FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

föredraget den 11 februari 2003 [1]

Innehållsförteckning

I — Bakgrund ..... I - 231

II — Förfarandet vid förstainstansrätten och den överklagade domen ..... I - 234

III — Förfarandet vid domstolen ..... I - 238

IV — Överklagandet ..... I - 238

1 — Grunder för att upphäva domen och ogiltigförklara beslutet ..... I - 238

A — Processuella grunder ..... I - 238

1) Rätten att ta del av samtliga handlingar under det administrativa förfarandet (den första grunden) ..... I - 238

a) Rätten till insyn i akten och följderna av ett åsidosättande av denna rätt (den första grundens första del) ..... I - 239

i) Parternas inställning ..... I - 239

ii) Legitimiteten i de åtgärder för processledning som beslutades av förstainstansrätten ..... I - 240

b) Påståendet att förstainstansrättens bedömning var felaktig, godtycklig och ogrundad (den första grundens andra del) .. I - 245

i) Parternas inställning ..... I - 245

ii) De så kallade "direkta bevisen (till bolagets nackdel)" och värderingen av dessa ..... I - 246

1 — Originalspråk: spanska.

iii) Det rimliga i det kriterium som användes av förstainstansrätten för att bedöma bevisningen till bolagets fördel I - 247

iv) Förstainstansrättens iakttagande av sitt eget prövningskriterium. De bevis till bolagets nackdel som förblev otillgängliga ..... I - 249

2) Rätten till försvar och den omständigheten att kommissionen inte längre gjorde gällande de "nationella anmärkningarna" (den andra grunden) ..... I - 250

a) Hindret för att yttra sig över de nationella anmärkningarna under det administrativa förfarandet till följd av att dessa anmärkningar inte längre gjordes gällande ..... I - 251

b) Den påstådda motsättningen mellan den omständigheten att de nationella anmärkningarna inte längre gjordes gällande och beslutet ..... I - 252

B — Materiella grunder. Avtalet "om de kontrakt och överenskommelser som ingicks" med Calcestruzzi (den tredje grunden). Principen ne bis in idem ..... I - 254

2) Grunder för en ogiltigförklaring eller nedsättning av böterna ..... I - 259

A — Böterna har inte ändrats trots att beslutet delvis har ogiltigförklarats (den sjunde grunden) ..... I - 259

B — Otillräcklig motivering angående allvaret i den överträdelse som tillskrevs Italcementi (den åttonde grunden) ..... I - 262

C — Felaktig bedömning av hur länge den överträdelse som tillskrevs Italcementi varade (den nionde grunden) ..... I - 265

V — Rättegångskostnader ..... I - 266

VI — Förslag till avgörande ..... I - 266

I — Bakgrund

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

2. Den överklagade domen omfattar, i för detta överklagande relevanta delar, följande faktiska omständigheter:

— Under perioden april 1989—juli 1990 genomförde kommissionens tjänstegrenar, med stöd av artikel 14.2 och

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

artikel 14.3 i rådets förordning nr 17 av den 6 februari 1962 Första förordningen om tillämpning av fördragets artiklar 85 och 86 (nu artiklarna 81 EG och 82 EG),[3] inspektionsbesök hos olika europeiska cementproducenter och branschorganisationer inom sektorn. Till följd av dessa kontroller beslutade kommissionen den 12 november 1991 att inleda ett administrativt sanktionsförfarande[4] mot Italcementi och andra företag inom sektorn.[5]

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

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

— I beslut 94/815/EG, av den 30 november 1994 (nedan kallat beslutet),[8] klandrade kommissionen Italcementi för följande konkurrensbegränsande beteenden, som i samtliga fall stred mot artikel 85.1 i fördraget:[9]

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

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

4 — Ärende IV/33.126 och 33.322 — Cement.

5 — Punkterna 2 och 3 i den överklagade domen.

6 — Punkterna 3, 9 och 12 i domen.

7 — Punkterna 4–6 i domen.

8 — EGT L 343, s. 1.

9 — Punkt 22 i domen.

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

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

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

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

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

5) Att från och med den 9 juni 1986 till och med den 26 mars 1993 ha deltagit i ett avtal om att bilda Joint Trading Company, Interciment S. A., för att genomföra åtgärder i syfte att övertyga eller avskräcka dem som hotade stabiliteten på marknaderna i medlemsländerna (artikel 4.2).

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

7) Att från och med den 3 april 1987 till och med den 3 april 1992 ha deltagit i ett avtal om de kontrakt och överenskommelser vilka ingicks den 3 respektive den 15 april 1987, som syftade till att förhindra att Calcestruzzi importerade cement från Grekland (artikel 4.3 b).

8) Att från och med den 14 mars 1984 till och med den 22 september 1989 — inom ramen för European

Cement Export Commitee — ha deltagit i ett samordnat förfarande som avsåg ett utbyte av upplysningar om tillgångs- och efterfrågesituationen i importerande tredje länder, exportpriser, importsituationen i medlemsstaterna samt om tillgångs- och efterfrågesituationen på de interna marknaderna, och som syftade till att hindra konkurrenter från att tränga in på respektive nationella marknader inom gemenskapen (artikel 5).

9) Att från och med den 6 maj 1982 till och med den 26 maj 1988 inom ramen för White Cement Commitee a) ha deltagit i det samordnade förfarandet och avtalet om respekt för hemmamarknadsprincipen, i b) det fortlöpande samordnade förfarandet om kanalisering av produktionsöverskott till export till tredje länder och i c) ett fortlöpande samordnat förfarande om utbyte av detaljerade upplysningar om de enskilda företagens produktionskapacitet, produktion, inhemsk försäljning och export, inhemska priser för vit respektive grå cement och exportpriser (artikel 7).

— Kommissionen anmodade Italcementi att upphöra med de beskrivna överträdelserna och, på marknaderna för vit och grå cement, i framtiden avstå från varje form av avtal eller samordnat förfarande som strider mot den fria konkurrensen (artikel 8), och ålade företaget två bötesbelopp om 32 492 000 ecu respektive 1 088 000 ecu. På bötesbeloppen utgick ränta från utgången av betalningsfristen på tre månader från delgivningen av beslutet (artiklarna 9–11).

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

II — Förfarandet vid förstainstansrätten och den överklagade domen

4. Italcementi yrkade i sin ansökan i första hand att beslutet helt eller delvis skulle ogiltigförklaras i de delar det avser bolaget. I andra hand yrkade Italcementi att de böter som bolaget ålagts skulle upphävas eller nedsättas. Det yrkade även att kommissionens beslut av den 23 september 1993 skulle ogiltigförklaras till den del däri beslutades att förfarandet avseende tolv tyska företag och sex spanska företag, rörande anmärkningarna angående den internationella delen av meddelandet om anmärkningar, var avslutat. I alla händelser yrkade Italcementi att kommissionen skulle förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

12 — Ciments Luxembourgeois S.A.

13 — Punkterna 169 och 170 i domen.

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

"— Artikel 1 i beslut 94/815 ogiltigförklaras i den mån som det däri fastställs att sökanden deltog i överträdelsen i fråga före den 19 mars 1984 och efter den 3 april 1992.

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

— Artikel 2.2 i beslut 94/815 ogiltigförklaras vad avser sökanden dels i den mån som det däri fastställs att de upplysningar som regelbundet utväxlades mellan Cembureau Association européenne du ciment och dess medlemmar, vad beträffar de belgiska och nederländska priserna, avsåg de minimipriser som tillämpades av producenterna i dessa båda länder vid leveranser av cement med lastbil och, vad beträffar de luxemburgska priserna, de priser inklusive rabatter som tillämpades av producenterna i detta land, dels i den mån som det däri fastställs att sökanden deltog i överträdelsen i fråga före den 19 mars 1984.

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

— Artikel 4.2 i beslut 94/815 ogiltigförklaras i den mån som det däri fastställs att sökanden deltog i överträdelsen i fråga efter den 7 november 1988.

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

— Det bötesbelopp som sökanden har ålagts i artikel 9 i beslut 94/815 fastställs till 25 701 000 EUR.

— Talan ogillas i övrigt.

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

— Kommissionen skall bära två tredjedelar av sina rättegångskostnader."

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

1) Cembureau-avtalet om respekt för hemmamarknaderna för grå cement (artikel 1 i beslutet), från och med den 19 mars 1984 till och med den 3 april 1992.

2) ett utbyte av prisuppgifter avseende grå cement (artikel 2.1 i beslutet), den 19 mars 1984,

3) ett utbyte av uppgifter om danska och irländska producenters enskilda prislistor och om gällande prislistor inom cementindustrin i Grekland, Italien och Portugal samt om genomsnittspriser i Tyskland, Frankrike, Spanien och Förenade kungariket, från och med den 19 mars 1984 till och med den 31 december 1988 (artikel 2.2 b i beslutet),

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

5) avtalet om att upprätta Joint Trading Company, Interciment S.A. (artikel 4.2), från och med den 9 juni 1986 till och med den 7 november 1988,

6) det samordnade förfarande som syftade till att de grekiska producenterna skulle fråntas Calcestruzzi som kund (artikel 4.3 a), mellan den 9 september 1986 och den 15 mars 1987,

7) avtalet om de kontrakt och överenskommelser vilka undertecknades, tillsammans med Calcestruzzi den 3 och den 15 april 1987 (artikel 4.3 b), mellan den 3 april 1987 och den 3 april 1992, och

8) de samordnade förfarandena på marknaden för vit cement (artikel 7), från och med den 6 maj 1982 till och med den 26 maj 1988.

III — Förfarandet vid domstolen

10. Efter det att talan väckts och det skriftliga förfarandet genomförts har domstolen, med stöd av sin behörighet enligt artikel 119 i rättegångsreglerna,[14] genom beslut av den 5 juni 2002 underkänt den fjärde, den femte och den sjätte grunden.

