FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT PAOLO MENGOZZI

föredraget den 30 april 2009 [1]

I — Bakgrund, förfarandet och parternas yrkanden

1. I beslut K(2004) 4221 slutlig av den 26 oktober 2004 om ett förfarande enligt artikel 81 [EG] (ärende COMP/F-1/38.338 – PO/Nålar) (nedan kallat det omtvistade beslutet) slog Europeiska gemenskapernas kommission i artikel 1 fast att bolagen William Prym GmbH & Co. KG och Prym Consumer GmbH (nedan kallade Prym eller klagandena) hade överträtt artikel 81.1 EG genom att delta i en rad avtal som innebar eller bidrog till dels uppdelning av produktmarknaderna genom att den europeiska marknaden för hårda sybehörsartiklar delades upp i segment, dels till uppdelning av de geografiska marknaderna, genom att den europeiska marknaden för synålar delades upp i segment, tillsammans med två brittiska företag och deras filialer, nämligen dels Coats Holdings Ltd och J&P Coats Ltd (nedan tillsammans kallade Coats-koncernen), dels Entaco Group Ltd och Entaco Ltd (nedan tillsammans kallade Entaco-koncernen).

2. I artikel 2 i det omtvistade beslutet ålade kommissionen klagandena böter om 30 miljoner euro.

3. I det omtvistade beslutet fastställde kommissionen dessa böter utifrån överträdelsens allvar och varaktighet, det vill säga de kriterier som anges i såväl artikel 15.2 i rådets förordning nr 17 av den 6 februari 1962, [2] första förordningen om tillämpning av artiklarna [81 EG] och [82 EG], i ändrad lydelse (nedan kallad förordning nr 17), som artikel 23.3 i rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 [EG] och 82 [EG] [3]. För att beräkna det bötesbelopp som ålades klagandena i det omtvistade beslutet följde kommissionen även, dock utan att nämna det uttryckligen, den metod som redovisas i 1998 års riktlinjer för beräkning av böter som döms ut enligt artikel 15.2 i förordning nr 17 och artikel 65.5 i EKSG-fördraget (nedan kallade riktlinjerna) [4].

4. Beträffande överträdelsens allvar, som undersöktes i punkterna 317–322 i det omtvistade beslutet, beaktade kommissionen överträdelsens art, dess ”faktiska inverkan på marknaden” samt den ifrågavarande geografiska marknadens storlek. På grundval av dessa faktorer drog kommissionen slutsatsen att de företag som deltog i den aktuella

1 — Originalspråk: franska.

2 — EGT 13, s. 204; svensk specialutgåva, område 8, volym 1, s. 8.
3 — EGT L 1, 2003, s. 1.
4 — EGT C 9, s. 3.

kartellen hade gjort sig skyldiga till en ”mycket allvarlig” överträdelse, som föranledde kommissionen att för klagandena fastställa utgångsbeloppet för böterna till 20 miljoner euro.

5. Beträffande överträdelsens varaktighet slog kommissionen fast att överträdelsen hade pågått under en period om åtminstone fem år och tre månader, nämligen från den 10 september 1994 till den 31 december 1999. Kommissionen ökade därför utgångsbeloppet för böterna med 50 procent för att beakta överträdelsens varaktighet. Kommissionen fastställde därför grundbeloppet för klagandenas böter till 30 miljoner euro.

6. Vidare nekade kommissionen i punkt 331 i det omtvistade beslutet klagandena möjligheten att beakta förmildrande omständigheter. Kommissionen betonade därvid bland annat att det förtida upphörandet av det olagliga avtalet inte var en följd av ett ingripande från kommissionens sida och att det förtida upphörandet redan hade beaktats när överträdelsens varaktighet fastställdes.

7. Kommissionen ansåg vidare att endast Entaco-koncernen hade uppfyllt de villkor som anges i punkt B i kommissionens meddelande av den 18 juli 1996 om befrielse från eller nedsättning av böter i kartellärenden [5] (nedan kallat meddelandet om samarbete). Det sammanlagda bötesbelopp som ålades klagandena i det omtvistade beslutet uppgick således till 30 miljoner euro.

8. Genom ansökan som inkom till Europeiska gemenskapernas förstainstansrätts kansli den 28 januari 2005 yrkade klagandena i första hand att det omtvistade beslutet skulle ogiltigförklaras såvitt avsåg dem och i andra hand att de böter som de ålagts solidariskt skulle undanröjas eller sättas ned.

9. I sin dom av den 12 december 2007 (nedan kallad den överklagade domen) [6] biföll förstainstansrätten talan delvis såvitt avsåg nedsättning av böterna. Förstainstansrätten konstaterade därvid att det var fel att inte tillämpa punkt D 2 i meddelandet om samarbete och således låta klagandena dra fördel av att de inte bestridit de faktiska omständigheter som konstaterats i meddelandet om anmärkningar som kommissionen hade skickat den 15 mars 2004. Inom ramen för sin fulla prövningsrätt enligt artikel 229 EG satte förstainstansrätten därför ned det bötesbelopp som ålagts klagandena till 27 miljoner euro. Förstainstansrätten ogillade talan i övrigt. Vid fördelningen av rättegångskostnaderna förpliktade förstainstansrätten dels klagandena att bära 90 procent av sina

5 — EGT C 207, s. 4.

6 — Dom av den 12 december 2007 i mål T-30/05, Prym och Prym Consumer mot kommissionen (REG 2007, s. II-107).

rättegångskostnader och ersätta 90 procent av kommissionens rättegångskostnader, dels kommissionen att bära 10 procent av sina rättegångskostnader och ersätta 10 procent av klagandenas.

II — Rättslig bedömning

A — *Inledande anmärkningar*

10. Genom handling som inkom till domstolens kansli den 30 november 2007 har klagandena överklagat förstainstansrättens dom med yrkande om att domstolen i första hand ska upphäva nämnda dom i den mån som den går dem emot och ogiltigförklara det omtvistade beslutet i den utsträckning som det avser dem. Klagandena har i andra hand yrkat att de böter som de ålagts i artikel 2 i det omtvistade beslutet ska undanröjas eller sättas ned och att målet ska återförvisas till förstainstansrätten för avgörande. De har även yrkat att kommissionen förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna för hela förfarandet.

11. Kommissionen har i sin svarsskrivelse yrkat att domstolen ska ogilla överklagandet och förplikta klagandena att ersätta rättegångskostnaderna.

12. Parterna utvecklade sin talan vid förhandlingen den 5 mars 2009.

13. Klagandena har åberopat fem grunder till stöd för sitt överklagande. De två första grunderna, att deras rätt till försvar åsidosatts och att de vägrats domstolsprövning, har åberopats till stöd för ett yrkande om fullständigt upphävande av den överklagade domen. De tre andra grunderna avser alla endast fastställandet av det bötesbelopp som ålagts klagandena solidariskt, vilket jag kommer att redogöra för ytterligare nedan, och kan således, om överklagandet bifalls på åtminstone en av grunderna, endast leda till att den överklagade domen delvis upphävs och, i förekommande fall, att det omtvistade beslutet ändras, om domstolen i enlighet med artikel 61 första stycket i domstolens stadga anser att tvisten är färdig för avgörande.

14. Jag vill emellertid redan här ange att ingen av de grunder som klagandena har åberopat till stöd för sitt överklagande förefaller mig kunna leda till att den överklagade domen upphävs, inte ens delvis, även om motiveringen i den överklagade domen i vissa delar inte kan undgå kritik, vilket jag kommer att redogöra för nedan.

B — *Den första grunden för överklagandet: åsidosättande av rätten till försvar, särskilt rätten att yttra sig*

1. Förstainstansrättens överväganden

15. Vid förstainstansrätten hävdade klagandena att kommissionen hade åsidosatt deras rätt att yttra sig genom att dela upp ett förfarande som inledningsvis var endast ett och som kallades ”Sybehörsartiklar” i två olika förfaranden, nämligen dels det som kallas ”Sybehörsartiklar: synålar” (nedan kallat synålsärendet), vilket utmynnade i det omtvistade beslutet, dels det som kallas ”Sybehörsartiklar: låsanordningar” (nedan kallat låsanordningsärendet). De hävdade att om kommissionen hade iakttagit deras rätt att yttra sig skulle de ha påpekat att det bötesbelopp som ålagts i det omtvistade beslutet skulle ha fastställts vid en övergripande bedömning mot bakgrund av det samband som fanns mellan synålsärendet och låsanordningsärendet. Klagandena underströk att kommissionen emellertid inte hade beaktat låsanordningsärendet i det omtvistade beslutet, vilket ledde till att det bötesbelopp som ålades klagandena i det beslutet var mycket högre (omkring 8,9 procent av klagandenas sammanlagda globala omsättning) än det skulle ha varit om de två ärendena hade prövats gemensamt.

16. Förstainstansrätten godtog inte detta resonemang. Den konstaterade först i punkt 61 i den överklagade domen att det meddelande om anmärkningar som översänts till klagandena den 15 mars 2004 hade den otvetydiga titeln ”meddelande om anmärkningar i förfarandet PO/sybehörsartiklar: synålar” och att klagandena följaktligen allra senast vid detta datum visste att kommissionen hade inlett ett särskilt förfarande avseende synålsmarknaden. Enligt förstainstansrätten kunde klagandena därför försvara sig mot uppdelningen av förfarandena i sitt svar på nämnda meddelande om anmärkningar.

17. I punkterna 63–66 i den överklagade domen tillade förstainstansrätten följande:

”63 När det gäller argumenten avseende ett tak om 10 procent och avseende en hävdad skyldighet för kommissionen att göra en ’helhetsbedömning’ av synåls- och låsanordningsärendena framhåller förstainstansrätten att i artikel 23.2 i förordning nr 1/2003 föreskrivs endast att böterna för varje deltagare i överträdelsen inte ska överstiga 10 procent av den sammanlagda omsättningen under föregående räkenskapsår. I denna bestämmelse hänvisas inte till summan av olika böter som åläggs ett företag. Om sökandena verkligen har gjort sig skyldiga till olika överträdelser, saknar det förhållandet att överträdelserna fastställs i flera beslut eller i ett enda beslut betydelse. Den enda fråga som uppkommer är således om det verkligen är fråga om olika överträdelser.

64 I detta sammanhang har kommissionens rätt att såväl dela upp som förena ärenden av objektiva skäl erkänts underförstått i förstainstansrättens dom av den 15 juni 2005 i de förenade målen T-71/03, T-74/03, T-87/03 och T-91/03, Tokai Carbon m.fl. mot kommissionen … (nedan kallad Tokai II-domen). I punkt 118 i den domen slog förstainstansrätten fast att det var tillåtet för kommissionen att ålägga SGL Carbon, en av sökandena i de målen, tre olika böter (i två olika beslut) med iakttagande i vart och ett av dem av de gränser som fastställs i artikel 15.2 i förordning nr 17, under förutsättning att SGL Carbon hade begått tre olika överträdelser av bestämmelserna i artikel 81.1 EG.

65 I förevarande fall är situationen inte helt jämförbar med den som gav upphov till Tokai II-domen, punkt 64 ovan, eftersom synåls- och låsanordningsärendena enligt klagandena överlappar varandra i fråga om ursprung, de ifrågavarande marknaderna, den period som täcks av överträdelsen och de berörda företagen. Sökandena har nämligen påpekat att den definition av marknaden som återfanns i meddelandet om anmärkningar i låsanordningsärendet motsvarade 'nästan ordagrant' den som redovisades i skäl 46 i det [omtvistade] beslutet.

66 Dessa påståenden kan emellertid kontrolleras först sedan beslutet i låsanordningsärendet antagits. Vid förhandlingen bekräftade kommissionen att det administrativa förfarandet i låsanordningsärendet inte hade avslutats och att inget beslut ännu hade fattats. Följaktligen var alla antaganden om dess eventuella utgång och den hävdade avsaknaden av objektiva skäl för att dela upp förfarandet (se beträffande detta krav punkterna 119–124 i Tokai II-domen, punkt 64 ovan) av spekulativt slag och kan inte innebära att det [omtvistade] beslutets lagenlighet ifrågasätts."

2. Parternas argument

18. Genom förevarande grund för överklagandet har klagandena gjort gällande att förstainstansrätten gjorde sig skyldig till en felaktig rättstillämpning när den i punkt 61 i den överklagade domen slog fast att klagandena åtminstone efter meddelandet om anmärkningar av den 15 mars 1994 visste att kommissionen drev olika förfaranden avseende synålsmarknaden och att de således kunde försvara sig mot att förfarandet delats upp. Enligt klagandena var det inte tillräckligt att de endast kände till att förfarandet delats upp för att det skulle vara möjligt för dem att utöva sin rätt till försvar på ett effektivt sätt. Enligt deras uppfattning skulle kommissionen ha angett de faktiska omständigheter och skäl på grundval av vilka den hade delat upp förfarandet, eftersom det genom meddelandet om anmärkningar av den 15 mars 1994 endast framgick att kommissionen ansåg att klagandenas agerande på området för "sybehörsartiklar: synålar" utgjorde en självständig överträdelse i förhållande till agerandet på området för "sybehörsartiklar: låsanordningar". Enligt klagandena hade den felaktiga rättstillämpning som förstainstansrätten gjorde sig skyldig till som följd att de berövades möjligheten att göra gällande att

det fanns ett ansenligt antal omständigheter, för vilka redogjorts i deras överklagande, av vilka framgick att agerandet i synåls- och låsanordningsärendena skulle betraktas, i vart fall delvis, som en enda, fortlöpande överträdelse i den mening som avses i artikel 23.2 i förordning nr 1/2003. Vid förhandlingen underströk klagandena att de vid förstainstansrätten gett in en ansökan om ogiltigförklaring av kommissionens beslut K(2007) 4257 slutlig av den 19 september 2007 i ärendet COMP/E-1/39.168 – sybehörsartiklar i metall och plast, fäst- och låsanordningar [7] (nedan kallat fäst- och låsanordningsbeslutet).

19. I sin svarsskrivelse har kommissionen anfört för det första att talan inte kan prövas i sak på denna grund, eftersom det är första gången som klagandena har åberopat att den fjärde överträdelsen som konstaterades i låsanordningsbeslutet och den överträdelse som fastställdes i det omtvistade beslutet utgör en enda, fortlöpande överträdelse. Enligt kommissionens uppfattning förde nämligen klagandena vid förstainstansrätten aldrig fram ett sådant påstående, inte heller ett mera allmänt, vid förstainstansrätten. Kommissionen har i detta avseende hänvisat till bland annat punkterna 12–23 i ansökan till förstainstansrätten, i vilka klagandena hävdade att om de hade känt till att de två förfarandena delats upp skulle de ha anfört att böterna inte kunde överstiga 10 procent av omsättningen i de två förfarandena. Kommissionen anser för det andra att talan inte kan prövas i sak, och i andra hand att den inte kan bifallas, på klagandenas argument att kommissionen åsidosatte motiveringsskyldigheten när den delade upp förfarandet.

