FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT PAOLO MENGOZZI

föredraget den 6 november 2008 [1]

Innehållsförteckning

I — Bakgrund, förfarande och parternas yrkanden . . . . . I - 5850

II — Rättslig bedömning . . . . . I - 5852

A — Inledning . . . . . I - 5852

B — Den första grunden: Åsidosättande av rätten till försvar vad beträffar den omständigheten att klaganden har tilldelats rollen som ledare för kartellen . . . I - 5853

1. Förstainstansrättens överväganden . . . . . I - 5853

2. Parternas argument . . . . . I - 5854

3. Bedömning . . . . . I - 5856

C — Talan mot det angripna beslutet: Bedömning av huruvida det föreligger ett åsidosättande av rätten till försvar vad beträffar den omständigheten att klaganden kvalificerats såsom ledare för kartellen . . . . . I - 5863

D — Den andra grunden: Åsidosättande av de processuella garantierna till följd av att FBI-rapporten använts som bevis för att klaganden var ledare för kartellen . . . I - 5865

1. Förstainstansrättens överväganden . . . . . I - 5865

2. Parternas argument . . . . . I - 5867

3. Bedömning . . . . . I - 5870

a) Tolkning av den överklagade domen . . . . . I - 5870

b) Huruvida de kriterier för bedömningen som använts i den överklagade domen är riktiga . . . . . I - 5872

1 — Originalspråk: italienska.

i) Det förhållandet att det inte föreligger något allmänt förbud för kommissionen att använda bevis som uppkommit inom ramen för ett annat förfarande än det som den leder . . . . . I - 5873

ii) Huruvida de särskilda processuella garantierna har åsidosatts . . . . I - 5876

— Huruvida det föreligger villkor för att kommissionen ska kunna använda bevis som uppkommit inom ramen för ett annat förfarande än det som den leder: iakttagandet av de processuella rättigheterna . . . . . I - 5877

— Kriterierna som förstainstansrätten har utarbetat beträffande de tillvägagångssätt som kommissionen ska använda för att säkerställa iakttagandet av de processuella rättigheterna och tillämpningen av dem i förevarande fall . . . . . I - 5880

E — Talan mot det angripna beslutet: Huruvida kommissionen kunde använda FBI-rapporten som bevis för att klaganden var ledare för kartellen . . . . . I - 5887

F — Grunderna (den tredje, den fjärde och den femte) avseende Cerestars skriftliga uttalande . . . . . I - 5887

G — Talan mot det angripna beslutet: Huruvida kommissionen på ett tillräckligt sätt har visat att ADM var ledare för kartellen . . . . . I - 5889

H — Den sjätte grunden: En förmildrande omständighet avseende att ADM:s deltagande i kartellen upphörde redan vid de amerikanska antitrustmyndigheternas första ingripanden har inte beaktats . . . . . I - 5890

1. Förstainstansrättens överväganden . . . . . I - 5890

2. Parternas argument . . . . . I - 5892

3. Bedömning . . . . . I - 5892

I — Nionde grunden: Kartellens konkreta inverkan på marknaden . . . . . I - 5895

1. Förstainstansrättens överväganden . . . . . I - 5895

2. Parternas argument . . . . . I - 5896

3. Bedömning . . . . . I - 5897

J — Den sjunde och den åttonde grunden: Åsidosättande av principen om skydd för berättigade förväntningar såvitt avser bedömningen av ADM:s samarbete under det administrativa förfarandet . . . . . I - 5901

1. Grunden avseende uttalandena av kommissionens tjänstemän under det administrativa förfarandet . . . . . I - 5902

2. Grunden avseende åsidosättande av villkoren enligt avdelning B i meddelandet om samarbete . . . . . I - 5903

K — Talan mot det angripna beslutet: Huruvida klaganden enligt avdelning B b i meddelandet om samarbete ska anses vara det företag som var först med att tillhandahålla kommissionen bevismaterial som var avgörande för att styrka att kartellen förelåg . . . . . I - 5904

L — Förnyat fastställande av det bötesbelopp som klaganden ålagts . . . . . I - 5909

