, som ska beaktas i administrativa förfaranden som kan leda till påföljder. [165] Såsom domstolen angav i domen i det ovannämnda målet Orkem mot kommissionen, ska denna rättighet iakttas redan under den inledande undersökningen, eftersom den kan vara avgörande för fastställandet av bevis för att ett företag gjort sig skyldigt till rättsstridigt beteende. [166]

460. Domstolen har sökt balansera de krav som är förknippade med att upptäcka och bekämpa konkurrensbegränsande karteller med nödvändigheten att säkerställa iakttagandet av rätten till försvar för de företag som är föremål för kommissionens undersökning.

461. Det förefaller enligt min mening väldigt svårt att finna en sådan balans, vilket framgår av punkt 34 i domen i det ovannämnda målet Orkem mot kommissionen, där domstolen slog fast att ”[ä]ven om kommissionen … har rätt att i samband med en begäran om upplysningar i enlighet med artikel 11.2 och 11.5 i förordning nr 17 ålägga ett företag att lämna alla nödvändiga upplysningar om de faktiska omständigheter som det kan ha kännedom om och vid behov få del av därtill hörande handlingar som företaget är i besitt-

162 — Punkt 34.
163 — *Idem.*
164 — Punkt 27.

165 — Se domstolens dom av den 9 november 1983 i mål 322/81, Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin mot kommissionen (REG 1983, s. 3461; svensk specialutgåva, volym 7, s. 351), punkt 7, i de ovannämnda förenade målen Hoechst mot kommissionen, punkt 15, och domen i det ovannämnda målet Orkem mot kommissionen, punkterna 32 och 33.
166 — Punkt 33.

ning av, *även om dessa kan användas för att fastställa att företaget självt eller ett annat företag har gjort sig skyldigt till konkurrensbegränsande beteende, kan kommissionen likväl inte genom ett beslut om begäran om upplysningar kränka företagets rätt till försvar*". [167] Detta innebär, såsom domstolen angav i punkt 35 i den domen, att "[k]ommissionen … därför inte [kan] tvinga ett företag att tillhandahålla svar genom vilka företaget tvingas erkänna förekomsten av en överträdelse, som det ankommer på kommissionen att bevisa". [168]

462. Av denna rättspraxis, som enligt min mening i vissa avseenden är motsägelsefull, framgår vilka svårigheter domstolen kan ställas inför vid sin kontroll av huruvida företagens rätt till försvar i detta slags förfarande iakttagits.

463. En sådan kontroll ska göras i varje enskilt fall. Frågan gäller särskilt vilka slags upplysningar som kan påvisa företagens konkurrensbegränsande agerande på marknaden.

464. I förevarande mål uppkommer det inte några direkta svårigheter i detta avseende.

465. Domstolen har nämligen redan slagit fast att frågor rörande möten mellan företag som bara går ut på att få fram faktiska upplysningar om förekomsten av mötena, deltagarnas ställning samt handlingar om dessa möten, inte ger anledning till någon kritik. [169]

466. Förstainstansrätten har däremot funnit att en begäran om upplysningar avseende syftet med och förloppet av möten i vilka företag deltagit, eller mötenas resultat eller slutsatser, är oförenlig med företagens rätt till försvar, eftersom ett företag på så sätt kan förpliktas att erkänna att det deltagit i en överträdelse. [170]

467. I förevarande mål angav förstainstansrätten att kommissionens frågor syftade till att erhålla faktiska upplysningar om samtliga mötesgrupper. Det ska erinras om att ett sådant konstaterande inte kan prövas av domstolen inom ramen för ett överklagande.

468. Följaktligen anser jag, med beaktande av ovanstående rättspraxis, att förstainstansrätten hade fog för att i punkterna 541 och 544 i den överklagade domen slå fast att

167 — Min kursivering.

168 — Se även domen i de ovannämnda förenade målen Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen, punkterna 61–65.

169 — Domen i det ovannämnda målet Orkem mot kommissionen, punkt 37.

170 — Se den rättspraxis som nämns i punkt 540 i den överklagade domen och särskilt förstainstansrättens dom av den 20 februari 2001 i mål T-112/98, Mannesmannröhren-Werke mot kommissionen (REG 2001, s. II-729), punkterna 71–73 och där angiven rättspraxis.

kommissionen med sina frågor inte hade åsidosatt RZB:s rätt till försvar.

469. Mot bakgrund av dessa överväganden anser jag att RZB:s första argument att förstainstansrätten gjorde en felaktig bedömning när den inte ansåg att svaren på begäran om upplysningar var av frivillig art inte kan godtas.

ii) Det andra argumentet: Felaktig rättstillämpning vid bedömningen av den gemensamma redogörelsen för de faktiska omständigheterna

— Parternas argument

470. Det andra argumentet har framförts av RZB och BA-CA.

471. Dessa två företag har för det första hävdat att förstainstansrätten gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning när den, i punkt 556 i den överklagade domen, fann att förklaringar avseende de faktiska omständigheterna som rörde konkurrensstridiga förfaranden inte kunde anses som samarbete under förfarandet i den mening som avses i meddelandet om samarbete av den anledningen att företagen använt redogörelsen som ett försvarsmedel. Enligt BA-CA finns det ingen rättsregel enligt vilken en handling som används av parterna som försvarsmedel inte samtidigt kan ge kommissionen värdefulla och användbara upplysningar avseende sakomständigheterna som bidrar till att överträdelsen fastställs.

472. RZB har för det andra gjort gällande att förstainstansrätten gjorde en felaktig bedömning, eftersom kommissionens resonemang strider mot dess egen beslutspraxis. RZB har härvid hänvisat till kapitel II avdelning A punkt 9 a och kapitel IV i 2006 års meddelande om samarbete. [171]

473. BA-CA har för det tredje hävdat att det var fel av förstainstansrätten att anse att kommissionen vid sin bedömning av nyttan av bankernas frivilliga samarbete kunde beakta den omständigheten att de inte i den gemensamma redogörelsen för de faktiska omständigheterna tillhandahållit kommissionen ”samtliga handlingar avseende mötesgrupperna”. BA-CA har anfört att det inte finns någon regel som föreskriver att detta är möjligt. Vidare har BA-CA anfört att den med beaktande av överträdelsens omfattning endast skulle ha kunnat tillhandahålla dessa handlingar successivt.

474. BA-CA har för det fjärde gjort gällande att den överklagade domen är motsägelsefull.

171 — Kommissionens tillkännagivande om immunitet mot böter och nedsättning av böter i kartellärenden (EUT C 298, 2006, s. 17).

Förstainstansrätten medgav nämligen inte BA-CA någon nedsättning av böterna, trots att den gemensamma redogörelsen för de faktiska omständigheterna bidrog till att fastställa överträdelsen.

— Bedömning

475. RZB och BA-CA har i huvudsak klandrat förstainstansrätten för att inte ha riktat kritik mot kommissionens bedömning att bankerna använt den gemensamma redogörelsen för de faktiska omständigheterna som ett försvarsmedel. Jag föreslår att domstolen ska underkänna detta argument då det saknar grund, eftersom det ankommer på kommissionen ensam att bedöma i vilken omfattning företagen ska anses ha samarbetat under förfarandet genom att tillhandahålla en gemensam redogörelse för de faktiska omständigheterna och förstainstansrätten endast har tagit hänsyn till kommissionens utrymme för skönsmässig bedömning på området.

476. Jag föreslår att domstolen inte heller ska godta RZB:s andra argument. Såsom angetts ovan är kommissionen inte bunden av sin tidigare beslutspraxis. RZB kan inte heller med framgång åberopa ordalydelsen i ett meddelande om samarbete som antogs år 2006, det vill säga fyra år efter att det omtvistade beslutet antogs.

477. Vad gäller det tredje argumentet som framförts av BA-CA ska inte heller detta godtas. Förstainstansrätten hade fog för att slå fast att kommissionen, på grundval av sitt utrymme för skönsmässig bedömning på området, vid sin bedömning av nyttan av bankernas samarbete kunde beakta att vad som bifogats den gemensamma redogörelsen för omständigheterna var ofullständigt.

478. Mot bakgrund av dessa omständigheter anser jag att förstainstansrätten inte gjorde sig skyldig till någon felaktig rättstillämpning vid bedömningen avseende klagandenas gemensamma redogörelse för de faktiska omständigheterna och att bedömningen på intet sätt var motsägelsefull.