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

IV — Överklagandet

12. Italcementi har yrkat att den överklagade domen skall upphävas i sin helhet, eller åtminstone delvis, och att beslutet och de böter som bolaget ålagts skall ogiltigförklaras i sin helhet, eller åtminstone delvis. I andra hand har Italcementi yrkat att målet skall återförvisas till förstainstansrätten för förnyad prövning. Bolaget har under alla omständigheter yrkat att kommissionen skall förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna i båda instanser.

13. Kommissionen har yrkat att överklagandet skall ogillas i sin helhet, att den överklagade domen skall fastställas och att Italcementi skall förpliktas att ersätta de kostnader som har förorsakats av överklagandet.

14. Till stöd för sina yrkanden har klagandebolaget anfört nio nya grunder, vissa med olika motiveringar. Av dessa grunder har, som jag nämnt, tre underkänts.

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

1 — *Grunder för att upphäva domen och ogiltigförklara beslutet*

A — Processuella grunder

1) Rätten att ta del av samtliga handlingar under det administrativa förfarandet (den första grunden)

16. Italcementi har indelat denna grund i två huvudargument. Det första, mer

14 — Den konsoliderade texten finns publicerad i EGT C 34, 2001, s. 1.

abstrakta, gäller frågan hur rätten till insyn i akten under ett administrativt sanktionsförfarande skall bedömas och vilka följder som skall knytas till ett åsidosättande av denna rätt. [15] Genom det andra huvudargumentet, som har framförts i andra hand, har klagandebolaget gjort gällande att förstainstansrättens konkreta prövning av huruvida dess rätt till försvar hade åsidosatts är felaktig, godtycklig och ogrundad. [16]

a) Rätten till insyn i akten och följderna av ett åsidosättande av denna rätt (den första grundens första del)

i) Parternas inställning

17. Italcementi har inlett sin argumentation med att peka på en otvistig omständighet, nämligen den att insynen i akten under det administrativa förfarandet var bristfällig.

18. Med utgångspunkt från denna ostridiga uppgift har bolaget gjort gällande att garantin för att ha kännedom om allt som omfattas av handläggningen är ett uttryck för den grundläggande rätten till försvar, och att denna skall tillgodoses inom ramen för det administrativa förfarandet i sig och inte efteråt. Bolaget har tillagt att de företag som var föremål för förfarandet vid den tidpunkten borde ha haft kännedom om åtgärderna på samma sätt som kommissionen och att denna bristande balans inte kan avhjälpas i efterhand under domstolsförfarandet. Då förstainstansrätten konstaterade denna brist i förfarandet, som inte kunde avhjälpas i efterhand, borde den ha ogiltigförklarat beslutet. Genom att inte göra detta och genom att pröva i vilken omfattning de handlingar som inte var tillgängliga under den administrativa fasen var relevanta för beslutet, handlade förstainstansrätten felaktigt och godtyckligt genom att ersätta kommissionens bedömning med sin egen bedömning, som inte heller kan kontrolleras av domstolen. På så sätt överlämnas beslutet att medge insyn i akten till kommissionens skönsmässiga bedömning varigenom behörighetsfördelningen rubbas.

19. Avslutningsvis har Italcementi förklarat att förstainstansrättens ståndpunkt de facto innebär att bevisbördan kastas om. Rollerna blir de ombytta och de företag som är föremål för förfarandet åläggs en skyldighet att visa att handlingarna, vars innehåll de fram till denna tidpunkt inte känt till, kunde ha kullkastat kommissionens bedömningar.

15 — Nämligen 29–56 och 99–106 i överklagandet.

16 — Punkterna 57–98 i överklagandet.

20. Enligt kommissionen har förstainstansrätten endast prövat om Italcementis rätt till försvar åsidosattes under det administrativa förfarandet. Den har inte ombesörjt en ny insyn i akten, utan har genomfört samma prövning som i domarna i målen Solvay mot kommissionen [17] och ICI mot kommissionen, [18] det vill säga den har prövat om klagandebolagets rätt till försvar skadades på grund av att dessa handlingar inte var tillgängliga. Bevisbördan har således inte kastats om, eftersom klagandebolagen endast har anmodats att visa att de handlingar som kommissionen nekade dem att ta del av hade kunnat vara av betydelse för deras försvar.

21. Italcementi har genmält att åsidosättandet av en grundläggande rättighet skall föranleda en sanktion, oberoende av om skada vållas eller inte. Förstainstansrättens tillvägagångssätt är detsamma som att beröva de företag som var föremål för förfarandet rätten till fullständig insyn i akten. Domstolen kan inte i efterhand pröva relevansen av de handlingar som dessa nekades tillgång till under det administrativa förfarandet. Den tid som har förflutit från den tidpunkt då insyn i akten borde ha medgivits och den tidpunkt när förstainstansrätten genomförde sin kontroll gör domstolsprövningen helt meningslös. Uppdelningen av handlingarna med utgångspunkt från deras betydelse för försvaret är inte motiverad. Innan kommissionen fattar ett sanktionsbeslut är alla handlingar lika relevanta. De företag som var föremål för förfarandet skall analysera dem, välja bland dem och argumentera med utgångspunkt från deras innehåll. Detta är åtgärder som utgör en del av utredningen. Det ankom på kommissionen att acceptera dem eller avvisa dem under rättens kontroll, som inte fiktivt kan förläggas till en tidpunkt innan förvaltningen fattar sitt beslut.

22. Kommissionen har svarat att förstainstansrättens syfte var att skydda klagandebolagens rätt till försvar och att den var redo att helt eller delvis ogiltigförklara beslutet i den mån tillgången till en handling i akten, som förblev otillgänglig, skulle visa sig värdefull för försvaret, eftersom den granskade samtliga handlingar som angavs av Italcementi innan den fastställde att ingen av dem var av något som helst värde för bolagets intressen. Klagandebolaget bortser genom sitt formella synsätt från karaktären och funktionen hos rätten till försvar. Om det inte sker en faktisk begränsning av möjligheterna till försvar har rätten inte åsidosatts.

ii) Legitimiteten i de åtgärder för processledning som beslutades av förstainstansrätten

23. För att ta ställning till kritiken angående det administrativa förfarandets rättsenlighet och för att, i tillämpliga fall, rätta

17 — Av den 29 juni 1995 i mål T-30/91 (REG 1995, s. II-1775).
18 — Av den 29 juni 1995 i mål T-36/91 (REG 1995, s. II-1847).

till det missförhållande som bestod i att vissa handlingar inte hade varit tillgängliga, anmodade förstainstansrätten kommissionen att översända hela akten, efter vilket rätten ställde den till parternas förfogande,[19] för att de, när de fick se de handlingar som de inte hade fått tillgång till under utredningen skulle kunna identifiera dem och förklara varför förfarandet kunde ha fått en annan utgång om de hade varit tillgängliga.

24. I den överklagade domen analyseras de handlingar som åberopades av parterna och de yttranden som framfördes, och avgörande meddelades i fråga om Italcementi i punkt 34 i domslutet, vilket har redovisats i punkt 8 i detta förslag till avgörande. Förstainstansrätten har fullgjort uppgiften enligt följande princip: klagandenas rätt till försvar skulle ha åsidosatts om det hade funnits minsta möjlighet att det administrativa förfarandet hade fått en annan utgång om de hade kunnat åberopa de handlingar till vilka tillgång nekades.[20]

25. Italcementi har ifrågasatt detta tillvägagångssätt och bestritt legitimiteten i de "åtgärder för processledning" som beslutades av förstainstansrätten.

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

27. Detta är innebörden av bestämmelserna i förordning nr 17, särskilt i artikel 19, och i kommissionens förordning (EG) nr 2842/98 av den 22 december 1998 om hörande av parter i vissa förfaranden enligt artiklarna 81 EG och 82 EG,[22] och de har inte givits en annan räckvidd genom domstolens[23] eller förstainstansrättens rättspraxis-

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

20 — Se punkterna 241 och 247 i domen.

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

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

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

is.[24] Europadomstolen för de mänskliga rättigheterna har utvidgat tillämpningen av garantierna i artikel 6 i Romkonventionen till administrativa förfaranden av disciplinär art.[25] Genom Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna[26] förstärks denna ståndpunkt. Vid sidan av den anklagades rätt till försvar och rätten att få sin sak prövad i en rättvis och offentlig rättegång och inför en oavhängig och opartisk domstol som har inrättats enligt lag,[27] garanteras nämligen även rätten för var och en att yttra sig inför Europeiska unionens institutioner innan en enskild åtgärd som kan beröra honom eller henne negativt vidtas, liksom rätten till insyn i akten.[28]

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

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

30. Ett formfel kan sammanfattningsvis inte frigöras från målets sakinnehåll. Om ett meddelat beslut ogiltigförklaras på grund av ett formfel i förfarandet, därför att det på grund av förfarandefelet vid

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

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

26 — EGT C 364, 2000, s. 1.

27 — Se artikel 47 andra stycket och artikel 48.2.

28 — Artikel 41.2 första och andra strecksatserna.

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

30 — Se generaladvokaten Mischos förslag till avgörande av den 25 oktober 2001 i de förenade målen C-244/99 P och C-251/99 P, punkterna 331 respektive 125, och i de förenade målen C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P–C-252/99 P och C-254/99 P, PVC II, i vilka dom avkunnades den 15 oktober 2002 (REG 2002, s. I-0000).

antagandet är felaktigt i sak, beror ogiltigförklaringen på sakfelet i avgörandet, inte på bristen i förfarandet. Formfelet får endast självständig betydelse om det medför att det inte är möjligt att bedöma det meddelade avgörandet.

