Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
NILS WAHL
föredraget den 3 september 2015 [1]

Mål C-154/14 P

SKW Stahl-Metallurgie GmbH
SKW Stahl-Metallurgie Holding AG
mot

Europeiska kommissionen

”Överklagande — Artikel 27 i rådets förordning (EG) nr 1/2003 — Artiklarna 12 och 14 i rådets förordning (EG) nr 773/2004 — Processuella bestämmelser rörande utredning av överträdelser av unionens konkurrensregler — Rätt att yttra sig — Muntligt förhör — Förhör inom stängda dörrar vid kommissionen”

1. Det råder ingen tvekan om att företag har rätt att yttra sig i samband med utredningar rörande överträdelser av unionens konkurrensregler. Men har de en rätt att yttra sig enskilt? Det är den centrala frågan i förevarande mål. På de grunder som jag kommer att ange nedan, anser jag att frågan bör besvaras nekande.

2. Klagandena har yrkat att domstolen ska upphäva en dom från tribunalen, [2] varigenom tribunalen ogillade deras talan om ogiltigförklaring av kommissionens beslut [3] att ålägga dem böter med 13 300 000 euro för att ha deltagit i en kartell på marknaden för kalciumkarbid och magnesium. Klagandenas huvudsakliga grund är att tribunalen gjorde en felaktig rättstillämpning då den inte tillrättavisade kommissionen för att ha avslagit deras begäran om ett muntligt förhör inom stängda dörrar [4] under det administrativa förfarandet.

3. Med avseende på de övriga grunderna för klagandenas överklagande kommer jag endast ta upp dessa i korthet och avsiktligt koncentrera mig på den första grunden.

1 — Originalspråk: engelska.

2 — Dom av den 23 januari 2014, SKW Stahl-Metallurgie Holding och SKW Stahl-Metallurgie/kommissionen, T-384/09, EU:T:2014:27, (nedan kallad den överklagade domen).

3 — Kommissionens beslut av den 22 juli 2009 (K(2009) 5791 slutlig om ett förfarande enligt artikel 81 i EG-fördraget och artikel 53 i [avtalet om Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EGT L 1, 1994, s. 3) (nedan kallat EES-avtalet)] (Ärende COMP/39.396 – Kalciumkarbid och magnesiumbaserade reagenser för stål- och gasindustrin, EUT C 301, s. 18) (nedan kallat det omtvistade beslutet).

4 — I förevarande mål avser jag med ”förhör inom stängda dörrar” ett möte mellan en part och den beslutsfattande myndigheten, utan närvaro av andra parter (*ex parte* inom stängda dörrar), snarare än ett förhör som inte är offentligt.

I – **Tillämpliga bestämmelser**

4. Artikel 27 i förordning (EG) nr 1/2003[5] (”Hörande av parter, klagande och andra”) har följande lydelse:

”1. 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. …

2. Berörda parters rätt till försvar skall iakttas fullt ut under förfarandet. …”

5. I enlighet med artikel 33.1 c i förordning nr 1/2003 har kommissionen utfärdat genomförandebestämmelser bland annat rörande de praktiska arrangemangen för de förhör som avses i artikel 27 i förordningen. Bestämmelserna har intagits i förordning (EG) nr 773/2004.[6] Under rubriken ”Rätt att bli hörd” anges i artikel 12.1 i förordning nr 773/2004 att kommissionen ska ge de parter till vilka den riktar ett meddelande om invändningar tillfälle att utveckla sina argument vid ett muntligt hörande, om de så begär i sin inlaga.

6. I artikel 14 i samma förordning (”Genomförande av muntligt hörande”) föreskrivs följande:

”6. Muntligt hörande skall inte vara offentligt. Varje person får höras enskilt eller i närvaro av andra personer som har kallats, varvid hänsyn skall tas till företagens berättigade intresse av att deras affärshemligheter och andra konfidentiella uppgifter skyddas.

7. [Förhörsombudet] Hörandeombudet får tillåta de parter som den har riktat ett meddelande om invändningar till, klagandena, andra personer som inbjudits till hörandet, kommissionen och medlemsstaternas myndigheter att ställa frågor under hörandet.

8. Varje hörd persons redogörelse skall protokollföras. På begäran skall protokollet över hörandet hållas tillgängligt för de personer som deltog vid hörandet. Hänsyn skall tas till parternas berättigade intresse av att deras affärshemligheter och andra konfidentiella uppgifter skyddas.”

7. Slutligen anges i artikel 16.1 i förordning nr 773/2004 att uppgifter, inbegripet handlingar, inte får kommuniceras eller hållas tillgängliga av kommissionen om de innehåller affärshemligheter eller andra konfidentiella uppgifter som tillhör en viss person.

II – **Bakgrund och förfarandet**

A – *Översikt*

8. Såvitt är av betydelse i detta mål fann kommissionen i det omtvistade beslutet, enligt den överklagade domen,[7] att de största leverantörerna av kalciumkarbid och magnesium till stål- och gasindustrin hade överträtt artikel 81 EG och artikel 53 i EES-avtalet genom att från den 7 april 2004 till den 16 januari 2007 delta i en enda, fortlöpande överträdelse av nämnda artiklar. Överträdelsen

5 — Rådets förordning nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget (EGT L 1, s. 1), i ändrad lydelse.

6 — Kommissionens förordning (EG) nr 773/2004 av den 7 april 2004 om kommissionens förfaranden enligt artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget (EUT L 362, 2006, s. 1), i ändrad lydelse.

7 — Se punkterna 1–4 i den överklagade domen (som endast är tillgänglig på tyska och franska).

bestod i marknadsindelning, kvoter, uppdelning av kunder, prisöverenskommelser och utbyte av känsliga uppgifter mellan leverantörer av kalciumbarbid- och magnesiumgranulat på en stor del av marknaden inom det Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (nedan kallat den omtvistade överträdelsen).

9. Närmare bestämt fann kommissionen, i artikel 1 f i det omtvistade beslutet, att SKW Stahl-Metallurgie GmbH (nedan kallat SKW) hade deltagit i den omtvistade överträdelsen från den 22 april 2004 till den 16 januari 2007 och att SKW Stahl-Metallurgie Holding AG (nedan kallat SKW Holding) hade deltagit i överträdelsen från den 30 augusti 2004 till den 16 januari 2007. Kommissionen ansåg att anställda på SKW under nämnda tidsperiod direkt hade medverkat i kartellavtalen och/eller de samordnade förfaranden som beskrevs i det omtvistade beslutet. Mellan den 30 augusti 2004 och den 16 januari 2007 ägde SKW Holding direkt 100 procent av aktierna i SKW. Kommissionen fann till följd av detta, på grundval av en presumtion som utlöstes genom aktieinnehavet, att SKW Holding faktiskt utövade ett bestämmande inflytande i SKW – en presumtion som, enligt kommissionen ”vann stöd av” ytterligare faktiska omständigheter [8] – och att SKW Holding ingick i en enda ekonomisk enhet med SKW och således kunde hållas ansvarigt för SKW:s överträdelse av konkurrensreglerna.

B – *Det administrativa förfarandet vid kommissionen* [9]

10. I sina synpunkter av den 6 oktober 2008 på kommissionens meddelande om invändningar av den 24 juni 2008 gjorde klagandena gällande att det faktiskt var Degussa, och inte SKW Holding, som hade utövat ett bestämmande inflytande i SKW och bad om ett muntligt förhör i syfte att förklara detta. Efter att ha kallats till ett förhör bad klagandena, i ett e-postmeddelande av den 31 oktober 2008, att de skulle höras inom stängda dörrar i den del som avsåg Degussas roll. Till grund för begäran anförde klagandena att SKW, för sin ekonomiska överlevnad, var beroende av Degussa, som tillhandahöll i stort sett all kalciumkarbid som SKW sålde och att SKW vid den tidpunkten var inbegripet i förhandlingar med Degussa om ett nytt inköpsavtal. Klagandena angav vidare att deras affärsförhållande med Degussa allvarligt kunde hotas om de framförde sina ståndpunkter i Degussas närvaro samt att det skulle kunna leda till motåtgärder från Degussas sida. I ett e-postmeddelande av den 5 november 2008 föreslog klagandena som en praktisk lösning att Degussa skulle få ta del av deras förklaringar inom stängda dörrar efter utgången av år 2008 eller efter det att ett nytt inköpsavtal hade ingåtts. Den 6 november 2008 inkom klagandena med ännu ett e-postmeddelande till förhörsombudet där dessa frågor upprepades.