479. Jag föreslår följaktligen att domstolen inte ska godta någon del av den kritik som RZB och BA-CA framfört i detta avseende.

iii) Det tredje argumentet: Felaktig bedömning avseende RZB:s erkännande av överträdelsens konkurrensbegränsande syfte och åsidosättande av principen om likabehandling

— Parternas argument

480. RZB har klandrat förstainstansrätten för att, i punkt 559 i den överklagade domen, ha bortsett från det särskilda värdet av dess erkännande, trots att kommissionen uttryckligen hänvisade till detta i sin analys. Förstainstansrättens resonemang strider mot dess tidigare avgöranden. Förstainstansrätten fann nämligen i domen i de ovannämnda förenade målen Krupp Thyssen Stainless och Acciai speciali Terni mot kommissionen att kommissionens arbete underlättas av ett företags erkännande av att rättsstridig samverkan har förekommit. Förstainstansrättens bedömning innebär dessutom åsidosättande av principen om likabehandling, eftersom RZB trots sitt erkännande har behandlats på samma sätt som övriga banker. RZB har därför begärt att domstolen ska sätta ned de böter som RZB påförts med åtminstone 10 procent.

481. Kommissionen har gjort gällande att förutsättningarna för en nedsättning på över 10 procent inte var uppfyllda, eftersom kommissionen redan förfogade över de handlingar som krävdes för att fastställa de väsentliga omständigheterna. Kommissionen har understrukit att meddelandet om samarbete utgör en åtgärd för bevisupptagning som är förenad med ekonomiska incitament. Meddelandet utgör inte en åtgärd för att belöna de företag som accepterat att samarbeta med kommissionen. Kommissionen har vidare erinrat om att den förfogar över ett utrymme för skönsmässig bedömning när det gäller frågan om huruvida en upplysning bidragit till att fastställa att en överträdelse begåtts.

— Bedömning

482. Jag anser att även detta argument måste underkännas.

483. Det är riktigt att förstainstansrätten i domen i de ovannämnda målen Krupp Thyssen Stainless och Acciai speciali Terni mot kommissionen, slog fast att ”[k]ommissionens arbete vid undersökningen underlättas … i högre grad av ett erkännande av att samverkan har förekommit än av ett erkännande som endast gäller sakomständigheterna”. [172] Det är fråga om ett principdomskäl som likväl ska tillämpas i varje enskilt fall, vilket förstainstansrätten uttryckligen medgav i punkt 559 i den överklagade domen. Förstainstansrätten tog hänsyn till kommissionens utrymme för skönsmässig bedömning avseende bedömningen av företagens samarbete under förfarandet. Enligt min mening var det således riktigt av förstainstansrätten att finna att det ankommer på kommissionen att i varje enskilt fall bedöma huruvida ett sådant erkännande faktiskt har underlättat dess arbete, utan att förstainstansrätten gjorde sig skyldig till någon felaktig rättstillämpning som med framgång skulle kunna ifrågasättas i ett mål om överklagande.

172 — Punkt 276.

484. Vad därefter gäller argumentet att principen om likabehandling har åsidosatts, eftersom RZB behandlats på samma sätt som övriga banker anser jag att RZB, oaktat dess erkännande, inte kan vinna framgång med detta.

485. Det framgår nämligen av den överklagade domen att RZB:s erkännande inte underlättade kommissionens arbete, vilket är en förutsättning för att medge en nedsättning av böterna. Under dessa omständigheter anser jag att förstainstansrätten hade fog för att anse att kommissionen inte var skyldig att behandla RZB annorlunda än övriga företag genom att i detta avseende tillerkänna förstnämnda företag en ytterligare nedsättning av böterna.

iv) Det fjärde argumentet: Omvänd bevisbörda vad beträffar värdet av RZB:s samarbete och åsidosättande av principen om skydd för berättigade förväntningar

— Parternas argument

486. RZB har klandrat förstainstansrätten för att ha kastat om bevisbördan när den i punkterna 546–551 i den överklagade domen fann att klaganden, för att tillerkännas en nedsättning av böterna med över 10 procent, skulle ha visat att kommissionen inte skulle ha kunnat styrka överträdelsen utan de bevisuppgifter som tillhandahållits. En sådan bedömning står för det första i strid med vad som föreskrivs i avdelning D punkt 2 andra strecksatsen i meddelandet om samarbete och därmed har principen om skydd för berättigade förväntningar åsidosatts. Bedömningen är vidare oförenlig med kommissionens skyldighet att i administrativa förfaranden fastställa de faktiska omständigheterna, gynnsamma lika väl som ogynnsamma.

— Bedömning

487. Jag föreslår att domstolen inte ska godta detta argument. Det förefaller nämligen som om RZB även i detta fall har blandat ihop det förfarande som avses i artikel 11 i förordning nr 17, avseende kommissionens möjlighet att begära upplysningar, med möjligheten för en klagande att medges nedsättning av böterna inom ramen för meddelandet om samarbete.

488. RZB har bestridit förstainstansrättens resonemang i punkt 551 i den överklagade domen. Detta resonemang avser svaren på kommissionens begäran om upplysningar i enlighet med förordning nr 17. RZB kan således inte med framgång göra gällande att meddelandet om samarbete och, *a fortiori*, principen om skydd för berättigade förväntningar, har åsidosatts.

489. RZB kan inte heller hävda att förstainstansrättens bedömning strider mot de processuella regler som är tillämpliga i fråga om bevisbördan och bevisningen.

490. Meddelandet om samarbete utgör en åtgärd för bevisupptagning som möjliggör för kommissionen att erhålla upplysningar avseende en påstådd överträdelse av konkurrensreglerna genom att ge ett ekonomiskt incitament till företagen att samarbeta under förfarandet. Såsom påpekats ovan i punkterna 420 och 422, kan ett företags samarbete med kommissionen inom ramen för en begäran om upplysningar med stöd av artikel 11 i förordning nr 17, endast berättiga till en nedsättning av böterna om upplysningarna som företaget tillhandahåller klart går utöver vad kommissionen kan kräva enligt nämnda bestämmelse. Företagets beteende måste underlätta kommissionens uppgift och möjliggöra för kommissionen att lättare fastställa att det föreligger en överträdelse.

491. Det ankommer visserligen på kommissionen att förebringa bevisning om de överträdelser av artikel 81 EG som den konstaterar.[173] Däremot ankommer det på det företag som begär en nedsättning av böterna att visa att dess samarbete har underlättat för kommissionen att fullgöra sin uppgift.

173 — Se mina överväganden ovan i punkt 128.

492. Förstainstansrätten vände således inte på bevisbördan och lade över den på företagen genom att i punkt 551 i den överklagade domen slå fast att ”sökandena inte har visat att de handlingar de överlämnat till svar på begäran om upplysningar varit nödvändiga för att kommissionen skulle kunna identifiera samtliga väsentliga mötesgrupper och heller inte att de bevis som kommissionen åtkommit genom sina kontroller utan dessa handlingar skulle ha varit otillräckliga som bevis för det väsentliga i överträdelsen och för antagandet av beslutet att ålägga dem böter”.

493. Det fjärde argumentet som RZB framfört saknar således enligt min mening grund.

v) Det femte argumentet: Felaktig rättstillämpning och motstridig motivering inom ramen för förstainstansrättens bedömning avseende värdet av de ytterligare handlingar som BA-CA tillhandahållit

— Parternas argument

494. BA-CA har i huvudsak bestridit förstainstansrättens bedömning avseende värdet av de 33 pärmar med mer än 10 000 sidor handlingar som BA-CA tillställde kommissionen.

495. BA-CA har för det första hävdat att förstainstansrätten underskattade dess samarbete genom att hela tiden höja de krav som ska vara uppfyllda för att en nedsättning av böterna ska medges. BA-CA har särskilt kritiserat förstainstansrättens jämförelse vad gäller värdet av dess handlingar med värdet av den gemensamma redogörelsen för de faktiska omständigheterna.

496. BA-CA har vidare gjort gällande att förstainstansrättens resonemang är motsägelsefullt, eftersom den på grund av den gemensamma redogörelsen för de faktiska omständigheterna, i avsaknad av nya handlingar, vägrade att medge nedsättning av böterna. Detta trots att det styrkts att BA-CA frivilligt överlämnat 10 000 sidor nya handlingar, av vilka en del ostridigt användes inom ramen för det omtvistade beslutet.

497. Kommissionen har invänt att detta argument inte kan tas upp till sakprövning, eftersom det är en upprepning av vad som redan har anförts vid förstainstansrätten. Kommissionen har vidare framhållit att den omständigheten att handlingarna är nya, det vill säga att de inte redan har tillhandahållits, inte i sig är tillräcklig för att de ska anses utgöra ett användbart bidrag i samband med samarbetet.

