FÖRSTAINSTANSRÄTTENS DOM (femte avdelningen)
den 29 november 2005 *

I mål T-64/02,

Dr Hans Heubach GmbH & Co. KG, Langelsheim (Tyskland), företrätt av advokaterna F. Montag och G. Bauer,

sökande,

mot

Europeiska gemenskapernas kommission, företrädd av F. Castillo de la Torre, i egenskap av ombud, biträdd av advokaten H.-J. Freund, med delgivningsadress i Luxemburg,

svarande,

angående en talan om delvis ogiltigförklaring av 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) eller i andra hand en begäran om nedsättning av det bötesbelopp som sökanden ålagts,

* Rättegångsspråk: tyska.

meddelar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN
(femte avdelningen)

sammansatt av ordföranden P. Lindh samt domarna R. García-Valdecasas och J.D. Cooke,

justitiesekreterare: byrådirektören J. Plingers,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 1 juli 2004,

följande

Dom

Bakgrund

1 Dr Hans Heubach GmbH & Co. KG (nedan kallat sökanden eller Heubach) är ett bolag bildat enligt tysk rätt som tillverkar och distribuerar specialiserade organiska och oorganiska pigment, som väsentligen används vid tillverkningen av bläck, plaster och färg. Heubach tillverkar och säljer zinkfosfat, särskilt modifierade typer. Företagets omsättning uppgick år 2000 till 71,02 miljoner euro.

2 Även om deras kemiska sammansättning kan variera något, är zinkortofosfater en homogen kemisk produkt, som getts den allmänna beteckningen zinkfosfat. Zinkfosfat, som framställs av zinkoxid och fosforsyra, används ofta som rostskyddande mineralpigment inom färgindustrin. Det saluförs antingen som standardzinkfosfat eller som modifierat eller "aktivt" fosfat.

3 År 2001 kontrollerade fem europeiska producenter den övervägande delen av världsmarknaden för zinkfosfat: sökanden, James M Brown Ltd (nedan kallat James Brown), Société nouvelle des couleurs zinciques SA (nedan kallat SNZC), Trident Alloys Ltd (nedan kallat Trident) (tidigare Britannia Alloys & Chemicals Ltd, nedan kallat Britannia) och Union Pigments AS (nedan kallat Union Pigments) (tidigare Waardals AS). Mellan år 1994 och år 1998 steg värdet på marknaden för standardzinkfosfat till omkring 22 miljoner euro per år globalt och till omkring 15–16 miljoner euro per år inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES). Inom EES hade sökanden, SNZC, Trident (tidigare Britannia) och Union Pigments ungefär jämnstora andelar av marknaden för standardzinkfosfat, i storleksordningen 20 procent vardera. James Brown hade en klart mindre marknadsandel. De som köper zinkfosfat är de stora färgtillverkarna. Färgmarknaden domineras av ett fåtal multinationella kemikoncerner.

4 Den 13 och 14 maj 1998 undersökte kommissionen, med stöd av artikel 14.2 i rådets förordning nr 17 av den 6 februari 1962, Första förordningen om tillämpning av fördragets artiklar 85 och 86 (EGT 1962, 13, s. 204; svensk specialutgåva, område 8, volym 1, s. 8), samtidigt och utan förvarning sökandens, SNCZ:s och Tridents lokaler. Den 13–15 maj 1998 undersökte övervakningsmyndigheten vid Europeiska frihandelssammanslutningen (Efta) samtidigt och utan förvarning Union Pigments lokaler. Undersökningen utfördes på begäran av kommissionen enligt artikel 8.3 i protokoll nr 23 till EES-avtalet och med stöd av artikel 14.2, kapitel II i protokoll nr 4 i avtalet mellan medlemsstaterna i Efta om upprättandet av en övervakningsmyndighet och en domstol.

5 Under det administrativa förfarandet meddelade Union Pigments och Trident kommissionen om sin avsikt att till fullo samarbeta med kommissionen i enlighet med kommissionens meddelande av den 18 juli 1996 om befrielse från eller nedsättning av böter i kartellärenden (EGT C 207, s. 4) (nedan kallat meddelandet om samarbete). Båda företagen lämnade yttranden om kartellen (nedan kallade Union Pigments yttrande och Tridents yttrande).

6 Den 2 augusti 2000 utfärdade kommissionen ett meddelande om anmärkningar mot de företag som var föremål för det beslut som förevarande talan avser (se nedan punkt 7), inbegripet sökanden.

7 Den 11 december 2001 fattade kommissionen beslut 2003/437/EG 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). Det beslut som är föremål för prövning i förevarande dom är det som meddelats de berörda företagen och som bilagts ansökan (nedan kallat det ifrågasatta beslutet). Detta beslut skiljer sig i vissa avseenden från det som publicerats i *Europeiska unionens officiella tidning.*

8 Kommissionen uppgav i det ifrågasatta beslutet att det förelåg en kartell mellan Britannia ("Trident" från och med den 15 mars 1997), Heubach, James Brown, SNCZ och Union Pigments mellan den 24 mars 1994 och den 13 maj 1998. Kartellen var begränsad till standardzinkfosfat. Medlemmarna i denna kartell kom överens om att dela upp marknaden med säljkvoter för tillverkarna. Vid varje möte fastställde medlemmarna dessutom "lägstapriser" eller "rekommenderade" priser som de i regel följde. Slutligen förekom viss uppdelning av kunder.

9 Artiklarna i det ifrågasatta beslutet har följande lydelse:

"Artikel 1

Britannia ..., Heubach ..., James ... Brown ..., [SNCZ], Trident ... och [Union Pigments] har överträtt bestämmelserna i artikel 81.1 i fördraget och artikel 53.1 i EES-avtalet genom att ha deltagit i ett fortlöpande avtal och/eller samordnat förfarande inom zinkfosfatsektorn.

Överträdelsen pågick enligt följande:

a) När det gäller ... Heubach ..., James ... Brown ..., [SNCZ] och [Union Pigments]: från 24 mars 1994 till 13 maj 1998.

...

Artikel 3

För de överträdelser som anges i artikel 1 åläggs de nedan angivna företagen härmed följande böter:

a) Britannia ...: 3,37 miljoner euro

b) ... Heubach ...: 3,78 miljoner euro

c) James ... Brown ...: 940 000 euro

d) [SNCZ]: 1,53 miljoner euro

e) Trident ...: 1,98 miljoner euro

f) [Union Pigments]: 350 000 euro

..."

10 Vid beräkningen av bötesbeloppen använde kommissionen den metod som beskrivs i riktlinjerna 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) (nedan kallade riktlinjerna) och i meddelandet om samarbete.

11 Kommissionen fastställde således först ett "grundbelopp" på grundval av överträdelsens allvar och varaktighet (se punkterna 261–313 i det ifrågasatta beslutet).

12 Vad gäller den första faktorn fann kommissionen att överträdelsen skulle klassificeras som "mycket allvarlig" med hänsyn till arten av uppträdandet i fråga, dess faktiska inverkan på zinkfosfatmarknaden samt det faktum att denna omfattade nästan hela den gemensamma marknaden och, efter inrättandet, hela EES (punkt 300 i det ifrågasatta beslutet). Oaktat överträdelsen är av mycket allvarlig art uppgav kommissionen att den tog hänsyn till att produktmarknaden i detta fall var liten (punkt 303 i det ifrågasatta beslutet).

13 Kommissionen behandlade de berörda företagen olika, i syfte att dels ta hänsyn till de olika företagens faktiska ekonomiska kapacitet att allvarligt skada konkurrensen, dels fastställa böterna på en nivå som är tillräckligt avskräckande (punkt 304 i det ifrågasatta beslutet). Kommissionen delade därför in de berörda företagen i två kategorier utifrån deras "relativa betydelse på den berörda marknaden". Som grund för denna bedömning tog den respektive företags produktomsättning inom EES under det sista år då överträdelsen pågick och tog då hänsyn till att sökanden, Britannia ("Trident" från och med den 15 mars 1997), SNCZ och Union Pigments var "de största producenterna av zinkfosfat inom EES, med tämligen lika marknadsandelar, över eller omkring 20 procent" (punkterna 307 och 308 i det ifrågasatta beslutet). Sökanden fördes, liksom Britannia, SNCZ, Trident och Union Pigments, till den första kategorin (3 miljoner euro i böter som "utgångspunkt"). James Brown, som hade en "betydligt mindre" marknadsandel på EES-marknaden, placerades i den andra kategorin (750 000 euro i böter som "utgångspunkt") (punkterna 308 och 309 i det ifrågasatta beslutet).

14 Vad gäller överträdelsens varaktighet fann kommissionen att den överträdelse som kan tillskrivas sökanden var av "medellång" varaktighet och sträckte sig från den 24 mars 1994 till den 13 maj 1998 (punkt 310 i det ifrågasatta beslutet). Kommissionen höjde därför sökandens böter med 40 procent jämfört med utgångspunkten och fastställde grundbeloppet för böterna till 4,2 miljoner euro (punkterna 310 och 313 i det ifrågasatta beslutet).

15 Kommissionen fann därefter att det inte förelåg några särskilda försvårande eller förmildrande omständigheter i förevarande fall (punkterna 314–336 i det ifrågasatta beslutet). Den godtog inte heller argumenten om den "dåliga ekonomiska situation" som rådde vid tiden för kartellen eller om specifika särdrag hos företagen i fråga (punkterna 337–343 i det ifrågasatta beslutet). Kommissionen fastställde därmed sökandens bötesbelopp till 4,2 miljoner euro "före en eventuell tillämpning av meddelandet om [samarbete]" (punkt 344 i det ifrågasatta beslutet).

16 Kommissionen erinrade även om den gräns som det bötesbelopp som varje företag åläggs inte får överskrida enligt artikel 15.2 i förordning nr 17. Bötesbeloppet för sökanden före tillämpning av meddelandet om samarbete påverkades inte av denna gräns (punkt 345 i det ifrågasatta beslutet).

17 Slutligen beviljade kommissionen sökanden en nedsättning med 10 procent på grundval av meddelandet om samarbete med hänsyn till att företaget i sitt svar på meddelandet om anmärkningar uppgav att det i det väsentligaste vidgick de faktiska omständigheter som framställts däri (punkterna 360, 363 och 366 i det ifrågasatta beslutet). Det slutliga bötesbelopp som sökanden ålades uppgick således till 3,78 miljoner euro (punkt 370 i det ifrågasatta beslutet).

Förfarandet och parternas yrkanden

18 Sökanden har väckt denna talan genom ansökan som inkom till förstainstansrättens kansli den 28 februari 2002.

19 Förstainstansrätten (femte avdelningen) har på förslag från referenten beslutat att inleda det muntliga förfarandet och som processledande åtgärd uppmanat parterna att lämna över vissa handlingar och svara på vissa skriftliga frågor. De har efterkommit denna begäran.

20 Parterna utvecklade sin talan och svarade på förstainstansrättens frågor vid förhandlingen den 1 juli 2004.

21 Sökanden har yrkat att förstainstansrätten skall

— ogiltigförklara artikel 3 b i det ifrågasatta beslutet, eller

— i andra hand sätta ned det bötesbelopp som sökanden ålagts, samt

— förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

22 Kommissionen har yrkat att förstainstansrätten skall

— ogilla talan, och

— förplikta sökanden att ersätta rättegångskostnaderna.

Rättslig bedömning

A - Invändning om rättsstridighet

1. Parternas argument

23 Sökanden har anfört att artikel 3 b i det ifrågasatta beslutet är ogiltig, eftersom böterna som fastställts däri har beräknats på grundval av riktlinjerna, vilka strider mot artikel 15.2 i förordning nr 17.

24 Företaget har hävdat att denna invändning om rättsstridighet kan tas upp till sakprövning och att kommissionens argument att det ifrågasatta beslutet inte skall ogiltigförklaras även om riktlinjerna skulle vara rättsstridiga, eftersom den enda rättsliga grunden för dessa är artikel 15.2 i förordning nr 17, inte kan godtas.

25 Sökanden har i sak gjort gällande för det första att artikel 15.2 i förordning nr 17 skall anses innefatta en allmän skyldighet att beräkna böterna så att de står i proportion till de berörda företagens omsättning. Det är i själva verket det enda sättet att kunna beakta det aktuella företagets ekonomiska kapacitet. Riktlinjerna utgår dock ifrån allmänna kategorier av böter som fastställts oberoende av omsättningen och följaktligen av det berörda företagets ekonomiska styrka. Mer specifikt föreskrivs där ett schablonbelopp på minst 20 miljoner euro för överträdelser som klassificeras som "mycket allvarliga" oavsett det berörda företagets storlek.

26 Detta åsidosättande föreligger oavsett att riktlinjerna ger utrymme för differentiering utifrån vissa faktorer, bland annat den begångna överträdelsens art, den faktiska ekonomiska kapaciteten hos det företag som svarat för överträdelsen att vålla andra aktörer betydande skada eller att marknaden i fråga är mindre betydelsefull. En sådan differentiering är endast möjlig inom de kategorier som föreskrivs i riktlinjerna.

27 Vad beträffar kommissionens argument att ett företags ekonomiska kapacitet, som framgår bland annat av dess totala omsättning, bara är ett av de kriterier som skall beaktas, har sökandebolaget genmält att det inte bestrider att många olika kriterier måste tas i beaktande, utan har invänt mot att kommissionen inte gjort detta till sökandens fördel. Det framgår av rättspraxis att riktlinjerna inte hindrar att kommissionen tar hänsyn till de berörda företagens totala omsättning eller deras omsättning på produktmarknaden i fråga "när bötesbeloppet fastställs i syfte att iaktta allmänna gemenskapsrättsliga principer och när omständigheterna så kräver" (förstainstansrättens dom av den 20 mars 2002 i mål T-23/99, LR AF 1998 mot kommissionen, REG 2002, s. II-1705, punkt 283).

28 För det andra har sökanden framhållit att det i riktlinjerna, vid beräkningen av bötesbeloppet på grundval av de belopp som fastställts utan modifikationer, föreskrivs en beräkningsmetod som inte tar hänsyn till storleken på små och medelstora företag, såsom sökanden. Sökandebolaget har påpekat att det hade en total omsättning på 71 miljoner euro år 2000 och att omsättningen på den europeiska marknaden för standardzinkfosfat år 2000 endast uppgick till 3,48 miljoner euro, alltså omkring 4,9 procent av dess totala omsättning. Företaget har tillagt att en liten grupp på inte mer än sex deltagare, biträdda av några anställda, svarade för omsättningen på den marknaden. Företaget har praktiskt taget inte gjort någon vinst på produkten i fråga och har ofta sett den som förlustbringande.

29 Grundbeloppen, inklusive beloppet på minst 20 miljoner euro för överträdelser som klassificeras som "mycket allvarliga", tillämpas dock även om de berörda företagen

är små eller medelstora företag. Följden av denna "schablonisering" blir i detta fall att sökanden ålagts betydligt högre böter, i förhållande till sin totala omsättning, än de böter som fastställts i andra ärenden avseende ungefär lika allvarliga överträdelser. Till stöd för detta argument har sökanden åberopat ett antal beslut av kommissionen, där denna fastställt böter på en relativt sett lägre nivå (kommissionens beslut 98/273/EG av den 28 januari 1998 om ett förfarande enligt artikel 85 i EG-fördraget (Ärende IV/35.733 — VW) (EGT L 124, s. 60) (nedan kallat beslutet i ärendet Volkswagen), kommissionens beslut 1999/210/EG av den 14 oktober 1998 om ett förfarande enligt artikel 85 i EG-fördraget (Ärende IV/F-3/33.708 — British Sugar plc, nedan kallat beslutet i ärendet British Sugar, ärende IV/F-3/33.709 — Tate & Lyle plc, ärende IV/F-3/33.710 — Napier Brown & Company Ltd och ärende IV/F-3/33.711 — James Budgett Sugars Ltd) (EGT L 76, s. 1), kommissionens beslut 1999/60/EG av den 21 oktober 1998 om ett förfarande enligt artikel 85 i EG-fördraget (Ärende IV/35.691/E-4 — Kartellen för fjärrvärmerör) (EGT L 24, s. 1) (nedan kallat beslutet i ärendet Fjärrvärmerör)). De böter som sökanden ålagts är upp till 280 gånger högre i förhållande till företagets omsättning än de böter som fastställdes i beslutet i ärendet British Sugar. Riktlinjerna är med andra ord rättsstridiga då de i ärenden som är ungefär lika allvarliga leder till böter som är oproportionerliga i förhållande till omsättningen.

30 Sökanden har, som svar på kommissionens argument att den tagit hänsyn till företagets storlek genom att fastställa utgångspunkten till 3 miljoner euro (se ovan punkt 13) i stället för 20 miljoner euro, gjort gällande att "schabloniseringen" ändå har inverkat på de böter som ålagts och lett till oproportionerliga böter.

31 För det tredje har sökanden hävdat att det även var rättsstridigt att i enlighet med riktlinjerna höja grundbeloppet med hänsyn till överträdelsens varaktighet. Vissa överträdelser, bland annat avtal om kvoter, är till sin art sådana att de sträcker sig över flera år. Denna långa varaktighet har redan medfört en påföljdsskärpning genom att överträdelsen klassificerats som mycket allvarlig. Riktlinjerna leder således till dubbla påföljder för det berörda företaget, genom att det föreskrivs att böterna skall höjas på grundval av överträdelsens varaktighet.

32 Kommissionen har inledningsvis uttryckt tvivel beträffande möjligheten att ta upp invändningen om rättsstridighet till sakprövning av den anledningen att det inte är riktlinjerna som utgör den rättsliga grunden för det ifrågasatta beslutet. Även om kommissionen använt den metod som anges i riktlinjerna för att beräkna böterna i förevarande fall, är artikel 15.2 i förordning nr 17 den enda rättsliga grunden för beslutet. Om riktlinjerna skulle förklaras vara rättsstridiga, betyder alltså inte det att det ifrågasatta beslutet därmed är rättsstridigt.

33 Kommissionen har i sak påpekat att det framgår av förstainstansrättens domar av den 20 mars 2002 rörande kartellen för fjärrvärmerör att riktlinjerna inte strider mot artikel 15.2 i förordning nr 17 (förstainstansrättens domar av den 20 mars 2002 i mål T-9/99, HFB m.fl. mot kommissionen, REG 2002, s. II-1487, i mål T-15/99, Brugg Rohrsysteme mot kommissionen, REG 2002, s. II-1613, i mål T-16/99, Lögstör Rör mot kommissionen, REG 2002, s. II-1633, i mål T-17/99, KE KELIT mot kommissionen, REG 2002, s. II-1647, i mål T-21/99, Dansk Rørindustri mot kommissionen, REG 2002, s. II-1681, i mål T-28/99, Sigma Tecnologie mot kommissionen, REG 2002, s. II-1845, i mål T-31/99, ABB Asea Brown Boveri mot kommissionen, REG 2002, s. II-1881, och särskilt domen i det ovan i punkt 27 nämnda målet LR AF 1998 mot kommissionen, punkterna 223–232 och 278–291). Denna invändning om rättsstridighet bör följaktligen inte godtas.

34 Kommissionen har bland annat bestridit sökandens argument att kommissionen borde ha tagit hänsyn till företagets svaga omsättning och att den inte beaktat förhållandet mellan den totala omsättningen och de fastställda böterna såsom den gjort i andra beslut. Vad gäller jämförelsen med beslutet i ärendet British Sugar, har kommissionen påpekat att sökanden tycks anse att kommissionen antingen borde ha tagit hänsyn till överträdelsens allvar och fastställt utgångspunkten till 18 miljoner euro (utgångspunkten i beslutet i ärendet British Sugar) multiplicerad med 280, det vill säga 5,04 miljarder euro, eller dividerat den utgångspunkt på 3 miljoner euro som fastställts i sökandens fall med 280 och kommit fram till utgångspunkter på 10 000 euro. Sökanden har förbisett att kommissionen enligt rättspraxis i alla händelser måste fastställa ett belopp som har en tillräckligt avskräckande verkan.