3. Bedömning

a) Omfattningen av grunden för överklagandet och huruvida talan kan prövas på denna grund

20. Jag erinrar inledningsvis om att i ett mål om överklagande är domstolen endast behörig att pröva den lägre instansens rättsliga bedömning av de grunder och argument som har behandlats vid den. [8] En part kan således i princip inte för första gången vid domstolen åberopa en ny grund som han inte åberopat vid förstainstansrätten, eftersom detta skulle innebära att domstolen tilläts kontrollera lagenligheten av förstainstansrättens bedömning mot bakgrund av grunder som förstainstansrätten inte prövat. [9]

21. I förevarande mål står det klart att vid förstainstansrätten gjorde klagandena, inom ramen för en grund angående åsidosättande

7 — Denna talan, som är anhängig vid förstainstansrätten, har registrerats under T-454/07.

8 — Se, för ett liknande resonemang, dom av den 1 februari 2007 i mål C-266/05 P, Sison mot rådet (REG 2007, s. I-1233), punkt 95 och där angiven rättspraxis.

9 — Se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Sison mot rådet.

av väsentliga formföreskrifter, gällande att deras rätt att yttra sig åsidosatts, eftersom de inte hade kunnat göra gällande sina ståndpunkter beträffande uppdelningen av synålsförfarandet och låsanordningsförfarandet innan det omtvistade beslutet antogs.

22. Klagandena har i sitt överklagande upprepat denna argumentation genom att kritisera särskilt punkt 61 i den överklagade domen, men de förefaller vidga grunden till ett ”åsidosättande av rätten till försvar, särskilt av rätten att yttra sig”, utan att hävda att förstainstansrätten själv i det förfarande som utmynnade i den överklagade domen åsidosatte en sådan rätt. Rätten att yttra sig är emellertid endast ett sätt att utöva rätten till försvar. Jag anser följaktligen att prövningen av den första grunden för överklagandet ska begränsas till en kontroll av om förstainstansrätten gjort rätt när den inte godtog klagandenas invändning att deras rätt att yttra sig åsidosatts.

23. Innan jag gör denna prövning ska jag ta ställning till två invändningar om rättegångshinder som kommissionen gjort. Jag förklarar redan nu att dessa invändningar enligt min mening inte ska godtas.

24. Vad gäller den första invändningen om rättegångshinder ska först och främst noteras att grunden för överklagandet – såsom jag precis har avgränsat den, det vill säga att rätten att yttra sig åsidosatts – inte alls utgör en ny grund som inte behandlats vid förstainstansrätten och som domstolen i enlighet med rättspraxis i princip inte skulle kunna pröva vid ett överklagande. [10]

25. Vidare har kommissionen i sin svarsskrivelse visat prov på en viss tveksamhet beträffande klassificeringen av den påstått nya invändning som klagandena åberopat, att det var fråga om en enda, fortlöpande överträdelse i de två synåls- och låsanordningsförfarandena. Kommissionen har nämligen anfört såväl att det är fråga om ett nytt ”argument” som om en ny ”grund”. [11]

26. Även om denna klassificering framstår som väsentlig för om en invändning om rättegångshinder bestående i att en ny grund åberopats vid domstolen i ett mål om överklagande ska bifallas eller ej, är det så att domstolen sällan prövar denna fråga utan ibland nöjer sig med att beteckna en viss invändning som ett argument och godta att den tas upp till sakprövning utan att i förväg försöka undersöka om det inte i själva verket är fråga om en grund [12] eller, vilket är mer

10 — Se den rättspraxis som angetts i fotnot 8 ovan.

11 — Se punkt 3 i svarsskrivelsen.

12 — Se, i det avseendet, angående frågan om argument som grundade sig på konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, som undertecknades i Rom den 4 november 1950 kunde tas upp till sakprövning, dom av den 18 januari 2007 i mål C-229/05, PKK och KNK mot rådet (REG 2007, s. I-439), punkt 66, beträffande frågan om huruvida argument som hänförde sig till Europakonventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna kunde tas upp till sakprövning. I denna dom uttalade domstolen att ”… klaganden till stöd för ett överklagande får anföra alla relevanta argument, med förbehåll endast för att överklagandet inte får avse en annan sak än den som varit föremål för talan vid förstainstansrätten. I motsats till vad rådet har hävdat finns det ingen regel som säger att varje argument som anförs till stöd för överklagandet tidigare måste ha varit föremål för diskussion i första instans. En sådan inskränkning kan inte godtas, eftersom den skulle medföra att överklagandeinstitutet förlorade en stor del av sin betydelse.”

diskutabelt och enligt min uppfattning felaktigt, låta alla nya argument som klagandena åberopat till stöd för en grund träffas av ordningen med rättegångshinder för nya grunder och dra slutsatsen att talan inte kan prövas på detta argument. [13]

27. För min del anser jag att det i förevarande mål ska kontrolleras om åberopandet av invändningen att det var fråga om en enda överträdelse vilar på en annan rättslig grund än grunden att rätten att yttra sig åsidosatts, i vilket fall denna första invändning ska anses som en särskild och ny rättslig grund som inte kan tas upp till sakprövning eftersom den åberopats för första gången vid domstolen, eller om denna invändning endast åberopas till stöd för grunden att rätten att yttra sig åsidosatts, i vilket fall det således bara är fråga om ett argument som kan tas upp till sakprövning. [14]

28. I förevarande fall framgår emellertid av såväl överklagandet som kommissionens svarsskrivelse att invändningen att det förelåg en enda fortlöpande överträdelse, vilken ostridigt inte åberopats i denna lydelse vid förstainstansrätten, förefaller ha framförts endast som en följd av att klagandena hävdat att kommissionen åsidosatt rätten att yttra sig. Klagandena har nämligen uttryckligen, bland annat i punkterna 12 och 13 i sitt överklagande, nämnt den inverkan som det hävdade rättegångsfelet ska ha haft, vilken inverkan de redogjort för i det avsnitt i överklagandet som har rubriken ”effekter av förfarandefelet på klagandenas situation i sak”, och därvid hänvisat till rättspraxis enligt vilken åsidosättande av rätten att yttra sig kan leda till att en rättsakt ogiltigförklaras endast om förfarandet hade kunnat leda till ett annat resultat utan en sådan felaktighet. [15] Det är således endast för att visa den inverkan som det hävdade åsidosättandet av rätten att yttra sig skulle ha haft på deras situation och på det omtvistade beslutet som klagandena i sitt överklagande redogör för argumentationen att det fanns flera omständigheter som pekade på att agerandena i synålsärendet och låsanordningsärendet skulle betraktas som en enda, fortlöpande överträdelse. Det är således fråga om en invändning som endast åberopats som stöd för grunden att deras rätt att yttra sig åsidosatts. Följaktligen ska denna invändning anses som ett argument som kan tas upp till sakprövning.

29. Slutligen framgår det av punkterna 63–66 i den överklagade domen att förstainstansrätten beträffande grunden att rätten att yttra sig åsidosatts visst tog ställning i frågan om kommissionens eventuella uppdelning av en enda, fortlöpande överträdelse. Vad gäller klagandenas argumentation, om vilken erinrats ovan i punkterna 15 och 28, beträffande den inverkan som kommissionens åsidosättande av rätten att yttra sig skulle ha haft på

13 — Se bland annat dom av den 21 september 2006 i mål C-176/04 P, JCB Service mot kommissionen (REG 2006, s. I-8935), i vars punkt 114 det anges att ”[d]omstolen är i ett mål om överklagande... endast behörig att pröva den lägre instansens rättsliga bedömning av de grunder och argument som har behandlats vid den”. Se även dom av den 2 april 2009 i mål C-202/07 P, France Télécom mot kommissionen (REG 2009, s. I-2369), punkterna 59 och 60.

14 — På grundval av den skillnad mellan rättsligt argument och grund som domstolen gjorde i dom av den 25 oktober 2007 i mål C-167/06 P, Komninou m.fl. mot kommissionen (REG 2007, s. I-141, ej publicerad i rättsfallssamlingen), punkt 24.

15 — Se bland annat dom av den 14 februari 1990 i mål C-301/87, Frankrike mot kommissionen (REG 1990, s. I-307; svensk specialutgåva, volym 10, s. 303), punkt 31. Se även, för ett liknande resonemang, dom av den 29 juni 2006 i mål C-308/04 P, SGL Carbon mot kommissionen (REG 2006, s. I-5977), punkt 98 och där angiven rättspraxis.

artikeldelen i det omtvistade beslutet, kan sådana bedömningar från förstainstansrättens sida visserligen helt klart, trots att de formulerats något oklart, ha gjorts endast för fullständighetens skull, eftersom förstainstansrätten inte godtog klagandenas påstående att deras rätt att yttra sig åsidosatts.

30. När en grund kan prövas i sak ankommer det emellertid i princip på klaganden att utveckla argument till stöd för denna grund efter klagandens gottfinnande, vilka antingen kan vara argument som redan åberopats vid förstainstansrätten eller nya argument, framför allt beträffande förstainstansrättens bedömningar. Om så inte vore fallet skulle nämligen överklagandeinstitutet förlora en del av sin betydelse. [16]

31. Mot bakgrund av det ovan anförda är det under alla förhållanden uppenbart att klagandenas påståenden i punkterna 13–29 i överklagandet att det var fråga om en enda, fortlöpande överträdelse som var gemensam för förfarandena i synåls- och låsanordningsärendena inte kan tolkas så, att klagandena vid domstolen önskar åberopa en grund att de i punkterna 250–260 i det omtvistade beslutet redovisade konstaterandena att det förelåg en enda, fortlöpande överträdelse på de marknader som identifierats i detta beslut byggde på en felaktig rättstillämpning eller en felaktig bedömning. Om det skulle vara fallet, skulle nämligen en sådan grund avseende det omtvistade beslutets riktighet i sak i enlighet med rättspraxis inte kunna tas upp till sakprövning, eftersom det är ostridigt att den inte åberopades vid förstainstansrätten.

32. Vad för det andra gäller kommissionens invändning om rättegångshinder för klagandenas påstående beträffande bristande motivering av uppdelningen av förfarandet, så kan denna invändning enligt min uppfattning inte heller godtas.

33. Jag medger visserligen att detta påstående visserligen ska anses som en annan grund än den att rätten att yttra sig åsidosatts, och det är ostridigt att den inte åberopades vid förstainstansrätten.

34. Detta dubbla konstaterande skulle kunna leda till att grunden avvisas till följd av att den är ny. Jag konstaterar vidare att domstolen redan i sin dom i målet O'Hannrachain mot parlamentet drog slutsatsen att en invändning som syftade till att få fastslaget att en gemenskapsinstitution åsidosatt motiveringsskyldigheten, vilken grund inte hade åberopats vid förstainstansrätten, inte kunde tas upp till sakprövning. Anledningen till detta var att en tvist vid domstolen i ett mål om överklagande inte kan vara mer omfattande än den som förstainstansrätten har prövat. [17]

16 — Se domen i det ovannämnda målet PKK och KNK mot rådet, punkt 64 och där angiven rättspraxis.

17 — Dom av den 5 juni 2003 i mål C-121/01 P, O'Hannrachain mot parlamentet (REG 2003, s. I-5539), punkt 39.

35. Synsättet i domen i det ovannämnda målet O'Hannrachain mot parlamentet framstår för mig som alltför strängt, eftersom man inte beaktar domstolens rättspraxis att åsidosättande av motiveringsskyldigheten avser tvingande rätt och ska prövas ex officio av gemenskapsdomstolarna. [18] Såsom domstolen nyligen angett i punkterna 49 och 50 i domen i målet Chronopost et La Poste mot UFEX m.fl., som avsåg ett överklagande, kan emellertid prövningen av en grund som utgör tvingande rätt göras när som helst under rättegången, även om den part som åberopar grunden avstått från att göra det vid förstainstansrätten. [19] Det ska därvid påpekas att i punkt 49 i domen i det ovannämnda målet Chronopost et La Poste mot UFEX m.fl. hänvisade domstolen till punkt 25 i sin dom i målet kommissionen mot Daffix [20] i vilken åberopades att motiveringsskyldigheten åsidosatts. Denna hänvisning uppfattar jag så att domstolen, underförstått men med nödvändighet, godtog att en grund avseende åsidosättande av motiveringsskyldigheten, särskilt bristande motivering, skulle ha kunnat åberopas vid ett överklagande, trots att det inte åberopats vid förstainstansrätten.

36. Under alla förhållanden förefaller klagandena lägga förstainstansrätten till last att den inte ex officio prövat en hävdad bristande motivering beträffande uppdelningen av undersökningen i två olika förfaranden.

37. Jag anser följaktligen att domstolen inte ska godta de två grunder som kommissionen har åberopat för rättegångshinder avseende den första grunden för överklagandet.

b) Prövning i sak

38. I sak anser jag att överklagandet inte kan bifallas på förevarande grund.

39. För det första kan klagandena enligt min uppfattning inte klandra förstainstansrätten för att den i punkt 61 i den överklagade domen fastställde att de hade fått tillfälle att göra gällande sina ståndpunkter beträffande uppdelningen av förfarandet i deras svar på

18 — Se bland annat dom av den 2 april 1998 i mål C-367/95 P, kommissionen mot Sytraval och Brink's France (REG 1998, s. I-1719), punkt 67, och av den 30 mars 2000 i mål C-265/97 P, VBA mot Florimex m.fl. (REG 2000, s. I-2061), punkt 114. Se även beträffande begreppet tvingande rätt, punkterna 102–104 i mitt förslag till avgörande i mål C-443/05 P, Common Market Fertilizers mot kommissionen, där domstolen meddelade dom den 13 september 2007 (REG 2007, s. I-7209). Beträffande skyldigheten att motivera en rättsakt såsom fråga som avser tvingande rätt och som ska undersökas ex officio av domstolen förefaller det i rättspraxis inte göras åtskillnad utifrån motiveringsreglernas dubbla funktion, nämligen dels att möjliggöra domstolens lagenlighetskontroll (det objektiva syftet), dels att säkerställa att den berörde känner till skälen för den vidtagna åtgärden så att denne kan göra gällande sin rätt och kontrollera att rättsakten är välgrundad (det subjektiva syftet) (se beträffande denna dubbla funktion bland annat dom av den 17 januari 1984 i de förenade målen 43/82 och 63/82, VBVB och VBBB mot kommissionen (REG 1984, s. 19; svensk specialutgåva, volym 7, s. 437), punkt 22, av den 17 januari 1995 i mål C-360/92 P, Publishers Association mot kommissionen (REG 1995, s. I-23), punkt 39, och av den 18 september 2003 i mål C-338/00, Volkswagen mot kommissionen (REG 2003, s. I-9189), punkt 124. Det rättegångshinder som ansågs föreligga i domen i det ovannämnda målet O'Hannrachain mot parlamentet förefaller inte bygga på en åtskillnad av detta slag. Med hänsyn till det rent subjektiva syftet med att rätten till försvar iakttas kan enligt min mening en grund avseende åsidosättande av denna rätt (eller rätten att yttra sig) under alla förhållanden inte betecknas som en grund avseende tvingande rätt. Gemenskapsdomstolen ska således inte kunna pröva en sådan grund ex officio.

