Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
NILS WAHL
föredraget den 8 december 2016 [1]

Mål C-85/15 P, förenade målen C-86/15 P och C-87/15 P, målen C-88/15 P och C-89/15 P

Feralpi Holding SpA (C-85/15 P)
Ferriera Valsabbia SpA och Valsabbia Investimenti SpA (C-86/15 P)
Alfa Acciai SpA (C-87/15 P)
Ferriere Nord SpA (C-88/15 P)
Riva Fire SpA, i likvidation (C-89/15 P)
mot

Europeiska kommissionen

”Överklaganden – Konkurrens – EKSG-fördraget – Rätten till försvar – Meddelande om invändningar – Muntligt hörande – Rådgivande kommitté – Lång handläggningstid i tribunalen – Upprepning av överträdelse – Öppet avståndstagande – Obegränsad behörighet”

I förevarande mål om överklagande har

1. Feralpi Holding (nedan kallat Feralpi), Ferriera Valsabbia och Valsabbia Investimenti (nedan kallade Valsabbia), Alfa Acciai, Ferriere Nord och Riva Fire (nedan gemensamt kallade klagandena) huvudsakligen yrkat att de domar som meddelats av tribunalen, [2] där den senare (i dess helhet eller delvis) ogillade klagandenas yrkanden om ogiltigförklaring av kommissionens beslut, antaget enligt artiklarna 7.1 och 23.2 i rådets förordning (EG) nr 1/2003 [3], genom vilket de ålades böter för att ha deltagit i en kartell på marknaden för runda armeringsjärn, ska upphävas.

2. Dessa överklaganden aktualiserar flera processuella frågor, såsom rätt sätt att handlägga förfaranden enligt förordningarna nr 1/2003 och nr 773/2004, [4] villkoren för att tillämpa den försvårande omständigheten upprepad överträdelse och tillämpliga sanktioner i händelse av lång handläggningstid i tribunalen. Av processekonomiska skäl ska dessa frågor behandlas gemensamt i detta förslag till avgörande.

1 Originalspråk: engelska.

2 Domar av den 9 december 2014, Feralpi/kommissionen, T-70/10, ej publicerad, EU:T:2014:1031, Riva Fire/kommissionen, T-83/10, ej publicerad, EU:T:2014:1034, Alfa Acciai/kommissionen, T-85/10, ej publicerad, EU:T:2014:1037, Ferriere Nord/kommissionen, T-90/10, ej publicerad, EU:T:2014:1035 och Ferriera Valsabbia och Valsabbia Investimenti/kommissionen, T-92/10, ej publicerad, EU:T:2014:1032 (nedan kallade de överklagade domarna).

3 Rådets förordning (EG) av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna [101 och 102 FEUF] (EGT L 1, 2003, s. 1).

4 Kommissionens förordning av den 7 april 2004 om kommissionens förfaranden enligt artiklarna [101 och 102 FEUF] (EUT L 123, 2004, s. 18).

I – Tillämpliga bestämmelser

A – Fördraget om upprättandet av Europeiska kol- och stålgemenskapen

3. I artikel 65 KS anges följande:

”1. Överenskommelser mellan företag, beslut av företagssammanslutningar och samordnade förfaranden som är ägnade att inom den gemensamma marknaden direkt eller indirekt förhindra, inskränka eller snedvrida den normala konkurrensen är förbjudna, särskilt sådana som består i att

a) fastställa eller bestämma priser,

b) inskränka eller kontrollera produktion, teknisk utveckling eller investeringar,

c) dela upp marknader, produkter, kunder eller försörjningskällor.

…

4. Överenskommelser och beslut som är förbjudna med stöd av denna artikels första punkt skall sakna rättsverkan och kan inte åberopas inför någon domstol i medlemsstaterna.

Kommissionen skall om inte annat följer av rätten att överklaga till domstolen ensam vara behörig att avgöra om nämnda överenskommelser eller beslut står i överensstämmelse med bestämmelserna i denna artikel.

5. Kommissionen får fastställa böter och viten för företag som träffat en ogiltig överenskommelse eller som genom skiljedomsförfarande, avtalsvite, bojkott eller andra medel tillämpat eller sökt tillämpa en ogiltig överenskommelse eller ett ogiltigt beslut eller en överenskommelse för vilken tillstånd vägrats eller beträffande vilken tillstånd återkallats eller som fått tillstånd genom uppsåtligen oriktiga eller förvanskade uppgifter eller som tillämpar förfaranden som strider mot bestämmelserna i punkt 1. Maximibeloppet av dessa böter eller viten får inte överstiga dubbla värdet av den faktiska omsättningen av de produkter som omfattas av de överenskommelser, beslut eller förfaranden vilka strider mot bestämmelserna i denna artikel. Nämnda maximibelopp får dock höjas i de fall det varit fråga om en begränsning av produktion, teknisk utveckling eller investeringar såvitt gäller böter till högst 10 procent av berörda företags årsomsättning och såvitt gäller viten till högst 20 procent av dagsomsättningen.”

4. I enlighet med artikel 97 i EKSG-fördraget upphörde detta fördrag att gälla den 23 juli 2002.

B – Förordning nr 1/2003

5. I artikel 7.1 i förordning nr 1/2003 (”Konstaterande och upphörande av överträdelser”) anges följande:

”Om kommissionen till följd av ett klagomål eller på eget initiativ konstaterar att bestämmelserna i [artikel 101 eller artikel 102 FEUF] har överträtts, får den genom beslut ålägga de berörda företagen eller företagssammanslutningarna att upphöra med överträdelsen. …”

6. I artikel 14 (”Rådgivande kommitté”) i samma förordning anges följande:

”1. Kommissionen skall samråda med en rådgivande kommitté för kartell- och monopolfrågor innan beslut fattas enligt artiklarna 7, 8, 9, 10, 23, 24.2 och 29.1.

2. Vid diskussioner av enskilda ärenden skall den rådgivande kommittén bestå av företrädare för medlemsstaternas konkurrensmyndigheter. …

3. Samrådet kan äga rum vid ett sammanträde som sammankallas och leds av kommissionen och som hålls tidigast fjorton dagar efter det att kallelsen har sänts ut tillsammans med en sammanfattning av det ärende som skall behandlas, med uppgift om de viktigaste handlingarna och ett preliminärt utkast till beslut… Den rådgivande kommittén skall avge ett skriftligt yttrande om kommissionens preliminära utkast till beslut. …

…

5. Kommissionen skall ta största hänsyn till yttrandet från den rådgivande kommittén. Kommissionen skall underrätta kommittén om hur yttrandet har beaktats. …”

7. Enligt artikel 23.2 a i förordning nr 1/2003 får kommissionen genom beslut ålägga företag och företagssammanslutningar böter, om de uppsåtligen eller av oaktsamhet överträder artikel 101 eller artikel 102 FEUF.

8. I artikel 27.1 i förordning nr 1/2003 anges slutligen följande:

”Innan kommissionen fattar beslut enligt artiklarna 7, 8, 23 och 24.2 skall den ge de företag eller företagssammanslutningar som omfattas av det förfarande som kommissionen inlett tillfälle att yttra sig över kommissionens invändningar. Kommissionen skall grunda sina beslut endast på invändningar som de berörda parterna har fått tillfälle att yttra sig över. …”

C – Förordning nr 773/2004

9. I artikel 10 i förordning nr 773/2004[5] (”Meddelande om invändningar och svar på detta”) anges följande:

”1. Kommissionen ska underrätta de berörda parterna om de invändningar som riktas mot dem. Meddelandet om invändningar ska skriftligen delges var och en av de parter mot vilka invändningar riktas.

2. När kommissionen delger de berörda parterna meddelandet om invändningar skall den fastställa en tidsfrist inom vilken dessa parter får framföra synpunkter skriftligen …

3. Parterna får i sina skriftliga inlagor ange alla sakförhållanden som är relevanta för deras försvar mot de invändningar som kommissionen har framfört. …”

10. I artikel 11 (”Rätt att bli hörd”) i förordning nr 773/2004 anges följande:

”1. Kommissionen skall ge de parter till vilka den har riktat ett meddelande om invändningar tillfälle att yttra sig innan den samråder med den rådgivande kommitté som avses i artikel 14.1 i förordning (EG) nr 1/2003.

2. Kommissionen skall i sina beslut endast behandla invändningar som de parter som avses i punkt 1 har kunnat yttra sig över.”

5 I gällande lydelse vid den aktuella tidpunkten.

11. I artikel 12 i förordning nr 773/2004 anges följande:

”Kommissionen skall ge de parter till vilka den har riktat ett meddelande om invändningar tillfälle att utveckla sina argument vid ett muntligt hörande, om de så begär i sin skriftliga inlaga.”

12. Enligt artikel 14.3 (”Genomförande av muntligt hörande”) ska kommissionen ”kalla medlemsstaternas konkurrensmyndigheter att delta vid hörandet”.

II – Bakgrund till målet

13. Från oktober till december 2000 genomförde kommissionen ett antal undersökningar hos italienska företag som producerade armeringsjärn och hos en italiensk sammanslutning av stålföretag. Kommissionen begärde dessutom in upplysningar från dem i enlighet med artikel 47 KS. Den 26 mars 2002 inledde kommissionen det administrativa förfarandet och antog sina invändningar i enlighet med artikel 36 KS. Sökandena yttrade sig skriftligen över meddelandet om invändningar och yttrade sig vid en muntlig förhandling den 13 juni 2002. Den 12 augusti 2002 utfärdade kommissionen ett kompletterande meddelande om invändningar. I detta utvecklade kommissionen sin uppfattning om förfarandets genomförande efter utgången av EKSG-fördraget och förklarade att den hade inlett ett förfarande i enlighet med förordning nr 17/62.[6] Sökandena yttrade sig skriftligen om det kompletterande meddelandet om invändningar. En andra förhandling i närvaro av medlemsstaternas representanter hölls den 30 september 2002.

14. Den 17 december 2002 antog kommissionen beslut K(2002)5087 slutligt angående ett förfarande enligt artikel 65 KS (mål COMP/37.956 – Armeringsjärn) (nedan kallat 2002 års beslut) där den fann att ett antal företag (däribland klagandena) hade överträtt artikel 65.1 KS och ålade dem att betala böter. Flera av företagen väckte talan om ogiltigförklaring av 2002 års beslut vid tribunalen.

15. Tribunalen ogiltigförklarade 2002 års beslut genom domar som meddelades den 25 oktober 2007 (nedan kallade 2007 års domar).[7] Med hänsyn till att beslutet inte innehöll någon hänvisning till artiklarna 3 och 15.2 i förordning nr 17/62 konstaterade tribunalen att den rättsliga grunden för beslutet var artikel 65.4 och 65.5 KS. Tribunalen erinrade sedan om att den rättsliga grunden för en rättsakt ska vara gällande vid tiden för antagandet av rättsakten och anmärkte att artikel 65.4 och 65.5 KS hade upphört att gälla den 23 juli 2002. Tribunalen fann således att kommissionen inte längre var behörig att fastställa en överträdelse av artikel 65.1 KS eller att ålägga böter för de företag som hade deltagit i överträdelsen med stöd av artikel 65.4 och 65.5 efter det att EKSG-fördraget hade upphört att gälla.

16. Kommissionen meddelade klagandena och övriga berörda företag i skrivelse av den 30 juni 2008 att den avsåg att anta ett nytt beslut med annan rättslig grund. Kommissionen angav vidare att detta nya beslut, mot bakgrund av den begränsade räckvidden av 2007 års domar, skulle grunda sig på bevis som angetts i meddelandet om invändningar och det kompletterande meddelandet om invändningar som skickats till de berörda företagen år 2002. De berörda företagen fick en tidsfrist inom vilken de hade rätt att yttra sig, vilket de även gjorde.

6 Europeiska ekonomiska gemenskapens råds förordning [av den 6 februari 1962]: Första förordningen om tillämpning av fördragets artiklar 85 och 86 (EGT 13, s. 204; svensk specialutgåva, område 8, volym 1, s. 8).

