FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT VERICA TRSTENJAK

föredraget den 15 maj 2008 [1]

Innehållsförteckning

I — Inledning . . . . . I - 1850

II — Tillämpliga bestämmelser . . . . . I - 1851

A — Förordning nr 17 . . . . . I - 1851

B — Riktlinjer . . . . . I - 1852

III — Bakgrund till tvisten . . . . . I - 1854

IV — Förfarandet vid förstainstansrätten och den överklagade domen . . . . . I - 1854

V — Förfarandet vid domstolen . . . . . I - 1859

VI — Överklagandet . . . . . I - 1860

A — Underlåtenhet att beakta ett påstått obligatoriskt kriterium för beräkningen av böter, nämligen kriteriet ”nödvändighet” vid en höjning av bötesnivån samt bristande motivering i detta avseende (den första och den andra grunden) . . . . . I - 1861

1. Inledande synpunkter . . . . . I - 1862

2. Motiveringsskyldighet vad gäller nödvändigheten av att öka bötesnivån . . . . . I - 1864

a) Parternas argument . . . . . I - 1864

b) Rättslig bedömning . . . . . I - 1866

B — Underlåtenhet att beakta omsättning av produkten inom EES-området som en utgångspunkt för beräkningen av böter (den tredje grunden) . . . . . I - 1872

1. Inledande synpunkter . . . . . I - 1872

2. Parternas argument . . . . . I - 1873

1 — Originalspråk: tyska.

3. Den överklagade domen och den rättsliga bedömningen . . . . . I - 1874

C — Åsidosättande av principen om likabehandling vid beräkningen av böter (den fjärde grunden) . . . . . I - 1877

1. Parternas argument . . . . . I - 1877

2. Rättslig bedömning . . . . . I - 1878

D — Felaktig rättstillämpning vid bedömningen av den konkurrensbegränsande samverkans inverkan på marknaden (den femte, den sjätte och den sjunde grunden) . . . . . I - 1881

1. Inledande synpunkter . . . . . I - 1881

2. Parternas argument . . . . . I - 1882

3. Den överklagade domen . . . . . I - 1883

4. Rättslig bedömning . . . . . I - 1884

E — Felaktig rättstillämpning med avseende på den tidpunkt vid vilken den konkurrensbegränsande samverkan upphörde (den åttonde, den nionde, den tionde och den elfte grunden) . . . . . I - 1888

1. Inledande synpunkter . . . . . I - 1888

2. Åsidosättande av artikel 81 EG genom felaktig tillämpning av bestämmelserna om upphörande av deltagandet i en konkurrensbegränsande samverkan . . . . . I - 1891

a) Parternas argument . . . . . I - 1891

b) Den överklagade domen och den rättsliga bedömningen . . . . . I - 1892

3. Åsidosättande av artikel 81 EG vad gäller mötet i Anaheim . . . . . I - 1894

a) Parternas argument . . . . . I - 1894

b) Den överklagade domen och den rättsliga bedömningen . . . . . I - 1895

4. Missuppfattning av bevisningen vad beträffar den tidpunkt vid vilken samverkan upphörde och den tidpunkt vid vilken ADM drog sig tillbaka I - 1898

a) Bedömning av handlingar från andra deltagare i den konkurrensbegränsande samverkan . . . . . I - 1899

i) Parternas argument . . . . . I - 1899

ii) Den överklagade domen och den rättsliga bedömningen . . . . . I - 1899

b) Den anteckning som Roquette påstås ha gjort . . . . . I - 1901

i) Parternas argument . . . . . I - 1901

ii) Rättslig bedömning . . . . . I - 1901

F — Felaktig rättstillämpning vid prövningen av den förmildrande omständigheten att överträdelsen upphört. Underlåtenhet att beakta principen att en institution måste iaktta de regler som den själv har antagit (den tolfte grunden som har gjorts gällande i andra hand) . . . . . I - 1902

1. Parternas argument . . . . . I - 1902

2. Den överklagade domen och den rättsliga bedömningen . . . . . I - 1903

VII — Rättegångskostnaderna . . . . . I - 1906

VIII — Förslag till avgörande . . . . . I - 1907

I — Inledning

1. Förevarande mål avser det överklagande som har ingetts av bolaget Archer Daniels Midland Company (nedan kallat ADM eller klaganden) av Europeiska gemenskapernas förstainstansrätts dom av den 27 september 2006 i mål T-329/01, Archer Daniels Midland Co. mot kommissionen (nedan kallad den överklagade domen). Förstainstansrätten har i den överklagade domen ogillat ADM:s talan om ogiltigförklaring, som huvudsakligen avsåg två artiklar i kommissionens beslut K(2001) 2931 slutlig av den 2 oktober 2001 om ett förfarande enligt artikel 81 EG och artikel 53 i EES-avtalet (COMP/E 1/36.756 –Natriumglukonat) (nedan kallat det angripna beslutet).

2. Det rör sig om följderna av att ADM:s deltagande i en konkurrensbegränsande samverkan under den första hälften av 1990-talet på natriumglukonatmarknaden, bland annat i form av en prissamverkan, vilket i grunden är ostridigt. Målet har vissa paralleller med domen i mål C-397/03 P, Archer Daniels Midland m.fl. mot kommissionen, i vilket det var fråga om en konkurrensbegränsande samverkan på marknaden för aminosyror, särskilt lysin [2], vilken också ägde rum under den första hälften av 1990-talet.

3. Samtliga grunder som ADM åberopat vid förstainstansrätten avser fastställande av det bötesbelopp som ålagts företaget och avser för det första frågan huruvida kommissionens

2 — Dom av den 18 maj 2006 i mål C-397/03 P, Archer Daniels Midland m.fl. mot kommissionen (REG 2006, s. I-4429).

riktlinjer [3] för beräkning av böter som döms ut, som var föremål för ett meddelande år 1998 (nedan kallade 1998 års riktlinjer), ska tillämpas i förevarande mål, för det andra hur allvarlig överträdelsen varit, för det tredje hur länge överträdelsen pågått, för det fjärde huruvida förmildrande omständigheter föreligger, för det femte huruvida ADM samarbetat under det administrativa förfarandet och för det sjätte huruvida rätten till försvar iakttagits.

4. ADM har i överklagandet yrkat att domstolen delvis ska upphäva den överklagade domen och upphäva eller avsevärt minska de böter som företaget ålagts i det angripna beslutet.

5. Grunderna för överklagandet avser huvudsakligen [4] 1998 års riktlinjer även om de inte har ifrågasatts direkt eller formellt som sådana. [5]

II — Tillämpliga bestämmelser

6. Enligt artikel 81 EG är ”alla avtal mellan företag, beslut av företagssammanslutningar och samordnade förfaranden som kan påverka handeln mellan medlemsstater och som har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrida konkurrensen inom den gemensamma marknaden” förbjudna.

A — *Förordning nr 17*

7. I artikel 15.2 i rådets förordning nr 17 av den 6 februari 1962, första förordningen om tillämpning av fördragets artiklar [81] och [82] (nedan kallad förordning nr 17) [6], med rubriken ”Böter”, föreskrivs följande:

”Kommissionen får ålägga företag och företagssammanslutningar böter om lägst ettusen och högst en miljon beräkningsenheter, eller

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

4 — 1998 års riktlinjer och deras tillämpning har vid flera tillfällen varit föremål för förstainstansrättens och domstolens rättspraxis. Domstolen har i en rad mål tillbakavisat tvivel vad gäller lagenligheten av dessa riktlinjer och deras tillämpning på de situationer som låg till grund för målen, se bland annat dom av den 28 juni 2005 i de förenade målen C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P–C-208/02 P och C-213/02 P, Dansk Rørindustri m.fl. mot kommissionen (REG 2005, s. I-5425), domen i det ovan i fotnot 2 nämnda målet Archer Daniels Midland m.fl. mot kommissionen och dom av den 8 februari 2007 i mål C-3/06 P, Groupe Danone mot kommissionen (REG 2007, s. I-1331).

5 — ADM har i sitt överklagande själv betecknat det angripna beslutet som ”höjdpunkten av överdrift” (beräkningen av bötesbeloppet med tillämpning av 1998 riktlinjer avses).

6 — EGT L 13, 1962, s. 204; svensk specialutgåva, område 8, volym 1, s. 8, i dess senaste lydelse enligt förordning (EG) nr 1216/1999 (EGT L 148, s. 5).

ett högre belopp som dock inte får överstiga tio procent av föregående räkenskapsårs omsättning för varje företag som har deltagit i överträdelsen genom att uppsåtligen eller av oaktsamhet

a) överträda bestämmelserna i fördragets artikel [81].1 eller artikel [82], eller

…

När bötesbeloppet fastställs skall hänsyn tas både till hur allvarlig överträdelsen är och hur länge den pågått.”

8. Förordning nr 17 har ersatts med rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget [7], som enligt artikel 45 i förordningen ska tillämpas från och med den 1 maj 2004.

B — *Riktlinjer*

9. I 1998 års riktlinjer, som har antagits av kommissionen, [8] anges inledningsvis följande:

”De principer som anges i dessa riktlinjer bör göra det möjligt att säkerställa öppenheten och objektiviteten i kommissionens beslut, både i förhållande till företagen och i förhållande till EG-domstolen, samtidigt som de bekräftar det utrymme för skönsmässig bedömning som lagstiftaren har givit kommissionen för att fastställa böter på upp till 10 % av företagens totala omsättning. Detta utrymme bör emellertid utgöra ett led i en sammanhängande och icke diskriminerande politik som är anpassad efter de mål som eftersträvas vid bekämpningen av överträdelser av konkurrensreglerna.”

10. Därefter anges att den nya metod som används för att fastställa bötesbeloppet hädanefter kommer att följa ett schema. Detta bygger på ett grundbelopp som kan ökas för att beakta försvårande omständigheter och minskas för att beakta förmildrande omständigheter. Det därefter följande schemat för att fastställa bötesbeloppet består av flera steg.

7 — EGT 2003, L 1, s. 1.

8 — Se ovan, inledningen.

11. Enligt punkt 1 i 1998 års riktlinjer fastställer kommissionen inledningsvis böternas grundbelopp ”på grundval av överträdelsens allvar och varaktighet”. Vad gäller den förstnämnda aspekten delas överträdelserna in i kategorierna, ”mindre allvarliga överträdelser”, ”allvarliga överträdelser” och ”mycket allvarliga överträdelser”, beroende på överträdelsens art, dess konkreta påverkan på marknaden, om den är mätbar och omfattningen av den relevanta geografiska marknaden (punkt 1 del A i 1998 års riktlinjer). Till var och en av dessa tre kategorier anges omständigheter, vilka kan ligga till grund för klassificeringen av överträdelserna. Då varaktigheten i punkt 1 i del B i dessa riktlinjer beaktas görs en åtskillnad mellan överträdelser med kort varaktighet (normalt kortare än ett år), överträdelser med medellång varaktighet (normalt ett till fem år) och överträdelser med lång varaktighet (normalt längre än fem år).

12. Efter det att grundbeloppet fastställts föreskrivs i punkterna 2 och 3 i 1998 års riktlinjer att det ska prövas om detta ska ökas [9] på grund av försvårande omständigheter eller minskas [10] på grund av förmildrande omständigheter, till vilka bland annat omständigheten ”att företaget har upphört med överträdelsen vid kommissionens första ingripanden (bland annat kontroller)” hör. I nästa steg (punkt 4 i 1998 års riktlinjer) föreskrivs att meddelandet av den 18 juli 1996 om befrielse från eller nedsättning av böter [11] ska tillämpas.

13. I punkt 5 a i 1998 års riktlinjer förskrivs bland annat följande:

”Det är självklart att slutresultatet av bötesberäkningen enligt schemat (grundbelopp med procentuella ökningar och minskningar) aldrig får överstiga 10 % av företagens totala omsättning enligt artikel 15.2 i förordning nr 17.”

14. 1998 års riktlinjer ersattes år 2006 med en ny lydelse [12] (nedan kallade 2006 års riktlinjer). De tillämpas i ärenden där meddelandet om invändningar har utfärdats efter det att

9 — Enligt punkt 2 i 1998 års riktlinjer kan grundbeloppet ökas vid försvårande omständigheter. Sådana omständigheter kan till exempel bestå i att företaget har haft en ledande roll eller har uppmuntrat till överträdelsen.

10 — Enligt punkt 3 i 1998 års riktlinjer utgör till exempel den omständigheten att företaget har haft en uteslutande passiv eller efterföljande roll i genomförandet av överträdelsen ytterligare en förmildrande omständighet.

11 — EGT C 207, 1996, s. 4. Detta meddelande fastställer de villkor på vilka företag som samarbetar med kommissionen under dess undersökning av ett kartellärende kan befrias från böter eller beviljas nedsättning av de böter som annars skulle ha ålagts dem (så kallat meddelande om förmånlig behandling). Det ersattes med kommissionens meddelande om immunitet mot böter och nedsättning av böter i kartellärenden (EGT C 45, 2002, s. 3).

12 — Riktlinjer för beräkning av böter som döms ut enligt artikel 23.2 a i förordning nr 1/2003 (text av betydelse för EES), EUT 2006, C 210, s. 2.

riktlinjerna offentliggjordes i *Europeiska unionens officiella tidning* (den 1 september 2006). [13]

III — Bakgrund till tvisten

15. Av den överklagade domen framgår att bakgrunden till tvisten är följande:

16. ADM är moderbolag för en grupp företag som är verksam inom sektorn för bearbetning av spannmål och oljehaltiga frön. Företaget inledde sin verksamhet på natriumglukonatmarknaden under år 1990.

17. Natriumglukonat är en kelatbildare, vilket är en produkt som gör metalljoner inaktiva under industriprocesser. Dessa processer omfattar bland annat industriell rengöring (rengöring av flaskor och verktyg), ytbehandling (rostskyddsbehandling, avfettning, aluminiumgravyr) och vattenbehandling. Kelatbildare används även i livsmedelsindustrin, kosmetikaindustrin, läkemedelsindustrin, pappersindustrin, betongindustrin och andra industrier. Natriumglukonat saluförs i hela världen, och konkurrerande företag finns på världsmarknaden.

18. År 1995 uppgick den totala försäljningen av natriumglukonat i världen till omkring 58,7 miljoner euro, varav försäljningen inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES) uppgick till omkring 19,6 miljoner euro. Vid tidpunkten för omständigheterna i målet svarade fem företag för nästan hela världsproduktionen av natriumglukonat, nämligen Fujisawa Pharmaceutical Co. Ltd (nedan kallat Fujisawa), Jungbunzlauer AG (nedan kallat Jungbunzlauer), Roquette Frères SA (nedan kallat Roquette), Glucona vof (nedan kallat Glucona) – ett företag som fram till i december 1995 kontrollerades gemensamt av Akzo Chemie BV, som är ett helägt dotterbolag till Akzo Nobel NV (nedan kallat Akzo) och Coöperatieve Verkoop- en Productievereniging van Aardappelmeel en Derivaten Avebe BA (nedan kallat Avebe) – och slutligen ADM.

19. I mars 1997 upplyste det amerikanska justitiedepartementet kommissionen om att till följd av att en utredning hade genomförts på marknaderna för lysin och citronsyra hade en utredning inletts även på marknaden för natriumglukonat. I oktober och december 1997 samt i februari 1998 upplystes kommissionen om att Akzo, Avebe, Glucona, Roquette och Fujisawa hade medgett att de samverkat i syfte att fastställa priset för natriumglukonat och att fördela försäljningsvolymerna för den produkten i Förenta staterna och i andra länder. Efter överenskommelse med det

13 — Punkt 38 i 2006 års riktlinjer.

amerikanska justitiedepartementet ålade amerikanska myndigheter dessa företag och ADM böter. De böter som ålades ADM för samverkan ingick i ett bötesbelopp som uppgick till totalt 100 miljoner amerikanska dollar (USD) och som erlagts i samband med ärendena avseende lysin och citronsyra.

20. I februari 1998 riktade kommissionen en begäran om upplysningar till de huvudsakliga tillverkarna, importörerna, exportörerna och köparna av natriumglukonat i Europa. Denna begäran riktade sig inte till ADM. Med anledning av begäran om upplysningar tog Fujisawa kontakt med kommissionen och erbjöd sitt samarbete, inom ramen för vilket Fujisawa den 12 maj 1998 lämnade en skriftlig förklaring och en akt med en beskrivning av kartellens utveckling och ett antal andra handlingar. Kommissionen genomförde i september 1998 undersökningar i lokaler som tillhörde Avebe, Glucona, Jungbunzlauer och Roquette.

21. Kommissionen riktade en begäran om upplysningar till ADM den 10 november 1998. Den 26 november 1998 tillkännagav ADM att det hade för avsikt att samarbeta med kommissionen. Under mötet den 11 december 1998 överlämnade ADM ett ”första bidrag såsom ett led i sitt samarbete”. En förklaring från företaget och handlingar avseende ärendet överlämnades till kommissionen den 21 januari 1999.

22. Kommissionen riktade en begäran om detaljerade upplysningar till Glucona, Roquette och Jungbunzlauer den 2 mars 1999. Dessa företag angav i skrivelser av den 14, den 19 och den 20 april 1999 att de hade för avsikt att samarbeta med kommissionen samtidigt som de gav den vissa upplysningar om samverkan. Den 25 oktober 1999 riktade kommissionen en begäran om kompletterande upplysningar till ADM, Fujisawa, Glucona, Roquette och Jungbunzlauer.

23. På grundval av upplysningar den hade erhållit riktade kommissionen den 17 maj 2000 ett meddelande om anmärkningar avseende åsidosättande av artikel 81.1 EG och artikel 53.1 i avtalet om Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (nedan kallat EES-avtalet) till ADM och de andra berörda företagen. ADM och övriga berörda företag besvarade kommissionens anmärkningar i skriftliga yttranden. Ingen av parterna begärde att möte skulle hållas eller bestred riktigheten i de faktiska omständigheter som angavs i meddelandet om anmärkningar.

24. Efter det att kommissionen hade sänt en begäran om kompletterande upplysningar till ADM och de andra berörda företagen antog den, den 2 oktober 2001, det angripna

beslutet, i vilket den bindande delen bland annat innehåller följande bestämmelser:

”*Artikel 1*

[Akzo], [ADM], [Avebe], [Fujisawa], [Jungbunzlauer] och [Roquette] har överträtt artikel 81.1 EG och – från den 1 januari 1994 – artikel 53.1 i EES-avtalet, genom att fortlöpande delta i en överenskommelse eller ett samordnat förfarande inom sektorn för natriumglukonat.

Överträdelsens varaktighet

— beträffande [Akzo], [Avebe], [Fujisawa] och [Roquette] mellan februari 1987 och juni 1995,

— beträffande [Jungbunzlauer] mellan maj 1998 och juni 1995,

— beträffande [ADM] mellan juni 1991 och juni 1995.

…

Artikel 3

Följande böter åläggs för den överträdelse som avses i artikel 1:

a) [Akzo]	9 miljoner euro
b) [ADM]	10,13 miljoner euro
c) [Avebe]	3,6 miljoner euro
d) [Fujisawa]	3,6 miljoner euro

e) [Jungbunzlauer] 20,4 miljoner euro

f) [Roquette] 10,8 miljoner euro

…”

25. Vid beräkningen av bötesbeloppet tillämpade kommissionen i beslutet såväl den metod som anges i de ovan nämnda riktlinjerna från 1998 som meddelandet om samarbete.

26. För det första fastställde kommissionen grundbeloppet i förhållande till hur allvarlig överträdelsen hade varit och hur länge den hade pågått.

27. Beträffande hur allvarlig överträdelsen hade varit ansåg kommissionen härvid först och främst att de berörda företagen hade begått en mycket allvarlig överträdelse, med hänsyn till dess art, konkreta inverkan på natriumglukonatmarknaden inom EES-området och till den berörda geografiska marknadens omfång.

28. Kommissionen ansåg därefter att den verkliga ekonomiska möjligheten att skada konkurrensen måste beaktas och att böter skulle fastställas till sådana belopp att en avskräckande verkan uppnåddes. Kommissionen klassificerade de berörda företagen i två kategorier med utgångspunkt i den världsomsättning av natriumglukonat under år 1995 – det sista året för överträdelsen – som dessa meddelat kommissionen efter dennas begäran om upplysningar och varpå kommissionen grundade sin beräkning av företagens respektive marknadsandelar. I den första kategorin placerade kommissionen de företag som enligt de uppgifter som den förfogade över hade en världsmarknadsandel avseende natriumglukonat som översteg 20 procent, nämligen Fujisawa (35,54 procent), Jungbunzlauer (24,75 procent) och Roquette (20,96 procent). För dessa företag fastställde kommissionen ett utgångsbelopp på 10 miljoner euro. I den andra kategorin placerade kommissionen de företag som enligt de uppgifter som den förfogade över hade en världsmarknadsandel avseende natriumglukonat som understeg 10 procent, nämligen Glucona (omkring 9,5 procent) och ADM (9,35 procent). För dessa företag fastställde kommissionen ett utgångsbelopp för böterna på 5 miljoner euro, det vill säga 2,5 miljoner euro var för Akzo och Avebe som tillsammans ägde Glucona.