2. Förstainstansrättens bedömning

35 Det skall inledningsvis konstateras att även om det inte är riktlinjerna som utgör den rättsliga grunden för det omtvistade beslutet, utan förordning nr 17, föreskrivs i riktlinjerna på ett allmänt och abstrakt sätt den metod som kommissionen har använt när den fastställt bötesbeloppet (domen i det ovan i punkt 27 nämnda målet LR AF 1998 mot kommissionen, punkt 274). Mot bakgrund av de rättsverkningar som sådana förhållningsregler som riktlinjerna kan få och det faktum att de innehåller bestämmelser med allmän räckvidd vilka det är utrett att kommissionen har tillämpat i det ifrågasatta beslutet, skall det konstateras att det föreligger en direkt koppling mellan detta beslut och riktlinjerna. Härav följer att invändningen om rättsstridighet kan prövas i sak.

36 Sökanden har gjort gällande att riktlinjerna är rättsstridiga, eftersom de som utgångspunkt har allmänna kategorier av böter som fastställts oberoende av omsättningen, vilket strider mot ordalydelsen i artikel 15.2 i förordning nr 17, enligt vilken böterna enligt sökanden skall beräknas proportionellt mot de berörda företagens omsättning. Det har således inte beaktats att sökanden är ett mindre företag. Dessutom innebär riktlinjerna att överträdelsens varaktighet har beaktats två gånger.

37 I motsats till vad sökanden har hävdat går riktlinjerna inte utöver den rättsliga ramen för påföljder såsom denna har avgränsats genom artikel 15.2 i förordning nr 17. Den allmänna metod för beräkning av böter som anges i riktlinjerna grundas på de två kriterier som nämns i artikel 15.2 i förordning nr 17, nämligen överträdelsens allvar och varaktighet, med iakttagande av den högsta gräns som enligt samma bestämmelse fastställs i förhållande till respektive företags omsättning (domen i det ovan i punkt 27 nämnda målet LR AF 1998 mot kommissionen, punkterna 231 och 232, och förstainstansrättens dom av den 29 april 2004 i de förenade målen T-236/01, T-239/01, T-244/01–T-246/01, T-251/01 och T-252/01, Tokai Carbon m.fl. mot kommissionen, REG 2004, s. II-1181, punkterna 189 och 190).

38 Riktlinjerna utgör en redogörelse för hur kommissionen bedömer de faktorer som avser överträdelsers allvar och varaktighet samt den metod den använder för att utvärdera dessa utifrån deras art och omständigheterna i det enskilda fallet. Det fordras inte enligt artikel 15.2 i förordning nr 17 att bötesbeloppet är proportionellt mot det berörda företagets omsättning. Därav framgår endast att om böterna överstiger 1 miljon euro får de inte överskrida gränsen på 10 procent av det berörda företagets omsättning (domen i det ovan i punkt 27 nämnda målet LR AF 1998 mot kommissionen, punkt 278).

39 Riktlinjerna ger vidare kommissionen möjlighet att när omständigheterna så kräver ta hänsyn till den särskilda situation som små och medelstora företag befinner sig i jämfört med företag som har en högre omsättning på marknaden i fråga eller totalt sett. Förstainstansrätten har härvid redan slagit fast att de berörda företagens omsättning vid tillämpningen av riktlinjerna kan vara relevant för bedömningen av de överträdande företagens ekonomiska kapacitet att vålla andra aktörer betydande skada och för att säkerställa att böterna är tillräckligt avskräckande eller för att beakta att stora företag i flertalet fall förfogar över en juridisk och ekonomisk kunskap och infrastruktur som gör det möjligt för dem att bättre bedöma huruvida deras uppträdande är olagligt och de konsekvenser som detta får från konkurrenssynpunkt. De berörda företagens omsättning är vidare relevant för att fastställa den särskilda vikten av varje företags förfarande i samband med överträdelsen och därmed den faktiska påverkan på konkurrensen, särskilt när det är stor skillnad i storlek mellan företag som begått en överträdelse av samma slag. Företagens omsättning kan även ge en fingervisning om den eventuella ekonomiska eller finansiella fördel som de som begått överträdelsen fått eller om andra särdrag hos dessa som skall beaktas utifrån omständigheterna (domen i de ovan i punkt 33 nämnda målen Lögstör Rör mot kommissionen, punkterna 295 och 296, och Dansk Rørindustri, punkt 203).

40 Vad beträffar sökandens påstående att riktlinjerna strider mot artikel 15.2 i förordning nr 17 genom att det där föreskrivs ett schablonbelopp på minst 20 miljoner euro för mycket allvarliga överträdelser även för mindre företag,

skall det konstateras att de grundbelopp som stadgas i riktlinjerna bara är "möjliga" belopp (punkt 1 A). Kommissionen har således full frihet att fastställa ett grundbelopp som är lägre än 20 miljoner euro. Även om sökanden skulle ha gjort sig skyldig till en mycket allvarlig överträdelse i detta fall, har kommissionen fastställt utgångspunkten för företagets böter till 3 miljoner euro, ett klart lägre belopp än det belopp på 20 miljoner euro som riktlinjerna ger utrymme för vid mycket allvarliga överträdelser (punkt 309 i det ifrågasatta beslutet).

41 Vad gäller sökandens argument att riktlinjerna leder till högre böter, i förhållande till omsättningen, än vad som ålagts andra företag i tidigare jämförbara ärenden, skall det understrykas att kommissionens tidigare beslutspraxis inte i sig utgör den rättsliga ramen för åläggande av böter på konkurrensområdet (domen i det ovan i punkt 27 nämnda målet LR AF 1998 mot kommissionen, punkt 234). Det förhållandet att kommissionen tidigare har tillämpat böter på en viss nivå för vissa typer av överträdelser hindrar den inte från att höja denna nivå inom de gränser som föreskrivs i förordning nr 17, om detta är nödvändigt för att genomföra gemenskapens konkurrenspolitik (domstolens dom av den 7 juni 1983 i de förenade målen 100/80–103/80, Musique diffusion française m.fl. mot kommissionen, punkt 109, REG 1983, s. 1825, svensk specialutgåva, volym 7, s. 133, och förstainstansrättens dom av den 14 maj 1998 i mål T-304/94, Europa Carton mot kommissionen, REG 1998, s. II-869, punkt 89).

42 När kommissionen ålägger vart och ett av de företag som varit inblandade i samma överträdelse skäliga böter i förhållande till överträdelsens allvar och varaktighet, kan den inte kritiseras för att vissa av dessa företag har ålagts högre böter i förhållande till deras omsättning än vad andra företag tidigare ålagts i liknande ärenden (se analogt domen i det ovan i punkt 27 nämnda målet LR AF 1998 mot kommissionen, punkt 278).

43 Det bör tilläggas att bedömningen av hur allvarliga överträdelserna är skall göras med hänsyn till ett stort antal omständigheter, såsom bland annat de särskilda omständigheterna i målet, dess sammanhang och böternas avskräckande verkan,

utan att det har fastställts någon tvingande eller uttömmande förteckning över de kriterier som absolut skall tas i beaktande (domstolens dom av den 17 juli 1997 i mål C-219/95 P, Ferriere Nord mot kommissionen, REG 1997, s. I-4411, punkt 33, och domen i det ovan i punkt 27 nämnda målet LR AF 1998 mot kommissionen, punkt 236). De relevanta uppgifterna, såsom marknaderna, produkterna, länderna, företagen och de aktuella tidsperioderna skiljer sig i varje enskilt fall. Kommissionen kan därför inte vara skyldig att ålägga böter som motsvarar samma procentuella andel av omsättningen i de ärenden i vilka lika allvarliga överträdelser har begåtts (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 13 januari 2004 i mål T-67/01, JCB Service mot kommissionen, REG 2004, s. II-49, punkterna 187–189).

44 I alla händelser är "schablonbeloppen" i riktlinjerna endast fingervisningar och kan således inte i sig strida mot proportionalitetsprincipen.

45 Vad gäller sökandens argument att riktlinjerna leder till att överträdelsens varaktighet beaktas två gånger, skall det påpekas att det i artikel 15.2 i förordning nr 17 uttryckligen föreskrivs att hänsyn tas både "till hur allvarlig överträdelsen är och hur länge den pågått när bötesbeloppet fastställs". Med hänsyn till ordalydelsen och till att vissa överträdelser i sig är avsedda att ha lång varaktighet, kan det mot bakgrund av denna bestämmelse inte vara otillåtet för kommissionen att beakta deras faktiska varaktighet i varje enskilt fall. Karteller som, trots att de är avsedda att fungera under lång tid, efter en kort tids verksamhet upptäcks av kommissionen eller avslöjas av en kartellmedlem gör naturligtvis mindre skada än om de verkligen hade varit verksamma under lång tid. Därför skall det alltid göras en åtskillnad mellan överträdelsens varaktighet och dess allvar mot bakgrund av dess art (se, för ett liknande resonemang, domen i de ovan i punkt 37 nämnda förenade målen Tokai Carbon m.fl. mot kommissionen, punkt 259).

46 Härav följer att invändningen om rättsstridighet inte kan godtas.

B — Grunderna för ogiltigförklaring

47 Sökanden har åberopat fem grunder. Den första grunden avser åsidosättande av artikel 15.2 i förordning nr 17 och riktlinjerna, den andra åsidosättande av proportionalitetsprincipen, den tredje åsidosättande av principen om likabehandling, den fjärde åsidosättande av artikel 7 i Europakonventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (nedan kallad EKMR) och den femte åsidosättande av artikel 253 EG.

1. Den första grunden: Åsidosättande av artikel 15.2 i förordning nr 17 och riktlinjerna

48 Sökanden har gjort gällande att om riktlinjerna befinns vara rättsenliga, skall kommissionen anses ha tillämpat dem felaktigt. Enligt sökanden strider artikel 3 b i det ifrågasatta beslutet mot såväl artikel 15.2 i förordning nr 17 som riktlinjerna. Denna grund består av tre delar under vilka sökanden har gjort gällande att kommissionen

— har gjort en felaktig bedömning av överträdelsens allvar,

— inte har tagit hänsyn till att enbart en liten del av företagets omsättning berördes, vilket utgör ett åsidosättande av artikel 15.2 i förordning nr 17 och riktlinjerna, och

— inte har tagit hänsyn till företagets ekonomiska kapacitet.

a) Den första delgrunden: Felaktig bedömning av överträdelsens allvar

49 Enligt sökanden är det enligt artikel 15.2 i förordning nr 17 överträdelsens allvar som är avgörande för beräkningen av böterna. I detta fall är kommissionens klassificering av överträdelsen som "mycket allvarlig" med hänsyn till arten av det beteende som undersökts och dess verkliga påverkan på marknaden (punkt 300 i det ifrågasatta beslutet) felaktig. Sökanden har framfört att kommissionen dels har underlåtit att ta hänsyn till alla relevanta omständigheter, bland annat överträdelsens måttliga karaktär, dels har gjort en felaktig bedömning av de omständigheter som den faktiskt beaktat. Om kommissionen hade utvärderat överträdelsen på ett riktigt sätt, borde den ha ålagt företaget ett lägre bötesbelopp.

50 Denna första del av den första grunden består av fyra invändningar, angående att kommissionen har gjort en oriktig bedömning av

— överträdelsens art,

— överträdelsens inverkan på marknaden,

— krisen i zinkfosfatsektorn såsom förmildrande omständighet, och

— den omständigheten att överträdelsen skiljer sig från andra karteller som klassificerats som mycket allvarliga.

Överträdelsens art

— Parternas argument

51 Sökanden har gjort gällande att kommissionen borde ha klassificerat överträdelsen som mindre allvarlig och att mindre kännbara böter därför borde ha ålagts. Sökanden har visserligen medgett att kartellen utgjorde ett allvarligt åsidosättande av konkurrensrätten men har hävdat att risken för konkurrensen var relativt begränsad med hänsyn till kartellens måttliga karaktär. Företaget har påpekat att enligt fast rättspraxis bör "vid fastställelsen av bötesbelopp ... hänsyn tas till alla de faktorer som kan påverka bedömningen av hur allvarliga överträdelserna har varit" (förstainstansrättens dom av den 15 mars 2000 i de förenade målen T-25/95, T-26/95, T-30/95–T-32/95, T-34/95–T-39/95, T-42/95–T-46/95, T-48/95, T-50/95–T-65/95, T-68/95–T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 och T-104/95, Cimenteries CBR m.fl. mot kommissionen, REG 2000, s. II-491, punkt 4949, och domen i de ovan i punkt 41 nämnda förenade målen Musique diffusion française m.fl. mot kommissionen, punkterna 120 och 129). Kommissionen har tidigare följt denna rättspraxis. I detta fall har den däremot, trots att den i meddelandet om anmärkningar medgav att det fanns omständigheter som bevisade överträdelsens måttliga karaktär, i slutändan undanhållit dessa omständigheter i det ifrågasatta beslutet, efter en tydlig kursändring i sin bötespolicy. Kommissionen har för övrigt i sitt svaromål ändrat inställning angående betydelsen av de måttfulla aspekterna. Den har där medgett att dessa aspekter var relevanta för dess bedömning av överträdelsens allvar men att de inte förändrade det faktum att överträdelsen skulle klassificeras som "mycket allvarlig".

52 Sökanden har vidare redogjort för skälen varför överträdelsen, enligt detta företag, inte borde ha klassificerats som "mycket allvarlig".

53 För det första har företaget gjort gällande att överträdelsen bestod av en informell överenskommelse utan några särskilda regler för hur de berörda företagen skulle genomdriva denna. Trots att kommissionen har medgett detta i meddelandet om

anmärkningar, har den ändå inte satt ned böterna i det ifrågasatta beslutet. I sitt beslut i ärendet Polypropylen ålade kommissionen låga böter med hänsyn till att de berörda företagen inte tillämpade någon genomförandemekanism (kommissionens beslut 86/398/EEG av den 23 april 1986 om ett förfarande enligt artikel 85 i EEG-fördraget (Ärende IV/31.149 — Polypropylen), EGT L 230, s. 1 (nedan kallat beslutet i ärendet Polypropylen), punkt 108). En överträdelse har per definition mindre skadliga effekter på marknaden när det saknas genomförandemekanism. Sökanden har bestridit kommissionens argument att förevarande mål skiljer sig från ärendet Polypropylen på så vis att parterna i förevarande överenskommelser var utsatta för påtryckningar som hade samma funktion och samma effekter som en formell genomförandemekanism. Sökanden anser att det är av avgörande betydelse att det varken i ärendet Polypropylen eller i förevarande fall vidtogs någon tvingande åtgärd för att säkerställa att kvoterna iakttogs.

54 Som svar på kommissionens argument att den inte är skyldig att ta hänsyn till sin tidigare beslutspraxis, har sökanden hävdat att kommissionen enligt rättspraxis måste beakta alla de faktorer som kan påverka bedömningen av hur allvarlig överträdelsen är (domen i de ovan i punkt 51 nämnda förenade målen Cimenteries CBR m.fl. mot kommissionen, punkt 4949). Kommissionen kan följaktligen inte "godtyckligt och utan övertygande skäl" avstå från att beakta de kriterier som den funnit relevanta i sina tidigare beslut när den bedömer överträdelsens allvar. Kommissionen har dessutom feltolkat förstainstansrättens dom av den 14 maj 1998 i mål T-347/94, Mayr-Melnhof mot kommissionen (REG 1998, s. II-1751). Sökanden har tillstått att förstainstansrätten i denna dom har konstaterat att "det faktum att kommissionen i sin tidigare beslutspraxis har ansett vissa omständigheter utgöra förmildrande omständigheter vid fastställelsen av bötesbeloppets storlek [inte] innebär ... att kommissionen är skyldig att göra samma bedömning i ett senare beslut" (punkt 368). Företaget anser dock att detta uttalande inte påverkar kommissionens skyldighet att ta hänsyn till alla relevanta omständigheter. Sökanden har framhållit att avsaknaden av en genomförandemekanism, frånvaron av hinder för konkurrensen mellan staterna (se nedan punkt 56) och den underordnade roll som priset spelat (se nedan punkt 57) är väsentliga omständigheter att beakta för att korrekt bedöma överträdelsens allvar. Företaget har tillagt att kommissionen har förbisett alla de omständigheter som är till fördel för de berörda företagen, trots att dessa var väsentliga för bedömningen av överträdelsens allvar. Det har uppgett att i det ärende som gav upphov till domen i det ovannämnda målet Mayr-Melnhof mot kommissionen förelåg en kris i den aktuella branschen, som särskilt skulle beaktas

som en förmildrande omständighet eller som en objektiv uppgift i den mening som avses i punkt 5 i riktlinjerna. Den krisen var mindre betydande för bedömningen av överträdelsens allvar än de omständigheter som sökanden framhållit i förevarande fall. Sökanden har för övrigt bestridit att domen i det ovan i punkt 27 nämnda målet LR AF 1998 mot kommissionen ger kommissionen utrymme att bortse ifrån sin tidigare beslutspraxis. Förstainstansrättens slutsatser i nämnda dom var ett svar på LR AF:s påstående att den ändring av de tidigare bötesnivåerna som riktlinjerna innebar utgjorde en ändring av den rättsliga ramen för vilka böter som kunde åläggas. Denna dom innebär inte att kommissionen kan bortse från relevanta omständigheter vid bedömningen av överträdelsens allvar.

55 Vad gäller kommissionens argument att förstainstansrätten i sin dom av den 14 maj 1998 i mål T-348/94, Enso Española mot kommissionen (REG 1998, s. II-1875), slagit fast att avsaknaden av kontrollåtgärder i syfte att genomföra överenskommelsen inte i sig kan utgöra en förmildrande omständighet, har sökanden påpekat att denna rättspraxis saknar intresse vid bedömningen av överträdelsens allvar. Företaget har tillagt att förstainstansrätten i sin dom av den 17 december 1991 i mål T-6/89, Enichem Anic mot kommissionen (REG 1991, s. II-1623; svensk specialutgåva, volym 11, s. 1), punkterna 269–271, slagit fast att avsaknaden av en genomförandemekanism utgjorde en förmildrande omständighet.

56 För det andra har sökanden framfört att de kvoter som kartellen fastställde endast bestämdes på europeisk nivå. De berörda företagen har inte försökt fastställa kvoter per land och det har således inte funnits några barriärer mellan de nationella marknaderna. Redan från början var således risken för konkurrensen begränsad. Sökanden har hävdat att kommissionen, tvärtemot sitt beslut 94/815/EG av den 30 november 1994 om ett förfarande enligt artikel 85 i EG-fördraget (Ärende IV/33.126 och IV/33.322 — Cement) (EGT L 343, s. 1) (nedan kallat cementbeslutet), där den hade fäst stor vikt vid den omständigheten att de berörda företagen hade fastställt kvoter för varje land och därigenom avskilt de nationella marknaderna från varandra, inte har beaktat den omständigheten i förevarande fall när den fastställde böterna.

57 För det tredje, och i motsats till de andra överträdelserna som klassificerats som "mycket allvarliga", har överenskommelsen om priset spelat en underordnad roll. Sökanden har medgett att priset togs upp vid ett flertal möten, men har tillagt att diskussionen i denna fråga, särskilt i början av överträdelsen, endast avsåg synpunkter på den låga prisnivån och skillnaderna i pris mellan medlemsstaterna. De handskrivna anteckningar som gjordes vid möten år 1994 och år 1995 innehåller inga uppgifter om priser, eftersom priset inte fastställdes under kartellens första tid. Sökanden har framhållit att kartellen, såsom kommissionen nämnt i punkt 99 i meddelandet om anmärkningar, grundade sig på principen "endast kvantiteter, inte pris". Minimipriser fastställdes emellertid. Sökanden har tillagt att de berörda företagen bara fastställde referenspriser och att sådana priser har mer begränsade återverkningar än fasta priser, vilket kommissionen också har medgett. Sökandebolaget har uppgett att det inte har bestridit de omständigheter som fastställts utan bara hur dessa bedömts.