7 Domarna av den 25 oktober 2007, SP m.fl./kommissionen, T-27/03, T-46/03, T-58/03, T-79/03, T-80/03, T-97/03 och T-98/03, EU:T:2007:317, Riva Acciaio/kommissionen, T-45/03, ej publicerad, EU:T:2007:318, Feralpi Siderurgica/kommissionen, T-77/03, ej publicerad, EU:T:2007:319, samt Ferriere Nord/kommissionen, T-94/03, ej publicerad, EU:T:2007:320.

17. Den 30 september 2009 antog kommissionen beslut K(2009)7492 slutligt angående ett förfarande enligt artikel 65 KS (ärende COMP/37.956 – Runda armeringsjärn, förnyat antagande av beslut). Beslutet ändrades sedermera genom beslut K(2009) 9912 slutligt av den 8 december 2009.[8] I det angripna beslutet fastställde kommissionen att sökandena hade överträtt artikel 65 KS och ålade dem att betala böter.

III – Talan vid tribunalen och de överklagade domarna

18. Klagandena väckte talan vid tribunalen enligt artikel 263 FEUF, vilka inkom till tribunalens kansli den 17 februari 2010 (T-92/10), den 18 februari 2010 (T-85/10) respektive den 19 februari 2010 (T-83/10, T-70/10 och T-90/10) och yrkade att tribunalen skulle ogiltigförklara det angripna beslutet.

19. Tribunalen meddelade dom i samtliga fem mål den 9 december 2014 vari den helt eller delvis ogillade klagandenas yrkanden.

IV – Förfarandet i domstolen och parternas yrkanden

20. Genom överklaganden som inkom till domstolen den 19 februari 2015 (C-85/15 P), den 20 februari 2015 (C-86/15 P, C-87/15 P och C-88/15 P) respektive den 24 februari 2015 (C-89/15 P), begärde respektive klagande att domstolen skulle upphäva tribunalens dom, ogiltigförklara det angripna beslutet eller sätta ned de böter som företagen har ålagts att betala (eller, alternativt, återförvisa målet till tribunalen för förnyad prövning) och förplikta kommissionen att betala rättegångskostnaderna. Riva Fire har vidare yrkat att domstolen ska fastställa att förfarandet i tribunalen, på grund av den långa handläggningstiden, stred mot artikel 47.2 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (nedan kallad stadgan) och artikel 6.1 i Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna (nedan kallad Europakonventionen). Feralpi, Valsabbia och Alfa Acciai har också yrkat att domstolen ska fastställa att artikel 47.2 i stadgan och artikel 6.1 i Europakonventionen har överträtts, i den händelse domstolen inte skulle sätta ned böterna på denna grund.

21. I respektive mål har kommissionen yrkat att domstolen ska ogilla överklagandet och förplikta klaganden att ersätta rättegångskostnaderna.

22. Domstolens ordförande beslutade den 7 juni 2016 att förena målen C-86/15 P och C-87/15 P vad gäller det skriftliga och muntliga förfarandet samt domen. Klagandena och kommissionen yttrade sig muntligen vid förhandlingen den 20 oktober 2016.

V – Bedömning av grunderna

23. Klagandena har anfört sex grunder (C-85/15 P), sju grunder (förenade målen C-86/15 P och C-87/15 P), nio grunder (C-88/15 P) respektive fyra grunder (C-89/15 P) till stöd för överklagandet.

24. I förevarande förslag till avgörande ska jag först behandla en grund som är gemensam för samtliga överklaganden och rör klagandenas rätt till försvar och det administrativa förfarandets normala förlopp. Av de skäl som anges nedan är det min uppfattning att överklagandena bör vinna framgång i den del som avser denna grund och därmed att de överklagade domarna ska upphävas och det angripna beslutet ogiltigförklaras.

8 Det första beslutet i ändrad lydelse enligt ändringsbeslutet kallas nedan det angripna beslutet.

25. För det fall domstolen inte skulle dela min bedömning av denna grund, ska jag också undersöka de övriga grunder som klagandena har anfört i överklagandena. I de flesta fall kommer jag dock att behandla dessa grunder kortfattat, eftersom vad som anges i dem framstår som uppenbart ogrundat eller inte möjligt att uppta till sakprövning.

A – Rätten till försvar och det administrativa förfarandets normala förlopp

26. Klagandena har invänt mot att tribunalen ogillade deras yrkanden rörande åsidosättande av deras rätt till försvar samt flera andra bestämmelser i förordning nr 773/2004.[9] Även om klagandenas respektive argument skiljer sig åt i viss mån,[10] är det huvudsakliga argumentet att tribunalen inte ställde kommissionen till svars för att inte ha följt förfarandet som föreskrivs i förordningarna nr 1/2003 och nr 773/2004 innan det angripna beslutet antogs.

27. Kommissionen anser att tribunalen har gjort en riktig bedömning. Kommissionen har gjort gällande att den strängt följde principen om *tempus regit actum*, då den tillämpade de processuella bestämmelser som var tillämpliga vid den aktuella tidpunkten och att klagandena gavs vederbörlig möjlighet att yttra sig om alla materiella och processuella frågor i målet. Kommissionen har också anmärkt att det faktum att 2002 års beslut upphävdes inte innebar att de förfarandeåtgärder som genomförts innan beslutet antogs, inbegripet dem som genomfördes när EKSG-fördraget fortfarande var i kraft, var ogiltiga.

28. Till att börja med kan det vara värdefullt att erinra om att förordning nr 1/2003, enligt fast rättspraxis, ger kommissionen rätt att konstatera och besluta om påföljder med avseende på konkurrensbegränsande samverkan mellan företag inom områden som omfattades av EKSG-fördragets materiella och tidsmässiga tillämpningsområde (*ratione materiae* och *ratione temporis*) även om bestämmelserna i förordning nr 1/2003 inte uttryckligen hänvisar till artikel 65 KS. Detta är dock endast möjligt när ett beslut enligt artiklarna 7.1 och 23.2 i förordning nr 1/2003 har antagits efter ett förfarande som har genomförts i enlighet med den nämnda förordningen.[11] Det är knappast nödvändigt att tillägga att det för att förordning nr 1/2003 ska anses ha iakttagits i full utsträckning även krävs att dess genomförandeförordning nr 773/2004 har iakttagits.[12]

29. Mot denna bakgrund är det min uppfattning att klagandenas argument i detta avseende är välgrundade. Såsom jag kommer att förklara närmare nedan följde kommissionen inte i full utsträckning det förfarande som föreskrivs i förordningarna nr 1/2003 och nr 773/2004 innan den antog det angripna beslutet. Det är riktigt att flera viktiga förfarandeåtgärder vidtogs enligt de tillämpliga bestämmelserna i EKSG-fördraget (och bara enligt dessa bestämmelser). Det är dock så att även om dessa bestämmelser liknar bestämmelserna avseende tillämpning av artiklarna 101 och 102 FEUF så är de inte identiska med dem. Detta innebär att det till följd av det förfarande som kommissionen tillämpade i dessa ärenden blev svårare för medlemsstaternas konkurrensmyndigheter att delta i förfarandet. Sådant deltagande är viktigt och kommissionens underlåtelse att säkerställa deltagandet kan inte förbises.

9 *Den andra grunden* i mål C-85/15 P, *de första och andra grunderna* i mål C-86/15 P och C-87/15 P, *den andra grunden* i mål C-88/15 P och *den första grunden* i mål C-89/15 P.

10 I vart fall utgör den frågeställning som väckts genom denna överklagandegrund ett påstått åsidosättande av väsentliga formföreskrifter och kan följaktligen prövas ex officio av domstolen. Se, för ett liknande resonemang, dom av den 15 mars 2000, Cimenteries CBR m.fl./kommissionen, T-25/95, T-26/95, T-30/95–T-32/95, T-34/95–T-39/95, T-42/95–T-46/95, T-48/95, T-50/95–T-65/95, T-68/95–T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 och T-104/95, EU:T:2000:77, punkterna 477–488.

11 Se domarna av den 29 mars 2011, ArcelorMittal Luxembourg/kommissionen och kommissionen/ArcelorMittal Luxembourg m.fl., C-201/09 P och C-216/09 P, EU:C:2011:190, punkt 74, och dom ThyssenKrupp Nirosta/kommissionen, C-352/09 P, EU:C:2011:191, punkt 87.

12 Se, för ett liknande resonemang, artikel 33.1 i förordning nr 1/2003 och skäl 1 i förordning nr 773/2004.

1. Genomfördes det i förordningarna nr 1/2003 och nr 773/2004 föreskrivna förfarandet efter ogiltigförklaringen av 2002 års beslut?

30. I förevarande mål anges i skäl 370 i det angripna beslutet att det ”antogs på nytt i enlighet med de processuella bestämmelserna i [FEU-fördraget] och den sekundärlagstiftning som grundar sig på detta fördrag, särskilt förordning nr 1/2003”. Först och främst är det därför nödvändigt att fastställa huruvida detta uttalande är riktigt.

31. I detta avseende är det klarlagt att det, förutom samrådet med den rådgivande kommittén, inte vidtogs några åtgärder i enlighet med det förfarande som föreskrivs i förordningarna nr 1/2003 och nr 773/2004 efter ogiltigförklaringen av 2002 års beslut. Tvärtom antogs ett nytt beslut, med stöd av artiklarna 7.1 och 23.2 i förordning nr 1/2003, efter det att klagandena hade getts möjlighet att yttra sig över skrivelsen av den 30 juni 2008. Något nytt meddelande om invändningar utfärdades inte och någon ny muntlig förhandling hölls inte innan beslutet antogs.

32. I detta läge kan det vara värdefullt att påpeka att förordningarna nr 1/2003 och nr 773/2004 inte innehåller något allmänt undantag i fråga om dessa två processhandlingar. I artikel 27.1 i förordning nr 1/2003 anges att kommissionen, innan den fattar beslut enligt, bland annat, artiklarna 7 och 23 ska ge de företag som omfattas av förfarandet ”tillfälle att yttra sig över kommissionens invändningar. Kommissionen skall grunda sina beslut endast på invändningar som de berörda parterna har fått tillfälle att yttra sig över”. I artikel 27.2 i samma förordning anges att ”berörda parters rätt till försvar skall iakttas fullt ut under förfarandet”. Vidare rör artiklarna 10–14 i förordning nr 773/2004 kommissionens skyldighet att utfärda ett meddelande om invändningar och, om så begärs, att hålla en muntlig förhandling. Den formulering som används i dessa bestämmelser (”kommissionen skall”) innebär att det inte råder någon tvekan om att dessa krav är tvingande.

33. Det är emellertid kommissionens uppfattning att dessa åtgärder i förordningarna nr 1/2003 och nr 773/2004 var onödiga i det berörda förfarandet, eftersom jämförbara åtgärder hade genomförts före antagandet av 2002 års beslut. Ogiltigförklaringen av 2002 års beslut omintetgjorde inte dessa åtgärder. Till stöd för sitt argument har kommissionen åberopat den praxis som tribunalen hänvisat till i domarna, framför allt domen i målet PVC II. [13]

34. I domen i målet PVC II hade sökandena yrkat att domstolen skulle fastställa att kommissionen hade åsidosatt deras rätt till försvar då den efter ogiltigförklaring av ett första beslut, antog ett nytt beslut utan att först hålla nytt förhör med de berörda företagen eller samråd med rådgivande kommittén. Domstolen erinrade särskilt om fast rättspraxis enligt vilken ogiltigförklaring av en unionsrättsakt inte nödvändigtvis påverkar giltigheten av de förberedande åtgärderna, eftersom förfarandet i syfte att ersätta den ogiltigförklarade rättsakten i princip återupptas på exakt det stadium där rättsstridigheten uppstod. [14]

35. Det är således nödvändigt att bedöma huruvida denna rättspraxis även är tillämplig i förevarande mål. Enligt min uppfattning skulle denna rättspraxis vara tillämplig i två situationer, nämligen i) om det förfarande som nu regleras genom förordningarna nr 1/2003 och nr 773/2004 hade iakttagits i full utsträckning innan 2002 års beslut ogiltigförklarades, eller ii) om de förfarandeåtgärder som genomfördes enligt andra processuella bestämmelser kunde anses vara likställda med de åtgärder som skulle ha genomförts enligt förordningarna nr 1/2003 och nr 773/2004. Jag ska bedöma dessa två hypoteser i tur och ordning.