29. Kommissionen justerade utgångsbeloppet för att säkerställa att böterna skulle ha en tillräckligt avskräckande verkan och för att beakta den omständigheten att stora företag har kunskaper om den rättsliga och ekonomiska infrastruktur som gör det möjligt för dem att bättre bedöma huruvida deras agerande innebär en överträdelse samt följ-

derna därav i konkurrensrättsligt hänseende. Med hänsyn till de berörda företagens totala resurser tillämpade kommissionen därför multiplikatorkoefficienten 2,5 på de utgångsbelopp som hade fastställts för ADM och Akzo, och ökade därmed utgångsbeloppet, så att detta fastställdes till 12,5 miljoner euro för ADM och till 6,25 miljoner euro för Akzo.

30. Utgångsbeloppet ökades därutöver med 10 procent för varje år som respektive företags överträdelse hade pågått, vilket innebar en ökning med 80 procent för Fujisawa, Akzo, Avebe och Roquette, med 70 procent för Jungbunzlauer och med 35 procent för ADM.

31. Kommissionen fastställde därmed grundbeloppet för böterna till 16,88 miljoner euro beträffande ADM. I fråga om Akzo, Avebe, Fujisawa, Jungbunzlauer och Roquette fastställdes grundbeloppet till 11,25, 4,5, 18, 17 respektive 18 miljoner euro.

32. För det andra ökades grundbeloppet för de böter som ålagts Jungbunzlauer med 50 procent på grund av den försvårande omständigheten att detta företag hade haft en ledande roll i samverkan.

33. För det tredje tog kommissionen ställning till och avvisade de argument som vissa företag, däribland ADM, framfört om att förmildrande omständigheter förelåg för dessa företag.

34. För det fjärde gav kommissionen, med stöd av avdelning B i meddelandet om samarbete, Fujisawa en ”mycket betydande nedsättning” (80 procent) av det bötesbelopp som skulle ha ålagts företaget om det inte hade samarbetat. Kommissionen ansåg vidare att ADM inte uppfyllde villkoren i avdelning C i det ovannämnda meddelandet för att kunna medges en ”betydande nedsättning” av det bötesbelopp som hade ålagts företaget. Med stöd av avdelning D i det ovannämnda meddelandet medgav kommissionen en ”väsentlig nedsättning” (40 procent) av de bötesbelopp som hade ålagts ADM och Roquette och med 20 procent av de bötesbelopp som hade ålagts Akzo, Avebe och Jungbunzlauer.

IV — Förfarandet vid förstainstansrätten och den överklagade domen

35. Fem av de företag som hade ålagts böter, däribland ADM, väckte år 2001 talan mot det angripna beslutet. ADM:s ansökan inkom till förstainstansrättens kansli den 21 december 2001.

36. ADM yrkade i ansökan att förstainstansrätten skulle ogiltigförklara artikel 1 i det angripna beslutet i den mån denna avser klaganden eller åtminstone i den mån klaganden anses ha deltagit i en överträdelse efter den 4 oktober 1994. ADM yrkade dessutom att artikel 3 i det angripna beslutet ska ogiltigförklaras i den mån denna avser klaganden, i andra hand att det bötesbelopp som ålagts ADM skulle ogiltigförklaras eller avsevärt minskas. ADM yrkade slutligen att kommissionen skulle förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna.

37. Genom den överklagade domen ogillade förstainstansrätten klagandens talan och förpliktade ADM att ersätta rättegångskostnaderna. Enligt mottagningsbeviset delgavs ADM domen den 2 oktober 2006.

V — Förfarandet vid domstolen

38. Genom sitt överklagande, som inkom till domstolens kansli den 11 december 2006, [14] har ADM yrkat att domstolen ska

— upphäva domen i den del den innebär att ADM:s ansökan med avseende på beslutet ogillas,

— ogiltigförklara artikel 3 i beslutet i den del det avser ADM,

— alternativt ändra artikel 3 i beslutet för att ytterligare sätta ned eller upphäva de böter som ADM ålagts,

— alternativt till de två föregående yrkandena återförvisa målet till förstainstansrätten för avgörande i enlighet med den rättsliga bedömning som följer av domstolens avgörande

— i vart fall förordna att kommissionen ska bära sina rättegångskostnader och ersätta ADM:s rättegångskostnader vid domstolen och förstainstansrätten.

39. Kommissionen har yrkat att domstolen ska ogilla överklagandet och förplikta klaganden, ADM, att ersätta rättegångskostnaderna.

14 — Överklagandet inkom till domstolens kansli den 11 december 2006 per telefax och originalet inkom den 15 december 2006. Eftersom avgöranden enligt artikel 56.1 i domstolens stadga får överklagas till domstolen inom två månader efter delgivningen av det avgörande som överklagas och delgivningen enligt mottagningsbeviset i förevarande fall skedde den 2 oktober 2006, har överklagandet som inkom den 11 december 2006, med hänsyn till den förlängning med tio dagar som med hänsyn till avstånd föreskrivs i artikel 81.2 i domstolens rättegångsregler, ingetts i tid.

VI — Överklagandet

40. ADM har anfört tolv grunder till stöd för sitt yrkande att den överklagade domen ska upphävas. I överklagandet har dessa grunder, som alla avser det bötesbelopp som fastställts, indelats i fyra grupper. Åsidosättande av olika principer för beräkning av böter, åsidosättande av kriteriet att den konkurrensbegränsande samverkan ska ha en inverkan på marknaden, åsidosättande i samband med frågan om den konkurrensbegränsande samverkans upphörande och slutligen, i andra hand, ett åsidosättande vad gäller beaktandet av en förmildrande omständighet.

41. Av skäl som hänför sig till det tematiska sambandet (som jag kort kommer att nämna på de ställen där de behandlas) anser jag att det för den kommande bedömningen är lämpligt att gruppera de tolv grunder som klaganden anfört något annorlunda än vad som föreslagits av klaganden, utan att påtagligt ändra den ordningsföljd som klaganden har tillämpat i överklagandet.

42. I det följande kommer jag att redogöra för och pröva grunderna i sex avsnitt, vilka är tematiskt indelade.

a) Underlåtenhet att beakta ett påstått obligatoriskt kriterium för beräkningen av böter, nämligen kriteriet ”nödvändighet” vid en ökning av bötesnivån samt bristande motivering i detta avseende (den första och den andra grunden).

b) Underlåtenhet att beakta omsättningen av produkten inom EES-området som en utgångspunkt för beräkningen av böter (den tredje grunden).

c) Åsidosättande av principen om likabehandling vid beräkningen av böter (den fjärde grunden).

d) Felaktig rättstillämpning vid bedömningen av den konkurrensbegränsande samverkans inverkan på marknaden (den femte, den sjätte och den sjunde grunden).

e) Felaktig rättstillämpning vad gäller den tidpunkt vid vilken den konkurrensbegränsande samverkan upphörde (den åttonde, den nionde, den tionde och den elfte grunden).

f) Felaktig rättstillämpning vid prövningen av den förmildrande omständigheten att överträdelsen upphört. Underlåtenhet att beakta principen att en institution måste iaktta de regler som den själv har antagit (den tolfte grunden som har gjorts gällande i andra hand).

43. Inledningsvis vill jag framföra några allmänna synpunkter vad gäller omfattningen av prövningen inom ramen för ett över-

klagande, bland annat med hänsyn till att samtliga grunder som har åberopats slutligen avser fastställandet av det bötesbelopp som ålagts ADM.

44. I allmänhet ska enligt artikel 225.1 EG och artikel 58.1 i domstolens stadga ett överklagande till domstolen vara begränsat till rättsfrågor. En förnyad bedömning av de faktiska omständigheterna kan alltså i princip inte företas. [15]

45. Det ska, med avseende på de böter som fastställts enligt artikel 15.2 i förordning nr 17, beaktas att förstainstansrätten enligt artikel 229 EG har obegränsad behörighet att göra en skönsmässig bedömning. Det ankommer inte på domstolen, i ett mål om överklagande, att av skälighetshänsyn ersätta förstainstansrättens bedömning med sin egen bedömning, när förstainstansrätten med stöd av sin obegränsade behörighet har prövat det bötesbelopp som företag har ålagts på grund av att de har åsidosatt gemenskapsrätten. [16] Följaktligen kan endast rättsliga grunder vara föremål för prövning.

46. Domstolens kontroll i ett mål om överklagande består dels i att undersöka huruvida förstainstansrätten på ett rättsligt korrekt sätt har beaktat samtliga faktorer som är väsentliga för bedömningen av hur allvarligt ett visst handlande varit mot bakgrund av artiklarna 81 EG och 82 EG samt artikel 15 i förordning nr 17, dels i att undersöka huruvida förstainstansrätten har gjort en rättsligt tillfredsställande prövning av samtliga argument som klaganden har anfört avseende undanröjande eller nedsättning av böterna. [17]

A — *Underlåtenhet att beakta ett påstått obligatoriskt kriterium för beräkningen av böter, nämligen kriteriet ”nödvändighet” vid en höjning av bötesnivån samt bristande motivering i detta avseende (den första och den andra grunden)*

47. I det följande kommer jag att sammanfatta de två första grunderna i överklagandet. Det är fråga om grunden att nödvändigheten av att höja bötesnivån i förhållande till tidigare praxis inte har motiverats och grunden att de

15 — Faktiska frågor kan endast i ytterst begränsad omfattning vara föremål för domstolens prövning, särskilt vad gäller missuppfattning av bevisningen, vilket kommer att behandlas senare (se nedan punkt 202 i detta förslag till avgörande).

16 — Se, beträffande domstolens fasta rättspraxis, dom av den 17 juli 1997 i mål C-219/95 P, Ferriere Nord mot kommissionen (REG 1997, s. I-4411), punkt 31, av den 17 december 1998 i mål C-185/95 P, Baustahlgewebe mot kommissionen (REG 1998, s. I-8417), punkterna 128 och 129, domen i det ovan i fotnot 4 nämnda målet Dansk Rørindustri m.fl. mot kommissionen, punkt 128, och dom av den 10 maj 2007 i mål C-328/05 P, SGL Carbon mot kommissionen (REG 2007, s. I-3921), punkt 98.

17 — Domen i det ovan i fotnot 4 nämnda målet Groupe Danone mot kommissionen, punkt 69 med vidare hänvisningar.

obligatoriska kriterier som domstolen påstås ha utvecklat i domen i målet Musique diffusion française m.fl. mot kommissionen [18] (som klaganden har betecknat som domen ”Pioneer”) inte har beaktats.

1. Inledande synpunkter

48. Vad gäller beräkningen av böter ska det inledningsvis erinras om att ramen, vad gäller den tidpunkt som är aktuell, [19] huvudsakligen fastställs genom artikel 15.2 i förordning nr 17. Enligt denna bestämmelse får kommissionen ålägga företag böter om de uppsåtligen eller av oaktsamhet överträder artikel 81.1 EG. Av artikel 15.2 i förordning nr 17 framgår dessutom att hänsyn ska tas både till hur allvarlig överträdelsen är och hur länge den pågått när bötesbeloppet fastställs.

49. De sanktioner som föreskrivs i artikel 15.2 i förordning nr 17 har enligt domstolens praxis två syften, som bland annat är att beivra olagliga beteenden [20] och att förebygga att de upprepas [21]. Kommissionens befogenhet att, inom ramen för den tillsynsuppgift som den tilldelats genom artikel 85 EG, besluta om böter för företag som uppsåtligen eller av oaktsamhet överträder artiklarna 81.1 EG eller 82 EG omfattar nämligen inte endast undersökning och bestraffning av individuella överträdelser. Den medför även en plikt att föra en allmän politik som syftar till att på konkurrensområdet tillämpa de principer som fastställts i fördraget, och att påverka företagens beteende i denna riktning. [22]

50. Artikel 15.2 i förordning nr 17 innehåller få konkreta riktlinjer. Såsom redan nämnts rör det sig huvudsakligen om kriterierna ”överträdelsens allvar” och ”överträdelsens varaktighet”. Dessutom ska en gräns på 10 procent av föregående räkenskapsårs omsättning tillämpas. I det enskilda fallet har kommis-

18 — Dom av den 7 juni 1983 i de förenade målen 100/80–103/80, Musique Diffusion française m.fl. mot kommissionen (REG 1983, s. 1825; svensk specialutgåva, volym 7, s. 133).

19 — För kommissionsbeslut som antas från och med den 1 maj 2004 är inte längre förordning nr 17 tillämplig, utan förordning nr 1/2003, se ovan under avsnittet ”Tillämpliga bestämmelser”.

20 — Vad gäller ”beivrande” av olagliga beteenden utan att vara ett ”straff”, se generaladvokaten Gands förslag till avgörande av den 10 juni 1970 i mål 41/69, ACF Chemiefarma mot kommissionen (REG 1970, s. 661, s. 706, s. 726) med avseende på artikel 15.4 i förordning nr 17, enligt vars ordalydelse beslut om böter ”[inte] har … straffrättslig karaktär”. Vad gäller klassificeringen av beslut om böter som administrativa sanktionsåtgärder som såväl måste uppfylla grundläggande straff- som straffprocessrättsliga principer om de, vad beträffar deras syfte och verkan är av straffliknande karaktär, såsom bland annat böter för samverkan, se Schwarze, ”Rechtsstaatliche Grenzen der gesetzlichen und richterlichen Qualifikation von Verwaltungssanktionen im europäischen Gemeinschaftsrecht”, *EuZW*, 2003, s. 261 och följande sidor. Se även ”det till straffrätten åtminstone närliggande området” i generaladvokaten Kokotts förslag till avgörande av den 3 juli 2007 i mål C-280/06, ETI m.fl. (REG 2007, s. I-10893), punkt 72, där domstolen meddelade dom den 11 december 2007.

21 — Dom av den 15 juli 1970 i mål 41/69, ACF Chemiefarma mot kommissionen (REG 1970, s. 661; svensk specialutgåva, volym 1, s. 457), punkt 173, och dom av den 7 juni 2007 i mål C-76/06 P, Britannia Alloys & Chemicals mot kommissionen (REG 2007, s. I-4405), punkt 22.

22 — Se, i detta avseende, domen i det ovan i fotnot 18 nämnda målet Musique Diffusion française m.fl. mot kommissionen, punkt 105, avseende de dåvarande artiklarna 85.1 och 86 i EG-fördraget och domen i det ovan i fotnot 4 nämnda målet Dansk Rørindustri m.fl. mot kommissionen, punkt 170.

sionen ett utrymme för skönsmässig bedömning att fastställa bötesbeloppet. Den har i detta syfte uttryckligen getts ett ”stort utrymme för skönsmässig bedömning” eller ett ”särskilt stort utrymme för skönsmässig bedömning”, [23] som emellertid är underkastat vissa regler som inte endast uppställs i förordning nr 17, utan som delvis följer av de allmänna rättsprinciper som utvecklats i rättspraxis [24], vilka domstolen ska säkerställa efterlevnaden av.

51. Enligt fast rättspraxis förfogar kommissionen över en sådan skönsmässig befogenhet beträffande valet av de omständigheter som den tar hänsyn till vid fastställandet av bötesbeloppet, såsom bland annat de särskilda omständigheterna i ärendet, det sammanhang i vilket ärendet ingår och böternas avskräckande verkan, utan att det är nödvändigt att kommissionen hänför sig till någon tvingande eller uttömmande förteckning över de kriterier som måste tas i beaktande. [25]

52. Såsom redan nämnts har förstainstansrätten obegränsad behörighet att göra en skönsmässig bedömning när den ska fastställa böter. Domstolens prövning är begränsad till rättsfrågor. [26]

53. Med det avgörande som ligger till grund för domen i målet Musique diffusion française m.fl. mot kommissionen [27], inledde kommissionen i slutet av 1970-talet en politik med betydande ekonomiska sanktioner vid allvarliga överträdelser av konkurrenslagstiftningen. [28] Domstolen fastslog med avseende på höjningen av bötesnivåerna följande i sin dom i denna fråga: ”[D]en omständigheten att kommissionen tidigare har tillämpat en viss bötesnivå för vissa överträdelser [innebär], inte att den kan fråntas möjligheten att höja denna nivå inom de gränser som anges i förordning nr 17, om detta är nödvändigt för att säkerställa genomförandet av gemenskapens konkurrenspolitik. En effektiv tillämpning av gemenskapens konkurrensregler kräver tvärtom att kommissionen vid varje tillfälle kan anpassa bötesnivån efter vad denna politik kräver.” [29]

54. Kommissionen antog år 1998 sina första riktlinjer, 1998 års riktlinjer, senare 2006 års riktlinjer, i syfte att fastställa bötesbeloppet.

23 — Bland annat dom av den 29 juni 2006 i mål C-289/04 P, Showa Denko mot kommissionen (REG 2006, s. I-5859), punkt 36, och domen i det ovan i fotnot 4 nämnda målet Dansk Rørindustri m.fl. mot kommissionen, punkt 172.

24 — Se bland annat dom av den 16 november 2000 i mål C-291/98 P, Sarrió mot kommissionen (REG 2000, s. I-9991), punkt 87, generaladvokaten Mischos förslag till avgörande av den 18 maj 2000 i mål C-283/98 P, Mo och Domsjö mot kommissionen (REG 2000, s. I-9855), punkt 59, och generaladvokaten Bots förslag till avgörande av den 1 mars 2007 och domen i det ovan i fotnot 21 nämnda målet Britannia Alloys & Chemicals mot kommissionen, punkt 127 och följande punkter.

25 — Se bland annat domen i den ovan i fotnot 16 nämnda målet Ferriere Nord mot kommissionen, punkt 33, och domen i det ovan i fotnot 4 nämnda målet Groupe Danone mot kommissionen, punkt 37.

26 — Se ovan punkterna 44–46 i detta förslag till avgörande.

27 — Ovan fotnot 18.

28 — Dannecker/Biermann, ”Kommentierung Verordnung 1/2003”, punkt 93, i: Immenga/Mestmäcker, *Wettbewerbsrecht*, volym 1 EG, del 2, fjärde upplagan. Se i detta avseende även domen i det ovan i fotnot 18 nämnda målet Musique Diffusion française m.fl. mot kommissionen, sökandenas och kommissionens argumentation i punkterna 101–103.

29 — Domen i det ovan i fotnot 18 nämnda målet Musique Diffusion française m.fl. mot kommissionen, punkt 109.

Efter det att 1998 års riktlinjer antagits har det fastställda bötesbeloppet höjts på nytt. [30]

55. Sådana riktlinjer har i rättspraxis visserligen inte ansetts utgöra rättsregler som administrationen under alla omständigheter skulle vara skyldig att iaktta, men de betraktas som vägledande förhållningsregler för den praxis som ska följas och från vilka administrationen, i ett enskilt fall, inte kan avvika utan att ange skäl som är förenliga med likabehandlingsprincipen. Domstolen slog vidare fast att genom att anta sådana förhållningsregler och genom att offentliggöra dem tillkännagav kommissionen att den hädanefter skulle tillämpa dem på de fall som omfattades av reglerna i fråga. Kommissionen har därigenom själv begränsat utrymmet för sin skönsmässiga bedömning. Om riktlinjerna frångås betraktas detta som ett åsidosättande av allmänna rättsprinciper såsom likabehandlingsprincipen eller principen om skydd för berättigade förväntningar. Det kan följaktligen inte uteslutas att sådana förhållningsregler med allmän räckvidd, under vissa förutsättningar och beroende på deras innehåll, kan ha rättsverkningar. [31]

56. I domstolens rättspraxis har 1998 års riktlinjer bedömts positivt. Det allmänna och abstrakta sätt på vilket den metod som ska tillämpas vid fastställandet av storleken på de böter som åläggs enligt artikel 15 i förordning nr 17 föreskrivs innebär att företagens rättssäkerhet säkerställs. [32] Riktlinjerna utgör visserligen inte den rättsliga grunden för fastställandet av böter, men de innebär att tillämpningen av artikel 15.2 i förordning nr 17 förtydligas. [33] De är inte endast förenliga med artikel 15.2 i förordning nr 17, utan även med principen om förbud mot retroaktiv tillämpning, principen om likabehandling och proportionalitetsprincipen. [34]

2. Motiveringsskyldighet vad gäller nödvändigheten av att öka bötesnivån

a) Parternas argument

57. De två första grunderna överlappar varandra avsevärt varför jag kommer att pröva dem tillsammans.

30 — Se närmare Schwarze (ovan fotnot 20), s. 263.

31 — Se – grundläggande – domen i det ovan i fotnot 4 nämnda målet Dansk Rørindustri m.fl. mot kommissionen, punkt 209 och följande punkter.

32 — Dom av den 21 september 2006 i mål C-167/04 P, JCB Service mot kommissionen (REG 2006, s. I-8935), punkt 206, och domen i det ovan i fotnot 4 nämnda målet Groupe Danone mot kommissionen, punkt 23.