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

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

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

34. Det finns ingen som helst skillnad mellan förstainstansrättens tillvägagångssätt och domstolens rättspraxis. I domen i det ovannämnda målet Hercules Chemicals mot kommissionen slog domstolen fast att om rätten till försvar har åsidosatts kan inte åsidosättandet avhjälpas genom att de berörda företagen senare får ta del av handlingarna i fråga och däri kan finna grunder och argument för sina yrkanden, eftersom de inte därigenom försätts i samma situation som om de hade kunnat grunda sig på samma handlingar i sina skriftliga och muntliga yttranden till kommissionen. [32]

35. Förstainstansrätten har inte *a posteriori* försökt återupprätta den tidigare åsidosatta rätten till försvar, utan har inskränkt sig till

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

32 — Punkterna 78 och 79.

att utreda om ett sådant åsidosättande hade ägt rum i ett tidigare skede. [33] När den fann att så hade varit fallet ogiltigförklarades beslutet. [34] När företaget i fråga däremot hade varit i stånd att försvara sig slog den fast att det formfel som begicks under det administrativa förfarandet saknar betydelse.

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

37. Denna ståndpunkt innebär inte att bevisbördan kastas om. Principen, som är processuell, tjänar den grundläggande rätten att presumeras vara oskyldig, som har en materiell dimension, och med vilken den inte skall förväxlas.

38. Presumtionen för oskuld utgör hinder för en bestraffning om skulden inte har styrkts. Följaktligen skall den som står bakom en anklagelse visa att den anklagade har gjort sig skyldig till de gärningar som överträdelsen består i, samt att övriga faktiska och rättsliga förhållanden som krävs för att denne skall förklaras skyldig är för handen. Det är här presumtionen för oskuld och bevisbördan återfinns. Kommissionen har kritiserat klagandebolagen för vissa konkurrensbegränsande beteenden och har använt olika bevis till stöd för sin anklagelse. Den har således i princip tillgodosett förfaranderegeln angående bevisbördan. En annan fråga som inte skall tas upp i detta sammanhang är huruvida de använda handlingarna kan kullkasta nämnda presumtion.

39. Sedan sanktionsbeslutet fattats, har det överklagats av bland andra Italcementi, som har yrkat att det skall ogiltigförklaras därför att bolaget berövades sina möjligheter att försvara sig genom att bolaget inte tilläts ta del av samtliga handlingar i akten, särskilt de som kunde ha talat till dess fördel. Enligt bevisbördeprincipen ankommer det på bolaget att styrka de faktiska omständigheter som ligger till grund för detta yrkande, för det första att bolaget inte fick ta del av samtliga handlingar som

33 — Det är detta kriterium som förstainstansrätten nyligen tillämpade i domen i det ovannämnda målet PVC II, punkt 315 och följande punkter, särskilt punkt 325.

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

användes av kommissionen under förfarandet och för det andra att bolaget till följd av denna bristfällighet berövades sina möjligheter att försvara sig.

40. Eller uttryckt på ett annat sätt. När kommissionen väl fullgjort sin skyldighet ankom det dock på de anklagade företagen och företagssammanslutningarna att vederlägga den åberopade bevisningen, med alla medel som stod till deras förfogande. Med tillämpning av det prövningskriterium som fastställdes i punkterna 241 och 247 i domen konstaterade förstainstansrätten att formfelet, det vill säga att dessa handlingar inte var tillgängliga under det administrativa förfarandet, saknade betydelse för rätten till försvar.

41. I förevarande mål har bevisbördeprincipen tillämpats strikt, och Italcementis abstrakta och formalistiska ståndpunkt kan således inte godtas. Varje förfarandefel, oberoende av hur ringa det är, skulle leda till en ogiltigförklaring av beslutet, utan att det vore möjligt att pröva felets eventuella betydelse för det fattade beslutets riktighet. Detta synsätt, som inte innebär någon som helst ytterligare garanti för rättigheterna för dem som är föremål för förvaltningsåtgärder, skulle leda till att förvaltningen förlamades till men för effektivitetsprincipen.

b) Påståendet att förstainstansrättens bedömning var felaktig, godtycklig och ogrundad (den första grundens andra del)

i) Parternas inställning

42. Enligt Italcementi är förstainstansrättens ståndpunkt av tre skäl godtycklig och ogrundad. För det första därför att det är helt omotiverat att begränsa prövningen av det eventuella värdet av de handlingar till vilka tillgång nekades under det administrativa förfarandet till de handlingar som hade ett objektivt samband med anmärkningarna, för det andra därför att de så kallade "direkta skriftliga bevisen" i själva verket är svaga och att förstainstansrätten har missbrukat presumtionerna och slutligen därför att rätten själv genom att genomföra en konkret granskning av de åberopade handlingarna har frångått det kriterium som anges i punkt 247 i domen.

43. Kommissionen har begränsat sig till att förklara att denna del av grunden dels inte kan tas upp till prövning i sak till den del den berör bevisvärderingen, som ankommer på förstainstansrätten, dels är obefogad eftersom Italcementi har gjort gällande att domen innehåller påståenden som inte återfinns i denna.

44. Logiken i argumentationen kräver att det andra av de skäl som har framförts av klagandebolaget bemöts först.

ii) De så kallade "direkta bevisen (till bolagets nackdel)" och värderingen av dessa

45. Denna grund har en aspekt som uppenbarligen inte kan tas upp till prövning, en aspekt som Italcementi säger sig inte behandla, men som i själva verket är en förutsättning för dess argumentation och som förekommer i flera avsnitt i överklagandet, särskilt när bolaget talar om "svagheten" i den bevisning som åberopades mot det. Oberoende av om bevisningen är svag, direkt, indirekt eller består av presumtioner kan inte domstolen inom ramen för ett överklagande ompröva förstainstansrättens bevisvärdering eller värdera de faktiska slutsatser som har dragits av denna.

46. Kassationsdomstolen skall endast gå in på detta område om en bestämmelse eller allmän rättsprincip i gemenskapsrätten har åsidosatts vid bevisupptagningen eller om så har skett avseende reglerna om bevisbörda och bevisvärdering, genom att bevisvärderingen har varit ologisk eller godtycklig och följaktligen innebär att bevisningen har missuppfattats. Domstolen kan endast avhjälpa förstainstansrättens felaktiga rättstillämpning, aldrig fastställa omständigheterna, med undantag av kontrollen av den rättsliga bedömningen av dessa omständigheter. [35] Inget av detta har skett i förevarande mål.

47. Beträffande Italcementi har förstainstansrätten gått till väga på följande sätt: med utgångspunkt från ett antal styrkta omständigheter (att olika möten hållits; att klagandebolaget deltagit i något av dessa; att konkurrensbegränsande avtal ingåtts och bekräftats vid detta; att bolaget inte uttryckligen uttalat sitt ogillande eller avståndstagande; att det deltagit i utbytet av prisuppgifter; i inrättandet av European Task Force och Interciment; medverkat i Calcestruzziåtgärderna samt i avtalet med Cementir och Unicem) har den funnit det styrkt att Italcementi deltog i överenskommelsen. Denna logiska process är inte bara fri från varje brist som skulle motivera en kontroll från domstolens sida inom ramen för överklagandet, utan är dessutom rimlig och i linje med allmänmänskliga kriterier och förklaras på ett tillfredsställande sätt i den överklagade domen. [36]

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

36 — Se punkterna 1350, 1351, 1353, i fråga om Cembureauavtalet, punkterna 1497–1500, avseende utbytet av prisuppgifter, punkterna 2745–2753, avseende inrättandet av European Task Force, och beträffande Interciment, punkt 2997 och följande punkter, slutligen punkterna 3264–3270, avseende Calcestruzziåtgärderna, punkt 3345 och följande punkter, avseende avtalet om kontrakten med nämnda italienska betongtillverkare.

48. Om ett företag, tillsammans med sina konkurrenter på marknaden, deltar i ett eller flera möten som utmynnar i ett avtal som strider mot konkurrensen, kan man med stöd av presumtionstekniken och i avsaknad av ett uttryckligt avståndstagande dra slutsatsen att företaget är part i avtalet, särskilt som detta senare medverkar i åtgärder för att genomföra det konkurrensbegränsande avtalet.

49. Användningen av presumtionen som bevis grundas på sunt förnuft och gemensamma synsätt och erfarenheter. Härvidlag måste man utgå från de händelser som fastställts för att med utgångspunkt från allmänmänskliga kriterier komma fram till ståndpunkten att vissa bestämda omständigheter är styrkta.

50. Enligt domstolen visas således, genom användningen av denna typ av bevis, ett företags delaktighet i ett konkurrensbegränsande avtal, vilket inte hindrar att denna presumtion, som alla presumtioner *iuris tantum*, kan kullkastas av annan bevisning.[37] Jag skulle tillägga att inom ett område som skyddet för konkurrensen på den gemensamma marknaden, där man ställs inför invecklade beteenden, som kommer till uttryck genom flexibla förfaranden som genomförs av organisatoriskt komplexa strukturer är presumtionen som bevisning ett i det närmaste oundgängligt hjälpmedel för att klarlägga verkligheten.

iii) Det rimliga i det kriterium som användes av förstainstansrätten för att bedöma bevisningen till bolagets fördel

51. Den avgörande omständigheten i Italcementis resonemang, som är en förutsättning för dess yrkande, är det uttalande som bolaget tillskriver förstainstansrätten, nämligen att det har påförts en sanktion grundad "enbart på direkta skriftliga bevis". Detta påstående[38] kan inte tas ur sitt sammanhang. Den överklagade domen innehåller detta uttalande, men den åtföljs av en negation, nämligen att beslutet inte grundades på "företagens parallella agerande på marknaden",[39] en anmärkning i domen som förts in i texten för att bestrida möjligheten att handlingarna kunde ge en alternativ ekonomisk förklaring till de bötfällda företagens handlande.[40]

37 — I dom av den 8 juli 1999 i mål C-49/92, kommissionen mot Anic Partecipazioni (REG 1999, s. I-4125), punkt 96, slog domstolen fast att förstainstansrätten hade rätt att, utan att på ett otillåtet sätt kasta om bevisbördan, anse att eftersom kommissionen hade förmått visa att Anic deltagit i sammanträden där prisinitiativ beslöts, organiserades och kontrollerades åvilade det Anic att styrka sina påståenden att bolaget inte anslutit sig till dessa initiativ. Samma ståndpunkt har kommit till uttryck i dom av den 8 juli 1999 i mål C-199/92 P, Hüls mot kommissionen (REG 1999, s. I-4287), punkt 155, och i dom av den 8 juli 1999 i mål C-235/92 P, Montecatini mot kommissionen (REG 1999, s. I-4539), punkt 181.