13 Dom av den 15 oktober 2002, Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl./kommissionen, 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, EU:C:2002:582 (nedan kallad domen i målet PVC II).

14 Se punkterna 70–119, särskilt punkt 73, i domen i målet PVC II.

2. Genomfördes det i förordningarna nr 1/2003 och nr 773/2004 föreskrivna förfarande före ogiltigförklaringen av 2002 års beslut?

36. Eftersom förordningarna nr 1/2003 och nr 773/2004 inte var i kraft vid den aktuella tidpunkten är det nödvändigt att beakta de motsvarande bestämmelserna i förordningarna nr 17/62 och nr 2842/98. [15]

37. Svaret på denna fråga är dock mycket okomplicerat. I skäl 352 i 2002 års beslut anges följande:

”I detta hänseende är tillämpningen av förordning nr 17 för det fortsatta förfarandet i överensstämmelse med principen om att de processuella regler som skall tillämpas är de som gällde då åtgärden i fråga antogs. Likaledes har det inte ansetts nödvändigt att på nytt hålla den första förhandlingen där medlemsstaternas företrädare inte deltog, eftersom de processuella regler i EKSG-fördraget som då var tillämpliga inte krävde ett sådant deltagande. Dessutom skall det, såsom gjorts gällande i … meddelandet [av den 18 juni 2002], beaktas att handläggningsåtgärderna som korrekt antogs enligt bestämmelserna i EKSG-fördraget, efter det att detta upphört att gälla, tillfredsställer villkoren i de jämförbara handläggningsåtgärderna i EG-fördraget. Det skall också erinras om att det inte förekommer någon formell anknytning mellan bestämmelserna om medlemsstaternas deltagande vid en förhandling … och dem avseende hörandet av den rådgivande kommittén …” [16]

38. I princip angav kommissionen alltså uttryckligen att den inte till fullo hade iakttagit det förfarande som föreskrevs i förordningarna nr 17/62 och nr 2842/98. Kommissionen fann det inte nödvändigt, eftersom de förfarandeåtgärder som vidtagits inom ramen för EKSG-fördraget, enligt kommissionens uppfattning, uppfyllde de krav som uppställdes enligt de motsvarande EG-bestämmelserna.

39. I detta läge måste det fastställas huruvida dessa uppgifter är riktiga. Innan jag övergår till det ska jag dock först nämna följande.

40. Även före antagandet av 2002 års beslut vidtog kommissionen vissa förfarandeåtgärder enligt förordning nr 17/62. Bland annat antog kommissionen, såsom angetts ovan i punkt 13, ett kompletterande meddelande om invändningar den 12 augusti 2002 och höll en ny förhandling i närvaro av medlemsstaternas företrädare den 30 september 2002.

41. Icke desto mindre är det klarlagt att dessa åtgärder endast avsåg de tillämpliga processuella bestämmelserna och följderna av dessa. De materiella aspekterna i ärendena diskuterades i allmänhet inte, vare sig i det kompletterande meddelandet om invändningar eller vid den andra förhandlingen. Om ett vederbörligt förfarande genomfördes enligt EG-reglerna behandlades vid detta således endast processuella frågor. Materiella frågor behandlades inte.

3. Var förfarandeåtgärderna som vidtogs enligt EKSG-förordningen giltiga som förberedande åtgärder för det angripna beslutet?

42. Jag ska nu övergå till att undersöka huruvida de förfarandeåtgärder som vidtogs inom ramen för EKSG-bestämmelserna före antagandet av 2002 års beslut uppfyller kraven i motsvarande EG-/EU-bestämmelser såsom kommissionen har gjort gällande. Faktum är att det enligt domen i målet PVC II otvivelaktigt är så att förfarandeåtgärderna som kommissionen i förevarande mål genomförde inför antagandet av 2002 års beslut i princip förblir giltiga.

15 Kommissionens förordning (EG) av den 22 december 1998 om hörande av parter i vissa förfaranden enligt artiklarna [101 och 102 FEUF] (EGT L 354, 1998, s. 18).

16 Se punkterna 20 i 2007 års domar.

43. Eftersom förfarandeåtgärderna som kommissionen åberopade i huvudsak genomfördes inför ett beslut som skulle antas enligt artikel 65.4 och 65.5 KS är det nödvändigt att fastställa huruvida de kan betraktas som ”förberedande åtgärder” [17] i den mening som avses inom ramen för ett beslut enligt artiklarna 7.1 och 23.2 i förordning nr 1/2003.

44. Enligt min mening kan de inte betraktas som sådana åtgärder. Tvärtom anser jag att det finns vissa betydande skillnader mellan den situation som domstolen undersökte i målet PVC II och situationen i förevarande mål.

45. För det första undersökte domstolen i målet PVC II två på varandra följande beslut som hade samma rättsliga grund och i stort sett var identiska. I punkt 98 i domen i målet PVC II, som är särskilt belysande i detta avseende, anges följande: ”När kommissionen, efter att ett beslut på konkurrensområdet har ogiltigförklarats, beslutar att åtgärda den eller de rättsstridigheter som har konstaterats och anta ett identiskt beslut utan dessa rättsstridigheter, avser detta beslut samma anmärkningar som företagen redan har yttrat sig över.” I förevarande mål är det angripna beslutet dock inte ”identiskt” med det tidigare beslut som ogiltigförklarades av tribunalen. De två besluten grundar sig på olika rättsliga bestämmelser som, även om de är lika och närliggande, ingår i olika regelverk.

46. Det är ingen liten sak. I det system som har inrättats genom unionsfördragen, vilket bygger på principen om tilldelade befogenheter, har valet av riktig rättslig grund för en institutionsrättsakt konstitutionell betydelse. Detta val avgör huruvida unionen har befogenhet att vidta åtgärder, i vilka syften den har befogenhet att vidta åtgärder och vilket förfarande den ska följa om den vidtar åtgärder.

47. När kommissionen antog det angripna beslutet utnyttjade den sin behörighet enligt förordningarna nr 1/2003 och nr 773/2004. Det är en annan uppsättning behörigheter än de som kommissionen tilldelades enligt EKSG-fördraget när detta fortfarande var giltigt. Som tidigare nämnts är dessa system inte identiska, även om de liknar varandra. Rättsverkningarna kan skilja sig åt beroende på vilken uppsättning behörigheter som utnyttjas: exempelvis i fråga om den övre gränsen för böter som kommissionen kan påföra – en fråga som var mycket omdiskuterad under förfarandet vid kommissionen och tribunalen. Självklart kan detta även gälla andra verkningar.

48. I skrivelsen av den 30 juni 2008 tonade kommissionen ned vikten av denna fråga och angav att ogiltigförklaringen av 2002 års beslut hade begränsade verkningar i det att den endast medförde att en ny rättslig grund måste tillämpas. Oavsett om detta är riktigt eller inte var klagandena av en annan uppfattning och hade, enligt mitt förmenande, en rätt att utveckla sina argument inom ramen för det förfarande som föreskrivs i förordningarna nr 1/2003 och nr 773/2004. Enligt min uppfattning kan byte av rättslig grund för en rättsakt knappast beskrivas som ”åtgärdande av en rättsstridighet”, vilket var den situation som var aktuell i målet PVC II.

49. För det andra, vilket är än viktigare, fanns det, såsom angavs ovan i punkt 38, inte något förfarande – som genomfördes enligt de bestämmelser i förordningarna nr 17/62 och nr 2842/98 som motsvarade de nuvarande bestämmelserna i förordningarna nr 1/2003 och nr 773/2004 – som kommissionen kunde återuppta för att *omedelbart* gå vidare och anta ett nytt beslut. Med andra ord kan det inte bestridas att förfarandet enligt förordningarna nr 17/62 och nr 2842/98 inte hade genomförts konsekvent och fullständigt inför antagandet av 2002 års beslut.

17 Jämför med dom av den 12 november 1998, Spanien/kommissionen, C-415/96, EU:C:1998:533, punkt 32 och där angiven rättspraxis.

50. I detta avseende kan det vara värt att notera att artikel 34.2 (”Övergångsbestämmelser”) i förordning nr 1/2003 har följande lydelse: ”Förfarandeåtgärder som vidtagits enligt förordning nr 17 … skall fortsätta att gälla i samband med tillämpningen av denna förordning”. [18] Förfarandeåtgärder som vidtagits enligt EKSG-förfarandet nämns inte uttryckligen, trots att detta fördrag upphörde att gälla några månader innan förordningen nr 1/2003 antogs.

51. På denna basis har klagandena gjort gällande att ett nytt meddelande om invändningar skulle ha utfärdats inför antagandet av det angripna beslutet.

52. I detta avseende vill jag, återigen, anmärka att det kompletterande meddelandet om invändningar av den 12 augusti 2002 inte innehöll en hänvisning till förordning nr 17/62 utan endast rörde valet av vederbörlig rättslig grund och andra frågor som hänförde sig till detta. Trots detta kan det eventuellt påstås att det ursprungliga meddelandet om invändningar av den 26 mars 2002, såsom det kompletterats enligt skrivelsen av den 30 juni 2008, uppfyllde kraven i förordning nr 1/2003.

53. Å ena sidan är det riktigt att domstolen flera gånger har betonat den viktiga roll som meddelandet om invändningar har i förfaranden om överträdelser av konkurrensreglerna och benämnt det som ett *grundläggande processuellt skydd* för företagens rätt till försvar. [19] Å andra sidan verkar det dock inte vara någon större skillnad mellan ett meddelande om invändningar som har antagits enligt bestämmelserna i EKSG-fördraget och ett som har antagits enligt EG/EU-bestämmelserna. Dessutom meddelades de berörda parterna genom skrivelsen av den 30 juni 2008, även om denna inte formellt hade rubricerats ”kompletterande meddelande som invändningar”, om de invändningar som hade framställts mot dem (även om det endast gjordes i from av en hänvisning till det tidigare meddelandet om invändningar) och gavs möjlighet att yttra sig, såsom krävs enligt artikel 27.1 i förordning nr 1/2003 och artikel 10.1 i förordning nr 773/2004.

54. Det är dock inte nödvändigt att diskutera ytterligare huruvida kommissionen antog ett meddelande om invändningar i enlighet med bestämmelserna i förordningarna nr 1/2003 och nr 773/2004, eftersom det i alla händelser är uppenbart att åtminstone en annan förfarandeåtgärd som vidtagits enligt EGSK-bestämmelserna inte uppfyller kraven i EG-/EU-bestämmelserna.

55. Enligt artikel 12 i förordning nr 773/2004 ska kommissionen ge de parter till vilka den har riktat ett meddelande om invändningar tillfälle att utveckla sina argument vid ett muntligt hörande om de så begär. Genom att inte utfärda ett nytt kompletterande meddelande om invändningar fråntog kommissionen i princip parterna rätten att begära ett sådant muntligt hörande. Såsom har angetts ovan är det klarlagt att något nytt hörande inte ägde rum inför antagandet av det angripna beslutet.

56. Emellertid är ett muntligt hörande en mycket viktig förfarandeåtgärd inom ramen för det system som unionslagstiftaren har inrättat för genomförandet av unionens konkurrensregler. Ett av de viktigaste skälen för detta är att medlemsstaternas konkurrensmyndigheter, i enlighet med artikel 14 i förordning nr 773/2004, kallas att delta vid hörandet. Deras närvaro vid hörandet är inte bara en ren formalitet, eftersom företrädarna för dessa myndigheter ingår i den rådgivande kommittén som kommissionen enligt artikel 14.1 i förordning nr 1/2003 ska samråda med innan beslut fattas bland annat enligt artiklarna 7 och 23 i samma förordning. Även om det är riktigt, såsom kommissionen har gjort gällande, att det inte finns någon uttrycklig koppling mellan dessa två förfarandeåtgärder, går det inte att förneka att den första förfarandeåtgärden är avgörande för den andra.

18 Artikel 19 i förordning nr 773/2004 (”Övergångsbestämmelser”) innehåller en liknande regel.

19 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 5 mars 2015, kommissionen m.fl./Versalis m.fl., C-93/13 P och C-123/13 P, EU:C:2015:150, punkterna 93–95 och där angiven rättspraxis.

