# FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT CHRISTINE STIX-HACKL

föredraget den 26 september 2001 [1]

Innehållsförteckning

I — Inledning ..... I-10690

II — Yrkanden och grunder ..... I-10690

III — Prövning av fallet ..... I-10693

A — Grunderna genom vilka en felaktig bedömning avseende den formella lagenligheten av beslutet kritiseras ..... I-10693

1. Frågan om kommissionen åsidosatt rätten till försvar och om möjlighet till rättelse finns (fjärde grunden) ..... I-10693

2. Kommissionens beslut ..... I-10694

a) Frågan om kommissionen var beslutsför när den fattade beslutet (andra grunden) ..... I-10694

b) Frågan om kommissionsbeslutet har antagits i vederbörlig ordning (tredje grunden) ..... I-10696

B — Grunden genom vilken det kritiseras att en felaktig bedömning gjorts med avseende på beslutets materiella lagenlighet (femte grunden) ..... I-10697

C — Grunden genom vilken kritik riktas mot att beslutet riktades emot klaganden (första grunden) ..... I-10699

1. Frågan avseende begreppet "företag" i den mening som avses i artikel 65.1 i EKSG-fördraget ..... I-10702

2. Frågan avseende adresseringen av meddelandet om anmärkningar .... I-10703

3. Frågan om att det finns en möjlighet att läka formfel genom klagandens egna agerande ..... I-10706

IV — Rättegångskostnader ..... I-10708

V — Förslag till avgörande ..... I-10708

1 — Originalspråk: tyska.

## I — Inledning

1. I förevarande mål rör det sig om en överprövning av förstainstansrättens dom av den 11 mars 1999 i mål T-137/94 [2] (nedan kallad den överklagade domen).

2. Vad beträffar bakgrunden till vad som förevarit mellan stålindustrin och kommissionen under åren 1970—1990, särskilt vad beträffar det påtagliga krissystemet och kommissionens beslut nr 2448/88/EKSG av den 19 juli 1988 om införande av ett system för övervakning av företag inom stålindustrin avseende vissa produkter [3] (nedan kallat beslut nr 2448/88), hänvisas till den överklagade domen. Det övervakningssystem som baserar sig på det ovannämnda beslutet upphörde den 30 juni 1990 och ersattes av ett system för individuell och frivillig information [4].

3. Den 16 februari 1994 antog kommissionen "beslut 94/215/EKSG... om ett förfarande för tillämpning av artikel 65 i EKSG-fördraget angående avtal och samordnade förfaranden bland europeiska stålbalksproducenter" [5] (nedan kallat beslutet), vilket var riktat mot sjutton europeiska stålföretag och en företagssammanslutning. Kommissionen ansåg att de som beslutet riktade sig mot hade överträtt Europeiska kol- och stålgemenskapens konkurrenslagstiftning genom att, på ett sätt som snedvrider konkurrensen, inrätta system för utbyte av information samt genom att fastställa priser och dela upp marknader. Kommissionen påförde fjorton av företagen böter. Vad gäller ARBED SA (nedan kallad klaganden) påförde kommissionen ett bötesbelopp om 11 200 000 ecu.

4. Flera berörda företag, däribland klaganden och företagssammanslutningen, väckte talan mot detta beslut vid förstainstansrätten, vilken till följd därav sänkte bötesbeloppet till 10 000 000 euro och ogillade talan i övrigt.

5. Den 11 maj 1999 inkom klaganden med överklagande av denna dom till domstolens kansli.

## II — Yrkanden och grunder

6. Klaganden har i sitt överklagande yrkat att domstolen skall upphäva förstainstansrättens dom och,

— för det fall målet är klart för avgörande, ogiltigförklara kommissionens beslut och förplikta kommissionen att

2 — ARBED mot kommissionen (REG 1999, s. II-303).

3 — EGT L 212, s. 1.

4 — Se punkt 33 i domen av den 11 mars 1999 i mål T-141/94, Thyssen mot kommissionen (REG 1999, s. II-347).

5 — EGT L 116, s. 1.

ersätta rättegångskostnaderna i båda instanserna,

eller

— i annat fall, återförvisa målet till förstainstansrätten och förklara att beslut om rättegångskostnader kommer att fattas senare.

Kommissionen har yrkat att domstolen skall

1) ogilla överklagandet och

2) förplikta klaganden att ersätta rättegångskostnaderna.

7. Till stöd för sitt överklagande har klaganden åberopat följande *grunder* i sin ansökan:

*Första* grunden:

"Består av flera delar och hänför sig till förstainstansrättens vägran att kritisera omständigheten att det är ARBED och inte TradeARBED som blivit föremål för beslutet och bötesbeloppet."

*Andra* grunden: .

"Hänför sig till förstainstansrättens motivering till att det antal ledamöter som krävdes för beslutsförhet var närvarande när beslutet antogs."

*Tredje* grunden:

"Under denna grund åberopas att förstainstansrätten har åsidosatt ARBED:s rätt till att väsentliga formföreskrifter iakttas genom att anta att beslutet antagits i vederbörlig ordning."

*Fjärde* grunden:

"Hänför sig till användningen av den information som har erhållits genom de åtgärder för processledning som förstainstansrätten vidtog."

*Femte* grunden:

"Under denna grund åberopas att förstainstansrätten har åsidosatt artikel 65 i EKSG-fördraget."

*Sammanfattning av grunderna och delgrunderna efter deras rättsliga tyngdpunkter*

8. Av de enskilda grunderna och delgrunderna framgår att klaganden har åberopat att flera bestämmelser i EKSG-fördraget har överträtts. Klaganden anser i rättsligt perspektiv sammanfattningsvis att förstainstansrätten har åsidosatt gemenskapsrätten i den överklagade domen, genom att

— felaktigt anta att beslutet var *formellt lagenligt*, trots att

processuella rättigheter hade åsidosatts under förfarandet vid kommissionen (*fjärde* grunden) och

beslutet inte hade antagits i vederbörlig ordning (*andra* och *tredje* grunden),

— felaktigt anta att beslutet var *materiellt lagenligt*,

trots att de ageranden som kritiserades i beslutet inte hade kunnat ha någon begränsande inverkan på den ”normala konkurrensen” i den mening som avses i artikel 65 i EKSG-fördraget (*femte* grunden) och

trots att det var rättsstridigt att anta beslutet gentemot klaganden (*första* grunden).