— Bedömning

498. I punkt 560 i den överklagade domen fann förstainstansrätten att en av de berörda bankernas överlämnande av ytterligare handlingar kunde motivera en ytterligare individuell nedsättning av dess böter endast om detta samarbete verkligen tillfört nya och användbara omständigheter i jämförelse med dem som tillhandahållits inom ramen för den redogörelse av de faktiska omständigheterna som företagen inlämnat gemensamt.

499. Denna bedömning är enligt min mening helt logisk och konsekvent, eftersom värdet av frivilligt samarbete främst av allt beror på vilken relevans de handlingar som tillhandahållits har och huruvida de kan användas för att fastställa att överträdelsen ägt rum.

500. Jag anser inte heller att förstainstansrättens bedömning är motsägelsefull. Tvärtemot vad BA-CA har hävdat vägrade nämligen förstainstansrätten inte att sätta ned klagandenas böter på grund av att den gemensamma redogörelsen för de faktiska omständigheterna inte innehöll några nya uppgifter. Förstainstansrätten fann enbart, såsom framgår av punkterna 552–558 i den överklagade domen, att kommissionen inte gjorde en uppenbar felbedömning genom att inte medge någon ytterligare nedsättning av böterna på grund av att redogörelsen inte underlättat dess arbete.

501. Förstainstansrättens resonemang är helt konsekvent både när det gäller bedömningen avseende den gemensamma redogörelsen för de faktiska omständigheterna och bedömningen av värdet av de ytterligare handlingar som överlämnades av BA-CA. Förstainstansrättens bedömning grundas på ett och samma kriterium, nämligen nyttan för kommissionens arbete och hur relevant den information är som klagandena lämnat.

502. Under dessa omständigheter anser jag att klaganden inte kan rikta någon kritik mot förstainstansrättens bedömning och föreslår att domstolen inte ska godta det femte argumentet.

vi) Det sjätte argumentet: Underlåtenhet att beakta BA-CA:s svar på meddelandet om invändningar

— Parternas argument

503. BA-CA har bestridit förstainstansrättens bedömning i punkt 564 i den överklagade domen, nämligen att kommissionen inte var skyldig att anse att BA-CA:s svar på meddelandet om invändningar utgjorde samarbete. Genom sitt svar tillhandahöll BA-CA nämligen bevis avseende informationsutbytet inom de decentraliserade sektorerna, vilket möjliggjorde för kommissionen att fastställa överträdelsen. Vidare finns det inget som hindrar att ett företag samarbetar efter det att ett meddelande om invändningar har avsänts.

— Bedömning

504. Jag anser att detta argument inte kan tas upp till sakprövning, eftersom BA-CA endast ordagrant har återgett ett argument som BA-CA anförde vid förstainstansrätten. Mot bakgrund av de principer som redogjorts för ovan i punkt 65, kan detta argument således inte prövas av domstolen inom ramen för överklagandet.

505. Mot bakgrund av samtliga omständigheter anser jag att överklagandet, i den del det kan prövas på den andra delgrunden avseende felaktig rättstillämpning vid tillämpningen av meddelandet om samarbete, inte ska bifallas på denna delgrund.

3. Den tredje delgrunden: Åsidosättande av rätten till försvar vad gäller rätten att yttra sig

a) Parternas argument

506. BA-CA har hävdat att förstainstansrätten åsidosatte dess rätt att yttra sig genom att vägra att höra ett vittne, i förevarande fall en tjänsteman inom kommissionen, som skulle ha möjliggjort för gemenskapsdomstolen att bättre bedöma BA-CA:s samarbete under förfarandet genom de handlingar som denne tillhandahållit.

b) Bedömning

507. Jag anser att överklagandet inte kan bifallas på denna delgrund.

508. I punkt 563 i den överklagade domen biföll förstainstansrätten inte denna begäran om bevisupptagning med motiveringen att ”det erbjudna beviset inte [var] direkt relevant för bedömningen av användbarheten hos dessa handlingar”. Förstainstansrätten angav inledningsvis att användningen av handlingar i sig inte visar att tillhandahållandet av dem underlättat kommissionens arbete i sak.

509. Det framgår av fast rättspraxis att förstainstansrätten ensam är behörig att avgöra huruvida det föreligger ett eventuellt behov av att komplettera den information som den har tillgång till i anhängiggjorda mål. Frågan om huruvida dessa upplysningar ska anses ha bevisvärde ingår i förstainstansrättens självständiga bedömning av de faktiska omständigheterna. Denna bedömning omfattas inte av domstolens prövning inom ramen för ett överklagande, om inte parterna gör gällande att förstainstansrätten missuppfattat den bevisning som lagts fram inför den eller den har gjort felaktiga konstateranden utifrån de handlingar som ingetts i målet. [174]

510. Det finns inget i BA-CA:s överklagande som tyder på att så skulle vara fallet i förevarande mål. Mot den bakgrunden anser jag att förstainstansrätten inte kan klandras för att inte ha antagit klagandens erbjudande att tillhandahålla bevis.

511. Jag anser följaktligen att överklagandet inte kan bifallas på den tredje grundens tredje del.

512. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att överklagandet, i den del det kan prövas på den tredje grunden avseende förstainstansrättens bedömning av företagens

174 — Se bland annat beslut av den 12 december 2006 i mål C-129/06 P, Autosalone Ispra mot kommissionen (REG 2006, s. I-131), punkt 22 och där angiven rättspraxis.

samarbete under förfarandet, inte ska bifallas på denna grund.

D — *Den fjärde grunden: Åsidosättande av rätten till försvar vad gäller rätten att yttra sig och av förstainstansrättens motiveringsskyldighet vad gäller bedömningen av yrkandena om nedsättning av böterna*

1. Parternas argument

513. BA-CA har i sitt överklagande kritiserat förstainstansrättens allmänna bedömning vad gäller samtliga yrkanden om nedsättning av böterna. BA-CA har hävdat att denna borde ha getts tillfälle att yttra sig, eftersom förstainstansrätten själv uttalade sig avseende storleken på böterna.

514. Kommissionen har påpekat att övervägandena i punkt 566 i den överklagade domen endast uttrycker förstainstansrättens kompletterande och slutliga bedömning.

2. Bedömning

515. I punkt 566 i den överklagade domen angav förstainstansrätten att ”[m]ed hänsyn till överträdelsens allvar, i förhållande till vilket de böter som kommissionen fastställt ter sig relativt låga, anser förstainstansrätten … inom ramen för sin fria prövningsrätt att sökandenas samarbete i förevarande mål inte motiverar någon ytterligare nedsättning av de böter som ålagts”.

516. I punkt 570 i den överklagade domen påpekade förstainstansrätten vidare att de grunder som klagandena framfört till stöd för yrkandena om nedsättning av böterna inom ramen för förstainstansrättens laglighetsprövning skulle lämnas utan avseende. Förstainstansrätten fann inte heller skäl att med utövande av sin fria prövningsrätt sätta ned böterna av andra skäl.

517. Jag anser inte att förstainstansrätten var skyldig att bereda BA-CA tillfälle att yttra sig innan rätten redogjorde för sina slutsatser. BA-CA kunde nämligen enligt min mening göra sin uppfattning i frågan om fastställande av bötesbeloppet gällande på ett ändamålsenligt sätt.

518. Detta framgår för det första av den argumentation som BA-CA förde vid första-

instansrätten, för det andra av de frågor som förstainstansrätten ställde och slutligen av övervägandena i den överklagade domen.

519. Det ska för det första påpekas att fyra av de sex grunder som BA-CA anförde vid förstainstansrätten åberopades till stöd för en nedsättning av de böter som ålagts företaget. Dessa grunder rörde främst kommissionens bedömning avseende överträdelsens art, huruvida det förelåg några förmildrande omständigheter och BA-CA:s samarbete under förfarandet.

520. För det andra ska det konstateras att förstainstansrätten ställde ett stort antal frågor till BA-CA med begäran om skriftligt svar avseende huruvida det förelåg några förmildrande omständigheter och vad gäller BA-CA:s samarbete under förfarandet.

521. För det tredje undersökte förstainstansrätten i den överklagade domen mycket noggrant och med beaktande av samtliga argument som framförts de omständigheter som är relevanta för att fastställa böterna.

522. Förstainstansrätten undersökte i punkterna 216–571 i den överklagade domen samtliga yrkanden om nedsättning av böterna. Förstainstansrätten bekräftade inledningsvis i punkt 217 och följande punkter i den överklagade domen att riktlinjerna och meddelandet om samarbete var tillämpliga. Därefter bekräftade förstainstansrätten i punkt 315 i domen att klagandenas överträdelse var att klassificera som mycket allvarlig. På grundval av detta uttalade sig förstainstansrätten i punkt 463 i den överklagade domen avseende kommissionens indelning av företagen i kategorier och i punkt 468 i denna dom avseende den höjning av böterna som kommissionen gjort till följd av överträdelsens varaktighet. Därefter ogillade förstainstansrätten, i punkt 511 i den överklagade domen, samtliga invändningar som klagandena anfört avseende kommissionens bedömning av förmildrande omständigheter och, i punkt 565 i den överklagade domen, samtliga grunder avseende felaktig tillämpning av meddelandet om samarbete.