57. Klagandena skulle därför ha haft möjlighet att utveckla sina argument mot kommissionens föreslagna beslut muntligen i närvaro av företrädare för medlemsstaternas konkurrensmyndigheter. Det kan inte uteslutas att utgången av förfarandet, åtminstone till någon del, kunde ha blivit en annan, eftersom dessa myndigheter kunde ha påverkat kommissionen genom den rådgivande kommittén som sammanträdde innan det angripna beslutet antogs. Såsom anges i artikel 14.5 i förordning nr 1/2003 bör kommissionen ”ta största hänsyn till yttrandet från den rådgivande kommittén. Kommissionen skall underrätta kommittén om hur yttrandet har beaktats”. Till detta kommer att den rådgivande kommitténs roll är synnerligen viktig i det system med decentraliserad tillämpning som inrättades genom ikraftträdandet av förordning nr 1/2003, vilket skäl 19 i förordning nr 1/2003 vittnar om.

58. Således är det avgörande att tribunalen själv medgav att den muntliga förhandlingen i närvaro av representanter för medlemsstaternas konkurrensmyndigheter som hölls inför antagandet av 2002 års beslut inte rörde saken i ärendet, utan endast EGSK- och EG-fördragens tillämpning i tiden (*ratione temporis*) på de påstådda överträdelserna.[20] Således kan de muntliga förhandlingarna som hölls före antagandet av 2002 års beslut, till skillnad från vad tribunalen fann, inte anses uppfylla kraven i artikel 14 i förordning nr 773/2004.

59. Enligt min uppfattning skulle det i detta mål ha varit ännu lämpligare med diskussioner som mer fullständigt hade involverat medlemsstaternas konkurrensmyndigheter, särskilt den italienska – både under hörandet och i den rådgivande kommittén – eftersom de påstådda överträdelserna endast rör en medlemsstat, nämligen Italien. Vidare anser jag att ett formellt krav av detta slag inte skulle ha varit särskilt betungande eller tidskrävande för kommissionen.

60. Det faktum att kommissionen på annat sätt höll dessa myndigheter ”fullt informerade” – för att använda den terminologi som tribunalen använt i de överklagade domarna – om förfarandets fortgång saknar uppenbart betydelse.[21] Kommissionen kan inte följa ett *sui generis*-förfarande som kräver medlemsstaternas konkurrensmyndigheters närvaro informellt, i stället för att iaktta det förfarande som föreskrivs i unionslagstiftningen genom förordningarna nr 1/2003 och nr 773/2004.

61. Mot bakgrund av ovanstående är det min uppfattning att det förfarande som kommissionen följde, inför antagandet av det angripna beslutet, inte uppfyllde bestämmelserna i förordningarna nr 1/2003 och nr 773/2004. Framför allt anser jag att artikel 12.1 i förordning nr 773/2004, och därmed klagandenas rätt till försvar, har åsidosatts.

62. Med hänsyn till ovanstående är det min slutsats att tribunalen i de överklagade domarna gjorde en felaktig rättstillämpning när den ogillade klagandenas yrkande i detta avseende och att de överklagade domarna därmed bör upphävas och det angripna beslutet ogiltigförklaras.

B – Övriga grunder

63. För det fall domstolen gör en annan bedömning av de grunder som jag undersökt ovan anser jag att domstolen ska ogilla överklagandena i deras helhet, med ett (begränsat) undantag i fråga om Ferriere Nords överklagande. I det följande ska jag endast undersöka tre av de frågor som överklagandena har gett upphov till i närmare detalj. De flesta grunderna för överklagandet kommer i stället endast att behandlas översiktligt, eftersom jag, såsom nämndes ovan, anser att det är uppenbart att vad som framställts inte kan upptas till sakprövning eller är ogrundat.

20 Se dom av den 9 december 2014, Alfa Acciai/kommissionen T-85/10, ej publicerad, EU:T:2014:1037, punkt 148.

21 Se dom av den 9 december 2014, Alfa Acciai/kommissionen, T-85/10, ej publicerad, EU:T:2014:1037, punkt 149.

1. Lång handläggningstid i tribunalen

64. Med undantag för Ferriere Nord har samtliga klagande påtalat den långa handläggningstiden i tribunalen.[22] De har betonat att förfarandet totalt sett pågick i nästan fem år och att det gick tre år och två månader mellan det skriftliga förfarandet slutfördes och det muntliga förfarandet inleddes. Enligt dessa klaganden underlät tribunalen att pröva saken rörande dem inom en skälig tid och åsidosatte därmed artikel 47.2 i stadgan och artikel 6.1 i Europakonventionen. Av denna anledning har Feralpi, Valsabbia och Alfa Acciai yrkat att domstolen ska sätta ned de böter de har ålagts att betala, i linje med domstolens dom i målet Baustahlgewebe.[23] I andra hand har dessa företag yrkat att domstolen ska fastställa att förfarandet i tribunalen, på grund av den långa handläggningstiden, stred mot artikel 47.2 i stadgan och artikel 6.1 i Europakonventionen. Riva Fire har framställt samma yrkande i domstolen.

65. Min uppfattning är att dessa yrkanden ska ogillas. Med avseende på yrkandet att böterna ska sättas nedvill jag inledningsvis anmärka följande:

66. Såsom klagandena själva har bekräftat har domstolen, i flera domar, klargjort vilka sanktioner som är tillgängliga för enskilda parter som anser att Europeiska unionens domstol (det vill säga domstolen som institution), eller närmare bestämt en av dess domstolar, har åsidosatt deras grundläggande rätt till att höras inom skälig tid. I domen i målen Der Grüne Punkt och Gascogne Sack, som rörde ett påstått åsidosättande av denna rätt av tribunalen, fann domstolen att när det inte finns något som tyder på att den orimligt långa handläggningstiden har inverkat på utgången av den överklagade domen, kan tribunalens underlåtelse att meddela dom inom skälig tid inte medföra att domen i fråga ska upphävas. Vidare har domstolen funnit att en klagande inte på nytt kan åberopa giltigheten av eller beloppet för böter, enbart på den grunden att ett mål inte hade prövats i skälig tid, när alla dess invändningar mot tribunalens dom angående böternas belopp och det uppförande som låg till grund för böterna hade avvisats.[24]

67. Domstolen har också angett att dess dom i målet Baustahlgewebe motiverades av pragmatism och processekonomi men att ett yrkande om ersättning för den skada som orsakats av tribunalens underlåtelse att pröva ett mål inom skälig tid i princip inte kan framställas direkt till domstolen inom ramen för ett överklagande. Ett sådant yrkande måste framställas i tribunalen i enlighet med artiklarna 268 och 340 FEUF.[25]

68. I princip förefaller den rättspraxis som bygger på domen i målet Baustahlgewebe ha underkänts av domstolen. I alla händelser kan jag inte i förevarande mål se någon anledning som skulle kunna motivera en återgång till denna rättspraxis – om den fortfarande skulle anses tillämplig i vissa undantagsfall.

69. Klagandena har gjort gällande att det skulle vara lämpligt att tillämpa den rättspraxis som bygger på domen i målet Baustahlgewebe i förevarande mål, eftersom det utdragna förfarandet i tribunalen utgjorde det sista stadiet i det totala förfarandet som omfattade två administrativa faser vid kommissionen[26] och en ytterligare uppsättning förfaranden i unionsdomstolarna.

22 *Den sjätte grunden* till stöd för överklagandet i mål C-85/15 P och *den fjärde grunden* till stöd för överklagandet i målen C-86/15 P och C-87/15 P. Med avseende på mål C-89/15 P har Riva Fire inte åberopat frågan som en grund, utan endast som en ”begäran under förfarandet”.

23 Dom av den 17 december 1998, Baustahlgewebe/kommissionen, C-185/95 P, EU:C:1998:608.

24 Dom av den 16 juli 2009, Der Grüne Punkt - Duales System Deutschland/kommissionen, C-385/07 P, EU:C:2009:456, punkterna 190–196, och dom av den 26 november 2013, Gascogne Sack Deutschland/kommissionen, C-40/12 P, EU:C:2013:768, punkterna 81–85.

25 Dom av den 26 november 2013, Gascogne Sack Deutschland/kommissionen, C-40/12 P, EU:C:2013:768, punkterna 86 till 89.

26 För övrigt vill jag anmärka att både de första och andra förfarandena vid kommissionen genomfördes relativt snabbt (se ovan punkterna 13–17 i detta förslag till avgörande).

70. Visst kan den situation klagandena befann sig i anses vara beklaglig, men den är inte på något sätt exceptionell. Möjligheten för företag, i en situation som den som klagandena befann sig i, att få sina frågor prövade mer än en gång av unionens administrativa myndigheter och, i förekommande fall, av unionsdomstolarna, är den naturliga följden av hur fördragens författare och unionslagstiftaren har tänkt sig att kontrollen ska äga rum på detta område. Faktum är att kravet att genomföra ett antal förfarandeåtgärder (som mycket väl kan vara tidsödande) innan ett slutligt beslut antas av den behöriga myndigheten, är avsett att säkerställa såväl en riktig utgång som förfarandets skälighet i sig.

71. Den sammanlagda handläggningstiden för förfarandena vid de administrativa myndigheterna och domstolarna är, som mest, en omständighet som EU:s domstolar, inom ramen för förfaranden som har inletts enligt artikel 268 FEUF, kan beakta vid bedömningen av om klagandena har rätt till skadestånd enligt artikel 340.2 FEUF och, i så fall, nivån på detta skadestånd.

72. Oavsett om deras argument kan ha ett värde i sig, är det min uppfattning att domstolen bör ogilla Feralpis, Valsabbias och Alfa Acciais yrkanden om nedsättning av de böter de ålagts att betala. Till sist föreslår jag att domstolen även ska ogilla klagandenas yrkande att domstolen ska fastställa att en sådan överträdelse har förekommit.

73. Visserligen har domstolen i ett antal mål angett att den, när det är klarlagt i målet att tribunalen, utan att parterna behöver åberopa bevisning i detta avseende, på ett tillräckligt allvarligt sätt har åsidosatt sin skyldighet att avgöra ett mål inom skälig tid, kan nämna denna omständighet i domen.[27]

74. Jag låter mig inte övertygas av domstolens uppfattning i dessa mål. I dessa mål prövade domstolen frågan utan att höra den part som påstods ha gjort sig skyldig till en överträdelse. Tvärtom var motparten i överklagandet kommissionen och inte Europeiska unionens domstol. Emellertid, såsom tribunalen nyligen har fastställt, är det Europeiska unionens domstol som ska vara motpart i ett eventuellt mål om en överträdelse – som Europeiska unionens domstol, eller närmare bestämt en av dess domstolar, gjort sig sklyldig till – av rätten till hörande inom skälig tid.[28] Jag delar denna uppfattning. Så tidigt som 1973 fann domstolen att ”när [unionens utomobligatoriska ansvar] påverkas på grund av någon av dess institutioners handlande, bör den som för talan vid domstolen för [unionens] räkning vara den institution som gett upphov till det påstådda ansvaret”.[29] Trots allt är det bara den institution som har gett upphov till det påstådda ansvaret som inte bara har befogenheten, utan också den materiella förmågan, att framställa de rättsliga och faktiska argumenten till sitt försvar.

75. Därför förefaller det mig som om den rättspraxis som klagandena har åberopat – vilken jag inte råder domstolen att följa i framtiden – endast är meningsfull om den begränsas till verkligt exceptionella omständigheter där förfarandets längd är så uppenbart och obestridligt oskälig att den objektivt sett inte skulle vara motiverad under några som helst omständigheter. Utom i fråga om dessa undantagsfall, måste det vara så att ett yrkande om överträdelse av rätten till hörande inom skälig tid ska prövas i ett förfarande mellan parterna där motparten har fått framlägga sina motargument och i förekommande fall har haft möjlighet att åberopa bevisning till stöd för dem. Såsom domstolen

27 Dom av den 26 november 2013, Gascogne Sack Deutschland/kommissionen, C-40/12 P, EU:C:2013:768, dom av den 12 november 2014, Guardian Industries and Guardian Europe/kommissionen, C-580/12 P, EU:C:2014:2363, dom av den 9 juni 2016, CEPSA/kommissionen, C-608/13 P, EU:C:2016:414 samt dom av den 9 juni 2016, Repsol Lubricantes y Especialidades m.fl./kommissionen, C-617/13 P, EU:C:2016:416.