M — Rättegångskostnaderna . . . . . I - 5909

III — Förslag till avgörande . . . . . I - 5910

I — Bakgrund, förfarande och parternas yrkanden

1. Genom artikel 1 i beslut 2002/742/EG av den 5 december 2001 (nedan kallat det angripna beslutet) [2] fastslog kommissionen, efter ett förfarande som genomförts enligt rådets förordning nr 17 av den 6 februari 1962 [3], att Archer Daniels Midland Co. (nedan kallat klaganden eller ADM) och andra företag hade överträtt artikel 81.1 EG och artikel 53.1 i avtalet om Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES) genom att delta i ett fortlöpande avtal och/eller samordnat förfarande inom sektorn för citronsyra.

2. I punkt 158 i det angripna beslutet identifierade kommissionen följande omständigheter som relevanta i förevarande fall för att fastställa den ovannämnda överträdelsen: tilldelning av marknader och marknadsandelar, frysning/begränsning/nedläggning av produktionskapacitet, överenskommelse om samordnade prishöjningar, utnämning av den producent som skulle ”leda” prishöjningarna på varje nationell marknad, cirkulering av listor med aktuella och framtida målpriser i avsikt att samordna prishöjningarna, utformning och tillämpning av ett rapporterings- och övervakningssystem för att se till att de begränsade överenskommelserna genomfördes, uppdelning eller tilldelning av kunder, deltagande i regelbundna möten och andra kontakter för att komma överens om dessa begränsningar och för att tillämpa eller ändra dem efter behov.

3. I artikel 3 i det angripna beslutet ålades de för den ovannämnda överträdelsen ansvariga

2 — Kommissionens beslut 2002/742/EG av den 5 december 2001 om ett förfarande enligt artikel 81 EG och artikel 53 i EES-avtalet (ärende COMP/E-1/36.604 – Citronsyra) (EGT L 239, s. 18).

3 — Förordning nr 17 av den 6 februari 1962, Första förordningen om tillämpning av fördragets artiklar [81] och [82] (EGT 13, s. 24; svensk specialutgåva, område 8, volym 1, s. 8), i ändrad lydelse.

företagen böter. För att beräkna beloppet av dessa böter tillämpade kommissionen, dock utan att uttryckligen ange detta, den metod som angetts i dess riktlinjer av år 1998 för beräkning av böter som dömts ut enligt artikel 15.2 i förordning nr 17 och artikel 65.5 i EKSG-fördraget (nedan kallade riktlinjerna) [4]. I förekommande fall har kommissionen dessutom, varvid den uttryckligen angett detta, tillämpat sitt meddelande av år 1996 om befrielse från eller nedsättning av böter i kartellärenden (nedan kallat meddelandet om samarbete) [5].

4. Det bötesbelopp som ålades klaganden fastställdes till 39,69 miljoner euro.

5. Vid fastställandet av bötesbeloppet tog kommissionen, när den bedömde överträdelsens allvar, särskilt hänsyn till den omständigheten att kartellen hade haft en konkret inverkan på marknaden för citronsyra inom EES. Grundbeloppet för de böter som beräknades för ADM och som fastställts till 58,8 miljoner euro beroende på överträdelsens allvar och varaktighet höjdes av kommissionen på grund av försvårande omständigheter med 35 procent. Motiveringen härför var att ADM, tillsammans med ett annat företag, hade haft en ledande roll i kartellen. Dessutom nekades ADM, till förmån för ett annat företag, Cerestar Bioproducts BV (nedan kallat Cerestar), förmånen för ett företag enligt avdelning B i meddelandet om samarbete, det vill säga en ”befrielse från böter” eller en ”mycket betydande nedsättning” av det bötesbelopp som det skulle ha ålagts om det inte hade valt att samarbeta. Kommissionen ansåg nämligen att Cerestar, och inte ADM, var det första företag som hade lämnat sådana uppgifter som var avgörande för att visa att det förelåg en kartell, i den mening som avses i avdelning B b i meddelandet om samarbete, och att ADM som ledare för kartellen inte ens uppfyllde villkoret i avdelning B e i detta meddelande. Emellertid beviljade kommissionen, med stöd av avdelning D i detta meddelande, ADM en ”väsentlig nedsättning” (med 50 procent) av bötesbeloppet.