9. Den bedömning som görs i det följande tar sin utgångspunkt i denna sammanfattning. De grunder som klaganden åberopat och de delar och argument som grunderna innehåller samt kommissionens argument kommer att hänföras till de enskilda punkterna i sammanfattningen.

10. Grunderna i detta mål motsvarar delvis de grunder och delgrunder som åberopats i mål C-194/99 P, Thyssen Stahl AG mot Europeiska gemenskapernas kommission [6]. Jag föredrar även mitt förslag till avgörande i det ovannämnda målet denna dag. I den del de åberopade grunderna motsvarar varandra hänvisar jag i föreliggande förslag till den bedömning som jag gjort i mitt förslag till avgörande i mål C-194/99 P.

6 — Domstolens dom av den 2 oktober 2003 (REG 2003, s. I-10821 och I-10826).

## III — Prövning av fallet

### A — *Grunderna genom vilka en felaktig bedömning avseende den formella lagenligheten av beslutet kritiseras*

1. Frågan om kommissionen åsidosatt rätten till försvar och om möjlighet till rättelse finns (*fjärde* grunden)

Parternas argument

11. *Klaganden* har gjort gällande att förstainstansrätten i överensstämmelse med domstolens rättspraxis [7] borde ha ogiltigförklarat beslutet på grund av att klagandens rätt till försvar åsidosatts, eftersom klaganden under det administrativa förfarandet inte fick tillgång till alla de handlingar som hade varit av stor betydelse för bedömningen av GD III:s roll.

12. Förstainstansrätten har i punkt 78 i domen i målet ICI [8] själv konstaterat att den omständigheten att uppgifter inte lämnats utgör ett åsidosättande av rätten till försvar om uppgifterna är sådana att de "hade kunnat påverka förfarandet och innehållet i beslutet är till klagandens nackdel". Förstainstansrätten har implicit fastslagit att det förhöll sig på det sättet i förevarande fall. Förstainstansrätten har nämligen i punkt 629 och följande punkter i den överklagade domen mot bakgrund av Kutschers vittnesmål fastslagit att, till följd av GD III:s agerande inom ramen för övervakningssystemet mellan mitten av år 1988 och slutet av år 1990, "en viss tvetydighet i begreppet 'den normala konkurrensen' i den mening som avses i EKSG-fördraget" hade uppstått.

13. Klaganden fick tillgång till dessa handlingar först i slutet av förfarandet vid förstainstansrätten efter det att förstainstansrätten vidtagit åtgärder för bevisupptagning. Av rättspraxis framgår emellertid att ett åsidosättande av rätten till försvar under det administrativa förfarandet inte kan rättas till under förfarandet vid förstainstansrätten.

14. *Kommissionen* har gjort gällande att klaganden inte har beaktat att de handlingar som den har åberopat är kommissionens interna handlingar och har hänvisat till att det av domstolens rättspraxis [9] följer att tillgång inte behöver ges till sådana handlingar under det administrativa förfarandet. Den rättspraxis som klaganden har åberopat hänför sig däremot till sådana handlingar som härrörde från andra företag som omfattades av undersökningen.

7 — Domstolens dom av den 31 mars 1993 i de förenade målen C-89/85 m.fl., Ahlström m.fl. mot kommissionen (REG 1993, s. I-1307; svensk specialutgåva, volym 14, s. 111).

8 — Förstainstansrättens dom av den 29 juni 1995 i mål T-36/91, ICI mot kommissionen (REG 1995, s. II-1847).

9 — Förstainstansrättens dom av den 17 december 1991 i mål T-7/89, Hercules Chemicals mot kommissionen (REG 1991, s. II-1711; svensk specialutgåva, volym 11, s. 83).

15. Med hänvisning till förstainstansrättens sammanfattning i sitt beslut av den 19 juni 1996 [10] av vad klagandena i målet hade anfört har kommissionen noterat att klaganden själv har medgivit att principen om sekretess är tillämplig på kommissionens interna handlingar i det administrativa förfarandet.

Bedömning

16. Dessa grunder överensstämmer i huvudsak med dem som klaganden Thyssen Stahl AG har åberopat i mål C-194/99 P. För en redogörelse av skälen till varför överklagandet inte kan vinna bifall på den *fjärde* grunden hänvisas till punkt 40 och följande punkter i mitt förslag till avgörande i det ovannämnda målet, som jag också föredrar denna dag. Samma skäl gäller i föreliggande mål.

17. Tilläggas bör att inte heller hänvisningen i synnerhet till punkt 632 i den överklagade domen ändrar denna bedömning. Vad beträffar betydelsen av begreppet "viss tvetydighet" i ovannämnda punkt hänvisas till punkt 173 och följande punkter i mitt förslag till avgörande i mål C-194/99 P. Samma skäl gäller i föreliggande mål.

18. Den fråga som väckts av klaganden huruvida det inom gemenskapsrätten tillåts att fel som kommissionen påstås ha begått under det administrativa förfarandet rättas till under förfarandet vid förstainstansrätten behöver inte behandlas närmare [11], eftersom, såsom redan har visats, kommissionen inte begick något fel under förfarandet.

19. Överklagandet kan således *inte vinna bifall* på den *fjärde* grunden, under vilken det åberopas att rätten till försvar åsidosatts under förfarandet vid kommissionen.

2. Kommissionens beslut

a) Frågan om kommissionen var beslutsför när den fattade beslutet (*andra* grunden)

Parternas argument

20. *Klaganden* har riktat kritik mot punkt 122 och följande punkter i den

10 — Beslut av den 19 juni 1996 i mål T-134/94, T-136/94, T-137/94, T-138/94, T-141/94, T-145/94, T-147/94, T-148/94, T-151/94, T-156/94 och mål T-157/94, NMH Stahlwerke m.fl. mot kommissionen (REG 1996, s. II-537, punkterna 53 och 54).