523. Mot denna bakgrund anser jag att BA-CA kunde göra sin uppfattning gällande på ett ändamålsenligt sätt vad gäller samtliga omständigheter som är relevanta för fastställandet av böterna.

524. Jag föreslår följaktligen att domstolen ska lämna överklagandet utan bifall såvitt avser den fjärde grunden.

X — Följderna av att den överklagade domen upphävs

525. Som ovan angetts föreslår jag att domstolen ska upphäva den överklagade domen, eftersom förstainstansrätten i två fall har gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning inom ramen för bedömningen av överträdelsens allvar vid beräkningen av böternas grundbelopp.

526. Jag anser nämligen att förstainstansrätten för det första gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning genom att finna att kommissionen kunde lägga genomförandet av kartellen till grund för sitt konstaterande att överträdelsen hade en konkret påverkan på marknaden. Jag anser vidare att förstainstansrätten gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning och förde ett motstridigt resonemang i den överklagade domens motivering när den fann att kommissionen, då den tillskrev Erste, RZB och ÖVAG marknadsandelarna för bankerna inom deras decentraliserade sektorer, vidtog sanktionsåtgärder mot dessa endast för deras eget uppträdande.

527. Eftersom ärendet enligt min mening är färdigt för avgörande föreslår jag att domstolen, i enlighet med artikel 61 i domstolens stadga, själv slutligt avgör målet såvitt avser dessa båda ogiltighetsgrunder som åberopats vid förstainstansrätten.

A — *Den första grunden: Felaktig bedömning av överträdelsens allvar och böternas grundbelopp med hänsyn till att det inte styrkts att kartellen hade en konkret påverkan på marknaden*

1. Parternas argument

528. I talan om ogiltigförklaring vid förstainstansrätten, bestred samtliga berörda banker kommissionens tillvägagångssätt vid fastställandet av grundbeloppet för böterna.[175] De gjorde gällande att det var felaktigt att klassificera överträdelsen som mycket allvarlig. Klagandena har särskilt klandrat kommissionen för att den i strid med riktlinjerna inte företog någon prövning av överträdelsens konkreta påverkan på de berörda marknaderna och för att den fastställde att kartellen hade påverkat marknaden enbart på grundval av att kartellen hade genomförts, utan att undersöka hur stor påverkan varit. Grundbeloppet för böterna fastställdes följaktligen på ett felaktigt sätt.

175 — Utöver klagandena väckte även Bank für Arbeit und Wirtschaft AG (nedan kallad BAWAG), PSK, Niederösterreichische Landesbank-Hypothekenbank AG (nedan kallad NÖ-Hypo) och Raiffeisenlandesbank Niederösterreich-Wien AG (nedan kallad RLB) talan om ogiltigförklaring vid förstainstansrätten. RLB fusionerades år 1997 med Raiffeisen Wien AG (nedan kallad RBW).

2. Bedömning

529. Jag anser att denna grund ska godtas av nedanstående skäl.

530. Överträdelsen klassificerades i det omtvistade beslutet som mycket allvarlig med beaktande av överträdelsens art, dess geografiska omfattning och att kartellen haft en inverkan på marknaden. Dessa omständigheter beaktades vid klassificeringen av överträdelsen och således vid fastställandet av böternas utgångsbelopp. Detta framgår av ordalydelsen i det omtvistade beslutet.

531. Kommissionen konstaterade i punkt 430 i det omtvistade beslutet att bankmarknaden i förevarande mål verkligen hade påverkats av genomförandet av kartellavtalen, även om den i punkt 436 i beslutet påpekade att det inte var möjligt att exakt kvantifiera inverkan, det vill säga att fastställa vilka villkor och avgifter som bankerna skulle ha tillämpat i avsaknad av något avtal. I punkterna 508–510 i det omtvistade beslutet angav kommissionen de konkreta verkningar av kartellen som beaktades vid fastställandet av böterna. I dessa punkter hänvisas till punkterna 410 och 430–436 i det omtvistade beslutet där det för tillämpningen av artikel 81.1 EG endast redogjordes för på vilket sätt bankerna hade tillämpat avtalen i fråga.

532. I punkt 431 i det omtvistade beslutet hänvisas till konkreta exempel på genomförande av kartellbesluten, såsom sänkningar av utlåningsräntan och ändrad sparränta. I punkt 432 i det omtvistade beslutet anges att bankerna härvid använde sig av de uppgifter de fått vid mötesgrupperna och i punkt 433 i beslutet att bankerna själva bedömde hur deras avtal genomfördes i praktiken. I punkt 434 i det omtvistade beslutet påpekade kommissionen att bankerna inte skulle ha träffats regelbundet och så pass ofta om mötena hade varit resultatlösa. Slutligen angav kommissionen i punkt 435 i det ovannämnda beslutet att den konkurrensbegränsande effekten av utbytet av information om beräkningsmetoder och parametrar måste betraktas som desto mer betydelsefull, eftersom bankernas räntemarginaler är små.

533. Det framgår inte av det omtvistade beslutet att kommissionen försökte att i största möjliga mån undersöka kartellens genomförande separat från dess konkreta påverkan på marknaden. Enligt min mening hänvisade kommissionen inte till någon objektiv ekonomisk faktor i sin bedömning som, i ordets strikta bemärkelse, möjliggör att mäta avtalets faktiska inverkan på den österrikiska marknaden för bankprodukter och banktjänster. Det finns nämligen varken någon hänvisning till den marknadssituation som rådde eller de priser och bankavgifter som tillämpades innan överträdelsen ägde rum eller till situationen och de priser och bankavgifter som tillämpades efter det att den genomförts. Under dessa omständigheter är det svårt att visa i vilken omfattning genomförandet av avtalen konkret har kunnat

påverka marknadsstrukturen och prisnivån som kartellen i fråga syftade till att kontrollera. [176] Vidare är påståendet i punkt 434 i det omtvistade beslutet avseende bankernas regelbundna möten enligt min mening rent hypotetiskt.

534. Mot bakgrund av ovanstående omständigheter anser jag att kommissionen vid beräkningen av böterna inte styrkte att kartellen hade en faktisk inverkan på marknaden för bankprodukter och banktjänster under perioden januari 1995 till juni 1998.

535. Jag ska i det följande bedöma vilken betydelse detta har för kommissionens klassificering av överträdelsen och fastställandet av grundbeloppet.

536. Jag anser för det första att kommissionens felbedömning inte påverkar klassificeringen av överträdelsen som mycket allvarlig.

537. Av skäl som angetts ovan i punkterna 259–261, kan nämligen prissättningsavtal, som de i förevarande mål, redan utifrån sin art utgöra en mycket allvarlig överträdelse, oberoende av deras konkreta påverkan på marknaden och deras geografiska omfattning. Det ska i detta avseende erinras om att sådana avtal ingår bland de exempel som uttryckligen har förklarats vara oförenliga med den gemensamma marknaden i artikel 81.1 a EG. Förutom att sådana avtal allvarligt påverkar konkurrensen medför de nämligen en isolering av marknaden genom att de tvingar parterna att respektera priser, vilket motverkar det huvudsakliga syftet med EG-fördraget att integrera gemenskapsmarknaden.

538. Jag anser inte heller att kommissionen tillmätte kriteriet om överträdelsens faktiska inverkan på marknaden någon avgörande betydelse vid fastställandet av utgångsbeloppet för böterna. Vid bedömningen tog kommissionen nämligen även hänsyn till andra omständigheter, närmare bestämt till att överträdelsen skulle betecknas som mycket allvarlig utifrån dess art (punkterna 506 och 507 i det omtvistade beslutet) och till de berörda företagens förmåga att begränsa konkurrensen (punkterna 515–519 i det omtvistade beslutet).

539. Jag anser följaktligen att kommissionen hade fog för att klassificera överträdelsen som mycket allvarlig.

176 — Punkt 426 i det omtvistade beslutet.

540. Däremot anser jag att kommissionens bedömning av utgångsbeloppet för böterna med stöd av överträdelsens allvar kan ifrågasättas av den omständigheten att kommissionen inte hade styrkt överträdelsens påstådda påverkan på marknaden. Såsom angetts ovan fastställde kommissionen nämligen böternas grundbelopp med utgångspunkt i överträdelsens allvar med beaktande av att överträdelsen, enligt kommissionen, hade verkningar på marknaden, trots att en sådan påverkan inte styrkts för den period som kartellen pågick.