58 Sökanden har kritiserat kommissionens slutsats att det inte är någon egentlig gradskillnad mellan kartellen i fråga och andra karteller, där deltagarna ingått särskilda överenskommelser om att fastställa priser och kvoter med stöd av effektiva genomföranderegler. Bolaget har betonat att risken för att konkurrensen skulle begränsas och integrationen hindras var betydligt lägre i förevarande fall.

59 För det fjärde har sökanden hävdat att det inte förekommit någon tilldelning av kunder, med undantag för en kund, Tekno Winter, samt ett enstaka tillfälle då James Brown tycks ha tilldelats några små företag i Förenade kungariket.

60 Kommissionen har för sin del framhållit att sökanden inte har gjort gällande att kommissionen överskridit sitt utrymme för skönsmässig bedömning eller gjort andra felaktiga bedömningar. Bolaget har nöjt sig med att allmänt hävda att kommissionen "godtyckligt och utan övertygande skäl" har avvikit från sin tidigare beslutspraxis.

61 Kommissionen har anfört att den, i enlighet med de principer som uppställts i rättspraxis, har beaktat alla de omständigheter som är relevanta för att bedöma överträdelsens art och funnit att denna var av sådan karaktär att den skulle klassificeras som "mycket allvarlig".

62 Kommissionen anser att sökanden har missuppfattat rättspraxis i frågan. Den har medgett att den är skyldig att beakta alla relevanta omständigheter men har hävdat att det enligt rättspraxis inte krävs att vissa faktiska omständigheter, bland annat dem som sökanden tagit upp i förevarande fall, systematiskt måste leda till en nedsättning av utgångspunkten för böterna. Det framgår i själva verket av rättspraxis att det inte finns någon tvingande eller uttömmande förteckning över de kriterier som absolut skall tas i beaktande. För övrigt beror betydelsen av vart och ett av kriterierna när överträdelsens allvar bedöms på omständigheterna i det enskilda fallet.

63 Kommissionen har vidare bedömt frågan om de påstått måttfulla aspekter som sökanden åberopat och anser att dessa inte gör överträdelsen mindre allvarlig. Den har därvid understrukit att den inte alls är skyldig att följa sin tidigare beslutspraxis.

— Förstainstansrättens bedömning

64 Det skall inledningsvis anges att sökanden endast avser att få sina böter upphävda eller nedsatta. Företaget har inte bestridit artikel 1 i det ifrågasatta beslutet och har således medgett att kommissionens slutsatser är välgrundade vad beträffar dess deltagande i kartellen och åsidosättandet av artikel 81 EG. Företaget har förklarat att det, i sitt svar på meddelandet om anmärkningar, i det väsentligaste vidgick de faktiska omständigheter som framställts däri och att det därför beviljades en nedsättning med 10 procent av bötesbeloppet med stöd av meddelandet om samarbete (punkterna 360 och 363 i det ifrågasatta beslutet).

65 Sökanden kan inte heller vinna framgång med sitt argument att kommissionen i det ifrågasatta beslutet undanhållit alla de omständigheter som skulle ha visat att överträdelsen var måttfull och som nämndes i meddelandet om anmärkningar. Kommissionen tog i själva verket hänsyn till alla relevanta omständigheter i det ifrågasatta beslutet. I motsats till vad sökanden hävdat upprepas faktiskt kommissionens påstående att "uppgörelsen om försäljning och kvoter till sin art var ett informellt avtal, genom att medlemmarna inte tillämpade någon särskild typ av verkställighetsmekanism" (punkt 67 i meddelandet och anmärkningar) i huvudsak i punkt 72 i det ifrågasatta beslutet. Påståendet att kartellen grundade sig på principen "endast kvantiteter, inte pris" (punkt 99 i meddelandet om anmärkningar), som sökanden har tillskrivit kommissionen trots att det i verkligheten kom från Union Pigments, återges i punkt 104 i det ifrågasatta beslutet. Kommissionen har vidare funnit att kvoterna uteslutande tillämpades på europeisk nivå och att de berörda företagen skärmat av sina respektive nationella marknader (punkterna 267 och 273 i det ifrågasatta beslutet). Den har likaså tagit hänsyn till argumentet att endast en kund hade fördelats bland kartellmedlemmarna (punkterna 270 och 277). I motsats till vad sökanden har påstått har kommissionen dessutom yttrat sig över dessa argument i det ifrågasatta beslutet (punkterna 104, 274 och 290–298).

66 Dessutom skall enligt fast rättspraxis särskilt hänsyn tas till konkurrensbegränsningarnas art vid bedömningen av överträdelsens allvar (se förstainstansrättens 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, punkt 117 och där angiven rättspraxis).

67 Sökanden har dock inte bestridit att kartellen fastställde priser och upprättade kvoter på europeisk nivå och att tilldelning skett av åtminstone en kund. Det skall härvid erinras om att de första exemplen på konkurrensbegränsande samverkan som nämns i artikel 81.1 a–c EG och där förklaras oförenliga med den gemensamma marknaden är just sådana som innebär att

"a) inköps- eller försäljningspriser eller andra affärsvillkor direkt eller indirekt fastställs,

b) produktion, marknader, teknisk utveckling eller investeringar begränsas eller kontrolleras,

c) marknader eller inköpskällor delas upp,

..."

68 Det är därför som överträdelser av detta slag, särskilt när det är fråga om horisontella konkurrensbegränsningar, i rättspraxis klassificeras som "särskilt allvarliga" (förstainstansrättens dom av den 11 mars 1999 i mål T-141/94, Thyssen Stahl mot kommissionen, REG 1999, s. II-347, punkt 675) eller som "överträdelse[r] *per se* av konkurrensreglerna" (förstainstansrättens dom av den 6 april 1995 i mål T-148/89, Tréfilunion mot kommissionen, REG 1995, s. II-1063, punkt 109, och av den 14 maj 1998 i mål T-311/94, BPB de Eendracht mot kommissionen, REG 1998, s. II-1129, punkterna 303 och 338).

69 Det skall även erinras om att "mycket allvarliga" överträdelser i den mening som avses i riktlinjerna innefattar "i huvudsak ... horisontella begränsningar såsom priskarteller och karteller för uppdelning av marknader eller andra förfaranden som hindrar den inre marknadens funktion, såsom t.ex. förfaranden som syftar till att avskärma de nationella marknaderna eller missbruk av dominerande ställning av företag med monopolliknande ställning" (punkt 1 A andra stycket tredje strecksatsen).

70 Av vad som anförts följer att kommissionen med rätta klassificerade överträdelsen i fråga som mycket allvarlig med hänsyn till dess art. Förstainstansrätten skall dock ändå bedöma de påstått måttfulla aspekter som sökanden åberopat.

71 Vad för det första gäller sökandens argument att överträdelsen bestod av ett informellt avtal där de berörda företagen inte tillämpade någon särskild typ av verkställighetsmekanism, skall det konstateras att det inte krävs att ett avtal är bindande för att en överenskommelse mellan företag skall anses som en förbjuden konkurrensbegränsande samverkan. Det räcker att de aktuella företagen har gett uttryck för sin gemensamma vilja att agera på marknaden på ett bestämt sätt (förstainstansrättens dom av den 11 december 2003 i mål T-59/99, Ventouris mot kommissionen, REG 2003, s. II-2519, punkt 52). Att det saknas formella kontrollåtgärder avseende genomförandet behöver inte nödvändigtvis påverka överträdelsens allvar. Den omständigheten att en olaglig konkurrensbegränsande samverkan genomförs med informella medel utesluter inte att den är effektiv.

72 Även om kommissionen satte ned böterna i beslutet i ärendet Polypropylen, såsom angetts ovan i punkt 41, utgör kommissionens tidigare beslutspraxis inte i sig den rättsliga ramen för åläggande av böter på konkurrensområdet.

73 I detta fall skall, vad gäller uppgörelsen om försäljning och kvoter, påpekas att kommissionen i det ifrågasatta beslutet har medgett att det "till sin art [var] ett avtal baserat på förtroende, genom att medlemmarna inte tillämpade någon särskild typ av verkställighetsmekanism" (punkt 72). Kommissionen har emellertid konstaterat att "[e]fterlevnaden av försäljningskvoterna uppnåddes genom påtryckningar som utövades på medlemmarna under kartellmötena" (punkterna 72 och 276 i det ifrågasatta beslutet). Sökanden har inte bestridit att kartellmedlemmarna höll 16 möten under perioden mars 1994 till maj 1998 (punkt 70 i det ifrågasatta beslutet) och att de berörda företagen vid dessa möten utbytte information om försäljningen och diskuterade sina marknadsandelar. Företagen utväxlade uppgifter avseende försäljningen av zinkfosfat genom att använda zinkproducentorganisationer som mellanhänder och kunde på så vis kontrollera att var och en höll sig till sin del av marknaden (punkterna 69 och 284). Vidare har Union Pigments uppgett att kartellmedlemmarna ofta var oense under mötena och anklagade varandra för att överskrida de överenskomna kvoterna och att efterlevnaden av försäljningskvoterna uppnåddes genom påtryckningar som utövades på medlemmarna under kartellmötena (punkt 67 i Union Pigments yttrande). Även om Trident har understrukit att det inte fanns något kompensationssystem, har detta företag bekräftat att deltagarna

klagade på varandra vid mötena och beklagade sig om deras marknadsandelar sjönk (punkt 2.4.19 i Tridents yttrande).

74 Det framgår för övrigt av det ifrågasatta beslutet att "[k]undtilldelning användes som en form av kompensation om ett företag inte uppnådde sin tilldelade kvot" (punkt 72). Detta påstående bekräftas av Union Pigments yttrande, vari uppges att kunden Tekno Winter (nedan kallad Teknos) år 1995 tilldelades SNCZ för att säkerställa att sistnämnda företag fick sin kvot på 24 procent (punkt 67). Union Pigments har även konstaterat att företaget vid ett visst tillfälle avstod från att försöka skaffa nya kunder, eftersom det skulle ha medfört repressalier från de andra berörda företagen (punkt 77 i Union Pigments yttrande).

75 Sökanden har inte heller bestridit att de berörda företagens verkliga marknadsandelar på årsbasis låg mycket nära de marknadsandelar som de hade tilldelats (punkt 72 i det ifrågasatta beslutet). Detta visar att systemet för genomförande av uppgörelsen om försäljningen var effektivt, även om det inte innefattade något formellt sanktionssystem.

76 Vad beträffar avtalen om priser och tilldelning av kunder har kommissionen förvisso varken i det ifrågasatta beslutet (se exempelvis punkterna 285 och 286) eller i sina skrivelser pekat ut någon särskild verkställighetsmekanism. Det framgår dock av rättspraxis att kommissionen har ett utrymme för skönsmässig bedömning när den fastställer bötesbeloppet, för att kunna styra företagens beteende så att de iakttar konkurrensreglerna (förstainstansrättens dom av den 6 april 1995 i mål T-150/89, REG 1995, s. II-1165, punkt 59, och domen i det ovan i punkt 66 nämnda målet Archer Daniels Midland och Archer Daniels Midland mot kommissionen, punkt 56). Med hänsyn till den aktuella överträdelsens art och ovan i punkterna 68 och 71 angiven rättspraxis jämte dess följder och återverkningar (se nedan punkterna 111–118 och 129), finner förstainstansrätten att kommissionen inte har överskridit detta utrymme för skönsmässig bedömning i förevarande fall.

77 Vad för det andra gäller sökandens argument att det förelåg en begränsad risk för konkurrensen, eftersom de kvoter som kartellen fastställde endast avsåg den europeiska marknaden, skall det erinras om att riktlinjerna endast upplysningsvis innehåller hänvisningar till överträdelser som syftar till att avskärma de nationella marknaderna, som exempel på överträdelser som kan klassificeras som mycket allvarliga (punkt 1 A andra stycket tredje strecksatsen). Förstainstansrätten har dessutom i domen i det ovan i punkt 66 nämnda målet Archer Daniels Midland och Archer Daniels Midland Ingredients mot kommissionen redan slagit fast att en kartell som bland annat syftar till att fastställa priser inte kan undgå att klassificeras som en mycket allvarlig överträdelse bara för att den varit en världsomfattande kartell som inte medfört någon avskärmning av nationella marknader inom den gemensamma marknaden (punkterna 123–125). Samma resonemang är tillämpligt i förevarande fall.

78 Vad beträffar cementbeslutet, som sökanden åberopat, är det inte relevant här att kommissionen i det ärendet klassificerade avskärmandet av de nationella marknaderna som mycket allvarligt. Om kartellen i förevarande mål hade haft till syfte att avskärma de nationella marknaderna, hade kommissionen kunnat ålägga företagen ännu högre böter. Det skall härvid anges att det i riktlinjerna bland annat stadgas följande: "Inom var och en av dessa kategorier gör sanktionsskalorna det möjligt att variera behandlingen av företagen allt efter arten av de överträdelser de begått. Detta gäller särskilt kategorierna allvarliga och mycket allvarliga överträdelser." (Punkt 1 A tredje stycket.)

79 Det kan för övrigt noteras att det enligt Union Pigments beslutades vid kartellens första möte den 24 mars 1994 att "priserna inte fick variera alltför mycket mellan olika länder, för att produkterna inte skall föras över gränserna" (punkterna 51 och 74 i Union Pigments yttrande). Det tycks följaktligen som att de berörda företagen i viss utsträckning avsåg att avskärma de nationella marknaderna i förevarande fall.

80 Vad för det tredje gäller argumentet att överträdelsen inte borde ha klassificerats som mycket allvarlig, därför att uppgörelsen om priser endast spelat en underordnad roll och endast avsåg referenspriser, som till sin art har mer begränsade

återverkningar än fasta priser, skall det erinras om att kommissionen i det ifrågasatta beslutet funnit att kartellmedlemmarna har kommit överens om "lägstapriser" och/eller "rekommenderade priser" på zinkfosfat (punkt 65).

81 Prisöverenskommelser, även om de inte är bindande, påverkar konkurrensen genom att deltagarna i en kartell med rimlig säkerhet kan förutsäga sina konkurrenters prispolitik (domstolens dom av den 17 oktober 1972 i mål 8/72, Vereeniging van Cementhandelaren mot kommissionen, REG 1972, s. 977, punkt 21). Mer allmänt innebär sådana karteller ett direkt ingripande i de parametrar som är väsentliga för konkurrensen på den berörda marknaden (domen i det ovan i punkt 68 nämnda målet Thyssen Stahl mot kommissionen, punkt 675). Genom att på detta sätt ge uttryck för en gemensam vilja att tillämpa en viss prisnivå för sina produkter har de berörda tillverkarna inte självständigt beslutat sin marknadspolitik, vilket strider mot det synsätt som konkurrensreglerna i fördraget bygger på (domen i det ovan i punkt 68 nämnda målet BPB de Eendracht mot kommissionen, punkt 192).

82 Med hänsyn till det anförda kan kartellen i fråga inte undgå att klassificeras som en mycket allvarlig överträdelse redan av den anledningen att den fastställt referenspriser (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 66 nämnda målet Archer Daniels Midland och Archer Daniels Midland Ingredients mot kommissionen, punkterna 118–120).

83 Vad gäller sökandens argument att prisuppgörelsen enbart spelat en "underordnad" roll, finner förstainstansrätten att den omständigheten att kommissionen förklarat att fastställelsen av försäljningskvoter utgjorde "hörnstenen" i kartellen (punkt 66 i det ifrågasatta beslutet) inte innebär att prisuppgörelsen skall betraktas som underordnad. Överenskommelserna om kvoter, om kunder och om fastställelse av priser utgör tre sidor av en enda konkurrensbegränsande samverkan. Hur allvarlig denna samverkan är skall dock bedömas ur ett helhetsperspektiv. Med hänsyn till den aktuella överträdelsens art har kommissionen med rätta klassificerat den som mycket allvarlig.

84 I alla händelser konstaterar förstainstansrätten att prisuppgörelsen var en viktig del av kartellen. Kommissionen har för övrigt sammanställt skriftlig bevisning som styrker att de rekommenderade priserna hade diskuterats vid ett flertal av kartellens möten (punkterna 134, 139, 140, 162, 178 och 186 i det ifrågasatta beslutet). Dessutom utgjorde prisuppgörelsen, tvärtemot vad sökanden har hävdat, en del av samverkan redan från år 1994. Bland de berörda företagen är det bara sökanden som under det administrativa förfarandet gjort gällande att denna uppgörelse inte tillkom förrän år 1996 (punkt 268 i det ifrågasatta beslutet). Som angetts ovan beslutade enligt Union Pigments de berörda företagen vid sitt möte den 24 mars 1994 att priserna inte borde avvika för mycket mellan olika länder (punkt 51 i Union Pigments yttrande). Det framgår även av Tridents yttrande (punkt 2.4.24) att kartellen fastställde priser vid varje möte. De skriftliga bevisen från de första mötena är inte lika omfattande som för de senare mötena. Det framgår dock av dagordningen för mötet den 27 mars 1995 att deltagarna planerade att diskutera prisutvecklingen i Tyskland, Frankrike, Benelux-länderna, Förenade kungariket, de nordiska länderna, Förenta staterna och resten av världen (punkt 121 i det ifrågasatta beslutet).

85 För det fjärde är det inte möjligt att dra den slutsatsen att kommissionen inte hade rätt att klassificera denna överträdelse som mycket allvarlig utifrån den omständigheten att det inte förekommit någon tilldelning av kunder, med undantag för en kund, Teknos, och vid det enstaka tillfälle då James Brown tycks ha tilldelats några små företag i Förenade kungariket.

86 Sökanden har inte bestridit att det skett en tilldelning av Teknos, som var en av de åtta ledande färgtillverkarna i Västeuropa (punkt 52 i det ifrågasatta beslutet).

87 De berörda företagen hade regelbundna diskussioner om tilldelningen av denna kund och turades om att sköta leveranserna dit (punkterna 68, 96 och 97 i det ifrågasatta beslutet och punkterna 63 och 67 i Union Pigments yttrande). De hade ett flexibelt tilldelningssystem för att säkerställa att Teknos "inte skulle börja fatta misstankar om uppgörelsen" (punkterna 99 och 100 i det ifrågasatta beslutet).

Förstainstansrätten konstaterar att det pris som Teknos skulle faktureras var föremål för detta avtal och att deltagarna hade kommit överens om att ingen annan än den tillverkare som stod "på tur" skulle få begära ett lägre pris än det överenskomna (punkt 96 i det ifrågasatta beslutet och punkt 2.4.22 i Tridents yttrande).

88 Sökanden har för övrigt inte heller bestridit att James Brown tycks ha tilldelats några små företag (punkterna 180 och 277 i det ifrågasatta beslutet). James Brown har inte heller förnekat denna tilldelning.

89 Vidare har kommissionen påstått, på grundval av Union Pigments meddelande av den 30 mars 1995, att tilldelning av Jotun varit uppe för diskussion (punkt 277 i det ifrågasatta beslutet). Även om tilldelningen av Jotun inte nämns direkt i detta meddelande, har sökanden inte uttryckligen bestridit detta påstående. Jotun är också en av de åtta ledande färgtillverkarna i Västeuropa (punkt 52 i det ifrågasatta beslutet).

90 Härav följer att kommissionens slutsats att det förekommit tilldelning av vissa kunder var riktig. Att denna tilldelning endast rörde vissa kunder, inte samtliga på marknaden, påverkar inte slutsatsen att kartellen i fråga var av mycket allvarlig art.

91 Med beaktande av dessa omständigheter kan sökandens invändning mot att den berörda överträdelsen har klassificerats som mycket allvarlig inte godtas.