11 — Domstolen har i samband med rätten att ta del av handlingar uttalat att "åsidosättandet inte [kan] ställas till rätta genom att [man]... i en... rättegång... får ta del av handlingarna i fråga". Dom av den 8 juli 1999 i mål C-51/92 P, Hercules Chemicals mot kommissionen (REG 1999, s. I-4235), punkt 78.

överklagade domen. Klaganden har gjort gällande att förstainstansrättens tolkning av protokollet från det möte av den 16 februari 1994 mellan kommissionsledamöterna i kollegium, vid vilket beslutet antogs, är motstridig vad beträffar frågan om det antal ledamöter som krävdes för beslutsförhet var närvarande när beslutet antogs.

21. Det finns nämligen inte något skäl att ge den lista som finns på sidan 2 i protokollet som avser kommissionsledamöternas närvaro företräde framför närvarolistan på sidan 40 i protokollet. I den närvarolista som finns på sidan 40 anges emellertid, såsom förstainstansrätten själv konstaterat i punkt 125 i den överklagade domen, att vissa kommissionsledamöters kansliledamöter var "närvarande vid mötet vid kommissionsledamöternas frånvaro".

22. Klaganden har betonat betydelsen av att kollegialitetsprincipen iakttas och i detta sammanhang åberopat domstolens rättspraxis [12] enligt vilken krävs att iakttagandet av denna princip "säkerställs".

23. *Kommissionen* har först och främst gjort gällande att överklagandet inte kan tas upp till sakprövning på denna grund, eftersom det enbart ankommer på förstainstansrätten att bedöma de faktiska omständigheterna och bedöma i vilken utsträckning vikt skall fästas vid de bevismedel som har framlagts.

12 — Domstolens dom av den 15 juni 1994 i mål C-137/92 P, kommissionen mot BASF m.fl. (REG 1994, s. I-2555; svensk specialutgåva, volym 15, s. I-201).

24. För det fall domstolen beslutar att överklagandet skall tas upp till sakprövning på denna grund anser kommissionen att talan inte skall bifallas. Det var riktigt av förstainstansrätten att beakta listan på sidan 2 i protokollet från mötet vilken hade till syfte att ge en exakt förteckning över kommissionsledamöternas närvaro och frånvaro vid mötet i fråga. Att betvivla riktigheten av denna lista på grund av ett annat utdrag ur protokollet som inte har detta syfte skulle innebära att de indirekta slutsatser som dras av en handling som inte har något samband med den fråga som skall prövas ges företräde framför ett bevismedel som direkt beträffar denna fråga. Detta skulle stå i strid med principen om att gemenskapsrättsakter presumeras vara giltiga.

25. Kommissionen anser slutligen att klaganden har gjort en felaktig tolkning av sidan 40 i protokollet. Såsom förstainstansrätten har fastslagit betyder inte den omständigheten att kommissionsledamöternas kanslichef var närvarande vid kommissionsmötet nödvändigtvis att kommissionsledamöterna var frånvarande under hela mötet.

Bedömning

26. Dessa grunder överensstämmer i huvudsak med dem som klaganden Thyssen Stahl AG har åberopat i mål C-194/99 P. För en redogörelse av skälen till varför överklagandet inte kan tas upp till sakprövning på den *andra* grunden hänvisas till

punkt 52 och följande punkter i mitt förslag till avgörande i det ovannämnda målet, som jag också föredrar denna dag. Samma skäl gäller i föreliggande mål.

27. Överklagandet kan således *inte tas upp till sakprövning* på den *andra* grunden, under vilken det kritiseras att förstainstansrätten inte har beaktat att det antal ledamöter som krävdes för beslutsförhet när kommissionen antog beslutet inte var närvarande.

b) Frågan om kommissionsbeslutet har antagits i vederbörlig ordning (*tredje* grunden)

Parternas argument

28. *Klaganden* har riktat kritik mot punkt 143 och följande punkter i den överklagade domen, där förstainstansrätten felaktigt har antagit att kommissionens beslut har antagits på vederbörligt sätt, det vill säga i enlighet med artikel 12 första stycket i kommissionens arbetsordning från år 1993.

29. Detta vore emellertid enbart fallet om texten till beslutet hade sammanfogats med protokollet och protokollet hade undertecknats av kommissionens ordförande och generalsekreterare, vilket inte har visats.

30. Förstainstansrätten har i punkt 144 i den överklagade domen felaktigt utgått från att det kan antas att dessa väsentliga formkrav har beaktats.

31. Klaganden anser att domen därför skall upphävas. Eftersom målet är färdigt för avgörande måste kommissionen beordras att slutgiltigt förebringa bevisning om att det beslut som antogs vid kommissionens möte av den 16 februari 1994 konkret "bifogades" det ursprungliga protokollet från detta möte.

32. *Kommissionen* har hänvisat till förstainstansrättens uttalande i punkt 141 och följande punkter i den överklagade domen. Förstainstansrätten har riktigt hänvisat till principen om att gemenskapsrättsakter presumeras vara giltiga och till den omständigheten att det i kommissionens arbetsordning inte anges på vilket sätt handlingarna skulle ha bifogats och fastslagit att klaganden inte har styrkt att dessa handlingar inte var bifogade.

33. Förstainstansrätten har slutligen noterat att klaganden inte har styrkt att det föreligger någon verklig skillnad mellan

den version av beslutet som klaganden delgavs, och den version som bifogades till protokollet.

Bedömning

34. Dessa grunder överensstämmer i huvudsak med dem som klaganden Thyssen Stahl AG har åberopat i mål C-194/99 P. För en redogörelse av skälen till varför överklagandet inte kan tas upp till sakprövning på den *tredje* grunden hänvisas till punkt 68 och följande punkter i mitt förslag till avgörande i det ovannämnda målet, som jag också föredrar denna dag. Samma skäl gäller i föreliggande mål.

35. Överklagandet kan således *inte tas upp till sakprövning* på den *tredje* grunden, under vilken det kritiseras att det inte har beaktats att kommissionens beslut inte har antagits i vederbörlig ordning.