19 — Dom av den 1 juli 2008 i de förenade målen C-341/06 P och C-342/06 P, Chronopost mot UFEX m.fl. (REG 2008, s. I-4777).

20 — Dom av den 20 februari 1997 i mål C-166/95 P, kommissionen mot Daffix (REG 1997, s. I-983), punkt 25.

meddelandet om anmärkningar, som sändes till dem den 15 mars 2004, vilket på ett otvetydigt sätt hade rubriken ”Meddelande om anmärkningar i förfarandet PO/sybehörsartiklar: synålar”.

40. Det meddelande om anmärkningar som föreskrivs i förordning nr 17 (och i förordning nr 1/2003) är ett förberedande dokument under förfarandet i förhållande till det beslut genom vilket förfarandet avslutas. I denna handling avgränsas föremålet för det administrativa förfarande som inletts, så att kommissionen hindras att i sitt beslut stödja sig på andra invändningar. I denna handling ska alla väsentliga omständigheter som kommissionen stöder sig på i detta skede av förfarandet anges. De bedömningar av faktiska och rättsliga förhållanden som kommissionen gör i meddelandet om anmärkningar är således av rent preliminär karaktär. [21]

41. Vidare förutsätter iakttagandet av rätten till försvar att de berörda företagen har getts tillfälle att under det administrativa förfarandet på ett meningsfullt sätt framföra sina synpunkter på huruvida de påstådda omständigheterna och förhållandena verkligen föreligger och är relevanta och på de handlingar som enligt kommissionen styrker dess påstående om att EG-fördraget har överträtts. [22]

Kommissionen ska beakta alla uppgifter som framkommit under det administrativa förfarandet, antingen för att kunna dra tillbaka invändningar som visar sig vara dåligt underbyggda eller för att kunna sammanställa och komplettera sina faktiska och rättsliga argument till stöd för de invändningar som kvarstår. [23]

42. Med andra ord är det genom meddelandet om invändningar som det berörda företaget underrättas om samtliga väsentliga omständigheter som kommissionen grundar sig på i detta skede av förfarandet och det är endast efter det att nämnda meddelande skickats som detta företag kan göra gällande sin rätt till försvar fullt ut. [24]

43. Genom meddelandet om anmärkningar av den 15 mars 2004 avgränsades emellertid i förevarande fall utan någon oklarhet föremålet för det administrativa förfarande som utmynnade i det omtvistade beslutet till ”sybehörsartiklar: synålar”.

44. Denna uppgift var tillräcklig för att göra det möjligt för klagandena att göra gällande sin ståndpunkt beträffande uppdelningen av förfarandet och bestrida denna uppdelning, i den mån som de var missnöjda med den.

21 — Se, för ett liknande resonemang, beslut av den 18 juni 1986 i de förenade målen 142/84 och 156/84, British American Tobacco och Reynolds Industries mot kommissionen (REG 1986, s. 1899), punkt 13, samt dom av den 17 november 1987 i de förenade målen 142/84 och 156/84, British American Tobacco och Reynolds Industries mot kommissionen (REG 1987, s. 4487; svensk specialutgåva, volym 9, s. 247), punkt 70, och av den 7 januari 2004 i de förenade målen C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P och C-219/00 P, Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen (REG 2004, s. I-123), punkt 67 och där angiven rättspraxis.

22 — Domen i det ovannämnda målet Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen, punkt 66 och där angiven rättspraxis.

23 — Se dom av den 15 juli 1970 i mål 41/69, ACF Chemiefarma mot kommissionen (REG 1970, s. 661), punkt 92, domen i det ovannämnda målet Aalborg Portland m.fl mot kommissionen, punkt 67, samt beslutet i det ovannämnda målet British American Tobacco och Reynolds Industries mot kommissionen, punkt 13.

24 — Se dom av den 25 januari 2007 i mål C-407/04 P, Dalmine mot kommissionen (REG 2007, s. I-829), punkt 59 och där angiven rättspraxis.

45. Jag vill för övrigt påpeka, utan att det finns anledning att uttala sig i frågan om det finns grund för detta påstående, att klagandena i punkt 10 i överklagandet uttryckligen medgav att det av meddelandet om anmärkningar av den 15 mars 2004 framgick att kommissionen ansåg att deras agerande i synålsärendet utgjorde en självständig överträdelse i förhållande till deras agerande på låsanordningsområdet.

46. Denna bekännelse visar att klagandena faktiskt kunde på ett ändamålsenligt sätt göra gällande sin ståndpunkt beträffande uppdelningen av förfarandet i samband med meddelandet om anmärkningar. Klagandena har emellertid inte alls förklarat skälen till att det – trots att de informerats och var medvetna om detta i vart fall preliminära ställningstagande från kommissionens sida – var omöjligt för dem att yttra sig, i vart fall kortfattat, över detta ställningstagande i sitt svar på nämnda meddelande om anmärkningar för vilket de förfogade över en frist som översteg två månader från och med delgivningen av detta meddelande.

47. Jag vill tillägga att om sådana påpekanden gjorts i detta skede av förfarandet skulle det inte ha föranlett klagandena att medge att det förelåg en överträdelse i låsanordningsärendet [25], vilket klagandena för övrigt inte har hävdat.

48. För det andra kan inte heller påståendet att uppdelningen av förfarandet i samband med meddelandet om anmärkningar var bristfälligt motiverat godtas.

49. Det administrativa förfarande som ledde till att det fattades ett beslut i vilket fastställdes en överträdelse av artikel 81.1 EG är vanligtvis uppdelat i två faser som var och en svarar mot *en egen intern logik*. Den första av dessa faser, det vill säga utredningsfasen före meddelandet om anmärkningar, ska göra det möjligt för kommissionen att ta ställning till det fortsatta förfarandet. Den andra av nämnda faser, som sträcker sig från meddelandet om anmärkningar till antagandet av det slutliga beslutet, ska göra det möjligt för kommissionen att slutgiltigt ta ställning till den påtalade överträdelsen. [26]

25 — Enligt rättspraxis kan kommissionen, i förekommande fall genom ett beslut, ålägga ett företag att lämna alla nödvändiga upplysningar om de faktiska omständigheter som det kan ha kännedom om men däremot inte tvinga ett företag att tillhandahålla svar genom vilka företaget tvingas erkänna att det föreligger en överträdelse som det ankommer på kommissionen att bevisa (se domen i det ovannämnda målet Dalmine mot kommissionen, punkt 34 och där angiven rättspraxis).

26 — Se dom av den 15 oktober 2002 i de förenade målen C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P–C 252/99 P och C 254/99 P, Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mot kommissionen (REG 2002, s. I-8375), punkterna 182–184, och av den 21 september 2006 i mål C-105/04 P, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied mot kommissionen (REG 2006, s. I-8725), punkt 38.

50. Såsom klagandena har medgett i sitt överklagande framgick det av meddelandet om anmärkningar av den 15 mars 2004 att kommissionen ansåg att den överträdelse som avsågs med denna handling, nämligen överträdelsen avseende ”sybehörsartiklar: nålar”, *utgjorde en enda, fortlöpande överträdelse*. Klagandena förstod således mycket väl senast vid delgivningen av meddelandet om anmärkningar skälen till att förfarandet från och med detta meddelande delats upp i två olika förfaranden, av vilka det ena ledde till det omtvistade beslutet.

51. I detta avseende anser jag inte, tvärtemot vad klagandena har föreslagit, att man kan ålägga kommissionen en skyldighet att i mera detalj ange skälen till att den avgränsade föremålet i ett dokument, såsom ett meddelande om anmärkningar, som har just till syfte att avgränsa föremålet för det administrativa förfarande som ska leda till att kommissionen slutgiltigt tar ställning till den påtalade överträdelsen. [27] Det synsätt som klagandena har förespråkat skulle ha till följd att det krävdes att kommissionen förklarar sitt preliminära ställningstagande, såsom det avgränsats i meddelandet om anmärkningar, i förhållande till de uppgifter som framkommit vid de föregående undersökningsåtgärderna och som denna institution anser sig inte behöva innefatta i denna fas av det administrativa förfarandet. Kommissionen skulle alltså enligt rättspraxis inte vara skyldig endast att i meddelandet om anmärkningar ange alla väsentliga omständigheter på vilka den i detta skede av förfarandet stödjer sitt påstående att det föreligger en överträdelse utan även lämna en välutvecklad motivering avseende de omständigheter (som inte är väsentliga) på vilka den inte har för avsikt att grunda sig i just detta administrativa förfarande.

52. Enligt min mening skulle det vara alltför långtgående att ålägga en sådan motiveringsskyldighet i detta skede av det administrativa förfarandet.

53. I förevarande mål ska vidare, såsom klagandena har understrukit i sina inlagor, betonas att när meddelandet om anmärkningar av den 15 mars 2004 antogs, hade kommissionen inte avslutat det undersökningsförfarande som avsåg låsanordningsområdet och att kommissionen följaktligen inte hade sänt ett meddelande om anmärkningar till dem i det ärendet, vilket meddelande antogs först den 16 september 2004. Under dessa omständigheter är det ännu svårare att se hur det av kommissionen skulle kunna krävas en särskild motivering av uppdelningen av förfarandet när dess första meddelande om anmärkningar antogs på området för ”sybehörsartiklar: synålar”, även om det i detta skede inte i någon annan handling konstaterades att det förelåg en överträdelse av artikel 81.1 EG.

54. Vidare konstaterar jag att domstolen i domen i målet van Landewyck m.fl. mot kommissionen inte biföll talan på en grund avseende rättsstridig och icke-motiverad förening, i samband med att ett beslut i vilket fastslogs en överträdelse av artikel 81 EG fattades, av tre förfaranden som

27 — Se domen i det ovannämnda målet Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mot kommissionen, punkt 183.

inledningsvis varit separerade av det skälet att de berörda företagen och företagssammanslutningarna fått möjlighet att yttra sig över de anmärkningar som gjorts i det administrativa förfarandet, vilka hade ursprung i olika klagomål som getts in efter varandra under förfarandet. [28] Trots att det saknades motivering av det beslut som var föremålet för talan i det målet beträffande ”föreningen” av de tre förfarandena, förklarade domstolen att det inte fanns något som hindrade kommissionen att fatta ett enda beslut angående en och samma överträdelse som är föremål för flera klagomål, vilka anförts efter varandra under ett och samma förfarande. [29]

55. Jag kan inte se varför det skulle åvila kommissionen en tyngre motiveringsskyldighet i ett fall där institutionen delar upp förfarandet, eftersom meddelandet om anmärkningar gjorde det möjligt för klagandena att göra gällande sin inställning till denna uppdelning inom ramen för det administrativa förfarande som utmynnade i det omtvistade beslutet. I detta avseende erinrar jag om att klagandena aldrig vid förstainstansrätten åberopade att kommissionen i det omtvistade beslutet skulle ha gjort sig skyldig till en felaktig rättstillämpning eller en felaktig bedömning beträffande konstaterandena i punkterna 250–260 i detta beslut, enligt vilka det förelåg en enda, kontinuerlig överträdelse av artikel 81.1 EG på de marknader som avses med detta beslut.

28 — Se dom av den 29 oktober 1980 i de förenade målen 209/78–215/78 och 218/78, van Landewyck m.fl. mot kommissionen (REG 1980, s. 3125; svensk specialutgåva, volym 5, s. 345), punkterna 29–32.

29 — Ibidem, punkt 32.

56. Jag anser således att förstainstansrätten inte var skyldig att ex officio pröva den påstådda bristande motiveringen av delningen av det administrativa förfarandet.

57. Följaktligen kan överklagandet inte bifallas på den första grunden.

C — *Den andra grunden för överklagandet: nekad domstolsprövning och åsidosättande av rätten till ett effektivt domstolsskydd*

1. Parternas argument

58. Klagandena har kritiserat förstainstansrätten för att inte kontrollera att uppdelningen av förfarandet var lagenlig, trots att den för det första medgav att det förevarande målet skilde sig från de mål som gav upphov till den ovannämnda Tokai II-domen och för det andra hade indikationer, nämligen meddelandena om anmärkningar av den 15 september 2004 och av den 8 mars 2006 avseende låsanordningsärendet, på att kommissionen godtyckligt delat upp en enda, fortlöpande överträdelse. Tvärtemot vad förstainstansrätten slog fast i punkt 66 i den överklagade domen var utgången i detta förfarande inte längre av spekulativ karaktär. Det undgick förstainstansrätten även att det

omtvistade beslutets lagenlighet berodde på om den överträdelse som fastställts och sanktionsbelagts utgjorde en annan överträdelse än den fjärde överträdelsen som kritiserats i låsanordningsbeslutet.

59. Kommissionen har sammanfattningsvis erinrat om att låsanordningsbeslutet inte hade antagits när förstainstansrätten inledde överläggningen i det mål som gav upphov till den överklagade domen och att meddelandena om anmärkningar är förberedande handlingar. Kommissionen anser att talan inte ska vinna bifall på denna grund.

2. Bedömning

60. Såsom jag redan har angett vid prövningen av den första grunden för överklagandet har förstainstansrättens bedömningar i punkterna 63–66 i den överklagade domen, vilka återgetts i punkt 17 i detta förslag till avgörande, underförstått men med nödvändighet redovisats inom ramen för prövningen av den inverkan som åsidosättandet av rätten att yttra sig påstås ha haft på det omtvistade beslutets lagenlighet.

61. Eftersom förstainstansrätten, enligt min uppfattning, gjorde en riktig bedömning när den slog fast att klagandena hade haft möjlighet att försvara sig mot delningen av förfarandet, var de bedömningar som redovisades i punkterna 63–66 i den överklagade domen således överflödiga.

62. I enlighet med rättspraxis kan ett överklagande inte bifallas på invändningar mot sådana överflödiga domskäl i en av förstainstansrättens domar. [30]

63. Den andra grunden är således enligt min uppfattning irrelevant.

64. Under alla förhållanden kan överklagandet inte bifallas på denna grund.

65. För det första ansåg förstainstansrätten, tvärtemot vad klagandena har hävdat, i punkt 65 i den överklagade domen inte att förevarande mål skilde sig från de mål som gav upphov till Tokai II-domen utan nöjde sig med att sammanfatta klagandenas argument till stöd för deras uppfattning att synåls- och låsanordningsärendena överlappade varandra så att situationen i fråga inte var helt jämförbar med den i det nämnda Tokai II-målet. I punkt 66 i den överklagade domen konstaterade förstainstansrätten nämligen att ”[klagandenas] påståenden kan emellertid kontrolleras först sedan beslut fattats i låsanordningsmålet”.