11. Förhörsombudet avslog begäran om förhör inom stängda dörrar genom en skrivelse daterad den 6 november 2008. Förhörsombudet, som ansåg att begäran inte grundade sig på skyddet för klagandenas affärshemligheter och andra konfidentiella uppgifter i egentlig mening, bedömde frågan utifrån rätten att yttra sig. Med anmärkning om att klagandenas argument rörde Degussas uppträdande och måste verifieras genom ett uttalande från Degussa för att kunna ha relevans som förmildrande omständighet, [10] angav förhörsombudet också att ett förhör inom stängda dörrar skulle

8 — Dessa omständigheter omfattade bland annat att i) SKW utgjorde en del av SKW Holdings pulver- och granulatenhet, ii) SKW Holding medverkade i sina dotterbolags löpande affärsförbindelser, iii) SKW Holding ansvarade för SKW:s strategiska utveckling, iv) SKW Holding fattade beslut angående personal, rekrytering och finansiering, v) SKW översände månatligen ekonomiska uppgifter till SKW Holding, vi) SKW kunde inte ingå avtal med banker utan en underskrift från en styrelseledamot i SKW Holding och vii) SKW:s intäkter bidrog till SKW Holdings ekonomiska resultat. Kommissionen ansåg inte att det fanns stöd för uppfattningen att SKW Holding endast var en försäljningsrepresentant för Evonik Degussa GmbH (nedan kallat Degussa) eller en finansiell investerare.

9 — Se punkterna 24–33 i den överklagade domen.

10 — Det ska anmärkas att förhörsombudet, i skrivelsen av den 6 november 2008, faktiskt nämnde att informationen om Degussas uppträdande kunde vara relevant ”för att befria [klagandena] från ansvar *eller* som en förmildrande omständighet” (min kursivering). Skrivelsen innehåller inte något uttalande som bekräftar att förhörsombudet endast såg klagandenas argumentation som ett argument om förmildrande omständigheter (se nedan punkt 31).

innebära att Degussa inte kunde utöva sin rätt att muntligen bemöta klagandenas påståenden. Slutligen ansåg inte förhörsombudet att den praktiska lösning som klagandena hade föreslagit var genomförbar, eftersom det varken var säkert vilket resultat förhandlingarna skulle medföra eller hur lång tid de skulle komma att ta i anspråk.

12. Ett muntligt förhör genomfördes den 10 och den 11 november 2008.

13. Genom en skrivelse daterad den 28 januari 2009 underrättade klagandena förhörsombudet om att ett nytt inköpsavtal hade slutits mellan SKW och Degussa och att det inte längre förelåg något hinder för ett muntligt förhör i Degussas närvaro. Klagandena begärde därför att de skulle få möjlighet att framställa sina argument om Degussas uppträdande vid ett nytt muntligt förhör, då de hade avhållit sig från att framställa dem vid det första förhöret.

14. Genom en skrivelse av den 3 februari 2009 avslog förhörsombudet begäran om ett nytt muntligt förhör, då denne fann att rätten att yttra sig utlöses när ett meddelande om invändningar utfärdas och endast gäller vid ett tillfälle. Förhörsombudet gav dock klagandena möjlighet att komma in med ytterligare skriftliga synpunkter i frågan inom en ny tidsfrist.

15. Slutligen angav klagandena, i en skrivelse till förhörsombudet av den 10 februari 2009, att de invände mot förhörsombudets uppfattning. Klagandena angav att rätten att yttra sig inte är ”av engångskaraktär” och därför endast ska beviljas vid ett enda tillfälle, utan måste säkerställas under hela förfarandet. Mot bakgrund av att de skriftliga yttranden som klagandena redan hade gett in inte uppmärksammade kommissionen på Degussas roll och SKW:s beroende av Degussa, invände klagandena mot inställningen att möjligheten att komma in med ett skriftligt yttrande kunde ersätta rätten att yttra sig muntligen.

16. Den 9 juli 2009 utfärdade förhörsombudet sin slutliga rapport om förslaget till beslut avseende den omtvistade överträdelsen [11]. Rapporten innehöll förhörsombudets synpunkter på klagandenas begäran om ett muntligt förhör inom stängda dörrar. Förhörsombudet drog i rapporten slutsatsen att förslaget till beslut endast rörde invändningar som parterna hade haft möjlighet att yttra sig om och att rätten att yttra sig hade iakttagits avseende samtliga deltagare i förfarandet.

III – **Förfarandet vid tribunalen**

17. Genom en ansökan som inkom den 1 oktober 2009 väckte klagandena talan om ogiltigförklaring av det omtvistade beslutet. Klagandena framställde följande sex grunder för sin ogiltighetstalan: i) Åsidosättande av rätten att yttra sig, ii) felaktig tillämpning av artikel 81 EG, iii) åsidosättande av motiveringsskyldigheten, iv) åsidosättande av likabehandlingsprincipen, v) åsidosättande av artiklarna 7 och 23 i förordning nr 1/2003 samt vi) åsidosättande av artikel 23.2 i förordning nr 1/2003.

18. Efter att förhandling hade hållits i målet den 16 april 2013 ogillade tribunalen, i den överklagade domen, ogiltighetstalan på samtliga grunder. Tribunalen förpliktade också klagandena att bära sina rättegångskostnader och ersätta kommissionens rättegångskostnader.

IV – **Förfarandet vid domstolen och yrkanden**

19. Genom överklagandet, som inkom till domstolen den 2 november 2014, har klagandena yrkat att domstolen ska

11 — EUT C 301, s. 16 och 17.

— i första hand, upphäva den överklagade domsten i sin helhet, i den mån klagandens talan ogillats, och bifalla alla de yrkanden som framställts i första instans,

— i andra hand, delvis upphäva den överklagade domen,

— i tredje hand, enligt domstolens gottfinnande nedsätta de böter som klagandena ålagts i artikel 2 f och g i det omtvistade beslutet,

— i fjärde hand, upphäva den överklagade domen och återförvisa målet till tribunalen, och

— förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

20. I svarsskrivelsen, som inkom till domstolen den 13 juni 2014, har kommissionen yrkat att domstolen ska

— ogilla överklagandet, och

— förplikta klagandena att ersätta rättegångskostnaderna.

21. Klagandena och kommissionen yttrade sig muntligen vid förhandlingen den 13 maj 2015.

V – **Bedömning**

A – *Inledande anmärkningar*

22. Klagandena har framställt följande fyra grunder för överklagandet: i) Tribunalen har gjort en felaktig rättstillämpning, och dessutom agerat i strid med proportionalitetsprincipen och förbudet mot att värdera bevisningen i förtid, genom att inte lägga kommissionen till last att den åsidosatt klagandenas processuella rättigheter under det administrativa förfarandet, såsom rätten att yttra sig. ii) Tribunalen har också gjort en felaktig rättstillämpning då den inte beaktade det förhållandet att kommissionen tillämpade både artikel 101 FEUF och motiveringsskyldigheten enligt artikel 296 FEUF på ett felaktigt sätt. iii) Tribunalen har vidare, genom sin dom, åsidosatt principen om att påföljder måste vara tydliga och individuellt anpassade till den som gjort sig skyldig till överträdelsen och till överträdelsen i sig. iv) Slutligen har tribunalen gjort en felaktig rättstillämpning genom att finna att ett argument som klagandena framställde under förfarandet utgjorde en ny grund och därför inte kunde tas upp till sakprövning. Jag ska börja med en kortfattad bedömning av den andra till den fjärde grunden.