B — *Grunden genom vilken det kritiseras att en felaktig bedömning gjorts med avseende på beslutets materiella lagenlighet (femte* grunden*)*

Parternas argument

36. *Klaganden* har riktat kritik mot punkt 295 och följande punkter i den överklagade domen. Klaganden anser att förstainstansrätten i punkt 297 och följande punkt i den överklagade domen har tolkat artikel 65 i EKSG-fördraget, i synnerhet begreppet "normal konkurrens", i strid med gemenskapsdomstolarnas rättspraxis [13], utan att beakta denna bestämmelses placering i EKSG-fördraget och andra mål som eftersträvas med EKSG-fördraget. Räckvidden av artikel 65 i EKSG-fördraget skall emellertid tolkas mot bakgrund av den globala ekonomiska situationen och kommissionens politik.

37. Kommissionens tillvägagångssätt kan enbart förklaras om man vid tolkningen av artikel 65 i EKSG-fördraget beaktar hela EKSG-fördraget. Vad gäller betydelsen av kommissionens agerande har förstainstansrätten i punkterna 551 och 631 i den överklagade domen med hänvisning till det vittnesmål som Kutscher, tjänsteman vid kommissionen, avgav nämligen fastslagit att kommissionen själv utgick från att de möten mellan företagen, vid vilka informationen i fråga om priser och individuella planer utbyttes, inte är ett agerande som utgör ett åsidosättande av artikel 65 i EKSG-fördraget och att agerandet åtminstone underförstått godkändes av kommissionen.

38. Trots detta har förstainstansrätten i punkt 632 i den överklagade domen fastslagit att "det inte är nödvändigt att...

13 — Domstolens dom av den 18 maj 1962 i mål 13/60, Geitling m.fl. mot Hohe Behörde (REG 1962, s. 179), och förstainstansrättens dom av den 24 oktober 1997 i mål T-239/94, EISA mot kommissionen (REG 1997, s. II-1839).

uttala sig om i vilken grad företagen kunde utbyta individuella uppgifter för att förbereda konsultationsmötena med kommissionen utan att därigenom överträda artikel 65.1 i fördraget". Förstainstansrätten har alltså vägrat att tolka artikel 65 i EKSG-fördraget mot bakgrund av hela EKSG-fördraget, trots att — såsom framgår av punkt 272 och följande punkter i den överklagade domen — detta argument framfördes av klaganden under förfarandet vid förstainstansrätten.

39. *Kommissionen* har hänvisat till punkt 293 och följande punkter och i synnerhet till punkt 297 och följande punkt i den överklagade domen och anfört att det var riktigt av förstainstansrätten att besluta att artikel 65 i EKSG-fördraget inte heller i dess sammanhang kan tolkas på så sätt att den tillåter ageranden som är oförenliga med bestämmelsens syfte och ordalydelse.

40. Förstainstansrätten har uttömmande undersökt kommissionens agerande under den period som undersökningen av handlingarna pågått och dragit slutsatsen att kommissionen inte vid något tillfälle uppmuntrat de olika företagens restriktiva förfaranden och att, även om det hade visats att kommissionen översett med sådana förfaranden, detta inte hade kunnat befria klaganden från dess eget ansvar. Förstainstansrätten har emellertid beaktat kommissionens agerande och sänkt bötesbeloppet av det skälet att en viss tvetydighet förelegat på grund av detta agerande med avseende på begreppet "normal konkurrens".

41. Punkt 632 i den överklagade domen, såsom klaganden återgivit den, är så förkortad och ryckt ur sitt sammanhang. Av punkten i dess helhet framgår att förstainstansrätten har ansett att den fråga som väckts av klaganden saknar betydelse och därför inte kan tas upp till sakprövning, eftersom den avser ageranden som förstainstansrätten inte hade att pröva ("detta [var] inte någonting som skulle behandlas på stålbalkskommissionens möten...").

Bedömning

42. Dessa grunder överensstämmer i huvudsak med dem som klaganden Thyssen Stahl AG har åberopat i mål C-194/99 P. För en redogörelse av skälen till varför överklagandet inte kan vinna bifall på den *femte* grunden hänvisas till punkt 135 och följande punkter i mitt förslag till avgörande i det ovannämnda målet, som jag också föredrar denna dag. Samma skäl gäller i föreliggande mål.

43. Med avseende på punkt 632 i den överklagade domen bör det tilläggas att förstainstansrätten felaktigt har kritiserats för att inte ha behandlat den dåvarande klagandens argument. Dessa behandlas i

punkt 293 och följande punkter i den överklagade domen. Det avsnitt som klaganden har riktat kritik mot avser till sitt innehåll någonting helt annat. I detta avsnitt prövas nämligen bötesbeloppets storlek på grundval av en jämförelse mellan de ekonomiska följderna av det konkurrensbegränsande agerandet och den ekonomiska situation som möjligtvis även skulle ha uppkommit utan det kritiserade agerandet. Det är enbart i samband med punkt 632 i den överklagade domen och inte allmänt som förstainstansrätten anser att det inte är nödvändigt att pröva vilka ageranden som omfattas av artikel 65.1 i EKSG-fördraget.

44. Talan kan därför i detta avseende inte vinna bifall på den *femte* grunden.

45. Överklagandet kan således sammanfattningsvis *inte vinna bifall* på den *femte* grunden, under vilken det kritiseras att förstainstansrätten har gjort en felaktig bedömning med avseende på beslutets materiella lagenlighet.

C — *Grunden genom vilken kritik riktas mot att beslutet riktades emot klaganden (första* grunden*)*

Parternas argument

46. *Klaganden* anser att förstainstansrätten felaktigt har underlåtit att beakta att beslutet är ogiltigt. Detta borde emellertid ha fastställts. Kommissionen har nämligen riktat meddelandet om anmärkningar till TradeARBED och inte till klaganden. Trots att klaganden inte heller senare deltog i förfarandet riktades beslutet enbart gentemot denne. Klaganden har i detta sammanhang i detalj åberopat följande:

47. Klaganden har för det *första* riktat kritik mot punkt 92 och följande punkt i den överklagade domen. Klaganden anser att förstainstansrätten har åsidosatt klagandens rätt till försvar: Den motivering som förstainstansrätten i de kritiserade punkterna har anfört som stöd för att rikta beslutet mot klaganden skiljer sig nämligen från den motivering som kommissionen anförde i det meddelande om anmärkningar som var riktat till TradeARBED. Av det skälet har varken TradeARBED eller klaganden själv kunnat utöva sin rätt till försvar: TradeARBED har i det administrativa förfarandet inte kunnat framföra synpunkter på en motivering, eftersom denna inte förelåg i denna form i meddelandet om anmärkningar, och klaganden själv har inte kunnat framföra synpunkter på förstainstansrättens motivering, eftersom denna inte återfinns i beslutet på detta sätt.