28 Se, exempelvis, beslut av den 6 januari 2015, Kendrion/domstolen, T-479/14, ej publicerat, EU:T:2015:2, beslut av den 9 januari 2015, Marcuccio/Europeiska unionen, T-409/14, ej publicerat, EU:T:2015:18, och beslut av den 13 februari 2015, Aalberts Industries/Europeiska unionen, T-725/14, ej publicerat, EU:T:2015:107.

29 Dom av den 13 november 1973, Werhahn Hansamühle m.fl./rådet och kommissionen, 63/72–69/72, EU:C:1973:121, punkt 7, som bekräftades i dom av den 23 mars 2004, Ombudsman/Lamberts, C-234/02 P, EU:C:2004:174.

konsekvent har angett ”ska skäligheten av en period bedömas med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet och, särskilt, målets betydelse för den berörda personen, målets komplexitet och sökandens och de behöriga myndigheternas uppträdande”. [30] Det synes mig som om denna bedömning av samtliga omständigheter i de flesta fall inte alls är enkel och okomplicerad.

76. Icke desto mindre ska betonas att en period på nästan fem år för att pröva en grupp mål av det slag som är aktuellt i förevarande mål inte nödvändigtvis är oskälig, även om den är lång. Detta är särskilt sant, eftersom den besvärliga och utdragna bakgrunden till kartellerna på marknaden för runda armeringsjärn vid kommissionen och unionsdomstolarna förefaller tyda på en relativt komplicerad rättslig situation.

77. Vidare, till skillnad från vad klagandena har gjort gällande, innebär inte det faktum att det gick tre år och två månader mellan slutförandet av det skriftliga förfarandet och inledningen av det muntliga förfarandet att tribunalen har varit inaktiv under denna period. Det är välkänt att flera förfarandeåtgärder genomförs under denna period, även om de kanske inte är uppenbara för parterna. Personligen är jag relativt skeptisk mot att längden på perioden mellan slutförandet av det skriftliga förfarandet och inledningen av det muntliga förfarandet alls kan ses som ett tecken på att tribunalen varit inaktiv. [31] Mer allmänt tycker jag att det förefaller konstlat att försöka dela upp det övergripande förfarandet i olika stadier och bedöma skäligheten av en eller flera av dessa stadier isolerat från varandra. För mig framstår förfarandets sammanlagda längd som en lämpligare utgångspunkt.

78. Jag anser därför att domstolen i förevarande mål inte befinner sig i den situation som beskrevs i punkt 73. I de berörda målen förefaller det nödvändigt att parterna framlägger ytterligare argument och bevisning i ett kontradiktoriskt förfarande för att domstolen ska kunna pröva huruvida handläggningstiden i tribunalen var oskälig. [32]

79. Överklagandet ska följaktligen inte bifallas på denna grund. Om klagandena anser att tribunalen, vid handläggningen av deras mål, åsidosatte artikel 47.2 i stadgan kan de väcka talan om utomobligatoriskt ansvar för unionen enligt artikel 268 andra stycket och artikel 340 FEUF.

2. Upprepning av överträdelse

80. I sin *sjunde grund* har Ferriere Nord gjort gällande att tribunalen gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning genom att underkänna påståendet att höjningen av böterna på grund av upprepning av överträdelsen var rättsstridig, eftersom kommissionen inte uttryckligen åberopade denna försvårande omständighet i meddelandet om invändningar av den 26 mars 2002. Kommissionen angav endast att den skulle ta hänsyn till samtliga förmildrande och försvårande omständigheter när böterna fastställdes, mot bakgrund av vart och ett av företagens beteende. Enligt Ferriere Nord skulle ett sådant vagt uttalande inte vara tillräckligt för att ett företag ska kunna utöva sin rätt till försvar.

81. Dessutom har Ferriere Nord, i sin *åttonde grund*, påtalat att tribunalen felaktigt fastställde att den tidsperiod som ska beaktas vid prövningen av denna försvårande omständighet är den som börjar när kommissionen fastställer den första överträdelsen och upphör när företaget påbörjar det nya lagstridiga beteendet. Ferriere Nord har gjort gällande att perioden i stället bör räknas från den dag den första överträdelsen upphörde. Det innebär att cirka 13 år skulle ha förflutit mellan den första och den

30 Se, exempelvis, dom av den 17 december 1998, Baustahlgewebe/kommissionen, C-185/95 P, EU:C:1998:608, punkt 29, och domen i målet PVC II, punkt 210.

31 De avdelningar som är behöriga att pröva målet kan mycket väl bestämma sig för att lägga så mycket som möjligt av arbetet i början av målet innan hörandet äger rum, eller på motsatt sätt, att hålla en förhandling så snart som möjligt efter det att det skriftliga förfarandet har slutförts och därmed lämna viktiga delar av förfarandet att slutföras till efter förhandlingen. Valet mellan dessa alternativ kan bero på flera saker: de dömande domarnas arbetsmetoder, deras arbetsbelastning vid olika tidpunkter och de särskilda omständigheterna i målet (till exempel om det finns frågor som måste utredas vid förhandlingen eller inte). Uppenbarligen är en kort tidsperiod mellan det skriftliga och muntliga förfarandet till liten hjälp om tiden för den efterföljande överläggningen är ovanligt lång.

32 Jämför dom av den 14 september 2016, Trafilerie Meridionali/kommissionen, C-519/15 P, ej publicerad, EU:C:2016:682, punkt 68.

andra överträdelsen i Ferriere Nords fall. Mot bakgrund av längden på denna period, är det inte omöjligt att ledningen inte kände till kommissionens första beslut och att den försvårande omständigheten i form av upprepad överträdelse därför, i enlighet med principen om *in dubio pro reo*, inte skulle ha tillämpats.

82. Slutligen har Ferriere Nord, i sin *nionde grund*, gjort gällande att överträdelsen – om domstolen skulle bifalla talan i den del som avser den fjärde grunden [33] – måste anses vara mindre allvarlig än vad som anförts i det överklagade beslutet. Om så är fallet gjorde tribunalen en felaktig tolkning och tillämpning av proportionalitetsprincipen: en ökning med 50 procent av böterna för ett mindre allvarligt uppträdande förefaller vara oproportionerlig.

83. Jag ska börja med den *åttonde grunden*.

84. Till att börja med ska det erinras om att omständigheten att överträdelser upprepas (”recidivism”) är en av de faktorer som ska beaktas vid bedömningen av hur allvarlig en överträdelse av unionens konkurrensregler är för att fastställa nivån på de böter som ska åläggas den som har gjort sig skyldig till en överträdelse. [34] Såsom tribunalen har förklarat beror detta på att ”den upprepade överträdelsen bevisar … att den tidigare vidtagna sanktionsåtgärden inte var tillräckligt avskräckande”. [35] Upprepning anses således i allmänhet motivera högre böter, [36] i syfte att få den som gjort sig skyldig till en överträdelse att ändra sitt framtida beteende. [37]

85. Domstolen har dock också klarlagt att för att en ökning av böterna som ett företag har ålagts på grund av upprepning ska vara förenlig med rättssäkerhets- och proportionalitetsprinciperna kan den inte vara automatisk. I detta sammanhang ska kommissionen beakta samtliga omständigheter i varje mål, särskilt den tid som har förflutit mellan den tidigare överträdelsen av konkurrensreglerna och den förseelse som ska prövas. [38]

86. Mot denna bakgrund bör förevarande talan ogillas i den del som avser Ferriere Nords *åttonde grund*. Jag anser för det första att tribunalen tillämpade en riktig metod för att beräkna perioden i fråga – den tid som förflutit mellan kommissionens fastställelse av den första överträdelsen och inledningen av det nya lagstridiga beteendet av samma företag – av de skäl som angavs i punkterna 342 och 343 i den överklagade domen. För att en upprepad överträdelse ska kunna fastställas krävs att kommissionen har fastställt en tidigare överträdelse och den upprepade överträdelsen blir ett faktum när beteendet som strider mot artikel 101 eller 102 FEUF inleds. Det var därför riktigt av tribunalen att finna att perioden i fråga i förevarande mål var kortare än fyra år.

87. För det andra saknar det relevans att en eller flera personer i bolagets nuvarande ledning kanske inte kände till beslutet eller de rättsliga följderna av det. [39] Till att börja med är det svårt att tro på påståendet att Ferriere Nords ledning inte skulle ha känt till kommissionens tidigare beslut. Å ena sidan hänvisade kommissionen vid hörandet till ett dokument, som nämndes i det angripna beslutet,

33 Den grunden rör arten och varaktigheten av Ferriere Nords deltagande i överträdelsen, se nedan punkt 117 i detta förslag till avgörande.

34 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 7 januari 2004, Aalborg Portland m.fl./kommissionen, 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, EU:C:2004:6, punkt 91, dom av den 8 februari 2007, Groupe Danone/kommissionen, C-3/06 P, EU:C:2007:88, punkterna 26, 29 och 39, samt dom av den 17 juni 2010, Lafarge/kommissionen, C-413/08 P, EU:C:2010:346, punkterna 61–65.

35 Dom av den 27 juni 2012, YKK m.fl./kommissionen, T-448/07, ej publicerad, EU:T:2012:322, punkt 211, och där angiven rättspraxis.

36 Se, exempelvis, OECD:s rundabordsdiskussion om främjande av efterlevnad av konkurrenslagstiftning – Skrift utfärdad av sekretariatet, DAF/COMP(2011)4 av den 1 juni 2001, punkt 2.

37 Dom av den 8 februari 2007, Groupe Danone/kommissionen, C-3/06 P, EU:C:2007:88, punkt 39.

38 Dom av den 8 februari 2007, Groupe Danone/kommissionen, C-3/06 P, EU:C:2007:88, punkt 39, samt dom av den 17 juni 2010, Lafarge/kommissionen, C-413/08 P, EU:C:2010:346, punkterna 69 och 70.

39 Domstolen har inte uteslutit att ”företagets strukturella utveckling” kan beaktas när den prövar huruvida den försvårande omständigheten upprepning ska tillämpas (se dom av den 5 mars 2015, kommissionen m.fl./Versalis m.fl., C-93/13 P och C-123/13 P, EU:C:2015:150, punkt 97). Domstolen hänvisade dock till denna faktor i ett annat sammanhang där kommissionen hade tillämpat den försvårande omständigheten upprepning av överträdelse på en juridisk person som inte varit föremål för ett förfarande rörande den första överträdelsen. Med andra ord förefaller domstolen ha hänvisat till strukturella förändringar inom en koncern och inte till förändringar i ledningen som genomförts i samma bolag. I sistnämnda situation har eventuella strukturella förändringar mycket mindre betydelse än i den förstnämnda situationen.

som visade att Ferriere Nords ledning, år 1997, kände till såväl kommissionens tidigare beslut som den nya och pågående överträdelsen. Ferriere Nord har inte invänt mot detta. Å andra sidan överklagade Ferriere Nord beslut 89/515/EEG [40] till EU-domstolen i ett mål som avslutades i juli 1997. [41] I detta avseende kan det vara värdefullt att anmärka att ett bolag är skyldigt att i sin årsredovisning ta upp ansvarsförbindelser som omfattar förluster och böter som förväntas bli resultatet av en slutförd rättegång. [42] Det är därför troligt att en noggrann och ordningsam affärsman inte skulle, eller borde, ha förbisett förekomsten av det tidigare beslutet.

88. Än viktigare är dock att ledningen i allmänhet förutsätts känna till företagets uppträdande – eller tidigare uppträdande som inte skett för alltför länge sedan – på marknaden. Det finns ingen grund för att påstå att ett företag skulle kunna undgå ansvar enbart på grund av det faktum att dess ledning kan ha förbisett ett visst uppträdande. Ett företag måste göras rättsligt ansvarigt för sitt tidigare och nuvarande beteende, oberoende av om vissa personer i ledningen (eller vissa organ i företaget) känner till ett särskilt beteende som bolaget gjort sig skyldigt till. Det ska i detta sammanhang understrykas att förevarande mål bland annat rör böter som har ålagts Ferriere Nord och inte böter som har ålagts personer som hade vissa poster i företaget.