23. Om vi bortser från frågan huruvida *den andra grundens första del* kan tas upp till sakprövning – vilket kommissionen har bestritt – har klagandena gjort gällande att tribunalen inte beaktade den omständigheten att SKW Holding, enligt vad som påstått, inte hade något ekonomiskt intresse av den omtvistade överträdelsen. Domstolen har dock funnit att när kommissionen har lyckats finna skriftlig bevisning till stöd för den påstådda överträdelsen, och denna bevisning framstår som tillräcklig för att visa att det föreligger en överenskommelse av konkurrensbegränsande art, är det inte nödvändigt att pröva huruvida det kritiserade företaget hade något kommersiellt intresse av nämnda överenskommelse. [12] Denna del av den andra grunden är därför verkningslös.

12 — Dom Sumitomo Metal Industries och Nippon Steel/kommissionen, C-403/04 P och C-405/04 P, EU:C:2007:52, punkt 46. Se även dom 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 335.

24. I *den andra grundens andra del* har klagandena gjort gällande att tribunalen gjorde en felaktig tolkning av artikel 296 FEUF när den fastställde det omtvistade beslutet. Klagandena har särskilt gjort gällande att tribunalen inte ifrågasatte det förhållandet att kommissionen inte beaktade alla deras argument, vilket stred mot kommissionens ”utökade” motiveringsskyldighet när den ålägger moderbolag ansvar för dotterbolags handlande. Som jag dock har nämnt någon annanstans anser jag inte att domstolen uttryckligen har angett att det föreligger en utökad motiveringsskyldighet i en sådan situation. [13] I alla händelser anser jag att tribunalen i tillräcklig utsträckning har beaktat motiveringen av det överklagade beslutet, varvid den angav att ett av de skäl som kommissionen framförde under förfarandet var felaktigt (även om det var överflödigt). Tribunalen har således inte gjort någon felaktig tolkning av artikel 296 FEUF och talan bör därför även ogillas såvitt avser den andra grundens andra del.

25. Klagandenas argument i *den tredje grunden*, närmare bestämt att kommissionen borde ha specificerat fördelningen – mellan parterna (*inter partes*) – av de böter som ålades varje enskild medlem i kartellen, har tillbakavisats i domen kommissionen/Siemens Österreich m.fl., som meddelades efter det att detta överklagande inkom till domstolen. [14] Av nämnda dom framgår att inte heller denna grund – trots klagandenas försök under förhandlingen att nyansera sin ståndpunkt – kan leda till bifall till klagandenas talan.

26. Till sist saknas skäl att bedöma *den fjärde grunden*. I den fjärde grunden har klagandena invänt mot att tribunalen fann att exakt samma argument rörande fördelningen av böterna som har framställts inom ramen för den tredje grunden inte kunde tas upp till sakprövning. Den fjärde grunden är därför utan verkan mot bakgrund av ovannämnda dom.

27. Mot bakgrund av det ovanstående ska jag därför övergå till att bedöma den första grunden.

B – *Den första grunden*

1. Slutsatserna i den överklagade domen [15]

28. I punkterna 35–40 i den överklagade domen gjorde tribunalen, efter att först ha erinrat om vikten av rätten till försvar och de rättigheter som gäller vad avser skydd för affärshemligheter och annan konfidentiell information, en tolkning av artikel 14.6 i förordning nr 773/2004. Efter att ha funnit att bestämmelsen inte uteslöt att ett förhör kunde genomföras i närvaro av andra, anmärkte tribunalen vidare att hänsyn skulle tas till företagens genuina intresse av att deras affärshemligheter och andra konfidentiella uppgifter inte avslöjades. Av denna anledning angav tribunalen att kommissionen, i varje enskilt fall, har en skyldighet att göra en lämplig avvägning mellan, å ena sidan, målet att skydda rätten till försvar för företag som påstås ha överträtt unionens konkurrensregler och, å andra sidan, tredje parters lagenliga intresse av att inte avslöja sina affärshemligheter och andra konfidentiella uppgifter under utredningen.

29. Tribunalen prövade därefter, i punkt 41 i den överklagade domen, huruvida den argumentation som klagandena önskade framställa inom stängda dörrar var avgörande för deras försvar.

30. I detta avseende fann tribunalen, i punkterna 42–44 i den överklagade domen, att kommissionen hade funnit att endast personalen eller ledningen på SKW direkt hade deltagit i den omtvistade överträdelsen. SKW Holdings ansvar för samma överträdelse av konkurrensreglerna grundade sig däremot på att detta bolag hade utövat ett bestämmande inflytande över SKW. Tribunalen beaktade

13 — Se mitt förslag till avgörande i mål Total/kommissionen, C-597/13 P, EU:C:2015:207, punkt 133.

14 — C-231/11 P–C-233/11 P, EU:C:2014:256, genom vilken domstolen upphävde domen Siemens och VA Tech Transmission & Distribution/kommissionen, T-122/07–T-124/07, EU:T:2011:70.

15 — Se punkterna 19–63 i den överklagade domen.

sedan, i punkterna 47–52 i den överklagade domen, att klagandena inte hade förklarat hur det förhållandet att Degussa eventuellt hade utövat ett bestämmande inflytande över SKW skulle kunna befria klagandena från ansvar. Tribunalen fann särskilt att frågan huruvida Degussa utövade ett sådant inflytande över SKW saknade relevans för frågan huruvida SKW Holding i tillräcklig grad hade motbevisat den presumtion om utövande av bestämmande inflytande som följde av att SKW var dess helägda dotterbolag.

31. Utifrån detta fann tribunalen, i punkterna 53–56 i den överklagade domen, att klagandenas argument i alla händelser inte kunde befria dem från ansvar. Detta innebar enligt tribunalen att förhörsombudet, i sin skrivelse av den 6 november 2008 (se ovan punkt 11), med rätta hade betraktat begäran om att hålla förhandlingen inom stängda dörrar enbart utifrån det perspektivet att Degussas roll utgjorde en förmildrande omständighet, eftersom klagandenas argumentation rörande denna fråga endast kunde gynna dem om man såg saken utifrån denna synpunkt. I detta avseende fann tribunalen att bedömningen av Degussas inblandning som en förmildrande omständighet med avseende på klagandenas ansvar skulle prövas i samband med prövningen av den andra delen av klagandenas femte grund för sin ogiltighetstalan.

32. Med avseende på klagandenas första grund för sin ogiltighetstalan fann tribunalen, i punkterna 57–63 i den överklagade domen, att det argumentet att Degussas roll skulle betraktas som en för klagandena förmildrande omständighet omvänt skulle medföra att Degussas ansvar utvidgades. Det var därför riktigt av förhörsombudet att dra slutsatsen att det inte var möjligt att bevilja begäran om förhör inom stängda dörrar, eftersom Degussa hade rätt att bemöta sådana påståenden. Tribunalen delade förhörsombudets uppfattning att den praktiska lösning som föreslagits av klagandena inte säkerställde Degussas rätt att bemöta klagandenas påståenden muntligen under förhöret. Med hänsyn till att det, för att det administrativa förfarandet ska ha genomförts på ett riktigt sätt, krävs att beslut fattas inom skälig tid, fann tribunalen att förhörsombudet lagenligt kunde avslå begäran att hålla ett nytt muntligt förhör. Parterna har, enligt tribunalen, nämligen inte rätt till ett nytt förhör varje gång en invändning mot ett argument faller bort. Till sist fann tribunalen, mot bakgrund av att förhörsombudet hade gett klagandena möjlighet att inkomma med ytterligare skriftliga yttranden, att ogiltighetstalan inte kunde bifallas såvitt avsåg klagandenas första grund.

