FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT JEAN MISCHO

föredraget den 18 maj 2000 *

1. Bolaget NV Koninklijke KNP BT (nedan kallat KNP) har genom ansökan, som inkom den 9 juli 1998, överklagat förstainstansrättens dom av den 14 maj 1998, KNP BT mot kommissionen [1] (nedan kallad den överklagade domen).

2. Förstainstansrätten biföll delvis KNP:s talan genom denna dom och satte ned bötesbeloppet från 3 000 000 ecu till 2 700 000 ecu, men i övrigt ogillade den KNP:s talan mot kommissionens beslut 94/601/EG av den 13 juli 1994 om ett förfarande för tillämpning av artikel 85 i EG-fördraget (IV/C/33.833 — kartong [2]) (nedan kallat beslutet), genom vilket 19 tillverkare och leverantörer av kartong inom gemenskapen bötfälldes för att ha överträtt artikel 85.1 i EG-fördraget (nu artikel 81.1 EG).

3. Med denna talan yrkade KNP att förstainstansrätten skulle ogiltigförklara beslutet helt eller delvis, upphäva eller åtminstone nedsätta böterna samt vidta de åtgärder som rätten fann nödvändiga.

4. För en fullständig redogörelse för de anmärkningar som KNP riktade mot beslutet och skälen till att förstainstansrätten fann att den bara kunde godta vissa av dem, hänvisas till den överklagade domen.

5. KNP har yrkat att domstolen skall

1) upphäva den överklagade domen,

2) ogiltigförklara beslutet samt upphäva eller nedsätta de böter som påfördes klaganden, i enlighet med yrkandena i ansökan av den 7 oktober 1994, eller, i andra hand, återförvisa målet till förstainstansrätten för avgörande om beslutet skall (delvis) ogiltigförklaras,

* Originalspråk: franska.

1 — T-309/94 (REG 1998, s. II-1007).

2 — EGT L 243, s. 1.

3) förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna i förstainstansrätten och i domstolen.

6. Kommissionen, som är svarande i målet om överklagande liksom den var i första instans, har yrkat att domstolen skall

1) ogilla talan,

2) förplikta klaganden att ersätta rättegångskostnaderna.

7. KNP har till stöd för sina yrkanden åberopat fyra grunder:

— Den första och huvudsakliga grunden avser beslutets bristfälliga motivering av hur klagandens böter fastställdes.

— Den andra grunden avser det förhållandet att det vid fastställelsen av böterna inte beaktades att klaganden drog sig ur överenskommelsen i slutet av år 1989, eller att bolagets medverkan åtminstone var marginell från år 1990.

— Den tredje grunden rör det förhållandet att den omsättning som legat till grund för beräkningen av böterna fastställdes med beaktande av försäljningen inom koncernen, vilken utgörs av KNP och dess dotterbolag.

— Den fjärde grunden rör fastställandet av att Badische Kartonfabrik (nedan kallat Badische), ett av företagen inom koncernen, påbörjade överträdelsen vid halvårsskiftet 1986.

8. För att undvika onödiga upprepningar skall, i den mån det behövs, en detaljerad redogörelse för dessa grunder lämnas allteftersom de tas upp till behandling.

Den första grunden: Huruvida kommissionens motivering av beslutet var bristfällig i fråga om fastställelsen av bötesbeloppet

9. Klaganden har gjort gällande att förstainstansrätten borde ha ogiltigförklarat beslutet på grund av dess klart bristfälliga motivering i fråga om fastställelsen av bötesbeloppet.

10. Enligt klaganden innehåller beslutet inte den minsta antydan om vilken metod kommissionen använde för att beräkna ett

bötesbelopp som stod i proportion till omsättningen i de olika företag som KNP hölls ansvarigt för samt till varaktigheten och omfattningen av vart och ett av dessa företags deltagande i överträdelsen.

11. Denna grund är identisk med den som Mo och Domsjö AB har åberopat i mål C-283/98 P. För en redovisning av skälen till varför överklagandet inte kan vinna bifall på denna grund, tillåter jag mig därför att hänvisa till mitt förslag till avgörande i det målet, som jag också lägger fram i dag.