33 — Domen i det ovan i fotnot 4 nämnda målet Groupe Danone mot kommissionen, punkt 28, och domen i det ovan i fotnot 4 nämnda målet Dansk Rørindustri m.fl. mot kommissionen, punkterna 211, 213 och 214.

34 — Domen i det ovan i fotnot 4 nämnda målet Dansk Rørindustri m.fl. mot kommissionen, punkt 156 och följande punkter, punkt 234 och följande punkter. Se i detta avseende även Debroux: "L'imprévisibilité transparente": La politique de sanction de la Commission en matière de cartels, Concurrences 2006, s. 2 och följande sidor, och s. 5; Völcker: Developments in EC competition law in 2005 – an overview, i: CMLRev. 2006, s. 1409 och följande sidor och s. 1416 och följande sida. Frågan avseende förenligheten har även besvarats jakande i generaladvokaten Tizzanos förslag till avgörande av den 8 juli 2004 i det ovan i fotnot 4 nämnda målet Dansk Rørindustri m.fl. mot kommissionen, punkt 66 och följande punkter.

58. Klaganden har med hänvisning till punkterna 38–50 i den överklagade domen gjort gällande att förstainstansrätten har gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning genom att utan motivering underkänna ADM:s påstående att den höjning av böterna som var följden av riktlinjerna för beräkning av böter inte var nödvändig i det konkreta fallet för att genomföra gemenskapens konkurrenspolitik. När det gäller en så allvarlig och retroaktiv höjning som den i det förevarande fallet krävs det dessutom en särskilt övertygande motivering. Åsidosättande av förbudet mot retroaktiv tillämpning av straffrättsliga bestämmelser föreligger endast om en höjning av bötesnivån kunde ha förutsetts. Kommissionen har i förevarande fall inte tillämpat kriteriet nödvändighet vid höjningen av böterna utan endast sökt följa artikel 15 i förordning nr 17. Dessutom beaktas inte heller kriteriet nödvändig höjning av böterna, för att genomföra gemenskapens konkurrenspolitik i 1998 års riktlinjer.

59. Klaganden har i den andra grunden slagit ihop argumentet om bristande motivering med argumentet att detta dessutom innebär att de kriterier som domstolen utvecklat i domen i målet Musique diffusion française m.fl. mot kommissionen [35] inte har beaktats. Förstainstansrätten har gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning när den tillämpat dessa kriterier på förevarande fall. Kommissionen har inte åberopat att gemenskapens konkurrenspolitik kräver att böterna höjs, vare sig i allmänhet eller i det konkreta fallet. Förstainstansrätten har inte heller angett att så skulle vara fallet.

35 — Domen i det ovan i fotnot 18 nämnda målet Musique Diffusion française m.fl. mot kommissionen.

60. Klaganden har slutligen kompletterat de båda grunderna med en hänvisning till 2006 års riktlinjer som är resultatet av kommissionens erfarenheter av riktlinjer inom detta verksamhetsområde och som enligt kommissionen utgör det lämpligaste förfarandet. Enligt klaganden framgår avsaknaden av motivering avseende det bötesbelopp som fastställts med hjälp av 1998 års riktlinjer bland annat av de aktuella riktlinjerna från 2006. Klaganden anser att för ett fall som det förevarande är endast 25 procent av det fastställda bötesbeloppet föreskrivet. Även om kommissionen hade åberopat att gemenskapens konkurrenspolitik kräver en höjning av böterna skulle denna höjning inte kunna anses motiverad mot bakgrund av 2006 års riktlinjer och de lägre bötesbelopp som föreskrivs i dessa.

61. Kommissionen anser att överklagandet inte kan bifallas på någon av de båda grunderna. Den andra grunden kan inte tas upp till sakprövning, eftersom den har formulerats för vagt och allmänt. I vart fall är de argument som framfördes huvudsakligen identiska med dem som framfördes i den första grunden. Förstainstansrätten har i den överklagade domen besvarat klagandens argument avseende tillämpningen av 1998 års riktlinjer på det förevarande fallet. Den har fastställt att riktlinjerna är tillämpliga i det konkreta fallet och därefter undersökt om de har tillämpats på ett korrekt sätt i det konkreta fallet. Det är ologiskt och onödigt att underkasta frågan avseende den höjning av bötesnivån som riktlinjerna resulterade i en kompletterande, ytterligare prövning vad gäller nödvändigheten.

b) Rättslig bedömning

62. Jag delar inte kommissionens betänkligheter huruvida den andra grunden kan tas upp till prövning. Det framgår nämligen klart att klaganden har ifrågasatt den omständigheten att förstainstansrätten i det konkreta fallet inte har tillämpat relevant rättspraxis på området, nämligen ett kriterium som framgår av domen i målet Musique diffusion française m.fl. mot kommissionen. [36]

63. Vad gäller grunden avseende åsidosättandet av motiveringsskyldigheten ska det erinras om att denna skyldighet som föreskrivs i artikel 253 EG, å ena sidan, syftar till att de som berörs av den vidtagna åtgärden klart och tydligt kan få kännedom om skälen för denna och därmed kan göra gällande sina rättigheter och, å andra sidan, till att gemenskapsdomstolarna ska ges möjlighet att utöva sin prövningsrätt. [37] Den konkreta omfattningen av kravet på motivering ska bedömas med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet. [38]

64. Det ska slutligen erinras om att frågan om motiveringsskyldighetens omfattning utgör en rättsfråga som ska prövas av domstolen i mål om överklagande. Den prövning av ett besluts lagenlighet som domstolen härvid utövar omfattar med nödvändighet de omständigheter som förstainstansrätten har lagt till grund för sin slutsats att en motivering är tillräcklig eller otillräcklig. [39]

65. Det ska mot bakgrund av vad som sagts ovan prövas vad som avses med en tillräckligt klar och entydig motivering i detta sammanhang, för att därefter pröva huruvida dessa kriterier är uppfyllda i den överklagade domen.

66. Den grund som avser åsidosättande av motiveringsskyldigheten hänför sig till kriteriet ”nödvändighet” vid ökningen av bötesnivån. Klaganden anser att skyldigheten till motivering i detta avseende framgår av den domen i målet Musique diffusion française m. fl. mot kommissionen, till vilken denne har hänvisat. [40]

67. En analys av domen i målet Musique diffusion française m.fl. mot kommissionen visar att kommissionen hade lämnat en motivering till varför det var nödvändigt att höja bötesnivån. En sådan nivå är motiverad på grund av överträdelsens art. En högre bötesnivå krävs i synnerhet för de allvarligare överträdelserna, särskilt när, såsom i det

36 — Domen i det ovan i fotnot 18 nämnda målet Musique Diffusion française m.fl. mot kommissionen.

37 — Se, enligt fast rättspraxis, dom av den 18 september 2003 i mål C-338/00 P, Volkswagen mot kommissionen (REG 2003, s. I-9189), punkt 124 med vidare hänvisningar.

38 — Dom av den 6 mars 2003 i mål C-41/00 P, Interporc mot kommissionen (REG 2003, s. I-2125), punkt 55 med vidare hänvisningar.

39 — Se domen i det ovan i fotnot 4 nämnda målet Dansk Rørindustri m.fl. mot kommissionen, punkt 453 med vidare hänvisningar.

40 — Domen i det ovan i fotnot 18 nämnda målet Musique Diffusion française m.fl. mot kommissionen.

nämnda fallet, syftet är att upprätthålla en högre prisnivå för konsumenterna. Flera företag upprätthåller ett beteende som de vet strider mot gemenskapsrätten eftersom den vinst som de uppnår genom sitt rättsstridiga beteende är mycket större än de hittills ålagda böterna. En sådan inställning kan endast motverkas genom att ålägga böter som är högre än de böter som tidigare ålagts.

68. I sin efterföljande rättsliga bedömning härledde domstolen ur kommissionens tillsynsuppgift [41], och i synnerhet ur de uppgifter som följer av denna skyldighet att påverka företagens beteende i den riktning som avses i gemenskapens konkurrensregler [42], ”att kommissionen vid bedömningen av hur allvarlig en överträdelse är, är skyldig – i syfte att fastställa bötesbeloppet – att inte bara ta hänsyn till de särskilda omständigheterna i fallet, utan även det sammanhang inom vilket överträdelsen har begåtts, och säkerställa att dess åtgärder har tillräckligt avskräckande verkan, framför allt vad beträffar sådana överträdelser som är särskilt skadliga för förverkligandet av gemenskapens mål”. [43] Kommissionen har med rätta funnit att de berörda överträdelserna är att anse som mycket allvarliga. Kommissionen kunde därför beakta den omständigheten att dylika förfaranden, trots att deras rättsstridighet redan fastställts för länge sedan, fortfarande är relativt vanliga till följd av den vinst som kan uppnås genom dem. Kommissionen kan därför inte klandras när den fann att det var nödvändigt att höja nivån på böterna för att på så sätt förstärka deras avskräckande verkan. [44]

Den hittills tillämpade bötesnivån är inte bindande för framtiden. En effektiv tillämpning av gemenskapens konkurrensregler kräver tvärtom att kommissionen vid varje tillfälle kan anpassa denna nivå inom de gränser som anges i förordning nr 17 efter vad konkurrenspolitiken kräver. [45]

69. Domstolen prövade i det nämnda fallet den aspekt som ska undersökas här, nämligen ”huruvida det var nödvändigt att höja bötesnivån” inom ramen för kriteriet ”överträdelsens allvar” som följer av artikel 15.2 i förordning nr 17. Vid sin bedömning av detta kriterium tog domstolen, utöver de ”särskilda omständigheterna i fallet”, hänsyn till det ”sammanhang inom vilket överträdelsen ha[de] begåtts” och behovet av att säkerställa en avskräckande verkan. Domstolen godtog allmänna konkurrenspolitiska skäl som förklaring till höjningen av bötesnivån och fastställde att en verksam tillämpning av gemenskapens konkurrensregler till och med kräver att nivån kan höjas.

70. Eftersom domstolen i detta sammanhang inte kräver att kommissionen ska göra en mer ingående analys av huruvida höjningen är nödvändig eller att kommissionen ska lämna en motivering som hänför sig till fallet, omfattas frågan, huruvida en höjning är nödvändig, av kommissionens utrymme för skönsmässig bedömning. [46] Kommissionen

41 — Se ovan i punkt 49.

42 — Domen i det ovan i fotnot 18 nämnda målet Musique Diffusion française m.fl. mot kommissionen, punkt 105.

43 — Domen i det ovan i fotnot 18 nämnda målet Musique Diffusion française m.fl. mot kommissionen, punkt 106.

44 — Domen i det ovan i fotnot 18 nämnda målet Musique Diffusion française m.fl. mot kommissionen, punkterna 107 och 108.

45 — Domen i det ovan i fotnot 18 nämnda målet Musique Diffusion française m.fl. mot kommissionen, punkt 109. Se i detta avseende även punkt 53 i detta förslag till avgörande.

46 — Vad gäller kommissionens stora utrymme för skönsmässig bedömning, se ovan punkt 50 i detta förslag till avgörande.

ska använda sig av sitt utrymme för skönsmässig bedömning inom ramen för kriteriet ”överträdelsens allvar” som följer av artikel 15.2 i förordning nr 17.

71. Denna rättspraxis från år 1983 avsåg ett kommissionsbeslut som hade antagits vid en tidigare tidpunkt, det vill säga vid en tidpunkt då varken 1998 års riktlinjer eller motsvarande regler existerade. Efter det att riktlinjerna hade antagits fortsatte domstolen att tillämpa denna praxis och att anpassa den till den förändrade situationen.

72. I domen i målet Dansk Rørindustri m.fl. mot kommissionen, som är av grundläggande betydelse [47] vad gäller 1998 års riktlinjer, bekräftade domstolen sin praxis att den hittills tillämpade bötesnivån inte är bindande för framtiden [48]. Företagen kan varken ha berättigade förväntningar på att den hittills tillämpade bötesnivån ska tillämpas eller att en viss metod för beräkningen av dessa böter ska tillämpas. [49]

73. I punkt 229 i den domen betonade domstolen denna aspekt: ”Nämnda företag skall följaktligen beakta att kommissionen när som helst kan besluta om att höja bötesnivån i förhållande till den nivå som tillämpats tidigare.”

74. I punkt 230 i den domen fann domstolen otvetydigt att ovannämnda praxis ska tillämpas på situationer där 1998 års riktlinjer används. Domstolen slog fast att ”[d]etta gäller inte endast när kommissionen höjer bötesnivån vid åläggandet av böter genom individuella beslut, utan även när denna höjning sker genom tillämpning på enskilda fall av förhållningsregler med allmän räckvidd såsom riktlinjerna”. [50]

75. Enligt fast rättspraxis ska inom ramen för prövningen av kriteriet ”överträdelsens allvar” dessutom ett stort antal omständigheter beaktas såsom ”böternas avskräckande verkan”. [51] Detta gäller såväl vid åläggandet

47 — Se bland annat Debroux (ovan fotnot 34, s. 4). Trots utbredd kritik har kommissionen med framgång kunnat försvara 1998 års riktlinjer och deras tillämpning, vilket särskilt tydligt framgår av domen i det ovan i fotnot 4 nämnda målet Dansk Rørindustri m.fl. mot kommissionen (Völcker: ”Rough justice? An analysis of the European Commission's new fining guidelines”, *CMLRev.* 2007, s. 1285 och följande sidor).

48 — Se ovan punkterna 53 och 68 i detta förslag till avgörande.

49 — Domen i det ovan i fotnot 4 nämnda målet Dansk Rørindustri m.fl. mot kommissionen, punkterna 227 och 228. Se även domen i det ovan i fotnot 2 nämnda målet Archer Daniels Midland m.fl. mot kommissionen, punkterna. 21–23. Se i detta avseende även utförligt generaladvokaten Tizzanos förslag till avgörande av den 8 juli 2004 i det ovan i fotnot 4 nämnda målet, Dansk Rørindustri m.fl. mot kommissionen, punkterna 159–165 och av den 7 juni 2005 i det ovan i fotnot 2 nämnda målet Archer Daniels Midland m.fl. mot kommissionen, punkterna 66, 71 och 72.

50 — Se även domen i det ovan i fotnot 2 nämnda målet Archer Daniels Midland m.fl. mot kommissionen, punkt 24.

51 — ”Bedömningen av hur allvarliga överträdelserna är skall göras med hänsyn till ett stort antal omständigheter, såsom de särskilda omständigheterna i målet, dess kontext och böternas avskräckande verkan, utan att det har fastställts någon tvingande eller uttömmande förteckning över de kriterier som absolut skall tas i beaktande”, se bland annat dom av den 15 oktober 2002 i de förenade målen C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P–C-252/99 P och C-254/99 P, Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mot kommissionen (REG 2002, s. I-8375), punkt 465, och domen i det ovan i fotnot 4 nämnda målet Dansk Rørindustri m.fl. mot kommissionen, punkt 241. Se även de ovan i fotnot 25 nämnda domarna.

av böter genom individuella beslut, utan tillämpning av förhållningsregler med allmän räckvidd, som vid åläggandet av böter med tillämpning av sådana förhållningsregler, såsom 1998 års riktlinjer.

76. Mot bakgrund av vad som anförts ovan kan, vid prövningen av de två första grunderna, av domen i målet Musique diffusion française m.fl. mot kommissionen [52], som åberopats av klaganden i denna del inte dras slutsatsen att kommissionen har en detaljerad motiveringsskyldighet i det enskilda fallet vad gäller frågan huruvida en höjning av bötesnivån är nödvändig, något som förstainstansrätten var skyldig att beakta. Detta framgår även av en analys av senare rättspraxis, särskilt av domen i målet Dansk Rørindustri m.fl. mot kommissionen, som är av grundläggande betydelse vad gäller 1998 års riktlinjer. [53]

77. Mot bakgrund av vad som anförts ovan ska förstainstansrättens dom i det följande bedömas med avseende på den påstådda avsaknaden av motivering.

78. Problematiken med höjningen av bötesnivån var enligt den överklagade domen, i förfarandet vid förstainstansrätten [54], innefattad i den principiella frågan huruvida riktlinjerna är tillämpliga, närmare bestämt i grunderna om åsidosättande av rättssäkerhetsprincipen och förbudet mot retroaktiv tillämpning av straff.

79. Därefter prövade förstainstansrätten i punkterna 38–50 i den överklagade domen, till vilka klaganden har hänvisat, inledningsvis förbudet mot retroaktiv tillämpning av straffrättsliga bestämmelser, framför allt med avseende på 1998 års riktlinjer som konkurrenspolitiskt instrument och på riktlinjernas rättsverkningar. Förstainstansrätten påpekade att den största förändringen som riktlinjerna medför består i metoden för tariffering av bötesbeloppen. [55] Förstainstansrätten upprepade i punkterna 44–46 den rättspraxis som beskrivits utförligt ovan, [56] enligt vilken kommissionen utan hinder kan höja bötesnivån i förhållande till den nivå som tillämpades tidigare inom de gränser som anges i förordning nr 17, om detta är nödvändigt för att säkerställa genomförandet av gemenskapens konkurrenspolitik, såväl inom ramen för individuella beslut som när denna höjning sker genom tillämpning på enskilda fall av förhållningsregler med allmän räckvidd, såsom riktlinjerna. Förstainstansrätten fastställde slutligen i punkt 47 i den överklagade domen följande: ”Med undantag för vad som utvecklas nedan i punkt 99 och följande punkter är det därför felaktigt när ADM i sak gör gällande att kommissionens

52 — Domen i det ovan i fotnot 18 nämnda målet Musique Diffusion française m.fl. mot kommissionen.

53 — Domen i det ovan i fotnot 4 nämnda målet Dansk Rørindustri m.fl. mot kommissionen, punkterna 227 och 228.

54 — Punkt 31 och följande punkter.

55 — Den överklagade domen, punkt 43, med hänvisning till domen i det ovan i fotnot 4 nämnda målet Dansk Rørindustri m.fl. mot kommissionen, punkt 225: ”Förstainstansrätten konstaterar att den största förändringen som införts genom riktlinjerna består i att vid beräkningen utgå från ett grundbelopp, som fastställts utifrån vissa kriterier som anges i riktlinjerna. Dessa kriterier återspeglar hur allvarliga överträdelserna är men har i sig inte något samband med den relevanta omsättningen. Grunden för denna metod är således huvudsakligen en tariffering, om än relativ och anpassningsbar, av bötesbeloppen.”

56 — Se ovan punkterna 68, 72 och 74 i detta förslag till avgörande.

höjning av bötesnivån i samband med den konkurrensbegränsande samverkan är uppenbart oproportionerlig i förhållande till syftet att säkerställa att konkurrenspolitiken genomförs."

80. I den ovannämnda punkt 99 och följande punkter prövades grunden om ett åsidosättande av proportionalitetsprincipen Förstainstansrättens resonemang avser beräkningen av bötesbeloppet med hänsyn till hur allvarlig överträdelsen varit och hur länge den pågått, särskilt avseende marknadsfaktorns betydelse. Frågan huruvida en höjning av bötesbeloppet är nödvändig nämns förvisso inte uttryckligen i dessa punkter. Av den ovannämnda analysen framgår emellertid att förstainstansrätten prövade frågan om en höjning av bötesbeloppet inom ramen för kriteriet "överträdelsens allvar" i enlighet med riktlinjerna. [57]

81. Av det ovanstående följer att förstainstansrätten mot bakgrund av domstolens praxis gjorde en riktig prövning av kriteriet "nödvändigheten av att höja bötesnivån", som följer av domen i målet Musique diffusion française m.fl. mot kommissionen [58], inom ramen för kriteriet "överträdelsens allvar" och att det var riktigt av förstainstansrätten att inte förena detta kriterium med en kompletterande motiveringsskyldighet som går utöver 1998 års riktlinjer. Av domen i målet Dansk Rørindustri m.fl. mot kommissionen framgår att förbudet mot retroaktiv tillämpning av straffrättsliga bestämmelser inte heller kan åberopas mot denna slutsats.

82. Det ska dessutom erinras om att de nu prövade grunderna huvudsakligen avser ett ifrågasättande av lagenligheten av den metod för beräkning av böter som 1998 års riktlinjer innehåller, även om klaganden inte uttryckligen har angett detta. Domstolen har emellertid slagit fast att dessa riktlinjer är förenliga med artikel 15.2 i förordning nr 17, principen om förbud mot retroaktiv tillämpning av straffrättsliga bestämmelser, principen om likabehandling och proportionalitetsprincipen. [59]

83. Att därutöver kräva att den allmänna och abstrakta beräkningspolitik som ligger till grund för riktlinjerna i det enskilda fallet ska motiveras på nytt skulle innebära ett kringgående av riktlinjernas beräkningsmetoder. [60]

84. Det bör emellertid för övrigt noteras att den kritik som riktats mot metoden för

57 — Se ovan punkt 75 i detta förslag till avgörande.

58 — Domen i det ovan i fotnot 18 nämnda målet Musique Diffusion française m.fl. mot kommissionen.