30 — Se bland annat dom av den 28 oktober 2004 i mål C-164/01 P, van den Berg mot rådet och kommissionen (REG 2004, s. I-10225), punkt 60, och av den 28 juni 2005 i de förenade målen C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P–C-208/02 P och C-213/02 P, Dansk Rørindustri m.fl. mot kommissionen (REG 2005, s. I-5425), punkt 148.

66. När det gäller just bedömningen i punkt 66 i den överklagade domen är det vidare ostridigt att när ansökan gavs in till förstainstansrätten och överläggningen inletts efter det muntliga förfarandet, hade inget beslut genom vilket det administrativa förfarandet i låsanordningsförfarandet avslutades ännu fattats. Det förhållandet att, såsom klagandena angett, förstainstansrätten vid tiden för den muntliga förhandlingen i det mål som gav upphov till den överklagade domen hade tillgång till meddelanden om anmärkningar som bland annat var riktade till klagandena i låsanordningsärendet gjorde det inte alls möjligt för kommissionen att betrakta dessa handlingar som indikationer på att det saknades objektiva skäl för att dela förfarandet, eftersom de bedömningar som återfanns i dessa handlingar med nödvändighet var preliminära. [31] Om förstainstansrätten hade valt det synsätt som klagandena föreslagit till stöd för förevarande grund och beaktat de uppgifter som fanns i nämnda meddelanden om anmärkningar, skulle det enligt min uppfattning ha lett till att domskälen i den överklagade domen skulle ha innehållit en felaktig rättstillämpning. Förstainstansrätten skulle nämligen ha beaktat preliminära bedömningar och på ett olämpligt sätt föregått låsanordningsbeslutet, utan någon hänsyn till eventuella yttranden från företag som dessa meddelanden var riktade till. [32]

67. Vidare hävdade klagandena aldrig vid förstainstansrätten att kommissionen hade gjort sig skyldig till en felaktig rättstillämpning eller en felaktig bedömning när den i det omtvistade beslutet konstaterade att det förelåg en enda, fortlöpande överträdelse av artikel 81.1 EG.

68. Förstainstansrätten kunde således endast begränsa sig till att konstatera att klagandenas påståenden – som grundades på förberedande handlingar inför låsanordningsbeslutet, som inte hade fattats vare sig när överläggningen i målet inleddes eller när den överklagade domen meddelades – var enbart spekulativa och inte kunde innebära att det omtvistade beslutets lagenlighet ifrågasattes.

69. Genom att i punkt 66 första meningen i den överklagade domen ange att dessa påståenden kunde kontrolleras först sedan beslut antagits i låsanordningsärendet gjorde förstainstansrätten således inte sig skyldig till någon felaktig rättstillämpning. Den har tvärtemot prövat klagandenas argument genom att med rätta begränsa sin kontroll till en kontroll av lagenligheten av det omtvistade beslutet mot bakgrund av de grunder som klagandena hade åberopat. Det kan således enligt min uppfattning inte hävdas att förstainstansrätten vägrade domstolsprövning eller åsidosatte rätten till ett effektivt domstolsskydd.

70. Bedömningen i punkt 66 första meningen i den överklagade domen samt den precisering som gjordes i punkt 232 sista meningen i samma dom i frågan om de böter som ålagts i det omtvistade beslutet var proportionerliga i förhållande till de böter som klagandena riskerade att åläggas i låsanordningsärendet, det vill säga att det argument som klagandena framfört kunde åberopas vid ett eventuellt senare förfarande mot låsanordningsbeslutet, visar dessutom enligt min uppfattning på

31 — Se den rättspraxis som nämns i fotnot 21 i detta förslag till avgörande.

32 — Se, beträffande nivån på böter, domen i det ovannämnda målet Dansk Rørindustri m.fl. mot kommissionen, punkt 434.

förstainstansrättens ansträngningar att för klagandena ange att dessa anmärkningar på ett mer relevant sätt skulle riktas mot det beslut som eventuellt skulle antas i låsanordningsärendet. [33]

71. Av ovan anförda skäl anser jag att överklagandet inte kan bifallas på den andra grunden – att domstolsprövning vägrats och ett effektivt domstolsskydd åsidosatts – eftersom den i första hand är irrelevant och i andra hand inte kan godtas.

D — *Den tredje grunden för överklagandet: otillräckligt beaktande från förstainstansrättens sida av konstaterandet att kommissionen åsidosatt motiveringsskyldigheten beträffande fastställandet av överträdelsens allvar*

72. Den tredje grunden består av två delar, nämligen otillräckligt beaktande från förstainstansrättens sida av konstaterandet att kommissionen åsidosatt motiveringsskyldigheten beträffande de aktuella marknadernas storlek respektive otillräckligt beaktande från förstainstansrättens sida av konstaterandet att kommissionen åsidosatt motiveringsskyldigheten beträffande överträdelsens konkreta påverkan på marknaden.

33 — Såsom klagandena angav vid förhandlingen i förevarande mål har de överklagat låsanordningsbeslutet av den 19 september 2007 (se punkt 18 ovan i detta förslag till avgörande).

1. Den tredje grundens första del: otillräckligt beaktande från förstainstansrättens sida av konstaterandet att kommissionen har åsidosatt motiveringsskyldigheten beträffande de aktuella marknadernas storlek

a) Förstainstansrättens överväganden

73. Genom sin talan vid förstainstansrätten kritiserade klagandena kommissionen bland annat för att inte i tillräcklig mån ha motiverat sina bedömningar i det omtvistade beslutet avseende de aktuella marknadernas storlek.

74. Förstainstansrätten anförde först i punkt 87 i den överklagade domen att det inte förelåg någon skyldighet för kommissionen att i förevarande fall avgränsa marknaden vid tillämpningen av artikel 81.1 EG med hänsyn till överenskommelsernas konkurrensbegränsande syfte.

75. Förstainstansrätten förklarade dock i punkt 88 i den överklagade domen att eftersom böter ålades i artikeldelen i det omtvistade beslutet med tillämpning av förordning nr 1/2003, var konstaterandena avseende de faktiska omständigheterna när det gällde den berörda marknaden relevanta, även om det förhållandet att de var otillräckliga inte kunde leda till att beslutet ogiltigförklarades helt.

76. I punkt 89 i den överklagade domen betonade förstainstansrätten följande:

”89 Enligt riktlinjerna gäller nämligen att man vid bedömningen av överträdelsens allvar ’skall... beakta’ inte endast överträdelsens art utan även ’dess konkreta påverkan på marknaden, om den är mätbar’ (punkt 1 A första stycket). För att bedöma överträdelsens konkreta påverkan på marknaden är det emellertid nödvändigt att avgränsa denna marknad. I riktlinjerna föreskrivs även att det för att fastställa överträdelsens allvar är ’nödvändigt’ att ’beakta de överträdande företagens ekonomiska kapacitet att vålla andra aktörer betydande skada’ (punkt 1 A fjärde stycket), vilket innebär att det är nödvändigt att fastställa marknadernas storlek och de marknadsandelar som de berörda företagen innehar.”

77. Efter att ha funnit att det inte förelåg någon bristande motivering när det gällde avgränsningen av marknaderna (punkt 95 i den överklagade domen) undersökte förstainstansrätten kommissionens konstateranden i punkterna 45 och 46 i det omtvistade beslutet beträffande marknadens storlek.

78. I punkt 98 i den överklagade domen angav förstainstansrätten att kommissionens bedömningar beträffande dimensionerna på de tre produktmarknader som den hade identifierat var ofullständiga och inte gjorde det möjligt att kontrollera samtliga berörda marknaders storlek. Förstainstansrätten konstaterade i punkt 99 i den överklagade domen att det omtvistade beslutet ”var otillräckligt motiverat, vilket kunde leda till delvis ogiltigförklaring av [detta] beslut... om inte kommissionens konstateranden beträffande de berörda företagens faktiska ekonomiska kapacitet att vålla en betydande skada var grundad på andra skäl i det [omtvistade] beslutet”.

79. I punkterna 100 och 101 i den överklagade domen slog förstainstansrätten fast följande:

”100 Vid de aktuella omständigheterna har sökandena emellertid aldrig bestridit kommissionens konstateranden i det [omtvistade] beslutet som gör det möjligt att hävda att det föreligger en sådan förmåga även utan ovannämnda uppgifter. Kommissionen har nämligen i [punkt] 325 i det [o]mtvistade [beslutet] konstaterat att under tiden för överträdelsen var Prym och Entaco ledare på den europeiska marknaden för tillverkning av synålar och att konkurrensen var mycket begränsad [och utövades huvudsakligen av Needle Industries (India) Ltd], att Prym var Europas nummer ett i de andra sektorerna för metall- och plastsybehör, såsom låsanordningssystem och säkerhetsnålar, och en av huvudkonkurren-

terna på marknaden för blixtlås, och att Coats och Prym var de huvudsakliga konkurrenterna när det gällde detaljförsäljning av deras synålsvarumärken, nämligen Milward och Newey.

101 Dessa påpekanden återfinns, trots att de har rubriken 'Differentierad behandling', i avsnittet 'Överträdelsens allvar' i det [omtvistade] beslutet och innehåller referenser till de relevanta kriterierna för att utvärdera de överträdande företagens ekonomiska kapacitet att vålla andra aktörer, särskilt konsumenterna, betydande skada. Dessutom har sökandena aldrig bestridit att de är bland de mest inflytelserika aktörerna i de berörda sektorn."

b) Parternas argument

80. Enligt klagandena har förstainstansrätten missbedömt det förhållandet att åsidosättandet av motiveringsskyldigheten i fråga om storleken på produktmarknaderna hade en inverkan på fastställandet av överträdelsens faktiska allvar, eftersom fastställandet av denna innebär att flera kriterier måste användas kumulativt. Klagandena har i detta avseende anfört att kommissionen själv i punkt 333 i det omtvistade beslutet angett att den fastställt överträdelsens faktiska allvar på grundval av den aktuella marknadens storlek och de överträdande företagens ekonomiska kapacitet att vålla andra aktörer betydande skada.

81. Enligt klagandena gjorde förstainstansrätten sig även skyldig till en felaktig rättstillämpning genom att anse att kommissionen hade beskrivit överträdelsens konkreta påverkan på marknaden tillräckligt genom att i punkt 101 i den överklagade domen hänföra sig till de berörda företagens ledande ställning. Förstainstansrätten felbedömde därvid skillnaden mellan fastställandet av ett företags ekonomiska kapacitet att vålla betydande skada och fastställandet av den konkreta inverkan på marknaden, om den är mätbar. Medan klagandena har medgett att hänvisningen till en ledande ställning till nöds kan vara tillräcklig för att konstatera att ett företag har ekonomisk kapacitet att vålla betydande skada, så kan den inte räcka för att mäta den konkreta påverkan på marknaden, för vilken krävs att storleken på marknaden fastställs. Vidare anser klagandena att skälen i punkt 89 och punkterna 99 och 100 i den överklagade domen är motstridiga. De anser således att felen i den överklagade domen ska leda till att det omtvistade beslutet ogiltigförklaras.

82. Kommissionen har genmält att enligt en korrekt tolkning av den överklagade domen har förstainstansrätten godtagit skyldigheten att fastställa storleken på produktmarknaderna endast vad gäller de berörda företagens kapacitet att vålla en betydande skada. Om denna kapacitet kan fastslås genom andra medel, vilket var möjligt i förevarande fall, skulle kommissionen dock ha varit befriad från skyldigheten att fastställa marknadernas storlek (punkterna 89, 90, 99 och 101 i den överklagade domen). Vidare följer det enligt kommissionen av förstainstansrättens rättspraxis att den metod för att beräkna böter som beskrivs i riktlinjerna inte alls innebär en skyldighet att vid fastställandet av utgångsbeloppet för böterna beakta produktmarknadernas storlek.

83. Enligt kommissionen har förstainstansrätten inte blandat samman frågan om fastställandet av företagets kapacitet att vålla betydande skada med frågan om fastställandet av överträdelsens konkreta påverkan, eftersom den i punkt 115 i den överklagade domen konstaterade en bristande motivering vad gällde den konkreta påverkan.

84. Kommissionen har tillagt att genom att i punkt 89 i den överklagade domen slå fast att kommissionen var skyldig att avgränsa marknaden i fråga, och följaktligen att bestämma dess storlek, kunde förstainstansrätten inte alls ange att en sådan avgränsning motsvarade den som ska göras vid tillämpningen av artikel 82 EG. Annars skulle den rättspraxis enligt vilken kommissionen vid tillämpningen av artikel 81.1 EG inte är skyldig att avgränsa marknaden helt sakna mening. Under alla förhållanden kan eventuella fel beträffande konstaterandena avseende marknadernas storlek inte leda till att det omtvistade beslutet ogiltigförklaras helt.

c) Bedömning

85. Jag konstaterar inledningsvis att i denna del av den tredje grunden avser den kritik som klagandena har riktat mot den överklagade domen endast förstainstansrättens bedömning av motiveringen i det omtvistade beslutet avseende de aktuella marknadernas storlek vid fastställandet av överträdelsens allvar. Eftersom överträdelsens allvar, såsom redan har angetts, utgör ett av de två kriterierna i artikel 23.3 i förordning nr 3/2003 för beräkningen av böterna, kan denna del av grunden, om den ska godtas, utöver ett upphävande av den överklagade domen endast leda till en delvis ogiltigförklaring av det omtvistade beslutet, vilket förstainstansrätten konstaterade i punkterna 88 och 99 i den överklagade domen, och en eventuell ändring av detta beslut.

86. Jag tror emellertid inte att överklagandet kan bifallas på denna delgrund.

87. Såsom kommissionen med rätta konstaterat i sin svarsskrivelse gör klagandena i flera avseenden en felaktig tolkning av de kritiserade skälen i den överklagade domen, eftersom de blandar samman förstainstansrättens bedömningar avseende marknadernas storlek och dessa bedömningar – som för övrigt är föremålet med denna grunds andra del och som redovisats i andra punkter av domskälen i den överklagade domen – avseende överträdelsens konkreta påverkan på marknaden. Tvärtemot vad klagandena har hävdat har förstainstansrätten nämligen inte alls konstaterat att kommissionen hade gjort en tillräcklig beskrivning av överträdelsens konkreta påverkan på marknaden genom att i punkt 101 i den överklagade domen hänvisa till de berörda företagens ledande ställning. Bedömningarna i punkt 101 i den överklagade domen avser endast de berörda företagens ekonomiska kapacitet att vålla andra aktörer

betydande skada i den mening som avses i punkt 1 A fjärde stycket i riktlinjerna och inte överträdelsens konkreta påverkan på marknaden, som avses i punkt 1 A första stycket i riktlinjerna.