6. Genom ansökan som inkom till Europeiska gemenskapernas förstainstansrätts kansli (nedan kallad förstainstansrätten) väckte ADM talan. ADM yrkade dels att artikel 1 i det angripna beslutet skulle ogiltigförklaras i den del det slogs fast att företaget hade överträtt artikel 81 EG och artikel 53 i EES-avtalet genom att delta i en begränsning av produktionskapaciteten på den ifrågavarande marknaden och utse en producent som skulle ”leda” prishöjningar på varje nationell marknad tillhörande den ifrågavarande marknaden, dels ogiltigförklara artikel 3 i beslutet i den del som avsåg ADM eller i andra hand ändra detta genom att häva eller sätta ned de ålagda böterna.

4 — EGT C 9, s. 3.
5 — EGT C 207, s. 4.

7. Genom dom av den 27 september 2006 (nedan kallad den överklagade domen) [6] biföll förstainstansrätten klagandens ansökan om delvis ogiltigförklaring av artikel 1 i det angripna beslutet. Förstainstansrätten ogillade däremot klagandens talan avseende de i artikel 3 i samma beslut ålagda böterna samt förpliktade kommissionen att ersätta en tiondel av klagandens rättegångskostnader och klaganden att bära sin resterande rättegångskostnad och ersätta kommissionens rättegångskostnad.

8. Genom handling som inkom till domstolens kansli den 11 december 2006 har klaganden överklagat den ovannämnda domen. Klaganden har yrkat att domstolen ska upphäva domen i den del i vilken klagandens talan mot det angripna beslutet ogillas och dessutom ogiltigförklara den del av artikel 3 i detta beslut som berör klaganden eller ändra den så att de ålagda böterna hävs eller sätts ned, eller alternativt återförvisa målet till förstainstansrätten för en prövning i enlighet med domstolens avgörande och i vart fall förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna för förfarandena i första och andra instans.

9. Kommissionen har i sitt svaromål yrkat att domstolen ska ogilla överklagandet och förplikta klaganden att ersätta rättegångskostnaderna.

6 — Dom av den 27 september 2006 i mål T-59/02, Archer Daniels Midland mot kommissionen (REG 2006, s. II-3627).

10. Parternas företrädare har hörts vid förhandlingen den 8 maj 2008.

II — Rättslig bedömning

A — *Inledning*

11. Klaganden har till stöd för överklagandet anfört nio grunder, som alla avser fastställandet av det ålagda bötesbeloppet.

12. Genom de första fem grunderna har klaganden kritiserat de bedömningar som ledde förstainstansrätten till att underkänna klagandens argument mot det med 35 procent höjda grundbeloppet av dessa böter. Kommissionen hade höjt detta belopp med hänsyn till de försvårande omständigheter som den ledande roll som ADM hade haft i citronsyrekartellen utgjorde. Den första grunden avser förstainstansrättens underlåtenhet att fastställa att klagandens rätt till försvar har åsidosatts, vilket följer av att dessa försvårande omständigheter eller faktiska omständigheter som kan hänföras till klaganden inte har ifrågasatts under det administrativa förfarandet. De fyra följande grunderna är däremot av olika skäl riktade mot de bedömningar enligt vilka förstainstansrätten underkände

klagandens argument att de överväganden i det angripna beslutet som låg till grund för att tilldela ADM rollen som ledare inte var lämpliga för att motivera en sådan kvalificering.

13. De sista fyra grunderna avser det bristande erkännandet av en förmildrande omständighet, bedömningen av kartellens konkreta inverkan på marknaden och bedömningen av klagandens samarbete med kommissionen under det administrativa förfarandet.

14. Vissa av de ovannämnda grunderna synes vara välgrundade. Den överklagade domen ska således enligt min mening upphävas i vissa delar. Jag anser att målet är färdigt för avgörande och att domstolen därför enligt artikel 61 första stycket i dess stadga slutligt kan avgöra målet, såsom klaganden har begärt. För att underlätta framställningen och med hänsyn till antalet grunder kommer undersökningen av de grunder som jag anser vara välgrundade att följas av en undersökning av de relevanta grunder för talan i första instans som förstainstansrätten ogillade tillsammans med de delar av den överklagade domen som ska upphävas.