2. Parternas argument

33. Klagandena har kritiserat tribunalen för att den inte ansåg att kommissionens avslag på deras begäran om förhör inom stängda dörrar utgjorde ett åsidosättande av en väsentlig formföreskrift. Avslaget var klart oproportionerligt, bland annat eftersom begäran var helt rimlig och inte innebar en inskränkning av någon annans processuella rättigheter. Således bortsåg tribunalen från rätten till försvar, trots att artikel 27.2 i förordning nr 1/2003 föreskriver att ”[b]erörda parters rätt till försvar skall iakttas fullt ut under förfarandet”. Ett muntligt förhör i Degussas närvaro skulle inte ge klagandena möjlighet att förklara sin ståndpunkt för kommissionen, eftersom de befarade att Degussa skulle komma att vidta motåtgärder. Av denna anledning begärde klagandena att det skulle hållas ett kort möte inom stängda dörrar under cirka 30 minuter. Klagandena hade vidare – förgäves – lagt fram flera alternativa lösningar som enligt deras förmenande skulle ha inneburit att deras rätt att yttra sig skulle ha iakttagits.

34. Klagandena har gjort gällande att tribunalen, liksom kommissionen dessförinnan, uppenbart har åsidosatt deras berättigade intressen. De har hänvisat till artikel 14.6 i förordning nr 773/2004 med avseende på företags intresse av att deras affärshemligheter och andra konfidentiella uppgifter skyddas. De har vidare gjort gällande att om ett förhör inom stängda dörrar kan beviljas för att skydda affärshemligheter (och måste beviljas om det inte finns något annat sätt att skydda sådana hemligheter), så måste ett sådant förhör i ännu högre grad beviljas om det, med största sannolikhet, skulle tillförsäkra adekvat skydd av det berörda företagets rätt till försvar och företagets själva existens skulle hotas om ett sådan förhör inte beviljades.

35. Klagandena har hävdat att endast ett muntligt förhör möjliggör en dialog med kommissionen som är ägnad att skingra tvivel och besvara eventuella frågor. Även om det var riktigt av tribunalen att, i punkterna 38–62 i den överklagade domen, slå fast att intresset hos det företag som begär ett förhör inom stängda dörrar måste vägas mot andra företags intresse av att kunna försvara sig mot eventuella påståenden, så var det inte korrekt av tribunalen att slå fast att det senare företagets intresse var viktigare och motiverade att de alternativa lösningar som klagandena hade föreslagit avslogs. Tribunalen gjorde därmed, enligt klagandenas uppfattning, fel genom att inte ange att kommissionen skulle ge företräde åt en lösning som skulle ha iakttagit samtliga parters intressen. Tribunalen gjorde följaktligen en avvägning som var oproportionerligt ogynnsam i förhållande till klagandenas intressen.

36. Klagandena har också angett att tribunalen, genom att slå fast att deras argument inte kunde befria dem från ansvar och att frågan om Degussas bestämmande inflytande i SKW saknade relevans vid bedömningen av SKW Holdings ansvar, rättsstridigt värderade bevisningen på förhand. Vidare bortsåg tribunalen från det faktum att bevisning om ett företags löpande utövande av ett bestämmande inflytande i ett tidigare dotterbolag kan medföra att det nya moderbolagets inflytande i dotterbolaget ifrågasätts. Klagandena har dessutom gjort gällande att deras argument rörande Degussas roll inte enbart utgjorde ett argument om förmildrande omständigheter, utan också stödde uppfattningen att SKW Holding inte hade ådragit sig något ansvar.

37. Till sist har klagandena, med avseende på rättsverkningarna av åsidosättandet av deras processuella rättigheter, gjort gällande att det, såsom angavs i första instans, är tillräckligt för att kunna ogiltigförklara det omtvistade beslutet att det var möjligt att det administrativa förfarandet hade lett till ett annat resultat, om det inte hade varit för det processuella fel som kommissionen begick.

38. Kommissionen har tillbakavisat klagandenas och intervenienternas argument i dess helhet. Med avseende på SKW Holdings inflytande i SKW har kommissionen gjort gällande att klagandena inte har invänt mot en tillämpning av ett felaktigt beviskrav, utan mot tribunalens fastställande av faktiska omständigheter och värdering av bevisning, utan att påstå att tribunalen har missuppfattat bevisningen. En sådan invändning kan inte tas upp till sakprövning i ett mål om överklagande.

3. Bedömning

a) Upptagande till sakprövning

39. Vad gäller invändningen rörande upptagande till sakprövning som kommissionen har gjort en passant (se ovan punkt 38), vill jag först erinra om att klagandena, genom sin första grund för överklagandet, inte har ifrågasatt SKW Holdings ansvar på grund av utövandet av bestämmande inflytande i SKW (vilket istället är kärnan i deras andra grund för överklagandet), utan snarare har hävdat att deras processuella rättigheter har åsidosatts, närmare bestämt rätten att yttra sig effektivt. Enligt klagandenas uppfattning gjorde tribunalen en felaktig rättstillämpning såväl när den försökte finna en lämplig balans mellan intresset hos de parter som begär ett förhör inom stängda dörrar och övriga parters – närmare bestämt Degussas – intresse av att bemöta klagandenas påståenden, som när den avslog klagandenas alternativa förslag. Detta är en rättsfråga som domstolen har behörighet att pröva i enlighet med artikel 256.1 FEUF och artikel 58 i stadgan.

b) Allmänna synpunkter angående rätten att yttra sig i administrativa förfaranden vid kommissionen

40. Det administrativa förfarandet vid kommissionen enligt artikel 101 FEUF sönderfaller i två särskilda och på varandra följande skeden som vart och ett har en egen intern logik, nämligen förundersökningsskedet och det kontradiktoriska skedet. Förundersökningsskedet omfattar tiden fram till meddelandet om invändningar och är avsett att ge kommissionen möjlighet att inhämta relevanta bevis till styrkande av att konkurrensreglerna har eller inte har överträtts och bilda sig en första

uppfattning om vilken inriktning förfarandet ska ha. Det kontradiktoriska skedet, som omfattar tiden från meddelandet om invändningar till antagandet av det slutliga beslutet, är avsett att göra det möjligt för kommissionen att slutgiltigt ta ställning till den påtalade överträdelsen. Det är först vid inledningen av det kontradiktoriska skedet som den berörda enheten informeras, genom meddelandet om invändningar, om alla väsentliga omständigheter som kommissionen grundar sig på i detta skede av förfarandet. Det är följaktligen först efter att meddelandet om invändningar har skickats som den berörda parten fullt ut kan göra gällande sin rätt till försvar. [16]

41. Med avseende på det kontradiktoriska skedet kan rätten att yttra sig utövas i två på varandra följande steg – skriftligen och muntligen.

42. Vad gäller det första steget, nämligen rätten att yttra sig skriftligen, ska kommissionen, enligt artikel 10.1 i förordning nr 773/2004, underrätta de berörda parterna om de invändningar som riktas mot dem. Meddelandet om invändningar delges skriftligen var och en av de parter mot vilka invändningar har riktats. I artikel 10.2 och 10.3 i samma förordning regleras parternas rätt att skriftligen framföra synpunkter på meddelandet om invändningar, inom en tidsfrist som fastställs av kommissionen, genom att ange alla sakförhållanden som är relevanta för deras försvar. Kommissionen är inte skyldig att beakta skriftliga synpunkter som inkommer efter det att tidsfristen har löpt ut.

43. Enligt artikel 16.2 i förordning nr 773/2004 ska de parter som framför synpunkter på meddelandet om invändningar ange varje material som de anser vara konfidentiellt och skälen för detta samt tillhandahålla en separat icke-konfidentiell version inom den tidsfrist som fastställts av kommissionen för att framföra synpunkter på meddelandet om invändningar. Enligt artikel 16.3 i samma förordning får kommissionen, på eget initiativ, begära att parterna gör detsamma. Om det inte finns något som tyder på motsatsen får kommissionen, enligt artikel 16.4 i nämnda förordning, utgå från att materialet inte är konfidentiellt. Härvid är det viktigt att komma ihåg att parterna, enligt artikel 15.1 i samma förordning, kan begära tillgång till handlingar i ärendet som inte är konfidentiella.