Den andra grunden: Det förhållandet att KNP:s deltagande i överenskommelsen efter utgången av år 1989 beaktades vid fastställelsen av bötesbeloppet

12. Klaganden har gjort gällande att förstainstansrätten "i domen borde ha prövat bolagets argument att kommissionen oberättigat hade påfört böter för tiden efter utgången av år 1989 eller, i andra hand, att kommissionen borde ha nöjt sig med att ålägga bolaget mycket låga böter, med hänsyn till att det endast marginellt hade deltagit i överenskommelsen".

13. Klaganden har således gjort gällande att ett av dess argument aldrig prövades i den överklagade domen. Detta stämmer uppenbarligen inte, eftersom nämnda argument särskilt prövades och avfärdades i punkterna 55—59 i denna dom.

14. Det måste således konstateras att denna anmärkning, i den mån den avser att förstainstansrätten underlät att ta ställning, saknar grund. Men kanske skall denna anmärkning förstås på ett annat sätt, nämligen att klaganden har kritiserat förstainstansrätten för att den inte fastställde att bolagets argument var välgrundat och inte för att den underlät att pröva argumentet.

15. Även om KNP:s anmärkning förstås på detta sätt skall den ändå (som kommissionen har gjort gällande) underkännas, eftersom den inte stöds av sådan motiverad kritik av förstainstansrättens bedömning som hade krävts för att anmärkningen inte skulle anses vara enbart en upprepning av de argument som framfördes vid förstainstansrätten.

16. Under samma grund har klaganden framfört kritik mot att förstainstansrätten tillämpade en sats på 7,5 procent av omsättningen för perioden efter utgången av år 1989 när den ändrade det av kommissionen påförda bötesbeloppet. Detta var felaktigt med hänsyn till företagets marginella delaktighet i överenskommelsen, vilket medges av kommissionen själv i beslutet.

17. Som kommissionen har påpekat kan denna kritik inte godtas i ett mål om överklagande, eftersom den innebär att domstolen ombeds att ompröva den bedömning som förstainstansrätten gjorde

med stöd av sin fulla prövningsrätt, utan att det har angetts på vilka *rättsliga grunder* en sådan omprövning skulle vara motiverad.

18. Enbart det förhållandet att klaganden inte godtar förstainstansrättens bedömning av vad som är ett skäligt bötesbelopp utgör inte grund för överklagande.

19. Med stöd av det ovan anförda föreslår jag att den andra grunden skall underkännas, eftersom överklagandet, i den del det över huvud taget kan prövas på denna grund, inte kan vinna bifall med stöd av den.

Den tredje grunden: Förhållandet att den del av omsättningen som avsåg försäljning inom koncernen beaktades vid beräkningen av böterna

20. Klaganden har gjort gällande att förstainstansrätten felaktigt och i strid med gemenskapsrätten i punkt 112 i den överklagade domen fastställde — beträffande den interna kartongförsäljningen — att det "måste konstateras att sökanden inte har förebringat några bevis till stöd för att kommissionen inte hade bort beakta denna vid beräkningen av böterna".

21. Det framgår av de argument som KNP har anfört till stöd för denna grund att denna i själva verket består av flera olika anmärkningar mot förstainstansrätten.

22. För det första har klaganden kritiserat förstainstansrätten för att den fastställde att bolaget inte hade framlagt "några bevis", trots att det av ombudets anteckningar framgår att bolaget vid sammanträdet gjorde gällande att den interna omsättningen saknar betydelse.

23. KNP anser vidare att ovannämnda uttalande, varigenom förstainstansrätten underkände företagets påstående, gör det möjligt att anse att förstainstansrätten åsidosatte motiveringsskyldigheten på denna punkt.

24. Slutligen har KNP hävdat att förstainstansrätten åsidosatte "vissa allmänna rättsprinciper, särskilt likabehandlingsprincipen och proportionalitetsprincipen" samt "artikel 190 i EG-fördraget och artikel 15 i rådets förordning nr 17", när den beaktade den interna försäljningen vid fastställandet av den omsättning som låg till grund för beräkningen av böterna.