48. *Kommissionen* anser att problemet att det varken formellt eller uttryckligen påpekades för klaganden att kommissionen hade för avsikt att hålla den ansvarig för TradeARBED:s agerande har diskuterats utförligt i förfarandet vid förstainstansrät-

ten och att klaganden därför var i stånd att göra sin rätt till försvar gällande inom denna ram. Kommissionen har till stöd för sitt uttalande att förstainstansrätten hade kunnat bedöma denna fråga *ex officio* åberopat domstolens rättspraxis [14].

49. *Klaganden* har för det *andra* riktat kritik mot punkt 92 i den överklagade domen, där förstainstansrätten har gjort följande uttalande vid prövningen av huruvida båda företagen ur rättslig synvinkel utgör ett enda "företag" i den mening som avses i artikel 65.1 i EKSG-fördraget: "[d]et är... styrkt att TradeARBED inte självständigt bestämmer sitt agerande på gemenskapsmarknaden för stålbalkar, utan i huvudsak tillämpar instruktioner som det får av sökanden (ARBED)." Förstainstansrätten har grundat sin bedömning på ett påstående som inte på något sätt har motiverats, så att motiveringsskyldigheten har åsidosatts.

50. *Kommissionen* har gjort gällande att punkt 92 i den överklagade domen är tillräckligt motiverad och rättfärdigar slutsatsen att den rättspraxis från domstolen som nämns i punkterna 90 och 91 i den överklagade domen kan överföras till ARBED.

14 — Domstolens dom av den 19 november 1998 i mål C-252/96 P, Parlamentet mot Gutiérrez de Quijano y Lloréns (REG 1998, s. I-7421), och av den 15 december 1994 i mål C-320/92 P, Finsider mot kommissionen (REG 1994, s. I-5697).

51. *Klaganden* har för det *tredje* riktat kritik mot punkt 98 och följande punkt och åberopat att förstainstansrätten motiverar den överklagade domen på ett motsägelsefullt sätt, vilket jämställs med en brist på motivering. Av en och samma omständighet har förstainstansrätten nämligen å ena sidan dragit slutsatsen att oklarhet förelåg beträffande klagandens och dotterbolaget TradeARBED:s respektive roll och ansvar och å andra sidan antagit att klaganden från början tog för givet att kommissionen skulle hålla den ansvarig för dotterbolaget TradeARBED:s agerande.

52. *Kommissionen* anser att klaganden har missuppfattat den överklagade domen. När förstainstansrätten i punkt 98 i den överklagade domen av dess konstateranden i punkt 97 drar slutsatsen att oklarhet förelåg beträffande de båda bolagens respektive roll och ansvar har den därmed inte fastslagit att denna osäkerhet har påverkat klaganden. Av förstainstansrättens konstaterande framgår att det vad gäller klaganden inte förelåg någon oklarhet beträffande de båda bolagens respektive roll och ansvar, eftersom det inte tycks som om klaganden vid någon tidpunkt betvivlat att det administrativa förfarandet var riktat mot denne. Förstainstansrättens uttalande i punkt 99 i den överklagade domen att klaganden från början tog för givet att kommissionen skulle hålla den ansvarig för dotterbolaget TradeARBED:s agerande följer logiskt av den faktiska omständigheten att klaganden under det administrativa förfarandet hela tiden har handlat som om den samtidigt som dotterbolaget var föremål för kommissionens undersökningar. Detta framgår av de omständigheter som anförts i punkt 96 i den överklagade domen.

53. *Klaganden* har för det *fjärde* gjort gällande att förstainstansrätten har gjort en rättsligt felaktig tolkning av räckvidden av meddelandet om anmärkningar genom att den har beaktat omständigheter som inte omfattas av meddelandet. Klaganden hänför sig i synnerhet till de omständigheter som har nämnts i punkt 96 i den överklagade domen som förstainstansrätten beaktade när den fastställde omfattningen av meddelandet om anmärkningar.

54. *Kommissionen* anser att klaganden ger förstainstansrättens bedömning ett felaktigt innehåll. Förstainstansrätten har nämligen inte vid något tillfälle ifrågasatt den faktiska omständigheten att meddelandet om anmärkningar var riktat till TradeARBED. Förstainstansrätten har enbart prövat olika faktiska omständigheter för att fastställa om klaganden har haft kännedom om de anmärkningar som kommissionen gjorde gällande i meddelandet gentemot klagandens dotterbolag. Förstainstansrätten har vidare prövat om klaganden därutöver var i stånd att ta ställning till detta och om utfärdandet av beslutet gentemot klaganden på grund av dotterbolagets agerande innebar att klagandens rätt till försvar åsidosattes.

55. *Klaganden* har för det *femte* åberopat att förstainstansrätten har gjort ett uppenbart sakfel, vilket skall jämställas med en bristande motivering. För att styrka att klaganden hade kännedom om att den från början skulle komma att hållas ansvarig för de påstådda överträdelserna har förstainstansrätten nämligen hänvisat till den omständigheten att flera skrivelser med begäran om upplysningar som kommissionen skickade till TradeARBED besvarades av klagandens rättsavdelning och att meddelandet om anmärkningar som likaså var riktat till TradeARBED besvarades av klagandens advokat.

56. *Kommissionen* har gjort gällande att domstolen inte kan göra en prövning av fel avseende faktiska omständigheter som förstainstansrätten har gjort sig skyldig till. Förstainstansrätten har för övrigt inte använt detta bevismedel till stöd för sitt antagande att meddelandet om anmärkningar var riktat till klaganden. Bevismedlet har enbart använts till stöd för förstainstansrättens slutsats att ARBED hade kännedom om meddelandet.