44. Av ovanstående följer att det ankommer på parterna att bedöma exakt hur mycket eller hur lite information de vill lämna ut till kommissionen i sitt skriftliga yttrande. Vid denna bedömning måste de avgöra huruvida de önskar tillhandahålla konfidentiell information och i sådana fall ange att informationen är konfidentiell. Det är ofrånkomligt att en part som tillhandahåller kommersiell information – om kommissionen har en annan uppfattning om materialets konfidentiella natur, vilken eventuellt kan komma att prövas i unionsdomstolarna, – löper en affärsmässig risk att motparten kan ta del av informationen genom att begära tillgång till handlingarna i ärendet.

45. Med avseende på det andra steget, nämligen rätten att yttra sig muntligen – som inte alltid har varit en självklar rättighet [17] – har parterna, enligt artikel 12.1 i förordning nr 773/20004, rätt att delta i ett muntligt hörande vid kommissionen, förutsatt att de har begärt detta i sin skriftliga inlaga med synpunkter på meddelandet om invändningar.

16 — Se dom Elf Aquitaine/kommissionen, C-521/09 P, EU:C:2011:620, punkterna 113 och 115.

17 — Lagstiftningen i detta hänseende har varierat med tiden. I artikel 7.1 i kommissionens förordning nr 99/63/EEG av den 25 juli 1963 om sådana förhör som avses i artikel 19.1 och 19.2 i rådets förordning nr 17 (EGT 127, s. 2268; svensk specialutgåva, område 8, volym 1, s. 32) föreskrevs att kommissionen ”skall lämna personer, som i sina skriftliga yttranden begärt att få framföra sina synpunkter muntligen, tillfälle att göra detta, om de kan påvisa ett tillräckligt intresse i saken eller om kommissionen avser att ålägga dem böter eller viten”. Senare angavs i artikel 8 i kommissionens förordning (EG) nr 2842/98 av den 22 december 1998 om hörande av parter i vissa förfaranden enligt artiklarna 85 och 86 i EG-fördraget endast att kommissionen ”får, där detta är lämpligt, bereda de sökande eller de klagande tillfälle att utveckla sina synpunkter muntligt, om de begär det i sina skriftliga yttranden”.

46. Muntliga förhör genomförs i enlighet med artikel 14 i förordning nr 773/2004. Enligt artikel 14.6 får personer höras enskilt eller i närvaro av andra personer, varvid hänsyn ska tas till företagens berättigade intresse av att deras affärshemligheter och andra konfidentiella uppgifter skyddas. Enligt artikel 14.8 ska varje hörd persons redogörelse protokollföras och protokollen i fråga hållas tillgängliga för personer som deltog vid förhöret, även i detta fall med hänsyn till skyddet för parternas konfidentiella information.

47. Det är således upp till de parter som har lämnat synpunkter på meddelandet om invändningar att begära att höras muntligen. Frågan huruvida denna möjlighet ska utövas är också ett affärsbeslut, varvid det är nödvändigt att beakta att andra parter kan komma att närvara och att andra kan komma att ta del av den information som avslöjas. Jag vill dock understryka att det inte finns någon skyldighet att delta i ett muntligt förhör.

48. Sist men inte minst har rätten att yttra sig en viktig materiell aspekt, nämligen ett effektivt processuellt skydd för de berörda parterna. Således är det i förfaranden som kan leda till böter eller viten en grundläggande unionsrättslig princip att rätten till försvar ska iakttas, även i administrativa förfaranden. [18] Enligt artikel 11.2 i förordning nr 773/2004 ska kommissionen i sina beslut endast behandla invändningar som de parter till vilka den har riktat ett meddelande om invändningar har kunnat yttra sig över.

49. Omständigheterna i förevarande mål är dock sådana att det avgörande i praktiken är vilken *form* rätten att yttra sig bör ta inför kommissionen, snarare än dess materiella innehåll. I detta avseende är det inte något problem i sig med att yttra sig skriftligen snarare än muntligen. Enligt Europadomstolens praxis är det tillräckligt att parterna, i administrativa förfaranden som kan leda till åläggande av påföljder, har rätt till en efterföljande muntlig förhandling inför en oberoende domstol eller tribunal. [19]

c) Bedömning av den första grunden för överklagandet

50. Jag kan urskilja två huvudsakliga argument i klagandenas första grund, vilka båda bygger på rätten att yttra sig. För det första underlät tribunalen rättsstridigt att lägga kommissionen till last att den inte hörsammade begäran om förhör inom stängda dörrar och tribunalen gjorde därmed rättsstridigt en bevisvärdering i förtid. För det andra agerade tribunalen oproportionerligt genom att inte tillrättavisa kommissionen för att inte ha godtagit de alternativa lösningar som föreslagits av klagandena. Jag ska undersökta dessa två argument i tur och ordning nedan.

i) Finns det en rätt till förhör inom stängda dörrar?

51. Jag ska börja med att anmärka att förhörsombudet verkar ha ansett att den information som låg till grund för klagandenas begäran om förhör inom stängda dörrar, i kvalitativt hänseende, i sig var sådan att en begäran kunde beviljas. [20]

52. Oavsett om detta är riktigt, finns det enligt min uppfattning inte någon rätt till förhör inom stängda dörrar. [21]

18 — Se dom Thyssen Stahl/kommissionen, C-194/99 P, EU:C:2003:527, punkt 30 och där angiven rättspraxis.

19 — Se, bland annat, Europadomstolens dom nr 3127/09 i mål Flisar mot Slovenien, Recueil des arrêts et décisions 29 september 2011, § 33 till 35. Vidare är det inte alltid obligatoriskt med muntliga förhandlingar i samtliga domstolsförfaranden där det kan bli fråga om straffrättsliga påföljder. Se, bland annat, Jussila mot Finland [GC] i mål nr 73053/01, Recueil des arrêts et décisions 2006-XIII, § 43.

20 — Icke desto mindre hindrade detta inte kommissionen från att upprepa, för det första, att klagandena hade bekräftat att Degussa måste ha känt till att klagandena hade yttrat sig om meddelandet om invändningar på ett för Degussa ofördelaktigt sätt och, för det andra, att Degussa måste ha känt till anledningen till att klagandena påstod att Degussa kontrollerade SKW på distans, vilket kastade tvivel över informationens konfidentiella natur i förhållande till Degussa.

21 — Av den anledningen finns det inte heller någon rätt att *inte* höras inom stängda dörrar.

53. Det är inget i förordning nr 1/2003 eller förordning nr 773/2004 som ger stöd för en sådan rätt. Närmare bestämt anges i artikel 12.1 i förordning 773/2004 endast att kommissionen ska ge de parter till vilka den har riktat ett meddelande om invändningar tillfälle att utveckla sina argument vid ett muntligt förhör, om de så begär i sin skriftliga inlaga. Bestämmelsen säger dock inte något om förhör inom stängda dörrar.

54. På liknande sätt följer en sådan rätt inte heller av ordalydelsen i eller sammanhanget kring artikel 14 i förordning nr 773/2204, särskilt artikel 14.6.

55. Enligt *ordalydelsen* i artikel 14.6 i förordning nr 773/2004 *får* varje person höras enskilt eller i närvaro av andra personer som har kallats, varvid hänsyn ska tas till företagens berättigade intresse av att deras affärshemligheter och andra konfidentiella uppgifter skyddas. Det är alltså fråga om en tillåtelse, men härutöver ger ordalydelsen en antydan om att det är fråga om ett val, inte en skyldighet. Mot bakgrund av andra meningen i artikel 14.6 beror detta val på kommissionens värdering av företagens intresse av att skydda sina affärshemligheter och andra konfidentiella uppgifter.

56. Såvitt jag förstår klagandena är deras argument i huvudsak att ”får” i detta fall ska tolkas som ”ska”. Detta argument är inte bara ologiskt, utan faller också på flera andra grunder.