88. För det andra förefaller klagandena anse, även om deras argumentation inte är särskilt klar i detta avseende, att kriterierna för bedömningen av en överträdelses allvar vid beräkningen av böterna är kumulativa och att, eftersom kommissionen, såsom i det omtvistade beslutet, bland dessa kriterier hänvisar till marknadernas storlek, förstainstansrätten inte kan slå fast att en otillräcklig motivering beträffande detta kriterium kan kompletteras med en hänvisning till konstaterandena i det omtvistade beslutet avseende de berörda företagens ekonomiska kapacitet att vålla betydande skada.

89. Jag erinrar i detta avseende om att enligt fast rättspraxis ska bedömningen av hur allvarliga överträdelserna är göras med hänsyn till ett stort antal omständigheter, såsom de särskilda omständigheterna i målet, dess kontext och böternas avskräckande verkan, utan att det har fastställts någon tvingande eller uttömmande förteckning över de kriterier som absolut ska tas i beaktande. [34]

90. Domstolen har fastslagit att bland de faktorer som kan påverka bedömningen av hur allvarliga överträdelserna har varit återfinns de enskilda företagens beteende och roll vid genomförandet av de samordnade förfarandena, den vinst företagen kunnat göra genom dessa förfaranden, deras storlek och värdet på de ifrågavarande varorna samt den risk som överträdelser av detta slag innebär för genomförandet av gemenskapens mål. [35]

91. Det finns således i princip inte någon skyldighet för kommissionen att beakta produktmarknadernas storlek som ett kriterium för bedömningen av en överträdelses allvar, eftersom denna endast är en relevant omständighet bland andra. [36]

92. Tvärtemot vad klagandena har hävdat med hänvisning till punkt 91 i den ovannämnda domen Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen kan man inte dra någon annan slutsats av denna punkt. I denna punkt anges nämligen endast att ”omfattningen av den berörda marknaden” ska beaktas, med vilket helt säkert avses den berörda marknadens geografiska omfattning, vilket bekräftas av punkt 1 A i riktlinjerna, och inte den ekonomiska storleken (eller omsättningen) på den eller de berörda marknaderna.

34 — Se dom av den 17 juli 1997 i mål C-219/95 P, Ferriere Nord mot kommissionen (REG 1997, s. I-4411), punkt 33, domen av den 15 oktober 2002 i det ovannämnda målet Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mot kommissionen, punkt 465, samt domarna i de ovannämnda målen Dansk Rørindustri m. fl. mot kommissionen, punkt 241, och Dalmine mot kommissionen, punkt 129.

35 — Se bland annat dom av den 7 juni 1983 i de förenade målen 100/80–103/80, Musique Diffusion française m.fl. mot kommissionen (REG 1983, s. 1825; svensk specialutgåva, volym 7, s. 133), punkt 129, och domarna i de ovannämnda målen Dansk Rørindustri m.fl. mot kommissionen, punkt 242, och Dalmine mot kommissionen, punkt 130.

36 — Se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Dalmine mot kommissionen, punkt 132.

93. I det omtvistade beslutet förklarade kommissionen att den grundade sig på olika omständigheter för att fastställa överträdelsens allvar, bland andra marknadernas storlek och företagens ekonomiska kapacitet att vålla andra aktörer betydande skada, av vilka den senare omständigheten nämns uttryckligen i punkt 1 A fjärde stycket i riktlinjerna.

94. Jag vill i detta avseende framhålla att klagandena inte har kritiserat förstainstansrättens konstaterande i punkt 89 i den överklagade domen att det vid bedömningen av överträdelsens storlek är nödvändigt (och följaktligen i själva verket ändamålsenligt) att fastställa marknadernas storlek för att bedöma företagens ekonomiska förmåga att vålla andra aktörer betydande skada, i den mening som avses i riktlinjerna.

95. De anser dock att förstainstansrätten är motsägelsefull när den först uppställer ett sådant krav men därefter i punkterna 99 och 100 i den överklagade domen godtar att den otillräckliga motivering som den konstaterat beträffande bedömningen av marknadernas storlek kan kompenseras med den hänvisning till den ledande ställningen på marknaden som kommissionen gjort i punkt 325 i det omtvistade beslutet och som klagandena inte bestridit.

96. Även om jag anser att klagandena på ett helt relevant sätt har framhållit den motsägelse som finns i punkterna 89, 99 och 100 i den överklagade domen, [37] kan överklagandet enligt min uppfattning inte bifallas med stöd av denna invändning av följande skäl.

97. Såsom domstolen har slagit fast, vilket förstainstansrätten erinrat om i punkt 90 i den överklagade domen, är de marknadsandelar som ett företag innehar relevanta för att fastställa det inflytande som företaget har kunnat utöva på marknaden. [38]

98. Man kan emellertid inte av denna rättspraxis dra slutsatsen att – för att bedöma företagets inverkan på marknaden eller, för att upprepa lydelsen i riktlinjerna, den ekonomiska kapaciteten att vålla andra aktörer betydande skada – denna kapacitet ska mätas genom att kommissionen i förväg gör en avgränsning av marknaden samt en bedömning av dess storlek, i termer av omsättning. [39]

37 — Jag erinrar om att enligt fast rättspraxis utgör frågan om huruvida motiveringen av en av förstainstansrättens domar är motsägelsefull en rättsfråga vilken som sådan kan åberopas i mål om överklagande. Se bland annat domen i det ovannämnda målet Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied mot kommissionen, punkt 71 och där angiven rättspraxis.

38 — Dom av den 17 december 1998 i mål C-185/95 P, Baustahlgewebe mot kommissionen (REG 1998, s. I-8417), punkt 139.

39 — Jag erinrar om att i punkt 95 i den överklagade domen slog förstainstansrätten fast att kommissionen hade uppfyllt sin motiveringsskyldighet i fråga om avgränsningen av de ifrågavarande marknaderna, vilket konstaterande inte har kritiserats av klagandena.

99. Om punkt 89 i den överklagade domen tolkades så, att det uppställdes ett sådant krav, skulle detta såsom kommissionen med rätta anfört leda till att kommissionen ålades att bevisa något som den inte är skyldig när den slår fast en överträdelse av artikel 81.1 EG, när en sådan överträdelse till sin natur strider mot denna artikel, såsom förstainstansrätten konstaterat i punkterna 86 och 87 i den överklagade domen, med hänvisning till en fast rättspraxis (vilka skäl för övrigt inte har bestridits av klagandena). [40]

100. Ett sådant synsätt skulle också innebära en särskilt restriktiv tolkning av riktlinjerna.

101. Även om jag delar förstainstansrättens uppfattning att det är nödvändigt för kommissionen att vid fastställandet av överträdelsens allvar och beräkningen av böterna med tillämpning av punkt 1 A fjärde stycket i riktlinjerna beakta de överträdande företagens ekonomiska kapacitet att vålla andra aktörer betydande skada, ska ett sådant beaktande enligt min mening följaktligen inte med nödvändighet ”innebära en skyldighet att fastställa marknadernas storlek”, tvärtemot vad förstainstansrätten fastslagit i punkt 89 i den överklagade domen.

102. Det är enligt min mening tvärtemot mer korrekt att anse att en sådan kapacitet hos de överträdande företagen kan bevisas med alla lämpliga medel, bland vilka återfinns fastställandet av marknadernas storlek i termer av omsättning.

103. Det är emellertid just detta kriterium som förstainstansrätten tillämpade i punkterna 99–101 i den överklagade domen. Efter att ha konstaterat att det omtvistade beslutet var otillräckligt motiverat i fråga om fastställandet av marknadernas storlek omsättningsmässigt, ansåg förstainstansrätten nämligen att denna brist i motiveringen kunde kompenseras av andra skäl som redovisats i det omtvistade beslutet, i förevarande fall konstaterandena i punkt 325 i detta beslut beträffande vad som parterna i förevarande mål beskrivit som klagandenas ledande ställning på marknaderna.

104. Jag erinrar i detta avseende om att klagandena i punkterna 63 och 66 i sitt överklagande uttryckligen har medgett att

40 — Domstolen har slagit fast att ”definitionen av den relevanta marknaden i samband med tillämpningen av artikel 85.1 i fördraget [nu artikel 81.1 EG] har endast till syfte att fastställa huruvida det ifrågavarande avtalet kan skada handeln mellan medlemsstaterna och har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrida konkurrensen inom den gemensamma marknaden” (beslut av den 16 februari 2006 i mål C-111/04 P, Adriatica di Navigazione mot kommissionen (REG 2006, s I-22, ej publicerad i rättsfallssamlingen), punkt 31). Förstainstansrätten har helt logiskt, exempelvis i punkt 86 i den överklagade domen, av detta dragit slutsatsen att skyldigheten för kommissionen att avgränsa den relevanta marknaden i ett beslut enligt artikel 81 EG inte är absolut utan föreligger endast när det utan en sådan avgränsning inte är möjligt att avgöra huruvida den konkurrensbegränsande samverkan i fråga kan påverka handeln mellan medlemsstater och har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrida den fria konkurrensen inom den gemensamma marknaden. Se även bland annat förstainstansrättens dom av den 19 mars 2003 i mål T-213/00, CMA CGM m.fl. mot kommissionen (REG 2003, s. II-913), punkt 206, av den 6 juli 2000 i mål T-62/98, Volkswagen mot kommissionen (REG 2000, s. II-2707), punkt 230, och av den 8 juli 2004 i mål T-44/00, Mannesmannröhren-Werke mot kommissionen (REG 2004, s. II-2223), punkt 132.

ett sådant kriterium är relevant för att bedöma ett företags ekonomiska förmåga att vålla betydande skada. De har i det sammanhanget begränsat sig till att kritisera kommissionen för att mot bakgrund av omständigheterna i ärendet inte i tillräcklig mån visa att det förelåg en sådan ledande ställning på marknaden. Sådan kritik, som avser utredningen och bedömningen av de faktiska omständigheterna, kan emellertid inte prövas av domstolen i mål om överklagande, med förbehåll för det fall bevisningen har missuppfattats av förstainstansrätten, [41] vilket i förevarande mål inte åberopats av klagandena.

105. Trots den felaktiga rättsliga bedömningen och de motstridiga skälen i förstainstansrättens resonemang i punkterna 89, 99 och 100 i den överklagade domen, har dessa brister följaktligen inte haft någon inverkan på domslutet i denna dom som skulle ha kunnat leda till ett partiellt upphävande av domen.

106. Jag föreslår således att överklagandet inte ska bifallas på den tredje grundens första del.

41 — Se bland annat dom av den 19 mars 2009 i mål C-519/06 P, Archer Daniels Midland mot kommissionen (REG 2009, s. I-1843), punkt 105 och där angiven rättspraxis.

2. Den tredje grundens andra del: otillräckligt beaktande från förstainstansrättens sida av konstaterandet att kommissionen åsidosatt motiveringsskyldigheten beträffande överträdelsens konkreta påverkan på marknaden

a) Förstainstansrättens överväganden

107. I punkt 108 i den överklagade domen erinrade förstainstansrätten om att enligt punkt 1 A första stycket i riktlinjerna är kommissionen vid bedömningen av en överträdelses allvar skyldig att undersöka överträdelsens konkreta påverkan på marknaden endast om det framgår att den är mätbar.

108. Förstainstansrätten konstaterade därefter i punkt 109 i den överklagade domen att kommissionen aldrig hade hävdat att påverkan inte var mätbar i det aktuella fallet och att den till och med under det administrativa förfarandet hade angett att överträdelsen hade genomförts, vilket innebar att den med nödvändighet haft faktisk inverkan på konkurrensvillkoren på de berörda marknaderna.

109. Förstainstansrätten tillbakavisade denna uppfattning som icke ”övertygande”, av det skälet att genomförandet av ett avtal inte nödvändigtvis innebär att det medfört verkliga effekter, varvid den stödde sig på kommissionens beslutspraxis och på en av sina egna domar. Förstainstansrätten lade

också kommissionen till last för att den inte hade prövat klagandenas argument att de aktuella avtalen inte hade medfört högre försäljningspriser på synålar (punkt 110 i den överklagade domen). Förstainstansrätten konstaterade slutligen att kommissionen hade grundat sig endast på ett orsaksförhållande mellan genomförandet av den konkurrensbegränsande samverkan och dess konkreta påverkan, vilket inte var tillräckligt för att beräkna böterna (punkt 111 i den överklagade domen). Förstainstansrätten drog följaktligen av detta i punkt 112 i den överklagade domen slutsatsen att kommissionen inte hade uppfyllt sin motiveringsskyldighet i tillräcklig mån.

110. Förstainstansrätten undersökte de rättsliga följderna av ett sådant åsidosättande av motiveringsskyldigheten i punkt 190 i den överklagade domen. I denna punkt underströk förstainstansrätten att kommissionens redogörelse för hur bötesbeloppet fastställdes inte innehöll någon förklaring till varför minskningen av överträdelsens påverkan efter den 13 mars 1997, vilken kommissionen för övrigt hade medgett i punkt 320 i det omtvistade beslutet, inte hade återspeglats i beräkningen av böterna. Förstainstansrätten drog emellertid slutsatsen att ”[d]enna bristande motivering kan emellertid inte under de omständigheter som rådde i det förevarande fallet leda till att det ålagda bötesbeloppet undanröjs eller sätts ned, eftersom klassificeringen av överträdelsen som ’mycket allvarlig’ var välgrundad [av de skäl som redovisades i punkterna 188 och 189 i den överklagade domen] och att kommissionen valde det minsta utgångsbelopp som föreskrivs i riktlinjerna för en sådan överträdelse (som dessutom är det högsta beloppet för en ’allvarlig’ överträdelse), nämligen 20 miljoner euro. Kommissionen gjorde nämligen en riktig bedömning när den fastställde att valet av det minsta beloppet räckte i förevarande fall för att beakta minskningen av överträdelsens påverkan under överträdelseperioden.”

b) Parternas argument

111. Enligt klaganden gjorde förstainstansrätten sig skyldig till en felaktig rättstillämpning när den i punkt 190 i den överklagade domen ansåg att den bristande motiveringen vad gällde bedömningen av överträdelsens konkreta påverkan under de omständigheter som rådde i det förevarande fallet inte skulle leda till att böterna skulle undanröjas eller sättas ned med hänsyn till att överträdelsens klassificering som ”mycket allvarlig” var välgrundad. Förstainstansrätten har därvid blandat ihop frågor avseende beslutets lagenlighet i sak med frågor beträffande de rättsliga konsekvenserna av ett åsidosättande av den formella motiveringsskyldigheten. Eftersom kommissionen i fråga om karteller förfogar över ett stort utrymme för skönsmässig bedömning, är iakttagandet av processuella bestämmelser och motiveringsskyldigheten mycket viktig för rätten till försvar.