89. Med avseende på *den sjunde grunden* ska påpekas att domstolen i målet Versalis, som särskilt avsåg den försvårande omständigheten upprepad överträdelse, klargjorde att när kommissionen har för avsikt att tillskriva ett företag ansvar för en överträdelse av konkurrensrätten och göra gällande att företaget gjort sig skyldigt till en försvårande omständighet ”ska meddelandet om invändningar innehålla samtliga omständigheter som gör det möjligt för nämnda juridiska person att försvara sig”. Domstolen angav också att det ankommer på kommissionen att, redan i meddelandet om invändningar, tillhandahålla alla de fakta som visar att villkoren för att tillämpa den försvårande omständigheten är uppfyllda. [43]

90. Av denna rättspraxis följer att det inte nödvändigtvis krävs att kommissionen i varje ärende uttryckligen tar upp alla försvårande omständigheter som kan vara tillämpliga på ett granskat företag i meddelandet om invändningar. Emellertid kan det finnas situationer, vilket kommissionen själv har bekräftat i sina yttranden, där det är nödvändigt att uttryckligen nämna en försvårande omständighet som den avser att tillämpa på ett visst företag. Jag instämmer i denna åsikt. Det kanske inte är lätt att urskilja kommissionens avsikter på basis av informationen i meddelandet om invändningar. Inte heller är det upp till företaget att försöka gissa sig till kommissionens avsikter och framställa alla upptänkliga invändningar mot alla eventuella försvårande omständigheter som kommissionen kan tänkas tillämpa. Huruvida uppgifterna i ett visst meddelande om invändningar räcker för att ett företag till fullo ska kunna utöva sin rätt till försvar, trots att det inte uttryckligen angetts i meddelandet om invändningar, beror således på omständigheterna i det enskilda fallet.

91. Såsom Ferriere Nord har gjort gällande är i förevarande mål hänvisningen i det första meddelandet om invändningar – som angav att kommissionen skulle beakta alla förmildrande och försvårande omständigheter när den fastställde böterna mot bakgrund av varje företags uppträdande – relativt otydlig. Det betyder dock inte att den med nödvändighet är otillräcklig. En hänvisning av detta slag kan anses nöjaktig om företaget, mot bakgrund av den särskilda situation i företagets fall och de uppgifter som tillhandahållits i meddelandet om invändningar, ändå kunde förutse att en viss försvårande omständighet troligtvis skulle tillämpas och skälen för detta.

40 Kommissionens beslut av den 2 augusti 1989 om ett förfarande enligt artikel [101 FEUF] (IV/31.553, Svetsat armeringsjärn) (EGT L 260, 1989, s. 1).

41 Se dom av den 6 april 1995, Ferriere Nord/kommissionen, T-143/89, EU:T:1995:64 och, efter överklagande, dom av den 17 juli 1997, Ferriere Nord/kommissionen, C-219/95 P, EU:C:1997:375.

42 I GAAP (god redovisningssed) anges exempelvis att ”troliga”, ”skäligen möjliga” potentiella förluster ska uppges tillsammans med en uppskattning av förlusten. Liknande bestämmelser finns i IFRS (International Financial Reporting Standards).

43 Dom av den 5 mars 2015, kommissionen m.fl./Versalis m.fl., C-93/13 P och C-123/13 P, EU:C:2015:150, punkterna 96 och 98.

92. Det är riktigt att det företag som i förevarande mål hade gjort sig skyldigt till en upprepad överträdelse var ett och samma företag, vilket inte var fallet i målet Versalis. Således hade Ferriere Nord år 1989 befunnits skyldigt till en överträdelse av (vad som nu är) artikel 101 FEUF i ett beslut som – vilket Ferriere Nord har medgett – omnämndes i meddelandet om invändningar, även om det endast var i förbigående. Det är också riktigt, såsom angetts ovan i punkt 86, att tiden mellan kommissionens antagande av det tidigare beslutet och den nya överträdelsens början var relativt kort. Kommissionen borde dock åtminstone ha angett varför den ansåg att den tidigare överträdelsen och den senare överträdelsen var en ”överträdelse av samma slag” i den mening som anges i 1998 års riktlinjer.[44] Även om det nu kanske förefaller relativt uppenbart, fanns det år 2002 knappast någon rättspraxis som rörde upprepade överträdelser. Det faktum att meddelandet om invändningar inte innehöll några uppgifter i detta avseende gjorde det därför relativt svårt för Ferriere Nord att utöva sin rätt till försvar.

93. Följaktligen anser jag att även om domstolen inte skulle dela min bedömning av Ferriere Nords *andra grund* bör den bifalla talan i den del som avser *den sjunde grunden*. Domen i målet T-90/10 bör därför upphävas i den del som avser tillämpningen av en försvårande omständighet i form av upprepad överträdelse. Domstolen bör även, enligt min uppfattning, ogiltigförklara det angripna beslutet i detta avseende och på nytt fastställa de böter som Ferriere Nord ska erlägga, utan hänsyn till upprepad överträdelse som försvårande omständighet.

94. Mot bakgrund av detta finns det ingen anledning att bedöma Ferriere Nords *nionde grund*. I alla händelser anser jag att denna grund saknar fog, eftersom, vilket jag ska förklara i punkt 117 i detta förslag till avgörande, den *fjärde grunden* också måste underkännas.

3. Öppet avståndstagande

95. Feralpi, Valsabbia och Alfa Acciai[45] har gjort gällande att tribunalen gjorde en felaktig bedömning när den tillämpade principen om ”öppet avståndstagande” och därför felaktigt fastställde att de deltagit i överträdelsen i vissa avseenden, trots att de hade offentliggjort priser som skilde sig från de priser de hade avtalat med konkurrenterna. Inom ramen för detta har de angett att artikel 60 KS förbjöd företag att diskriminera kunder och tillämpa andra priser än de som hade offentliggjorts.

96. Jag anser inte detta argument övertygande, men det bör dock behandlas mer ingående.

97. I mitt förslag till avgörande i målet Total Marketing Services, fick jag möjlighet att anmärka att avsaknad av öppet avståndstagande gör det möjligt att på grundval av konkreta indicier presumera att ett företag som har deltagit i möten som har haft ett konkurrensbegränsande syfte har deltagit i en överträdelse av artikel 101.1 FEUF. Med andra ord, om ett företag, tillsammans med sina konkurrenter på marknaden, deltar i möten som leder till konkurrensbegränsande avtal, kan man med stöd av presumtionstekniken, i avsaknad av ett uttryckligt avståndstagande, dra slutsatsen att företaget deltog i överträdelsen. Däremot kan det, när det saknas bevis för att företaget, om så endast passivt, har deltagit i ett möte som har haft ett konkurrensbegränsande syfte, inte hänvisas till att företaget inte öppet har tagit avstånd.[46]

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

45 *Den fjärde grunden* i mål C-85/15 P och *den femte grunden* i mål C-86/15 P och C-87/15 P.

46 Se mitt förslag till avgörande, Total Marketing Services/kommissionen, C-634/13 P, EU:C:2015:208, punkterna 43–61. Se, för ett liknande resonemang, generaladvokaten Wathelets förslag till avgörande, Toshiba Corporation/kommissionen, C-373/14 P, EU:C:2015:427, punkterna 123–136, och generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomers förslag till avgörande, Aalborg Portland m.fl./kommissionen, C-204/00 P, EU:C:2003:85, punkterna 127–131.

98. En annan slutsats skulle strida mot oskuldspresumtionen som erkänns i artikel 48.1 i stadgan och stå i konflikt med artikel 2 i förordning nr 1/2003.[47] På samma sätt, vid prövningen av den bevisning om ett påstått öppet avståndstagande som ett företag har lagt fram, kan begreppet ”öppet avståndstagande” som ska tillämpas inte vara så begränsat och stelbent att det i stort sett blir omöjligt för företaget att motbevisa presumtionen.

99. Den huvudsakliga invändningen i förevarande mål är dock inte att tribunalen tolkade eller tillämpade begreppet ”öppet avståndstagande” på fel sätt. Feralpi, Valsabbia och Alfa Acciai deltog, under den relevanta tidsperioden, i ett eller flera konkurrensbegränsande möten[48] och det fanns andra indicier som styrkte att de deltagit i det samordnade förfarandet.[49] Inte heller har Feralpi, Valsabbia och Alfa Acciai gjort gällande att tribunalen ålade dem en omöjlig bevisbörda. Vad de i princip har invänt mot är att tribunalen fann att ett visst beteende (offentliggörande av priser som skilde sig från de priser de överenskommit med sina konkurrenter) inte uppfyllde kriterierna för ”öppet avståndstagande”.

100. Det utgör dock inte en felaktig rättstillämpning som ska prövas i överklagandet. Såsom domstolen angav i domen i målet Toshiba,[50] avser begreppet ”öppet avståndstagande” faktiska omständigheter, vilka i det enskilda fallet ska fastställas av tribunalen, på grundval av en helhetsbedömning av samtliga bevis och relevanta indicier. Om bevisupptagningen har skett på ett riktigt sätt och de allmänna rättsprinciper och förfaranderegler som är tillämpliga i fråga om bevisbörda och bevisupptagning har iakttagits, är det tribunalen ensam som ska bedöma vilket värde uppgifterna i målet ska tillmätas.[51]

101. I förevarande mål fann tribunalen att kommissionen, i fråga om den tidsperiod som Feralpi, Valsabbia och Alfa Acciai hade invänt mot, i tillräcklig utsträckning hade styrkt att dessa företag hade deltagit i överträdelsen på grundval av flera indicier (bland annat deltagande i ett eller flera konkurrensbegränsande möten). Tribunalen ansåg inte att det faktum att Feralpi, Valsabbia och Alfa Acciai offentliggjorde priser som skilde sig från de priser de hade kommit överens om med andra deltagare i kartellen i sig självt utgjorde ”öppet avståndstagande” som kunde motbevisa den slutsats som dragits på grundval av de andra indicierna.

102. Det är inte någon lätt uppgift att definiera vad som vid ett första påseende i tillräcklig utsträckning kan utgöra ”öppet avståndstagande”. Huruvida ett visst beteende uppfyller detta krav beror enligt min uppfattning på de särskilda omständigheterna i det enskilda fallet. I förevarande mål kan jag inte se något fel i de överklagade domarna: Jag kan inte se att det har skett någon missuppfattning av den bevisning som lagts fram eller något brott mot någon rättslig princip eller processregel eller att det föreligger någon motstridighet i tribunalens skäl. Tribunalens bedömning förefaller dessutom förenlig med den rättspraxis från domstolen som innebär att en av de avgörande faktorerna vid bedömningen av om ett företag faktiskt har gjort ett avståndstagande är att de övriga kartelldeltagarna har förstått företagets avsikt.[52] Om det i förevarande mål inte fanns någon faktor som pekade på att övriga kartellmedlemmar uppfattade offentliggörandet av de berörda priserna som en tydlig signal om att Feralpi, Valsabbia och Alfa Acciai inte avsåg att efterleva det samordnade förfarandet, förefaller således denna omständighet i stor utsträckning stödja bedömningen att det inte skett något öppet avståndstagande i den mening som avses i domstolens rättspraxis.

47 Enligt sistnämnda bestämmelse ska kommissionen bevisa en överträdelse av artikel 101.1 FEUF.

48 Domarna av den 9 december 2014, Feralpi/kommissionen, T-70/10, ej publicerad, EU:T:2014:1031, punkt 234, dom Ferriera Valsabbia och Valsabbia Investimenti/kommissionen, T-92/10, ej publicerad, EU:T:2014:1032, punkterna 218–221, samt dom Alfa Acciai/kommissionen, T-85/10, ej publicerad, EU:T:2014:1037, punkterna 217–220.

49 Exempelvis fanns det faktorer som antydde att företagen i fråga inte tillämpade de priser som hade avtalats under dessa möten (se dom av den 9 december 2014, Feralpi/kommissionen, T-70/10, ej publicerad, EU:T:2014:1031, punkterna 231–233) eller mer allmänt följde det som hade avtalats under dessa möten (se domarna av den 9 december 2014, Alfa Acciai/kommissionen, T-85/10, ej publicerad, EU:T:2014:1037, punkt 220, och, dom Ferriera Valsabbia och Valsabbia Investimenti/kommissionen, T-92/10, ej publicerad, EU:T:2014:1032, punkt 221.