59 — Domen i det ovan i fotnot 4 nämnda målet Dansk Rørindustri m.fl. mot kommissionen, punkt 156 och följande punkter, punkt 234 och följande punkter. Se i detta avseende även ovan punkt 56 i detta förslag till avgörande.

60 — Denna bedömning betonas ytterligare genom den "andra sidan av medaljen", nämligen den ovan nämnda aspekten avseende kommissionens bundenhet av gällande riktlinjer (se ovan punkt 55 i detta förslag till avgörande). Tillämpningen av bedömningskriterierna ska motiveras vid beslut som fattas med avvikelse från de gällande riktlinjerna, emellertid inte vid beslut som fattas med tillämpning av riktlinjerna (se, i detta avseende, även Demetriou/Gray: Developments in EC competition law in 2006 -–an overview, i: CMLRev. 2007, s. 1429 och följande sidor, s. 1452).

beräkning av bötesbeloppet i 1998 års riktlinjer, särskilt med avseende på avsaknaden av insyn, trots domstolens rättspraxis, enligt vilken metoden är förenlig med bestämmelserna i artikel 15 i förordning nr 17, [61] inte har tystnat, [62] även om en viss systematisering av praxis kan konstateras. [63] Efter ikraftträdandet av 2006 års riktlinjer saknas anledning att bemöta all kritik som har framförts, eftersom denna metod har förändrats. Detta gäller bland annat den numera föråldrade indelningen i punkt 1 del A i 1998 års riktlinjer i ”mindre allvarliga överträdelser”, ”allvarliga överträdelser” och ”mycket allvarliga överträdelser”, den så kallade tarifferingen. [64] Kommissionen har emellertid liksom tidigare fortfarande ett stort utrymme för skönsmässig bedömning när den fastställer bötesbeloppet. [65] Enligt artikel 229 EG och artikel 17 i förordning nr 17 har domstolen visserligen obegränsad behörighet att göra en skönsmässig bedömning. [66] Av rättssäkerhetsskäl är det emellertid önskvärt att myndigheter vid utövandet av sitt utrymme för skönsmässig bedömning fastställer bötesbeloppet på grundval av klara kriterier. [67]

85. Vad gäller klagandens argument att 2006 års riktlinjer ska tillämpas bör noteras att det inte finns något skäl att utöver 1998 års riktlinjer tillämpa 2006 års riktlinjer, vilka har ersatt 1998 års riktlinjer, och betrakta höjningen ”mot bakgrund av” dessa. [68] Det angripna kommissionsbeslutet antogs den 2 oktober 2001. Vid den tidpunkten var 1998 års riktlinjer tillämpliga. 2006 års riktlinjer ska tillämpas på kartellärenden först från och med den 1 september 2006 och saknar därför relevans i förevarande överklagande.

86. De kan inte heller precisera kommissionens utrymme för skönsmässig bedömning retroaktivt i syfte att föregripa en senare ändring av kommissionens politik.

87. Och slutligen skulle domstolens hänvisning till dessa inte innebära något annat än att domstolen av skälighetshänsyn skulle ersätta den bedömning som förstainstansrätten har gjort med sin egen bedömning. [69]

61 — Se ovan punkterna 56 och 82 i detta förslag till avgörande.

62 — Se bland annat Dannecker/Biermann, ovan fotnot 28, punkt 126, s. 1260. Völcker (”Rough justice”, ovan fotnot 47, s. 1289) anser att det finns indicier på att ändringar som kommissionen gjort i 2006 års riktlinjer i förhållande till 1998 års riktlinjer, i vart fall avskaffandet av ”tarifferingen”, även har sin grund i att kritiken avseende bristande insyn och villkor i 1998 års riktlinjer, trots förstainstansrättens och domstolens bekräftande rättspraxis, inte upphört. Soyez: Die Bußgeldleitlinien der Kommission – mehr Fragen als Antworten, EuZW 2007, s. 596–600, har anfört att det mål som fastställs i 1998 års riktlinjer, att säkerställa öppenheten och objektiviteten i kommissionens beslut, har förfelats och att vissa företrädare för de europeiska konkurrensmyndigheterna i efterhand till och med har betecknat 1998 års riktlinjer som ett rent ”lotteri” (s. 596).

63 — Dannecker/Biermann (ovan fotnot 28), punkt 126.

64 — Se i detta avseende även nedan, punkt 90 i detta förslag till avgörande.

65 — Se domstolens rättspraxis till vilken det har hänvisats i fotnot 50 i detta förslag till avgörande. Se dessutom punkt 2 i inledningen till 2006 års riktlinjer.

66 — Se ovan punkt 45 i detta förslag till avgörande.

67 — Huruvida de råd som Schwarze (ovan fotnot 20, bland annat s. 269) ger mot bakgrund av 1998 års riktlinjer har uppfyllts genom 2006 års riktlinjer är inte föremål för bedömning i förevarande fall.

68 — Klaganden har genom detta argument uppenbarligen hoppats på ett lägre bötesbelopp. I doktrinen antas däremot delvis att kommissionens tillkännagivande, att 2006 års riktlinjer medför en ytterligare höjning av bötesnivån, i vissa fall är riktigt. Se Demetriou/Gray (ovan fotnot 60, s. 1429). Huruvida en ytterligare höjning är meningsfull diskuteras bland annat av Völcker (”Rough justice”, ovan fotnot 47, s. 1317).

69 — Se ovan, punkt 45 i detta förslag till avgörande.

88. Förstainstansrätten har mot bakgrund av de krav som ställs i domstolens rättspraxis således inte gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning vid sin bedömning och har motiverat sitt avgörande på ett tillräckligt klart och otvetydigt sätt. Jag föreslår därför att överklagandet inte kan vinna bifalla såvitt avser den första och den andra grunden.

B — *Underlåtenhet att beakta omsättning av produkten inom EES-området som en utgångspunkt för beräkningen av böter (den tredje grunden)*

1. Inledande synpunkter

89. Det ska erinras om fast rättspraxis, enligt vilken beräkningsmetoden i riktlinjerna, såvitt avser att som utgångspunkt välja vissa grundbelopp som inte har fastställts i förhållande till den relevanta omsättningen, inte är oförenlig med artikel 15.2 i förordning nr 17. [70]

90. Den största förändringen som införts i och med 1998 års riktlinjer i förhållande till tidigare praxis består i att beräkningen utgår från ett grundbelopp, som fastställts utifrån vissa kriterier som anges i riktlinjerna. Dessa kriterier återspeglar hur allvarliga överträdelserna är, men har i sig inte något samband med den relevanta omsättningen. Grunden för denna metod är således huvudsakligen en tariffering, om än relativ och anpassningsbar, av bötesbeloppen. [71]

91. Med undantag för beaktandet av den begränsning till 10 procent av företagets totala omsättning, som föreskrivs i artikel 15 i förordning nr 17 [72], används inte begreppet ”omsättning” uttryckligen i dessa riktlinjer. Det finns däremot underförstådda angivelser, vilka bland annat hänger samman med företagets omsättning. [73] Riktlinjerna hindrar således inte att omsättningen inte endast tjänar som en begränsning, utan även beaktas i olika skeden av förfarandet för beräkning av böterna. Omsättningen utgör nämligen en ”användbar och relevant indikation på ett företags ekonomiska styrka (total

70 — Domen i det ovan i fotnot 4 nämnda målet Dansk Rørindustri m.fl. mot kommissionen, punkterna 243–312, och domen i det ovan i fotnot 2 nämnda målet Archer Daniels Midland m.fl. mot kommissionen, punkt 34. Artikel 15.2 i förordning nr 17 innehåller ordet ”omsättning”, detta ord specificeras emellertid inte. Det anges i detta sammanhang endast som kriterium för att fastställa det maximala bötesbeloppet, varvid inget i ordalydelsen i denna artikel hindrar att omsättningen används, inte endast för att fastställa maximibeloppet, utan allmänt.

71 — Domen i det ovan i fotnot 4 nämnda målet Dansk Rørindustri m.fl. mot kommissionen, punkt 225. Se även M. Debroux, ”L'imprévisibilité transparente”: La politique de sanction de la Commission en matière de cartels, Concurrences 2006, s. 2 och följande sidor och s. 7.

72 — Eller för olagliga avtal enligt EKSG-fördraget, se punkt 5 a i 1998 års riktlinjer.

73 — Se endast punkt 1 del A i 1998 års riktlinjer, i vilken följande anges: ”Det kommer vidare att vara nödvändigt att beakta de överträdande företagens *ekonomiska kapacitet* att vålla andra aktörer, särskilt konsumenterna, betydande skada och att fastställa bötesbeloppet till en nivå som säkerställer att böterna är tillräckligt avskräckande.”

omsättning) samt på inverkan på konkurrensen av företagets agerande (omsättningen på den relevanta marknaden)", [74] även om den endast utgör ett av många bedömningskriterier som kommissionen kan tillämpa. [75]

2. Parternas argument

92. ADM:s förevarande grund avser omsättningen på den relevanta markanden. Kommissionen har i det angripna beslutet beaktat *omsättningen av produkten "i hela världen"*, medan klaganden anser att *omsättningen av produkten "inom EES-området*" är avgörande.

93. Klaganden har särskilt med hänvisning till punkterna 75–81 i den överklagade domen gjort gällande att förstainstansrätten åsidosatte rättsprinciper för beräkning av böter genom att i det angripna beslutet tillåta kommissionen att inte betrakta *omsättningen av den aktuella produkten inom EES-området* som en lämplig utgångspunkt för beräkningen av böter. Omsättningen av produkten inom EES-området har i det angripna beslutet, felaktigt, varken använts som utgångspunkt för beräkningen eller som en faktor som inverkar på bötesbeloppet. Bötesbeloppet är flerfalt högre än omsättningen av den aktuella produkten inom EES-området. [76]

94. I punkt 78 i den överklagade domen har visserligen de principer som ska tillämpas vid beräkningen av böter sammanfattats riktigt. Förstainstansrätten gjorde emellertid en felaktig rättstillämpning genom att inte tillämpa denna slutsats om rättsläget på förevarande fall.

95. Av 2006 års riktlinjer framgår på vilket sätt omsättningen av produkten inom EES-området ska tillämpas som en lämplig utgångspunkt för att bedöma inverkan på konkurrensen på marknaden för den berörda produkten inom gemenskapen och deltagarnas relativa betydelse i det samordnade förfarandet i förhållande till de ifrågavarande produkterna. Med en sådan beräkningsmetod hade ADM endast ålagts en bråkdel av det omtvistade bötesbeloppet.

96. Kommissionen har erinrat om att förstainstansrätten är ensam behörig att kontrollera på vilket sätt kommissionen i varje enskilt fall har bedömt hur allvarliga de rättsstridiga

74 — Se generaladvokaten Tizzanos förslag till avgörande av den 8 juli 2004 i det ovan i fotnot 4 nämnda målet Dansk Rørindustri m.fl. mot kommissionen, punkt 71.

75 — Se generaladvokaten Tizzanos förslag till avgörande av den 8 juli 2004 i det ovan i fotnot 4 nämnda målet Dansk Rørindustri m.fl. mot kommissionen, punkt 71.

76 — Klaganden har för övrigt framfört en liknande grund i domen i det ovan i fotnot 2 nämnda målet Archer Daniels Midland m.fl. mot kommissionen. I det fallet åberopades grunden emellertid tillsammans med grunden att proportionalitetsprincipen åsidosätts om inte den omsättning som uppnås inom EES-området är avgörande (se generaladvokaten Tizzanos förslag till avgörande i det ovan i fotnot 2 nämnda målet Archer Daniels Midland m.fl. mot kommissionen, punkt 128 och följande punkter).

beteendena har varit.[77] Förstainstansrätten har utan att göra sig skyldig till felaktig rättstillämpning beaktat samtliga relevanta faktorer och har besvarat ADM:s argument. Följaktligen kan överklagandet inte bifallas på den nu aktuella grunden.

3. Den överklagade domen och den rättsliga bedömningen

97. I punkterna 75–81 i den överklagade domen, som klaganden har hänvisat till, prövade förstainstansrätten den grund som avser åsidosättande av proportionalitetsprincipen till följd av att det ålagda bötesbeloppet överstiger ADM:s omsättning av den ifrågavarande produkten inom EES-området under den tidsperiod som omfattas av kartellen och fastställde att talan inte kunde bifallas på den grunden. I punkterna 76 och 77 erinrade förstainstansrätten om fast rättspraxis vad gäller bedömningen av hur allvarlig en överträdelse är och angav att det för att fastställa böterna är tillåtet att ta hänsyn till såväl företagets totala omsättning som de berörda företagens marknadsandel på den berörda marknaden. Varken den ena eller den andra av dessa siffror får ges en oproportionerlig betydelse i förhållande till andra bedömningskriterier, och därmed kan ett lämpligt bötesbelopp inte fastställas genom en enkel beräkning grundad på den totala omsättningen.

98. Förstainstansrätten har i punkterna 78 och 79 i den överklagade domen fastställt att omsättningen av den ifrågavarande produkten endast är en av flera omständigheter som ska beaktas. Att, såsom klaganden synes vilja, begränsa bedömningen till att sätta de ålagda böterna i relation till den ifrågavarande produktens omsättning för att bedöma huruvida dessa är proportionerliga skulle, tvärtemot vad ADM gjort gällande, innebära att denna omständighet gavs oproportionerlig betydelse.

99. I punkt 80 anges följande: ”Den omständighet som ADM åberopat, nämligen att de ålagda böterna överstiger företagets omsättning av den ifrågavarande produkten inom EES-området under den tidsperiod som omfattas av kartellen, eller väsentligt överstiger denna, är inte i sig tillräcklig för att visa att böterna är oproportionerliga. Förstainstansrätten skall bedöma huruvida denna nivå för bötesbelopp är proportionerlig med hänsyn till samtliga omständigheter som kommissionen skall beakta vid bedömningen av hur allvarlig överträdelsen varit, nämligen överträdelsens art, konkreta inverkan på den berörda marknaden och den berörda geografiska marknadens omfång. Förstainstansrätten skall i enlighet med de argument ADM anfört nedan bedöma huruvida beslutet varit välgrundat i förhållande till vissa av dessa kriterier.”

100. Detta visar att det för att kunna bedöma frågan huruvida klagandens grund är hållbar inte räcker att endast beakta de åberopade punkterna 75–81 i den överklagade domen.

77 — Dom av den 21 september 2006 i mål C-113/04 P, Technische Unie mot kommissionen (REG 2006, s. I-8831), punkt 196.

101. För en bättre förståelse hänvisas till de slutsatser som förstainstansrätten dragit av det angripna beslutet vad gäller den nu aktuella frågan. I punkt 59 i den överklagade domen har följande fastställts, vad gäller kommissionens bedömning av hur allvarlig överträdelsen varit:

”Kommissionen valde att grunda sin bedömning på de berörda företagens omsättning av natriumglukonat i hela världen under det sista året för överträdelsen, det vill säga år 1995. Kommissionen ansåg härvid att ’eftersom [natriumglukonat]marknaden … är global [gav] dessa siffror den bästa möjliga indikationen på de deltagande företagens möjlighet [att] väsentligt skada andra aktörer inom den gemensamma marknaden eller inom EES’ … Kommissionen har tillagt att denna metod enligt kommissionens uppfattning stöds av omständigheten att det var fråga om en världsomspännande kartell med syfte bland annat att fördela marknaderna på global nivå och därmed att undvika konkurrens inom vissa områden av EES-marknaden. Kommissionen anser vidare att världsomsättningen för en del av kartellen även gav en uppfattning om denna dels bidrag till hur effektiv hela kartellen var, eller tvärtom hur instabil den hade varit utan denna del …”

102. Förstainstansrätten har följaktligen i punkterna 82–87 i den överklagade domen anfört att det inte föreskrivs i riktlinjerna att böterna ska beräknas med utgångspunkt i de berörda företagens omsättning, vare sig deras globala omsättning eller omsättning av den ifrågavarande produkten. Det föreskrivs än mindre att omsättningen utgör det enda relevanta kriteriet för att fastställa överträdelsens allvar. Däremot kan kommissionen beakta omsättningen som en av flera relevanta omständigheter, i synnerhet när kommissionen, med stöd av punkt 1 del A tredje–sjätte styckena i 1998 års riktlinjer, anpassar beloppet för att säkerställa att böterna är tillräckligt avskräckande.

103. Av punkterna 378–382 i beslutet framgår att kommissionen, i motsats till vad ADM har gjort gällande, i detta sammanhang mycket riktigt har beaktat de berörda parternas omsättning av den ifrågavarande produkten. Vid den differentierade behandlingen av de berörda företagen grundade kommissionen nämligen sin bedömning på de berörda företagens omsättning av natriumglukonat i hela världen under det sista året för överträdelsen, det vill säga år 1995.

104. I punkt 87 i den överklagade domen anges följande: ”Det är i förevarande mål fråga om en kartell mellan företag som innehar nästan samtliga världsmarknadsandelar för den relevanta produkten. Kartellen syftade dessutom till att fastställa priser och att fördela marknaderna genom att tilldela försäljningskvoter. Under dessa förhållanden kan kommissionen i samband med den

differentierade behandlingen av de berörda företagen med giltig verkan grunda sin bedömning på de samverkande företagens omsättning av natriumglukonat i hela världen. Eftersom syftet med att behandla de berörda företagen på olika sätt är att beakta de överträdande företagens ekonomiska kapacitet att hindra konkurrensen genom deras förfarande i samband med överträdelsen och därmed att beakta deras betydelse inom kartellen, överskred kommissionen inte sitt stora utrymme för skönsmässig bedömning när den fann att de samverkande företagens respektive andelar av världsmarknaden gav ett lämpligt värde."

105. Förstainstansrätten återkom i den följande analysen, i punkterna 113 och 114 i den överklagade domen, till grunden om att den omsättning som uppnåddes genom produkten inom EES-området inte hade beaktats. Förstainstansrätten anförde i punkt 113, i samband med bedömningen av åsidosättandet av likabehandlingsprincipen i förhållande till beslutet i ärendet zinkfosfater, [78] som klaganden åberopade som jämförelse, bland annat att "omständigheterna kring den samverkan som varit föremål för beslutet skiljer sig från de omständigheter som bedömdes i beslutet i ärendet zinkfosfater. Samverkan på marknaden för zinkfosfater omfattade nämligen endast EES-området, medan kartellen avseende natriumglukonat omfattade hela världen." Förstainstansrätten anförde därefter i punkt 114 bland annat att "det grundbelopp som kommissionen fastställt för den överträdelse som ADM begått i förevarande mål [är] lämpligt med hänsyn till samtliga omständigheter som kommissionen anfört i beslutet och till den bedömning som gjorts av vissa av dessa omständigheter i förevarande dom".

106. Därav följer att förstainstansrätten, i motsats till vad klaganden gjort gällande, inte endast har sammanfattat de principer som ska tillämpas utan även tillämpat de slutsatser som dragits därav på det föreliggande fallet. Därigenom tog förstinstansrätten ställning till argumentet att omsättningen av produkten inom EES-området inte hade beaktats. [79] Den slog emellertid fast, utan att göra sig skyldig till felaktig rättstillämpning, att omsättningen inom EES-området utgjorde en bland flera omständigheter. Förstainstansrätten förklarade därefter att, och varför, slutligen, de samverkande företagens omsättning av natriumglukonat i hela världen utgjorde en lämplig utgångspunkt för beräkningen av böter, varvid det samtidigt och underförstått förklarades varför den omsättning som uppnåddes genom den aktuella

78 — Kommissionens beslut 2003/437/EG av den 11 december 2001 om ett förfarande enligt artikel 81 i EG-fördraget och artikel 53 i EES avtalet (ärende COMP/E-1/37.027 – Zinkfosfat) (EUT L 153, 2003, s. 1). Detta beslut var föremål för prövning i domstolens dom i det ovan i fotnot 21 nämnda målet Britannia Alloys & Chemicals mot kommissionen.

79 — Det ska påpekas att det i detta argument som framförts av klaganden nämns att omsättningen av produkten inom EES-området inte har beaktats på två plan. Den användes varken som "utgångspunkt för beräkningen" eller som "en faktor som inverkar på bötesbeloppet". I den mån som det kritiseras att denna inte har använts som utgångspunkt för beräkningen rör det sig huvudsakligen om kritik mot 1998 års riktlinjer, i vilka utgångspunkten för beräkningen betecknades annorlunda, se ovan punkterna 1 och 90 i detta förslag till avgörande.

produkten inom EES-området inte hade tillämpats. Förstainstansrätten har således gjort en rättsligt tillfredsställande prövning av detta argument som klaganden anfört.

107. Förstainstansrättens bedömning att ”det grundbelopp som kommissionen fastställt för den överträdelse som ADM begått i förevarande mål [är] lämpligt med hänsyn till samtliga omständigheter som kommissionen anfört i beslutet och till den bedömning som gjorts av vissa av dessa omständigheter i förevarande dom”, kan slutligen inte vara föremål för prövning inom ramen för överklagandet. [80]

108. Vad gäller ADM:s nya försök att tillämpa 2006 års riktlinjer som ett korrektiv till 1998 års riktlinjer ska det återigen påpekas att 2006 års riktlinjer inte är tillämpliga här. [81]

109. Mot bakgrund av vad som anförts ovan kan enligt min mening grunden inte upptas till sakprövning i den del som den syftar till att få till stånd en ny prövning av bötesbeloppet, och i övriga delar inte läggas till grund för ett bifall av överklagandet.