Överträdelsens verkan

— Parternas argument

92 Sökanden har inledningsvis påpekat att kommissionen i huvudsak har grundat sin slutsats angående överträdelsens mycket allvarliga art på dess inverkan på marknaden. Bolaget har hävdat att kommissionen i detta avseende har gjort en felaktig bedömning. Vid bedömningen av överträdelsens allvar borde kommissionen enligt rättspraxis ha tagit hänsyn till alla omständigheter som kan ha återverkningar på marknaden (domen i de ovan i punkt 51 nämnda förenade målen Cimenteries CBR m.fl. mot kommissionen, punkt 4949). Det framgår av denna rättspraxis att kommissionen i sin tidigare beslutspraxis har bekräftat att de begränsade återverkningarna på marknaden liksom att avtalen inte tillämpats fullt ut var omständigheter som borde ha spelat in vid bedömningen av överträdelsens allvar (beslutet i ärendet Polypropylen, punkt 108, och kommissionens beslut 1999/271/EG av den 9 december 1998 om ett förfarande enligt artikel 85 i EG-fördraget (Ärende IV/34.466 — Greek Ferries) (EGT L 109, s. 24) (nedan kallat beslutet i ärendet Greek Ferries), punkt 162)). I beslutet i ärendet Greek Ferries fann kommissionen att den omständigheten att parterna inte hade tillämpat de särskilda avtalen om priser fullt ut och att de hade upprätthållit priskonkurrens genom att tillämpa olika rabatter var ett skäl för att endast klassificera överträdelsen som allvarlig i stället för mycket allvarlig. I detta fall har kommissionen däremot varken tagit hänsyn till att avtalen i fråga inte hade genomförts ordentligt eller att de bara haft begränsade återverkningar på marknaden.

93 Vad för det första gäller genomförandet av överträdelsen har sökanden gjort gällande att kommissionen felaktigt har funnit att prisuppgörelsen noggrant genomfördes av de berörda företagen. För det första har kommissionen grundat sin slutsats rörande genomförandet av prisuppgörelserna på Tridents yttrande, enligt vilket dess interna prislista återspeglade de överenskomna priserna (punkt 285 i det ifrågasatta beslutet). Detta är en förvanskning av nämnda yttrande. I själva verket konstaterade Trident även att enligt dess erfarenhet "iakttogs inte de priser som diskuterades vid mötena och det medgavs allmänt att försäljning skedde till

priser under de överenskomna referenspriserna" (punkt 2.4.25 i Tridents yttrande). Detta påstående bekräftas av Union Pigments yttrande, att det var praktiskt taget omöjligt att fastställa priset och att referenspriserna inte iakttogs i de skandinaviska länderna (punkt 60). Enbart den omständigheten att Trident angett riktpriserna i sin interna priskatalog är med hänsyn till omständigheterna inte tillräcklig för att sluta sig till att avtalen i fråga tillämpades noggrant.

94 Vidare sålde de berörda företagen standardzinkfosfat till lägre priser än de överenskomna och det lämnades regelbundet rabatter. De priser som sökanden begärt var klart lägre än de referenspriser som kartellen fastställde. I själva verket är priset på zinkoxid, och därmed på zink, avgörande för priset på zinkfosfat, eftersom det svarar för huvuddelen av produktionskostnaden. Priset på zink fluktuerade kraftigt under åren 1990–2000. Sökanden har hävdat att den prisstegring som skedde år 1997 är kopplad till den kraftiga prisökningen på zink och inte har att göra med referenspriserna. För övrigt lämnade Trident över handlingar till kommissionen som visade att de berörda företagen regelbundet sålde sina produkter till lägre priser än de överenskomna. För det tredje var de berörda företagen skyldiga att hålla priserna på en låg nivå, bland annat på grund av risken för import från tredje land. Sammanfattningsvis iakttog de berörda företagen inte avtalen om priser, tvärtemot vad kommissionen funnit. Sökanden har påpekat att kommissionen inte i sitt svaromål har yttrat sig över de argument som redogjorts för ovan.

95 I beslutet i ärendet Greek Ferries beslutade kommissionen att sätta ned böterna och klassificera överträdelsen som allvarlig, snarare än som mycket allvarlig, eftersom avtalen inte hade genomförts fullt ut. Kommissionen borde ha följt denna praxis i förevarande fall. Till svar på argumentet att kommissionen inte är bunden av sin tidigare beslutspraxis, har sökanden hävdat att kommissionen är skyldig att beakta alla omständigheter som kan påverka bedömningen av överträdelsens allvar, inklusive de omständigheter som den funnit relevanta i sina tidigare beslut. Förstainstansrättens rättspraxis bekräftar att överträdelsens faktiska verkningar på marknaden skall beaktas vid beräkningen av böterna (förstainstansrättens dom av

den 14 maj 1998 i mål T-308/94, Cascades mot kommissionen, REG 1998, s. II-925, punkt 172 och följande punkter). Vad beträffar kommissionens argument att ett bötesbelopp bara behöver sättas ned om ingendera parten har tillämpat avtalet, har sökanden gjort gällande att det även skall beaktas om endast en del av ett avtal har genomförts. I detta fall borde den omständigheten att prisuppgörelsen inte tillämpats ha beaktats och medfört en nedsättning av bötesbeloppet.

96 Vad för det andra beträffar kartellens återverkningar på marknaden har kommissionen också gjort en felaktig bedömning. För det första har sökanden bestridit kommissionens påstående att överträdelsen haft faktiska återverkningar på grund av att de berörda företagen var verksamma på 90 procent av EES-marknaden. Även om de inblandade företagen täcker in en betydande del av marknaden, har överträdelsen aldrig avsett modifierat zinkfosfat utan enbart standardzinkfosfat, vilket endast utgör 55 procent av den europeiska zinkfosfatmarknaden. Överträdelsen har således endast haft återverkningar på en del av den europeiska zinkfosfatmarknaden. Vad beträffar kommissionens argument att det faktum att köparna övergick till modifierat zinkfosfat skall ses som en faktisk återverkning på marknaden, har sökanden genmält dels att det argumentet inte anfördes i det ifrågasatta beslutet, dels att detta konstaterande inte påverkar det faktum att överträdelsen endast berörde en del av marknaden och att dess återverkningar således *a fortiori* var begränsade. För det andra uppnådde de berörda företagen inte sina väsentliga målsättningar. Sökanden har därvid uppgett att eftersom marknaden aldrig hade varit föremål för en uppdelning efter land, rådde i de olika medlemsstaterna "en hård konkurrens om kunderna och därmed om marknadsandelarna". Sökanden har presenterat diagram för att visa att försäljningen i de olika medlemsstaterna växlade avsevärt och att det således var hård konkurrens på marknaden i fråga. Uppdelning av kunder hörde dessutom till undantagen inom kartellen. Slutligen uppnåddes aldrig referenspriserna, vilket visar att det rådde hård konkurrens.

97 Sökanden har gjort gällande att kartellens återverkningar var begränsade av flera skäl. För det första är de som köper zinkfosfat stora företag som har en stark förhandlingsposition vad gäller priser och systematiskt söker efter de bästa

erbjudandena. Som svar på kommissionens argument att denna köpkraft inte har förtagit kartellens återverkningar, har sökanden framfört att återverkningarna av överträdelserna definitivt är mer begränsade då motparten på marknaden är starkare än när köparna är svagare. För det andra innebar förekomsten av utomstående konkurrenter på marknaden och existensen av ersättningsprodukter, bland annat kalciumfosfat som importeras från tredje land, att det var en avsevärd press på priset på standardzinkfosfat. För det tredje har sökanden upprepat att priset på zinkfosfat under den tid överträdelsen pågick i stor utsträckning var beroende av priset på zink och att zinkprisets betydande fluktuationer påverkade priset på zinkfosfat. En överenskommelse om priset på zinkfosfat skulle alltså inte få någon egentlig verkan. För det fjärde svarar zinkfosfat bara för en liten del av kostnaden för slutprodukten, närmare bestämt 0,08 procent. De smärre ändringar som avtalen innebar har alltså praktiskt taget inte haft några negativa återverkningar på priset på färg för konsumenterna. Sökanden har därvid påpekat att kommissionen, i motsats till sin tidigare praxis, inte i detta fall har bedömt huruvida konsumenterna lidit någon skada.

98 Som svar på kommissionens påstående att de begränsade återverkningarna utgör en viktig faktor i bedömningen av överträdelsens allvar, har sökanden gjort gällande att detta inte påverkar det faktum att kommissionen är skyldig att ta hänsyn till överträdelsens faktiska inverkan på marknaden när den avgör hur allvarlig den var. Ju mer begränsad inverkan på marknaden är, desto mindre skäl finns det att klassificera överträdelsen som allvarlig (domen i det ovan i punkt 95 nämnda målet Cascades mot kommissionen, punkt 172 och följande punkter).

99 Slutligen har sökanden framhållit att det "framför allt" skall ses som en förmildrande omständighet att avtalen i praktiken inte tillämpats, vilket motiverar att böterna sätts ned i enlighet med punkt 3 i riktlinjerna. Bolaget har i sin replik gjort gällande att de argument som det utvecklat till stöd för denna del av den första grunden avser frågan "huruvida den omständigheten att avtalen inte tillämpades fullt ut och den begränsade karaktären av en överträdelses verkningar skall beaktas vid bedömningen av hur allvarligt åsidosättandet är", inte huruvida det utgör en förmildrande omständighet att avtalen i praktiken inte tillämpats.

100 Kommissionen har hävdat att den inte är skyldig att sätta ned bötesbeloppet när alla delar av avtalet inte genomförts och de avsedda resultaten inte till fullo uppnåtts på marknaden. Den har tillagt att det inte finns någon uttömmande förteckning över vilka kriterier som är relevanta vid bedömningen av hur allvarlig en överträdelse är.

101 Kommissionen har vidare bestridit att dessa slutsatser är felaktiga. För det första har den erinrat om att dess slutsatser rörande genomförandet av överträdelsen inte begränsade sig till fastställelse av priser utan även omfattade uppdelning av marknadsandelar och tilldelning av åtminstone en kund (punkterna 72, 284, 286 och 287 i det ifrågasatta beslutet), vilket sökanden inte bestridit. Att riktpriserna faktiskt tillämpats framgår inte bara av Tridents yttrande, enligt vilket detta företags interna prislistor återspeglade de överenskomna priserna (punkt 285 i det ifrågasatta beslutet), utan också av den omständigheten att sökandens genomsnittspriser följde de rekommenderade priserna för Tyskland med en viss tidsmässig förskjutning. Även om riktpriserna inte uppnåddes fullt ut, betyder detta i alla händelser inte att sökanden inte bidrog till att genomdriva avtalen. Genom att enas om marknadskvoter och målpriser hade de berörda företagen ett visst manöverutrymme vad gällde att utnyttja sina kunder. Det framgår av rättspraxis att ett företag som inte uppträder i enlighet med vad som överenskommits inom kartellen helt enkelt kan försöka utnyttja överenskommelsen för egen vinning (domen i det ovan i punkt 95 nämnda målet Cascades mot kommissionen, punkt 230). I detta fall kan det således inte vara fråga om "att företaget i praktiken inte har tillämpat avtal ... som utgör överträdelser" i den mening som avses i riktlinjerna.

102 För det andra har kommissionen bestridit att den gjort en felaktig bedömning av kartellens återverkningar på marknaden. Även om överträdelsen enbart avsåg standardzinkfosfat och inte den modifierade varianten, kontrollerade kartellen i praktiken världsproduktionen av zinkfosfat. Även om överträdelsen hade fått kunderna att nöja sig med modifierat zinkfosfat, skall även denna reaktion betraktas som en faktisk effekt av överträdelsen. Kommissionen har även erinrat om att den i det ifrågasatta beslutet medgett att de resultat som de berörda företagen eftersträvade inte uppnåddes helt (punkt 297). Överträdelsens återverkningar på marknaden är dock betydande. Dessa återverkningar har visat sig dels genom att de marknadsandelar som de berörda företagen faktiskt uppnått var praktiskt taget

identiska med de andelar som de tilldelats i avtalet om kvantiteter (punkt 72 i det ifrågasatta beslutet), dels genom att sökandens genomsnittspriser troget följde de rekommenderade priserna med en viss tidsmässig förskjutning. Utvecklingen av genomsnittspriserna visar också att även om zinkprisets växlingar hade påverkat priset på zinkfosfat, ändrade inte det verkningarna av de åtgärder som kartellmedlemmarna därutöver vidtog. Om nu priset på zinkfosfat enbart avgjordes av zinkpriset, har sökanden i vart fall inte förklarat varför kartellen fastställde rekommenderade priser under fyra års tid (punkterna 92–94, 104, 274 och 285 i det ifrågasatta beslutet).

103 Vad beträffar skälen för överträdelsens begränsade återverkningar, som sökanden åberopat, har kommissionen gjort gällande att även begränsade effekter, såsom dem som sökanden har medgett förekom, är betydelsefulla när det är fråga om att avgöra överträdelsens allvar. Likväl har den bestridit de argument som sökanden framfört i detta avseende.

— Förstainstansrättens bedömning

104 I punkt 1 A i riktlinjerna åtar sig kommissionen uttryckligen att vid bedömningen av överträdelsens allvar, utöver överträdelsens art och omfattningen av den relevanta geografiska marknaden, beakta dess konkreta påverkan på marknaden, om den är mätbar. I förevarande fall har samtliga dessa kriterier tagits upp i punkt 300 i det ifrågasatta beslutet.

105 I motsats till vad sökanden anfört, har kommissionen inte "huvudsakligen" grundat sin slutsats rörande överträdelsens allvar på dess verkningar. Den har inte tillmätt

överträdelsens verkningar större betydelse än andra faktorer. Den har i själva verket tonat ner betydelsen av den konkreta påverkan, dels genom att påpeka att det är "extremt svårt" att dra slutsatser om effekterna av detta slags konkurrensbegränsande samverkan (punkt 279), dels genom att ta hänsyn till att de berörda företagen inte hade uppnått alla sina mål (punkt 297).

106 Det framgår av rättspraxis att kommissionen vid bedömningen av en överträdelses faktiska påverkan på konkurrensen skall jämföra med den situation som skulle ha förelegat om överträdelsen inte inträffat (se domen i det ovan i punkt 66 nämnda målet Archer Daniels Midland och Archer Daniels Midland Ingredients mot kommissionen, punkt 150 och där angiven rättspraxis).

107 Vad gäller avtalet om försäljningskvoter finner förstainstansrätten att kommissionens slutsats att detta noggrant genomförts är riktig (se ovan punkterna 73 och 74 och punkterna 72, 284 och 287 i det ifrågasatta beslutet). Såsom anges ovan i punkt 75 är det utrett att "[d]e verkliga marknadsandelarna för de fem producenterna ... på årsbasis [följde] deras tilldelade andel" (punkt 72 i det ifrågasatta beslutet). Härav följer att kommissionen med rätta har funnit att avtalet om försäljningskvoter har haft återverkningar på marknaden. Det skall tilläggas att sökanden vid förhandlingen har medgett att detta avtal påverkade konkurrensen genom att det medförde mer stabila prisnivåer (se även punkt 114 i det ifrågasatta beslutet). Stabiliteten vad gäller marknadsandelarna fick således till följd att det inte var nödvändigt att tillämpa den aggressiva prissänkningspolitik som förekom under priskriget som pågick åren innan kartellen bildades (se punkterna 74, 75, 114 och 115 i det ifrågasatta beslutet).

108 Sökanden har hävdat att variationen i försäljningssiffrorna på de nationella marknaderna visar att avtalet inte haft några återverkningar. Det skall därvid erinras om att kvoterna upprättades på europeisk nivå. Även om försäljningen har varierat nationellt, har de europeiska kvoterna fortfarande iakttagits.

109 Under dessa förhållanden skall den konkreta inverkan av kvoterna, "hörnstenen" i kartellen (punkt 66 i det ifrågasatta beslutet), anses styrkt.

110 Vad beträffar prisuppgörelsen har kommissionen i det ifrågasatta beslutet påstått att även den genomförts noggrant (punkterna 283 och 285). Sökanden har bestridit detta påstående.

111 Kommissionen har med rätta anmärkt att överenskommelserna i fråga avsåg målpriser (se ovan punkt 80). Vid genomförandet av ett avtal om målpriser, snarare än fasta priser, krävs det inte att ett pris som motsvarar det överenskomna målpriset faktiskt tillämpas, utan att parterna eftersträvar att uppnå dessa målpriser (domen i det ovan i punkt 66 nämnda målet Archer Daniels Midland och Archer Daniels Midland Ingredients mot kommissionen, punkt 271).

112 Förstainstansrätten finner att parterna i detta fall ansträngde sig för att uppnå sina målpriser. Prisnivån diskuterades vid varje möte och rekommenderade priser fastställdes (se ovan punkt 84). En sådan fastställelse påverkade ofrånkomligen konkurrensen på marknaden, då köparnas förhandlingsutrymme vad gäller priset begränsades (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 20 april 1999 i de förenade målen T-305/94–T-307/94, T-313/94–T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 och T-335/94, Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mot kommissionen, REG 1999, s. II-931, punkt 745). Såsom angetts ovan i punkt 81 påverkar en prisfastställelse, även om det bara rör sig om ett riktpris, konkurrensen genom att det ger alla deltagarna i kartellen möjlighet att med rimlig säkerhet förutse sina konkurrenters prispolitik (domen i det ovan i punkt 81 nämnda målet Vereeniging van cementhandelaren mot kommissionen, punkt 21).

113 Kommissionen har för övrigt med rätta åberopat de instruktioner som Britannia och Trident lämnade avseende sina interna prislistor till stöd för slutsatsen att prisuppgörelsen genomdrevs. Dessa instruktioner följer i själva verket nästan exakt de lägstapriser som fastställdes vid mötena (se även punkt 2.4.25 i Tridents yttrande och punkterna 92 och 285 i det ifrågasatta beslutet). Trident har medgett att det prisförhandlade med sina kunder utifrån dessa instruktioner (punkt 2.4.26 i Tridents yttrande). Det framgår av dessa prislistor att de priser som anges i instruktionerna motsvarar "minimiprisnivåer" och att de "inte skulle sänkas utan att föregående samråd med [namn på en anställd]", det vill säga den person som representerade Trident (tidigare Britannia) vid kartellens möten. Även om kommissionen inte har visat att alla de berörda företagen hade gett sådana instruktioner, finner förstainstansrätten att Tridents och Britannias instruktioner utgör ett viktigt bevis (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 17 december 1991 i mål T-7/89, Hercules Chemicals mot kommissionen, REG 1991, s. II-1711, punkterna 340–342, svensk specialutgåva, volym 11, s. II-83, och domen i det ovan i punkt 95 nämnda målet Cascades mot kommissionen, punkt 194).

114 Det skall tilläggas att Trident har påstått att de berörda företagen vid mötena ofta beklagade sig över nivåerna på försäljningspriserna. De använde därvid de rekommenderade priserna som referenspunkt (punkterna 2.4.27 och 3.1.2 i Tridents yttrande).

115 Härav följer att även om kommissionen inte på ett detaljerat sätt har visat att prisuppgörelsen genomfördes "noggrant", och även om den inte har kunnat peka ut någon särskild verkställighetsmekanism (se ovan punkt 76), hade kommissionen fog för sin slutsats att uppgörelsen genomfördes.

116 Vad beträffar avtalets återverkningar på priserna, understryker förstainstansrätten att Union Pigments och Trident, som är de berörda företag som samarbetat mest med kommissionen (punkt 366 i det ifrågasatta beslutet), upprepade gånger har konstaterat att detta avtal antingen hade förbättrat "samstämmigheten" i prissättningen eller lett till att priserna på marknaden hade stigit. Dessa företag har medgett att en av fördelarna med att delta i kartellen var att priskriget fick ett slut (punkt 49 i

Union Pigments yttrande och punkt 3.1.1 c i Tridents yttrande, se även punkterna 84 och 103 i det ifrågasatta beslutet). Härav följer att kartellen ledde till högre priser på marknaden. Det skall även framhållas att det framgår av Union Pigments meddelande av den 30 mars 1995, alltså under den i målet aktuella tidsperioden, att prisåtgärderna hade lett till prisökningar på marknaden. I samma meddelande nämnde Union Pigments som en av fördelarna med kartellen att företaget kunnat begära "högre priser under tredje kvartalet 1995". Vidare har Union Pigments i sitt yttrande påstått att följden av kartellen år för år ledde till en bättre "samstämmighet" i prissättningen, utom i de nordiska länderna (punkt 73 i Union Pigments yttrande). Sökanden har hävdat att det enligt Union Pigments var "praktiskt taget omöjligt" att fastställa priser och att referenspriserna inte iakttogs i de skandinaviska länderna. Det skall i det sammanhanget erinras om att Union Pigments i sitt yttrande uppgav att det var "svårt", inte "praktiskt taget omöjligt", att säkerställa att priserna inte varierade mellan olika länder till följd av valutafluktuationer (punkt 60 i Union Pigments yttrande).