57. *Klaganden* har för det *sjätte* slutligen åberopat att förstainstansrätten uppenbart felaktigt hindrat klaganden från att utöva sin rätt till försvar vilken skyddas av de grundläggande rättigheterna, genom att den likställt kommissionens begäran om upplysningar med meddelandet om anmärkningar. Klaganden hänför sig till punkt 100 i den överklagade domen, där förstainstansrätten har anfört att klaganden har haft tillfälle att lägga fram sina synpunkter på att kommissionen hade för avsikt att hålla den ansvarig i samband med att uppgifter om dess egna omsättning begärdes.

58. Denna rena begäran om upplysningar motsvarar inte något av de kännetecken som är karaktäristiska för ett meddelande

om anmärkningar. Även om begäran skulle betraktas som ett sådant meddelande innehåller den inte någon motivering till varför kommissionen anser att klaganden skall hållas ansvarig för TradeARBED:s agerande. Klaganden har därför inte kunnat försvara sig.

59. *Kommissionen* har bestritt att förstainstansrätten har likställt begäran om upplysningar med ett meddelande om anmärkningar. Förstainstansrätten har enbart konstaterat att klaganden hade kunnat lägga fram sina synpunkter avseende avsikten att hålla den ansvarig för TradeARBED:s agerande. Det kan inte råda något tvivel beträffande syftet med en begäran om upplysningar avseende omsättningen som framställs inom ramen för ett undersökningsförfarande i konkurrensfrågor.

Bedömning

1. Frågan avseende begreppet "företag" i den mening som avses i artikel 65.1 i EKSG-fördraget

60. Genom vad klaganden för det andra anfört beträffande den *första* grunden kritiseras förstainstansrättens antagande att kommissionen med rätta utgått från att TradeARBED och klaganden utgör ett enda "företag" i den mening som avses i artikel 65.1 i EKSG-fördraget.

61. I punkt 92 i den överklagade domen grundar förstainstansrätten denna uppfattning på olika faktiska omständigheter (som att TradeARBED är ett helägt dotterbolag, ett rent försäljningsbolag som enbart säljer produkterna i fråga för klagandens räkning och att TradeARBED enbart erhåller intäkter från provision).

62. Det är därvid fråga om en bedömning av faktiska omständigheter som har till syfte att styrka att TradeARBED är bunden av instruktioner, vilket utgör ett väsentligt kännetecken för att ett enhetligt "företag" i den mening som avses i gemenskapens kartellrätt [15] föreligger. Bedömningar av de faktiska omständigheterna kan, med undantag för förfalskning av bevisning, som sådana emellertid inte prövas inom ramen för ett överklagande [16].

63. Överklagandet kan således *inte tas upp till sakprövning* på den *första* grunden, under vilken det åberopas att förstainstansrätten har gjort en felaktig tolkning av begreppet "företag" i den mening som avses i artikel 65.1 i EKSG-fördraget.

15 — Förstainstansrätten har i punkt 90 i den överklagade domen hänvisat till relevant rättspraxis.

16 — Fast rättspraxis, se till exempel domstolens beslut av den 11 april 2001 i mål C-479/00 P (R), kommissionen mot Gerot (REG 2001, s. I-3121).

2. Frågan avseende adresseringen av meddelandet om anmärkningar

64. Klaganden har genom övriga invändningar under den *första* grunden riktat kritik mot att den inte — enligt dess uppfattning — i vederbörlig ordning har kunnat delta i förfarandet innan beslutet antogs. Detta framgår av följande:

65. Klaganden har genom den första, fjärde och sjätte invändningen under den *första* grunden åberopat att förstainstansrätten på ett påstått felaktigt sätt har underlåtit att beakta att klagandens rätt till försvar har åsidosatts, vilket framgår av att meddelandet om anmärkningar formellt sett inte var riktat till klaganden och att klaganden därför formellt sett inte heller var delaktig i förfarandet vid kommissionen.

66. Genom den tredje och femte invändningen under den *första* grunden har klaganden riktat kritik mot förstainstansrättens bedömning av frågan huruvida klaganden trots detta var informerad eller borde ha varit informerad om att detta förhållande var föremål för beslutet och slutligen även skälet till att beslutet riktades emot klaganden.

67. En rättslig bedömning av sistnämnda invändningar behöver enbart göras om det står klart att den första invändningen under den *första* grunden är välgrundad. Frågan om förstainstansrätten har gjort en felaktig bedömning av problemet beträffande huruvida klaganden hade kännedom eller måste ha haft kännedom om att den kunde komma att hållas ansvarig för dotterbolagets agerande behöver nämligen i princip inte besvaras om beslutet antas vara rättsstridigt redan av det skälet att det var riktat mot en mottagare som formellt sett inte var mottagare av meddelandet om anmärkningar.

68. Av det skälet skall inledningsvis den principiella frågan huruvida den bedömning som förstainstansrätten gjorde i de kritiserade punkterna i den överklagade domen av frågan om klagandens delaktighet i förfarandet vid kommissionen är rättsligt riktig behandlas.

69. Av förstainstansrättens konstateranden [17] avseende de faktiska omständigheterna framgår att meddelandet om anmärkningar formellt sett inte var riktat till klaganden. Det kan konstateras att kommissionen inte heller "under det administrativa förfarandet... underrättade sökanden formellt om att den hade för avsikt att hålla sökanden ansvarig för TradeARBED:s agerande som påtalades i meddelandet om anmärkningar och att följaktligen påföra sökanden ett bötesbelopp som beräknats på grundval av sökandens egen omsättning" [18].

70. Förstainstansrätten har vid flera tillfällen betonat betydelsen av meddelandet

17 — Punkt 96 i den överklagade domen.
18 — Punkt 95 i den överklagade domen.

om anmärkningar för att rätten till försvar skall säkerställas. I domen CMB [19] anförde förstainstansrätten följande:

"Enligt fast rättspraxis skall meddelandet om anmärkningar klart ange alla väsentliga omständigheter som kommissionen stöder sig på i detta skede av förfarandet. Den väsentliga processuella garanti som meddelandet om anmärkningar utgör är ett uttryck för den grundläggande gemenskapsrättsliga principen att rätten till försvar skall iakttas i alla förfaranden (dom av den 7 juni 1983 i de förenade målen 100/80—103/80, Musique Diffussion française m.fl. mot kommissionen (REG 1983, s. 1825; svensk specialutgåva, volym 7, s. 133), punkterna 10 och 14.