25. Den första anmärkningen, förutom att den är allvarlig, ger enligt min mening upphov till ett mycket svårt problem, med hänsyn till de omständigheter under vilka

bolagen som beslutet riktade sig till kunde göra sina rättigheter gällande vid förstainstansrätten.

26. Jag nöjer mig med att erinra om att beslutet endast innehåller en kortfattad om än tillräcklig motivering när det gäller beräkningen av böterna och att det var först under förfarandet vid förstainstansrätten som kommissionen (som svar på en av rättens frågor) tillkännagav en rad omständigheter som hade beaktats vid fastställandet av bötesbeloppet.

27. Det var således vid den muntliga förhandlingen som de bötfällda bolagen kunde framföra sin kritik på denna punkt.

28. Det kan följaktligen inte anses — efter prövning av KNP:s talan och replik vid förstainstansrätten — att förstainstansrättens bedömning i punkt 112 i den överklagade domen är helt grundad.

29. Vilket övervägande skulle då kunna läggas till grund för bedömningen av huruvida KNP:s kritik är välgrundad?

30. Det står för det första klart att Badische under det administrativa förfarandet (som svar på kommissionens begäran om upplysning angående företagets omsättning) inkom med en tabell, bilagd kommissionens svaromål i det nu aktuella förfarandet, där det skiljs mellan den totala försäljningen och försäljningen till företag utanför koncernen. Detta motiverade Badische på följande sätt: "Den mängd som används för intern bearbetning till färdig produkt var inte och är fortfarande inte tillgänglig på kartongmarknaden. Följaktligen kan denna mängd inte beaktas när företagets marknadsandel skall fastställas."

31. För det andra fanns det inte något i beslutet som gjorde det möjligt för KNP att få reda på om detta argument hade godtagits av kommissionen eller inte.

32. För det tredje står det klart att KNP, även sedan bolaget tagit del av de uppgifter som kommissionen inkommit med på förstainstansrättens begäran, inte kunde bilda sig en säker uppfattning på denna punkt, eftersom det var först vid sammanträdet som kommissionen talade om att den i KNP:s fall inte hade utgått från omsättningen för år 1990, vilket den hade gjort beträffande de övriga företagen som ålades böter, utan från 1989 års omsättning. Kommissionens förklaring till varför den hade gjort detta godtogs inte av förstainstansrätten.

33. Det var således först under det muntliga förfarandet som klaganden kunde konstatera att det var Badisches totala omsättning som hade beaktats.

34. Under dessa förhållanden var det nog inte så enkelt att, när sakläget väl stod klart, improvisera fram en utveckling av talan *ad hoc*. Frågan är om bolaget ändå gjorde gällande sådana argument som det kunde förvänta sig att förstainstansrätten skulle pröva, oavsett om den godtog eller underkände dem.

35. Det är ostridigt att klaganden tog upp frågan, eftersom förstainstansrätten själv, i punkt 98 i den överklagade domen, anförde att KNP hade gjort gällande att kommissionen "felaktigt [hade beaktat] den interna kartongförsäljningen inom koncernen".

36. Det som måste undersökas är således om KNP enbart gjorde ett påstående eller om bolaget faktiskt framförde argument. Om det första av dessa antaganden stämmer var det riktigt av förstainstansrätten att fastställa att "[klaganden] inte [hade] förebringat några bevis till stöd för att kommissionen inte hade bort beakta denna vid beräkningen av böterna", även om det enligt min mening inte var bevis som bolaget var skyldigt att framlägga, eftersom uppgifter om åtskillnaden mellan intern och extern försäljning hade lämnats under det administrativa förfarandet, utan *rättsliga grunder*. Om det andra antagandet är riktigt skulle överklagandet vinna bifall på den första och den andra delen av den tredje grunden och det borde övervägas om den överklagade domen skall upphävas.

37. Jag är benägen att tro att klaganden inte lade fram några egentliga argument, eftersom det är svårt att förstå varför förstainstansrätten i så fall lät bli att tillbakavisa dem. Det hade varit lätt, eftersom förstainstansrätten gjorde detta i sin dom av samma dag i målet Europa Carton mot kommissionen.[3] Också i det målet ifrågasatte klaganden att den interna försäljningen hade beaktats.