117 Som sökanden har uppgett, har Trident konstaterat att de priser som diskuterades vid mötena inte iakttogs helt och hållet och att det allmänt medgavs att försäljning skedde till priser under de överenskomna referenspriserna (punkt 2.4.25 i Tridents yttrande). Kommissionen har i det ifrågasatta beslutet tagit hänsyn till att försäljningspriserna inte exakt följt de rekommenderade priserna (punkterna 275, 291 och 297). Förstainstansrätten betonar härvid att kartellen enbart fastställt målpriser, inte fasta priser. Att företagen gått under referenspriserna leder inte i sig till den slutsatsen att kartellen inte haft några verkningar. Den nytta som kartellmedlemmarna haft var resultatet av den ömsesidiga kännedom om företagens inriktning vad gällde priser, något som styrde deras respektive förhandlingar med kunderna. Det skall också påpekas att Trident har medgett att de tabeller som bifogades företagets yttrande visar att dess genomsnittspriser ända sedan starten år 1995 var högre än tidigare. Enligt Trident skulle slutsatsen av detta kunna vara att priserna stabiliserades på en högre nivå till följd av kartellens möten (punkt 3.2.7 i Tridents yttrande). Trident har även hävdat att variationerna i dess försäljningspriser följde kartellens rekommenderade priser (punkterna 2.4.26 och 3.2.5 i Tridents yttrande).

118 Det framgår således av de objektiva konstaterandena från de företag som samarbetat mest med kommissionen att prisinitiativen påverkade nivån på marknadspriserna (se, för ett liknande resonemang, domen i de ovan i punkt 112 nämnda förenade målen Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mot kommissionen, punkterna 746 och 747).

119 Sökanden har dessutom hävdat att kartellens återverkningar var begränsade av flera andra skäl.

120 Vad för det första gäller argumentet att de som köper zinkfosfat är stora företag som har en stark förhandlingsposition vad gäller priser och systematiskt söker efter de bästa erbjudandena, skall det konstateras att kommissionen inte har påstått motsatsen i det ifrågasatta beslutet (punkterna 51, 52 och 339). Trots köparnas starka ställning var kommissionens slutsats att konkurrensvillkoren snedvridits av kartellen i fråga riktig.

121 För det andra har sökanden hävdat att förekomsten av utomstående konkurrenter på marknaden och existensen av ersättningsprodukter, bland annat kalciumfosfat som importeras från tredje land, innebar en avsevärd press på priset på standardzinkfosfat. Sökanden har hävdat att standardzinkfosfat bara utgör 55 procent av den europeiska zinkfosfatmarknaden och att överträdelsen således endast kunnat påverka en del av marknaden. Kommissionen har i sitt svar på en fråga från förstainstansrätten medgett att den inte gjort någon fördjupad analys av marknaden i fråga och att beslutet enbart avser standardzinkfosfat. Även om kommissionen i det ifrågasatta beslutet har hänvisat till produkter som delvis kan ersätta standardzinkfosfat, bland annat kalciumfosfat och modifierade zinkfosfater (punkterna 45 och 46 i det ifrågasatta beslutet), har den inte bedömt hur betydelsefulla dessa alternativ är och framför allt inte klargjort huruvida standardzinkfosfat utgör en del av samma marknad som dessa ersättningsprodukter.

122 Kommissionen är skyldig att göra en avgränsning av marknaden i ett beslut som fattats med stöd av artikel 81 EG när det utan en sådan avgränsning är omöjligt att avgöra huruvida avtalet, beslutet av en företagssammanslutning eller det samordnade förfarandet i fråga kan påverka handeln mellan medlemsstaterna och har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrida konkurrensen inom den gemensamma marknaden (förstainstansrättens dom av den 15 september 1998 i de förenade målen T-374/94, T-375/94, T-384/94 och T-388/94, European Night Services m.fl. mot kommissionen, REG 1998, punkterna 93–95 och 105, och av den 6 juli 2000 i de förenade målen T-62/98, Volkswagen mot kommissionen, REG 2000, s. II-2707, punkt 230). Det kan tilläggas att omsättningen av de produkter som omfattas av ett konkurrensbegränsande förfarande utgör ett objektivt kriterium som gör det möjligt att uppskatta hur skadligt detta förfarande är för den normala konkurrensen (förstainstansrättens dom av den 11 mars 1999 i mål T-151/94, British Steel mot kommissionen, REG 1999, s. II-629, punkt 643, och av den 9 juli 2003 i mål T-220/00, Cheil Jedang mot kommissionen, REG 2003, s. II-2473, punkt 91).

123 I detta fall har sökanden endast bestridit den exakta räckvidden av överträdelsens verkningar (se ovan punkt 94). Företaget har nämligen såväl i sina inlagor som vid förhandlingen medgett (se ovan punkt 107) att överträdelserna har haft vissa verkningar.

124 Det är vidare utrett att de berörda företagen kontrollerade 90 procent av produktionen av standardzinkfosfat. Även under antagandet att den aktuella produktmarknaden också omfattade andra produkter, kontrollerade de berörda företagen en stor del av denna marknad. Eftersom kommissionen har lagt fram konkreta bevis för överträdelsens verkningar (se ovan punkterna 107 och 118), särskilt objektiva konstateranden som tillverkarna själva lämnat vid den i målet aktuella tiden, finner förstainstansrätten att den har styrkt överträdelsens verkningar. Det skall därvid erinras om att kommissionen tonat ned betydelsen av överträdelsens verkningar i det ifrågasatta beslutet (se ovan punkt 105).

125 Kommissionen har dessutom i det ifrågasatta beslutet, som svar på ett argument från SNCZ enligt vilken den omständigheten att andra produkter kan ersätta

zinkfosfat visar att överträdelsen inte haft någon faktisk verkan, konstaterat att detta inte har visats och att SNCZ medgett att kalciumfosfat fortfarande endast används i relativt små mängder (punkt 297 i det ifrågasatta beslutet). Sökanden har i detta mål inte visat att de påstådda ersättningsprodukterna hade utövat "en avsevärd press på priset på standardzinkfosfat". Union Pigments däremot har tydligt konstaterat att sökanden velat uppnå högre priser för standardzinkfosfat för att göra modifierat zinkfosfat mer konkurrenskraftigt (punkt 59 i Union Pigments yttrande och företagets meddelande av den 25 mars 1995). Sökandens argument att risken för att produkterna skulle ersättas med andra har begränsat kartellens återverkningar kan inte godtas. Det framgår vidare av Union Pigments yttrande att importen från tredje land var begränsad (punkterna 33 och 34 i Union Pigments yttrande).

126 Vad för det tredje beträffar sökandens påstående att den prisstegring som skedde år 1997 var kopplad till den kraftiga prisökningen på zink och inte hade att göra med referenspriserna, skall det framhållas att kommissionen i det ifrågasatta beslutet uttryckligen har gjort gällande att ett antal faktorer kan påverka hur priset på produkten i fråga utvecklas (punkt 279 i det ifrågasatta beslutet). Den har bland annat medgett att zinkfosfat är starkt beroende av priset på zinkmetall (punkt 339). Kommissionens slutsats att denna faktor inte skall överskattas är riktig. Det förekom bara en enda betydande prisökning på zinkmetall år 1997, medan kartellen hade funnits sedan år 1994 (punkt 340 i det ifrågasatta beslutet). Även om priset på zink steg kraftigt år 1997, framgår det dock av bilaga 6 till ansökan att priset även sjönk kraftigt i slutet av år 1997 utan motsvarande sänkning av det pris som sökanden begärde för zinkfosfat (se även punkt 340 i det ifrågasatta beslutet).

127 I alla händelser är de verkningar som skall beaktas när den allmänna nivån på bötesbeloppet fastställs inte dem som följer av det faktiska uppträdande som ett företag påstår sig ha valt, utan verkningarna av hela den överträdelse som företaget deltagit i (domstolens dom av den 8 juli 1999 i mål C-49/92 P, Anic Partecipazioni,

REG 1999, s. I-4125, punkt 152, och domen i det ovan i punkt 66 nämnda målet Archer Daniels Midland och Archer Daniels Midland Ingredients mot kommissionen, punkterna 160 och 167).

128 För det fjärde har sökanden framhållit att zinkfosfat endast utgör en liten del av kostnaden för slutprodukten, närmare bestämt 0,08 procent, och att de smärre ändringar som avtalen alltså innebar praktiskt taget inte har haft några negativa återverkningar på priset på färg för konsumenterna. Även om kommissionen inte har bestridit att zinkfosfat endast utgjorde en liten del av kostnaden för slutprodukten (punkterna 48 och 53 i det ifrågasatta beslutet), framgår det inte av det ifrågasatta beslutet att den har beaktat den omständigheten när den fastställde bötesbeloppet. Enligt rättspraxis hör värdet på varan till de faktorer som skall beaktas vid bedömningen av överträdelsens allvar (domen i de ovan i punkt 41 nämnda förenade målen Musique diffusion française m.fl. mot kommissionen, punkterna 120 och 121). I detta fall finner förstainstansrätten inte att kommissionen borde ha tagit hänsyn till denna omständighet när den bedömde överträdelsens allvar och, i synnerhet, dess verkningar. Att zinkfosfat endast svarar för en liten del av kostnaden för slutprodukten påverkar varken bedömningen av hur allvarlig överträdelsen är eller, som kommissionen har framhållit, det faktum att marknadsvillkoren snedvridits för kunderna. Om zinkfosfat hade varit en tyngre utgiftspost, hade överträdelsen fått ännu större verkningar. Kommissionen är inte heller skyldig att visa att en konkurrensbegränsande samverkan skadar konsumenterna för att den skall kunna klassificera överträdelsen som mycket allvarlig.

129 Vad gäller kunduppdelningsavtalet finner förstainstansrätten att även om kommissionen inte pekat ut någon särskild verkställighetsmekanism (se ovan punkt 76), finner förstainstansrätten att detta avtal har genomförts, åtminstone i viss mån. Det pris som Teknos skulle faktureras reglerades i detta avtal och det fanns en överenskommelse om att ingen annan än den tillverkare som stod "på tur" skulle få begära ett lägre pris än det överenskomna (se ovan punkt 87). Att förbjuda försäljning till en viss kund för lägre priser än det överenskomna på grund av att denna kund tilldelats ett annat företag påverkar tveklöst den normala konkurrensen.

130 Vad beträffar alla avtalen sammantaget har de påtalade förfarandena, såsom kommissionen understrukit i det ifrågasatta beslutet (punkt 298) tillämpats i mer än fyra år. Det är därför inte särskilt sannolikt att producenterna vid den aktuella tidpunkten ansåg att dessa förfaranden helt saknade verkan och nytta (se, för ett liknande resonemang, domen i de ovan i punkt 112 nämnda förenade målen Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mot kommissionen, punkt 748). Det skall härvid tilläggas att det är utrett att kartellen tillkom under ett priskrig och att dess syfte bland annat var att få slut på detta. Såsom angetts ovan i punkt 116 var en av fördelarna med att delta i kartellen för de berörda företagen att priskriget fick ett slut (punkt 49 i Union Pigments yttrande och punkt 3.1.1 c i Tridents yttrande, se även punkterna 84 och 103 i det ifrågasatta beslutet). Förstainstansrätten finner att det faktum att de berörda företagen deltog i kartellen i mer än fyra år även visar att de i stort sett lyckades sätta stopp för priskriget. Härav följer att de berörda företagen anpassade sina priser för att uppnå en högre prisnivå än den som skulle ha gällt om kartellen inte hade existerat.

131 Slutligen har sökandebolaget som en förmildrande omständighet åberopat att överträdelsen i praktiken inte tillämpats.

132 Det framgår av rättspraxis att när flera företag har deltagit i en överträdelse, skall det för vart och ett av företagen prövas hur allvarlig den enskilda överträdelsen var (domstolens dom av den 16 december 1975 i de förenade målen 40/73–48/73, 50/73, 54/73–56/73, 111/73, 113/73 och 114/73, Suiker Unie m.fl. mot kommissionen, REG 1975, s. 1663, punkt 623, och domen i det ovan i punkt 127 nämnda målet kommissionen mot Anic Partecipazioni, punkt 150), för att bedöma huruvida det förelegat försvårande eller förmildrande omständigheter för ett visst företag.

133 I punkt 3 ("Förmildrande omständigheter") i riktlinjerna finns en icke uttömmande förteckning över omständigheter som kan leda till att bötesbeloppet minskas, bland annat att företaget i fråga i praktiken inte har tillämpat aktuella avtal (punkt 3 andra strecksatsen). Det är i detta sammanhang väsenligt att avgöra huruvida det framgår av de omständigheter som sökanden anfört att företaget, under den period då det

omfattades av de avtal som utgjorde överträdelser, i praktiken inte tillämpade dessa utan uppträdde marknadsmässigt (se, för ett liknande resonemang, domen i de ovan i punkt 51 nämnda förenade målen Cimenteries CBR m.fl. mot kommissionen, punkterna 4872–4874, och domen i det ovan i punkt 66 nämnda målet Archer Daniels Midland och Archer Daniels Midland Ingredients, punkt 268).

134 Sökanden har dock inte alls visat att företaget i praktiken avstod från att tillämpa de konkurrensbegränsande avtalen genom att uppträda marknadsmässigt. Företaget har varken bestridit sitt deltagande i kartellens möten eller att det utväxlat försäljningsinformation med de andra berörda företagen. Det deltog i avtalet om försäljning och i kunduppdelningsavtalet. Förstainstansrätten har redan funnit att sökandens påstående att företaget inte tillämpat prisuppgörelsen är felaktig. Härav följer att detta argument inte kan godtas.

135 Av vad som anförts följer att kommissionens slutsats att kartellen haft konkret verkan är riktig.

Invändningen att kommissionen inte beaktat krisen i zinkfosfatsektorn som en förmildrande omständighet

— Parternas argument

136 Sökanden har hävdat att kommissionen inte beaktat krisen i den europeiska zinkfosfatsektorn som en förmildrande omständighet. Kommissionen har tidigare funnit att strukturella kriser utgjort en förmildrande omständighet vid fastställelse av bötesbelopp (kommissionens beslut 2003/382/EG av den 8 december 1999 om ett förfarande enligt artikel 81 i EG-fördraget (Ärende IV/E-1/35.860-B — Sömlösa

stålrör) (EGT L 140, s. 1) (nedan kallat beslutet i ärendet Sömlösa stålrör), och kommissionens beslut 98/247/EKSG av den 21 januari 1998 om ett förfarande för tillämpning av artikel 65 i EKSG-fördraget (Ärende IV/35.814 — Legeringspåslag) (EGT L 1000, s. 55) (nedan kallat beslutet i ärendet Legeringspåslag), punkt 83)). Den ekonomiska situationen för zinkfosfatindustrin är direkt jämförbar med det krisläge som beskrivs i beslutet i ärendet Legeringspåslag, där kommissionen tog hänsyn till branschens svåra ekonomiska situation och satte ned böterna med mellan 10 och 30 procent. Krisen på zinkfosfatmarknaden var större och höll i sig under hela den tid som överträdelsen varade. Priset på zink, som är känt internationellt i och med att det sätts på råvarubörsen, är ständigt utsatt för växlingar. Sökanden har hävdat att de ideliga höjningarna av zinkpriset, på grund av den ekonomiska styrkan hos zinkfosfatköparna, endast svårligen kunde lastas över på köparna, trots att de utövade ett betydande tryck på zinkfosfattillverkarna för att säkerställa att de fick del av sänkningarna av zinkpriserna. Sökanden har påstått att krisen förvärrades av vissa omständigheter som beskrivits ovan, däribland risken för lågprisimport från länder utanför EES och det faktum att kalciumfosfat allt oftare ersatte standardzinkfosfat. Sökandens omsättning från försäljningen av standardzinkfosfat sjönk följaktligen med omkring 20 procent under 1990-talet.

137 Sökanden har erinrat om att majoriteten av de verksamma zinkfosfatproducenterna har bekräftat att det var en ekonomisk kris i branschen (punkt 337 i det ifrågasatta beslutet). Det framgår av det ifrågasatta beslutet att kommissionen själv medgett att den ekonomiska situationen på marknaden var svår (punkt 339 i det ifrågasatta beslutet). Den har dock inte betraktat denna kris som en sådan förmildrande omständighet som motiverar att böterna sätts ned. Kommissionen har därigenom förbisett gemenskapens rättspraxis (förstainstansrättens dom av den 10 mars 1992 i mål T-12/89, Solvay mot kommissionen, REG 1992, s. II-907, punkt 340), liksom sin egen tidigare beslutspraxis.

138 Kommissionen har bestridit denna invändning och påpekat att den inte alls har godtagit att zinkfosfatmarknaden genomgick en strukturell kris (punkterna 339 och 340 i det ifrågasatta beslutet). Den har vidare gjort gällande att dess bedömning av en eventuell kris på marknaden är en ekonomiskt komplex bedömning och att gemenskapsdomstolen således måste begränsa sin prövning till att undersöka om förfaranderegelerna följts, om motiveringen är tillräcklig, om de faktiska omständigheterna är materiellt korrekta, om det har skett en uppenbart oriktig bedömning och om det förekommit maktmissbruk (domstolens dom av den 28 maj 1998 i mål C-7/95 P, John Deere Ltd mot kommissionen, REG 1998, s. I-3111, punkt 34). Sökanden har dock inte framfört några sådana grunder eller invändningar.

— Förstainstansrättens bedömning

139 Förstainstansrätten finner att sökanden inte kan stödja sig på den påstådda krisen inom zinkfosfatsektorn. Det är därvid tillräckligt att erinra om att förstainstansrätten i sin dom i det ovan i punkt 33 nämnda målet Lögstör Rör mot kommissionen (punkterna 319 och 320), som avsåg ärendet Fjärrvärmerör, fann att kommissionen inte var skyldig att se den svåra ekonomiska situationen i den aktuella sektorn som en förmildrande omständighet. Förstainstansrätten har även slagit fast att det faktum att kommissionen i tidigare ärenden har beaktat den ekonomiska situationen i sektorn som en förmildrande omständighet inte innebär att den är skyldig att fortsätta följa denna praxis (förstainstansrättens dom av den 10 mars 1992 i mål T-13/89, ICI mot kommissionen, REG 1992, s. II-1021, punkt 372; svensk specialutgåva, volym 12, s. II-183, punkt 372). Såsom kommissionen med rätta har påpekat uppstår nämligen karteller i allmänhet när en sektor drabbas av svårigheter (domen i de ovan i punkt 37 nämnda förenade målen Tokai Carbon m.fl. mot kommissionen, punkt 345).

140 I motsats till vad sökanden har hävdat har dock kommissionen aldrig godtagit att det förelåg en kris i zinkfosfatsektorn. Den har endast angett att den ekonomiska situation som rådde vid överträdelsen var besvärlig, mot bakgrund av att marknaden var fullt utvecklad och starkt beroende av priset på zinkmetall och kundernas marknadsinflytande (punkt 339 i det ifrågasatta beslutet). Däremot har den inte funnit att det fanns strukturella problem på marknaden. Såsom anges i punkt 340 i

det ifrågasatta beslutet skedde det endast en väsentlig prisökning på zinkmetall år 1997, medan kartellen hade funnits sedan år 1994. Det kan tilläggas att det inte framgår av handlingarna att det fanns stora svårigheter på marknaden i fråga.