50 Dom av den 20 januari 2016, Toshiba Corporation/kommissionen, C-373/14 P, EU:C:2016:26.

51 Dom av den 20 januari 2016, Toshiba Corporation/kommissionen, C-373/14 P, EU:C:2016:26, punkt 63.

52 Dom av den 20 januari 2016, Toshiba Corporation/kommissionen, C-373/14 P, EU:C:2016:26, punkt 62 och där angiven rättspraxis.

4. Övriga grunder

103. De flesta av de övriga grunderna behöver enligt min uppfattning endast behandlas kortfattat.

a) Mål C-85/15 P

104. Genom sin *första grund* har Feralpi gjort gällande att tribunalens slutsats att kommissionen inte hade åsidosatt kollegialitetsprincipen utgjorde en felaktig rättstillämpning. Enligt Feralpi berodde detta åsidosättande på att beslutet av den 30 september 2009, såsom det antagits av kommissionsledamöternas kollegium, var ofullständigt, eftersom bilagorna inte innehöll vissa tabeller. Vad som har anförts i denna del kan delvis inte tas upp till sakprövning (i det avseende att det ifrågasätter bedömningen av de faktiska omständigheterna i punkterna 62–81 i domen i målet T-70/10) och saknar delvis fog (eftersom ändringsbeslutet av den 8 december 2009 också antogs av kommissionsledamöternas kollegium).

105. Genom den *tredje grunden* har Feralpi invänt mot att tribunalen inte höll kommissionen till svars för den oskäligt långa handläggningstiden vid kommissionen. I punkterna 152–161 i den överklagade domen finner jag dock varken en felaktig rättstillämpning eller bristande motivering. Vidare kan talan inte upptas till sakprövning i den del som avser den tredje grunden, i den mån Feralpi har invänt mot bedömningen av de faktiska omständigheterna i punkterna 157–160 i den överklagade domen.

106. I den *fjärde grunden* har Feralpi lagt samman olika invändningar mot den överklagade domen som rör bedömningen av Feralpis deltagande i överträdelsen under perioden 1989–1995. Enligt Feralpi gjorde tribunalen en felaktig tolkning av artikel 65.1 KS, principerna rörande fördelningen av bevisbördan och oskuldspresumtionen. Vidare saknar den överklagade domen, enligt Feralpi, tillräcklig motivering och innehåller en missuppfattning av vissa faktiska omständigheter.

107. Ett av dessa argument behandlades redan i punkterna 95–102 ovan. Med avseende på de andra argumenten delar jag kommissionens uppfattning att Feralpi, även om Feralpi har åberopat en påstått felaktig rättstillämpning, främst har ifrågasatt tribunalens bedömning av faktiska omständigheter avseende Feralpis deltagande under den ovan angivna tidsperioden. Med hänsyn till att klaganden inte kan styrka att tribunalens ledamöter har gjort sig skyldiga till någon uppenbar missuppfattning av de faktiska omständigheterna eller bevisningen kan överklagandet i princip inte upptas till sakprövning i den del som avser denna grund. Med avseende på den bevisning som tribunalen hänvisade till när den fastställde kommissionens bedömning, har Feralpi bortsett från flera avsnitt i den överklagade domen där tribunalen nämner annan bevisning än Feralpis deltagande i mötet den 6 december 1989. I punkterna 240–246 och 250–252 har tribunalen tagit upp andra indicier och förklarat varför den inte fann den alternativa förklaring som klaganden lämnat övertygande.

108. Den *femte grunden* avser den metod kommissionen har tillämpat för att fastställa böterna, där kommissionen delade upp de ansvariga företagen i tre grupper på basis av deras respektive marknadsandelar under den aktuella tidsperioden. I denna grund lägger Feralpi på nytt samman påståenden om felaktig rättstillämpning. Dess argument har dock endast framställts kortfattat och invändningarna förefaller huvudsakligen vara riktade mot kommissionen snarare än tribunalen. Jag anser därför att överklagandet inte kan upptas till sakprövning i den del som avser denna grund.

109. I alla händelser förefaller argumentet att tribunalen borde ha ställt kommissionen till svars för att ha åsidosatt likabehandlingsprincipen inte logiskt. Det är riktigt att tribunalen fastställde att det hade gjorts ett beräkningsfel i fråga om marknadsandelarna i en av de tre grupperna. Detta fel innebär dock inte att böterna som utdömdes för de andra två grupperna (där Feralpi ingick) skulle ha ändrats. Felet

antyder snarast att endast böterna för företagen i den förstnämnda gruppen kunde ändras. I den utsträckning beräkningsmetoden för böterna som ålades företagen i de andra två grupperna var korrekt, kan tribunalen inte anses ha gjort en felaktig rättstillämpning när den ogillade yrkandet om nedsättning av böterna.

b) De förenade målen C-86/15 P och C-87/15 P

110. Genom sin *tredje grund* har Valsabbia och Alfa Acciai gjort gällande att tribunalen gjorde en felaktig rättstillämpning när den fastställde att kommissionen inte hade åsidosatt kollegialitetsprincipen. Av de skäl som angavs ovan i punkt 104, kan det anförda i denna grund delvis inte upptas till sakprövning och saknar delvis fog.

111. Genom *sin sjätte grund* har Valsabbia och Alfa Acciai anfört att tribunalen gjorde en felaktig rättstillämpning när den avvisade deras argument att artikel 47 i stadgan hade åsidosatts och ogillade deras yrkande om nedsättning av bötesbeloppet. Enligt deras uppfattning borde handläggningstiden vid kommissionen ha betraktats som oskäligt lång. Av samma skäl som angavs ovan i punkt 105 anser jag att det anförda i denna grund delvis inte kan upptas till sakprövning och delvis saknar fog.

112. Valsabbias och Alfa Acciais *sjunde grund* är i huvudsak densamma som Feralpis femte grund. Den avser tribunalens vägran att sätta ned böterna på grund av ett påstått åsidosättande av likabehandlingsprincipen till följd av ett fel i beräkningen av böterna för de andra företagen. Jag har redan ovan i punkt 109 förklarat varför detta argument saknar rättslig grund.

c) Mål C-88/15

113. Genom sin *första grund* har Ferriere Nord gjort gällande att det angripna beslutet i stora delar skiljer sig från 2002 års beslut, eftersom det förra hänvisar till en överträdelse av konkurrensreglerna på den gemensamma marknaden, medan det senare hänvisar till en överträdelse på den italienska marknaden. Tribunalen gjorde sig därför skyldig till en felaktig rättstillämpning när den fann att ett nytt meddelande om invändningar inte behövde utfärdas innan det angripna beslutet antogs.

114. Argumentet verkar grunda sig på en feltolkning av de aktuella bestämmelserna i EKSG- och FEU-fördragen, eller åtminstone på en missuppfattning av den överklagade domen. Om kommissionen hade ändrat den materiella rättsliga grunden för sitt beslut från artikel 65.1 KS till artikel 101.1 FEUF skulle detta argument ha påkallat en närmare granskning. Till skillnad från artikel 65.1 KS är förvisso artikel 101.1 endast tillämplig på avtal som ”påverka[r] handeln mellan medlemsstater”. Båda besluten rör dock en överträdelse av artikel 65.1 KS, som förbjuder avtal som snedvrider konkurrensen ”inom den gemensamma marknaden”. Det saknar därför relevans huruvida ordalydelsen i beslutet (eller meddelandet om invändningar) hänvisar till snedvridning av konkurrensen på den italienska marknaden (såsom 2002 års beslut gör) eller till snedvridning av konkurrensen på den gemensamma marknaden (såsom det angripna beslutet gör). Det säger sig i stort sett självt, i detta sammanhang, att ett avtal som omfattar Italien uppfyller detta villkor, eftersom den italienska marknaden utgör en betydande del av den gemensamma marknaden.

115. Genom sin *tredje grund* har Ferriere Nord gjort gällande att tribunalen gjorde en felaktig rättstillämpning när den fann att kommissionen inte hade åsidosatt kommissionens arbetsordning. Ferriere Nord har anfört att förhörsombudets rapport, som hade bilagts det beslutsutkast som lades fram inför kommissionsledamöternas kollegium i samband med dess möte den 30 september 2009, endast var författad på engelska, franska och tyska och inte på italienska. Detta skulle stå i strid med kommissionens interna bestämmelser.

116. Jag delar tribunalens uppfattning att Ferriere Nords argument på denna punkt är verkningslösa. Som följer av fast rättspraxis kan en institutions underlåtelse att efterkomma en rent intern processuell regel inte medföra att det slutliga beslutet blir ogiltigt, om det inte är tillräckligt betydelsefullt och har haft en skadlig effekt på den rättsliga och faktiska ställningen för den part som har invänt om förfarandefel.[53] Enligt min uppfattning finns det inte någon omständighet som kastar tvivel över tribunalens bedömning av de faktiska omständigheterna och bevisningen som ledde till slutsatsen att några skadliga effekter på Ferriere Nords ställning inte hade styrkts.

117. Enligt min uppfattning kan överklagandet inte upptas till sakprövning i den del som avser Ferriere Nords *fjärde grund* – vilken gäller tribunalens bedömning i fråga om arten och varaktigheten av företagets deltagande i överträdelsen. Även dessa argument ifrågasätter huvudsakligen tribunalens bedömning av faktiska omständigheter.

118. Som *femte grund* har Ferriere Nord gjort gällande att tribunalens beslut att sätta ned böternas grundbelopp med 6 procent för att ta hänsyn till omständigheten att Ferriere Nord under tre år inte deltog i en del av det konkurrensbegränsande avtalet är otillräckligt. Enligt fast rättspraxis ankommer det dock inte på domstolen, inom ramen för ett mål om överklagande, att av skälighetshänsyn ändra den bedömning som tribunalen med stöd av sin obegränsade behörighet har gjort av det bötesbelopp som ett företag har ålagts på grund av att det har överträtt unionens konkurrensrätt.[54] I förevarande mål finns det inget som visar att de böter som Ferriere Nord slutligen ålagts kan vara oproportionerliga eller för höga. Inte heller anser jag att motiveringen i den överklagade domen är bristfällig eller motstridig.

119. Till sist har Ferriere Nord genom sin *sjätte grund* gjort gällande att tribunalen gjorde ett fel vid beräkningen av böterna när den minskade dem med 6 procent. Trots att tribunalen angav att böternas grundbelopp skulle sättas ned gjordes nedsättningen i form av en förmildrande omständighet, vilket gjorde att nedsättningen blev något mindre.

120. Till att börja med vill jag påpeka att de exakta gränserna för obegränsad behörighet ännu inte har fastställts. Huruvida en part kan ifrågasätta ett bötesbelopp i sig, oberoende av ett påstått fel som kommissionen har gjort, är fortfarande en öppen fråga. Det är dock inte en fråga som är aktuell i förevarande mål, eftersom tribunalen faktiskt fann att det angripna beslutet innehöll ett fel i fråga om Ferriere Nords deltagande i överträdelsen och till följd av detta beslutade att sätta ned de böter som kommissionen hade ålagt företaget. Den verkliga frågan i förevarande mål verkar i stället vara huruvida tribunalen är skyldig att iaktta vissa kriterier eller principer när den ändrar ett bötesbelopp på grund av fel som upptäckts i ett beslut som har överklagats av en sökande.

121. Domstolens dom i målet Galp[55] verkar antyda att det finns gränser för vad unionsdomstolarna kan göra när de utövar obegränsad behörighet avseende de böter som kommissionen har utdömt i enlighet med förordning nr 1/2003. Jag instämmer i denna åsikt. Även om det inte finns något behov av att gå djupare in på denna fråga bör det åtminstone anmärkas att vissa begränsningar i unionsdomstolarnas behörighet enligt artikel 261 FEUF och artikel 31 i förordning nr 1/2003 med nödvändighet måste härröra från principer som, exempelvis, proportionalitetsprincipen, rättssäkerhetsprincipen och likabehandlingsprincipen. I förevarande mål anser jag dock inte att det finns något övertygande argument för varför tribunalen kan ha utövat sin behörighet i enlighet med artikel 261 FEUF och artikel 31 i förordning nr 1/2003 felaktigt.