57. För det första framgår det av *sammanhanget* kring artikel 14.6 i förordning nr 773/2004 att det är upp till förhörsombudet att avgöra huruvida en begäran om förhör inom stängda dörrar ska beviljas. I artikel 14.7 i förordning nr 773/2004 anges att förhörsombudet *får* tillåta de parter som den har riktat ett meddelande om invändningar till, klagandena och andra personer som har inbjudits till förhöret att ställa frågor under detsamma. Rubriken till artikel 14 i förordning nr 773/2004 (”Genomförande av muntligt hörande”) antyder också att syftet med artikel 14 huvudsakligen är att uppställa regler som säkerställer att förhörsombudet kan genomföra muntliga förhör friktionsfritt. Detta antyder i sin tur att förhörsombudet måste ha ett visst skönsmässigt utrymme vid ledningen av förhöret. Omvänt har det uttryckts explicit i lagtexten när företag har getts en särskild rätt (eller förhörsombudet har ålagts en särskild skyldighet), såsom exempelvis i artiklarna 12.1 och 14 i förordning nr 773/2004, varvid den senaste bestämmelsen vid flertalet tillfällen använder ord som inte lämnar något utrymme för eget skön. Det kan knappast vara en tillfällighet.

58. Det följer inte heller av *syftet* med förordning nr 773/2004 att det finns en rätt till förhör inom stängda dörrar. Det ska erinras om att det följer av artikel 33.1 c i förordning nr 1/2003 att förordning nr 773/2004 är avsedd att reglera de praktiska arrangemangen för förhör för att se till att företag som omfattas av det förfarande som kommissionen har inlett *ges tillfälle att yttra sig* över kommissionens invändningar. Slutliga beslut ska endast grunda sig på invändningar som de berörda parterna har *fått tillfälle att yttra sig* över. Således är förordningens syfte inte att se till att företagen *faktiskt* yttrar sig (i synnerhet inte enskilt), utan det är ytterst upp till företagen själva att begära detta. Såsom nämnts ovan kan det förhållandet, att det inte finns en rätt att yttra sig inom stängda dörrar, inte ifrågasättas med åberopande av grundläggande rättigheter (se ovan punkt 49). Det kan också tilläggas att det faktum att klagandena finner det mer ändamålsenligt att yttra sig muntligen snarare än skriftligen är en fråga om preferenser, inte lag.

59. Mer allmänt verkar förfarandet vid kommissionen återspegla en oskriven princip att rätten att bestämma huruvida ett förhör ska hållas inom stängda dörrar tillkommer det oberoende organ som genomför förhöret (och kan utövas ex officio eller på begäran). Såsom domstolen känner till kan parterna i mål vid unionsdomstolarna rent faktisk inte avgöra huruvida förhandlingen ska hållas inom stängda dörrar, utan detta beslut fattas av den domstol där målet är anhängiggjort.[22] Detsamma gäller

22 — Se artikel 31 i stadgan, artikel 79.1 i domstolens rättegångsregler, artikel 109 i tribunalens rättegångsregler och artikel 63.2 i personaldomstolens rättegångsregler.

för muntliga förhandlingar i Europadomstolen.[23] Dessutom vill jag erinra om att det i domstolsförfaranden är högst onormalt med en begäran om att höras enskilt inom stängda dörrar, det vill säga i ett möte endast mellan parten och domstolen, vilket i själva verket är vad klagandena har begärt.[24]

60. Denna ovanliga situation är emellertid inte relevant för förevarande fall, och det är viktigt att tänka på att förfarandet vid kommissionen är ett administrativt förfarande och att nämnda institution inte är en upphandlande myndighet. I vilket fall som helst är det fråga om ett tvåpartsförfarande (*inter partes*), mellan den berörda parten och kommissionen, och inte mellan två motstående enskilda parter som står anklagade för att ha deltagit i en överträdelse. En följd av detta är exempelvis att kommissionen inte behöver ge parterna en möjlighet att korsförhöra vittnen eller att bedöma deras utsagor under förundersökningsskedet[25] (eller, logiskt sett, i tvåpartsförfarandet). Detta innebär emellertid också att kommissionen endast kan besluta om påföljder för sådana överträdelser av konkurrensreglerna som parterna har haft möjlighet att yttra sig om. Om en part önskar avslöja information som är konfidentiell och kan misstänkliggöra en annan part i det administrativa förfarandet är det således, enligt min uppfattning, självklart att kommissionen, om den önskar åberopa informationen, måste utfärda ett nytt meddelande om invändningar till den andra parten[26] (eftersom kommissionen inte har någon skyldighet att ”beivra” ytterligare anklagelser). Av detta följer att det i förevarande mål inte fanns någon skyldighet att beakta Degussas intressen. Om kommissionen hade velat bestraffa Degussa ytterligare genom att åberopa klagandenas information, skulle kommissionen ha behövt utfärda ytterligare ett meddelande om invändningar. De skäl som förhörsombudet angav för att avslå begäran om förhör inom stängda dörrar, vilka fastställdes av tribunalen, var därför felaktiga.[27]

61. Mot bakgrund av de allmänna anmärkningarna ovan, är det inte på något sätt förvånande att det är upp till förhörsombudet att bestämma huruvida det är lämpligt att hålla ett särskilt muntligt förhör med denna part, exempelvis i syfte att skydda en parts affärshemligheter och andra konfidentiella uppgifter. Det är ju faktiskt så att EU-tjänstemän har en skyldighet att respektera sådana hemligheter[28] och att det administrativa förfarandet, såsom tidigare nämnts, genomförs enligt regler som har utfärdats särskilt i detta syfte. Det är dock intressant att ordalydelsen i artikel 14.6 i förordning nr 773/2004, med avseende på sekretess, inte gör åtskillnad mellan förhör inom stängda dörrar och förhör i närvaro av andra.

62. Detta leder mig till nästa punkt, nämligen att det inte finns något i ordalydelsen i förordning nr 773/2004 som stöder uppfattningen att information som lämnas inom stängda dörrar – eller för att vara mer exakt vid ett *enskilt* förhör – automatiskt kan anses vara konfidentiell. Detta beror helt och hållet på vad som sägs vid ett sådant förhör. Faktum är att kommissionen, vid en begäran om förhör inom stängda dörrar, till skillnad vad som är fallet vid en begäran om konfidentiell behandling av skriftliga synpunkter på ett meddelande om invändningar, som kräver en bedömning i efterhand, på förhand måste göra en preliminär bedömning av huruvida informationen som parten avser att lämna till den faktiskt är konfidentiell. Med risk för att vara övertydlig kan icke-konfidentiell information som har avslöjats vid ett förhör inom stängda dörrar inte lagligen undanhållas från övriga parter som begär tillgång till handlingarna i ärendet.

23 — Se regel 63 i reglerna för Europadomstolen från den 1 juni 2015. Se även regel A1.5.

24 — Se dom ZZ, C-300/11, EU:C:2013:363, punkt 56.

25 — Se dom 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 200.

26 — Se, i detta avseende, dom LG Display och LG Display Taiwan/kommissionen, T-128/11, EU:T:2014:88, punkt 110 och där angiven rättspraxis (som fastställdes genom dom LG Display och LG Display Taiwan/kommissionen, C-227/14 P, EU:C:2015:258).

27 — Det står dock klart att frågan huruvida motiveringsskyldigheten har uppfyllts skiljer sig från frågan huruvida de skäl som angetts i motiveringen är välgrundade, se exempelvis dom Nederländerna/kommissionen, C-159/01, EU:C:2004:246, punkt 65 och där angiven rättspraxis.

28 — Se artikel 339 FEUF, artikel 28 i förordning nr 1/2003 (”Sekretess”) och artikel 16 i förordning nr 773/2004 (”Identifiering och skydd av konfidentiella uppgifter”).