C — Åsidosättande av principen om likabehandling vid beräkningen av böter (den fjärde grunden)

1. Parternas argument

110. Klaganden har med hänvisning till punkterna 107–113 i den överklagade domen gjort gällande att förstainstansrätten åsidosatte principen om likabehandling genom att slå fast att objektiva skillnader motiverar skillnaden i bötesbeloppen i förhållande till fallet ”Zinkfosfater”, [82] ett fall som är direkt jämförbart.

111. De domar som förstainstansrätten nämnt i punkterna 108–110 är inte tillämpliga. Enligt fast rättspraxis, särskilt i domen i målet Dansk Rørindustri, punkt 209, åsidosätter kommissionen sedan antagandet av riktlinjerna likabehandlingsprincipen när den utan att ange skäl avviker från dessa.

112. Förstainstansrätten har inte heller nämnt en enda relevant omständighet som verkligen skiljer fallen Natriumglukonat och Zinkfosfater från varandra med avseende på de aspekter som kommissionen beaktat vid sitt beslut om böter. Kommissionen har i de

80 — Se i detta avseende ovan punkterna 44 och 45 i detta förslag till avgörande.

81 — Se ovan punkterna 85 och 86 i detta förslag till avgörande.

82 — Se ovan fotnot 78 i detta förslag till avgörande.

båda fallen beaktat överensstämmande omständigheter för beräkningen av grundbeloppet för böterna. I motsats till vad förstainstansrätten funnit har världsomsättningen inte beaktats för att fastställa grundbeloppet. För att uppnå en avskräckande verkan tillämpades i ärendet natriumglukonat världsomsättningen först i ett senare skede av beräkningen, som ett kriterium för indelningen i tre kategorier. Det bötesbelopp som fastställdes i det angripna beslutet diskriminerar ADM i förhållande till det bötesbelopp som fastställdes i fallet Zinkfosfater.

113. Slutligen har ADM riktat kritik mot att förstainstansrätten med utövande av sin obegränsade behörighet fastställt att bötesbeloppet är lämpligt på grundval av de omständigheter som kommissionen beaktat i punkt 114.[83] Domstolen kan undantagsvis ompröva denna bedömning för att avgöra om den bygger på en felaktig rättstillämpning. Även om endast de omständigheter som kommissionen har lagt till grund för sitt beslut beaktas, vilket förstainstansrätten har gjort, kan det konstateras att det förevarande fallet är helt jämförbart med fallet Zinkfosfater. Förstainstansrätten har inte angett någon ytterligare annorlunda omständighet som kan föranleda en annan bedömning. ADM har dessutom gjort gällande att förstainstansrätten vid utövandet av sin obegränsade behörighet inte får åsidosätta likabehandlingsprincipen genom att tillåta kommissionen att ålägga ADM ett diskriminerande bötesbelopp, medan andra inte behandlades på det sättet. Förstainstansrätten har slutligen, för det fall den funnit en ytterligare relevant omständighet som motiverar ett högre bötesbelopp i förevarande fall, inte angett denna omständighet med den precision som krävs. En motivering som endast hänvisar till de omständigheter som kommissionen anfört i beslutet är således otillräcklig.

114. Kommissionen har invänt att förstainstansrätten inte gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning. Klaganden har underlåtit att i förstainstansrätten lämna utförliga uppgifter som visar på vilket sätt förevarande ärende är direkt jämförbart med beslutet i ärendet zinkfosfater och vari diskrimineringen består.

2. Rättslig bedömning

115. Likabehandlingsprincipen är en allmän rättsprincip i gemenskapsrätten som således även ska beaktas vid ett förfarande enligt artikel 81 EG.

116. Enligt fast rättspraxis innebär likabehandlingsprincipen och icke-diskrimineringsprincipen att lika situationer inte får behandlas olika och att olika situationer inte

83 — Det skall påpekas att förstainstansrätten, i den engelska språkversionen av den överklagade domen, i nämnda punkt 114 har använt sig av ordet ”appropriate” för ”lämplig”. I originalet av överklagandet, vilket är avfattat på engelska, har ADM använt sig av ordet ”proportionate”, vilket kan ges andra översättningar än ”lämpligt”.

får behandlas lika, såvida det inte finns sakliga skäl för en sådan behandling. [84]

117. Såvida klaganden avseende åsidosättandet av likabehandlingsprincipen åberopar den situation som gäller för en annan konkurrensbegränsande samverkan och det kommissionsbeslut som avser denna, ska det, såsom även förstainstansrätten gjort i punkterna 108–112 i den överklagade domen, erinras om att kommissionens beslutspraxis inte utgör den rättsliga ramen för åläggande av böter på konkurrensområdet. Av domstolens fasta rättspraxis framgår även att beslut i andra ärenden enbart är vägledande vid fastställande av om det förekommer diskriminering, eftersom det är föga troligt att omständigheterna i dessa ärenden, såsom marknader, produkter, företag och aktuella tidsperioder, är identiska. [85]

118. Under dessa omständigheter ankom det på klaganden att i förstainstansrätten ange skälen för att den situation som klaganden åberopat faktiskt utgör en jämförbar situation i den mening som avses i ovannämnda rättspraxis.

119. Klagandens argumentation i denna del, vilken inte har ifrågasatts, är återgiven på följande sätt i den överklagade domen: ”[T]rots att de båda ärendena delvis sammanfaller i tiden och trots att de är jämförbara både vad avser storleken på de berörda marknaderna och överträdelsens allvar och varaktighet, beaktade kommissionen den begränsade marknaden för zinkfosfat i Europa och fastställde i det ärendet det totala bötesbeloppet till 11,95 miljoner euro (eller 75 procent av det totala försäljningsbeloppet avseende den ifrågavarande produkten), medan den fastställde det totala bötesbeloppet till 40 miljoner euro i ärendet avseende natriumglukonat (motsvarande mer än 200 procent av försäljningen av den ifrågavarande produkten inom EES-området). ADM har vidare anmärkt att grundbeloppet fastställdes till 3 miljoner euro i ärendet zinkfosfat för de företag som hade en marknadsandel som översteg 20 procent och till 0,75 miljoner euro för det företag som hade en mycket mindre marknadsandel. ADM har erinrat om att kommissionen i ärendet natriumglukonat fastställde grundbeloppet för beräkning av böter till 10 miljoner euro för de företag som hade en marknadsandel som översteg 20 procent och till 5 miljoner euro för de företag som hade en mycket mindre marknadsandel.” [86]

84 — Dom av den 10 januari 2006 i mål C-344/04, International Air Transport Association m.fl. (REG 2006, s. I-403), punkt 95 med vidare hänvisningar.

85 — Domen i det ovan i fotnot 21 nämnda målet Britannia Alloys & Chemicals mot kommissionen, punkt 60 med vidare hänvisningar avseende domstolens fasta rättspraxis.

86 — Punkt 95 i den överklagade domen.

120. Förstainstansrätten bemötte denna argumentation i bland annat de ifrågasatta punkterna 113 och 114 med följande konstaterande:

”113 I förevarande mål skall emellertid prima facie konstateras att omständigheterna kring den samverkan som varit föremål för beslutet skiljer sig från de omständigheter som bedömdes i beslutet i ärendet zinkfosfater. Samverkan på marknaden för zinkfosfater omfattade nämligen endast EES-området, medan kartellen avseende natriumglukonat omfattade hela världen. I motsats till i förevarande mål omfattade samverkan på marknaden för zinkfosfater dessutom endast företag av relativt begränsad storlek. De företag som berördes av beslutet i ärendet zinkfosfater hade för år 2000 en världsomsättning som uppgick till mellan 7,09 och 278,8 miljoner euro, medan företagen i förevarande mål för år 2000 hade en världsomsättning som uppgick till mellan 314 miljoner och 14,003 miljarder euro, varav 13,936 miljarder euro härrör från ADM.

114 Förstainstansrätten finner med stöd av sin [obegränsade behörighet] att, även om samtliga relevanta omständigheter som låg till grund för att fastställa ett lämpligt bötesbelopp i beslutet i ärendet zinkfosfater skulle anses jämförbara med omständigheterna i förevarande mål, är det grundbelopp som kommissionen fastställt för den överträdelse som ADM begått i förevarande mål lämpligt med hänsyn till samtliga omständigheter som kommissionen anfört i beslutet och till den bedömning som gjorts av vissa av dessa omständigheter i förevarande dom.”

121. I den första av de båda punkterna har förstainstansrätten gjort en rättsligt tillfredsställande prövning av samtliga argument som ADM har anfört. Det ska avseende det förevarande fallet dessutom påpekas att klaganden, i enlighet med vad som framgår av återgivningen av argumentationen i den överklagade domen, inte har preciserat på vilket sätt storleken på de berörda marknaderna och överträdelsens allvar och varaktighet är konkret jämförbara.

122. Vad gäller förstainstansrättens bedömning i den andra av dessa båda punkter ska det slutligen påpekas att det inte ankommer på domstolen att av skälighetshänsyn ersätta förstainstansrättens bedömning med sin egen bedömning, när förstainstansrätten med stöd av sin obegränsade behörighet har prövat de bötesbelopp som har ålagts. [87]

123. Det ska slutligen påpekas att klagandens argument vad gäller anknytningen till domen

87 — Se ovan punkt 45 i detta förslag till avgörande.

i målet Dansk Rørindustri m.fl. mot kommissionen [88] saknar relevans. Klaganden har härvid gjort gällande att kommissionen åsidosätter riktlinjerna när den utan att ange skäl avviker från dessa. Klaganden har inte angett vilket samband detta har med likabehandlingsprincipen med avseende på ärendet zinkfosfater.

124. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att överklagandet inte kan vinna bifall såvitt avser denna grund

D — *Felaktig rättstillämpning vid bedömningen av den konkurrensbegränsande samverkans inverkan på marknaden (den femte, den sjätte och den sjunde grunden)*

1. Inledande synpunkter

125. I syfte att beräkna grundbeloppet görs det i punkt 1 del A i 1998 års riktlinjer skillnad mellan tre kategorier vad gäller överträdelsens allvar. För varje kategori föreskrivs olika utgångsbelopp för böterna. Överträdelserna delas in i kategorierna, ”mindre allvarliga överträdelser”, ”allvarliga överträdelser” och ”mycket allvarliga överträdelser”. Indelningen i kategorier sker på grundval av flera kriterier, bland annat den ”konkreta påverkan på marknaden, om den är mätbar”.

126. Klaganden har i detta sammanhang gjort gällande att förstainstansrätten gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning avseende bestämmelsen om samverkans påverkan på marknaden. Klaganden har gjort gällande att principen att en institution måste iaktta de regler som den själv har antagit åsidosatts, att förstainstansrätten inte har besvarat frågan om vilken inverkan en förändrad definition av marknaden har och att en omvänd bevisbörda inte är tillåten.

127. Eftersom de tre grunderna avsevärt överlappar varandra kommer de att prövas tillsammans.

128. Den gemensamma utgångspunkten för dessa grunder är den omständigheten att ADM anser att kommissionens definition av marknaden för de ifrågavarande produkterna är för snäv och att den därmed sammanhängande bedömningen vad gäller den konkreta påverkan på marknaden är felaktig. Kommissionen har fastställt att marknaden för de ifrågavarande produkterna utgjordes av ”marknaden för natriumglukonat i fast och flytande form och råvaran glukonsyra”. [89]

129. Under det administrativa förfarandet medgav kommissionen dessutom till svar på de argument som ADM anförde att det fanns ett visst antal delvis utbytbara produkter för natriumglukonat, beroende på användningsområde, men att den ansåg att det inte fanns

88 — Domen i det ovan i fotnot 4 nämnda målet Dansk Rørindustri m.fl. mot kommissionen.

89 — Punkt 226 i den överklagade domen.

något bevis för att dessa produkter verkligen påverkade prissättningen av natriumglukonat. Kommissionen ansåg tvärtom att det fanns mycket som motsade ADM:s uppfattning. Den åberopade därför att det inte fanns någon fullständigt utbytbar produkt för natriumglukonat och att vissa användare föredrog natriumglukonat framför möjliga ersättningsprodukter, eftersom den är mindre skadlig för miljön. Kommissionen ansåg vidare att denna uppfattning bekräftades av svar från kunder till deltagare i samverkan och av att samverkan förelåg och var begränsad till natriumglukonat, vilket enligt kommissionens uppfattning utgjorde ett tecken på att deltagarna själva ansåg att marknaden var begränsad till natriumglukonat. [90]

2. Parternas argument

130. Klaganden anser att förstainstansrätten i punkt 238 i den överklagade domen felaktigt funnit att argumentet att den ifrågavarande marknaden definierats felaktigt inte kan godtas.

131. Klaganden har med hänvisning till punkterna 226–239 i den överklagade domen gjort gällande att förstainstansrätten har åsidosatt principen att kommissionen måste iaktta de regler som den själv har antagit, i förevarande fall riktlinjerna för beräkning av böter. Vid prövningen av en konkurrensbegränsande samverkans inverkan på den berörda marknaden måste den riktiga definitionen av marknaden för de ifrågavarande produkterna vara utgångspunkten för prövningen. Om, såsom i förevarande fall, marknaden för de ifrågavarande produkterna definieras för snävt, är de uttalanden som görs avseende den konkurrensbegränsande samverkans inverkan som grundar sig på denna definition också felaktiga. Kommissionen har definierat den relevanta marknaden felaktigt, vilket leder till ett fel vad beträffar den konkurrensbegränsande samverkans inverkan på marknaden. Eftersom natriumglukonat endast är en av flera kelatbildare – den utgör endast 20 procent av de relevanta kelatbildarna och kan således lätt ersättas – har samverkan inte haft det inflytande på marknaden som antagits.

132. Förstainstansrätten gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning genom att, som svar på AMD:s argumentation, ange att det ankommer på ADM att visa att den berörda marknaden ska definieras annorlunda än vad kommissionen har gjort. ADM har i detta avseende anfört att det tvärtom ankommer på kommissionen att visa att den konkurrensbegränsande samverkan haft en inverkan på den berörda marknaden, vilket enligt riktlinjerna även omfattar definitionen av marknaden för de ifrågavarande produkterna. Så länge som denna definition inte föreligger kan inte bevisbördan åläggas motparten, det vill säga ADM.

133. Klaganden har för det andra, med hänvisning till punkterna 234–236 i den överklagade domen, gjort gällande att förstainstansrätten gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning genom att inte pröva ADM:s argumentation att bevisningen visar att den konkurrensbegränsande samverkan inte har haft någon konkret inverkan på marknaden vid en utsträckt definition av marknaden.

90 — Punkt 226 i den överklagade domen.

134. ADM har i sin ansökan till förstainstansrätten, bland annat genom tabeller, visat att natriumglukonat endast utgör 20 procent av de relevanta kelatbildarna. Detta utgör ett starkt argument för ADM:s slutsats att samverkan var ineffektiv vad gäller priskontrollen. ADM har visat att prisutvecklingen för kelatbildande ersättningsprodukter före, under och tiden efter den konkurrensbegränsande samverkan hade en nära priskorrelation med natriumglukonat. Av bevisningen framgår utan tvekan att andra faktorer än den konkurrensbegränsande samverkan låg till grund för prisändringarna.

135. Klaganden har, med hänvisning till punkterna 230, 234 och 236–237 i den överklagande domen, för det tredje gjort gällande att förstainstansrätten har kastat om bevisbördan genom att kräva att ADM ska visa att priserna hade varit desamma om den konkurrensbegränsande samverkan inte hade förelegat.

136. I punkterna 177 och 184 i den överklagade domen har förstainstansrätten som svar på ADM:s argument att kommissionen måste visa hur priserna hade utvecklats om den konkurrensbegränsande samverkan inte hade förelegat – det vill säga att de hade varit högre om samverkan hade förelegat än om samverkan inte hade förelegat – anfört att detta är en omöjlig uppgift. Förstainstansrätten har trots detta i punkt 237 anfört att det ankommer på ADM att visa att samverkan inte haft någon inverkan. ADM anser att förstainstansrätten därigenom rättsligt felaktigt har kastat bevisbördan. Enligt riktlinjerna ska kommissionen visa den inverkan som samverkan har haft. I riktlinjerna föreskrivs emellertid inte att ADM ska visa att samverkan inte haft någon inverkan.

137. Kommissionen anser att vad ADM gjort gällande saknar grund och att den bygger på en felaktig tolkning av den överklagade domen. Såsom förstainstansrätten understrukit i punkt 229 i den överklagade domen uppkommer frågan om definitionen av marknaden i förevarande fall inte i samband med bedömningen om en överträdelse föreligger, utan i samband med bedömningen av hur allvarlig överträdelsen är. Förstainstansrätten har fastställt att ADM inte har visat att den verkliga inverkan på den berörda marknaden skulle ha bedömts annorlunda om en ändrad definition av marknaden hade använts. ADM har begärt att domstolen ska pröva en faktisk fråga inom ramen för ett överklagande som ADM har underlåtit att åberopa i första instans.

3. Den överklagade domen

138. Förstainstansrätten har i punkterna 228–237 i den överklagade domen prövat vad ADM gjort gällande om att kommissionen genom att inte inbegripa ersättningsprodukterna för natriumglukonat har definierat marknaden för de ifrågavarande produkterna för snävt och följaktligen felaktigt.

139. Förstainstansrätten påpekade i detta avseende inledningsvis att ADM inte har anmärkt på den felaktiga definitionen av marknaden för de ifrågavarande produkterna för att visa att kommissionen åsidosatt artikel 81.1 EG. ADM har inte bestritt att företaget överträtt denna bestämmelse genom att delta i en konkurrensbegränsande samverkan avseende marknaden för natriumglukonat. [91]

140. Förstainstansrätten fann vidare att ADM i det förevarande fallet gjort gällande att kommissionen hade ålagt ADM ett för högt bötesbelopp, särskilt genom att den enligt ADM:s uppfattning slutit sig till att den konkurrensbegränsande samverkan konkret hade påverkat den ifrågavarande marknaden och beaktat detta när den fastställde bötesbeloppet. Detta argument kan emellertid endast godtas om ADM visar att kommissionen, om den hade definierat marknaden för de ifrågavarande produkterna annorlunda, skulle ha konstaterat att överträdelsen inte konkret påverkat den marknad som definierats som marknaden för natriumglukonat och därmed utbytbara produkter. [92]

141. Förstainstansrätten fann i detta avseende att en undersökning av den påverkan som en konkurrensbegränsande samverkan har på den ifrågavarande marknaden enligt punkt A del 1 första stycket i 1998 års riktlinjer med nödvändighet medför ett hypotetiskt resonemang, bland annat för att undersöka hur högt priset för den ifrågavarande produkten hade varit om någon samverkan inte hade förelegat. [93] Det ankommer bland annat på kommissionen, och även motparten för det fall att den bestrider kommissionens slutsats, att undersöka hur högt priset för den ifrågavarande produkten hade varit om någon samverkan inte hade förelegat. [94] Detta är förbundet med en rad osäkerhetsfaktorer som kan bemötas med uttalanden som grundas på sannolikheter som inte kan mätas exakt. [95]

142. Enligt förstainstansrätten har ADM underlåtit att vederlägga kommissionens bedömning av natriumglukonatmarknaden i beslutet genom att åtminstone göra en ansats till att jämföra de verkliga prisförhållandena på den större marknaden för kelatbildare under den tid samverkan pågick med de prisförhållanden som sannolikt skulle ha gällt på samma större marknad om en samverkan begränsad till natriumglukonat inte hade förelegat. [96]

4. Rättslig bedömning

143. Av de tre grunder som det har redogjorts för ovan kommer jag först att pröva den sista. Jag anser nämligen att svaret på frågan om

91 — Därmed har förstainstansrätten underförstått angett att frågan om bevisbördan, i ett fall som inte är för handen här, skulle behandlas annorlunda än i förevarande fall. Avseende bevisbördan för huruvida det föreligger överträdelse eller inte, se nedan punkt 166 och följande punkter i detta förslag till avgörande.

92 — Punkt 230 i den överklagade domen.

93 — Se punkterna 175–178 i den överklagade domen samt hänvisningen till dem i punkt 230 i den ovannämnda domen.

94 — Se punkterna 232 och 233 i den överklagade domen.

95 — Se punkt 176 i den överklagade domen samt hänvisningen i punkt 230 i den ovannämnda domen till den sammanfattande punkten 178.

96 — Punkt 236 i den överklagade domen.

bevisbördan delvis ger svar på de båda andra grunderna, åsidosättande av principen att en institution måste iaktta de regler som den själv har antagit och att förstainstansrätten inte har besvarat frågan om inverkan på marknaden vid en ändrad definition av denna.