38 — Se, exempelvis, punkterna 260 och 263 i domen.

39 — Punkt 264.

40 — Se punkterna 264 och 1116 i allmänhet och beträffande Italcementi i synnerhet, punkterna 1257, 1260, 1262 och 1264.

52. I detta sammanhang ges full mening åt det av förstainstansrätten tillämpade kriteriet, som innebar en begränsning av den samling bevis som kunde rubba kommissionens fastställelse av de faktiska omständigheterna till "dokument som har direkt anknytning till de överträdelser" som sökandena tillskrivs i beslutet.[41] Således är den regel korrekt som innebär att klagandenas rätt till försvar har åsidosatts om de under det administrativa förfarandet nekades tillgång till bevisning som kan vederlägga den bevisning som användes av kommissionen,[42] och inte bara ge alternativa eller kompletterande förklaringar, som kan vara helt oantastliga, men som inte motsäger de handlingar som åberopades i beslutet.

53. Det räcker med ett exempel för att visa detta. Kommissionen slog på grund av vissa handlingar[43] fast att konkurrensbegränsande överenskommelser ingicks vid de möten mellan europeiska cementproducenter som hölls den 14 januari 1983, den 19 mars respektive den 7 november 1984 (Italcementi deltog endast i det andra mötet). Det förefaller rimligt att fastställa gränsen för ett åsidosättande av rätten till försvar med utgångspunkt från bevis som kunde ha vederlagt innehållet i dessa handlingar, ett krav som har fastställts av förstainstansrätten när den talar om ett "objektivt samband" med en av de anmärkningar som framställdes i beslutet.[44]

54. Även klagandebolaget tycks dela detta synsätt. I överklagandet har det anfört att beslutet att avvisa "handlingarna på grund av att de är helt irrelevanta" för målet är korrekt[45], och mot bakgrund av hur det administrativa förfarandet har utvecklats har dessa handlingar inte något att tillföra med avseende på den direkta bevisningen. Kommissionen ansåg, med stöd av handlingarna i akten, att Cembureau och dess direkta medlemmar vid chefsdelegaternas möte den 14 januari 1983, i vilket Italcementi inte deltog, träffade ett avtal om respekt för de nationella marknaderna och om reglering av den internationella försäljningen, vars innehåll bekräftades bland annat vid mötet den 19 mars 1984, när bolaget dock deltog. En kränkning av klagandebolagets rätt till försvar förelåg följaktligen endast om det för bolaget hade varit omöjligt att använda bevisning till sitt försvar som vederlade påståendet att överenskommelsen i fråga hade antagits och godkänts vid dessa möten, som styrkte att bolaget inte deltog i mötena eller som klart visade att det, trots att det deltog, tog avstånd från överenskommelsen.

41 — Punkt 262 i den överklagade domen.

42 — Se punkt 263 i domen.

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

44 — Se punkt 247.

45 — Punkt 70.

55. Sedan det visats att avtalet antogs och godkändes vid dessa möten saknar den bevisning som kunde ge en alternativ ekonomisk förklaring till Italcementis beteende betydelse och följaktligen kunde inte det faktum att denna inte beaktades under handläggningen av ärendet innebära att bolagets rätt till försvar åsidosattes. En noggrann läsning av punkterna 1256–1267 i domen ger vid handen att de handlingar som klagandebolaget inte hade tillgång till kunde betecknas som "främmande" och ovidkommande för dess försvar, eftersom de inte var ägnade att vederlägga den direkta bevisning som låg till grund för beslutet.

iv) Förstainstansrättens iakttagande av sitt eget prövningskriterium. De bevis till bolagets nackdel som förblev otillgängliga

56. Italcementi har förklarat att den överklagade domen innehåller en diskrepans mellan det teoretiska synsätt som följer av det bedömningskriterium som angavs i punkt 247 och den praktiska tillämpningen av detta. Till stöd för detta har bolaget åberopat och analyserat målen T-38/95 (Cedest S.A.), T-52/95 (Compañía Valenciana de Cementos Portland S.A.) och T-56/95 (Castle Cement Ltd), i vilka beslutet inte ogiltigförklarades utan endast ändrades, trots att rätten till försvar hade åsidosatts genom att klagandebolagen inte fick ta del av bevisning till deras fördel.

57. Detta argument kan inte godtas. Italcementi har åberopat ett åsidosättande av tredje mans rätt till försvar, för vilket bolaget saknar talerätt, i syfte att få sin egen rätt till försvar erkänd. Även om de omständigheter som ligger till grund för resonemanget är korrekta kan riktigheten i dessa inte påverka utgången av det yrkande som har framförts inom ramen för överklagandet.

58. Italcementi har tillagt att det befinner sig i samma situation, då vissa handlingar anges i domen som de inte fick ta del av, varför bolaget inte använde dessa till sitt försvar under handläggningen av sanktionsförfarandet. Enligt dess uppfattning borde förstainstansrätten, sedan denna omständighet väl konstaterats, ha förklarat att ett förfarandefel hade förekommit och ogiltigförklarat beslutet, utan att det var nödvändigt att analysera dessa handlingar eller fastställa huruvida de överträdelser som hade föranlett de sanktioner som bolaget påförts, i alla händelser, var tillräckligt styrkta.

59. Genom detta cirkelresonemang har klagandebolaget upprepat en diskussion som jag redan har behandlat: diskussionen om huruvida formfelet, oberoende av dess betydelse, automatiskt skall leda till en ogiltigförklaring av det avgörande som förfarandet utmynnar i. Jag hänvisar således till de överväganden som jag har redovisat ovan i punkt IV, 1, A, 1, a och, i synnerhet, till de punkter där jag har hävdat att förstainstansrätten inte har satt sig i kommissionens ställe, utan noggrant har fullgjort sin dömande uppgift genom att

pröva om det formfel som nämnda institution obestridligen gjorde sig skyldig till har kränkt Italcementis rätt till försvar, såsom bolaget har gjort gällande. Förstainstansrätten har använt sin domsrätt och analyserat de faktiska omständigheter och rättsliga argument som har framförts av klagandebolaget och meddelat ett adekvat avgörande med stöd i rättsordningen.

60. Dessutom innehåller Italcementis resonemang en sammanblandning. Alla bolagets argument angående rätten till försvar avser det faktum att det under det administrativa förfarandet var omöjligt för bolaget att ta del av och använda handlingar som det kunde ha åberopat till sin fördel. De handlingar till vilka bolaget nu hänvisar utgör emellertid bevis till dess nackdel, som har använts av kommissionen och som bolaget inte hade möjlighet att granska eller bemöta innan beslutet meddelades. [46] Givetvis skall bedömningsgrunden inte vara densamma i det ena respektive andra fallet. För att påvisa det ologiska i det kriterium som fastställs i punkt 247 i den överklagade domen avseende den bristande tillgången till bevisning till bolagets fördel, är det inte lämpligt att använda de argument som redovisas i samma dom för att ta ställning till omöjligheten att ta del av den bevisning som är till bolagets nackdel.

61. Den regel som används av förstainstansrätten är också logisk. De bevis till nackdel för de företag som var föremål för förfarandet som de inte kunde bemöta under det administrativa förfarandet skall nämligen inte användas mot dem. Sedan de avvisats skall beslutet ogiltigförklaras om det inte finns bevisning som styrker att överträdelsen har begåtts, men om överträdelsen är tillräckligt styrkt är formfelet ovidkommande. För en förklaring av det rimliga i detta synsätt hänvisar jag till vad jag sagt ovan om den karaktär av medel som rätten till insyn i akten har och den materiella dimensionen av det rättsliga begrepp enligt vilket den berörde saknar möjlighet att försvara sig.

62. Mot bakgrund av ovan sagda skall talan således inte bifallas på den första grunden, då denna dels inte kan tas upp till prövning i sak, dels är obefogad.

2) Rätten till försvar och den omständigheten att kommissionen inte längre gjorde gällande de "nationella anmärkningarna" (den andra grunden)

63. Italcementi har delat upp denna grund i två delar. Det har dels gjort gällande att bolaget, genom att de nationella anmärkningarna inte längre gjordes gällande och det därmed inte gavs tillfälle att yttra sig

46 — Se punkterna 366, 376, 1111, 1112 och 2807 i domen.

över dessa innan sanktionsbeslutet fattades,[47] försattes i en situation i vilken det inte kunde försvara sig, dels att det föreligger en motsägelse mellan beslutet att inte längre göra gällande anmärkningarna och det slutliga beslutet, med tanke på att sanktioner påförs för de handlanden som avses i de nationella anmärkningarna.[48]

a) Hindret för att yttra sig över de nationella anmärkningarna under det administrativa förfarandet till följd av att dessa anmärkningar inte längre gjordes gällande

64. Denna delgrund från Italcementis sida innehåller en aspekt som inte kan tas upp till prövning. Vid en genomläsning av överklagandet framgår det att en betydande del av de argument som har anförts av klagandebolaget är en ren upprepning av de grunder som framfördes vid förstainstansrätten, som inte innehåller någon som helst kritik mot det svar som tillhandahölls i punkt 438 och följande punkter i den överklagade domen.