Följaktligen skall kommissionen i meddelandet om anmärkningar klart ange vilka personer som kan komma att åläggas böter.

Det måste konstateras att ett meddelande om anmärkningar som endast utpekar ett kollektiv som gärningsman... inte ger de bolag som bildar detta kollektiv tillräcklig information om att de kommer att åläggas individuella böter om en överträdelse konstateras...

Ett sålunda avfattat meddelande om anmärkningar räcker inte för att förvarna de berörda bolagen om att bötesbeloppet kommer att fastställas med utgångspunkt i en bedömning av varje bolags deltagande i det agerande som utgör den ifrågavarande överträdelsen."

71. Vad betyder nu denna rättspraxis med avseende på tillvaratagandet av rätten till försvar i ett sådant fall som det förevarande, i vilket det till skillnad från målet CMB mindre handlar om innehållet i meddelandet om anmärkningar, utan snarare om att meddelandet inte var riktat till det bolag som beslutet riktades mot? Denna fråga måste besvaras med utgångspunkt i skyddet för rätten till försvar. Även i domen i målet CMB lades betoningen på iakttagandet av rätten till försvar.

72. Meddelandet om anmärkningar skall inte enbart upplysa mottagaren om vilka konkurrensrättsligt relevanta tillämpningsvillkor kommissionen anser vara uppfyllda, vem som anses uppfylla dessa villkor och varigenom dessa villkor anses vara uppfyllda, utan även, såsom bekräftas i domen i målet CMB, klart ange vem som skall betala bötesbeloppet. Av förstainstansrättens konstaterande framgår att det visserligen finns indicier som tyder på att klaganden åtminstone måste ha varit medveten om att den, i egenskap av moderbolag i

19 — Förstainstansrättens dom av den 16 mars 2000 i de förenade målen C-395/96 P och C-396/96 P, Compagnie maritime belge transports SA m.fl. mot kommissionen (REG 2000, s. I-1365).

koncernen, skulle kunna komma att hållas konkurrensrättsligt ansvarig för försäljningsdotterbolagets agerande. Därmed är det emellertid inte sagt att klaganden även måste ha varit medveten om att kommissionen avsåg att utnyttja denna rättsliga möjlighet i det konkreta fallet.

73. Denna skillnad är viktig av det skälet att enbart säker kunskap om att kommissionen konkret övervägde att hålla klaganden ansvarig för TradeARBED:s uppträdande hade skapat ett särskilt försvarsbehov.

74. När det gäller koncerner som den som det är fråga om i förevarande fall kan det mycket väl vara så att de potentiella mottagarna av ett beslut försvarar fullkomligt olika intressen. Vad beträffar frågan varigenom ett åsidosättande föreligger torde ett försäljningsdotterbolags och moderbolagets försvarsargument visserligen i stor utsträckning överlappa varandra (båda har som målsättning att väcka tvivel om det uppträdande som läggs dotterbolaget till last är olagligt). Vad beträffar frågan om vem som har åsidosatt och framför allt vad gäller frågan om vem som skall bära ansvaret för den andres uppträdande är detta emellertid inte nödvändigtvis alltid fallet. För att undkomma ansvar kan det t.ex. vara lämpligt för ett potentiellt ansvarigt moderbolag att betona att dotterbolaget är oberoende eller att bestrida att dotterbolagets överträdelser ger moderbolaget en egen fördel.

75. Om det följaktligen är möjligt att bolagen inom koncernen försvarar olika intressen syftar adresseringen av meddelandet om anmärkningar till det potentiellt ansvariga bolaget till att tydliggöra att kommissionen överväger att hålla bolaget ansvarigt och att det därför kan bli *nödvändigt* för detta att *göra individuella försvarsargument gällande*. Detta särskilda upplysningssyfte som ett meddelande om anmärkningar har uppnås inte därigenom att den potentiellt ansvarige upplyses om innehållet i meddelandet, utan enbart därigenom att ett formellt meddelande om anmärkningar även skickas till denne.

76. I förevarande fall var meddelandet om anmärkningar obestridligen inte riktat till klaganden. Därigenom berörs dess rätt till försvar i den mån som det inte med tillräcklig tydlighet har klargjorts för klaganden att det kan bli nödvändigt att göra individuella försvarsargument avseende dess inflytande på TradeARBED:s uppträdande gällande. Därför skall beslutet i princip betraktas som olagligt av det skälet att det är riktat mot klaganden. Av skäl som har nämnts i det föregående (i synnerhet meddelandets "varningsfunktion") saknar det betydelse om klaganden hade kännedom om innehållet i meddelandet om anmärkningar.

77. Förstainstansrätten kan följaktligen ha gjort sig skyldig till en felaktig rättstillämpning genom att fastställa att det var

riktigt av kommissionen att rikta beslutet emot klaganden trots att meddelandet om anmärkningar enbart var riktat till TradeARBED.

3. Frågan om att det finns en möjlighet att läka formfel genom klagandens egna agerande

78. Enligt förstainstansrättens konstaterande i punkt 99 i den överklagade domen hade meddelandet om anmärkningar kommit klagandens "interna organisation tillhanda" och klaganden hade full kännedom om dess innehåll. I punkt 96 i den överklagade domen har förstainstansrätten fastslagit att klaganden och kommissionen utbytte skrivelser i frågor som hade betydelse för det planerade beslutet (t.ex. avseende deltagande i olika möten mellan stålbalksproducenterna, tillgång till kommissionens handlingar, tillhandahållande av uppgifter om omsättningen) innan beslutet antogs och att klaganden skickade två medarbetare från sin rättsavdelning till förhöret vid kommissionen i egenskap av ombud för TradeARBED.

79. Man kan därför fråga sig om möjligtvis den omständigheten att meddelandet om anmärkningar formellt sett inte var riktat till klaganden undantagsvis inte utgör ett åsidosättande av rätten till försvar.