B — *Den första grunden: Åsidosättande av rätten till försvar vad beträffar den omständigheten att klaganden har tilldelats rollen som ledare för kartellen*

1. Förstainstansrättens överväganden

15. Klaganden gjorde vid förstainstansrätten gällande att kommissionen hade åsidosatt dess rätt till försvar, eftersom anklagelsen att den var ledare för kartellen inte hade riktats mot den under det administrativa förfarandet och eftersom meddelandet om invändningar inte innehöll de omständigheter (särskilt avseende den roll som vissa av dess företrädare hade spelat vid mötena i kartellen) som anförts till stöd för denna anklagelse i det angripna beslutet. Klaganden hade dessutom påtalat att den under detta förfarande inte hade kunnat uttala sig om att det som bevis till stöd för denna anklagelse hade använts en rapport från Förenta staternas Federal Bureau of Investigation (FBI) avseende de uttalanden av den 11 och den 12 oktober 1996 av en tidigare ADM-företrädare till FBI:s agenter (nedan kallad FBI-rapporten) och Cerestars skriftliga uttalande av den 18 mars 1999 [7] som riktats till kommissionen (nedan kallat Cerestars skriftliga uttalande).

7 — I det angripna beslutet omnämns Cerestars uttalande av den 25 mars 1999. Det är dock inte fråga om två olika uttalanden, utan om ett och samma uttalande. Såsom framgår av punkt 371 i den överklagade domen var Cerestars uttalande daterat den 18 mars 1999 men delgavs kommissionen den 25 mars 1999.

16. Förstainstansrätten har först och främst framhållit domstolens dom i målet Musique diffusion française m.fl. mot kommissionen [8], enligt vilken kommissionen uppfyller sin skyldighet att iaktta företagens rätt att yttra sig genom att i sitt meddelande om invändningar uttryckligen ange att den har för avsikt att undersöka huruvida de berörda företagen ska åläggas böter och de huvudsakliga faktiska och rättsliga grunder som kan medföra att böter åläggs, såsom hur allvarlig den påstådda överträdelsen varit och hur länge den pågått, samt huruvida den begåtts ”uppsåtligen eller av oaktsamhet”. Kommissionen ger därigenom företagen nödvändiga upplysningar för att dessa ska kunna försvara sig inte bara mot konstaterandet av en överträdelse, utan även mot åläggandet av böter [9].

17. Förstainstansrätten godtog således inte klagandens ovannämnda anmärkningar, eftersom den ansåg att kommissionen i meddelandet om invändningar hade angett de väsentliga faktiska och rättsliga förhållanden som kunde ligga till grund för de böter som den avsåg att ålägga ADM. Förstainstansrätten påpekade därvid att ”[kommissionen] [f]ör att iaktta de berörda företagens rätt till försvar... vidare inte [är] skyldig att i meddelandet om invändningar mer detaljerat ange hur den bedömt varje omständighet för att fastställa bötesnivån”. Förstainstansrätten har med åberopande av domen i målet Michelin mot kommissionen [10] särskilt påpekat att ”kommissionen inte [var] skyldig vare sig att ange att den kunde komma att betrakta ADM som ledare för kartellen eller hur mycket den eventuellt av detta skäl skulle höja ADM:s böter”. I frågan om huruvida FBI-rapporten och Cerestars skriftliga uttalande kunde användas som bevis påpekade förstainstansrätten att ”kommissionen [hade] bifoga[t] dessa handlingar till meddelandet om invändningar och att parterna således hade [haft] möjlighet att yttra sig angående dessa handlingar samt angående frågan om de kunde användas som bevis” [11].

2. Parternas argument

18. Genom den aktuella grunden har klaganden kritiserat förstainstansrätten för att den med åsidosättande av principen om skydd för rätten till försvar drog slutsatsen att kommissionen inte är skyldig att i meddelandet om invändningar underrätta det företag som meddelandet riktats till om möjligheten finns att detta kan komma att kvalificeras som ledare för kartellen och att kommissionen inte måste ange de faktiska omständigheter som ligger till grund för denna kvalifikation. Enligt klaganden är den andra av dessa slutsatser för övrigt inte tillräckligt motiverad.