Jämförelse med andra karteller

— Parternas argument

141 Sökanden har påpekat att det vid en genomgång av nyligen avgjorda ärenden där kommissionen klassificerat överträdelser som mycket allvarliga framgår att överträdelsen i förevarande mål inte hör hemma i den kategorin. Dessa nyligen avgjorda ärenden skiljer sig från det förevarande genom en bättre organisation, effektivare åtgärder och större återverkningar på marknaden (det ovan i punkt 56 nämnda cementbeslutet, punkt 65, och beslutet i det ovan i punkt 29 nämnda ärendet Fjärrvärmerör, samt kommissionens beslut 2003/2/EG av den 21 november 2001 om ett förfarande enligt artikel 81 i EG-fördraget och artikel 53 i EES-avtalet (Ärende COMP/E-1/37.512 — vitaminer) (EGT L 6, 2003, s. 1) (nedan kallat beslutet i ärendet vitaminer)).

142 Kommissionen borde inte ha fört det aktuella ärendet till samma kategori som de ärenden som beskrivits ovan. För det första fastställde de berörda företagen i detta fall aldrig kvoter för olika länder och de skyddade inte sina nationella marknader. För det andra avsåg överträdelsen i fråga inte ett helt produktsortiment utan enbart standardzinkfosfat. För det tredje är zinkfosfat, som utgör en mycket liten del av kostnaden för färger, vilket är den enda produkt i vilka detta ämne används, av begränsad betydelse för färgmarknaden. Ingen konsument har därför lidit någon skada. För det fjärde har priserna varit av underordnad betydelse och det har inte föreskrivits några sanktionsåtgärder. Sökanden har hävdat att kommissionen har medgett att överträdelserna i de ärenden som anges ovan i punkt 141 var allvarligare än den i förevarande mål. Sökanden förstår därför inte varför kommissionen ålagt

bolaget mycket högre böter än dem som företagen i de ovannämnda ärendena tvingades betala. Sökanden har som exempel påpekat att de böter som bolaget ålagts är 21 gånger högre i förhållande till dess totala omsättning än dem som ålades "ledaren" för kartellen i beslutet i ärendet Fjärrvärmerör.

143 Kommissionen har tillbakavisat denna invändning och påpekat att överträdelsen i fråga klassificerats som mycket allvarlig redan på grund av sitt syfte, tilldelningen av kvoter för marknadsandelar och fastställelse av priser som avsåg hela EES. Den har hävdat att den inom ramen för kategorin mycket allvarliga överträdelser och i enlighet med riktlinjerna kunde ta hänsyn till att de av sökanden åberopade kartellerna uppvisade ytterligare egenskaper som bidrog till allvaret av de begångna överträdelserna, utan att för den skull behöva placera den överträdelse som sökanden gjort sig skyldig till i kategorin allvarliga överträdelser. Kommissionen erinrar om att den utgångspunkt som fastställdes för sökanden ligger i botten av skalan över möjliga bötesbelopp för allvarliga överträdelser enligt riktlinjerna. Vad beträffar sökandens påstående att detta bolag ålagts strängare böter än företagen i de andra åberopade ärendena, har kommissionen med hänvisning till de argument som anförts ovan svarat att böterna inte fås fram genom en enkel beräkning baserad på omsättning.

— Förstainstansrättens bedömning

144 Den horisontella kartell som sökanden deltagit i innebar begränsningar i form av fastställelse av försäljningskvoter, fastställelse av målpriser och tilldelning av kunder. Såsom angetts ovan i punkterna 67–70, är en överträdelse som innefattar kvoter och fastställelse av priser, även riktpriser, till sin art särskilt allvarlig. Dessutom har överträdelsen haft verkningar på marknaden (se ovan punkterna 107–130) och omfattat hela den gemensamma marknaden och, efter dess tillkomst, hela EES. Förstainstansrätten finner därför att kommissionen haft fog för att klassificera överträdelsen som mycket allvarlig.

145 Att det finns andra ärenden i vilka ännu allvarligare överträdelser av konkurrensrätten har begåtts innebär inte att det saknas skäl för att bedöma den nu aktuella överträdelsen som mycket allvarlig. Det skall noteras att det i riktlinjerna stadgas att sanktionsskalorna gör det möjligt att inom var och en av kategorierna mindre allvarliga, allvarliga och mycket allvarliga överträdelser variera behandlingen av företagen allt efter arten av de överträdelser de begått (punkt 1 A tredje stycket). De böter som ålagts i detta fall är dessutom klart lägre än det möjliga minimibeloppet för mycket allvarliga överträdelser (se ovan punkt 40). Även om kommissionen valt att klassificera denna överträdelse som mycket allvarlig, har den i själva verket gjort en åtskillnad mellan detta ärende och andra mycket allvarliga fall, där avsevärt högre böter ålagts.

146 Vad beträffar påståendet att de böter som ålagts sökanden var strängare än dem som ålagts kartelldeltagare i andra, tidigare ärenden, räcker det att erinra om att kommissionen inte är skyldig att följa en viss praxis avseende bötesnivåer, förutsatt att den iakttar den maximigräns som anges i artikel 15.2 i förordning nr 17. Såsom angetts ovan i punkt 41, kan den omständigheten att kommissionen tidigare har tillämpat en viss bötesnivå för vissa typer av överträdelser inte hindra den från att höja denna nivå inom de gränser som föreskrivs i förordning nr 17, om detta är nödvändigt för att säkerställa genomförandet av gemenskapens konkurrenspolitik (domen i de ovan i punkt 41 nämnda målen Musique diffusion française m.fl. mot kommissionen, punkt 109, och i målet Europa Carton mot kommissionen, punkt 89).

147 När kommissionen fastställer bötesbelopp med hänsyn till överträdelsens allvar och varaktighet är den dessutom inte skyldig att göra sin bötesberäkning utifrån belopp grundade på de berörda företagens omsättning (domen i det ovan i punkt 27 nämnda målet LR AF 1998 mot kommissionen, punkt 278).

148 Det kan tilläggas att bedömningen av hur allvarliga överträdelserna är skall göras med hänsyn till ett stort antal omständigheter, såsom de särskilda omständigheterna

i ärendet, dess sammanhang och böternas avskräckande verkan, utan att det har fastställts någon tvingande eller uttömmande förteckning över kriterier som absolut skall tas i beaktande (domen i det ovan i punkt 43 nämnda målet Ferriere Nord mot kommissionen, punkt 33, och i det ovan i punkt 27 nämnda målet LR AF 1998 mot kommissionen, punkt 236). Kommissionen är inte skyldig att tillämpa en exakt matematisk formel, oavsett om det rör sig om det totala beloppet av de ålagda böterna eller de olika delarna av detsamma (förstainstansrättens dom av den 14 maj 1998 i mål T-354/94, Stora Kopparbergs Bergslags mot kommissionen, REG 1998, s. II-2111, punkt 119).

149 Av vad anförts följer att talan inte kan vinna bifall på den första delen av den första grunden.

b) Den andra delgrunden: Det har inte beaktats att endast en liten del av sökandens omsättning berördes

— Parternas argument

150 Sökanden har gjort gällande att kommissionen när den fastställer bötesbeloppet enligt fast rättspraxis skall ta hänsyn till att företagets omsättning från de produkter som berördes av överträdelsen endast utgjorde en liten andel av företagets totala omsättning (domen i de ovan i punkt 41 nämnda förenade målen Musique diffusion française m.fl. mot kommissionen, punkt 121, och generaladvokaten Slynns förslag till avgörande i nämnda mål, REG 1983, s. 1950, förstainstansrättens dom av den 14 juli 1994 i mål T-77/92, Parker Pen mot kommissionen, REG 1994, s. II-549, punkt 94, och domen i de ovan i punkt 51 nämnda förenade målen Cimenteries CBR m.fl. mot kommissionen, punkt 5026). Sökanden har påpekat att företagets omsättning från försäljningen av standardzinkfosfat i Europa år 2000 endast utgjorde 4,9 procent av dess totala omsättning, eller 3,48 miljoner euro. Kommissionen har dock inte beaktat denna omständighet när den fastställde bötesbeloppet och har således åsidosatt artikel 15.2 i förordning nr 17 samt riktlinjerna.

151 Det är inte tillräckligt att kommissionen i samband med att den fastställde varje företags respektive betydelse tog hänsyn till omsättningen av den berörda produkten inom EES. Enligt rättspraxis skall den nämligen för vart och ett av de berörda företagen beakta omsättningen i den aktuella sektorn i förhållande till den totala omsättningen när den fastställer det absoluta bötesbeloppet. Den omständigheten att kommissionen i det ifrågasatta beslutet uttryckt sin avsikt att ta hänsyn till att zinkfosfatmarknaden var av begränsad betydelse innebär i övrigt ingen lösning på problemet.

152 Sökanden har bestridit kommissionens argument att den tagit hänsyn till diversifieringen i det ifrågasatta beslutet och har påpekat att denna omständighet inte ens nämnts. Vad beträffar kommissionens tolkning av generaladvokaten Slynns ovan i punkt 150 nämnda förslag till avgörande i de förenade målen Musique diffusion française m.fl. mot kommissionen, enligt vilket den endast är skyldig att ta hänsyn till diversifieringen när den fastställer böterna på grundval av ett procenttal av den totala omsättningen, har sökanden framfört att kommissionen implicit medgett motsatsen i sitt svaromål. Kommissionen har där påstått dels att den tagit hänsyn till diversifieringen även i detta fall, dels att även om diversifieringen endast har "liten betydelse", har den ändå viss betydelse.

153 Kommissionen har bestridit sökandens argument. Den har hävdat bland annat att den tagit hänsyn till att endast en liten del av företagets omsättning härrörde från standardzinkfosfat, även om den inte nämner detta uttryckligen i det ifrågasatta beslutet. Den andel av omsättningen som härrör från de varor som berördes av överträdelsen ger en viss antydan om överträdelsens omfattning. Kommissionen har dock, i enlighet med rättspraxis, inte tillmätt omsättningen av de produkter som berördes av överträdelsen en oproportionerligt stor betydelse i förhållande till andra bedömningskriterier (domen i de ovan i punkt 41 nämnda förenade målen Musique diffusion française m.fl. mot kommissionen, punkt 121, och i det ovan i punkt 150 nämnda målet Parker Pen mot kommissionen, punkterna 89 och 94).

— Förstainstansrättens bedömning

154 Förstainstansrätten påpekar inledningsvis att det följer av fast rättspraxis att varken den ena eller den andra av olika omsättningssiffror får ges en oproportionerlig betydelse i förhållande till andra bedömningskriterier; och att fastställandet av ett lämpligt bötesbelopp därför inte kan ske genom en enkel beräkning som grundas på den totala omsättningen, särskilt när de ifrågavarande varorna endast svarar för en liten del av denna omsättning (domen i de ovan i punkt 41 nämnda förenade målen Musique diffusion française m.fl. mot kommissionen, punkterna 120 och 121, och i det ovan i punkt 150 nämnda målet Parker Pen mot kommissionen, punkt 94). Förstainstansrätten godtog sålunda i det ovannämnda målet Parker Pen mot kommissionen påståendet att kommissionen åsidosatt proportionalitetsprincipen, eftersom den inte hade beaktat den omständigheten att den omsättning som var hänförlig till de produkter som avsågs med överträdelsen var relativt låg i förhållande till det aktuella företagets sammanlagda försäljning.

155 Kommissionen har inte fastställt sökandens bötesbelopp i förevarande fall på grundval av företagets totala omsättning och sökanden kan därför inte med framgång hänvisa till domen i det ovan i punkt 97 nämnda målet Parker Pen mot kommissionen (domen i det ovan i punkt 44 nämnda målet ABB Asea Brown Boveri mot kommissionen, punkt 156).

156 Det framgår av det ifrågasatta beslutet (se punkterna 262–309) att kommissionen, i överensstämmelse med rättspraxis, beaktade en rad andra omständigheter än den totala omsättningen när den fastställde böterna. Bland annat togs hänsyn till överträdelsens art, dess faktiska påverkan, storleken på de berörda företagen på marknaden, böternas avskräckande verkan och den relevanta marknadens begränsade storlek (se punkterna 262–309; se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom i det ovan i punkt 33 nämnda målet ABB Asea Brown Boveri mot kommissionen, punkt 157, och i de ovan i punkt 37 nämnda förenade målen Tokai Carbon m.fl. mot kommissionen, punkt 202, samt förstainstansrättens dom av den 9 juli 2003 i mål T-230/00, Daesang och Sewon Europe mot kommissionen, REG 2003, s. II-2733, punkt 60).

157 Av dessa skäl kan talan inte bifallas på den första grundens andra del.

c) Den tredje delgrunden: Felaktig rättstillämpning till följd av att sökandens ekonomiska förmåga inte beaktats

— Parternas argument

158 Sökanden har hävdat att kommissionen i strid mot riktlinjerna har underlåtit att beakta företagets begränsade ekonomiska förmåga när den beräknade böterna. Sökanden har påpekat att den genom skrivelse av den 15 november 2001 begärde att kommissionen skulle ta hänsyn till företagets ekonomiska svårigheter inom den berörda sektorn, däribland att det gjort betydande förluster och att dess omsättning minskade med ungefär 20 procent från år 2000 till år 2001. Sökandens balansräkning den 31 december 2000 visar att företaget hade 40 miljoner euro i balans, varav 21 miljoner euro i skulder till följd av banklån. Det egna kapitalet täckte endas. 5 procent av det balanserade beloppet, vilket var ett kritiskt läge. Kommissionen har dock inte tagit hänsyn till dessa svårigheter i det ifrågasatta beslutet och har därmed även åsidosatt riktlinjerna, vari anges att de aktuella företagens egna kännetecken samt "deras faktiska betalningskapacitet i ett visst socialt sammanhang" skall beaktas när bötesbeloppen fastställs (punkt 5 b). Kommissionen har därmed gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning. Sökanden har tillagt att om företaget skulle bli tvunget att betala böterna, skulle dess överlevnad vara i fara.

159 Kommissionen har bestridit att den gjort en felaktig rättstillämpning vad beträffar bedömningen av sökandens finansiella ställning. Sökanden har inte lämnat tillräckliga upplysningar om detta under det administrativa förfarandet. I övrigt har sökanden i sin skrivelse av den 15 november 2001 varken nämnt att bolaget inte var i stånd att betala böter på en viss nivå eller tagit upp det "social[a] sammanhang" som riktlinjerna hänvisar till. Under dessa omständigheter anser kommissionen att den vid den tidpunkt då den fattade det ifrågasatta beslutet inte hade något skäl att efterfråga mer precisa upplysningar om sökandens finansiella ställning, såsom den gjorde avseende Trident (punkterna 367 och 368 i det ifrågasatta beslutet).

160 Inte heller om man tar hänsyn till de uppgifter som sökanden lämnat i sin ansökan kan det bli aktuellt för förstainstansrätten att, inom ramen för sin fulla prövningsrätt, sätta ned böterna. Sökanden har inte visat att företagets överlevnad allvarligt hotas av böterna i fråga.

— Förstainstansrättens bedömning

161 Det skall först erinras om att kommissionen enligt fast rättspraxis inte är skyldig att beakta det berörda företagets svaga finansiella ställning när den fastställer bötesbeloppet. En sådan skyldighet skulle nämligen medföra att de företag som var minst anpassade till marknadsvillkoren gavs en oberättigad konkurrensfördel (se domen i det ovan i punkt 27 nämnda målet LR AF 1998 mot kommissionen, punkt 308, och i det ovan i punkt 33 nämnda målet HFB m.fl. mot kommissionen, punkt 596, samt dom av den 19 mars 2003 i mål T-213/00, CMA CGM m.fl. mot kommissionen, REG 2003, s. II-913 (nedan kallad domen i målet FETTCSA), punkt 351 och där angiven rättspraxis).

162 Punkt 5 b i riktlinjerna, enligt vilken ett företags faktiska betalningsförmåga skall beaktas, är inte oförenlig med denna rättspraxis. Betalningsförmågan har betydelse endast "i ett visst socialt sammanhang", som utgörs av de följder som betalningen av böterna skulle få, särskilt i form av en ökning av arbetslösheten eller en ekonomisk försämring i föregående och efterföljande ekonomiska sektorer (domen i de ovan i punkt 37 nämnda förenade målen Tokai Carbon m.fl. mot kommissionen, punkt 371). Det skall konstateras att sökanden inte har inkommit med några uppgifter som gör det möjligt att bedöma detta "social[a] sammanhang".

163 Det är vidare inte i sig förbjudet enligt gemenskapsrätten att en åtgärd som en gemenskapsinstitution vidtagit får till följd att ett företag går i konkurs eller träder i likvidation (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 15 januari 1986 i mål 52/84, kommissionen mot Belgien, REG 1986, s. 89, punkt 14, och av den 2 juli

2002 i mål C-499/99, kommissionen mot Spanien, REG 2002, s. I-6031, punkt 38). Om ett företag likvideras i dess aktuella rättsliga form, kan det visserligen skada ägarnas, aktieägarnas eller andelsägarnas ekonomiska intressen men det innebär inte att de personliga, materiella och immateriella tillgångarna också förlorar sitt värde (domen i de ovan i punkt 37 nämnda förenade målen Tokai Carbon m.fl. mot kommissionen, punkt 372).

164 Sökanden har i övrigt endast lämnat knapphändig information om sin finansiella ställning till kommissionen innan det ifrågasatta beslutet fattades. Företaget har inte åberopat någon omständighet eller bevisning angående dess faktiska betalningsförmåga eller något "visst socialt sammanhang". Inte heller i sina inlagor i förevarande mål har sökanden lagt fram någon bevisning som styrker att företaget inte kan betala böterna i fråga, vilka endast motsvarar 5,3 procent av dess totala omsättning.

165 Förstainstansrätten slår således fast att kommissionen, inom ramen för sitt utrymme för skönsmässig bedömning, kunnat finna att den inte skulle beakta sökandens ekonomiska svårigheter.

166 Härav följer att talan inte kan vinna bifall på den första grunden.

2. *Den andra grunden: Åsidosättande av proportionalitetsprincipen*

a) Parternas argument

167 Sökanden har gjort gällande att även om det skulle antas att det ifrågasatta beslutet inte stred mot artikel 15.2 i förordning nr 17 och riktlinjerna, skulle de ålagda böterna vara oproportionerliga i förhållande till den överträdelse som företaget gjort sig skyldigt till, företagets storlek och den aktuella marknadens betydelse.

168 Sökanden har för det första hävdat att kommissionen har förbisett syftet med artikel 15.2 i förordning nr 17 och därmed åsidosatt proportionalitets- och rimlighetsprinciperna. Kommissionen borde ha eftersträvat såväl repressiva som avskräckande syften när den fastställde bötesbeloppen (domstolens dom av den 15 juli 1970 i mål 41/69, ACF Chemiefarma mot kommissionen, REG 1970, s. 661, punkt 703; svensk specialutgåva, volym 1, s. 457). Den avskräckande verkan består både av allmän- och individualpreventiva aspekter, där den senare syftar till att förmå det aktuella företaget att återuppta ett rättsenligt uppträdande. Denna individualprevention uppnås inte om böterna är högre än vad det berörda företaget har ekonomisk förmåga att betala. I detta fall har kommissionen varken tagit hänsyn till individualpreventionen eller till sökandens ekonomiska förmåga, som är klart begränsad på grund av krisen på marknaden. Som svar på kommissionens påstående att den tagit hänsyn till marknadens storlek och sökandens ekonomiska förmåga, har sökanden framhållit att kommissionen enbart beaktat storleken på marknaden för zinkfosfat i begränsad omfattning och inte bedömt sökandens särskilda situation.