144. Enligt min uppfattning är begreppet bevisbörda vilseledande och inte tillräckligt precist i detta sammanhang. I förevarande fall rör det sig nämligen egentligen om den processuella skyldigheten att framföra argument och att föra en grundad argumentation (Darlegungs- und Substantiierungslast). Därmed avses parternas skyldighet att förebringa faktiska omständigheter som kan underbygga deras argumentation. Varje part måste hävda eller på ett övertygande sätt ange att det föreligger omständigheter som talar till förmån för parten, varvid den ena partens argumentation utgör måttstocken för den andra partens (de andra parternas) motargumentation.

145. Konkret innebär detta att ett grundat påstående av kommissionen om faktiska omständigheter endast kan vederläggas av ett minst lika grundat påstående av motparten. En slutlig fördelning av bevisbördan blir endast aktuell när båda parterna har en välgrundad och övertygande argumentation och har dragit olika slutsatser. [97]

97 — Förslag till avgörande av generaladvokaten Kokott av den 8 december 2005, i mål C-105/04 P, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied mot kommissionen (REG 2006, s. I-8725), punkt 73.

146. Kommissionen har i förevarande fall lagt en definition av marknaden för den ifrågavarande produkten till grund för sin bedömning av överträdelsens allvar vid beräkningen av bötesbeloppet.

147. Förstainstansrätten har enligt de ovannämnda principerna om bevisbördan ansett att denna definition är övertygande. Den har nämligen lagt detta förhållningssätt till grund för sin bedömning. Detta utgör inte någon felaktig rättstillämpning.

148. Förstainstansrätten har i sitt resonemang klargjort att det inte räcker att ADM endast påstår och i förekommande fall visar att utgångsdefinitionen av marknaden är felaktig, utan det ska även visas på vilket sätt tillämpningen av en felaktig utgångsdefinition avsevärt ändrar bedömningen av överträdelsens allvar. Förstainstansrätten har följaktligen underförstått utgått från att det inte är självklart att, såsom ADM anser, en felaktig definition av den berörda marknaden i ett fall som det förevarande medför en felaktig bedömning av den konkurrensbegränsande samverkans påverkan. Metodiskt ålägger förstainstansrätten följaktligen den part som vill ifrågasätta kommissionens bedömning, i förevarande fall ADM, att göra *samma prövning* som även kommissionen ska göra vid sin egen bedömning.

149. Förstainstansrätten har följaktligen begärt att klaganden underbygger sin argumentation med ett minst lika grundat påstående. Det är riktigt att ADM endast kan vinna framgång med sin talan mot kommissionens argumentation, vilken förstainstansrätten ansett vara övertygande, och mot den lika övertygande bedömningen i det angripna beslutet på grundval av en lika övertygande och grundad argumentation. Detta omfattar under omständigheterna i det förevarande fallet inte endast argumentationen avseende utgångsdefinitionen av marknaden utan även alla andra bedömningar som kommissionen gjort.

150. Förstainstansrätten har i punkterna 230 och 237 i den överklagade domen genom uttrycken ”inte påverkat”, ”inte inverkat” och ”eller åtminstone att denna inverkan varit försumbar” klargjort att kommissionens felaktiga bedömning av den inverkan som samverkan haft på den berörda marknaden endast hade kunnat vederläggas på ett tillfredsställande sätt om den omtvistade samverkan inte hade inverkat på den av ADM påstådda större marknaden för kelatbildare. Argumentationen om en förändrad definition av marknaden måste följaktligen åtföljas av den motiverade argumentationen att samverkan inte haft någon inverkan på den berörda marknaden, det vill säga att den praktiskt taget inte var effektiv, eftersom den inte har haft några konsekvenser.

151. Förstainstansrätten anser att det ankommer på ADM att visa eller genom ”omständigheter som sammantagna skulle kunna utgöra samlade och överensstämmande indicier” [98] styrka detta, nämligen genom att jämföra de priser som gällt om den konkurrensbegränsande samverkan hade förelegat med de priser som gällt om samverkan inte hade förelegat, [99] varvid de sistnämnda, såsom förstainstansrätten funnit i punkterna 175–178 i den överklagade domen, endast kan visas genom ett hypotetiskt resonemang.

152. Förstainstansrätten har genom denna bedömning på ett övertygande sätt och utan att göra sig skyldig till felaktig rättstillämpning i enlighet med de allmänna principerna om bevisbörda visat varför ADM inte har förmått vederlägga kommissionens här omtvistade bedömning.

153. Men även om domstolen inte skulle godta förstainstansrättens argumentation, kan förstainstansrättens dom trots detta inte upphävas. Domslutet är nämligen motiverat av andra rättsliga grunder, vilket leder till att överklagandet ska ogillas. [100] Jag ska i det följande redogöra för det bakomliggande resonemanget.

154. Det är uppenbart att tre grunder som prövas här innehåller ett motsägelsefullt resonemang som inte uppfyller logiska regler

98 — Punkt 237 i den överklagade domen.

99 — Punkterna 232–236 i den överklagade domen, med hänvisning till punkterna 196 och 197 i den ovannämnda domen.

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

och som står i strid med allmän erfarenhet. Det kan därför inte vederlägga kommissionens omtvistade konstateranden. Tillspetsat uttryckt kan det sägas att ADM visserligen har anfört att den konkurrensbegränsande samverkan ägt rum under flera år men att den varit verkningslös, eftersom en sådan samverkan inte har kunnat ha någon inverkan på den ”vidare marknaden”. Det finns inte det minsta stöd för att denna argumentation skulle vara riktig. Ett företags deltagande i konkurrensbegränsande förfaranden och avtal sker nämligen i syfte att maximera dess vinster. [101] ADM har i förevarande fall emellertid påstått att den under flera år lagt ned pengar, engagemang och tid på en samverkan som inte har haft någon gynnsam inverkan. Detta påstående är inte trovärdigt. Med tanke på den kännedom som finns om att konkurrensbegränsande samverkan är rättsstridig och om risken för böter, förefaller det paradoxalt att en sådan olönsam samverkan upprätthållits under flera år. [102] Eftersom denna argumentation och den där angivna definitionen av marknaden brister i logik kan den inte leda till att kommissionens konstateranden avseende den konkurrensbegränsande samverkans påverkan på den relevanta marknaden och definitionen av denna marknad är vederlagda.

155. Överklagandet kan således inte bifallas på grunden avseende ett åsidosättande av regler beträffande bevisbördan.

156. Av detta följer, beträffande klagandens påstående att principen att en institution måste iaktta de regler som den själv har antagit inte har iakttagits, att förstainstansrätten inte heller har gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning i detta avseende. Det ankom nämligen inte på kommissionen att visa vilken inverkan den konkurrensbegränsande samverkan haft på den av ADM definierade ”vidare” marknaden. Det fanns inte någon anledning att göra detta, eftersom ADM inte ens har lyckats väcka tvivel med avseende på huruvida kommissionens definition och bedömning var riktig.

157. Klaganden kan inte heller vinna framgång med den sista av de tre grunder som prövas gemensamt här, genom vilken klaganden har gjort gällande att förstainstansrätten har underlåtit att pröva ADM:s argumentation att det av bevisningen framgår att den konkurrensbegränsande samverkan inte har haft någon konkret inverkan på marknaden vid tillämpningen av en utsträckt definition av markanden.

101 — Se dom av den 7 januari 2004 i de förenade målen C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P och C-219/00 P, Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen (REG 2004, s. I-123), punkt 53.

102 — För fullständighetens skull ska det erinras om att förevarande bedömning av de faktiska omständigheterna avser en annan bevisrättslig situation än den som bedömdes i punkt 159 i dom av den 9 juli 2003 i mål T-224/00, Archer Daniels Midland och Archer Daniels Midland Ingredients mot kommissionen (REG 2003, s. II-2597). I det målet lämnade förstainstansrätten kommissionens beslut utan avseende i den del det anförts att ”[d]et är omöjligt att parterna vid flera tillfällen och under så lång tid skulle ha avtalat möte på platser över hela världen för att fastställa priser och dela upp marknadsandelar, utan att detta skulle ha påverkat lysinmarknaden”. Förstainstansrätten slog fast att detta saknar bevisvärde, eftersom det är ett rent antagande som inte grundats på objektiva ekonomiska faktorer (se även Debroux, ovan fotnot 34, s. 8). Jag delar förstainstansrättens synsätt som avser en situation i vilken bevisbördan åvilar kommissionen. I förevarande mål är situationen emellertid annorlunda. Vi har kommit till en punkt i vilken det åligger klaganden att ange varför det föreligger rimliga tvivel angående riktigheten i de konstateranden som kommissionen gjort avseende den konkurrensbegränsande samverkans påverkan på den relevanta marknaden samt definitionen av denna marknad. I detta sammanhang ankommer det på klaganden att åberopa omständigheter som kan utlösa ovannämnda ”rimliga tvivel”. Enligt min mening har klaganden i förevarande mål inte lämnat ens någon antydan till tvivel.

158. Som angetts ovan [103] är det enligt de allmänna reglerna om bevisbördan självklart att förstainstansrätten kräver att ADM genom grundad argumentation ifrågasätter kommissionens omtvistade konstateranden och definition, så att kommissionens konstateranden därigenom vederläggs och inte kan ifrågasättas på rättsliga grunder. Härvid ankommer det på förstainstansrätten att bedöma värdet av den bevisning som har förebringats, [104] vilket innebär att det förutom då bevisningen har missuppfattats, [105] vilket inte har gjorts gällande här, det avgörande är att förstainstansrätten är övertygad. Följaktligen kan förstainstansrätten inte kritiseras för att ha begärt att ADM jämför prisnivåerna. Jämförelsen av den prisutveckling som skett om den konkurrensbegränsande samverkan hade förelegat med den som skett om samverkan inte hade förelegat [106] utgör en integrerad del av bedömningen av den inverkan samverkan haft på den berörda marknaden. Det är i detta avseende nödvändigt att göra samma prövning som kommissionen ska beakta vid sin bedömning.

159. Klaganden har visserligen [107] angett ett av dessa prisförhållanden, [108] men det är uppenbart att denne inte har angett båda. Det finns inget i klagandens argumentation som tyder på att denne skulle ha påstått att den framfört och styrkt det nödvändiga hypotetiska resonemang, [109] genom vilket de prisförhållanden som ”sannolikt skulle ha gällt på samma större marknad om en samverkan begränsad till natriumglukonat inte hade förelegat” hade kunnat visas.

160. Förstainstansrätten har i punkterna 234 och 236 i den överklagade domen motiverat denna bedömning på ett tillfredsställande sätt. Det framgår inte att motiveringen är bristande.

161. Av det ovanstående följer att överklagandet inte kan vinna bifall på någon del av den här prövade grunden.

E — *Felaktig rättstillämpning med avseende på den tidpunkt vid vilken den konkurrensbegränsande samverkan upphörde (den åttonde, den nionde, den tionde och den elfte grunden)*

1. Inledande synpunkter

162. Enligt artikel 15.2 i förordning nr 17 beaktas varaktigheten av varje överträdelse som ett företag som har deltagit i den

103 — Se ovan punkt 145 och följande punkter i detta förslag till avgörande.

104 — Se, avseende fast rättspraxis, bland annat dom av den 1 juni 1994 i mål C-136/92 P, kommissionen mot Brazzelli Lualdi m.fl. (REG 1994, s. I-1981), punkt 66, och av den 15 juni 2000 i mål C-237/98 P, Dorsch Consult mot rådet och kommissionen (REG 2000, s. I-4549), punkt 50.

105 — Se mer ingående, om missuppfattning av bevisningen, nedan i punkt 202 i detta förslag till avgörande.

106 — Se punkt 236 i den överklagade domen. Å ena sidan de prisförhållanden som gällde på den större marknaden för kelatbildare under den tid samverkan pågick, och å andra sidan de prisförhållanden som sannolikt skulle ha gällt på samma större marknad om en samverkan beträffande natriumglukonat inte hade förelegat.

107 — Det är fråga om en bedömning av de faktiska omständigheterna, som domstolen inte är behörig att kontrollera inom ramen för ett överklagande, se ovan punkt 44 i detta förslag till avgörande.

108 — Förmodligen är syftet med framställningen av de faktiska omständigheter som påtalats ovan i punkt 134 i detta förslag till avgörande att beskriva de prisförhållanden som gällde på den större marknaden för kelatbildare under samverkansperioden.

109 — Se, i detta avseende, ovan punkt 141 i detta förslag till avgörande.

konkurrensbegränsande samverkan har gjort, vid beräkningen av bötesbeloppet. Detta sker i form av ett tilläggsbelopp enligt punkt 1 del B i 1998 års riktlinjer. [110]

163. Klaganden har, med avseende på de fyra grunder som den gjort gällande avseende frågan om tidpunkten då samverkan upphörde, anfört att förstainstansrätten gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning genom att godta kommissionens konstaterande att ADM deltagit i den konkurrensbegränsande samverkan under tre år och elva månader, från juni år 1991 till juni år 1995, vilket medförde en ökning av bötesbeloppet med 35 procent på grund av överträdelsens varaktighet. I själva verket deltog ADM i den konkurrensbegränsande samverkan under tre år och fyra månader, från oktober/november år 1991 till den 4 oktober 1994. [111] Bötesbeloppet måste följaktligen sänkas.

164. Klaganden gjorde vid förstainstansrätten gällande att kommissionen gjort felaktiga bedömningar genom att anse att överträdelsen pågått fram till juni 1995. ADM har dels hävdat att företaget avslutade sin delaktighet i samverkan under mötet i London den 4 oktober 1994 och vidare att mötet i Anaheim (Kalifornien, Förenta staterna) mellan den 3 och den 5 juni 1995 inte kan anses utgöra en fortsättning av överträdelsen. [112]

165. Klaganden har anfört fyra grunder för att ifrågasätta förstainstansrättens bedömning i detta avseende: Åsidosättande av artikel 81 EG genom felaktig tillämpning av bestämmelserna om ett upphörande av deltagandet i en konkurrensbegränsande samverkan, missuppfattning av bevisningen vad gäller den tidpunkt då ADM drog sig tillbaka, åsidosättande av artikel 81 vad gäller mötet i Anaheim samt missuppfattning av bevisningen vad gäller den anteckning som Roquette påstås ha gjort.

166. Innan jag i detalj går in på dessa grunder ska jag lämna några allmänna anmärkningar angående den processuella fördelningen av bevisbördan, eftersom vi här står inför en något annorlunda fråga än delvis ovan. [113]

167. Det rör sig visserligen även vad gäller de grunder som ska avhandlas här slutligen om att fastställa ett bötesbelopp. Denna del av beräkningen av bötesbeloppet sker emellertid med tillämpning av kriteriet samverkans

110 — Enligt punkt 1 del B i 1998 års direktiv gäller följande: överträdelser med kort varaktighet (normalt kortare än ett år): inget tilläggsbelopp, överträdelser med medellång varaktighet (normalt ett till fem år): beloppet kan uppgå till 50 procent av det belopp som fastställts för överträdelsens allvar, överträdelser med lång varaktighet (normalt längre än fem år): beloppet kan för varje år fastställas till 10 procent av det belopp som fastställts för överträdelsens allvar.

111 — Trots att klagandens uppgifter i detta avseende inte endast avviker från kommissionens konstateranden vad gäller den tidpunkt då samverkan upphörde, utan även vad gäller den tidpunkt då samverkan påbörjades avser klagandens argumentation vid förstainstansrätten, såsom uppenbarligen även vid domstolen, emellertid endast tidpunkten då samverkan upphörde.

112 — Punkt 240 i den överklagade domen.

113 — Se ovan punkt 144 och följande punkter i detta förslag till avgörande

varaktighet. Detta kriterium, vilket är relevant för bötesbeloppet, får sitt innehåll av kommissionens uppgifter vad gäller förekomsten av överträdelser av konkurrenslagstiftningen och kommissionens slutsatser i detta avseende.

168. Såvitt tvisten avser den konkurrensbegränsande samverkans varaktighet eller enskilda företags delaktighet i samverkan, vilket är fallet i förevarande mål, ankommer det på kommissionen att förete bevisning för de tidsperioder som den konstaterat i det angripna beslutet. [114] Vid en tvist avseende förekomsten av överträdelser av konkurrensreglerna ankommer det nämligen på kommissionen att åberopa bevisning för de överträdelser den har konstaterat och fastställa vilken bevisning som krävs för att på ett tillfredsställande sätt styrka förekomsten av de faktiska omständigheter som utgör en överträdelse. [115]

169. Det är i detta sammanhang inte ovanligt att förekomsten av ett konkurrensbegränsande förfarande eller avtal kan härledas ur ett antal sammanträffanden och indicier som, när de beaktas tillsammans och när det saknas någon annan hållbar förklaring, kan utgöra bevis för att det har skett en överträdelse av konkurrensreglerna. [116]

170. När det i denna mening har styrkts att ett företag har deltagit i ett uppenbart konkurrensbegränsande sammanträde, gäller som bevisbörderegel att det åvilar det företag som är föremål för undersökning att anföra omständigheter som visar att bolagets deltagande i nämnda sammankomster inte tjänade något som helst konkurrensbegränsande syfte, genom att styrka att bolaget förklarade för sina konkurrenter att det deltog i sammankomsterna med en annan inställning än dessa. [117] Argumentet att företaget dragit sig tillbaka från en konkurrensbegränsande samverkan i hemlighet är inte välgrundat. [118]

114 — Med avseende på den objektiva bevisbördan (det vill säga med avseende på situationen där en omständighet inte kan bevisas– *non liquet*) innehåller artikel 2 första meningen i förordning nr 1/2003, som inte ska tillämpas här av tidsmässiga skäl, en motsvarande bestämmelse. Se i detta avseende Säcker/Jaeks, ”Kommentierung zu Art. 81 EG”, punkt 815, i Hirsch/Montag/Säcker, *Europäisches Wettbewerbsrecht, Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht)*, volym 1.

115 — Fast rättspraxis, se bland annat dom av den 17 december 1998 i mål C-185/95 P, Baustahlgewebe mot kommissionen (REG 1998, s. I-8417), punkt 58. Se även Hackspiel, ”24 § Beweisrecht”, punkt 13, i: Rengeling/Middeke/Gellermann, *Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union*. Inom konkurrensrätten åligger det i princip kommissionen att visa att en överträdelse föreligger, särskilt att ett företag har deltagit i en samverkan, och hur länge denna överträdelse varat.

116 — Domen i det ovan i fotnot 101 nämnda målet Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen, punkt 57. Se i detta avseende även punkterna 55 och 56 i den ovannämnda domen där följande anges. Punkt 55: ”Eftersom förbudet mot att delta i konkurrensbegränsande förfaranden och avtal, samt de sanktioner som kan påföras dem som bryter mot förbudet är väl kända, är det vanligt att den verksamhet som dessa förfaranden och avtal medför bedrivs i hemlighet, att mötena äger rum i hemlighet, oftast i tredje land och att därtill hörande dokumentation begränsas till ett minimum.” Punkt 56: ”Även om kommissionen upptäcker handlingar som uttryckligen bekräftar att aktörer har haft otillåten kontakt med varandra, exempelvis i form av protokoll från ett möte, är dessa vanligtvis fragmentariska och spridda, varför det ofta visar sig vara nödvändigt att rekonstruera vissa detaljer med hjälp av slutledning.”

117 — Domen i det ovan i fotnot 101 nämnda målet Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen, punkt 81 med vidare hänvisningar, och dom av den 14 juli 2005 i mål C-57/02 P, Acerinox mot kommissionen (REG 2005, s. I-6689), punkt 46 med vidare hänvisningar. Se även Hackspiel (ovan fotnot 115), punkt 13.

118 — Domen i det ovan i fotnot 101 nämnda målet Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen, punkterna 84 och 85.

171. Det förtydligande som detta innebär med avseende på bevisbördan får emellertid inte innebära att det bortses från den ovannämnda [119] aspekten av skyldigheten att framföra argument och att föra en grundad argumentation. Även om bevisbördan för de konstateranden som gjorts i det angripna beslutet åligger kommissionen är det emellertid klaganden, i förevarande fall ADM, som är skyldig att ange de omständigheter och indicier som kan ligga till grund för uppfattningen att det föreligger skäl att betvivla riktigheten av de fastställanden som den omtvistade rättsakten grundar sig på. [120] Logiken i kommissionens fastställanden anger måttstocken för hur ingående den argumentation som riktats mot dessa ska vara.

172. Det ankommer i princip på förstainstansrätten att bedöma de faktiska omständigheterna och bevisningen. [121] Detta omfattar följdriktigt bedömningen av huruvida argumentationen är välgrundad, och denna kan endast i begränsad omfattning bli föremål för ett överklagande, bland annat vad gäller missuppfattning av bevisningen. [122]

119 — Se ovan punkt 144 och följande punkter i detta förslag till avgörande.

120 — Hackspiel (ovan fotnot 115), punkt 13.

121 — Se ovan punkt 44 i detta förslag till avgörande.

122 — Se mer ingående, om missuppfattning av bevisningen, nedan i punkt 202 i detta förslag till avgörande.