112. Kommissionen har tillbakavisat klagandenas ståndpunkt. Den anser dock att förstainstansrätten gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning i punkterna 109–112 i den överklagade domen. Förstainstansrätten krävde för det första av kommissionen att

den skulle bevisa att det inte förelåg någon mätbar konkret påverkan, medan den själv inte konstaterade att denna påverkan var mätbar. För det andra har förstainstansrätten gått emot en fast rättspraxis enligt vilken genomförandet av ett avtal som har ett konkurrenshämmande syfte räcker för att avfärda möjligheten att slå fast att marknaden inte påverkats. Kommissionen har följaktligen anmodat domstolen att ändra domskälen genom att frångå konstaterandena i punkterna 109–112 i den överklagade domen i fråga om bevisningen och i fråga om möjligheten att mäta påverkan på marknaden.

c) Bedömning

113. Innan jag undersöker den andra delen till stöd för den av klagandena åberopade grunden avseende punkt 190 i den överklagade domen, måste jag först uttala mig om kommissionens begäran om att ändra domskälen, eftersom en sådan begäran kan göra det möjligt för domstolen att konstatera att förstainstansrätten har gjort sig skyldig till en felaktig rättstillämpning och korrigera den utan att det påverkar domslutet i den överklagade domen, om detta domslut är riktigt på andra rättsliga grunder. [42]

42 — Se exempelvis dom av den 9 juni 1992 i mål C-30/91 P, Lestelle mot kommissionen (REG 1992, s. I-3755), punkt 28, av den 12 november 1996 i mål C-294/95 P, Ojha mot kommissionen (REG 1996, s. I-5863), punkt 52, av den 13 juli 2000 i mål C-210/98 P, Salzgitter mot kommissionen (REG 2000, s. I-5843), punkt 58, och av den 9 september 2008 i de förenade målen C-120/06 P och C-121/06 P, FIAMM m. fl. mot rådet och kommissionen (REG 2008, s. I-6513), punkt 187.

i) Kommissionens begäran om ändring av domskälen

114. Två rättsliga frågor står i centrum för den kritik som kommissionen riktat mot förstainstansrättens motivering i punkterna 109–112 i den överklagade domen.

115. För det första anser kommissionen att det var fel av förstainstansrätten att konstatera att den skulle bevisa att överträdelsen inte hade någon konkret påverkan på marknaden, trots att kommissionen endast är skyldig att göra det när denna påverkan är mätbar, vilket i förevarande fall enligt kommissionens uppfattning inte var fallet med hänsyn till karaktären på de avtal som hade till syfte att neutralisera den potentiella konkurrensen på de berörda marknaderna samt att förstainstansrätten i slutändan inte konstaterade att påverkan på marknaden var mätbar.

116. För det andra har kommissionen hävdat att förstainstansrätten gjorde sig skyldig till en felaktig rättstillämpning när den ansåg att kommissionen hade motiverat det omtvistade beslutet otillräckligt genom att begränsa sig till att ange att man av det förhållandet att kartellen genomförts kunde dra slutsatsen att överträdelsen haft faktiska verkningar på marknaden.

117. Jag kan inte ansluta mig helt till denna kritik.

118. När det gäller den förstnämnda kritiken är det visserligen riktigt att kommissionen enligt punkt 1 A första stycket i riktlinjerna endast är skyldig att bevisa en överträdelses konkreta påverkan på marknaden, om den är mätbar. När det gäller horisontell prissamverkan eller horisontell marknadsuppdelning framgår det också av riktlinjerna att sådan samverkan kan betecknas som mycket allvarliga överträdelser utifrån endast överträdelsernas art, utan att kommissionen är skyldig att visa en konkret påverkan av överträdelsen på marknaden. I det fallet utgör överträdelsens konkreta påverkan på marknaden en omständighet bland flera andra.

119. Såsom förstainstansrätten konstaterade i punkt 111 i den överklagade domen ägnade kommissionen ett avsnitt i det omtvistade beslutet åt ”överträdelsens faktiska påverkan”, i vilket avsnitt kommissionen bland annat angav att överträdelsen hade haft en påverkan på marknaden och att denna påverkan hade minskat mellan den 13 mars 1997 och den 31 december 1999. Det kan emellertid röra sig om endast ett av två möjliga fall. Antingen ville kommissionen inte grunda sig på kriteriet beträffande överträdelsens konkreta påverkan på marknaden, i vilket fall endast överträdelsens art och, eventuellt, marknadens geografiska utsträckning i enlighet med punkt 1 A i riktlinjerna beaktades i det beslut genom vilket företagen i kartellen ålades böter när överträdelsens allvar fastställdes. Eller ville kommissionen grunda sitt beslut på en sådan påverkan, precis som i det omtvistade beslutet, i vilket fall det enligt min uppfattning föreligger en presumtion för att den anser att en sådan påverkan är mätbar. Eftersom användningen av ett sådant kriterium *kan* göra det möjligt för kommissionen att höja det bötesbelopp som den avser att ålägga utöver den i riktlinjerna föreskrivna minimitröskeln om 20 miljoner euro för mycket allvarliga överträdelser, kan man inte rimligen anse att kommissionen – när den väljer att i ett beslut i vilket åläggs böter ägna tre punkter till ”överträdelsens faktiska påverkan” – inte hade för avsikt att grunda detta beslut på kriteriet beträffande överträdelsens konkreta påverkan. Under sådana omständigheter är det enligt min uppfattning juridiskt korrekt att av detta dra slutsatsen, vilket förstainstansrätten sammanfattningsvis gjort i den överklagade domen, att kommissionen ansåg att den påverkan som den beskrev i sitt beslut i princip visst var mätbar, såvida inte beslutet innehåller en särskild motivering av motsatt betydelse på denna punkt.

120. Det är således i detta sammanhang, och på grundval av denna presumtion för att den konkreta påverkan på marknaden är mätbar, som förstainstansrätten i punkt 109 i den överklagade domen betonade att kommissionen under det administrativa förfarandet i det förevarande fallet inte hade angett att överträdelsens konkreta påverkan inte var mätbar. Förstainstansrätten ålade således inte alls kommissionen en skyldighet att styrka att påverkan inte var mätbar utan konstaterade endast att, mot bakgrund av den presumtion som jag precis redogjort för, kommissionen under det administrativa förfarandet inte hade vederlagt förekomsten av en sådan presumtion som kunde härledas ur det omtvistade beslutet.

121. Det förhållandet att kommissionen i sin svarsskrivelse vid domstolen förklarat att avtalens påverkan – vilka avtal syftade till en uppdelning av produktmarknaderna och de geografiska marknaderna och genom att

motverka en potentiell konkurrents inträde på marknaden – på grund av avtalens art inte var mätbar kan inte beaktas. En sådan motivering återfinns nämligen inte i det omtvistade beslutet och har under alla förhållanden inte åberopats i första instans.

122. Slutligen ankom det inte på förstainstansrätten att vid prövningen av huruvida det överklagade beslutet var tillräckligt motiverat, såsom klagandena gjort gällande, slå fast att påverkan verkligen var mätbar, eftersom en sådan bedömning avser det omtvistade beslutets lagenlighet i sak.

123. Jag föreslår således att den första raden av kritik från kommissionens sida beträffande motiveringen i punkt 109 i den överklagade domen inte ska godtas.

124. Den andra raden av kritik, som avser förstainstansrättens bedömningar i punkterna 110–112 i den överklagade domen att överträdelsens konkreta påverkan på marknaden inte styrkts tillräckligt, förtjänar särskild uppmärksamhet.

125. Jag vill inledningsvis påpeka att det resonemang som förstainstansrätten förde i dessa punkter, under underrubriken ”motiveringen av beräkningen av böterna” är otydligt. Förstainstansrätten redovisade nämligen på ett osammanhängande sätt samtidigt överväganden i fråga om formfrågor avseende otillräcklig motivering av det omtvistade beslutet (varvid den exempelvis i punkt 110 i den överklagade domen kritiserade kommissionen för att den inte hade tagit ställning till klagandenas argument att försäljningspriserna för synålar inte höjts) och överväganden i sak, som för övrigt är något mer substantiella, avseende att motiveringen i punkterna 318–320 i det omtvistade beslutet inte var ”övertygande” eller felaktig. [43]

126. Jag anser emellertid att kommissionen hade fog för att kritisera förstainstansrätten för att den ansåg att motiveringen i det omtvistade beslutet avseende överträdelsens konkreta påverkan på marknaden inte var tillräcklig.

127. Enligt rättspraxis angående räckvidden för skyldigheten att motivera beräkningen av böter som åläggs för åsidosättande av gemenskapsrättsliga konkurrensregler, är nämligen för det första det väsentliga formkrav som motiveringsskyldigheten utgör uppfyllt om kommissionen i sitt beslut har redovisat de uppgifter som legat till grund för dess bedöm-

43 — Se, bland annat beträffande denna distinktion, domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Sytraval och Brink's France, punkterna 67 och 72, samt punkt 92 i den överklagade domen.

ning av överträdelsens svårighetsgrad och varaktighet. [44] När det gäller överträdelsens allvar, som är det enda som är i fråga här, redovisades emellertid i förevarande fall dessa omständigheter helt klart i punkterna 316–325 i det omtvistade beslutet, eftersom kriteriet avseende den konkreta påverkan bedömdes i punkterna 318–320 i detta beslut.

128. För det andra följer tveklöst av konstaterandena i punkt 110 första och andra meningarna i den överklagade domen samt av dem som redovisats i punkt 111 sista meningen i det beslutet, att förstainstansrätten prövade om skälen i det omtvistade beslutet var välgrundade, varvid den underkände den bedömning som gjordes där, snarare än att begränsa sig till att kontrollera om kommissionen på ett klart och otvetydigt sätt redogjort för det resonemang som lett den till slutsatsen att överträdelsen hade en konkret påverkan på marknaden.

129. Jag anser således att förstainstansrätten gjorde sig skyldig till en felaktig rättstillämpning när den i punkt 122 i den överklagade domen betecknade de brister i det omtvistade beslutet som den konstaterade i punkterna 110 och 111 i denna dom som en otillräcklig motivering som avsåg kriteriet beträffande den konkreta påverkan på marknaden. [45]

130. Trots allt anser jag dock inte att kommissionens begäran om ändring av domskälen kan bifallas, om inte denna begäran ska uppfattas som att förstainstansrätten skulle ha konstaterat en felaktig rättslig bedömning (vilket jag starkt betvivlar).

131. Av de skäl som jag redogjort för ovan anser jag nämligen att det var med rätta som förstainstansrätten slog fast att kommissionen inte kunde grunda sig uteslutande på ett orsakssamband mellan genomförandet av kartellen och dess konkreta påverkan på marknaden för beräkningen av böterna.

132. Tvärtemot vad kommissionen har hävdat såväl i sin svarsskrivelse som vid

44 — Se domar av den 16 november 2000 i mål C-248/98 P, KNP BT mot kommissionen (REG 2000, s. I-9641), punkt 42, och i mål C-291/98 P, Sarrió mot kommissionen (REG 2000, s. I-9991), punkt 73, samt domen i det ovannämnda målet Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mot kommissionen, punkt 463.

45 — Det ska i detta avseende noteras att medan förstainstansrätten i den franska lydelsen av punkt 115 i den överklagade domen använder uttrycket ”défaut de motivation” [bristande motivering], framgår klart av rättegångsspråket (det vill säga tyska), vilket är det enda giltiga språket, i vilket används uttrycket ”unzureichende Begründung”, att vad som avses med detta uttryck inte är avsaknaden av motivering (*Begründungsmangel*) utan förekomsten av en otillräcklig motivering eller bristfällig motivering (*unzureichende Begründung*). Denna tolkning bekräftas av det förhållandet att detta uttryck är identiskt med det som användes i punkt 99 i den överklagade domen, i vilken punkt förstainstansrätten konstaterade en ”otillräcklig motivering” beträffande marknadernas storlek.

förhandlingen är frågan om huruvida ett verkligt genomförande av en kartell räcker för att styrka överträdelsens konkreta påverkan på marknaden långt ifrån att vara föremål för en ”fast rättspraxis” från förstainstansrättens sida. Under alla förhållanden har denna frågeställning hittills inte lösts av domstolen, som ställts inför den för första gången inte endast i detta mål utan även i målen ”österrikiska banker” [46].

133. Såsom generaladvokaten Bot framhöll i sitt den 26 mars 2009 föredragna förslag till avgörande i sistnämnda mål, föreligger det åtskillig osäkerhet beträffande vad begreppet ”mätbar” i den mening som avses i riktlinjerna omfattar. [47]

134. Denna osäkerhet är delvis en följd av förstainstansrättens motstridiga rättspraxis beträffande frågan om huruvida det förhållandet att det har konstaterats att en kartell verkligen har genomförts är tillräckligt för att bevisa att överträdelsen har en konkret påverkan på marknaden.

135. Såsom generaladvokaten Bot åskådliggjorde i ovannämnda förslag till avgörande [48] kan två inriktningar i rättspraxis urskiljas i detta avseende.

136. Enligt den första inriktningen i rättspraxis anser förstainstansrätten att kommissionen med rätta helt enkelt kan grunda sin bedömning att kartellen påverkat marknaden konkret på att överenskommelserna genomförts. Till denna inriktning hör förstainstansrättens domar i de österrikiska bank-målen [49], Groupe Danone mot kommissionen [50] samt, mer nyligen, Hoechst mot kommissionen [51] och Carbone-Lorraine mot kommissionen [52].

137. Såsom jag redan har angett ansåg förstainstansrätten tvärtom i den överklagade domen att kommissionen inte kunde begränsa sig till att konstatera att kartellen faktiskt hade genomförts för att bevisa att överträdelsen haft en konkret påverkan på marknaden. Detta synsätt ingår i den andra inriktningen i rättspraxis – som är samtida

46 — De förenade målen C-125/07 P, Erste Bank der österreichischen Sparkassen mot kommissionen, C-133/07 P, Raiffeisen Zentralbank Österreich mot kommissionen, C-135/07 P, Bank Austria Creditanstalt mot kommissionen, och C-137/07 P, Österreichische Volksbanken mot kommissionen, som pågår vid domstolen.

47 — Punkt 275 i nämnda förslag till avgörande.

48 — Se punkterna 279–300 i samma förslag till avgörande.

49 — Dom av den 14 december 2006 i de förenade målen T-259/02–T-264/02 och T-271/02, Raiffeisen Zentralbank Österreich m.fl. mot kommissionen (REG 2006, s. II-5169), punkt 288. Det kan noteras att denna dom meddelades av samma kammare, i samma sammansättning, som den som meddelade den överklagade domen.