541. Mot denna bakgrund föreslår jag att domstolen ska bifalla överklagandet på denna grund och, med utövande av sin fulla prövningsrätt, ändra utgångsbeloppet för klagandenas böter som kommissionen fastställde i punkt 520 i det omtvistade beslutet.

542. Det är härvid nödvändigt att redogöra för den metod som kommissionen använde för att beräkna böterna.

543. Det framgår av punkterna 515–519 i det omtvistade beslutet att kommissionen viktade bötesbeloppet i riktlinjerna för mycket allvarliga överträdelser på 20 miljoner euro, för att beakta överträdelsens konkreta påverkan på marknaden och varje enskilt företags faktiska ekonomiska förmåga samt för att säkerställa böternas avskräckande verkan. [177]

544. Det framgår härvid av punkt 519 i det omtvistade beslutet att kommissionen delade in företagen i fem kategorier på grundval av tillgängliga uppgifter avseende deras marknadsandelar. Vidare fastställde kommissionen, såsom kommissionen angett i punkt 143 i svarsinlagan, ett riktvärde för varje företagskategori runt vilket de berörda företagens marknadsandelar befann sig. Av punkt 520 i det omtvistade beslutet framgår att kommissionen även fastställde ett fast bötesbelopp för varje företagskategori.

545. Förstainstansrätten fann härvid, i enlighet med rättspraxis, att skillnaderna mellan dessa riktvärden var begripliga och objektivt motiverade vad gäller den första till den fjärde kategorin. [178] Vad gäller den femte kategorin ansåg förstainstansrätten, i punkterna 424–427 i den överklagade domen, att kommissionen genom att placera alla företag med en marknadsandel på mindre än 1 procent i denna kategori inte hade överskridit sitt utrymme för skönsmässig bedömning, trots skillnaden i företagens storlek.

177 — Punkt 1 A första och fjärde styckena i riktlinjerna.

178 — Riktvärdet från andra till fjärde kategorierna motsvarar i varje steg hälften av det för den närmast högre kategorin, och detsamma gäller det till kategorin svarande utgångsbeloppet (se punkt 424 i den överklagade domen).

546. Kommissionen använde sig av följande beräkningsgrund:

	Riktvärde marknadsandelar	**Grundbeloppet för böterna *(miljoner euro)***
Kategori I (GiroCredit/Erste och RZB)	> 22 %	25
Kategori II (BA och CA)	11 %	12,5
Kategori III (Erste före fusionen med GiroCredit, BAWAG och ÖVAG)	5,5 %	6,25
Kategori IV (PSK och PSK B)	2,75 %	3,13
Kategori V (NÖ Hypo och RBW/RLB)	< 1 %	1,25

547. Det är oklart i vilken mån kommissionen beaktade kriteriet om överträdelsens faktiska inverkan på marknaden vid fastställandet av böternas grundbelopp. Det är inte heller känt vilken vikt som lagts vid detta kriterium i jämförelse med de två andra kriterierna avseende företagens ekonomiska styrka och böternas avskräckande verkan. Under dessa omständigheter anser jag att den höjning kommissionen vidtog utgör en odelbar enhet.

548. Vad för det första gäller de företag som ingår i den första kategorin, det vill säga GiroCredit/Erste (efter deras fusion) och RZB, kan det konstateras att grundbeloppet på 20 miljoner euro för mycket allvarliga överträdelser höjdes med 5 miljoner euro med beaktande av dessa tre kriterier. För att upphäva verkningarna av den höjning som felaktigt gjorts med beaktande av kriteriet avseende överträdelsens konkreta påverkan och mot bakgrund av vad som anförts ovan föreslår jag att domstolen sätter ned detta belopp till 20 miljoner euro, det vill säga det belopp som är möjligt att sätta för mycket allvarliga överträdelser.

549. Vad för det andra avser företagen i övriga kategorier, bland annat BA-CA och ÖVAG, ska det konstateras att denna gräns har minskats väsentligt på grund av deras lägre

ekonomiska vikt. Jag föreslår att domstolen ska tillerkänna dem en nedsättning med samma procentsats som jag föreslagit avseende företagen i den första kategorin, det vill säga en nedsättning med en femtedel av grundbeloppet för böterna.

550. Jag föreslår följaktligen att domstolen med beaktande av att överträdelsen saknar en konkret inverkan på marknaden, ska ändra grundbeloppet för de böter som kommissionen påfört Erste, RZB, BA-CA och ÖVAG med stöd av överträdelsens allvar, enligt nedanstående.

	Företag som omfattas av det omtvistade beslutet	**Grundbelopp för böterna med hänsyn till att överträdelsen inte medfört någon konkret inverkan på marknaden *(miljoner euro)***
Kategori I	GiroCredit/Erste (efter fusionen)	20
	RZB	20
Kategori II	BA	10
	CA	10
Kategori III	Erste (EÖ före fusionen med GiroCredit)	5
	ÖVAG	5

B — *Den andra grunden: Felaktig bedömning vad gäller indelningen av Erste, RZB och ÖVAG i kategorier vid bedömningen av överträdelsens allvar samt vid fastställandet av grundbeloppet för böterna*

551. I talan om ogiltigförklaring vid förstainstansrätten gjorde Erste, RZB och ÖVAG gällande att indelningen av dem i kategorier är rättsstridig, eftersom kommissionen tillskrev dem marknadsandelarna för hela deras respektive sektor i egenskap av huvudbanker inom de respektive decentraliserade sektorerna sparkassesektorn, Raiffeisensektorn och folkbankssektorn.

1. Det omtvistade beslutet

552. Kommissionen motiverade i det omtvistade beslutet att huvudbankerna tillskrivits respektive sektors marknadsandel enligt följande:

”(515) Inom ramen för de överträdelser som här klassificerats som särskilt allvarliga möjliggör skalan för de böter som skall fastställas en differentiering enligt de berörda företagens faktiska ekonomiska förmåga att skada konkurrensen i någon större omfattning. Skalan gör det också möjligt att fastställa böterna på en nivå som har en tillräcklig avskräckande verkan. Ett sådant differentierat förfarande är särskilt befogat i föreliggande ärende, eftersom det råder en betydande obalans mellan de företag och företagssammanslutningar som deltagit i överträdelsen vad deras storlek beträffar.

(516) I [det] föreliggande ärendet skall den österrikiska bankmarknadens särdrag undersökas. Det vore sannerligen orealistiskt att begränsa Erstes, RZB:s och ÖVAG:s betydelse inom ramen för nätverket samt deras faktiska förmåga att begränsa konkurrensen till nackdel för konsumenterna till deras egen respektive verksamhet som affärsbank.

(517) Av dokumentationen i ärendet framgår dessutom tydligt att dessa företag – i överensstämmelse med sin ledarroll i den egna gruppen – bidrog väsentligt till nätverkets verksamhet i hela Österrike genom ett intensivt gruppinternt informationsflöde. Dessa ledande banker företrädde inte bara sina egna utan också gruppens intressen, och uppfattades i det avseendet som företrädare för sin egen grupp av de andra kartelldeltagarna. Överenskommelser ägde därför rum inte bara mellan de enskilda instituten, utan också mellan grupperna.

(518) Att bortse från de grupper som stod bakom de ledande instituten – Sparbanksgruppen, Raiffeisen-gruppen och [Folkbanks]gruppen – skulle därför leda till ett felaktigt fastställande av böter som inte tar hänsyn till ekonomiska realiteter och som saknar avskräckande verkan. I själva verket föreligger en tillräcklig avskräckande verkan bara om de ledande finansinstituten i fråga i framtiden inte längre deltar i kartellbeteenden i egenskap av företrädare för sin egen grupp.”

553. Kommissionen förde, i punkt 519 i det omtvistade beslutet, således in GiroCredit/Erste och RZB i den första kategorin och ÖVAG i den tredje kategorin, samt beräknade grundbeloppet för böterna i enlighet därmed.

2. Sammanfattning av parternas argument [179]

554. Erste, Raiffeisen och ÖVAG har för det första gjort gällande att kommissionen gjorde en rättslig felbedömning av villkoren för att ett företags marknadsandelar ska kunna tillskrivas ett annat företag vid fastställandet av böter. De har anfört att den omständigheten att huvudbankerna tillskrevs marknadsandelarna för alla banker inom deras respektive sektor innebar att de tillskrevs samtliga bankers uppträdande. De har hävdat att detta saknar rättsligt stöd och strider mot den personliga arten av ansvaret för överträdelser av konkurrensrätten, eftersom dessa sektorer inte kan anses ha utgjort ekonomiska enheter.