2. Åsidosättande av artikel 81 EG genom felaktig tillämpning av bestämmelserna om upphörande av deltagandet i en konkurrensbegränsande samverkan

a) Parternas argument

173. Klaganden har med hänvisning till punkterna 247–253 i den överklagade domen gjort gällande att förstainstansrätten har åsidosatt artikel 81 EG genom att felaktigt tillämpa bestämmelserna om upphörande av deltagandet i en konkurrensbegränsande samverkan. Förstainstansrätten har visserligen med rätta tillämpat kriteriet ”offentligt avståndstagande” vid bedömningen av om ett företag upphört att delta i samverkan. Förstainstansrätten borde emellertid av den omständigheten att det kartellmöte som ägde rum den 4 oktober 1994 i London hade anordnats på initiativ av ADM ha dragit slutsatsen att ADM därmed avbröt sin delaktighet i samverkan.

174. Förstainstansrätten har emellertid av omständigheterna, nämligen att ADM under mötet för det första hotat att dra sig tillbaka från samverkan om dess begäran inte uppfylldes, för det andra ställt ett ultimatum och för det tredje lämnat mötet efter det att tiden för detta ultimatum hade löpt ut utan att åtgärder hade vidtagits, inte dragit denna slutsats. Förstainstansrätten har i kriteriet ”offentligt avståndstagande” felaktigt infört en subjektiv komponent genom att bedöma ADM:s motiv. Förstainstansrätten betraktade den omständigheten att ADM hade lämnat mötet som en förhandlingsstrategi och godtog följaktligen inte att samverkan upphörde den 4 oktober 1994.

175. Kriteriet ”offentligt avståndstagande” ska emellertid endast förstås som ett objektivt kriterium. Av rättspraxis framgår att begreppet rättsstridigt avtal eller samordnade förfaranden har en objektiv karaktär, eftersom det förutsätter [123] ”medvetet samförstånd” [124] och en ”vilja”. [125] Enligt rättspraxis räcker det inte heller att till sitt försvar framföra argumentet att företaget dragit sig tillbaka från en samverkan i hemlighet. [126] Klaganden anser att en dold avsikt att fortsätta att delta i samverkan efter ett offentligt avståndstagande inte heller ska bedömas som en omständighet som är till klagandens nackdel. Om det hade rört sig om förhandlingsstrategi så hade denna dessutom varit misslyckad. I vart fall avser artikel 81 EG offentliga handlingar och inte tankar som inte överensstämmer med reglerna.

176. Efter det att klaganden lämnat mötet och därmed överenskommelsen, upphörde denna att gälla till följd av olösta konflikter. Därefter vidtogs inte några ytterligare åtgärder med avseende på överenskommelsen, vilket framgår av att det inte lämnades något meddelande om försäljningssiffror, vilket förstainstansrätten själv medgav i punkt 252 i den överklagade domen.

177. Slutligen är de aspekter som framfördes som motivering i punkterna 248 och 249 i den överklagade domen för det första felaktiga och för det andra irrelevanta, eftersom kommissionen varken i sitt beslut eller i sitt svaromål nämnt dessa aspekter.

178. Kommissionen har försvarat den överklagade domen.

b) Den överklagade domen och den rättsliga bedömningen

179. Förstainstansrätten har i punkt 246 i den överklagade domen hänvisat till kriteriet ”offentligt avståndstagande”. Det kan inte fastställas att ADM upphört att delta i samverkan om det inte ”offentligt tagit avstånd från mötenas innehåll”. I punkt 247 i den överklagade domen slog förstainstansrätten fast att den omständigheten att ADM lämnade mötet i London den 4 oktober 1994 inte innebär att företaget upphört att delta i samverkan, eftersom ADM inte öppet tog avstånd från syftena med samverkan utan tvärtom genom försöken att lösa den konflikt som uppstod mellan kartellens deltagare och dess försök att uppnå enighet påvisade ett principiellt godtagande av att samverkan

123 — Klaganden har åberopat två domar till stöd för sin uppfattning. Dom av den 6 januari 2004 i de förenade målen C-2/01 P och C-3/01 P, BAI och kommissionen mot Bayer (REG 2004, s. I-26), och av den 14 juli 1972 i mål 48/69, Imperial Chemical Industries mot kommissionen (REG 1972, s. 619; svensk specialutgåva, volym 2, s. 25). I punkt 102 i den förra domen anges; ”För att ett avtal i den mening som avses i artikel 85.1 i fördraget skall anses ha ingåtts genom ett underförstått godkännande är det nödvändigt att den *vilja* som en av avtalsparterna ger uttryck för i ett konkurrensbegränsande syfte utgör en uttrycklig eller underförstådd uppmaning till den andra parten att gemensamt förverkliga ett sådant syfte, …” I punkterna 64–67 i den senare domen anges att ”den fria konkurrensens *medvetet* ersätter risker med ett praktiskt inbördes samarbete …” (klagandens kursivering).

124 — I originaltexten används begreppet knowing consensus.

125 — Den engelska originaltexten är inte helt klar på denna punkt. Klaganden har i originaltexten visserligen skrivit ”manifest concurrence of wills”, men i det domstolscitat som anges i denna har den emellertid understrukit orden ”manifestation of the wish”.

126 — Domen i det ovan i fotnot 101 nämnda målet Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen, punkt #).

genomförs. Förstainstansrätten är av samma uppfattning som kommissionen att det aktuella agerandet kan bedömas som förhandlingsstrategi och inte som att företaget upphört att delta i samverkan.

180. Eftersom domstolen inte kan göra en ny bedömning av de faktiska omständigheterna inom ramen för överklagandet, [127] är det vid prövningen av denna grund endast fråga om ADM:s motiv till att lämna mötet i London den 4 oktober 1994, som får beaktas vid bedömningen av de faktiska omständigheterna.

181. Klaganden har inte bestritt att mötet i London den 4 oktober 1994 utgör en ”uppenbart konkurrensbegränsande sammankomst”. [128] I det fallet åvilar det klaganden, såsom redan angetts ovan, att med hjälp av indicier redogöra för, och i förekommande fall styrka, att företaget inte deltagit i dessa sammankomster i konkurrensbegränsande syfte, och att det förklarat för sina konkurrenter att det deltog i sammankomsterna med en *annan* inställning än dessa. [129]

182. I motsats till vad klaganden har hävdat är ”avsikter” och ”motiv” av intresse och ska beaktas, Dessutom är adressaterna inblandade. Det rör sig nämligen om att förklara för konkurrenterna att företaget deltog i sammankomsterna med en *annan* inställning än dessa. Därmed avses en inställning som *inte (längre)* är *konkurrensbegränsande*.

183. Detta synsätt betonas särskilt i domen i målet Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen:

”84 Det tysta medgivandet av ett olagligt initiativ kommer i detta avseende, i avsaknad av ett öppet avståndstagande från innebörden av detta eller ett avslöjande för de administrativa enheterna, att uppmuntra till fortsatt överträdelse och äventyra upptäckten av denna. Detta samförstånd utgör ett passivt deltagande i överträdelsen som alltså kan ådra företaget ansvar för ett enda avtal.

85 Dessutom innebär inte den omständigheten att ett företag underlåter att rätta sig efter resultaten av ett möte i konkurrensbegränsande syfte, att företagets ansvar på grund av att det har deltagit i överenskommelsen bortfaller, så länge det inte öppet tagit avstånd från mötets innehåll …”

127 — Se ovan punkt 172 i detta förslag till avgörande.
128 — Se ovan punkt 170 i detta förslag till avgörande.
129 — Se ovan punkt 170 i detta förslag till avgörande.

184. På ett annat ställe i den sistnämnda domen anges dessutom att det rör sig om att öppet ta avstånd från det otillåtna förfarandet eller att underrätta de andra deltagarna om att ”andra”, det vill säga icke konkurrensbegränsande, avsikter föreligger att delta i ett i sig konkurrensbegränsande möte. [130]

185. Av vad som har anförts ovan följer att förstainstansrätten inte gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning när den tillämpade kriteriet. Kriteriet har fastställts och tillämpats på ett korrekt sätt.

186. Vad beträffar de aspekter som framförts som motivering i punkterna 248 och 249 i den överklagade domen, som klaganden anser vara felaktiga och irrelevanta, kan konstateras att de inte längre är av betydelse, eftersom bedömningen i punkterna 246 och 247 i den överklagade grunden utgör stöd för att inte bifalla överklagandet på den aktuella grunden.

187. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att överklagandet även ska lämnas utan bifall såvitt avser denna grund.

130 — Domen i det ovan i fotnot 101 nämnda målet Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen, punkt 330.

3. Åsidosättande av artikel 81 EG vad gäller mötet i Anaheim

188. Jag ska härefter i en något annorlunda ordningsföljd befatta mig med det möte som ägde rum i Anaheim i juni 1995 för att senare gemensamt behandla de två punkter på vilka klaganden har klandrat den överklagade domen avseende missuppfattning av bevisningen.

a) Parternas argument

189. Klaganden har gjort gällande att förstainstansrätten i strid med artikel 81 EG har fastställt att agerandet på mötet i Anaheim i juni 1995 var konkurrensbegränsande. Mötet i Anaheim var inte konkurrensbegränsande, utan vid detta utbyttes endast uppgifter om marknaden som inte var specifika för företagen. Under förutsättning att den konkurrensbegränsande samverkan upphörde under mötet den 4 oktober 1994 har det på sin höjd kunnat röra sig om början av en ny sådan samverkan. Försöket att genom ett anonymt informationsutbyte fastställa marknadens totala storlek är i sig inte förbjudet. Kommissionen har i strid med vad som anges i punkt 265 i den överklagade domen inte heller försökt att visa att detta medförde en begränsning av konkurrensen. Förstainstansrätten gjorde sig alltså skyldig till felaktig rättstillämpning genom att anse att den konkurrensbegränsande samverkan fortsatte genom mötet i juni 1995.

190. Kommissionen har genmält att klaganden inte avbröt sin delaktighet i den konkurrensbegränsande samverkan under mötet i oktober 1994 och att mötet i Anaheim inte är en fortsättning på kartellmötena. Förstainstansrätten har inte gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning.

259 Förstainstansrätten anmärker att detta förfarande i huvudsak överensstämmer med fast praxis inom samverkan som syftade till att de tilldelade försäljningskvoterna skulle iakttas och som, vilket framgår av punkterna 92 och 93 i beslutet, innebar att deltagarna i samverkan före varje möte meddelade sina försäljningssiffror till Jungbunzlauer, som sammanställde dem och delade ut dem under mötena.

b) Den överklagade domen och den rättsliga bedömningen

191. Förstainstansrätten har i punkterna 258–268 i den överklagade domen gjort en bedömning av mötet i Anaheim den 3–5 juni 1995. Förstainstansrätten har i detta sammanhang bedömt de faktiska omständigheter som underställts den för prövning i fem steg. I de första båda bedömningsstegen, som denna grund avser, bedöms i punkterna 258–262 mötets förlopp.

260 ADM har för det andra bekräftat kommissionens beskrivning av händelserna i punkt 232 i beslutet. Enligt denna föreslogs ett nytt system för informationsutbyte om försäljningsvolymen. Detta system skulle göra det möjligt att anonymt, det vill säga så att ingen av deltagarna fick kännedom om övriga deltagares försäljning, fastställa natriumglukonatmarknadens storlek på följande sätt:

”258 Förstainstansrätten konstaterar först och främst att ADM, såsom kommissionen anmärkt i punkt 232 i beslutet, inte bestritt att deltagarna under det ovannämnda mötet, vid vilket samtliga deltagare var närvarande, diskuterade hur stora mängder natriumglukonat som sålts under 1994. Kommissionen har, utan att ADM bestritt detta, särskilt erinrat om att enligt vad detta företag uppgett begärde Jungbunzlauer att det skulle ’meddela ADM:s totala försäljning av natriumglukonat under 1994’ …

’Företag A skrev in ett godtyckligt antal motsvarande en del av dess totala volym. Företag B visade därefter företag C summan av det antal som företagen A och B skrivit in. Företaget C lade sin totala volym till denna summa. Företaget A lade slutligen till återstoden av sin totala volym och meddelade de övriga slutsumman’ …

…

262 Det saknas härvid skäl att pröva huruvida detta agerande i individuellt hänseende utgjorde en överträdelse av konkurrensbestämmelserna. Förstainstansrätten finner att kommissionen hade fog för att bedöma att detta agerande utgjorde ett nytt försök från deltagarnas sida att 'återupprätta ordningen på marknaden' och att fortsätta med den konkurrensbegränsande praxis som införts under tidigare år i syfte att skaffa sig marknadskontroll genom att agera gemensamt men i förekommande fall med olika metoder. Kommissionen hade fog för att tolka den omständigheten att deltagarna i samverkan försökt införa det system för 'anonymt' informationsutbyte, som beskrivs ovan i punkt 260 som en naturlig fortsättning på företagens agerande i samverkan vilket, såsom framgår av bland annat punkt 93 i beslutet, karaktäriserades av en 'i ökande grad ömsesidigt misstänksam atmosfär', men som inte desto mindre hade till syfte att dela upp marknaden. Ur denna synvinkel hade kommissionen fog för att anse att deltagarna i samverkan, genom att införa ett nytt system för informationsutbyte, visade att de 'fortfarande var [beslutna] att finna en lösning som gjorde det möjligt för dem att fortsätta sin konkurrensbegränsande verksamhet' … och att 'behålla marknadskontrollen genom att agera gemensamt' …"

192. I det följande bedömningssteget, "för det tredje", rör det sig om den anteckning som Roquette påstås ha gjort. Detta kommer att undersökas senare. I det fjärde steget rör det sig om förklaringar som avgetts av deltagarna i den konkurrensbegränsande samverkan, vilket också kommer att undersökas senare. I avsnittet "för det femte" anges att det saknar relevans att det möte som ägde rum i juni 1995 hållits i samband med ett allmänt industrimöte. Denna omständighet utgör inte hinder för att de berörda företagen utnyttjade det allmänna mötet för att mötas med avseende på den konkurrensbegränsande samverkan.

193. Förstainstansrättens argumentation i punkterna 258–262 i den överklagade domen avser huvudsakligen en bedömning av de faktiska omständigheterna som i princip inte kan vara föremål för en ny bedömning inom ramen för ett överklagande. [131] Förstainstansrätten har utgått från att mötet i Anaheim inte utgör början på en ny konkurrensbegränsande samverkan, utan en fortsättning på den gamla. Klagandens argument att den konkurrensbegränsande samverkan upphörde i samband med mötet i London den 4 oktober 1994 är felaktigt, enligt förstainstansrättens bedömning. Dessa båda slutsatser som förstainstansrätten dragit är följden av en bedömning av de faktiska omständigheterna, och domstolen kan således inte ersätta förstainstansrättens bedömning med sin egen bedömning.

194. Klagandens påstående att det vid mötet som ägde rum i juni 1995 inte hade skett något

131 — Se ovan punkterna 44 och 172 i detta förslag till avgörande.

olagligt utbyte av information, eftersom det försök som gjordes där att genom anonymt informationsutbyte fastställa marknadens totala storlek inte hade till syfte att begränsa konkurrensen, utgör ett gränsfall mellan en bedömning av de faktiska omständigheterna och en rättsfråga.

195. Betraktat för sig skulle frågan huruvida ett sådant utbyte av information utgör ett konkurrensbegränsande beteende i princip kunna betraktas som en rättsfråga. Klaganden, som har åberopat olika källor till stöd för sitt påstående, [132] verkar i vart fall utgå från detta.

196. Denna fråga ställdes emellertid inte isolerat till förstainstansrätten i detta sammanhang, utan i samband med klassificeringen och bedömningen av ett av flera möten, det sista såvitt känt, mellan deltagarna i den konkurrensbegränsande samverkan. Sammanhanget präglas av den omständigheten att det är ostridigt att den konkurrensbegränsande samverkan existerade under flera år. I detta sammanhang är det fråga om hur deltagarnas uppträdande ska klassificeras och bedömas under detta uppenbarligen sista möte.

197. Förstainstansrätten har i detta avseende bedömt de faktiska omständigheter som underställts den för prövning och slagit fast att samtliga deltagare i den konkurrensbegränsande samverkan var närvarande vid mötet och att de, liksom även vid tidigare möten, diskuterat hur stora mängder av produkten som sålts under föregående år. Förstainstansrätten har härvid riktigt beaktat att ett nytt system för informationsutbyte om försäljningsvolymen föreslogs och tillämpades. Såsom redan återgetts ovan, anförde förstainstansrätten i detta avseende att detta system skulle göra det möjligt att anonymt, det vill säga så att ingen av deltagarna fick kännedom om övriga deltagares försäljning, fastställa natriumglukonatmarknadens storlek. Förstainstansrätten har emellertid inte fastställt om det nya systemet i sig var konkurrensbegränsande, vilket vore en rättsfråga, utan har bedömt om kommissionen hade fog för att bedöma kartelldeltagarnas uppträdande under mötet som en fortsättning på deras tidigare uppträdande, med nya metoder och i nya former. Förstainstansrätten har därmed gjort en bedömning av de faktiska omständigheterna. Domstolen får alltså inte heller här göra en förnyad prövning.

132 — Klaganden har i det avseendet bland annat hänvisat till punkt 42 i generaladvokaten Geelhoeds förslag till avgörande av den 29 juni 2006 i mål C-238/05, ASNEF-EQUIFAX (REG 2006, s. I-11125), närmare bestämt till följande stycke: ”De sammanlagda uppgifterna om marknaden är i princip lagliga på villkor att de inte gör det möjligt att identifiera och få kännedom om en enskild konkurrents affärsstrategi.” Detta stycke talar, sett i sitt sammanhang, emellertid inte entydigt för klagandens tolkning. Generaladvokaten Geelhoed har i punkterna 41 och 42 i det ovannämnda förslaget till avgörande anfört att frågan huruvida sammanläggningsnivån gör det möjligt att få kännedom om konkurrenters strategier, *vilket i sista hand beror på antalet konkurrenter* också är av betydelse för skillnaden mellan ett lagligt informationsutbyte och ett olagligt informationsutbyte. Därutöver är den berörda marknadens struktur (oligopolistisk eller splittrad) och frekvensen av utbytet av betydelse. Det ska dessutom påpekas att generaladvokaten Geelhoeds uttalande visserligen är allmänt formulerat, det har emellertid gjorts mot bakgrund av en helt annorlunda situation. Det var i det fallet fråga om ett system för utbyte av kreditinformation mellan finansinstitutet, konkret om ett informationsregister avseende kunders solvens.

198. Den andra punkt som klaganden har klandrat den överklagade domen på är att kommissionen inte har visat att systemet för anonymt informationsutbyte som införts för att fastställa marknadens totala storlek medfört en konkurrensbegränsning. Vad klaganden har anfört i denna del kan inte heller leda till bifall för överklagandet på den åberopade grunden.

199. Förstainstansrätten har i detta avseende i punkt 265 i den överklagade domen med rätta erinrat om att enligt fast rättspraxis behöver den faktiska inverkan av en överenskommelse inte beaktas när artikel 81.1 EG tillämpas på en överenskommelse om det framgår att överenskommelsen *har till syfte* att hindra, begränsa eller snedvrida konkurrensen på den gemensamma marknaden. [133] Såsom framgår av den ovan återgivna punkten 262 i den överklagade domen hade kommissionen enligt förstainstansrättens bedömning fog för att anse att deltagarna i samverkan, genom att införa ett nytt system för informationsutbyte, visade att de *syftade* att fortsätta sin konkurrensbegränsande verksamhet i syfte att skaffa sig marknadskontroll.

200. Överklagandet kan således inte heller vinna bifall såvitt avser den förevarande grunden.

133 — Se bland annat dom av den 13 juli 1966 i de förenade målen 56/64 och 58/64, Consten och Grundig mot kommissionen (REG 1966, s. 322, och s. 390; svensk specialutgåva, volym 1, s. 277) och domen i det ovan i fotnot 51 nämnda målet Limburgse Vinyl Maatschappij m. fl. mot kommissionen, punkt 491.

4. Missuppfattning av bevisningen vad beträffar den tidpunkt vid vilken samverkan upphörde och den tidpunkt vid vilken ADM drog sig tillbaka.

201. Jag ska härefter undersöka ytterligare två punkter på vilka klaganden har klandrat den överklagade domen avseende missuppfattning av bevisningen.

202. En missuppfattning av bevisningen föreligger när bedömningen av den befintliga bevisningen framstår som uppenbart felaktig utan att någon ny bevisning beaktas. [134] Detta kan vara fallet när bedömningen innehåller ett logiskt tankefel eller syftet med bevisningen förvrängts, [135] det vill säga att viss bevisning har getts ett objektivt sett felaktigt innehåll. [136]

134 — Dom av den 18 januari 2007 i mål C-229/05 P, PKK och KNK mot rådet (REG 2007, s. I-445), punkt 37.

135 — Hackspiel,"28 §, Rechtsmittel und Rechtsbehelfe", punkt 28, i: Rengeling/Middeke/Gellermann, *Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union*.