169 För det andra har kommissionen i det ifrågasatta beslutet inte tagit hänsyn till att sökanden nästan inte gjort någon vinst på standardzinkfosfat utan i själva verket gjort förluster vissa år. Detta förbiseende strider mot punkt 5 b i riktlinjerna, där kommissionen har angett att den när bötesbeloppet fastställs skall ta hänsyn till att den som begått överträdelsen inte dragit någon fördel av denna.

170 Sökanden har i övrigt påpekat att kommissionen kontinuerligt bekräftat att den inte är skyldig att beakta omständigheter som är till förmån för sökanden, även om de är relevanta. Att den systematiskt underlåtit att ta hänsyn till dessa omständigheter leder till ett bötesbelopp som är orimligt och oproportionerligt.

171 För det tredje har sökanden framhållit att det vid en studie av kommissionens tidigare beslut framgår att de ålagda böterna är oproportionerliga i förhållande till överträdelsen och sökandens ekonomiska förmåga. I beslutet i ärendet Legeringspåslag fastställde kommissionen utgångspunkten till 4 miljoner euro, trots att de

berörda företagen där hade betydligt större omsättning än sökanden (punkt 76 i beslutet i ärendet Legeringspåslag). I beslutet i ärendet Volkswagen fann kommissionen att Volkswagen hade deltagit i en mycket allvarlig överträdelse och åsidosatt en princip i fördraget, nämligen upprättandet av en gemensam marknad (punkt 213). Kommissionen ålade därför Volkswagen ett bötesbelopp på 102 miljoner euro, vilket endast motsvarar omkring 0,146 procent av Volkswagenkoncernens totala omsättning. De böter som ålagts sökanden är 60 gånger högre än Volkswagens böter, sett i förhållande till företagets omsättning. Att de böter som ålagts sökanden är uppenbart oproportionerliga framgår än tydligare om man beaktar att Volkswagens böter var de högsta böter som någonsin ålagts ett enskilt företag. Förstainstansrätten reducerade dessutom i slutändan böterna i det fallet till 90 miljoner euro (domen i det ovan i punkt 122 nämnda målet Volkswagen mot kommissionen). Dessutom tycks grundbeloppet för de böter som ålades British Sugar, som ledde en kartell som fastställde priser och kontrollerade särskilt viktiga delar av marknaden, ha satts till 18 miljoner euro, det vill säga 0,015 procent av det företagets totala omsättning. Den utgångspunkt som fastställdes avseende sökanden är i förhållande till företagets omsättning år 2000 omkring 280 gånger högre än det bötesbelopp som ålades British Sugar. Det finns inget som rättfärdigar denna skillnad. Sökanden har åberopat andra beslut av kommissionen för att understryka att de böter som detta företag ålagts strider mot proportionalitetsprincipen (beslutet i det ovan i punkt 29 nämnda ärendet Fjärrvärmerör och i det ovan i punkt 136 nämnda ärendet Sömlösa stålrör). Sammanfattningsvis har kommissionen i detta fall inte i tillräcklig mån tagit hänsyn till sökandens totala storlek och har följaktligen åsidosatt proportionalitetsprincipen. Även om kommissionen har ett visst utrymme för skönsmässig bedömning vad gäller att höja bötesnivån, kan den inte handla utan att iaktta proportionalitets- och rimlighetsprinciperna.

172 Vad beträffar kommissionens argument att jämförelsen med dess tidigare praxis är felaktig i det att den begränsar sig till omsättningen, har sökanden genmält att de ärenden som bolaget åberopat i sak rör ännu allvarligare omständigheter än i detta fall. I de ärendena var omständigheterna dessutom inte av måttlig karaktär, såsom i förevarande fall. Trots det är böterna betydligt högre här än i de andra ärendena. Sökanden har för övrigt tillbakavisat kommissionens argument att dessa ärenden

inte är vägledande, då de härrör från år 1998, och har framhållit att samtliga de beslut som bolaget åberopat har fattats efter att riktlinjerna antogs, något som lett till en betydande höjning av bötesnivån.

173 Slutligen har sökanden bestridit kommissionens påstående att bolaget jämför "äpplen med päron". Det har påpekat att kommissionen påstått att sökanden beräknat böterna dels, inom ramen för sin femte grund nedan avseende bristande motivering, som ett procenttal av den relevanta omsättningen från den berörda produkten inom EES (punkt 213 nedan), dels, inom ramen för förevarande delgrund, som ett procenttal av den totala världsomsättningen. Sökanden anser att båda jämförelserna är giltiga och har hävdat att bötesbeloppet inte är rimligt. Bolaget har på intet sätt blandat ihop de två jämförelserna. Sökanden har i sin replik, vid jämförelsen med kommissionens tidigare praxis, visat på förhållandet mellan å ena sidan de böter som ålades Volkswagen och omsättningen avseende den då berörda produkten inom EES och å andra sidan de böter som ålagts sökanden och omsättningen avseende den nu aktuella produkten. I förhållande till Volkswagens omsättning från den berörda produkten inom EES, är de böter som ålagts sökanden nästan 450 gånger högre än dem som ålades Volkswagen. Detta visar tydligt att kommissionen har gjort sig skyldig till en felaktig rättstillämpning när den inte tagit hänsyn till sökandens diversifiering.

174 Kommissionen har bestridit att den åsidosatt proportionalitetsprincipen och gjort en oriktig bedömning. Vad för det första gäller syftet med böterna, har den hävdat att det är ett legitimt syfte att avskräcka inte bara det berörda företaget utan även tredje man (domen i det ovan i punkt 168 nämnda målet ACF Chemiefarma mot kommissionen, punkterna 172–176, domstolens dom av den 14 juli 1972 i mål 49/79, BASF mot kommissionen, REG 1972, s. 713, punkt 38, och domen i de ovan i punkt 41 nämnda förenade målen Musique diffusion française m.fl. mot kommissionen, punkterna 106 och 109). Enligt kommissionen står det klart att böternas avskräckande verkan är särskilt betydelsefull om det trots dess rikliga beslutspraxis fortfarande förekommer så uppenbara och betydande överträdelser av konkurrensreglerna som i förevarande fall (förstainstansrättens dom av den 12 juli 2001 i de förenade målen T-202/98, T-204/98 och T-207/98, Tate & Lyle

m.fl. mot kommissionen, REG 2001, s. II-2035, punkterna 144 och 145). Kommissionen har för övrigt hävdat att den faktiskt tagit hänsyn till sökandens ekonomiska förmåga när den fastställde utgångspunkten till 3 miljoner euro, en betydligt lägre nivå än de belopp som enligt riktlinjerna kan åläggas för mycket allvarliga överträdelser.

175 För det andra har kommissionen hävdat att även om den kan ta hänsyn till att ett företag dragit nytta av en överträdelse såsom en försvårande omständighet, betyder inte det att den måste betrakta avsaknaden av sådana fördelar som en omständighet som medför nedsättning av böterna (domen i de ovan i punkt 51 nämnda förenade målen Cimenteries CBR m.fl. mot kommissionen, punkterna 4881 och 4882, och i det ovan i punkt 27 nämnda målet LR AF 1998 mot kommissionen, punkt 307).

176 För det tredje framgår det inte av en jämförelse med kommissionens tidigare beslutspraxis att böterna i detta fall stred mot proportionalitets- och rimlighetsprinciperna. Sökanden har nöjt sig med att jämföra hur många procent böterna utgör i förhållande till de berörda företagens omsättning trots att böternas proportionalitet enligt rättspraxis skall bedömas med hänsyn till samtliga omständigheter rörande överträdelsen (domen i de ovan i punkt 112 nämnda förenade målen Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mot kommissionen, punkt 1215). Alla de beslut av kommissionen som sökanden nämnt gäller böter som ålagts storföretag. Kommissionen anser inte att den kan ålägga storföretag astronomiska bötesbelopp enbart för att åstadkomma den proportionalitet i förhållande till omsättningen som sökanden åberopat. Likaledes kan den inte sätta böter under minimitröskeln, vilket inte heller skulle ha någon avskräckande verkan på mindre företag som sökanden.

177 Kommissionen har hänvisat till de argument som redovisats ovan som svar på de andra grunderna och påpekat att de jämförelser som sökanden gjort med tidigare beslut om att ålägga böter var irrelevanta redan från början. Den har framfört att det är just därför att den i behörig ordning beaktat skillnaderna i storlek mellan de berörda företagen när den beräknade böterna, i motsats till vad sökanden har påstått, som detta företag inte på allvar kan hävda att kommissionen borde ha dividerat bötesbeloppet på 3 780 000 euro med 450 och på så vis fastställt böterna till

8 400 euro i syfte att åstadkomma samma proportion mellan böterna och den berörda omsättningen inom EES som i Volkswagens fall.

b) Förstainstansrättens bedömning

178 Sökanden har som ett första led i sin argumentation angående åsidosättande av proportionalitets- och rimlighetsprinciperna kritiserat kommissionen för att inte ha iakttagit dessa principer, då den inte tagit hänsyn till vare sig individualpreventionen eller sökandens ekonomiska förmåga.

179 Enligt rättspraxis utgör kommissionens befogenhet att besluta om böter för företag som uppsåtligen eller av oaktsamhet överträder artiklarna 81.1 eller 82 i fördraget enligt rättspraxis ett av de medel som kommissionen har utrustats med för att kunna fullgöra sin kontrolluppgift enligt gemenskapsrätten. I denna uppgift ingår visserligen att undersöka och bestraffa enskilda överträdelser, men även att föra en allmän politik för att tillämpa de principer som fastställts i fördraget på konkurrensområdet samt att påverka företagens beteende i denna riktning (domen i de ovan i punkt 41 nämnda förenade målen Musique diffusion française m.fl. mot kommissionen, punkt 105).

180 Kommissionen har därför rätt att fastställa bötesbeloppet på en nivå som förstärker dess avskräckande verkan när förfaranden av ett visst slag fortfarande är relativt vanliga, på grund av den vinst som de kan ge vissa av de berörda företagen, trots att det redan från begynnelsen av gemenskapens konkurrenspolitik har slagits fast att de är rättsstridiga (domen i de ovan i punkt 41 nämnda förenade målen Musique diffusion française m.fl. mot kommissionen, punkt 108).

181 Vidare syftar, såsom också framgår av ovan angiven rättspraxis, kommissionens rätt att fastställa böterna på ett sådant sätt att de är tillräckligt avskräckande till att säkerställa företagens efterlevnad av fördragets konkurrensbestämmelser inom gemenskapen eller EES-området. Den avskräckande verkan av de böter som åläggs till följd av ett åsidosättande av gemenskapens konkurrensregler skall således inte endast bedömas med hänvisning till det aktuella företagets särskilda situation (domen i det ovan i punkt 66 nämnda målet Archer Daniels Midland och Archer Daniels Midland Ingredients mot kommissionen, punkt 110).

182 Vidare föreskrivs i punkt 1 A fjärde stycket i riktlinjerna bland annat att det vid bedömningen av överträdelsens allvar är 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".

183 Det framgår av det ifrågasatta beslutet att kommissionen har tagit hänsyn till sökandens ekonomiska kapacitet att allvarligt skada konkurrensen och fastställa böterna på en nivå som är tillräckligt avskräckande (punkterna 304–309). Förstainstansrätten finner att de böter som ålagts inte är oproportionerliga i förhållande till det berörda företagets storlek. Sökanden hade år 2000 en världsomsättning på 71,018 miljoner euro. De böter som ålagts. 3,78 miljoner euro, motsvarar endas. 5,3 procent av företagets totala omsättning. Det är för övrigt inte utrett att sökanden är oförmögen att betala ett sådant bötesbelopp (se ovan punkt 164). I alla händelser finner förstainstansrätten, inom ramen för sin fulla prövningsrätt, att bötesbeloppet med hänsyn till överträdelsens allvar och varaktighet är lämpligt.

184 Vad gäller del andra delen av denna grund — att kommissionen åsidosatt proportionalitetsprincipen genom att den inte beaktat att sökanden praktiskt taget inte gjort någon vinst på produkten i fråga och vissa år till och med åsamkats förluster i detta marknadssegment — skall det erinras om att även om det ålagda

bötesbeloppet skall stå i proportion till varaktigheten av överträdelsen och övriga faktorer som kan vara relevanta vid bedömningen av hur allvarlig överträdelsen varit, däribland den vinst som det berörda företaget kunnat göra genom sitt förfarande (förstainstansrättens dom av den 21 oktober 1997 i mål T-229/94, Deutsche Bahn mot kommissionen, REG 1997, s. II-1689, punkt 127), kan enligt rättspraxis inte den omständigheten att överträdelsen inte medfört någon vinst för ett företag hindra att böter åläggs, eftersom böterna annars skulle förlora sin avskräckande verkan (domen i det ovan i punkt 43 nämnda målet Ferriere Nord mot kommissionen, och domen i målet FETTCSA, punkt 340).

185 Av detta följer att kommissionen vid fastställandet av bötesbeloppet inte är skyldig att beakta att överträdelsen inte medfört någon vinst (domen i de ovan i punkt 51 nämnda förenade målen Cimenteries CBR m.fl. mot kommissionen, punkt 4881, och domen i målet FETTCSA, punkt 341).

186 Kommissionen kan visserligen enligt sina riktlinjer (punkt 2 första stycket femte strecksatsen) och på grund av försvårande omständigheter höja sanktionsbeloppet för att det skall bli högre än den illegitima vinst som erhållits till följd av överträdelsen. Detta betyder emellertid inte att kommissionen har ålagt sig själv att hädanefter under alla omständigheter styrka den ekonomiska fördelen av den fastställda överträdelsen vid fastställandet av bötesbelopp (domen i målet FETTCSA, punkterna 342 och 343). Avsaknaden av en sådan fördel kan med andra ord inte utgöra en förmildrande omständighet.

187 Under dessa omständigheter kan sökandens invändning att det inte beaktats att företaget inte gjort någon vinst på överträdelsen inte godtas.

188 Vad slutligen beträffar jämförelsen med kommissionens tidigare beslutspraxis, kan detta argument inte godtas av de skäl som redovisats ovan i punkterna 41–43.

189 Av vad som anförts följer att talan inte kan bifallas på den andra grunden.

3. *Den tredje grunden: Åsidosättande av principen om likabehandling*

a) Parternas argument

190 Sökanden har för det första hävdat att kommissionen har åsidosatt principen om likabehandling genom att inte ha beaktat företagets omsättning avseende produkten i fråga i förhållande till dess totala omsättning när den tillämpade tioprocentsgränsen i artikel 15.2 i förordning nr 17. Sökanden har framhållit att det bötesbelopp som ålades SNCZ sattes ned från 4,2 miljoner till 1,7 miljoner euro till följd av denna gräns, eftersom det företaget hade en total omsättning som år 2000 endast uppgick till 17,08 miljoner euro. Sökanden har däremot inte beviljats någon sådan nedsättning på grund av företagets totala omsättning på 71,018 miljoner euro. Sökanden har gjort gällande att denna särbehandling beror på skillnaden i struktur mellan de två företagen. Sökanden har en nackdel av att vara ett familjeföretag där huvuddelen av verksamheten är samlad i ett kommanditbolag (GmbH & Co. KG), vilket ger en jämförelsevis hög totalomsättning. När kommissionen fastställde vilka böter företaget skulle åläggas grundade den sig uteslutande på denna höga totalomsättning, trots att den klart övervägande delen av företagets verksamhet inte har någon koppling till de produkter som berördes av överträdelsen. Den koncern som SNCZ tillhör hade en omsättning som uppgick till 278,8 miljoner euro, men den koncernen hade sina övriga verksamheter spridda i olika bolag, varför SNCZ i sig endast hade en omsättning på 17,08 miljoner euro. SNCZ:s omsättning avseende produkten i fråga motsvarar omkring 22,9 procent av dess totala omsättning. De böter som sökanden ålagts "i förhållande till omsättningen från den berörda produkten" är således mer än dubbelt så hög som SNCZ:s böter. Enligt sökanden är kommissionen enligt rättspraxis skyldig att beakta förhållandet mellan omsättningen från den berörda produkten och den totala omsättningen i syfte att undvika sådana skillnader.

191 Sökanden har bestridit att de domar som kommissionen åberopat till stöd för påståendet att det inte förekommit någon särbehandling är relevanta. I de mål som gav upphov till dessa domar opponerade sig sökandena mot att grundbeloppet för vissa av de berörda företagens böter oriktigt fastställts över den gräns på 10 procent av omsättningen som avses i artikel 15.2 i förordning nr 17, trots att så inte skett i andra fall (domarna i de ovan i punkt 33 nämnda målen Brugg Rohrsysteme mot kommissionen, punkt 155, och ABB Asea Brown Boveri mot kommissionen, punkt 185). Förevarande mål rör däremot bristande likabehandling till följd av att det vid beräkningen av böterna inte beaktats att de berörda företagen varit diversifierade i olika grad.

192 För det andra har kommissionen fastställt helt olika grundbelopp för vart och ett av de berörda företagen, trots att fyra av de sex företagen i fråga hade likvärdiga marknadsandelar. Grundbeloppen före tillämpningen av meddelandet om samarbete varierade mellan 700 000 och 4 200 000 euro. Sökandens höga grad av diversifiering borde ha beaktats i syfte att undvika denna särbehandling.

193 Kommissionen har bestridit denna grund och i synnerhet sökandens försök att i sin replik göra en åtskillnad mellan de ovan i punkt 33 nämnda målen Brugg Rohrsysteme mot kommissionen och ABB Asea Brown Boveri mot kommissionen och förevarande mål. Liksom i detta mål riktade sig kommissionens beslut i det ärende som gav upphov till nämnda mål mot ett större och mer diversifierat företag, på vilket tioprocentsgränsen inte hade tillämpats, och mot ett mindre och mindre diversifierat företag, vars böter sattes ned till 10 procent av omsättningen (domen i det ovan i punkt 33 nämnda målet Brugg Rohrsysteme, punkterna 155 och 156).

194 Kommissionen har även tillbakavisat sökandens argument att den ålagt fem av de sex berörda företagen, som hade likvärdiga marknadsandelar, olika bötesbelopp utan att ta hänsyn till dessa företags diversifiering. Enligt ett sådant resonemang skulle skillnader i överträdelsens varaktighet och gränsen på 10 procent av omsättningen nämligen inte kunna beaktas.

b) Förstainstansrättens bedömning

195 Det följer av fast rättspraxis att principen om likabehandling endast åsidosätts när jämförbara situationer behandlas olika eller olika situationer behandlas lika, såvida det inte finns sakliga skäl för en sådan behandling (domen i det ovan i punkt 66 nämnda målet Archer Daniels Midland och Archer Daniels Midland Ingredients mot kommissionen, punkt 69 och där angiven rättspraxis).

196 Enligt rättspraxis är syftet med den övre gränsen i artikel 15.2 i förordning nr 17 att förhindra att böterna är orimligt höga i förhållande till företagets styrka. Eftersom endast den totala omsättningen kan ge en ungefärlig indikation på denna, skall denna gräns anses syfta just på detta omsättningstal (domen i de ovan i punkt 41 nämnda förenade målen Musique diffusion française m.fl. mot kommissionen, punkt 119, och i det ovan i punkt 33 nämnda målet HFB m.fl. mot kommissionen, punkt 541).

197 Sökandens argumentation rörande ett åsidosättande av principen om likabehandling kan inte godtas. Kommissionen har tillämpat artikel 15.2 i förordning nr 17 med hänvisning till den totala omsättningen såväl för sökanden som för SNCZ. Att SNCZ beviljats en nedsättning av grundbeloppet är objektivt sett motiverat som en direkt tillämpning av artikel 15.2 i förordning nr 17 (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 33 nämnda målet ABB Asea Brown Boveri, punkt 185).

198 Det skall tilläggas att sökandebolaget är mer än tre gånger så stort, sett till den totala omsättningen, som SNCZ. Att kommissionen ålagt sistnämnda företag 1,53 miljoner euro i böter och sökanden 3,78 miljoner euro kan inte anses strida mot principen om likabehandling.