65. Delgrunden är dessutom obefogad. Förstainstansrätten slog fast att rätten till försvar aldrig kan åsidosättas genom ett beslut som, liksom beslutet att inte längre göra gällande en anklagelse, eftersträvas av mottagarna av meddelandet om anmärkningar och, per definition, verkar till deras fördel.[49]

66. Ett undantag är att det är obligatoriskt att ge de berörda tillfälle att yttra sig när en anklagelse inte längre görs gällande, om denna endast skenbart frånfalls, men i stället ändras till det sämre.

67. Italcementi har hävdat att om bolaget hade fått tillfälle att yttra sig när det fick kännedom om att de nationella anmärkningarna inte längre gjordes gällande, kunde det ha övertygat kommissionen om att avtalet om Calcestruzzi inte skulle anses utgöra ett genomförande av Cembureau-avtalet (artikel 4.3 b).

68. Det avgörande är dock inte om det hade varit möjligt att övertyga kommissionen, utan vid vilken tidpunkt detta övertygande skulle ha ägt rum. Det faktum att anklagelserna avseende de nationella marknaderna inte längre gjordes gällande gjorde ingen skillnad i detta avseende.[50] Anklagelsen angående avtalet mellan klagandebolaget, Unicem och Cementir, som syftade till att Calcestruzzi skulle upphöra med

47 — Denna fråga behandlas i punkterna 113–120 i överklagandet.

48 — Punkterna 121–129 i överklagandet.

49 — Se punkt 439 i domen, där förstainstansrätten åberopade domstolens dom av den 7 juni 1983 i de förenade målen 100/80–103/80, Musique Diffusion Française mot kommissionen (REG 1983, s. 1825; svensk specialutgåva, volym 7 s. 133), där kommissionen i punkt 14 tillerkänns rätten att återkalla anmärkningar som riktas mot de företag som är föremål för förfarandet.

50 — Se punkt 443 i domen.

importen av cement från Grekland, återfanns redan från början i den internationella delen av meddelandet om anmärkningar [51] och återgavs i den del som avsåg den italienska marknaden, där det hänvisades till leveransavtal som ingåtts med nämnda betongproducent. Klagandebolaget hade således hela tiden möjlighet att framföra argument angående det ömsesidiga beroendeförhållandet mellan de två anmärkningarna och nödvändigheten av att behandla dem på samma sätt.

69. När kommissionen inte längre gjorde gällande de nationella punkterna i meddelandet om anmärkningar, hade Italcementi redan haft tillfälle att framhålla den påstådda överensstämmelsen mellan de beteenden som klandrades i de båda delarna av meddelandet om anmärkningar. Mot denna bakgrund får förstainstansrättens uttalande, att "de synpunkter som sökanden kunde ha framfört på beslutet att överge de nationella anmärkningarna inte skulle ha föranlett kommissionen att överge den internationella anmärkningen angående avtalet mellan de italienska cementproducenterna", sin fulla innebörd. [52]

b) Den påstådda motsättningen mellan den omständigheten att de nationella anmärkningarna inte längre gjordes gällande och beslutet

70. Bedömningen av denna delgrund kräver att jag uppmärksammar de så kallade åtgärderna till skydd för den italienska marknaden.

71. I beslutet beskrivs två överträdelser med anknytning till dessa åtgärder, som ägde rum inom ramen för European Task Force eller Cembureau Task Force.

72. Den första och mer allmänna överträdelsen, som föranledde en sanktion genom artikel 4.3 a, bestod i ett samordnat förfarande som syftade till att de grekiska producenterna, särskilt Titan, skulle fråntas Calcestruzzi, vid den tiden den största italienska producenten av färdigblandad betong, som kund. Denna överträdelse tillskrevs, i likhet med övriga delar av nämnda överenskommelse, Italcementi, Unicem och Cementir. [53]

73. Den andra, mer specifika, överträdelsen bestod i det avtal som ingicks mellan de tre italienska producenterna och som hade till syfte att Calcestruzzi skulle upphöra med importen av cement från Grekland. Avsikten med detta avtal var att förhindra att Calcestruzzi importerade 1,5 ton grekisk cement. Denna överträdelse, avseende vilken en sanktion påfördes genom artikel 4.3 b, tillskrevs endast de tre nämnda producenterna. [54]

51 — Se i detta avseende mina överväganden nedan.

52 — Punkt 447 i domen.

53 — Angående förekomsten av denna överträdelse, se punkt 3138 och följande punkter i domen.

54 — Förstainstansrättens resonemang angående förekomsten av denna överträdelse redovisas i punkt 3345 och följande punkter i domen.

74. I den internationella delen av meddelandet om anmärkningar hänvisades till två överträdelser med anknytning till de åtgärder för att skydda den italienska marknaden som vidtogs inom ramen för European Task Force eller Cembureau Task Force. I punkt 61 h iv [55] förklaras att "[d]e påtryckningar som har utövats på Calcestruzzi och Calcestruzzis underlåtenhet att fullgöra kontraktet med Titan om köp av cement ingår i de avskräckande åtgärder som Task Force har vidtagit och *är resultatet av ett samordnat förfarande mellan de italienska producenterna Italcementi, Unicem och Cementir samt mellan dem och de övriga deltagarna i 'Cembureau Task Force'*", [56] vars syfte var att frånta de grekiska producenterna en kund som kunde göra det lättare för dem att tränga in på den italienska marknaden.

75. Den nationella anmärkningen avseende Italien behandlade de leveranskontrakt och överenskommelser som undertecknades den 3 och den 15 april 1987 av Unicem, Italcementi, Cementir och Calcestruzzi. Inom ramen för dessa kontrakt skapades ett gemensamt dotterbolag med namnet Societá Italiana per le Promozioni ed Applicazioni del Calcestruzzo Spa (SIPAC). [57] Genom dessa avtal förband sig de tre producenterna att tillgodose Calcestruzzikoncernens efterfrågan på cement och att tillämpa de prisrabatter som angavs i dessa. Calcestruzzi förband sig för sin del att låta hälften av prisrabatterna tillfalla nämnda gemensamma dotterbolag, vilket skulle investera pengarna i bolag som producerade färdigblandad betong eller som bedrev liknande verksamhet och att köpa minst 80 procent av sin cement av Italcementi, Unicem och Cementir eller av bolag som de utsett. Cementproducenterna förbehöll sig rätten att säga upp överenskommelserna och kontrakten om Calcestruzzi köpte mindre än 95 procent av sin cement av dem. [58]

76. Således ansåg kommissionen att dessa avtal, som den beslutade att inte bedöma, hade undertecknats inom ramen för den överenskommelse mellan de tre italienska cementproducenterna som beskrivs i artikel 4.3 b i beslutet.

77. Enligt Italcementi föreligger en motsättning mellan beslutet att inte längre göra gällande de nationella anmärkningarna och att vidhålla dem som avsåg det beteende som beskrivs i artikel 4.3 b i beslutet, eftersom det inte, som förstainstansrätten slog fast, stämmer att avtalet mellan de tre italienska cementfabrikerna nämns i den internationella delen av meddelandet om anmärkningar.

78. Det räcker att läsa de meningar som jag har strukit under ovan för att konstatera att Italcementis påstående är felaktigt. I den internationella delen av meddelandet om

55 — Som, vilket Italcementi har medgivit, är en ordagrann återgivning av punkt 55 a första stycket i beslutet.

56 — Min markering.

57 — Se punkterna 444 och 445 i den överklagade domen.

58 — Se punkt 27.6 i beslutet och punkt 3345 i domen.

anmärkningar nämndes avtalet mellan de tre cementfabrikerna, liksom den överenskommelse som slöts med de övriga producenter som ingick i Cembureau Task Force. Visserligen sker denna hänvisning i samband med det beteende som senare beskrivs i artikel 4.3 a i beslutet, men kommissionen hänvisade även till ett avtal mellan Italcementi, Unicem och Cementir i övervägandena angående det tillvägagångssätt som avses i punkt b, vilket inte kan vara något annat än det avtal som anges i punkt 61 h iv i meddelandet om anmärkningar.

79. I alla händelser utgör den andra delen av denna grund en viss paradox i förhållande till den inställning som har redovisats till stöd för kritiken inom ramen för grundens första del. Där betonas det nära sambandet mellan de båda delarna av meddelandet om anmärkningar. Nu framhålls att dessa band inte är så fasta och att den internationella delen inte innehåller någon som helst hänvisning till ett avtal mellan de tre italienska producenterna. Om Italcementi anser att parterna borde ha givits tillfälle att yttra sig över beslutet att inte längre göra gällande de nationella anmärkningarna, som avsåg de avtal som ingicks med Calcestruzzi, för att övertyga kommissionen om att denna åtgärd medförde en skyldighet att inte längre göra gällande den anklagelse som senare redovisades i artikel 4.3 b, förstår jag inte varför bolaget nu vidhåller att den internationella delen inte innehåller någon hänvisning till ett avtal mellan de tre cementfabrikerna av vilket de avtalen skulle följa.

80. Ovanstående anmärkningar leder direkt till ett underkännande av Italcementis andra grund för överklagandet.

B — Materiella grunder. Avtalet "om de kontrakt och överenskommelser som ingicks" med Calcestruzzi (den tredje grunden). Principen ne bis in idem

81. Italcementi har åberopat en enda materiell grund för att få till stånd ett upphävande av den överklagade domen och en påföljande ogiltigförklaring av kommissionens sanktionsbeslut. Inom ramen för denna grund har bolaget diskuterat förstainstansrättens bedömning av avtalet rörande de kontrakt som undertecknades år 1987 med Calcestruzzi och, närmare bestämt, dess bedömning att det innebar ett genomförande av Cembureau-avtalet.