80. Förstainstansrätten har i detta avseende anfört följande i punkt 110 i den överklagade domen:

"Mot bakgrund av samtliga omständigheter i detta mål anser förstainstansrätten att skrivelsen från J. Temple-Lang av den 30 juni 1992, där det underströks att meddelandet om anmärkningar inte var riktat till ARBED och att ARBED av den anledningen tycktes nekas tillgång till handlingarna i ärendet, inte av den anledningen åsidosatte sökandens rätt till försvar, även om skrivelsens utformning var beklaglig."

81. Förstainstansrätten har, utan att uttryckligen ange detta, uppenbarligen utgått från att den omständigheten att kommissionen har begått ett fel i förfarandet inte kan medföra att beslutet ogiltigförklaras när den berörda partens försvarsintresse har säkerställts genom andra omständigheter. Det förefaller som om förstainstansrätten har på något sätt velat "läka" det fel i förfarandet som har begåtts.

82. Frågan uppkommer om det i gemenskapens konkurrensregler kan finnas en sådan typ av läkning av brister i förfarandet vid kommissionen. Enligt min mening är detta inte principiellt uteslutet. I ett sådant fall skall emellertid förutsättningarna för en sådan läkning tolkas restriktivt och de måste i vart fall omfattas av det särskilda skydd som åsyftas med rätten till försvar i fråga.

83. I förevarande fall vore en läkning av bristen, som består i att meddelandet om anmärkningar inte var riktat till klaganden, enbart tänkbar om det obestridligen skulle stå klart att meddelandets syfte (hänvisning till ett individuellt försvarsbehov) är uppfyllt i klagandens fall. Detta vore endast fallet om det visas att klaganden var fullt medveten om att den måste försvara sina intressen individuellt och inte har gjort detta av omständigheter för vilka enbart klaganden bär ansvaret.

84. I motsats till vad förstainstansrätten har antagit i punkt 101 i den överklagade domen kan man emellertid inte utgå från detta, eftersom det i kommissionens skrivelse av den 30 juni 1992 som nämns i denna punkt uttryckligen underströks att meddelandet om anmärkningar *inte* var riktat till klaganden [20], varigenom klaganden i vart fall kan ha blivit förhindrad att försvara sina individuella intressen som skiljer sig från TradeARBED:s.

85. I förevarande fall kan det följaktligen inte antas att formfelet, som består i att meddelandet om anmärkningar inte var riktat till klaganden, inte kan ha haft en negativ inverkan på klagandens rätt till försvar. Av det skälet kan inte heller en läkning av detta formfel komma i fråga.

20 — Punkterna 96 och 101 i den överklagade domen.

86. Med avseende på den *första* grunden skall det därför sammanfattningsvis konstateras att förstainstansrätten i punkt 92 och följande punkter i den överklagade domen enbart har gjort en bedömning av bevisningen med avseende på frågan om klaganden hade kännedom om innehållet i meddelandet om anmärkningar och om villkoren för ett sådant ansvar (enhetligt "företag") var uppfyllda.

87. Förstainstansrätten har emellertid inte beaktat att klaganden, därigenom att meddelandet om anmärkningar inte var riktat till klaganden själv, kan ha berövats möjligheten att med tillräcklig tydlighet upptäcka behovet av att försvara sina intressen individuellt.

88. Överklagandet skall således *bifallas* på den *första* grunden, i den del som det åberopas att förstainstansrätten har gjort en felaktig bedömning av betydelsen av att meddelandet om anmärkningar inte var riktat till klaganden.

89. Sammanfattningsvis kan överklagandet vad beträffar den första grunden, genom vilken kritiseras att beslutet riktas mot klaganden, således i en del inte sakprövas men skall i den övriga delen sakprövas och bifallas.

90. Enligt artikel 54 första stycket i EKSG-stadgan skall domstolen, om överklagandet är välgrundat, upphäva förstainstansrättens dom. Domstolen kan själv slutligt avgöra

målet, om detta är färdigt för avgörande, eller återförvisa ärendet till förstainstansrätten för avgörande.

91. I förevarande mål är handlingarna så pass fullständiga att domstolen själv kan avgöra målet slutgiltigt. Ärendet behöver därför inte återförvisas till förstainstansrätten.

92. Eftersom överklagandet vinner bifall på en enda grund skall domen enbart upphävas i den delen och avgörandet ändras på motsvarande sätt. Domen skall följaktligen enbart upphävas i den del som förstainstansrätten fastställer att det var lagenligt att rikta beslutet emot klaganden. Artiklarna 4 och 6 i beslutet skall ogiltigförklaras i de delar som avser klaganden.

## IV — Rättegångskostnader

93. Enligt artikel 32 i EKSG-stadgan och artikel 122.1 i rättegångsreglerna skall domstolen besluta om rättegångskostnaderna när överklagandet bifalls och slutlig dom avkunnas. Enligt artikel 69.3 i rättegångsreglerna, som enligt artikel 118 är tillämplig på överklaganden, kan domstolen besluta att kostnaderna skall delas eller att vardera parten skall bära sin kostnad, om parterna ömsom tappar målet på en eller flera punkter eller om särskilda omständigheter motiverar det. Eftersom överklagandet endast bifalls på den grund som avser böterna och denna enbart skall bifallas delvis är det skäligt att klaganden bär sina rättegångskostnader och tre fjärdedelar av kommissionens rättegångskostnader.

## V — Förslag till avgörande

94. Med stöd av dessa skäl föreslår jag att domstolen skall

— upphäva förstainstansrättens dom av den 11 mars 1999 i mål T-137/94, ARBED SA mot kommissionen, i den mån som däri fastställs att det var lagenligt att rikta beslutet emot klaganden,

— ogiltigförklara artiklarna 4 och 6 i kommissionens beslut 94/215/EKSG av den 16 februari 1994 om ett förfarande för tillämpning av artikel 65 i EKSG-fördraget angående avtal och samordnade förfaranden band europeiska stålbalksproducenter i den del som avser klaganden,

— ogilla överklagandet i övrigt,

— förplikta klaganden att bära sina rättegångskostnader och tre fjärdedelar av kommissionens rättegångskostnader.