555. Erste och ÖVAG har för det andra gjort gällande att kommissionen åsidosatte deras rätt till försvar och motiveringsskyldigheten. Erste har kritiserat kommissionen för att ha åsidosatt dess rätt till försvar genom att den inte i meddelandet om invändningar redovisade sin avsikt att tillskriva huvudbankerna marknadsandelarna för respektive grupp. Erste och ÖVAG har vidare gjort gällande att varken den påstådda överföringen av information till de regionala och lokala bankerna eller det påstådda företrädarskapet för dessa som huvudbankerna ska ha utövat var omnämnt i meddelandet om invändningar.

556. Erste, RZB och ÖVAG har för det tredje bestridit kommissionens konstateranden av de faktiska omständigheter på grundval av vilka den motiverade att den tillskrev marknadsandelarna, och har gjort gällande att kommissionen felbedömde dessa omständigheter. Klagandena har i huvudsak anfört att kommissionen felbedömde det ekonomiska och juridiska oberoendet hos de regionala och lokala bankerna, och har understrukit att de inte kan instruera företagen inom sina sektorer.

179 — Jag hänvisar till redogörelsen för parternas argument i punkterna 339–354 i den överklagade domen.

557. Vad gäller informationsutbytet mellan huvudbanker och de regionala och lokala bankerna har RZB medgett att ett sådant utbyte skett inom dess sektor, men företaget har bestridit att de interna mekanismerna för information och företrädarskap utformats särskilt för att genomföra överenskommelserna.

558. Erste och RZB har vidare bestridit vad som anförts i framför allt punkterna 61 och 517 i det omtvistade beslutet om att de varit ”företrädare” inom sina decentraliserade sektorer eller att de ansetts vara det av de övriga bankerna. Erste har slutligen gjort gällande att kommissionen inte kunde tillskriva de regionala mötesgrupperna det inflytande som mötesgrupperna i Wien påstått ha haft för att motivera det omtvistade tillskrivandet.

559. Kommissionen har framför allt gjort gällande att det ska skiljas mellan att tillskriva ett företag ett annat företags uppträdande och att klassificera företagen i kategorier för att bestämma grundbeloppet för fastställande av böter. Kommissionen beslutade endast om sanktionsåtgärder för var och en av huvudbankerna för deras eget uppträdande, det vill säga deras bidrag till att kartellen fungerat inom hela det österrikiska territoriet genom överföring av information avsedd för företag inom deras decentraliserade sektorer eller tillhörande dessa. Enligt kommissionen är vad klagandena anfört om frånvaron av ekonomiska enheter och bestämmelserna om företagssammanslutningar irrelevant. Enligt kommissionen motiveras beaktandet av marknadsandelar utifrån riktlinjerna av nödvändigheten att beakta huvudbankernas möjligheter att skada konkurrensen. Slutligen har kommissionen gjort gällande att huvudbankerna tillsammans med bankerna inom sina grupper utgjorde enheter som utövade en gemensam ekonomisk aktivitet och därmed motsvarade ekonomiska enheter.

3. Bedömning

560. Jag anser att den första invändningen som Erste, RZB och ÖVAG anfört är välgrundad.

561. Jag anser nämligen att kommissionen inte kunde beräkna böterna som den avsåg påföra företagen, i egenskap av huvudbanker, genom att tillskriva dessa marknadsandelarna för bankerna inom deras decentraliserade sektorer, när den inte tillskrivit dem ansvaret för de sistnämnda bankernas rättsstridiga beteende.

562. Kommissionen kan i enlighet med punkt 1 A fjärde stycket i riktlinjerna endast beakta ”de överträdande företagens ekonomiska kapacitet” vid fastställandet av böternas grundbelopp.

563. Det framgår av det omtvistade beslutet att kommissionen, med undantag för RLB som är en av åtta regionala banker inom Raiffeisensektorn, inte inlett något förfarande med stöd av artikel 81.1 EG mot bankerna inom de decentraliserade sektorerna.

564. Det framgår vidare av det omtvistade beslutet att kommissionen inte hade för avsikt att tillskriva huvudbankerna ansvaret för de överträdelser som bankerna inom de decentraliserade sektorerna kunde ha gjort sig skyldiga till.

565. Det omtvistade beslutet har nämligen riktats till Erste, RZB och ÖVAG, enbart i egenskap av huvudbanker. Det har inte riktats till dem i egenskap av företrädare för bankerna inom deras decentraliserade sektorer, som handlat i sistnämndas namn och för deras räkning.

566. Detta framgår klart av lydelsen i punkt 9 i det omtvistade beslutet där det redogörs för de kreditinstitut som beslutet riktar sig till:

”b) [Erste]

Sedan koncentrationen med sparkassornas GiroCredit Bank Aktiengesellschaft den 4 oktober 1997, *är Erste huvudbank för Sparkassekoncernen* [inom Sparkassegruppen finns särskilda förbindelser som ger gruppen dess *koncernliknande struktur*. Som huvudbank har Erste förpliktelser gentemot de anslutna sparkassorna, såsom olika tjänster och att utföra sina uppgifter i sparkassornas intresse. Detta bildar ett finmaskigt nät av rättigheter och förpliktelser], som består av runt 70 sparkassor. … Erste och Sparkassekoncernens marknadsandel är cirka 30 [procent]. [Erste själv har en marknadsandel på närmare sju procent]. …

c) [RZB]

RZB är huvudbank för österrikiska Raiffeisenbankkoncernen. Koncernen är organiserad i tre nivåer. [Den första nivån omfattar cirka 615 juridiskt självständiga lokala Raiffeisenbanker. På den andra nivån motsvarande de österrikiska delstaterna finns åtta regionala Raiffeisenbanker (’RLB’). RZB utgör den tredje nivån, som ägs till över 80 procent av RLB. *Raiffeisenbankerna är självständiga enheter i juridisk mening och styrs inte av RLB och/eller RZB.*] Raiffeisenbankkoncernen har en marknadsandel på cirka 22 [procent] … Vid sidan om sin uppgift

som representant för Raiffeisenbankkoncernen, bedriver RZB även själv bankverksamhet med tyngdpunkt på utlandsaffärer och storkunder. [RZB:s egen marknadsandel motsvarar närmare två procent.]

h) [RLB]

…

1997 fusionerade [RBW] med sin huvudkoncernpartner RLB [dessförinnan bedrev RLB egen verksamhet endast i begränsad omfattning]. RLB/RBW:s verksamhetsområde är begränsat till huvudstaden Wien, med en marknadsandel på runt [fem procent].” [180]

f) [ÖVAG]

ÖVAG är huvudbank inom [Folkbankskoncernen], som är organiserad i två nivåer och består av runt 60 självständiga [folkbanker] på den första nivån. [Folkbankerna] har ett nära samarbete inom viktiga områden …[Folkbankskoncernen] har en marknadsandel på cirka [sju procent] [ÖVAG själv har en marknadsandel på mindre än en procent].

567. Denna redogörelse är upplysande när det gäller vilka enheter som kommissionen avsåg att omfatta med förfarandet enligt artikel 81.1 EG. Med hjälp av redogörelsen är det lättare att förstå bankgruppernas struktur och därav framgår mycket klart att vissa banker inom de decentraliserade sektorerna, i förevarande fall bankerna inom Raiffeisensektorn, ”är … självständiga enheter i juridisk mening och styrs inte av RLB och[/]eller RZB”. [181]

180 — Min kursivering.

181 — Punkt 9 c i det omtvistade beslutet, som citeras i föregående punkt.

…

568. Det framgår inte av denna redogörelse, och inte heller av de omständigheter som anförts i kommissionens följande bedömning, att huvudbankerna utgjorde en ekonomisk enhet tillsammans med bankerna inom deras decentraliserade sektorer eller att de mot bakgrund av sin roll inom bankgrupperna hade möjlighet att binda dem till överenskommelserna. [182]

569. Detta framgår ännu tydligare av den omständigheten att kommissionen inledde ett förfarande enskilt mot RLB, det vill säga en av de regionala bankerna i Raiffeisensektorn, för dess deltagande i Lombardnätverket och påförde detta företag böter som beräknats utifrån dess egen marknadsandel. När det gäller Raiffeisensektorn inledde kommissionen således ett särskilt förfarande mot RLB, en bank inom den andra nivån som är verksam regionalt, och mot RZB, en bank inom den tredje nivån som är verksam centralt.