50 — Dom av den 25 oktober 2005 i mål T-38/02, Groupe Danone mot kommissionen (REG 2005, s. II-4407). I punkt 148 i denna dom anges att ”[g]enomförandet, om än partiellt, av ett avtal vars syfte är konkurrensbegränsande räcker … för att det inte skall vara motiverat att dra slutsatsen att nämnda avtal saknar påverkan på marknaden”. Det kan noteras att i målet avseende det överklagande som gavs in till domstolen och som gav upphov till dom av den 8 februari 2007 i mål C-3/06 P, Groupe Danone mot kommissionen (REG 2007, s. I-1331), kom denna punkt inte till domstolens bedömning.

51 — Dom av den 18 juni 2008 i mål T-410/03, Hoechst mot kommissionen (REG 2008, s. II-881), punkterna 345 och 348.

52 — Dom av den 8 oktober 2008 i mål T-73/04, Le Carbone Lorraine mot kommissionen (REG 2008, s. II-2661), punkt 84. Det kan noteras att denna dom överklagats till domstolen, vilket överklagande registrerats under C-554/08 P, Le Carbone Lorraine mot kommissionen, där målet pågår.

med den första – som innebär ett krav på att kommissionen kan lägga fram konkreta och tillförlitliga indikationer på att överträdelsen med skälig sannolikhet har påverkat marknaden, eftersom det förhållandet att kartellen verkligen genomförts, enligt detta synsätt, endast är en stark indikation, utan att kommissionen för den skull kan begränsa sin bedömning till en sådan indikation. [53]

138. Enligt detta synsätt utgör den omständigheten att överträdelsen genomförts endast en förutsättning för att påvisa en kartells konkreta påverkan på marknaden. [54]

139. I likhet med generaladvokaten Bots i hans ovannämnda förslag till avgörande [55] ansluter jag mig till det resonemang som görs i den andra inriktningen i rättspraxis.

140. Jag anser nämligen att eftersom kommissionen önskade grunda beslutet att ålägga ett företag böter för åsidosättande av artikel 81.1 EG på att överträdelsen hade en konkret påverkan på marknaden, ska kommissionen kunna lägga fram konkreta, tillförlitliga och tillräckliga indikationer som gör det möjligt för den att bedöma vilket faktiskt inflytande som överträdelsen har kunnat ha på konkurrensen på marknaden. Eftersom överträdelsens konkreta påverkan gör det möjligt för kommissionen att vid en överträdelse som är mycket allvarlig till sin art ta hänsyn till dess allvar och öka utgångsbeloppet utöver den möjliga minimigränsen om 20 miljoner euro, kan institutionen inte bara nöja sig med att konstatera att kartellen verkligen genomförts och följaktligen inskränka sig till att utan någon ytterligare bevisning förutsätta att denna kartell sannolikt medfört en effekt på marknaden.

141. Jag anser att ett sådant krav är ännu mer lämpligt mot bakgrund av det i rättspraxis erinrande syftet att böter som åläggs företag som överträtt artikel 81.1 EG har som mål att stävja dessa företags olagliga agerande. [56]

142. I detta sammanhang kan man enligt min uppfattning inte medge att – eftersom det är fråga om avtal som har ett konkurrensbegränsande syfte, såsom avtal om uppdelning av produktmarknader och/eller geografiska marknader eller avtal om fastställande av

53 — Se förstainstansrättens domar av den 27 september 2006 i mål T-322/01, Roquette Frères mot kommissionen (REG 2006, s. II-3137), punkterna 77 och 78, i mål T-329/01, Archer Daniels Midland mot kommissionen (REG 2006, s. II-3255), punkterna 178–181, i mål T-43/02, Jungbunzlauer mot kommissionen (REG 2006, s. II-3435), punkterna 155–159, och i mål T-59/02, Archer Daniels Midland mot kommissionen (REG 2006, s. II-3627), punkterna 161–165. Se även för ett liknande resonemang, förstainstansrättens domar av den 8 juli 2008 i mål T-52/03, Knauf Gips mot kommissionen, i mål T-53/03, BPB mot kommissionen (REG 2008, s. II-1333), punkterna 301–304, och i mål T-54/03, Lafarge mot kommissionen, punkterna 584–587. Det kan noteras att domarna i målen T-52/03 och T-54/03 har överklagats, vilka överklaganden registrerats under C-407/08 P respektive C-413/08 P (målen Knauf Gips mot kommissionen och Lafarge mot kommissionen, vilka mål pågår vid domstolen).

54 — Se domen i det ovannämnda målet Roquette Frères mot kommissionen, punkt 77, och i det ovannämnda målet T-329/01, Archer Daniels Midland mot kommissionen, punkt 180.

55 — Se punkterna 303–314 i nämnda förslag till avgörande.

56 — Se bland annat domarna i de ovannämnda målen ACF Chemiefarma mot kommissionen, punkt 173, SGL Carbon mot kommissionen, punkt 37, och dom av den 7 juni 2007 i mål C-76/06 P, Britannia Alloys & Chemicals mot kommissionen (REG 2007, s. I-4405), punkt 22.

priser – kommissionen inte bara är befriad från skyldigheten att bevisa effekterna av dessa avtal när det ska fastslås att det *föreligger* en överträdelse, utan även från att lägga fram konkreta och tillförlitliga indikationer på att överträdelsen haft en verklig inverkan på marknaden, även om den anser det nödvändigt att grunda sig på ett sådant kriterium vid bedömningen av överträdelsens *allvar* och slutligen vid beräkningen av de böter som den har för avsikt att ålägga de berörda företagen.

143. Av detta följer enligt min uppfattning att det var med rätta som förstainstansrätten i punkterna 110 och 111 i den överklagade domen slog fast att kommissionen inte utan någon ytterligare förklaring kunde begränsa sig till att av det förhållandet att kartellen genomförts dra slutsatsen att det förelåg verkliga effekter av denna på marknaden och begränsa sig till att grunda sitt beslut på ett orsaksförhållande mellan genomförandet av kartellen och dess konkreta påverkan på marknaden.

144. Jag föreslår således att kommissionens begäran om ändring av domskälen inte ska bifallas.

ii) De invändningar som klagandena åberopat till stöd för den andra delen av den tredje grunden för överklagandet

145. Klagandena har invänt mot att förstainstansrätten nekade till att ogiltigförklara det omtvistade beslutet samtidigt som den slog fast att kommissionen hade åsidosatt motiveringsskyldigheten beträffande kriteriet avseende överträdelsens konkreta påverkan på marknaden.[57] Enligt deras uppfattning kunde kommissionen således inte utan att göra sig skyldig till en felaktig rättstillämpning i punkt 190 i den överklagade domen anse att grundbeloppet för böterna var lämpligt.

146. Även om man anser att förstainstansrätten gjorde en riktig bedömning när den slog fast att det omtvistade beslutet var bristfälligt motiverat beträffande överträdelsens konkreta påverkan på marknaden, snarare än att finna en (uppenbart) felaktig bedömning av detta kriterium, anser jag att de argument som klagandena redogjort för inte kan leda till framgång.

147. Jag erinrar i detta sammanhang om att förstainstansrätten är behörig i två avseenden när det gäller talan som väckts mot kommissionens beslut att ålägga företag böter för överträdelse av konkurrensreglerna. För det första ska kommissionen vid prövningen av beslutens lagenlighet enligt artikel 230 EG bland annat kontrollera om motiveringsskyldigheten, vars åsidosättande innebär att beslutet kan *ogiltigförklaras*, har iakttagits.

57 — De överväganden som redovisats ovan i fotnot 45 beträffande den franska versionen av uttrycket ”défaut de motivation” [bristande motivering], som används i punkt 115 i den överklagade domen, gäller även beträffande användningen av detta uttryck i punkt 190 i samma dom. Detta uttryck ska således förstås så, att det avser en felaktig eller bristfällig motivering, i enlighet med den tyska språkversionen av den överklagade domen.

För det andra är förstainstansrätten behörig att inom ramen för sin fulla prövningsrätt enligt artikel 229 EG och förordning nr 1/2003 pröva huruvida bötesbeloppet är lämpligt. [58]

148. Av detta följer att konstaterandet av en otillräcklig motivering beträffande ett av kriterierna för beräkningen av det bötesbelopp som åläggs ett företag för åsidosättande av artikel 81.1 EG inte kan i kraft av själva rättsförhållandet (*ipso facto*) leda till ogiltigförklaring, inte ens delvis, av det beslut genom vilket böterna ålagts. Denna slutsats ska förstås mot bakgrund av det antal kriterier som kommissionen kan använda för att avgöra en viss överträdelses allvar och varaktighet. Artikeldelen i det omtvistade beslutet (alltså inbegripet bötesbeloppet som åläggs) kan helt lagenligt grundas på andra skäl än dem som det av förstainstansrätten konstaterade felet eller bristen avsåg.

149. I det omtvistade beslutet kom kommissionen, beträffande överträdelsens allvar, fram till ett utgångsbelopp om 20 miljoner euro. Detta belopp bestämdes genom att bland annat överträdelsens karaktär, dess verkliga påverkan på marknaden och marknadens geografiska utsträckning beaktades.

58 — Se, för ett liknande resonemang, domarna i de ovannämnda målen KNP BT mot kommissionen, punkterna 38–40, och Sarrió mot kommissionen, punkterna 69–71.

150. I den överklagade domen kontrollerade förstainstansrätten – efter att ha konstaterat bristerna i kommissionens bedömning i fråga om den konkreta påverkan på marknaden vid bedömningen av överträdelsens allvar – om dessa brister också kunde ha en inverkan på beräkningen av böterna, nämligen på utgångsbeloppet om 20 miljoner euro som hade valts i det omtvistade beslutet gentemot klagandena.

151. Det är emellertid vid den kontroll som den utövar inom ramen för sin fulla prövningsrätt som förstainstansrätten, efter att i punkterna 188 och 189 i den överklagade domen ha konstaterat att klassificeringen av överträdelsen som mycket allvarlig i det omtvistade beslutet var motiverad på grund av de ifrågavarande avtalens karaktär, gjorde en riktig bedömning när den i punkt 190 i nämnda dom slog fast att de konstaterade bristerna vid de aktuella omständigheterna inte kunde *leda till att det ålagda bötesbeloppet undanröjdes eller sattes ned*, eftersom klassificeringen av överträdelsen som ”mycket allvarlig” var välgrundad och eftersom kommissionen hade valt det minimiutgångsbelopp som föreskrivs i riktlinjerna för en sådan överträdelse (vilket för övrigt är det högsta beloppet för en ”allvarlig” överträdelse), nämligen 20 miljoner euro.

152. Med andra ord ansåg förstainstansrätten att, fastän överträdelsens konkreta påverkan på marknaden kunde göra det möjligt för kommissionen att höja det utgångsbelopp för böterna som kommissionen valt, om det eventuellt hade kunnat vara fallet vid de aktuella förhållandena, hade bristerna beträf-

fande detta kriterium under alla förhållanden inte haft någon inverkan på det belopp som fastställts i förevarande fall (och således på artikeldelen i det omtvistade beslutet), eftersom ett sådant belopp motsvarade det högsta beloppet i kategorin allvarliga överträdelser i den mening som avses i riktlinjerna, medan den aktuella överträdelsen kunde betecknas som en ”mycket allvarlig” överträdelse med hänsyn till dess art. Vid dessa förhållanden ansåg förstainstansrätten inom ramen för sin fulla prövningsrätt att den inte behövde tillgripa sin behörighet att ändra det omtvistade beslutet, eftersom det valda utgångsbeloppet redan satts ned i förhållande till överträdelsens klassificering som ”mycket allvarlig” och således var lämplig.

153. En sådan bedömning och ett sådant synsätt bygger enligt min uppfattning inte på någon felaktig rättstillämpning.

154. Följaktligen föreslår jag att klagandenas invändningar till stöd för den andra delen av den tredje grunden för överklagandet inte ska godtas. Talan ska därför inte bifallas till någon del på denna grund.

E — *Den fjärde grunden för överklagandet: åsidosättande av riktlinjerna och felaktig bedömning av överträdelsens allvar*

155. Denna grund består av två delar. Den första delen är att det inte beaktats att fastställandet av överträdelsens konkreta påverkan på marknaden var felaktig. Den andra delen är att det förhållandet att klagandena frivilligt upphört med överträdelsen inte beaktats.

1. Den fjärde grundens första del: underlåtenhet att beakta att fastställandet av överträdelsens konkreta påverkan på marknaden var felaktigt

a) Parternas argument

156. Sökandena har gjort gällande att förstainstansrätten i punkterna 188–190 i den överklagade domen gjorde sig skyldig till en felaktig rättstillämpning i två avseenden. För det första bestämde förstainstansrätten överträdelsens allvar med beaktande av endast dess abstrakta form. Underlåtenheten att beakta de konkreta omständigheterna för överträdelsen strider mot såväl riktlinjerna som domstolens rättspraxis och kommissionens beslutspraxis. För det andra var det fel av förstainstansrätten att anse att det utgångsbelopp som föreskrivs i riktlinjerna för en mycket allvarlig överträdelse utgör ett minsta belopp som det inte är tillåtet att frångå. Detta synsätt strider mot kommissionens beslutspraxis och utgör ett åsidosättande av proportionalitetsprincipen.

157. Kommissionen har delvis hänvisat till de argument som den har utvecklat beträffande den tredje grunden om överträdelsens konkreta påverkan på marknaden. Kommissionen har tillagt att förstainstansrätten inte ansåg att det i riktlinjerna föreskrivna utgångsbeloppet var en oöverskridbar tröskel utan tvärtom i punkterna 206 och 223 i den överklagade domen undersökte om det var proportionerligt. När det gäller klagandenas argument beträffande kommissionens beslutspraxis är de nämnda exemplen antingen irrelevanta, nya eller oprecisa.

b) Bedömning

158. Jag erinrar om att domstolens kontroll i ett mål om överklagande av en dom från förstainstansrätten, i vilken beloppet för de böter som ålagts ett företag för överträdelse av konkurrensreglerna har fastställts, består dels i att undersöka huruvida förstainstansrätten på ett juridiskt korrekt sätt har beaktat samtliga faktorer som är väsentliga för bedömningen av hur allvarligt ett visst handlande varit mot bakgrund av artiklarna 81 EG och 82 EG samt artikel 15 i förordning nr 17 (eller artikel 23 i förordning nr 1/2003), dels i att undersöka huruvida förstainstansrätten har gjort en rättsligt tillfredsställande prövning av samtliga argument som klaganden har anfört avseende undanröjande eller nedsättning av böterna. [59]

159. I förevarande fall erinrar jag om att förstainstansrätten i punkt 188 i den överklagade domen ansåg att den aktuella överträdelsen, som syftade till att dela upp produktmarknader och geografiska marknader, till följd av dess art utgjorde en uppenbar överträdelse av konkurrensrätten och följaktligen var särskilt allvarlig. Av detta drog förstainstansrätten i punkt 189 i den överklagade domen slutsatsen att klassificeringen i det omtvistade beslutet av överträdelsen som ”mycket allvarlig” var motiverad med hänsyn till den definition som gjorts i riktlinjerna.