63. En part vars begäran om förhör inom stängda dörrar avslås måste därför noga överväga huruvida den fortfarande vill delta i ett gemensamt förhör och, i så fall, vad den vill säga. Parten är inte skyldig att lämna ut konfidentiell information inför alla deltagare. Alternativt skulle parten, vid ett tidigare tillfälle, istället kunna välja att lämna in skriftlig konfidentiell information till kommissionen i samband med sitt yttrande över meddelandet om invändningar och begära att informationen ska behandlas konfidentiellt. Även detta kan vara förknippat med en affärsrisk men kan, beroende på omständigheterna, vara ett bättre alternativ än att begära förhör inom stängda dörrar. Följaktligen säkerställer det administrativa förfarandet att parterna kan bestämma huruvida de vill lämna information som de anser vara konfidentiell till kommissionen och, i så fall, huruvida de bör göra detta muntligen eller skriftligen (även om det är riktigt att de inte kan påverka den slutliga bedömningen av om uppgifterna är konfidentiella). Utövandet av rätten att yttra sig är således alltid förknippad med affärsmässiga överväganden för parterna.[29] Detta framgår tydligt i detta mål. Klagandena valde (förståeligt nog) att prioritera ett affärsmässigt mål – ekonomisk överlevnad – framför ett annat, närmare bestämt utsikterna att åläggas lägre böter.

64. Naturligtvis har en part rätt att väcka talan om skadestånd i enlighet med artikel 268 FEUF om kommissionen rättsstridigt avslöjar konfidentiell information, såvida förutsättningarna för detta är uppfyllda.[30] Det är dock avgörande att erinra sig att frågan huruvida information lagenligt kan avslöjas inte har något samband med utövandet av rätten att yttra sig. Lagstridigt avslöjande av konfidentiell information påverkar med andra ord inte nödvändigtvis giltigheten av ett beslut av kommissionen att ålägga böter.

65. Till sist, även om det är upp till kommissionen som offentligt organ att beslut huruvida förhör inom stängda dörrar ska beviljas, måste detta beslut fattas i enlighet med lag. Även om jag tror att unionsdomstolarna endast i undantagsfall skulle kritisera ett beslut om förhör inom stängda dörrar på materiella grunder, förutsatt att beslutet vederbörligen motiverades av det administrativa förfarandets genomförande, utesluter detta inte möjligheten för kritik i händelse av maktmissbruk, otillräcklig motivering (inklusive inget svar alls), inkorrekt bedömning av de faktiska omständigheterna eller kanske till och med uppenbart felaktig rättstillämpning.[31] Bortsett från det faktum att jag förväntar mig att kommissionen iakttar principen om god förvaltningssed, vilken slås fast i artikel 41 i stadgan, när den fattar beslut i frågor om förhör inom stängda dörrar är det i detta mål inte nödvändigt att utreda de exakta gränserna för en domstolsprövning av ett sådant beslut.

66. Utan hinder av detta följer det av det ovan sagda att tribunalen gjorde en felaktig rättstillämpning genom att förplikta kommissionen, i punkt 39 i den överklagade domen, att i varje enskilt fall hitta en rimlig balans mellan å ena sidan syftet att iaktta rätten till försvar för företag som anklagats för överträdelse av unionens konkurrensregler och å andra sidan tredje parters lagenliga intresse av att deras affärshemligheter och andra konfidentiella uppgifter inte avslöjas under utredningen.

29 — Detta belyses av det faktum att klagandena, i sin skrivelse av den 28 januari 2009 (se ovan punkt 13), nämnde att det ”förblev affärsmässigt omöjligt för våra klienter att diskutera Degussas roll under ett offentligt sammanträde”.

30 — I enlighet med den princip som fastställdes i domen Adams/kommissionen, 145/83, EU:C:1985:448.

31 — Jämför, avseende i) rätten att göra framställning till Europaparlamentet, domen Schönberger/parlamentet, C-261/13 P, EU:C:2014:2423, punkterna 23 och 24, ii) klagomål angående påstått konkurrensbegränsande uppträdande som avslagits av kommissionen, domen Automec/kommissionen, T-24/90, EU:T:1992:97, punkterna 71–79 och iii) talan om ogiltighet av kommissionens beslut att inte väcka talan om fördragsbrott, beslut Ruipérez Aguirre och ATC Petition/kommissionen, C-111/11 P, EU:C:2011:491, punkterna 11–13 och där angiven rättspraxis.

67. Denna felaktiga rättstillämpning medför dock inte att överklagandet ska bifallas såvitt avser klagandenas första grund. Klagandenas argument att de har rätt till ett förhör inom stängda dörrar är nämligen också felaktigt och det var riktigt att underkänna det i första instans. Som det kommer att visa sig nedan gäller detta även övriga delar av den första grunden för överklagandet vilka, liksom övriga grunder för överklagandet, inte kan leda till bifall till överklagandet. Det har slagits fast att ett överklagande ska ogillas om en dom från tribunalen innehåller domskäl som strider mot unionsrätten, men domslutet framstår som riktigt enligt andra rättsliga grunder. [32]

68. Följaktligen, då huvudfrågan är en ren rättsfråga, föreslår jag att domstolen ersätter den oriktiga motiveringen i punkterna 35–59 och 62–63 i den överklagade domen med en motivering som anger att det vid utredningar av överträdelser av konkurrensreglerna inte finns en rätt att yttra sig inom stängda dörrar vid kommissionen. Detta skulle också få till följd att argumentet att tribunalen lagstridigt gjorde en bevisvärdering i förtid inte kunde godtas och klagandenas första huvudargument, som beskrivits ovan i punkt 50, bör därmed underkännas.

ii) De alternativa lösningar som föreslagits av klagandena

69. Klagandena har också gjort gällande att det inte var proportionerligt av tribunalen att inte lägga kommissionen till last att den inte godtog de två alternativa lösningar som klagandena föreslog. Dessa lösningar bestod, som tidigare nämnts, i möjligheten att ge Degussa möjlighet att ta del av deras yttrande inom stängda dörrar antingen efter utgången av år 2008 eller efter att ett nytt inköpsavtal hade ingåtts. Efter att nämnda avtal hade ingåtts begärde klagandena ett nytt muntligt förhör, som Degussa skulle ha möjlighet att närvara vid.

70. Med avseende på den första alternativa lösningen finns det, som jag kommit fram till ovan, inte någon rätt till ett muntligt förhör inom stängda dörrar. Förslaget är än mer förbryllande med tanke på att iakttagandet av rätten att yttra sig i princip inte är en fråga om att ge och ta. Dessutom är det inte klagandena som ska avgöra om information är konfidentiell eller inte, eftersom detta skulle begränsa övriga parters rätt att ta del av icke-konfidentiell information.

71. Med avseende på den andra alternativa lösningen anser jag inte att tribunalen gjorde en felaktig rättstillämpning genom att i punkt 61 i den överklagade domen slå fast att det, för att kunna genomföra ett administrativt förfarande på vederbörligt sätt, krävs att beslut fattas inom skälig tid, och att det följaktligen inte fanns någon rätt att kräva ett nytt muntligt förhör. Detta återspeglas i artikel 10.2 i förordning nr 773/2004, som föreskriver att kommissionen inte är skyldig att beakta skriftlig information som inte har lämnats in före utgången av den tidsfrist som angetts för att komma med synpunkter på meddelandet om invändningar. Klagandena gavs möjlighet att utveckla sin ståndpunkt muntligt (varvid det ska tilläggas att den tid de hade till sitt förfogande för att yttra sig förlängdes för den händelse de ville framställa de synpunkter de hade för avsikt att framställa inom stängda dörrar). Syftet med rätten att yttra sig är att ge företag en möjlighet att yttra sig om än inte nödvändigtvis vid den tidpunkt som passar dem bäst.

72. Till sist gav förhörsombudet, som tribunalen mycket riktigt har anmärkt, klagandena möjlighet att inkomma med ytterligare skriftliga synpunkter. Detta förefaller ligga i linje med aktuell praxis. [33] Klagandena hade således mycket goda möjligheter att framställa sina synpunkter, även muntligen.

73. På denna grund bör argumentet att tribunalen åsidosatte proportionalitetsprincipen i fråga om klagandenas rätt att yttra sig muntligt inte godtas och överklagandet bör därför ogillas.