38. Jag är emellertid inte helt övertygad, trots att kommissionen har påstått att dess ombud minns det som att "klagandens ombud inte på något sätt förklarade *varför* denna försäljning till ett dotterbolag skulle undantas".

39. I en sådan situation framstår det för mig som om tvivlen skall väga till KNP:s fördel, särskilt med hänsyn till att bolaget, såsom beskrivits ovan, försattes i en allt annat än idealisk situation när det skulle framföra sina argument. Men innan jag drar slutsatsen att den överklagade domen skall upphävas skall jag undersöka om detta är motiverat mot bakgrund av att domstolen har fastställt att "överklagandet skall ogillas om en dom från förstainstansrätten innehåller domskäl som strider mot gemenskapsrätten, men domslutet visar sig vara riktigt enligt andra rättsliga grunder".[4]

40. Av den anledningen tror jag att det är nödvändigt att pröva klagandens tredje anmärkning, vilken rör målet i sak, det vill

3 — Dom av den 14 maj 1998 i mål T-304/94 (REG 1998, s. II-869), punkterna 120—131.

4 — Dom av den 9 juni 1992 i mål C-30/91 P, Lestelle mot kommissionen (REG 1992, s. I-3755), punkt 28.

säga frågan om hur kommissionen hade bestämt den omsättning som låg till grund för fastställelsen av bötesbeloppet.

41. Jag anser emellertid att det var med rätta som förstainstansrätten inte kritiserade kommissionen för att beakta Badisches totala omsättning på kartongmarknaden.

42. Förstainstansrätten fastställde nämligen följande i domen i det ovannämnda målet Europa Carton mot kommissionen:

"Om värdet på de interna leveranserna av kartong inte beaktades, skulle vertikalt integrerade företag utan motivering gynnas.

Vinsten till följd av överenskommelsen skulle i en sådan situation inte kunna beaktas och det aktuella företaget skulle då undgå en bestraffning som var proportionerlig i förhållande till företagets storlek på den produktmarknad som var föremål för överträdelsen."

43. Jag anser följaktligen att överklagandet inte kan vinna bifall på den tredje grunden.

Den fjärde grunden: Fastställelsen av när överträdelsen påbörjades för ett av företagen inom koncernen

44. Klaganden har gjort gällande att kommissionen åsidosatte likabehandlingsprincipen, proportionalitetsprincipen, artikel 190 i EG-fördraget (nu artikel 253 EG) och artikel 15 i rådets förordning nr 17 av den 6 februari 1962, Första förordningen om tillämpning av fördragets artiklar 85 och 86,[5] när den vid fastställelsen av böterna höll klaganden ansvarig för Badisches överträdelser från och med halvårsskiftet 1986, trots att klaganden förvärvade detta bolag först den 1 januari 1987, och att förstainstansrätten åsidosatte gemenskapsrätten, i synnerhet motiveringsskyldigheten, när den godkände detta förfaringssätt utan att lämna någon motivering, trots att klaganden hade ifrågasatt det.

45. Precis som i fallet med den förra grunden har kommissionen bestritt klagandens påståenden. Kommissionen har gjort gällande att den "varken i ansökan i första instans eller i repliken funnit någon grund eller något argument som rör fastställelsen av bötesbeloppet. Kommissionens ombud kan inte heller erinra sig att frågan togs upp vid sammanträdet". Härav har kommissionen dragit slutsatsen att överklagandet inte kan tas upp till prövning på denna grund.

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

46. Innan jag undersöker huruvida denna bedömning är riktig, skall det inledningsvis konstateras att KNP har rätt i sitt påstående att frågan om från och med vilken tidpunkt KNP kunde hållas ansvarigt för Badisches medverkan i överenskommelsen faktiskt inte prövades i den överklagade domen, trots att frågan om när Badisches medverkan i överenskommelsen upphörde prövades i punkterna 55—60 i nämnda dom.

47. Frågan är om detta berodde på att KNP aldrig tog upp denna fråga. Om KNP hade förklarat att det var först vid sammanträdet som bolaget gjorde förstainstansrätten uppmärksam på denna omstridda del av beslutet, skulle samma dilemma som för den tredje grunden uppstå. Men så är lyckligtvis inte fallet.