136 — Förslag till avgörande av generaladvokaten Kokott av den 27 september 2006 i mål C-229/05 P, PKK och KNK mot rådet (REG 2007, s. I-445), punkt 43.

a) Bedömning av handlingar från andra deltagare i den konkurrensbegränsande samverkan

i) Parternas argument

203. Klaganden har med hänvisning till punkterna 248–250 i den överklagade domen gjort gällande att förstainstansrätten har missuppfattat bevisningen genom att inte finna att de där nämnda handlingarna från andra deltagare, nämligen Roquette och Jungbunzlauer, utgör stöd för klagandens argumentation att den redan hade dragit sig tillbaka från avtalet den 4 oktober 1994. I motsats till förstainstansrättens tolkning utgör de uppgifter som Roquette och Jungbunzlauer lämnat stöd för ADM:s argumentation att avtalet och därmed samverkan upphörde den 4 oktober 1994. Jungbunzlauer förklarade att ”[ö]verenskommelserna [för samverkan] upphörde, eftersom Roquette i London den 4 oktober 1994 förklarade att företaget inte avsåg att iaktta någon av dem”. Roquette förklarade att företaget vägrade fortsätta samverkan och att avtalet därmed upphörde. Roquette och Jungbunzlauer har således angett samma tidpunkt för när avtalet upphörde att gälla som ADM. Förstainstansrättens motsatta tolkning stöds varken av det angripna beslutet eller av kommissionens svaromål.

204. Kommissionen anser att dessa argument inte kan godtas. Av den ifrågavarande bevisningen framgår inte att hela kartellen upphörde den 4 oktober 1994. Av bevisningen framgår endast att Roquette lämnade samverkan vid den nämnda tidpunkten, dock inte att klaganden gjorde detta. Förstainstansrätten fann med rätta att det inte finns något som tyder på att klaganden den 4 oktober 1994 upphört med sitt deltagande i samverkan.

ii) Den överklagade domen och den rättsliga bedömningen

205. Punkterna 248–250, som klaganden har hänvisat till, utgör tillsammans med punkt 251 i den överklagade domen det redan nämnda [137] fjärde delresonemanget av fem. Detta avsnitt i domen har följande lydelse:

”248 Det framgår vidare inte av någon av de handlingar som ADM åberopat att de andra deltagarna i samverkan uppfattade ADM:s agerande under det ovannämnda mötet som ett offentligt avståndstagande från samverkans innehåll.

249 För det första innehåller Jungbunzlauers skrivelse till kommissionen av den 21 maj 1999 inte någon beskrivning av ADM:s uppträdande under mötet

137 — Se ovan punkt 192 i detta förslag till avgörande.

i London den 4 oktober 1994. I skrivelsen anges endast att ’[ö]verenskommelserna [för samverkan] upphörde, eftersom Roquette i London den 4 oktober 1994 förklarade att företaget inte avsåg att iaktta någon av dem’.

250 I sin skrivelse till kommissionen av den 12 maj 1998 nämnde Fujisawa inte det ovannämnda mötet, i vilket det för övrigt inte deltagit, något som för övrigt framgår av skäl 224 i beslutet. I denna skrivelse angav Fujisawa däremot att samverkan inte avslutades förrän år 1995.

251 För det tredje innehåller inte heller beskrivningen av detta möte i Jungbunzlauers skrivelse till kommissionen av den 30 april 1999 någon uppgift om att ADM under detta möte förklarat sig vilja dra sig tillbaka från samverkan. I denna skrivelse uppgav Jungbunzlauer tvärtom att ADM hade begärt att försäljningsvolymerna skulle omfördelas men att de övriga inte delat den uppfattningen.”

206. Förstainstansrätten har i detta avsnitt i den överklagade domen, av tre skrivelser från andra deltagare i samverkan, dragit slutsatser med avseende på samverkans existens under perioden 4 oktober 1994 till juni 1995. I motsats till vad klaganden har gjort gällande framgår inte att bedömningen av denna bevisning är uppenbart oriktig. Bevisningen har inte getts ett objektivt sett felaktigt innehåll.

207. Tvärtom utgör konstaterandet i punkt 250 att ”[Fujisawa i] denna skrivelse … däremot [angav] att samverkan inte avslutades förrän år 1995”, jämfört med konstaterandet att det inte framgår att ADM dragit sig tillbaka i förtid, tydligt stöd för förstainstansrättens bedömning.

208. Mot denna bakgrund är det en legitim tolkningsmöjlighet, på grundval av de uttalanden som klaganden har åberopat – att ”[ö]verenskommelserna [för samverkan] upphörde, eftersom Roquette i London den 4 oktober 1994 förklarade att företaget inte avsåg att iaktta någon av dem” och att ”Roquette förklarade att företaget vägrade fortsätta samverkan” och att ”avtalet därmed upphörde” –, att anse att Roquette endast dragit sig tillbaka men inte att samverkan därför hade upphört.

209. Av detta framgår att domstolen inte är behörig att pröva denna grund, eftersom den inte av skälighetshänsyn kan ersätta den bedömning av de faktiska omständigheterna som förstainstansrätten har gjort med sin egen bedömning.

210. Eftersom ADM:s argument inte innehåller några befogade omständigheter som kan visa att förstainstansrätten kan ha förfalskat den här aktuella bevisningen kan överklagandet inte tas upp till sakprövning i denna del.

b) Den anteckning som Roquette påstås ha gjort

i) Parternas argument

211. Klaganden har med hänvisning till punkt 263 i den överklagade domen gjort gällande att förstainstansrätten har missuppfattat bevisningen genom att påstå att den anteckning som nämnts där gjorts av Roquette och ansett att den utgör ett bevis för karaktären på det möte som ägde rum i juni 1995. Denna, enda, hänvisning till att ”motprestationer”, ”produktion” och ”priserna” hade diskuterats på det ovannämnda mötet hade i själva verket inte gjorts av Roquette, utan av en amerikansk åklagare, och var en sammanfattning som utgjorde grundval för en diskussion med vittnen hos Roquette och inte en mötesanteckning. Informationen i anteckningen härrör från anonyma källor.

212. Kommissionen har påpekat att Roquette visserligen inte hade gjort den här aktuella anteckningen, men att det företaget hade överlämnat den till kommissionen, vilket riktigt framgår av punkt 233 i det angripna beslutet. Det fel som eventuellt begåtts av förstainstansrätten vad gäller vem som är upphovsman till denna anteckning saknar verkan. Av anteckningen framgår att mötet i Anaheim som ägde rum i juni 1995 hade konkurrensbegränsande verkan. För övrigt utgjorde förstainstansrättens argument i punkt 263 i den överklagade domen endast en länk i en kedja av argument. Av de övriga delarna i denna argumentationskedja framgick den konkurrensbegränsande verkan av mötet i Anaheim tydligt.

ii) Rättslig bedömning

213. Det är uppenbart att det inte finns något stöd för påståendet i punkt 263 i den överklagade domen att den här aktuella anteckningen hade gjorts av Roquette. Det förefaller som om Roquette endast har överlämnat denna anteckning till kommissionen. Detta framgår även av återgivandet av parternas argument i punkt 255 i den överklagade domen. [138]

214. Denna anteckning och dess källa saknar emellertid betydelse. Det fjärde delresonemanget som har undersökts här utgör endast en länk i en resonemangskedja. Resultatet beror inte på detta delresonemang.

138 — I den franska versionen – det språk på vilket förstainstansrätten överlägger – anges följande ”[l]es indications contenues dans un document obtenu auprès de Roquette”, i den engelska versionen, som är det språk på vilket domen avkunnats ”[t]he evidence contained in a document obtained from Roquette”, och slutligen i den tyska versionen ”die Angaben eines von Roquette vorgelegten Dokuments”.

215. Såsom framgår av den argumentation som jag framfört ovan utgör förstainstansrättens andra bedömningar avseende den verkan som mötet i Anaheim hade stöd för klassificeringen av denna i den överklagade domen som ”konkurrensbegränsande”. Det finns följaktligen ett flertal tillräckliga indicier som stöder kommissionens bedömning vad gäller varaktigheten av deltagandet i den konkurrensbegränsande samverkan. Klaganden har inte förmått bestrida värdet av dessa indicier vilka utgörs av å ena sidan, bedömningen av mötet i Anaheim som en fortsättning av det tidigare uppträdandet med andra metoder och, å andra sidan, bedömningen av de andra kartelldeltagarnas handlingar. Även förstainstansrätten har i punkt 263 i den överklagande domen endast klassificerat den här aktuella anteckningen som en bekräftelse av kommissionens uppfattning och dess föregående bedömning av mötet som ägde rum i Anaheim i juni 1995.

216. Överklagandet kan således inte vinna bifall såvitt avser den åttonde, den nionde, den tionde eller den elfte grunden.

F — *Felaktig rättstillämpning vid prövningen av den förmildrande omständigheten att överträdelsen upphört. Underlåtenhet att beakta principen att en institution måste iaktta de regler som den själv har antagit (den tolfte grunden som har gjorts gällande i andra hand)*

217. Det ska inledningsvis erinras om att det i punkt 3 i 1998 års riktlinjer föreskrivs en minskning av grundbeloppet vid förmildrande omständigheter som enligt den tredje strecksatsen i denna bestämmelse omfattar omständigheten att ”företaget har upphört med överträdelsen vid kommissionens första ingripanden (bland annat kontroller)”.

218. Kommissionen förfogar över ett stort utrymme för skönsmässig bedömning [139] vad gäller bedömningen av de förmildrande omständigheterna. Uppräkningen av de förmildrande omständigheterna i 1998 års riktlinjer är inte uttömmande. [140]

1. Parternas argument

219. Klaganden har huvudsakligen gjort gällande att förstainstansrätten gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning när den i punkterna 272–287 i den överklagade domen gjorde det möjligt för kommissionen att underlåta att betrakta den omständigheten att överträdelsen upphört som en relevant förmildrande omständighet. Detta strider mot principen att kommissionen måste iaktta de regler som den själv har antagit. Bötesbeloppet ska minskas med motsvarande belopp.

139 — Se bland annat Dannecker/Biermann (ovan fotnot 28), punkt 164.

140 — Den icke uttömmande karaktären kan redan utläsas ur ordalydelsen: ”Grundbeloppet kan minskas vid förmildrande omständigheter som t.ex.”.Se även Demetriou/Gray (ovan fotnot 60), s. 1453, enligt vilka riktlinjerna inte innehåller några bindande indikationer på förmildrande omständigheter.

220. Kommissionen har försvarat detta avsnitt i den överklagade domen.

2. Den överklagade domen och den rättsliga bedömningen

221. Det ska för det första framhållas att klaganden genom sin argumentation avseende förmildrande omständigheter, såsom det kommer att framgå av det följande, har lämnat uppgifter vilka är motstridiga i förhållande till uppgifterna avseende den tidpunkt då samverkan upphörde.

222. Av punkt 270 i den överklagade domen framgår att ADM har gjort gällande att den omständigheten ”att företaget har upphört med överträdelsen vid kommissionens första ingripanden (bland annat kontroller)” utgör en förmildrande omständighet enligt punkt 3 tredje strecksatsen i riktlinjerna. Det anges vidare att ADM anser att denna förmildrande omständighet borde ha tillämpats på företaget i förevarande mål, eftersom det avbröt överträdelsen vid de amerikanska konkurrensmyndigheternas första ingripanden.

223. Denna återgivelse av parternas argument har inte bestritts av klaganden i överklagandet, även om det är uppenbart att det motsäger klagandens påstående på ett annat ställe i överklagandet att företaget redan avbrutit sin delaktighet i samverkan vid mötet av den 4 oktober 1994. [141] Motsägelsen ligger konkret i att det fastställdes att deltagandet i samverkan avbröts vid de amerikanska myndigheternas ingripanden den 27 juni 1995, [142] vilket inte har bestritts. Denna tidpunkt överensstämmer med den tidpunkt som kommissionen angett som den tidpunkt då samverkan avbröts i ”juni 1995” och som klaganden bestritt.

224. Oberoende av klagandens motstridiga redogörelser för de faktiska omständigheterna anser jag att förstainstansrätten inte har gjort sig skyldig till någon felaktig rättstillämpning vad gäller frågan huruvida förmildrande omständigheter ska beaktas.

225. Förstainstansrätten har i punkterna 272–287 i den överklagade domen anfört och motiverat att den här påtalade bestämmelsen i punkt 3 tredje strecksatsen i riktlinjerna ska tolkas restriktivt, så att den inte står i strid med den ändamålsenliga verkan med artikel 81.1 EG och att kommissionen i sina riktlinjer därför inte kan ålägga sig själv att beakta den omständigheten att ett företag upphör med en överträdelse vid kommissionens första ingripanden som en förmildrande omständighet. [143]

141 — Vad beträffar klagandens påstående att den upphört med sitt deltagande i samverkan vid mötet av den 4 oktober 1994 (se ovan punkt 163 och följande punkter i detta förslag till avgörande) har klaganden inte satt detta påstående i samband med konkurrensmyndigheternas ingripande utan i samband med bristande överensstämmelse vad gäller de företag som deltagit i samverkan.

142 — Se punkt 273 i den överklagade domen.

143 — Se bland annat punkt 279 i den överklagade domen.

226. I den överklagade domen anges därefter följande:

”280 Den ovannämnda bestämmelsen skall därför tolkas så, att endast särskilda omständigheter i det enskilda fallet, i vilket överträdelsen verkligen upphört vid kommissionens första ingripanden, kan motivera att den sistnämnda omständigheten beaktas som en förmildrande omständighet …

281 Förstainstansrätten erinrar om att överträdelsen i förevarande fall avsåg en hemlig samverkan i syfte att fastställa priser och dela upp marknader. Detta slags överenskommelser är uttryckligen förbjudna i artikel 81.1 a och c EG och är synnerligen allvarliga. Deltagarna måste därför ha varit medvetna om att deras beteende varit lagstridigt. Att samverkan var hemlig bekräftar att deltagarna varit medvetna om att deras beteende var lagstridigt. Förstainstansrätten finner därför att de ifrågavarande deltagarna begått överträdelsen uppsåtligt.

282 Förstainstansrätten har ovan uttryckligen angett att den omständigheten att en uppsåtlig överträdelse upphör inte kan anses vara en förmildrande omständighet när det sker på grund av kommissionens ingripande …

283 Mot bakgrund av vad ovan anförts finner förstainstansrätten att den omständigheten att ADM i förevarande fall upphört med överträdelsen efter en konkurrensmyndighets första ingripande inte kan utgöra en förmildrande omständighet.

284 Denna slutsats påverkas inte av att det var till följd av att amerikanska konkurrensmyndigheter och inte kommissionen som gjorde ett första ingripande som ADM upphörde med de konkurrensbegränsande förfarandena … Den omständigheten att ADM upphörde med överträdelsen efter en amerikansk konkurrensmyndighets första ingripande innebär nämligen inte att avslutandet var mindre uppsåtligt än om det hade ägt rum efter kommissionens första ingripande.”

227. Jag anser att denna motivering är felfri och att det kriterium som tillämpats är riktigt.

228. En bokstavstolkning av bestämmelsen i punkt 3 tredje strecksatsen i 1998 års riktlinjer kan ge intryck av att den omständigheten att den som begått en överträdelse upphör med denna vid kommissionens första ingripanden i allmänhet och utan undantag utgör en förmildrande omständighet. [144]

144 — Punkt 277 i den överklagade domen.

229. En tolkning som endast sker utifrån bestämmelsens ordalydelse skulle emellertid inte vara förenlig med målen i gemenskapens konkurrensrätt som bland annat består i att säkerställa att konkurrensen inom den inre marknaden inte snedvrids.

230. Förstainstansrätten påpekade riktigt att en förmildrande omständighet mot bakgrund av målen i gemenskapens konkurrensrätt måste grunda sig på ett förtjänstfullt agerande och på att ”den som begått överträdelsen tagit ett eget initiativ”. [145] Detta stämmer även enligt min uppfattning. Den minskning av bötesbeloppet som förmildrande omständigheter medför utgör nämligen en belöning som inte kan ske redan då det rättsstridiga beteendet upphör reflexartat vid konkurrensmyndigheternas ingripande. Vad beträffar den önskvärda reaktionen att få det rättsstridiga beteendet att upphöra föreskrivs i 1998 års riktlinjer därutöver ett lämpligt incitament, nämligen att det enligt punkt 2 i 1998 års riktlinjer anses utgöra en försvårande omständighet att fortsätta en överträdelse efter kommissionens ingripande. [146]

231. Det är i denna mening för övrigt även logiskt att förstainstansrätten på andra ställen i sin rättspraxis utgått från att en minskning av grundbeloppet inte är motiverad om den hemliga samverkan upphör vid kommissionens ingripanden, eftersom samverkan vid dessa överträdelser av konkurrensreglerna med nödvändighet upphör vid kommissionens ingripande. [147]

232. Förstainstansrätten kan alltså inte klandras för att ha utgått från att det krävs att det klandrade företaget tagit ett mer omfattande initiativ än att endast upphöra med överträdelsen sedan kommissionen ingripit för att en förmildrande omständighet ska anses föreligga. [148] Förstainstansrättens bedömning av omständigheterna i förevarande mål, att klaganden inte hade tagit ett eget initiativ och följaktligen inte heller kan komma i åtnjutande av förmildrande omständigheter, kan inte heller ifrågasättas med stöd av en annan rättslig grund.

233. Innehållet i bedömningen överensstämmer vad gäller hur de förmildrande omständigheter ska tolkas vid bedömningen av agerandet i enlighet med rättspraxis om

145 — Punkt 278 i den överklagade domen.

146 — Se även punkt 278 i den överklagade domen.

147 — Se även Engelsing/Schneider, ”Kommentierung zu Art. 23 VO 1/2003”, punkt 144, i Hirsch/Montag/Säcker, *Europäisches Wettbewerbsrecht, Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht)*, volym 1. Se dessutom punkt 29 i 2006 års riktlinjer avseende förmildrande omständigheter, där det föreskrivs att grundbeloppet kan sänkas om kommissionen konstaterar att det finns förmildrande omständigheter, till exempel när ”[d]et berörda företaget kan visa att det upphörde med överträdelsen omedelbart efter kommissionens första åtgärder. Detta gäller dock inte hemliga avtal eller åtgärder (särskilt karteller).”

148 — Punkt 285 i den överklagade domen.

förmildrande omständigheter, vilken avsåg situationer som uppkommit före tillämpningen av 1998 års riktlinjer, och som förutsatte samarbete under det administrativa förfarandet för att böterna skulle kunna minskas. [149]

234. Det ska emellertid erinras om att den här förespråkade motiveringen, enligt vilken kommissionens åtagande enligt 1998 års riktlinjer ska bedömas mot bakgrund av artikel 81.1 EG, går längre än motiveringen i domen i målet Dalmine mot kommissionen. [150] Avgörande i det målet, liksom till exempel i förstainstansrättens dom [151] i detta mål, var endast nödvändigheten av ett orsakssamband med kommissionens första ingripande.

235. För fullständighetens skull bör det påpekas att det inte heller föreligger någon förmildrande omständighet i förevarande fall om orsakssambandet med kommissionens första ingripande är ensamt avgörande. Av de faktiska omständigheter som förstainstansrätten har fastställt framgår nämligen att kommissionen först i februari 1998 riktade en begäran om upplysningar till de huvudsakliga tillverkarna, importörerna, exportörerna och köparna av natriumglukonat i Europa, [152] det vill säga vid en tidpunkt, vid vilken ADM. enligt egna uppgifter, [153] hade avslutat sin delaktighet i samverkan sedan några år.

236. Överklagandet kan således inte heller tas upp till sakprövning i denna del.

237. Jag föreslår att överklagandet ogillas i dess helhet, eftersom det enligt min mening inte finns stöd för någon av grunderna för överklagandet.

VII — Rättegångskostnaderna

238. Enligt artikel 69.2 i rättegångsreglerna, som är tillämplig på mål om överklagande enligt artikel 118, ska tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Kommissionen har yrkat att klaganden ska förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Då klaganden har tappat målet, ska denne således förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna.

149 — Se, exempelvis, dom av den 16 november 2000 i mål C-297/98 P, SCA Holding mot kommissionen (REG 2000, s. I-10101), punkterna 36 och 37. Avseende kommissionens praxis, se även dom av den 25 januari 2007 i mål C-407/04 P, Dalmine mot kommissionen (REG 2007, s. I-835), punkt 154.

150 — Domen i det ovan i fotnot 149 nämnda målet Dalmine mot kommissionen, punkterna 158–160.

151 — Dom av den 8 juli 2004 i mål T-50/00, Dalmine mot kommissionen (REG 2004, s. II-2395), punkterna 328–330.

152 — Punkt 5 i den överklagade domen.

153 — Se ovan punkt 164 i detta förslag till avgörande. Klaganden har hävdat att denne avslutade sin delaktighet i samverkan under mötet i London den 4 oktober 1994.

VIII — Förslag till avgörande

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

1. ogilla överklagandet, och

2. förplikta Archer Daniels Midland Company att ersätta rättegångskostnaderna.