160. Enligt min uppfattning bygger denna bedömning i sig inte på någon felaktig rättstillämpning.

161. I domen i målet Thyssen Stahl mot kommissionen [60] hade domstolen nämligen tillfälle att bekräfta att förstainstansrättens synsätt att en överträdelses allvar kan fastställas med hänvisning till det illegala agerandets art och syfte och att omständigheter som omfattas av syftet med ett agerande kan ha mer betydelse vid fastställandet av bötesbeloppet än omständigheter beträffande dess effekter. Domstolen slog således fast att verkan av ett konkurrensbegränsande förfarande alltså inte är ett avgörande kriterium vid bedömningen av om bötesbeloppet är skäligt. [61]

59 — Se bland annat domarna i de ovannämnda målen Baustahlgewebe mot kommissionen, punkt 128, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied mot kommissionen, punkt 217, och Groupe Danone mot kommissionen, punkt 69.

60 — Dom av den 2 oktober 2003 i mål C-194/99 P, Thyssen Stahl mot kommissionen (REG 2003, s. I-10821).

61 — Ibidem, punkt 118.

162. Såsom förstainstansrätten med rätta påpekat i punkt 189 i den överklagade domen, har dessutom kommissionen i riktlinjerna angett att när det är fråga om mycket allvarliga överträdelser, är det ”i huvudsak fråga om horisontella begränsningar såsom priskarteller och karteller för uppdelning av marknader eller andra förfaranden som hindrar den inre marknadens funktion, såsom t.ex. förfaranden som syftar till att avskärma de nationella marknaderna” (punkt 1 A andra stycket tredje strecksatsen).

163. Av denna vägledande beskrivning följer att avtal eller samordnade förfaranden som, såsom i förevarande fall, syftar till att dels dela upp produktmarknader, genom att den europeiska marknaden för synålar och andra sybehörsartiklar delas upp i segment, dels dela upp den geografiska marknaden genom att den europeiska marknaden för synålar, symaskinsnålar, stickor och virknålar delas upp i segment, på grundval av enbart överträdelsernas art kan leda till klassificeringen ”mycket allvarlig”, utan att det är nödvändigt att sådant agerande kännetecknas av en särskild påverkan.

164. Jag anser följaktligen att klagandena inte kan klandra förstainstansrätten för att den slagit fast att de kriterier som anges i punkt 1 A första stycket i riktlinjerna inte har samma betydelse vid bedömningen av överträdelsens allvar.

165. Såsom jag har redovisat i punkterna 151 och 152 i detta förslag till avgörande nekade förstainstansrätten, efter att ha påvisat bristerna i kommissionens bedömning av överträdelsens konkreta påverkan, dock till att använda sig av sin behörighet att ändra det utgångsbelopp för böterna som fastställts i det omtvistade beslutet, eftersom den anser att det fastställda beloppet med hänsyn till omständigheterna i målet hade minskats i förhållande till överträdelsens klassificering som ”mycket allvarlig” till följd av överträdelsens art. Tvärtemot vad klagandena har hävdat ansåg förstainstansrätten alltså inte att utgångsbeloppet om 20 miljoner euro som fastställts i det omtvistade beslutet utgjorde en oöverskridbar tröskel utan undersökte tvärtom inom ramen för sin fulla prövningsrätt, om det fanns skäl att ändra detta belopp, vilket följer av punkt 190 i den överklagade domen. [62] Det förhållandet att förstainstansrätten mot bakgrund av omständigheterna i målet valde att inte ändra det utgångsbelopp som fastställts i det omtvistade beslutet, varvid den förklarade skälen för denna bedömning, kan inte i sig utgöra ett åsidosättande av proportionalitetsprincipen. Vidare är det eventuella förhållandet att kommissionen bedömt annat olagligt agerande på ett annat sätt i andra mål inte relevant, eftersom kommissionens beslutspraxis inte utgör rättslig grund för böter i konkurrensmål. [63]

62 — Se bland annat, för ett liknande tillvägagångssätt, förstainstansrättens dom av den 9 juli 2003 i mål T-223/00, Kyowa Hakko Kogyo och Kyowa Hakko Europe mot kommissionen (REG 2003, s. II-2553), punkterna 77–89.

63 — Se bland annat domarna i de ovannämnda målen Dansk Rørindustri m.fl. mot kommissionen, punkterna 209–213, JCB Service mot kommissionen, punkt 205, och i mål C-510/06 P, Archer Daniels Midland mot kommissionen, punkt 82.

166. Överklagandet ska således inte bifallas på den fjärde grundens första del.

2. Den fjärde grundens andra del: underlåtenheten att beakta det förhållandet att klagandena frivilligt upphört med överträdelsen som förmildrande omständighet

a) Parternas argument

167. Genom denna delgrund har klagandena hävdat att förstainstansrätten gjorde sig skyldig till en felaktig bedömning i punkterna 211 och 213 i den överklagade domen när den slog fast att det kunde komma i fråga att beakta en förmildrande omständighet endast om företagen i fråga föranletts att upphöra med sitt konkurrensbegränsande agerande genom kommissionens ingripande. Enligt klagandena ska ett frivilligt upphörande av överträdelsen före kommissionens första utredningsåtgärd helt logiskt beaktas som en förmildrande omständighet, eftersom den helt klart inte beaktas vid bedömningen av överträdelsens varaktighet.

168. Kommissionen anser att förstainstansrättens analys överensstämmer med dess rättspraxis, som det inte finns anledning att ifrågasätta.

b) Bedömning

169. Det är ostridigt att förstainstansrätten inte godtog klagandenas argument att kommissionen skulle tillrättavisas för att inte ha tagit hänsyn till en förmildrande omständighet enligt artikel 3 i riktlinjerna av det skälet att överträdelsen hade upphört före kommissionens första ingripande.

170. I punkt 211 i den överklagade domen slog förstainstansrätten fast att det inte kunde beaktas som en förmildrande omständighet enligt artikel 3 i riktlinjerna att det olagliga avtalet upphört i förtid. Om böterna minskades vid sådana omständigheter skulle det innebära att överträdelsens varaktighet beaktades dubbelt för att beräkna böterna. I förevarande fall konstaterade förstainstansrätten i punkt 212 i den överklagade domen att det förtida upphörandet av det olagliga avtalet inte var en följd av vare sig ett ingripande från kommissionens sida eller klagandenas beslut att upphöra med överträdelsen utan huvudsakligen av klagandenas ökade produktionskapacitet i Republiken Tjeckien, vilket klagandena angav i sitt svar på meddelandet om anmärkningar. Förstainstansrätten angav i punkt 213 i den överklagade domen att avtalets förtida upphörande redan beaktats vid bedömningen av överträdelsens varaktighet och således inte kunde utgöra en förmildrande omständighet.

171. Oberoende av (sak)frågan om det var helt frivilligt eller av tvingande ekonomiska

hänsyn som klagandena upphörde med överträdelsen i förväg, kan förstainstansrättens tolkning av riktlinjerna enligt min uppfattning inte innebära en felaktig rättstillämpning.

172. Jag erinrar om att i punkt 3 i riktlinjerna anges att grundbeloppet för de böter som kommissionen fastställt minskas bland annat när det överträdande företaget har upphört med överträdelsen vid kommissionens första ingripande.

173. Domstolen hade emellertid i domen i det ovannämnda målet Dalmine mot kommissionen tillfälle att bekräfta förstainstansrättens bedömning att en förmildrande omständighet enligt punkt 3 i riktlinjerna inte kan beaktas när den fastslagna överträdelsen hade upphört eller var på väg att upphöra när kommissionen gjorde sina första kontroller. [64]

174. Detta synsätt, om än vid något annorlunda omständigheter, bekräftades nyligen i domen i det ovannämnda målet Archer Daniels Midland mot kommissionen (C-510/06 P), i vilken domstolen ansåg att det var riktigt att neka företaget rätt till nedsättning av böternas grundbelopp av det skälet att klaganden hade upphört med sitt rättsstridiga agerande vid de amerikanska konkurrensmyndigheternas första ingripande, som i det målet skett före kommissionens första ingripande. [65] Domstolen grundade denna bedömning på behovet av att bevara de av kommissionen ålagda böternas avskräckande verkan och den ändamålsenliga verkan med artikel 81.1 EG. [66]

175. Härav följer att förstainstansrätten i förevarande mål inte gjorde sig skyldig till någon felaktig rättstillämpning när den bekräftade kommissionens bedömning i det omtvistade beslutet att det faktum att klagandena i förtid upphört med överträdelsen av artikel 81.1 EG, vilken överträdelse inte bestridits, inte skulle beaktas såsom en förmildrande omständighet för klagandena.

176. Jag anser följaktligen att överklagandet inte kan bifallas på den fjärde grundens andra del. Talan ska således inte alls bifallas på denna grund.

64 — Punkterna 158 och 160.

65 — Punkt 150.

66 — Ibidem, punkt 149.

F — *Den femte grunden för överklagandet: åsidosättande av proportionalitetsprincipen när bötesbeloppet fastställdes*

1. Parternas argument

177. Klagandena har hävdat att förstainstansrätten åsidosatte proportionalitetsprincipen i två avseenden när den fastställde överträdelsens allvar i samband med att böterna bestämdes. För det första gjorde förstainstansrätten en formalistisk tillämpning av riktlinjerna utan att beakta de konkreta omständigheterna för överträdelsen. För det andra kontrollerade förstainstansrätten om böterna var proportionerliga endast utifrån isolerade kriterier utan att på ett övergripande sätt beakta omständigheterna i målet. Klagandena har därvid kritiserat punkterna 228–232 i den överklagade domen.

178. Kommissionen anser att denna grund inte kan prövas i sak, eftersom domstolen anmodas att göra en ny bedömning av bötesnivån. Kommissionen har i andra hand understrukit att förstainstansrätten undersökte i detalj om böterna var proportionerliga och att det inte finns grund för klagandenas argument.

2. Bedömning

179. Beträffande klagandenas första invändning, att riktlinjerna tillämpats formalistiskt, så ska den avfärdas av samma skäl som de som redovisats i punkt 165 i detta förslag till avgörande. Klagandena har nämligen till stöd för denna invändning endast upprepat sin kritik att förstainstansrätten ansåg att utgångsbeloppet om 20 miljoner euro var en oöverskridbar tröskel. Som jag redan har anfört ovan kan denna kritik emellertid inte godtas.

180. Beträffande den andra invändningen erinrar jag om att det enligt fast rättspraxis inte ankommer på domstolen, när den prövar

ett mål om överklagande, att göra en skälighetsbedömning som ändrar den bedömning som förstainstansrätten med stöd av sin fulla prövningsrätt har gjort av ett bötesbelopp som ett företag har ålagts på grund av att de har åsidosatt gemenskapsrätten. [67]

181. Av detta följer att domstolen i ett mål om överklagande inte är behörig att göra en allmän omprövning av böterna. [68]

182. I förevarande fall har klagandena emellertid i sitt överklagande i själva verket anmodat domstolen att göra en omprövning av det bötesbelopp som förstainstansrätten ålagt. De har nämligen i punkterna 103–108 i sitt överklagande hävdat att den påstådda avsaknaden av konkret påverkan på marknaden, överträdelsens varaktighet och varierande påverkan, dess förtida upphörande, den hävdade bristande proportionaliteten mellan böterna och den sammanlagda omsättningen, de aktuella marknadernas påstått ringa omfattning samt den procentuella andel som de böter som kommissionen ålagt motsvarar i förhållande till den årliga volymen på de aktuella marknaderna skulle ha föranlett förstainstansrätten att minska det bötesbelopp som ålagts i det omtvistade beslutet.

183. I ett mål om överklagande ska däremot domstolen bland annat undersöka huruvida förstainstansrätten har gjort en rättsligt tillfredsställande prövning av samtliga argument som klaganden har anfört avseende undanröjande eller nedsättning av böterna. [69]

184. Såsom kommissionen har gjort gällande i sin svarsskrivelse och såsom framgår av den prövning av den tredje och den fjärde grunden för överklagandet som gjorts i detta förslag till avgörande, prövade förstainstansrätten klagandenas argument mycket noggrant, vilka argument upprepats i de ovan nämnda punkterna 103–108 i deras överklagande.

185. När det gäller den mer utförliga kritiken beträffande böternas bristande proportionalitet i förhållande till klagandenas sammanlagda omsättning och volymen på den ifrågavarande marknaden, vilken kritik inte har behandlats vid prövningen av de föregående grunderna för överklagandet, har förstainstansrätten i punkterna 228–232 i den överklagade domen med rätta kontrollerat om det belopp som fastställdes i det omtvistade beslutet, mot bakgrund av klagandenas argument och dess fulla prövningsrätt, var proportionerligt i förhållande till dessa omständigheter. Det ska i detta avseende anföras att förstainstansrätten gjorde denna bedömning utan att hålla sig till det i artikel 23.2 i förord-

67 — Se bland annat dom av den 15 december 1994 i mål C-320/92 P, Finsider mot kommissionen (REG 1994, s. I-5697), punkt 46, och av den 8 juli 1999 i mål C-51/92 P, Hercules Chemicals mot kommissionen (REG 1999, s. I-4235), punkt 109, domen i det ovannämnda målet Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mot kommissionen, punkt 614, och domen i det ovannämnda målet Dansk Rørindustri m.fl. mot kommissionen, punkt 245.

68 — Se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Dansk Rørindustri m.fl. mot kommissionen, punkt 246 och där angiven rättspraxis.

69 — Se särskilt domarna i de ovannämnda målen Baustahlgewebe mot kommissionen, punkt 128, och Groupe Danone mot kommissionen, punkt 69.

ning nr 1/2003 föreskrivna taket om 10 procent av den sammanlagda omsättningen, vars iakttagande inte automatiskt kan säkerställa att böterna är proportionerliga, såsom förstainstansrätten helt korrekt slog fast i punkt 226 i den överklagade domen.

186. Av ovan anförda skäl föreslår jag att överklagandet inte bifalls på den femte grunden och att överklagandet således lämnas utan bifall i dess helhet.

III — Rättegångskostnaderna

187. Enligt artikel 122 första stycket i domstolens rättegångsregler ska domstolen, när överklagandet inte vinner bifall, besluta om rättegångskostnaderna. Enligt artikel 69.2 i dessa rättegångsregler, som är tillämplig på mål om överklagande enligt artikel 118 i dessa regler, ska tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Kommissionen har yrkat att klagandena ska förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom klagandena enligt min uppfattning ska tappa målet, ska de förpliktas att ersätta de rättegångskostnader som är hänförliga till överklagandet.

IV — Förslag till avgörande

188. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen beslutar följande:

1. Överklagandet ogillas.

2. William Prym GmbH & Co. KG och Prym Consumer GmbH & Co. KG ska ersätta rättegångskostnaderna.