82. Italcementi har förklarat att enligt förstainstansrätten avsåg anklagelsen i artikel 4.3 b i beslutet det avtal som ingicks mellan de tre italienska producenterna i syfte att förhindra att Calcestruzzi importerade grekisk cement, ett syfte som genom den verksamhet som bedrevs av European Task Force binder bolaget till Cembureau-avtalet.

83. Enligt bolagets uppfattning överensstämmer sanktionen avseende det beteende som beskrivs i nämnda artikel i beslutet inte med dessa förutsättningar av följande tre skäl:

1) Undertecknandet och genomförandet av avtalen med Calcestruzzi överensstämde inte med principen "var och en i sitt hus", som tillgodosågs genom att relationerna mellan detta företag och det grekiska Titan bröts. Dessutom utgör nämnda avtal slutet på den rättsstridiga handling som avses i artikel 4.3 b i beslutet.

2) Tvärtemot vad som fastställs i beslutet och domen, har kommissionen och förstainstansrätten i själva verket inte ifrågasatt överenskommelsen mellan de tre italienska cementfabrikerna, utan avtalen med Calcestruzzi, vilket står i strid med det faktum att de nationella anmärkningarna inte längre gjordes gällande och vilket är oförenligt med varje beslut från Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

3) Tillvägagångssättet att betrakta avtalen med Calcestruzzi som en tillämpning av Cembureau-avtalet leder till ett orimligt resultat, nämligen till att de tre italienska företagen mellan 1989 och 1992 är de enda deltagarna i detta avtal. Kan man då tala om ett "ultranationellt" avtal?

84. Därmed får den kritiserade motsättningen, som inom ramen för föregående grund var formell, nu en materiell dimension.

85. Denna invändning skall prövas med utgångspunkt från omständigheterna i tvisten, såsom de redovisas i punkt 3345 och följande punkter i den överklagade domen.

86. Dessa omständigheter medger endast två rättsliga tolkningar, beroende på om man anser att det avtal som föranledde sanktioner genom artikel 4.3 b i beslutet och de avtal som undertecknades i april 1987 av Italcementi, Unicem, Cementir och Calcestruzzi är skilda handlanden eller utgör ett och samma förfarande. Det vore inte godtagbart att utan åtskillnad använda de två bedömningarna med utgångspunkt från sammanhanget eller det argument som skall prövas.

87. Om den andra möjligheten väljs aktualiseras principen *ne bis in idem*, då samma handlande skulle ha föranlett en sanktionsåtgärd två gånger, en gång av kommissionen och en andra gång av Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. [59]

59 — Beslut av den 6 mars 1996. Ärende I.123, Bollettino 10/1996, s. 7.

88. Denna princip [60] utgör hinder för att sanktionsåtgärder vidtas upprepade gånger mot en person, till skydd för samma rättsliga värden och på grund av samma rättsstridiga handlande, eftersom denna fördubbling av sanktioner innebär en otillåten upprepning av straffrättens tillämpning. [61]

89. Tre överensstämmelser skall följaktligen föreligga för att principen skall vara tillämplig, nämligen sammanfallande faktiska omständigheter, en och samma gärningsman och skydd av ett enda rättsligt värde. [62]

90. Överensstämmelsen i fråga om den subjektiva identiteten är obestridlig.

91. Även överensstämmelsen i fråga om det rättsliga värde som skyddas är ställd utom allt tvivel. Inom ramen för regelverket till skydd för den fria konkurrensen kan man inte inom Europeiska unionen tala om skilda områden, gemenskapens och de nationella, som om de vore helt åtskilda. Båda områdena avser skyddet för en öppen och fri konkurrens på den gemensamma marknaden, den ena betraktad i sin helhet och den andra med utgångspunkt från dess skilda delar. Huvudinnehållet är dock detsamma. De nationella rättsordningarna skall i detta avseende utgöra ett adekvat införlivande av artiklarna 81 EG och 82 EG och, för att genomföra dessa, av sekundärrätten.

92. Om man läser artiklarna 2 [63] och 3 i den italienska lagen 287/1990 av den 10 oktober 1990 om skydd för konkurrensen och marknaden [64] noterar man att de består av en i det närmaste bokstavlig avskrift av artiklarna 81 EG och 82 EG, med den enda skillnaden att när det i dessa hänvisas till den "gemensamma marknaden", talas det i den italienska lagen om den "nationella marknaden", men denna skillnad är sekundär och saknar betydelse i sak.

93. Gemenskapens myndigheter och de nationella myndigheterna fullgör liknande uppgifter, och när de bekämpar konkur-

60 — Angående principen ne bis in idem, se mitt förslag till avgörande av den 19 september 2001 i målen C-187/01, Gözütok, och C-385/01, Brügge, i vilka dom ännu inte har meddelats.

61 — Möjligheten att de nationella konkurrensmyndigheterna och kommissionen är behöriga avseende samma faktiska omständighet behandlades av domstolen redan i domen av den 13 februari 1969 i mål 14/68, Wilhelm (REG 1969, s. 1; svensk specialutgåva, volym 1, s. 379), där det slogs fast att den parallella tillämpningen av nationell rätt endast får ske med det förbehållet att den inte får skada en fullständig och enhetlig tillämpning, inom hela gemenskapens marknad, av gemenskapsbestämmelser om konkurrensbegränsande samverkan samt verkan av de rättsakter som antagits för att genomföra dessa bestämmelser (punkt 1 i domslutet). I dag är förekomsten av den delade behörigheten ett vedertaget faktum (se meddelandet om samarbetet mellan kommissionen och de nationella domstolarna med avseende på tillämpningen av artiklarna 85 och 86 i EEG-fördraget, EGT C 39, 1993, s. 6). Detsamma gäller den omständigheten att när dubbla åtgärder vidtas mot samma konkurrensbegränsande förfarande eller avtal skall gemenskapsavgörandet äga företräde (se dom av den 28 februari 1991 i mål C-234/89, Delimitis (REG 1991, s. I-935), och av den 14 december 2000 i mål C-344/98, Masterfoods och HB (REG 2000, s. I-11369).

62 — I dom av den 18 november 1987 i mål 137/85, Maizena (REG 1987, s. 4587), slog domstolen fast att principen ne bis idem inte hade åsidosatts eftersom de två säkerheter som krävts av en och samma person på grund av samma omständigheter inte hade samma syfte (punkterna 22 och 23).

63 — Genom det ovannämnda beslutet av Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato har Italcementi ålagts en sanktion för att ha överträtt denna bestämmelse.

64 — Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, nr 240 av den 13 oktober 1990.

rensbegränsande beteenden är syftet att skydda ett och samma rättsliga värde. Det föreligger en faktisk konkurrerande behörighet på ett materiellt identiskt område i syfte att nå liknande mål, vilket har prövats av domstolen i de domar jag har nämnt i fotnot 60 i detta förslag till avgörande.

94. I domen i det ovannämnda målet Wilhelm slog domstolen fast att "[m]edan konkurrensbegränsande samverkan i artikel 85 [i EG-fördraget] bedöms utifrån de hinder i handeln mellan medlemsstaterna som kan uppstå som en följd av sådan samverkan betraktas den i nationell lagstiftning endast inom ramen för de särskilda överväganden som denna lagstiftning grundar sig på". [65] När den uttryckte sig på detta sätt avsågs detta dubbla perspektiv, ett globalt och ett territoriellt avgränsat, som jag hänvisade till strax ovan. I det senare fallet, när den konkurrensbegränsande verksamheten inte överskrider en medlemsstats gränser, innebär inte detta att den inte påverkar "konkurrensen inom den gemensamma marknaden". [66] Det kriterium som avser det konkurrensbegränsande beteendets territoriella utsträckning är inte grundläggande, utan sekundärt, då det inte påverkar överträdelsens art, utan endast dess intensitet.

95. Om de tre nämnda överensstämmelserna föreligger när ett beteende som strider mot artikel 81 EG har utretts och föranlett en sanktion av kommissionen, kan inte detta beteende medföra att sanktionsåtgärder vidtas av den nationella myndighet som är behörig att skydda konkurrensen, och vice versa. [67]

96. Lösningen att den andra myndighet som ingriper mildrar sanktionen med hänsyn till det bötesbelopp som påfördes av den första myndighet som ingrep, vilken tillämpades av domstolen i domen i målet Wilhelm, tillgodoser inte de krav som följer av principen *ne bis in idem*. Denna princip är inte en mildrande förfaranderegel i proportionalitetens tjänst när en person döms och påförs en sanktion två gånger för samma gärning, utan en grundläggande garanti för medborgarna. [68]

97. I själva verket tillämpades inte principen i nämnda dom från domstolen, [69] eftersom det var fråga om "två parallella förfaranden med olika syften", [70] det vill

65 — Punkt 3.

66 — Artikel 85 i EG-fördraget (nu artikel 81 EG).

67 — Beträffande en sanktion för samma omständighet med utgångspunkt från två skilda rättsordningar, se mina överväganden i punkt 52 och följande punkter i mitt förslag till avgörande i de ovan i fotnot 60 nämnda målen Gözütok och Brügge.

68 — Se artikel 4 i protokoll nr 7 till europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och artikel 50 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna.

69 — Se Pralus, M.: "Étude en droit pénal international et en droit communautaire d'un aspect du principe non bis in idem: non bis", i Revue de sciencie criminelle, juli–september 1996, s. 553–574, särskilt, s. 558.