32 — Se dom FIAMM m.fl./rådet och kommissionen, C-120/06 P och C-121/06 P, EU:C:2008:476, punkt 187 och där angiven rättspraxis.

33 — Se artikel 12.4 i beslut av Europeiska kommissionens ordförande av den 13 oktober 2011 om förhörsombudets funktion och kompetensområde i vissa konkurrensförfaranden (EUT L 275, s. 29).

d) Alternativ bedömning: rättsverkningarna av åsidosättandet av klagandenas processuella rättigheter

74. För den händelse domstolen inte delar min uppfattning och finner att klagandena hade rätt till förhör inom stängda dörrar, vill jag göra följande anmärkningar.

75. Enligt rättspraxis har rätten till försvar åsidosatts när ett administrativt förfarande som inletts av kommissionen kunde ha lett till ett annat resultat på grund av kommissionens felaktiga handlande. Ett företag visar att ett sådant åsidosättande har skett, inte genom att bevisa att kommissionens beslut skulle ha haft ett annat innehåll, *utan genom att bevisa att det hade kunnat försvara sig bättre om kommissionen inte hade handlat felaktigt.* [34]

76. Förvisso är det inte alltid lätt att bevisa att ett åsidosättande har ägt rum. [35] Det kan finnas flera anledningar till detta, exempelvis att en grund för överklagandet – helt eller delvis – inte kan upptas till sakprövning eller helt enkelt att en felaktig rättstillämpning inte anses ha ägt rum. [36] Motsatsvis har domstolen, när det är klarlagt att ett processuellt fel har begåtts, i minsta detalj prövat tribunalens bedömning av om företaget hade kunna försvara sig bättre om felet inte hade begåtts, varvid domstolen vid behov har ogiltigförklarat den aktuella rättsakten. [37] Detta tillvägagångssätt är riktigt, eftersom det är viktigt att beviskravet inte sätts för högt och att eventuella osäkerheter löses till sökandeföretagets fördel. [38]

77. För diskussionens skull anser jag att det kan ifrågasättas varför bevisbördan i sig bör belasta det aktuella företaget. Den laglighetspresumtion som förknippas med institutionernas åtgärder bör trots allt inte helt sakna gränser. När ett sökandeföretag väl har visat att kommissionens beslut är behäftat med processuella fel, bör presumtionen inte längre vara tillämplig. *Det bör* istället *vara upp till kommissionen* att bevisa att felet inte påverkade beslutets innehåll.

78. Klagandena har inte närmare beskrivit på vilket sätt det administrativa förfarandet skulle kunna ha fått ett annat resultat. Icke desto mindre antyder den överklagade domen, liksom klagandenas skriftliga yttranden (i första instans och i målet om överklagande), att klagandena, på grund av Degussas roll, ansåg att ett förhör inom stängda dörrar skulle göra det möjligt för dem att söka övertyga kommissionen om att de inte hade ådragit sig något ansvar, eller åtminstone endast ett begränsat ansvar, i fråga om den omtvistade överträdelsen. Detta bekräftades under förhandlingen.

79. Enligt min uppfattning är det skillnad mellan att bedöma huruvida en part hade kunnat försvara sig bättre om den hade getts tillgång till alla handlingar i målet och huruvida den hade kunnat försvara sig bättre om den hade beviljats ett förhör inom stängda dörrar. Emedan det i efterhand är möjligt att bedöma betydelsen av att dokument rättsstridigt har innehållits, [39] är detta inte fallet i fråga om ett förhör inom stängda dörrar. Det är omöjligt att vara helt säker på vad som faktiskt kommer att äga rum vid ett sådant förhör. Det finns inte heller något som hindrar att en part lämnar annan relevant konfidentiell information till kommissionen under ett sådant förhör, vilken inte har nämnts tidigare. Detta innebär följaktligen att om det i förfaranden vid kommissionen finns en rätt till förhör inom stängda dörrar och om ett muntligt förhör endast genomförs en gång – såsom var fallet i detta mål –

34 — Se dom Thyssen Stahl/kommissionen, C-194/99 P, EU:C:2003:527, punkt 31 och där angiven rättspraxis.

35 — Se, exempelvis, dom SGL Carbon/kommissionen, C-308/04 P, EU:C:2006:433, punkterna 97 och 98, rörande ett åberopande av otillräcklig insyn i akten.

36 — Se ovan anförd dom, punkterna 95 och 96.

37 — I dom Foshan Shunde Yongjian Housewares & Hardware/kommissionen, C-141/08 P, EU:C:2009:598, där domstolen inte delade generaladvokaten Sharpstons uppfattning (EU:C:2009:307), upphävde domstolen tribunalens dom som, trots kommissionens åsidosättande av en tidsfrist på minst 10 dagar för att inkomma med synpunkter, hade uteslutit möjligheten att ett antidumpningsförfarande hade kunna leda till ett annat resultat (se särskilt punkterna 88, 94, 96 och 102–104). Det förhållandet att kommissionen inte avvaktade utgången av tidsfristen innan den lade fram ett förslag om definitiva åtgärder inför rådet var att likställa med att kommissionen över huvud taget inte hade hört företaget.

38 — För en instämmande åsikt, se Craig, Paul, *EU Administrative Law*, 2:a uppl, Oxford, 2012, s. 333.

39 — Se, exempelvis, dom 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–P och C-254/99 P, EU:C:2002:582, punkterna 649–688.

så kan den part som hade rätt att yttra sig men berövades möjligheten till detta *inte anses ha yttrat sig över huvud taget*.[40] I rättskipningens intresse kan jag inte godta ett föregripande resonemang enligt vilket en part kan nekas förhör inom stängda dörrar då det inte kunde ha varit till hjälp för denna part.

80. Vidare är det inte heller tillräckligt att ge den förfördelade parten, som kompensation, en möjlighet att inkomma med ytterligare ett skriftligt yttrande. Ett skriftligt yttrande kan inte ersätta ett förhör inom stängda dörrar, i den mån parterna har rätt till ett sådant.

81. Detta leder mig till mitt slutliga påpekande. Jag anser inte att det på något vis kan läggas klagandena till last att de inte överklagade tribunalens dom i den del den avser den andra delen av deras femte grund för ogiltighetstalan, nämligen påståendet att det fanns förmildrande omständigheter med avseende på Degussas roll. Ett beslut att inte överklaga ska inte betraktas som ett erkännande. Dessutom behöver domstolen endast förvissa sig om huruvida klagandena har bevisat att de skulle ha kunnat försvara sig bättre om de hade haft möjlighet att höras inom stängda dörrar.

82. Jag anser att så är fallet. Följaktligen ska den överklagade domen, om domstolen skulle finna att klagandena hade rätt till förhör inom stängda dörrar vid kommissionen, upphävas på grund av åsidosättande av en väsentlig formföreskrift, nämligen artikel 12.1 i förordning nr 773/2004 jämförd med artikel 14.6 i samma förordning. Eftersom domstolen har tillräckligt med information för att pröva talan i första instans bör även det omtvistade beslutet ogiltigförklaras, i enlighet med det ursprungliga yrkandet.

83. Det är dock fortfarande min uppfattning att klagandena inte hade någon sådan rätt och att överklagandet därför ska ogillas.

VI – **Rättegångskostnader**

84. Enligt artikel 184.2 i rättegångsreglerna ska domstolen, när överklagandet ogillas, besluta om rättegångskostnaderna. Enligt artikel 138.1 i rättegångsreglerna, som enligt artikel 184.1 ska tillämpas i mål om överklagande, ska tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna om detta har yrkats.

85. Kommissionen har yrkat att klagandena ska förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom klagandena har tappat målet, ska kommissionens yrkande bifallas.

VII – **Förslag till avgörande**

86. Mot denna bakgrund föreslår jag att domstolen ska

— ogilla överklagandet, och

— förplikta klagandena att ersätta rättegångskostnaderna.

40 — I detta avseende liknar därför situationen den i domen Foshan Shunde Yongjian Housewares & Hardware/rådet, C-141/08 P, EU:C:2009:598.