570. Under dessa omständigheter kunde kommissionen enligt min mening inte beakta den faktiska ekonomiska kapaciteten hos bankerna inom de decentraliserade sektorerna och än mindre tillskriva huvudbankerna, som bedömdes för sitt eget agerande, denna kapacitet.

571. Den omständigheten, som kommissionen anfört i punkt 517 i det omtvistade beslutet, att Erste, RZB och ÖVAG i egenskap av huvudbanker bidrog väsentligt till nätverkets verksamhet genom ett intensivt gruppinternt informationsflöde, utgjorde inte ett tillräckligt skäl, eller ens ett kriterium, för kommissionen att tillskriva dem marknadsandelarna för hela gruppen.

572. Det måste nämligen finnas ett logiskt och konsekvent samband mellan tillskrivandet av ansvaret för en överträdelse och fastställandet av den sanktionsåtgärd som ska vidtas. Tvärtemot vad kommissionen har hävdat är det inte fråga om två separata förfaranden som ska genomföras på grundval av olika kriterier. Det ena förutsätter det andra och bötesbeloppet kan enbart fastställas utifrån omständigheter som åberopats mot den som har begått överträdelsen, liksom de som i förevarande fall har angetts i artikel 1 i det omtvistade beslutet. Kommissionen har i förevarande mål inte visat att det informationsutbyte ägt rum som skulle ha kunnat äga rum mellan huvudbankerna och bankerna inom deras decentraliserade sektorer och den har inte ens bedömt detta utbyte med avseende på artikel 81.1 EG. Genom att beakta detta informationsutbyte vid beräkningen av böterna, ändrade kommissionen inte enbart arten av den överträdelse som klagandena klandrats för utan förvärrade även deras situation.

182 — Se punkterna 58–62, 358–361 och 516–518 i det omtvistade beslutet.

573. Det är uppenbart att ett sådant resonemang saknar rättslig grund.

574. Resonemanget är dessutom motsägelsefullt. Det ska nämligen erinras om att kommissionen inledde ett enskilt förfarande mot RLB som bara är en av de regionala bankerna i Raiffeisensektorn. Som framgår av punkt 519 i det omtvistade beslutet placerades RLB i den femte kategorin med hänsyn till dess marknadsandel. Kommissionen tog således hänsyn till detta företags marknadsandelar två gånger. För det första då RZB tillskrevs marknadsandelen för hela Raiffeisensektorn och därefter vid indelningen av RLB i en kategori.

575. Med beaktande av ovanstående anser jag således att kommissionen inte hade fog för att tillskriva Erste, RZB och ÖVAG marknadsandelarna för bankerna i de decentraliserade sektorerna vid indelningen av dem i kategorier. Således kan sanktionsåtgärder vidtas mot Erste, RZB och ÖVAG endast på grund av deras deltagande i kartellen i egenskap av affärsbanker och inte som huvudbanker för sina decentraliserade sektorer.

576. Jag anser således att det inte var befogat att placera Erste och RZB i den första kategorin och ÖVAG i den tredje kategorin. Kommissionen påförde följaktligen dessa företag felaktiga böter.

577. Mot denna bakgrund föreslår jag att domstolen ska bifalla överklagandet på de grunder som dessa tre företag åberopade vid förstainstansrätten avseende felaktig bedömning vad gäller indelningen av dem i kategorier vid fastställandet av grundbeloppet för böterna. Jag föreslår även att domstolen ska ogiltigförklara artikel 3 i det omtvistade beslutet, eftersom kommissionen beräknade det bötesbelopp som påfördes Erste, RZB och ÖVAG på grundval av ett felaktigt bedömningskriterium.

578. Det ankommer därmed på domstolen att bedöma i vilken kategori vart och ett av dessa tre företag ska placeras och att, i förekommande fall, inom ramen för sin fulla prövningsrätt, ändra grundbeloppet för de böter som dessa påförts.

579. Beräkningen ska härvid grundas på kommissionens analysmetod. Vidare ska den

korrigering som jag föreslagit med hänsyn till att det inte visats att kartellen haft någon konkret påverkan på marknaden beaktas.

580. Vad gäller kommissionens analysmetod ska det erinras om att den delade in bankerna och bankgrupperna i fem kategorier utifrån de uppgifter som fanns tillgängliga avseende deras marknadsandelar. Som framgår av tabellen ovan i punkt 546 fastställde kommissionen även riktvärden runt vilka de berörda företagens marknadsandelar befann sig samt ett fast bötesbelopp för varje företagskategori.

581. De berörda företagens marknadsandelar har i de flesta fall angetts genom en hänvisning i fotnot 17 i det omtvistade beslutet. Marknadsandelarna avser verksamheten mot privat- och företagskunder (såväl in- som utlåning). De härrör från kommissionens beslut i fråga om bankkoncentrationer, [183] från årsredovisningar, publikationer och andra offentliga källor. Det framgår av kommissionens svarsinlaga att dessa uppgifter avser åren 1997–1999.

582. Däremot anges det inte i det omtvistade beslutet vilken marknadsandel nätet av sparkassor hade före fusionen med Erste eller vilken egen marknadsandel GiroCredit hade före denna transaktion. Det framgår emellertid av punkt 145 i kommissionens svarsinlaga att den uppskattat den förstnämnda marknadsandelen till 23 procent. Kommissionens svar på förstainstansrättens fråga 12 b visar dessutom att GiroCredits egen marknadsandel uppskattades till 4,8 procent på grundval av uppgifter i kommissionens beslut av den 11 mars 1997 i Ärende IV/M.873 – Bank Austria/Creditanstalt [184].

183 — Se kommissionens beslut av den 7 november 2000 i Ärende COMP/M.2140 – BAWAG/PSK, punkt 9, av den 14 november 2000 i Ärende COMP/M.2125 – HypoVereinsbank/Bank Austria, punkt 21, och av den 2 juli 2001 i Ärende COMP/M.2402 – Creditanstalt/RZB/JV, punkt 15. Dessa beslut har offentliggjorts på webbplatsen http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/cases.

184 — Detta beslut finns också tillgängligt på webbplatsen http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/cases.

583. I nedanstående tabell redovisas de uppgifter som finns tillgängliga i detta skede av bedömningen: [185]

	Marknadsandel	**Kommissionens bedömning**			**Korrigering nr 1**
		Beaktad marknadsandel	Kategori	Böter	Böter i avsaknad av konkret påverkan
Erste/GiroCredit *(efter fusionen)*	Sparkassegruppen, inklusive Erste efter fusionen: 30 % – Erste: 7 % Sparkassegruppen, före fusionen, inklusive GiroCredit: 23 % – GiroCredit: 4,8 %	30 %	I	25	20

185 — Böterna är angivna i miljoner euro.

RZB	Raiffeisen-gruppen: 22 % – RZB: 2 %	22 %	I	25	20
Erste *(EÖ före fusionen)*	7 %	7 %	III	6,25	5
ÖVAG	Folkbanks-gruppen: 7 % – ÖVAG: 1 %	7 %	III	6,25	5

584. Det ska nu göras en ny indelning av klagandena i kategorier med beaktande av deras egna marknadsandelar (korrigering nr 2).

585. När det gäller Erste/GiroCredit anser jag att Erste, i egenskap av affärsbank och inte såsom huvudbank för sparkassesektorn, till följd av sitt förvärv av GiroCredit i oktober 1997, blev ansvarig för den överträdelse som GiroCredit begått sedan den 1 januari 1995. Således ska Erstes och GiroCredits egna marknadsandelar beaktas, vilka totalt uppgår till 11,8 procent.

586. Jag anser följaktligen att Erste/GiroCredit efter fusionen omfattas av den andra kategorin. Kommissionen fastställde för denna kategori ett grundbelopp för böterna på 12,5 miljoner euro, som enligt ovan har korrigerats och satts ned till 10 miljoner euro.

587. Vad gäller RZB och ÖVAG uppgår deras marknadsandelar till 2 respektive 1 procent. Dessa företag ska enligt min mening placeras i den fjärde kategorin. Kommissionen fastställde ett grundbelopp för böterna för denna kategori till 3,13 miljoner euro, som enligt ovan har korrigerats och satts ned till 2,5 miljoner euro med hänsyn till att det inte styrkts att kartellen haft en konkret inverkan på marknaden.

588. I nedanstående tabell har en ny indelning gjorts av Erste, RZB och ÖVAG i kategorier och det grundbelopp för böterna satts ut som jag anser ska påföras dessa i enlighet med överträdelsens allvar.