199 Sökanden kan för övrigt inte påstå sig ha utsatts för särbehandling genom att kommissionen inte beaktat företagets omsättning av produkten i fråga i förhållande till dess totala omsättning när den fastställde den övre gränsen för böterna. Vad gäller jämförelsen med SNCZ, framgår det av det ifrågasatta beslutet att kommissionen lade ansvaret för överträdelsen på SNCZ, och inte på den koncern företaget tillhörde (punkt 240 i det ifrågasatta beslutet). Då det saknas bevis för att denna koncern var inblandad, kan kommissionen inte anses ha gjort sig skyldig till någon diskriminering genom att för SNCZ:s del hålla fast vid gränsen på 10 procent av omsättningen enligt artikel 15.2 i förordning nr 17 (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 33 nämnda målet ABB Asea Brown Boveri mot kommissionen, punkt 181).

200 Slutligen kan sökandens argument att kommissionen fastställt olika grundbelopp för fem av de sex berörda företagen trots att de hade samma marknadsandelar inte nå framgång. Kommissionen satte nämligen samma utgångspunkt för sökanden, Britannia, SNCZ och Trident, det vill säga 3 miljoner euro (punkt 309 i det ifrågasatta beslutet). Med hänsyn till att de deltog i överträdelsen under olika lång tid och att den övre gränsen på 10 procent av omsättningen tillämpades, varierade grundbeloppen före tillämpning av meddelandet om samarbete. Denna variation är en direkt följd av tillämpningen av artikel 15.2 i förordning nr 17 och kan således inte betraktas som ett åsidosättande av principen om likabehandling.

4. *Den fjärde grunden: Åsidosättande av artikel 7 i EKMR*

a) Parternas argument

201 Sökanden har hävdat att kommissionen åsidosatt artikel 7 i EKMR genom att tillämpa avsevärda höjningar av böterna som inte var möjliga när överträdelsen

begicks. Enligt artikel 7.1 får "[inte] ... ett strängare straff utmätas än som var tillämpligt vid den tidpunkt då brottet begicks". Principen i artikel 7 ingår i gemenskapens skydd för de grundläggande rättigheterna, som Europeiska unionen uttryckligen erkänner och som gemenskapsinstitutionerna skall iaktta även i konkurrensmål (förstainstansrättens dom av den 20 februari 2001 i mål T-112/98, Mannesmannröhren-Werke mot kommissionen, REG 2001, s. II-729, punkterna 60 och 77). I detta fall höjde kommissionen bötesnivåerna avsevärt genom att år 1998 anta riktlinjerna. Senare, under hösten 2001, höjde kommissionen bötesnivåerna i en aldrig tidigare skådad utsträckning, utan rättslig grund och utan att riktlinjerna ändrades överhuvudtaget. I det ifrågasatta beslutet har kommissionen tillämpat båda dessa höjningar av bötesnivåerna, trots att flertalet av gärningarna i fråga hade utförts redan innan riktlinjerna antogs år 1998. Dessa höjningar utgör ändringar av ramen för straffet och det strider mot artikel 7 i EKMR att tillämpa dem på överträdelsen i fråga.

202 Sökanden har tillagt att kommissionen inte kan påstå att böterna i fråga inte överskrider gränsen på 10 procent av världsomsättningen enligt artikel 15.2 i förordning nr 17. Endast kommissionens beslutspraxis är avgörande för den "rätta ramen för straffet". Den gräns för sanktionerna som föreskrivs i nämnda bestämmelse måste konkretiseras i beslutspraxis för att principen om förutsebarhet för straffsanktioner skall kunna upprätthållas. Vad beträffar kommissionens argument att den har ett visst utrymme för skönsmässig bedömning för att höja bötesnivån, har sökanden vidhållit att höjningens storlek måste begränsas genom proportionalitets- och rimlighetsprinciperna.

203 Sökanden har även påpekat att kommissionen inte fattade det ifrågasatta beslutet förrän den 11 december 2001, alltså mer än tre och ett halvt år efter att överträdelsen avslutades (den 13 maj 1998). Om kommissionen hade meddelat sitt beslut några månader tidigare, hade böterna inte blivit lika höga. Denna godtyckliga fördröjning borde inte vara till men för sökanden genom att kommissionens nya politik angående bötesnivåerna tillämpas retroaktivt.

204 Kommissionen har hävdat att tillämpningen av riktlinjerna i detta fall inte strider mot förbudet mot retroaktiv verkan för straffbestämmelser. För det första framgår det av rättspraxis att det faktum att kommissionen antar en ny metod för bötesberäkning som i vissa fall kan innebära att bötesbeloppet höjs, utan att den övre gränsen i förordning nr 17 för den skull överskrids, inte, mot bakgrund av kommissionens utrymme för skönsmässig bedömning, kan anses utgöra en retroaktiv höjning av de böter som föreskrivs i artikel 15 i förordning nr 17 i strid med legalitets- och rättssäkerhetsprinciperna (domen i det ovan i punkt 27 nämnda målet LR AF 1998 mot kommissionen, punkterna 217–224 och 233–235). För det andra har kommissionen förkastat sökandens argument att artikel 15.2 i förordning nr 17 endast uppfyller kraven på tydlighet och förutsebarhet om detta konkretiseras i administrativ praxis.

b) Förstainstansrättens bedömning

205 Principen att straffrättsliga bestämmelser inte kan ha retroaktiv verkan är gemensam för alla medlemsstaters rättsordningar och finns inskriven som en grundläggande rättighet i artikel 7 i EKMR. Den är en av de allmänna rättsprinciper vars efterlevnad gemenskapsdomstolarna skall säkerställa (domstolens dom av den 10 juli 1984 i mål 63/83, Kirk, REG 1984, s. 2689, punkt 22, svensk specialutgåva, volym 7, s. 623, och domen i det ovan i punkt 27 nämnda målet LR AF 1998 mot kommissionen, punkt 219).

206 Det framgår av artikel 15.4 i förordning nr 17 att böter som kommissionen ålagt för överträdelser av konkurrensrätten inte har straffrättslig karaktär (förstainstansrättens dom av den 6 oktober 1994 i mål T-83/91, Tetra Pak mot kommissionen, REG 1994, s. II-755, punkt 235; svensk specialutgåva, volym 16, s. 1). Kommissionen är emellertid skyldig att iaktta gemenskapsrättens allmänna principer, bland annat principen om förbud mot retroaktiv tillämpning, i alla administrativa förfaranden som kan leda till påföljder enligt fördragets konkurrensbestämmelser (se analogt, vad beträffar rätten till försvar, domstolens dom av den 9 november 1983 i mål 322/81, Michelin mot kommissionen, REG 1983, s. 3461, punkt 7, svensk specialutgåva, volym 7, s. 351, och domen i det ovan i punkt 27 nämnda målet LR AF 1998 mot kommissionen, punkt 220).

207 Förstainstansrätten finner att kommissionen inte åsidosatt principerna i artikel 7 i EKMR. De företag som är inblandade i ett administrativt förfarande som kan resultera i böter måste beakta den möjligheten att kommissionen när som helst kan besluta att höja nivån på bötesbeloppet jämfört med den nivå som tillämpats tidigare (se ovan punkt 42).

208 Detta gäller inte bara när kommissionen höjer nivån på bötesbeloppen i enskilda beslut utan även om höjningen sker genom tillämpning av förhållningsregler med allmän räckvidd, såsom riktlinjerna.

209 Förstainstansrätten finner att den nya metoden för beräkning av böter i riktlinjerna, även om det antas att den lett till skärpta bötesnivåer, var tillräckligt förutsebar för företag som sökanden vid den tidpunkt då överträdelsen i fråga ägde rum.

210 Det är inte relevant att en beräkning av bötesbeloppet enligt den metod som redovisas i riktlinjerna kunde leda till att kommissionen fastställde högre böter än i sin tidigare praxis, eftersom den har ett utrymme för skönsmässig bedömning när den fastställer bötesbeloppet, för att kunna styra företagens beteende så att de iakttar konkurrensreglerna (domen i det ovan i punkt 27 nämnda målet LR AF 1998 mot kommissionen, punkt 237, och i det ovan i punkt 33 nämnda målet HFB m.fl. mot kommissionen, punkt 494).

211 Av dessa skäl kan talan inte bifallas på den grunden att principen om förbud mot retroaktiv tillämpning har åsidosatts.

5. *Den femte grunden: Åsidosättande av artikel 253 EG*

a) Parternas argument

212 Sökanden har hävdat att kommissionen har åsidosatt motiveringsskyldigheten enligt artikel 253 EG genom att inte ha redogjort för varför den fastställt ett bötesbelopp som var så mycket högre än de som fastställts enligt dess tidigare praxis.

213 Det framgår av rättspraxis att motiveringen skall vara anpassad till rättsaktens beskaffenhet och att det klart och tydligt skall framgå hur den institution som har antagit rättsakten har resonerat, så att de som berörs därav kan få kännedom om skälen för den vidtagna åtgärden och så att den behöriga domstolen ges möjlighet att utöva sin prövningsrätt (domen i de ovan i punkt 51 nämnda förenade målen Cimenteries CBR m.fl. mot kommissionen, punkt 4725). Det är önskvärt att företagen i detalj får kännedom om hur de böter som ålagts dem har beräknats (domen i det ovan i punkt 68 nämnda målet Tréfilunion mot kommissionen, punkt 142, och domen i de ovan i punkt 51 nämnda förenade målen Cimenteries CBR m.fl. mot kommissionen, punkt 4734). Om beslutet avviker från tidigare beslutspraxis måste motiveringen vara särskilt utförlig (domstolens dom av den 17 november 1987 i de förenade målen 142/84 och 156/84, BAT och Reynolds mot kommissionen, REG 1987, s. 4487, punkt 71; svensk specialutgåva, volym 9, s. 247). I detta fall fastställde kommissionen böterna till 4,2 miljoner euro före tillämpning av meddelandet om samarbete, det vill säga 111 procent av sökandens omsättning från produkten i fråga inom EES år 1998. Summan av de grundbelopp som fastställdes för de berörda företagen motsvarar 129–138 procent av det totala värdet av Europamarknaden för den berörda produkten, som uppgår till 15–16 miljoner euro. Dessa belopp är långt högre än de böter som kommissionen fastställt i tidigare, jämförbara ärenden. Med tanke på att kommissionen avvikit från sin tidigare beslutspraxis, trots att det fanns ett flertal fördelaktiga omständigheter i detta fall, borde kommissionen ha motiverat sitt beslut om böterna på ett mer detaljerat sätt.

214 Sökanden har vidare påpekat att det inte framgår av det ifrågasatta beslutet vilken metod och beräkningsgrund som kommissionen använt för att beräkna grundbeloppen. Kommissionen har åberopat omsättningen från produkten i fråga inom EES (punkt 307 i det ifrågasatta beslutet), men enbart för att bestämma de olika företagens relativa betydelse på marknaden. Vad gäller utgångspunktens absoluta betydelse, har kommissionen inte tydligt angett om den använt omsättningen från produkten i fråga inom EES eller på internationell nivå eller om den tagit hänsyn till sökandens totala omsättning.

215 Kommissionen har hänvisat till de argument den framfört i sitt bemötande av de andra grunderna. Den har först och främst gjort gällande att sökandens argument att beräkningen av böterna utgår från en onormalt hög nivå leder till förvirring, då sökanden jämfört helt olika referensvärden, vilka båda två syftar till en bedömning av bötesnivån. Även om det ifrågasatta beslutet skulle anses innebära en påtaglig höjning av bötesnivåerna, har kommissionen dock inte underlåtit att uppfylla sin motiveringsskyldighet.

216 Vad beträffar sökandens argument att det ifrågasatta beslutet inte innehåller någon precisering av vilket omsättningstal som används för att bestämma den absoluta utgångspunkten, har kommissionen framfört att den inte bestämt detta belopp på grundval av det ena eller det andra omsättningstalet, utan med hänsyn till överträdelsens allvar såsom denna bedömts utifrån dess art, återverkningarna på marknaden och storleken på den relevanta geografiska marknaden samt den begränsade storleken på den relevanta produktmarknaden.

b) Förstainstansrättens bedömning

217 Det framgår av rättspraxis att den motivering som krävs enligt artikel 253 EG skall vara anpassad till rättsaktens beskaffenhet och att det klart och tydligt skall framgå

hur den institution som har antagit rättsakten har resonerat, så att de som berörs därav kan få kännedom om skälen för den vidtagna åtgärden och så att den behöriga domstolen ges möjlighet att utöva sin prövningsrätt. Det krävs inte att alla relevanta faktiska och rättsliga omständigheter anges i motiveringen, eftersom bedömningen av om motiveringen av en rättsakt uppfyller kraven i artikel 253 EG inte skall ske endast utifrån rättsaktens ordalydelse, utan även utifrån sammanhanget och reglerna på det ifrågavarande området (se domstolens dom av den 2 april 1998 i mål C-367/95 P, kommissionen mot Sytraval och Brink's France, REG 1998, s. I-1719, punkt 63 och där angiven rättspraxis).

218 Vad gäller ett beslut genom vilket flera företag ådöms att betala böter för en överträdelse av gemenskapens konkurrensregler skall omfattningen av motiveringsskyldigheten fastställas med hänsyn till ett stort antal omständigheter, såsom i synnerhet de särskilda omständigheterna i målet, dess sammanhang och böternas avskräckande verkan, utan att det har fastställts någon tvingande eller uttömmande förteckning över de kriterier som absolut skall tas i beaktande (domstolens beslut av den 25 mars 1996 i mål C-137/95 P, SPO m.fl. mot kommissionen, REG 1996, s. I-1611, punkt 54, och domen i det ovan i punkt 27 nämnda målet LR AF 1998 mot kommissionen, punkt 378).

219 Det framgår klart av de slutsatser som dragits i denna talan, vilken begränsar sig till böternas lagenlighet, bötesbeloppet och metoden för att beräkna detta, att talan inte kan vinna bifall på denna grund. Det ifrågasatta beslutet omfattar 370 punkter, varav 119 (punkterna 252–370) ägnas åt bötesfrågan. I punkterna 262–303 har kommissionen redogjort för sin bedömning av överträdelsens allvar. Den har vidare angett hur den kommit fram till att två kategorier av företag skall ges en differentierad behandling (punkterna 304–309) och har presenterat sin bedömning av överträdelsens varaktighet (punkterna 301–312) som underlag för grundbeloppet (punkt 313). Den har bedömt huruvida det förelåg förmildrande eller försvårande omständigheter (punkterna 314–336) och uttalat sig om tillämpningen av meddelandet om samarbete (punkterna 346–366). Det skall konstateras att det ifrågasatta beslutet innehåller en tydlig och relevant redovisning av vilka bedömningsfaktorer som beaktats för att avgöra överträdelsens allvar och varaktighet. Det

skall vidare konstateras att den argumentation som sökanden utvecklat under de fyra första grunderna för denna talan visar att företaget fullt ut förstått det resonemang som ligger till grund för det ifrågasatta beslutet.

220 Det klander som sökanden framfört under denna grund vittnar inte om några svårigheter att förstå vare sig kommissionens resonemang eller redogörelsen för vilka omständigheter som beaktats. Det handlar i huvudsak om kritik angående det bötesbelopp bolaget ålagts i förhållande till dem som ålagts i tidigare, jämförbara ärenden. Denna jämförelse innebär dock inte en brist i motiveringen. I den mån den är relevant, ingår den i kommissionens välgrundade bedömning.

221 Även om det skulle antas att beslutet innebär en påtaglig höjning av bötesnivån i förhållande till tidigare beslut, skall det konstateras att kommissionen utförligt redogjort för sitt resonemang kring varför den fastställt sökandens bötesbelopp till den aktuella nivån (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 26 november 1975 i mål 73/74, Fabricants de papiers peints mot kommissionen, REG 1975, s. 1491, punkt 31; svensk specialutgåva, volym 2, s. 525).

222 Sökanden har med rätta påpekat att det ifrågasatta beslutet inte innehåller någon redogörelse för den metod eller beräkning som föranlett kommissionen att, när överträdelsens allvar skulle bestämmas, fastställa grundbeloppet för de "ledande producenterna" till 3 miljoner euro (punkterna 308 och 309). Det väsentliga formkrav som motiveringsskyldigheten innebär utgör dock inte något krav på kommissionen att i sitt beslut redovisa sifferuppgifter avseende sättet att beräkna böterna utan endast de uppgifter som legat till grund för dess bedömning av överträdelsens allvar och varaktighet (domstolens dom av den 16 november 2000 i mål C-291/98 P, Sarrió mot kommissionen, REG 2000, s. I-9991, punkterna 73 och 76, och förstainstansrättens dom av den 30 september 2003 i de förenade målen T-191/98 och T-212/98–T-214/98, Atlantic Container Line m.fl. mot kommissionen, REG 2003, s. II-3275, punkt 1558).

223 Talan kan följaktligen inte heller vinna bifall på den femte grunden.

224 Av vad anförts ovan följer att talan skall ogillas i sin helhet.

Rättegångskostnader

225 Enligt artikel 87.2 i rättegångsreglerna skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Kommissionen har yrkat att sökanden skall förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom sökanden har tappat målet, skall kommissionens yrkande bifallas.

Mot denna bakgrund beslutar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (femte avdelningen)

följande:

1) Talan ogillas.

2) Sökanden skall ersätta rättegångskostnaderna.

Lindh García-Valdecasas Cooke

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 29 november 2005.

Justitiesekreterare

E. Coulon

Ordförande

P. Lindh

Innehållsförteckning

Bakgrund ..... II - 5147

Förfarandet och parternas yrkanden ..... II - 5153

Rättslig bedömning ..... II - 5155

A — Invändning om rättsstridighet ..... II - 5155

1. Parternas argument ..... II - 5155

2. Förstainstansrättens bedömning ..... II - 5159

B — Grunderna för ogiltigförklaring ..... II - 5163

1. Den första grunden: Åsidosättande av artikel 15.2 i förordning nr 17 och riktlinjerna ..... II - 5163

a) Den första delgrunden: Felaktig bedömning av överträdelsens allvar .. II - 5164

Överträdelsens art ..... II - 5165

— Parternas argument ..... II - 5165

— Förstainstansrättens bedömning ..... II - 5169

Överträdelsens verkan ..... II - 5178

— Parternas argument ..... II - 5178

— Förstainstansrättens bedömning ..... II - 5183

Invändningen att kommissionen inte beaktat krisen i zinkfosfatsektorn som en förmildrande omständighet ..... II - 5193

— Parternas argument ..... II - 5193

— Förstainstansrättens bedömning ..... II - 5195

Jämförelse med andra karteller ..... II - 5196

— Parternas argument ..... II - 5196

— Förstainstansrättens bedömning ..... II - 5197

b) Den andra delgrunden: Det har inte beaktats att endast en liten del av sökandens omsättning berördes ..... II - 5199

— Parternas argument ..... II - 5199

— Förstainstansrättens bedömning ..... II - 5201

c) Den tredje delgrunden: Felaktig rättstillämpning till följd av att sökandens ekonomiska förmåga inte beaktats ..... II - 5202

— Parternas argument ..... II - 5202

— Förstainstansrättens bedömning ..... II - 5203

2. Den andra grunden: Åsidosättande av proportionalitetsprincipen ..... II - 5204

a) Parternas argument ..... II - 5204

b) Förstainstansrättens bedömning ..... II - 5209

3. Den tredje grunden: Åsidosättande av principen om likabehandling ..... II - 5212

a) Parternas argument ..... II - 5212

b) Förstainstansrättens bedömning ..... II - 5214

4. Den fjärde grunden: Åsidosättande av artikel 7 i EKMR ..... II - 5215

a) Parternas argument ..... II - 5215

b) Förstainstansrättens bedömning ..... II - 5217

5. Den femte grunden: Åsidosättande av artikel 253 EG ..... II - 5219

a) Parternas argument ..... II - 5219

b) Förstainstansrättens bedömning ..... II - 5220

Rättegångskostnader ..... II - 5223