48. Man behöver nämligen bara läsa KNP:s skriftliga inlagor vid förstainstansrätten för att konstatera att klaganden påpekade att Badische införlivades med koncernen först den 1 januari 1987 och anmodade förstainstansrätten att ta hänsyn till denna omständighet (detta gjorde klaganden trots att bolaget inte i detalj kände till hur bötesbeloppet hade beräknats, men mot bakgrund av att det i punkt 149 i beslutets motivering fastställdes att "KNP under hela den aktuella perioden även har varit ägare till 95 procent till det tyska kartongtillverkarbolaget Herzbergerpapierfabrik, i vilket även Badische ingick").

49. De argument som KNP gjorde gällande i detta avseende återfinns i punkterna 7 och 8 och i punkterna 12—14 i ansökan, och en påminnelse om tidpunkten för förvärvet av Badische återfinns i punkt 7 i repliken.

50. Det är således felaktigt att påstå, som kommissionen har gjort, att KNP under sin fjärde grund har gjort gällande att förstainstansrätten underlät att pröva ett argument som i själva verket aldrig hade åberopats. Följaktligen kan överklagandet tas upp till prövning på den fjärde grunden.

51. Frågan är emellertid om denna grund kan medföra att den överklagade domen skall upphävas.

52. Kommissionen har i sitt yttrande över denna grund anfört följande: "Kommissionen erinrar återigen om att förstainstansrätten i domen fastställde böterna till 2 700 000 ecu med stöd av sin fulla prövningsrätt (punkt 114). Eftersom domstolen inte har möjlighet att direkt skaffa sig kännedom om de faktiska omständighe-

terna kan den inte utöva sin fulla prövningsrätt i ett mål om överklagande."

53. Dessa påståenden bygger enligt min uppfattning på ett beklagligt missförstånd. Det förhållandet att förstainstansrätten fastställde bötesbeloppet med stöd av sin fulla prövningsrätt betyder inte alls att denna fastställelse inte skulle kunna upphävas av domstolen i ett mål om överklagande.

54. Full prövningsrätt är nämligen inte detsamma som skönsmässig bedömning. Förstainstansrätten kan visserligen fritt bedöma på vilken nivå böterna skall ligga, men denna bedömning skall ske under regelrätta förhållanden och den skall i synnerhet baseras på specifika uppgifter.

55. Detta framgår mycket klart av domen i målet Ferriere Nord mot kommissionen [6], där domstolen fastställde följande:

"Vad gäller påståendet att böterna är orättvisa skall det påpekas att det inte är domstolens uppgift att, när den uttalar sig om rättsfrågor inom ramen för ett överklagande, av skälighetsskäl sätta sin bedömning i stället för den bedömning som förstainstansrätten, i sin fulla prövningsrätt, har gjort avseende beloppet av de böter som har ålagts företag på grund av deras åsidosättande av gemenskapsrätten (dom av den 6 april 1995 i mål C-310/93 P, BPB Industries och British Gypsum mot kommissionen, REG 1995, s. I-865, punkt 34). Domstolen är däremot behörig att undersöka om förstainstansrätten i tillräcklig utsträckning i rättsligt hänseende har besvarat samtliga argument som sökanden har anfört avseende undanröjanden eller nedsättande av böterna.

Det skall inledningsvis erinras om (se beslut av den 25 mars 1996 i mål C-137/95 P, SPO m.fl. mot kommissionen, REG 1996, s. I-1611) att, för det första, artikel 15.2 första stycket i förordning nr 17 innehåller de villkor som skall vara uppfyllda för att kommissionen skall kunna ålägga böter (grundläggande villkor). Bland dessa finns villkoret att överträdelsen skall ha begåtts uppsåtligen eller till följd av oaktsamhet. För det andra regleras i det andra stycket i denna bestämmelse hur bötesbeloppets storlek skall bestämmas, vilket görs på grundval av hur allvarlig överträdelsen är och hur länge den har pågått."