19. Rollen som ledare för kartellen utgör enligt klaganden en sådan huvudsaklig faktisk omständighet som karaktäriserar allvaret i uppträdandet hos ett företag som har begått en överträdelse och som ska följa av

8 — Dom av den 7 juni 1983 i de förenade målen 100/80–103/80, Musique diffusion française m.fl. mot kommissionen (REG 1983, s. 1825; svensk specialutgåva, volym 7, s. 133), punkt 21.

9 — Den överklagade domen, punkt 434.

10 — Dom av den 9 november 1983 i mål 322/81, Michelin mot kommissionen (REG 1983, s. 3461; svensk specialutgåva, volym 7, s. 351), punkt 20.

11 — Den överklagade domen, punkterna 436 och 438–439.

meddelandet om invändningar [12], även på grund av att kommissionens höjning på grund av denna försvårande omständighet i allmänhet motsvarar mellan 30 och 50 procent av bötesbeloppet.

20. Dessutom ska enligt klaganden även de faktiska omständigheter som ligger till grund för kvalifikationen som ledare för kartellen anges i meddelandet om invändningar eller åtminstone rimligtvis kunna följa av de handlingar som bifogats detta [13]. I förevarande fall har dock sådana faktiska omständigheter inte angetts i meddelandet om invändningar och de följer inte heller av de handlingar som bifogats meddelandet. Anledningen härtill är följande: a) kommissionen angav i meddelandet om invändningar uttryckligen att den vid beräkningen av bötesbeloppet och särskilt vid bedömningen av den roll som vart och ett av företagen hade haft hade beaktat de faktiska omständigheter såsom de beskrivits i denna rättsakt, b) det var, såsom erkänts i det angripna beslutet (punkt 273) och i den överklagade domen (punkt 300), på grund av de komplicerade faktiska omständigheterna svårt att fastställa ledarskapet för kartellen, c) eftersom kommissionen under det administrativa förfarandet hade låtit ADM förstå att företaget kunde dra fördel av avdelning B i meddelandet om samarbete hade den gett anledning att tro att den inte betraktade ADM som ledare för kartellen, d) det kan inte krävas att ett företag, i avsaknad av specifika varningar, ska undersöka och med bevis om motsatsen vederlägga var och en av de faktiska omständigheter som framgår av olika omfångsrika handlingar som bifogats ett meddelande om invändningar. Detta är en inställning som för företaget kan innebära att det förlorar fördelen av att avdelning B i meddelandet om samarbete tillämpas, vilken bland annat förutsätter ett löpande och fullständigt samarbete från företagets sida.

21. Kommissionen har hävdat att klagandens invändningar saknar grund. De baseras på en konstlad åtskillnad mellan rollen som ledare för en kartell och konsekvenserna av en sådan roll för fastställandet av bötesbeloppet. Klaganden har bortsett från den omständigheten att rollen som ledare inverkar på detta belopp, men inte på fastställandet av överträdelsen. Det är därför inte nödvändigt att kommissionen i meddelandet om invändningar mer detaljerat anger ”faktiska omständigheter som i själva verket utgör ett föregripande av bötesbeloppet”. I förevarande fall var det enligt kommissionen däremot tillräckligt att såsom den har gjort ange att den vid bedömningen av hur allvarlig överträdelsen var beaktade den roll som vart och ett av de berörda företagen hade haft.

22. Kommissionen har påpekat att FBI-rapporten och Cerestars skriftliga uttalande omfattades av de åtta handlingar som bifogats meddelandet om invändningar.

23. Kommissionen har tillagt att klagandens roll i kartellen omnämns i huvuddelen av meddelandet om invändningar (och därvid exempelvis hänvisat till punkterna 63, 71, 84, 85, 93, 94 och 104 i detta meddelande). I sitt svar på detta meddelande hade klaganden dessutom uttryckligen hänvisat till de två ovannämnda handlingarna och hade yttrat sig utförligt i frågan om sin roll i kartellen.