53 Se den rättspraxis som har angetts i punkt 158 i domen av den 9 december 2014, Ferriere Nord/kommissionen, T-90/10, ej publicerad, EU:T:2014:1035.

54 Dom av den 7 september 2016, Pilkington Group m.fl./kommissionen, C-101/15 P, EU:C:2016:631, punkt 72 och där angiven rättspraxis.

55 Dom av den 21 januari 2016, Galp Energía España m.fl./kommissionen, C-603/13 P, EU:C:2016:328.

122. Även om ordalydelsen i den överklagade domen inte är helt tydlig på denna punkt kan det inte ifrågasättas att tribunalen fastställde nedsättningen av Ferriere Nords böter genom att utöva sin obegränsade behörighet och att den i princip valde att följa den metod som kommissionen föreslagit i 1998 års riktlinjer (som uppenbart också var den metod som tillämpades i det angripna beslutet).

123. Mot denna bakgrund är det min uppfattning att tribunalen inte gjorde fel när den fann att det faktum att Ferriere Nord inte deltagit i en del av överträdelsen utgjorde en förmildrande omständighet. Tvärtom är detta rätt tillvägagångssätt i enlighet med 1998 års riktlinjer. Enligt dessa riktlinjer utgör allvar och varaktighet faktorer som kommissionen ska beakta när den fastställer böternas grundbelopp. Det är dock tydligt att dessa faktorer ska bedömas med hänsyn till överträdelsen som helhet. Detta är anledningen till att kommissionen, mot bakgrund av överträdelsens allvar och varaktighet som helhet, delade in de ansvariga företagen i tre olika grupper utifrån deras respektive marknadsandelar. Såsom anges i 1998 års riktlinjer beror den differentierande behandlingen när grundbeloppet fastställs främst på ”den särskilda vikten, och således den faktiska påverkan på konkurrensen, av varje företags förfarande i samband med överträdelsen, särskilt när det är stor skillnad i storleken på de företag som begått en överträdelse av samma slag”.

124. I förevarande mål finns det inget som tyder på att omständigheten att Ferriere Nord under en viss tidsperiod inte deltog i en del av överträdelsen hade någon inverkan på allvaret (eller varaktigheten) av överträdelsen som helhet. Det var därför riktigt av tribunalen att ta hänsyn till Ferriere Nords enskilda bidrag till kartellen som en faktor som kunde vara relevant inom ramen för bedömningen av de förmildrande omständigheterna.

125. I detta avseende kan det vara värdefullt att erinra om att domstolen, i domen i målet Solvay Solexis, fann att kommissionen, enligt 1998 års riktlinjer, är behörig att beakta en lägre grad av allvar beträffande ett företags deltagande i en överträdelse, antingen i syfte att tillämpa en differentierad behandling när böternas grundbelopp fastställs eller som en förmildrande omständighet för att minska böternas grundbelopp.[56] Enligt min uppfattning ska denna rättspraxis inte tolkas så, att den ger kommissionen fria händer i detta avseende. Snarare innebär denna rättspraxis att frågan huruvida en lägre grad av allvar beträffande ett företags deltagande i en överträdelse ska beaktas vid fastställandet av böternas grundbelopp eller vid tillämpningen av de förmildrande omständigheterna beror på de särskilda omständigheterna i varje enskilt fall. Denna princip förefaller i ännu högre grad tillämplig på tribunalen när den utövar sin obegränsade behörighet avseende böter som kommissionen har påfört.

d) Mål C-89/15 P

126. Som *andra grund* har Riva Fire invänt mot den nedsättning av böternas grundbelopp med 3 procent som tribunalen fastställde. Riva Fire har angett att i) nedsättningen inte var tillräckligt stor och ii) motiveringen i den överklagade domen på denna punkt var motsägelsefull eller i alla händelser bristfällig.

127. Riva Fires huvudsakliga argument motsvarar i stor del de argument som Ferriere Nord utvecklade i sin femte och sin sjätte grund och ska därför underkännas av de skäl som förklarades ovan i punkterna 118–125. Med avseende på Riva Fires påstående att tribunalen gjorde sig skyldig till en felaktig rättstillämpning när den fann att Riva Fire var ansvarigt för andra företags beteenden, är det min uppfattning att målet inte kan upptas till sakprövning i den del som avser detta argument (i den utsträckning det ifrågasätter de faktiska omständigheter som tribunalen har fastställt i fråga om Riva

56 Dom av den 5 december 2013, Solvay Solexis/kommissionen, C-449/11 P, ej publicerad, EU:C:2013:802, punkt 78.

Fires deltagande i en enda fortlöpande överträdelse) och att argumentet saknar fog (mot bakgrund av den rättspraxis som angavs i punkterna 116 och 214 i domen i målet T-83/10). Slutligen kan Riva Fires argument att tribunalen gjorde en felaktig rättstillämpning när den fann att Riva Fire inte öppet hade tagit avstånd från kartellen inte upptas till sakprövning inom ramen för ett överklagande.[57]

128. Genom sin *tredje grund* har Riva Fire gjort gällande att tribunalen gjorde en felaktig rättstillämpning när den fastställde att Riva Fire hade deltagit i det avtal som ingåtts i december 1998 och, som en följd därav, när den beaktade detta vid fastställandet av böterna. Enligt min uppfattning kan överklagandet inte upptas till sakprövning på denna grund, eftersom Riva Fire i princip har invänt mot tribunalens bedömning av de faktiska omständigheterna och bevisningen. Dessutom saknar det relevans huruvida Riva Fire under förfarandet vid tribunalen bestred att företaget hade deltagit i avtalet,[58] eftersom tribunalen fastställde kommissionens bedömning utifrån den skriftliga bevisningen och inte genom presumtioner såsom felaktigt påståtts av Riva Fire.

129. Slutligen har Riva Fire, genom sin *fjärde grund*, ifrågasatt tribunalens bedömning avseende den ökning på 375 procent som gjordes av böternas grundbelopp i syfte att säkerställa att de ålagda böterna hade en avskräckande effekt. Tribunalen fann att hänvisningen i punkt 604 i det angripna beslutet till Riva Fires (och Lucchini/Siderpotenzas) lednings inblandning i överträdelsen enbart hade gjorts för fullständighetens skull. Ökningen grundade sig – enligt tribunalen – helt och hållet på dessa företags omsättning på den relevanta marknaden.[59]

130. Visserligen är det riktigt att innebörden av punkt 604 i det angripna beslutet inte är helt tydlig. Tribunalens tolkning av detta avsnitt var dock en av de möjliga tolkningarna och Riva Fire har inte anfört några konkreta omständigheter som visar att tribunalen hade missuppfattat den tydliga innebörden av det angripna beslutet. Tribunalen prövade också de olika invändningar som Riva Fire hade gjort mot ökningen med 375 procent och underkände dem i sak.[60] Följaktligen kan överklagandet inte upptas till sakprövning i den del som avser denna grund, eller så saknar denna grund, i alla händelser, fog.

VI – Följder av bedömningen

131. Om domstolen delar min bedömning av grunderna rörande åsidosättandet av klagandenas rätt till försvar bör, såsom angetts ovan i punkterna 23–25 och 63, de överklagade domarna upphävas och de angripna besluten ogiltigförklaras.

132. Om domstolen inte skulle dela min bedömning av dessa grunder, bör överklagandena i stället ogillas i sin helhet, utom i den del som avser tillämpningen av den försvårande omständigheten upprepad överträdelse på Ferriere Nord.

VII – Rättegångskostnader

133. Enligt artikel 138.1 i domstolens rättegångsregler ska den tappande parten förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats av den vinnande parten.

57 Se även ovan punkterna 95–102.

58 Såsom angetts i punkterna 222 och 223 i domen av den 9 december 2014, Riva Fire/kommissionen, T-83/10, ej publicerad, EU:T:2014:1034, vilket Riva Fire har bestritt.

59 Dom av den 9 december 2014, Riva Fire/kommissionen, T-83/10, ej publicerad, EU:T:2014:1034, punkt 276.

60 Se dom av den 9 december 2014, Riva Fire/kommissionen, T-83/10, ej publicerad, EU:T:2014:1034, punkterna 262–275 och 277.

134. Om domstolen delar min bedömning beträffande överklagandet, ska kommissionen följaktligen, i enlighet med artiklarna 137, 138 och 184 i rättegångsreglerna, i princip ersätta rättegångskostnaderna i förevarande mål, både i första instans och i målet om överklagande.

135. Jag kan dock inte undgå att lägga märke till att samtliga överklaganden som klagandena har framställt är (enligt min uppfattning, onödigt) långa och komplicerade. Vissa av grunderna består av flera delar men argumenten för varje del har inte nödvändigtvis förklarats särskilt väl. Dessutom har vissa invändningar upprepats i nästan varje grund: exempelvis påståendet att meddelandet om invändningar var bristfälligt eller otillräckligt. Trots detta har jag utan undantag funnit att tribunalen har förklarat varför den har kommit fram till en viss given slutsats och att klagandena, i sak, endast invände mot riktigheten av denna förklaring. Hur uppenbart det än kan anses vara, vill jag betona att det finns en skillnad mellan att påstå att tribunalens underlät att pröva (helt eller nöjaktigt) ett visst argument och att påstå att tribunalen gjorde en felaktig rättstillämpning vid prövningen av ett argument.

136. Slutligen är det uppenbart att överklagandena inte kan upptas till sakprövning i fråga om många av grunderna eller att grunderna i fråga saknar fog. Exempelvis är det uppenbart att tribunalens bedömning av faktiska omständigheter ifrågasattes i flera av grunderna, även om klagandena åberopat en påstått felaktig rättstillämpning. Vidare finns det i fråga om många av de påståenden som klagandena har framställt fast rättspraxis som motsäger klagandenas argument. Klagandena har inte framställt några övertygande argument som tjänar till att särskilja deras mål från denna fasta rättspraxis eller som motiverar en annan tillämpning.

137. I korthet kan jag inte förbise det faktum att den övervägande delen av klagandenas grunder måste underkännas och att klagandena borde ha varit medvetna om detta. Detta gäller också, i tillämpliga delar, förfarandet i tribunalen. Klagandenas ståndpunkt i dessa förfaranden är enligt min uppfattning inte ägnad att bidra till god rättskipning vilket bör beaktas när fördelningen av rättegångskostnaderna fastställs.

138. Icke desto mindre kan det inte bortses från att kommissionen bidrog till den onödiga komplexiteten och långa handläggningstiden i förevarande mål genom att inkomma med en stor mängd invändningar mot möjligheten till sakprövning, som helt klart saknade fog. I många fall var det uppenbart att klagandena hade invänt mot en rättslig fråga och inte mot fastställda faktiska omständigheter eller bevisning. Detta gäller också, i tillämpliga delar, kommissionens beteende vid tribunalen. Kommissionens tillvägagångssätt i detta avseende, nämligen att ”fylla” sina yttranden med påståenden om att invändningar inte kunde upptas till sakprövning ”för säkerhets skull”, är inte önskvärt, vilket också bör beaktas vid fördelningen av rättegångskostnaderna.

139. Mot bakgrund av det ovanstående och i enlighet med artikel 138.3 i domstolens rättegångsregler föreslår jag att domstolen i) förpliktar kommissionen att bära sina egna rättegångskostnader och två tredjedelar av klagandenas kostnader och ii) förpliktar klagandena att bära en tredjedel av sina egna kostnader.

VIII – Förslag till avgörande

140. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen ska

– upphäva tribunalens domar av den 9 december 2014 i målen Feralpi/kommissionen, T-70/10, Riva Fire/kommissionen T-83/10; Alfa Acciai/kommissionen, T-85/10, Ferriere Nord/kommissionen, T-90/10, och Ferriera Valsabbia och Valsabbia Investimenti/kommissionen, T-92/10,

– ogiltigförklara kommissionens beslut K(2009)7492 slutligt angående ett förfarande enligt artikel 65 KS (ärende COMP/37.956 – Runda armeringsjärn, förnyat antagande av beslut) av den 30 september 2009,

– förplikta kommissionen att betala sina egna rättegångskostnader och två tredjedelar av klagandenas rättegångskostnader i första instans och i målet om överklagande,

– förplikta klagandena att bära en tredjedel av sina rättegångskostnader.