70 — Punkt 11.

säga förfaranden genom vilka skilda rättsliga värden skyddas.[71] Det förelåg inte identitet i fråga om skyddsobjektet, vilket krävs för att regeln *ne bis in idem* skall kunna tillämpas. Av detta uttalande framgår att det, enligt domstolens rättspraxis, "följer av ett allmänt rättvisekrav, ... att [även när nämnda princip inte är tillämplig och en dubbel bestraffning är legitim skall] man ... beakta alla tidigare påföljdsbeslut vid bestämmandet av en eventuell påföljd".[72]

98. Emellertid föreligger inte den tredje överensstämmelse som krävs, den som avser de faktiska omständigheterna.[73]

99. I punkt 3386 i den överklagade domen fastslås att beslutet av *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* avsåg de leveranskontrakt och överenskommelser om samarbete som Calcestruzzi och de italienska cementproducenterna (Unicem, Cementir och Italcementi) hade undertecknat, medan gemenskapsmyndigheternas åtgärd avsåg avtalet mellan dessa cementproducenter, ett avtal som slutits i syfte att förhindra Calcestruzzis import av cement från Grekland.

100. Italcementi har ifrågasatt ovannämnda bedömning av förstainstansrätten, men den frågan kan inte behandlas inom ramen för ett överklagande. Den bedömning av de faktiska omständigheterna som företogs i första instans kan nämligen inte omprövas vid överklagandet.

101. Det förelåg definitivt ett avtal mellan de tre italienska cementproducenterna som syftade till att förhindra att Calcestruzzi fortsatte att importera grekisk cement, särskilt genom genomförandet av det avtal med Titan som hade undertecknats år 1986. Detta avtal, som var hänförligt till European Task Forces allmänna mål att eliminera import av cement till Västeuropa, krävde ett komplement, som dessutom var dess slutliga syfte. Om syftet var att Calcestruzzi skulle upphöra med import av cement från Grekland och att denna skulle köpas från de italienska producenterna, varigenom regeln "var och en i sitt hus" som följde av Cembureau-principen skulle fullgöras, var det nödvändigt att reglera leveranserna av cement till nämnda italienska betongproducent. Detta var syftet med de kontrakt och överenskommelser som undertecknades den 3 respektive den 15 april 1987.

102. Det kan således konstateras att det inte stämmer att dessa avtal var skilda från nämnda princip och det finns inget avvikande i att endast de tre italienska cementproducenterna från och med år 1989 till och med april 1992 fortsatte att tillämpa Cembureau-avtalet.

71 — Jag delar inte denna uppfattning eftersom de nationella myndigheterna och kommissionen, som jag påpekat strax ovan, skyddar identiska värden när de påför en sanktion för samma handlande med tillämpning av konkurrensrätten, antingen den nationella eller gemenskapens.

72 — Punkt 11.

73 — I dom av den 14 december 1972 i mål 7/72, Boehringer Mannheim mot kommissionen (REG 1972, s. 1281; svensk specialutgåva, volym 2, s. 61), slog domstolen fast att principen ne bis in idem inte hade åsidosatts därför att "[ä]ven om de omständigheter som ligger till grund för de båda påföljderna i fråga har sitt ursprung i samma komplex av avtal, skiljer de sig dock väsentligen vad beträffar såväl syfte som geografisk lokalisering" (punkt 4).

103. Varaktigheten av den överträdelse som föranledde en sanktion genom artikel 4.3 b i beslutet fastställdes nämligen med utgångspunkt från giltighetstiden för de kontrakt och överenskommelser som undertecknades med Calcestruzzi. Sedan det väl visats att Unicem, Italcementi och Cementir hade kommit överens om att förhindra att Calcestruzzi importerade grekisk cement och för detta ändamål undertecknade leveransavtalen med det företaget, är det inte inkonsekvent eller ologiskt att varaktigheten av denna samverkan fastställs med utgångspunkt från giltighetstiden av dessa kontrakt och överenskommelser, som utgör samverkans externa uttryck. Detta är innebörden av punkterna 3396, 4340 och motsvarande punkter i den överklagade domen.

104. Detta påstående står inte i någon som helst motsättning till resonemanget i punkt 4278 i den överklagade domen. Cembureau-avtalet om respekt för de nationella marknaderna var ett generellt konkurrensbegränsande avtal, som tillämpades av de flesta cementproducenterna i gemenskapen. Alla företag som påfördes sanktioner tog genom åtgärder av kortare eller längre varaktighet del i antagandet och genomförandet av avtalet, eller i något av dessa handlanden. Det faktum att de tre italienska producenterna alltjämt tillämpade avtalet till och med den 3 april 1992, när de övriga producenterna hade slutat att tillämpa detsamma, visar bara att dessa tre företag förlängde avtalets giltighetstid mer än vad de övriga gjorde.

2 — *Grunder för en ogiltigförklaring eller nedsättning av böterna*

105. I den andra delen av överklagandet, som består av sex grunder, har Italcementi kritiserat den överklagade domen för att det bötesbelopp som kommissionen påförde bolaget varken ogiltigförklarades eller sattes ned. Tre av dessa grunder (den fjärde, den femte och den sjätte) som bolaget har framfört till stöd för en total ogiltigförklaring av sanktionen underkändes genom beslutet av den 5 juni 2002 på grund av att de var uppenbart obefogade. Det återstår att pröva de återstående tre grunderna, som har anförts i andra hand till stöd för en mildring av påföljden.

A — Böterna har inte ändrats trots att beslutet delvis har ogiltigförklarats (den sjunde grunden)

106. Italcementi har kritiserat det faktum att ogiltigförklaringen av artiklarna 2 och 5 i beslutet inte har påverkat det bötesbelopp som bolaget ålades. Det har gjort gällande att denna omständighet utgör ett åsidosättande av artikel 15 i förordning nr 17 och en kränkning av principerna om proportionalitet och icke-diskriminering.

107. Mot bakgrund av beslutets struktur och grunden för sanktionsbeslutet [74] måste jag påpeka att Italcementis kritik utgår från delvis felaktiga förutsättningar. När bolaget kritiserar att ogiltigförklaringen av artikel 2.1 och 2.2 i beslutet inte har haft någon inverkan på bötesbeloppet är detta helt enkelt en missuppfattning från bolagets sida.

108. Förstainstansrätten ogiltigförklarade de båda artiklarna eftersom klagandebolaget däri ansågs ha deltagit i de beskrivna överträdelserna före den 19 mars 1984. Detta uttalande ledde till att artikel 1 ogiltigförklarades avseende Italcementis deltagande i Cembureau-avtalet från och med den 14 januari 1983 [75] och, eftersom sanktionen påfördes med utgångspunkt från hur länge varje företag hade tagit del i överenskommelsen, till en proportionell nedsättning av bötesbeloppet. Det är således inte korrekt att ogiltigförklaringen av artikel 2 med avseende på Italcementi inte påverkade det ålagda bötesbeloppet.

109. Kritiken är riktig i fråga om artikel 5, men klagandebolagets inställning visar att det inte har förstått vare sig strukturen eller grunden för den sanktion som det påfördes. Beträffande marknaden för grå cement, inom vilken Italcementi har framställt sin kritik, påförde kommissionen en sanktion avseende ett enda beteende, nämligen deltagandet i Cembureau-avtalet, som beskrivs i artikel 1 i beslutet. De ageranden som redovisas i artiklarna 2—6 är åtgärder som syftar till att tillämpa nämnda överenskommelse och som inte föranledde separata sanktioner.

110. Varje företag påfördes en sanktion i form av böter på grundval av hur intensivt de hade deltagit i avtalet. För detta ändamål skilde kommissionen mellan två grupper av företag och företagssammanslutningar. Å ena sidan avsågs de som deltog i Cembureau-avtalet och å andra sidan övriga företag, vars inblandning var mindre avgörande och mindre allvarlig. [76]

111. Inom den första kategorin urskilde kommissionen tre undergrupper: 1) den första gruppen, dit Italcementi hör, består av de företag och företagssammanslutningar som, genom sin anslutning till Cembureau, deltog direkt i ingåendet av avtalet om respekt för de nationella marknaderna och i de direkta skyddsåtgärderna för dessa marknader; 2) en andra undergrupp består av de företag som genom sina

74 — Se mina överväganden i det avseendet i punkterna 83—93 i det förslag till avgörande som jag föredrar denna dag i mål C-204/00 P, Aalborg mot kommissionen.

75 — Se punkt 4381 i domen.

76 — Punkt 65.9 a och b i beslutet.

högsta chefer agerade som chefsdelegater inom Cembureau, antingen när avtalet antogs eller vid dess genomförande; och 3) en sista grupp, som består av de företag som deltog i åtgärderna för att genomföra avtalet med syfte att skydda de nationella marknaderna.[77]

112. Även inom den andra kategorin skilde kommissionen mellan tre typer av ansvariga företag: 1) de företag som endast deltog i åtgärderna för att genomföra avtalet med syfte att kanalisera produktionsöverskottet till tredje land; 2) de företag som trots att de deltog i åtgärder för att direkt skydda de nationella marknaderna, försökte undvika att tillämpa Cembureauprincipen; och 3) företaget Ciments Luxembourgeois, som visserligen var direkt medlem i Cembureau och deltog i de chefsdelegatsmöten under vilka avtalet eller principen med samma namn antogs, men som inte vidtog någon genomförandeåtgärd.[78]

113. Kommissionen ålade företagen och företagssammanslutningarna i den första kategorin böter med 4 procent av deras respektive omsättning på marknaden för grå cement under år 1992. Företag i den andra kategorin ålades böter med 2,8 procent av samma parameter.[79]

114. Det är således inte möjligt att fastställa vare sig ett åsidosättande av artikel 15 i förordning nr 17 eller av principerna om proportionalitet eller likhet, på grund av att förstainstansrätten inte skulle ha nedsatt de böter som påfördes Italcementi sedan det konstaterats att det beteende som beskrivs i artikel 5 i beslutet inte utgjorde ett åsidosättande av artikel 85.1 i fördraget.