	Marknadsandel enligt det omtvistade beslutet	**Korrigering nr 2**		
		Marknadsandel som ska beaktas	Kategori	Grundbelopp för böterna utifrån överträdelsens allvar *(miljoner euro)*
Erste/Giro-Credit (efter fusionen)	Erste: 7 % Giro-Credit: 4,8 %	11,8 %	II	10
Erste (EÖ före fusionen)	7 %	7 %	III	5
RZB	2 %	2 %	IV	2,5
ÖVAG	1 %	1 %	IV	2,5

589. Jag ska nu fastställa det slutliga bötesbeloppet som ska påföras samtliga klagande, först och främst med hänsyn till den höjning som kommissionen fastställt till följd av överträdelsens varaktighet.

590. Kommissionen ökade i detta avseende samtliga grundbelopp som fastställts utifrån överträdelsens allvar med 35 procent, med undantag för det avseende Erste före dess fusion med GiroCredit (EÖ). I fråga om detta

företag höjde kommissionen endast böterna med 30 procent, eftersom den i egenskap av affärsbank endast deltagit i överträdelsen under tre år. [186]

591. För det andra ska den omständigheten beaktas att kommissionen trots att den inte ansåg att det förelåg några förmildrande eller försvårande omständigheter, [187] medgav en nedsättning på 10 procent av böterna för samtliga företag som det omtvistade beslutet riktades till med tillämpning av meddelandet om samarbete. [188]

	Grundbelopp för böterna utifrån överträdelsens allvar ***(miljoner euro)***	**Grundbelopp för böterna utifrån överträdelsens allvar och varaktighet** ***(miljoner euro)***	**Bötesbelopp med hänsyn till företagens samarbete** ***(miljoner euro)***
BA	10	13,5	12,15
Erste/GiroCredit (efter fusionen)	10	13,5	12,15
CA	10	13,5	12,15
Erste (EÖ före fusionen)	5	6,5	5,85
RZB	2,5	3,375	3,037
ÖVAG	2,5	3,375	3,037

592. Mot bakgrund av vad ovan anförts föreslår jag att domstolen ska fastställa de slutliga bötesbeloppen som ska påföras BA-CA, Erste, RZB och ÖVAG enligt följande:

— BA-CA: 24 300 000 euro.

— Erste: 18 000 000 euro.

— RZB: 3 037 000 euro.

186 — Punkterna 521 och 522 i det omtvistade beslutet.

187 — Punkterna 525–542 i det omtvistade beslutet.

188 — Punkterna 543–559 i det omtvistade beslutet.

— ÖVAG: 3 037 000 euro.

596. Det ska beaktas att klagandena i förevarande mål till största delen har tappat målet.

XI — Rättegångskostnader

593. Enligt artikel 122 första stycket i rättegångsreglerna ska domstolen besluta om rättegångskostnaderna när den i ett överklagande avgör målet själv.

594. Enligt ordalydelsen i artikel 69.2 första stycket i rättegångsreglerna, som enligt artikel 118 i dessa regler ska tillämpas i mål om överklagande, ska tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna om detta har yrkats.

595. Enligt artikel 69.3 första stycket i rättegångsreglerna kan domstolen emellertid besluta att kostnaderna ska delas eller att vardera parten ska bära sin kostnad om parterna ömsom tappar målet på en eller flera punkter, eller om särskilda omständigheter motiverar det.

597. De grunder som klagandena anfört för ogiltigförklaring av det omtvistade beslutet i dess helhet kan nämligen enligt min mening inte godtas. Jag anser att klagandena verkligen har gjort sig skyldiga till en överträdelse av artikel 81.1 EG såsom kommissionen fastställde i artikel 1 i det ovannämnda beslutet. De ogiltighetsgrunder som klagandena åberopat till stöd för yrkandet om nedsättning av grundbeloppet för de böter som kommissionen fastställt i artikel 3 i det omtvistade beslutet innebär enligt min bedömning att den överklagade domen ska upphävas och att artikel 3 i det omtvistade beslutet ska ogiltigförklaras. Grundbeloppet för böterna har emellertid endast ändrats med hänsyn till två bedömningskriterier.

598. Bötesbeloppet har ändrats för de fyra klagandena med beaktande av att det inte visats att kartellen haft en konkret inverkan på

marknaden. Vidare har Erste, RZB och ÖVAG medgetts en ytterligare nedsättning med hänsyn till de fel som kommissionen begick när den delade in dessa i kategorier vid bedömningen av överträdelsens allvar.

599. Jag föreslår med beaktande av ovanstående att domstolen ska förplikta BA-CA att bära sin rättegångskostnad samt att ersätta 80 procent av kommissionens rättegångskostnad.

600. Vad gäller Erste, RZB och ÖVAG föreslår jag att domstolen ska förplikta dem att bära sina egna rättegångskostnader samt att ersätta 70 procent av kommissionens rättegångskostnad.

XII — Förslag till avgörande

601. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen avgör målet på följande sätt:

1) Den dom som Europeiska gemenskapernas förstainstansrätt meddelade den 14 december 2006 i de förenade målen T-259/02–T-264/02 och T-271/02, Raiffeisen Zentralbank Österreich m.fl. mot kommissionen, upphävs i den del

— domen är behäftad med ett rättsligt fel, eftersom Europeiska gemenskapernas förstainstansrätt fann att Europeiska gemenskapernas kommission, vid bedömningen av överträdelsens allvar och beräkningen av böternas grundbelopp, hade fog för att av den enda omständigheten att överenskommelsen hade genomförts, sluta sig till att överträdelsen haft en konkret påverkan på marknaden,

— domen är behäftad med ett rättsligt fel och innehåller en motstridig motivering, eftersom Europeiska gemenskapernas förstainstansrätt fann att Europeiska gemenskapernas kommission, vid bedömningen av överträdelsens allvar och beräkningen av böternas grundbelopp, kunde tillskriva Erste Bank der österreichischen Sparkassen AG, Raiffeisen Zentralbank Österreich AG och Österreichische Volksbanken AG marknadsandelarna för bankerna inom deras decentraliserade sektorer, trots att den inte tillskrivit dessa banker de sistnämnda bankernas rättsstridiga beteende.

2) Överklagandena ogillas i övrigt.

3) Den talan som väckts vid Europeiska gemenskapernas förstainstansrätt om ogiltigförklaring av kommissionens beslut 2004/138/EG av den 11 juni 2002 i ett förfarande i enlighet med artikel 81 i EG-fördraget (ärende COMP/36.571/D-1 – Österrikiska banker ”Lombardklubben”) bifalls i den del:

— Erste Bank der österreichischen Sparkassen AG, Raiffeisen Zentralbank Österreich AG, Bank Austria Creditanstalt AG och Österreichische Volksbanken AG har yrkat att artikel 3 i beslut 2004/138 ska ogiltigförklaras, eftersom Europeiska gemenskapernas kommission inte vid bedömningen av överträdelsens allvar styrkt att överträdelsen haft en konkret inverkan på marknaden och eftersom kommissionen gjorde en felaktig bedömning av det härtill hänförliga bötesbeloppet.

— Erste Bank der österreichischen Sparkassen AG, Raiffeisen Zentralbank Österreich AG och Österreichische Volksbanken AG har yrkat att artikel 3 i beslut 2004/138 ogiltigförklaras, eftersom Europeiska gemenskapernas kommission vid bedömningen av överträdelsens allvar och beräkningen av

böternas grundbelopp tillskrev dem marknadsandelarna för bankerna inom deras decentraliserade sektorer.

4) De bötesbelopp som fastställts i artikel 3 i beslut 2004/138/EG ändras enligt följande:

— I mål C-125/07 P sätts det bötesbelopp som har påförts Erste Bank der österreichischen Sparkassen AG ned till 18 000 000 euro.

— I mål C-133/07 P sätts det bötesbelopp som har påförts Raiffeisen Zentralbank Österreich AG ned till 3 037 000 euro.

— I mål C-135/07 P sätts det bötesbelopp som har påförts Bank Austria Creditanstalt AG ned till 24 300 000 euro.

— I mål C-137/07 P sätts det bötesbelopp som har påförts Österreichische Volksbanken AG ned till 3 037 000 euro.

5) I målen C-125/07 P, C-133/07 P och C-137/07 P ska Erste Bank der österreichischen Sparkassen AG, Raiffeisen Zentralbank Österreich AG och Österreichische Volksbanken AG bära sina egna rättegångskostnader samt ersätta

70 procent av rättegångskostnaden för Europeiska gemenskapernas kommission. Kommissionen ska bära 30 procent av sin rättegångskostnad.

6) I mål C-135/07 P ska Bank Austria Creditanstalt AG bära sin rättegångskostnad och ersätta 80 procent av rättegångskostnaderna för Europeiska gemenskapernas kommission. Kommissionen ska bära 20 procent av sin rättegångskostnad.