56. I det aktuella fallet är det uppenbart att förstainstansrätten med stöd av sin fulla prövningsrätt fastställde att det var riktigt att hålla KNP ansvarigt för Badisches agerande från halvårsskiftet 1986. Det räcker med en hänvisning till punk-

6 — Dom av den 17 juli 1997 i mål C-219/95 P (REG 1997, s. I-4411), punkterna 31 och 32.

terna 96—114 i den överklagade domen för att konstatera att förstainstansrätten fullständigt ignorerade KNP:s invändningar, som grundades på att bolaget hade förvärvat Badische först den 1 januari 1987, och att den inte avsåg att ifrågasätta kommissionens påstående att klaganden skulle hållas ansvarig för Badisches överträdelser med 60/60 av den period som överträdelsen varade, det vill säga från halvårsskiftet 1986 till april 1991.

57. När den fulla prövningsrätten utövas på ett sådant sätt är det uppenbart fråga om myndighetsmissbruk, eftersom en rättsenlig skönsmässig bedömning endast kan göras med beaktande av specifika sakförhållanden. Jag kan således endast föreslå att domstolen skall upphäva den överklagade domen i den del KNP:s böter fastställdes till 2 700 000 ecu och i den del bolaget hölls ansvarigt för Badisches överträdelse från halvårsskiftet 1986.

58. Enligt min uppfattning är det emellertid inte nödvändigt att förena domens upphävande med en återförvisning av målet till förstainstansrätten. För att dra konsekvenserna av upphävandet är det nämligen inte nödvändigt — eftersom det inte är fråga om att ifrågasätta förstainstansrättens bedömning av böternas generella nivå — att pröva de faktiska omständigheterna och att låta parterna yttra sig.

59. Det är tillräckligt att dra konsekvenserna av att förstainstansrätten fastställde en alltför lång överträdelseperiod för Badische och att sätta ned bötesbeloppet i motsvarande mån.

60. Jag föreslår således att domstolen skall fastställa att målet är färdigt för avgörande i sak och att den skall nedsätta det bötesbelopp som ålagts KNP till 2 600 000 euro, med stöd av sin fulla prövningsrätt enligt förordning nr 17.

Rättegångskostnaderna

61. Det är uppenbart att ett upphävande av den överklagade domen, även om det bara gäller en punkt, måste inverka på fördelningen av rättegångskostnaderna. Förstainstansrätten fastställde i sin dom att klaganden skulle bära sin egen rättegångskostnad samt ersätta hälften av kommissionens rättegångskostnad, och att den senare således skulle bära hälften av sin egen rättegångskostnad.

62. Jag föreslår att denna fördelning ändras på så sätt att klaganden — förutom att bära sin egen rättegångskostnad — endast skall ersätta två femtedelar av kommissionens rättegångskostnad. När det gäller rättegångskostnaderna vid domstolen anser jag att klaganden, eftersom merparten av de grunder som bolaget har anfört till stöd för sitt överklagande har underkänts, skall bära sin egen rättegångskostnad samt ersätta två tredjedelar av kommissionens rättegångskostnad.

Förslag till avgörande

63. Med hänsyn till det ovan anförda föreslår jag att domstolen skall fastställa följande:

— Förstainstansrättens dom av den 14 maj 1998 i mål T-309/94, KNP mot kommissionen, upphävs i den del KNP:s böter fastställs till 2 700 000 ecu och i den del det fastställs att KNP skall bära sin egen rättegångskostnad samt ersätta hälften av den kostnad som förorsakats Europeiska gemenskapernas kommission och att Europeiska gemenskapernas kommission skall bära hälften av sin rättegångskostnad.

— Bötesbeloppet fastställs till 2 600 000 euro.

— Klaganden skall, förutom att bära sin egen rättegångskostnad, ersätta två femtedelar av den kostnad som förorsakats Europeiska gemenskapernas kommission i förstainstansrätten och skall, förutom att bära sin egen rättegångskostnad, ersätta två tredjedelar av den kostnad som förorsakats Europeiska gemenskapernas kommission i domstolen.

— Kommissionen skall bära tre femtedelar av sin egen rättegångskostnad i förstainstansrätten och en tredjedel av sin rättegångskostnad i domstolen.

— Talan ogillas i övrigt.