115. Ogiltigförklaringen av artikel 5 i beslutet varken minskar allvaret i Italcementis beteende eller begränsar dess utsträckning i tiden, kriterier som enligt artikel 15.2 i förordning nr 17 skall beaktas när det gäller att fastställa bötesbeloppet. Följaktligen skall inte nämnda ogiltigförklaring återspeglas i sanktionen genom att beloppet sätts ned. Förstainstansrätten slog i domen fast att "[d]et antal överträdelser som ett visst företag gjort sig skyldigt till inom Cembureau-avtalet utgör inte ... ett relevant kriterium för bedömningen av företagets ansvar för nämnda avtal".[80]

77 — Punkt 65.9 a i beslutet.

78 — Punkt 65.9 b i beslutet.

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

80 — Punkt 4966.

116. Mot bakgrund av vad som sagts ovan skall överklagandet inte bifallas på denna grund.

B — Otillräcklig motivering angående allvaret i den överträdelse som tillskrevs Italcementi (den åttonde grunden)

117. Italcementi kritiserade vid förstainstansrätten att beslutets motivering föreföll otillräcklig i fråga om allvaret i den överträdelse som tillskrevs vart och ett av företagen. Bolaget framhöll särskilt sin marginella och passiva roll i överenskommelsen. Inom ramen för detta överklagande har det gjort gällande att förstainstansrätten gjorde sig skyldig till samma fel. Domen är föga uttömmande, den analyserar inte de skilda företagens olika grad av ansvar för det rättsstridiga beteendet och den förklarar inte varför deras beteende alltid var lika allvarligt när det enligt Italcementis uppfattning vid vissa tidpunkter förelåg ett starkare engagemang i överenskommelsen medan anknytningen under andra perioder var svagare.

118. Kritiken angående bristande eller otillräcklig motivering återkommer i nästan alla överklagandena av förstainstansrättens dom. Sanningen är att den överklagade domen kan betecknas som omfattande, oklar eller tråkig, men inte som bristande i fråga om sin motivering. Det svar som klagandebolaget har efterlyst finns i domen. I punkt 4944 hänvisas till Italcementis kritik i detta avseende och i punkt 4964 och följande punkter prövas samtliga parters argument angående huruvida det kriterium som tillämpades av kommissionen var korrekt i rättsligt hänseende.

119. Man måste erinra sig att den motivering som erfordras av gemenskapsinstitutionerna [81] och närmare bestämt i domstolarnas avgöranden, inte kräver ett resonemang som ordagrant följer alla de argument som har framförts av parterna i tvisten, utan att det är tillräckligt att motiveringen ger dem som berörs därav kännedom om skälen till den vidtagna åtgärden och att den behöriga domstolen får tillgång till det bedömningsunderlag som krävs för att den skall kunna utöva sin prövningsrätt. [82] Även de motiveringar som indirekt framgår av domstolsavgörandet är legitima genom att de tillgodoser de syften som eftersträvas med denna garanti för en rationell maktutövning.

120. I själva verket gäller inte Italcementis kritik så mycket en brist i redovisningen av grunderna för domen, som en ren oenighet i fråga om de kriterier som tillämpades av kommissionen för att beräkna böterna och

81 — Se artikel 253 EG.

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

som godkändes av förstainstansrätten. Enligt bolagets uppfattning överensstämde inte dessa med proportionalitetsprincipen, eftersom intensiteten i varje företags delaktighet i överenskommelsen inte beaktades.

121. Denna ståndpunkt saknar grund.

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

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

124. Domstolen har slagit fast att vid bedömningen av hur allvarlig en överträdelse är måste hänsyn tas till en rad faktorer, som de särskilda omständigheterna i fallet, sammanhanget och böternas avskräckande effekt. Domstolen har tillagt att det inte finns en uttömmande lista över kriterier. [83]

125. Jag anser att tre kriterier är centrala för denna bedömning: överträdelsens natur, dess inverkan på konkurrensen och den berörda marknadens geografiska avgränsning. Samtliga av dessa kriterier skall betraktas objektivt, med utgångspunkt från själva överträdelsen, och subjektivt, med utgångspunkt från det ansvariga företaget. [84]

126. Således skall innehållet i konkurrensbegränsande beteenden, storleken på den marknad som de påverkar och i synnerhet den skada som har förorsakats den del av rättsordningen som avser näringslivet bedömas. I detta avseende är uppgifter om det förbjudna förfarandets varaktighet, den

83 — Se domen i målet Musique Diffusion française m.fl. mot kommissionen (ovan fotnot 48), punkt 120, och av den 17 juli 1997 i mål C-219/95 P, Ferriere Nord mot kommissionen (REG 1997, s. I-4411), punkt 33. Se även beslut av den 25 mars 1996 i mål C-137/95 P, SPO m.fl. mot kommissionen (REG 1996, s. I-1611), punkt 54.

84 — David, E., förklarar i "La détermination du montant des amendes sanctionnant les infractions complexes: régime commun ou régime particulier?", Revue trimestrielle de droit européen, nº 36(3), juli–september 2000, s. 511–545, att "la gravité s'apprécie selon trois critères: la nature de l'infraction, son impact sur le marché lorsqu'il est mesurable et le marché géographique et à deux niveaux: ceux de l'infraction et de l'entreprise" (s. 522).

berörda marknadens materiella beskaffenhet och de vidtagna tillämpningsåtgärdernas antal och intensitet inte utan betydelse.

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

128. Kravet på att sanktionsåtgärden skall stå i proportion till överträdelsens allvar leder till att det, när en överträdelse har begåtts av flera personer, [85] är nödvändigt att med hjälp av ovan redovisade modeller granska det relativa allvaret i deras respektive deltagande. [86] Detta krav följer av likhetsprincipen, som kräver att böterna är identiska för alla företag i samma situation och som utgör hinder för att vidta samma sanktionsåtgärder mot företag som befinner sig i olika situationer.

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

130. Alla beteenden, som inte nödvändigtvis är identiska, syftade till ett och samma konkurrensbegränsande mål, varför de med avseende på sanktionsåtgärden, kunde grupperas i en eller flera kategorier efter hur allvarliga de var, med utgångspunkt från deras inverkan på marknaden och på den fria konkurrensen.

131. Detta tillvägagångssätt är inte felaktigt eftersom en överträdelses allvar, som jag framhållit ovan, kan bedömas med hänsyn till den skada som ifrågavarande beteenden har vållat den del av rättsordningen som avser näringslivet. Som förstainstansrätten har slagit fast i punkt 4966 i den överklagade domen försökte varje enskilt företag som är part i avtalet "säkerställa respekten för hemmamarknaderna genom ett antal åtgärder som ansågs nödvändiga särskilt med hänsyn till företagets affärsintressen och den geografiska placeringen av företagets naturliga mark-

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

86 — Se dom av den 16 december 1975 i 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 623, och domen i det ovan i fotnot 23 nämnda målet Hercules Chemicals mot kommissionen, punkt 110.

nad. Med hänsyn till dessa förhållanden medför inte den omständigheten att ett företag har deltagit i ett begränsat antal otillåtna åtgärder att anslutningen till Cembureau-avtalet skall anses vara mindre omfattande och att ansvaret för överträdelsen således är mindre omfattande." Situationen är densamma med avseende på skadorna vad gäller konkurrensen.

132. De skäl till att skilja mellan de två kategorierna av företag, som har redovisats av kommissionen och som sammanfattas av förstainstansrätten, [87] motsvarar ett objektivt och rimligt kriterium, nämligen ifrågavarande beteendens påverkan på konkurrensen och, i synnerhet, på avskärmningen av hemmamarknaderna. På så sätt betraktades de åtgärder som avses i artiklarna 2—4 i beslutet, eftersom de syftade till att direkt skydda nämnda marknader, som mer allvarliga, medan de som beskrevs i artiklarna 5 och 6, med "mindre direkt verkan", [88] kunde betecknas som mindre allvarliga.

133. Följaktligen skall denna grund underkännas såsom obefogad.

134. Argumentet kan inte heller, såsom det har formulerats, tas upp till prövning i sak eftersom Italcementi går in på ett område som är förbjudet inom ramen för ett överklagande. När bolaget har gjort gällande att förstainstansrätten inte skilde mellan perioder under vilka det följde överenskommelsen mindre strikt och andra perioder då dess inblandning var större, eftersträvar det i själva verket en ny prövning av omständigheterna i tvisten i vilken domstolen inte kan ge sig in. [89]

C — Felaktig bedömning av hur länge den överträdelse som tillskrevs Italcementi varade (den nionde grunden)

135. Denna sista grund har inget eget sakligt innehåll, utan utgör en blek kopia av den andra och den tredje grunden. Italcementi har begärt att domstolen, för det fall talan bifalls på någon av dessa två grunder, [90] skall upphäva den överklagade domen i den del det däri konstateras att bolagets delaktighet i Cembureau-avtalet även innefattar tiden fram till den 3 april 1992 och, under alla omständigheter, efter den 31 december 1988. Bolaget har vidare begärt att domstolen, med oinskränkt utövning av den prövningsrätt som den tillerkänns genom fördraget och rättegångsreglerna, definitivt skall avgöra frågan och sätta ned det bötesbelopp som det ålades.

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

88 — Punkt 4968, i sin helhet, i den överklagade domen.

89 — Se mina överväganden i punkt 46 i detta förslag till avgörande.

90 — Som avser artikel 4.3 b i beslutet.

136. Det faktum att de två grunder som den följer av underkänns medför, utan att ytterligare argumentation krävs, att även denna grund skall underkännas.

137. Då samtliga grunder som medgavs prövning i sak har underkänts skall överklagandet i sin helhet ogillas.

V — Rättegångskostnader

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

VI — Förslag till avgörande

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

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

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

3) förplikta klagandebolaget att ersätta kostnaderna för överklagandet.