12 — Klaganden har i detta avseende åberopat förstainstansrättens domar av den 20 mars 2002 i mål T-9/99, HFB m.fl. mot kommissionen (REG 2002, s. II-1487), punkterna 316–317, och i mål T-23/99, LR AF 1998 mot kommissionen (REG 2002, s. II-1705), punkterna 203–205, samt dom av den 8 juli 2004 i mål T-48/00, Corus UK mot kommissionen (REG 2004, s. II-2325), punkt 153.

13 — Förstainstansrättens dom av den 10 mars 1992 i mål T-11/89, Shell mot kommissionen (REG 1992, s. II-757; svensk specialutgåva, volym 12, s. 47), punkt 62.

Klaganden hade därvid avvisat uppfattningen att den hade en roll som ledare eller anstiftare och för att visa detta hänvisat till FBI-rapporten. Detta visar att klaganden kunde bygga upp sitt försvar på innehållet i detta meddelande.

3. Bedömning

24. Även om man kan finna något enskilt påstående som kan tolkas på motsatt sätt [14] kan det anses vara fastslaget i rättspraxis att de företag som är föremål för ett förfarande på grund av överträdelse av EG-fördragets konkurrensbestämmelser har rätt att höras av kommissionen inte enbart om huruvida de påstådda överträdelserna har skett utan även om åläggandet av böter och om kommissionens kriterier för att fastställa dessa.

25. Såsom förstainstansrätten har erinrat om i den överklagade domen har domstolen slagit fast att kommissionen uppfyller sin skyldighet att iaktta företagens rätt att yttra sig genom att i sitt meddelande om anmärkningar uttryckligen ange att den har för avsikt att undersöka huruvida företagen ska åläggas böter och de huvudsakliga faktiska och rättsliga grunder som kan medföra att böter åläggs, såsom hur allvarlig den påstådda överträdelsen är och hur länge den pågått, samt huruvida den begåtts ”uppsåtligen eller av oaktsamhet”. Därigenom ger kommissionen företagen de upplysningar som är nödvändiga för att de ska kunna försvara sig, inte bara mot konstaterandet av en överträdelse utan även mot åläggandet av böter [15].

26. Domstolen förefaller, i domen i målet Michelin mot kommissionen [16], delvis ha avvikit från generaladvokaten Verloren Van Themaats förslag. Denne ansåg ”att det är uppenbart att [kommissionen] inte medan det administrativa förfarandet pågår kan ange bötesbeloppet *eller kriterierna för dess fastställande*, eftersom den först i slutet av förfarandet kan avgöra hur omfattande skulden eller oaktsamheten är” [17]. Vad beträffar kriterierna för att fastställa böterna ansåg domstolen att det i den domen var nödvändigt att påpeka att ”[i] sitt meddelande om anmärkningar... har kommissionen uttryckligen angett att den hade för avsikt att ålägga [det berörda företaget] böter med ett belopp som skulle fastställas med hänsyn till hur länge överträdelsen pågått och hur allvarlig den var. *Kommissionen fann att överträdelsen var allvarlig*”. Den gav därigenom detta företag ”tillfälle att försvara sig inte enbart mot konstaterandet av en överträdelse utan även mot åläggandet av böter” [18].

14 — Se dom av den 15 oktober 2002 i de förenade målen C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P–C-252/99 P och C-254/99 P, Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mot kommissionen, kallad PVC II (REG 2002, s. I-8375), punkt 91, enligt vilken ”kravet på en rätt att yttra sig i denna fråga överskrider den rätt till försvar som regleras i förordningarna nr 17 och nr 99/63 och är *begränsad* till frågorna om riktigheten och relevansen i de omständigheter och skriftliga handlingar som ligger till grund för kommissionens påstående om att *överträdelse* av konkurrensrätten *har skett*”. Min kursivering.

15 — Domen i målet Musique diffusion française m.fl. mot kommissionen (ovan fotnot 8), punkt 21, och dom av den 28 juni 2005 i de förenade målen C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P–C-208/02 P och C-213/02 P, Dansk Rørindustri m.fl. mot kommissionen (REG 2005, s. I-5425), punkt 428.

16 — Ovan fotnot 10.

17 — Förslag till avgörande av den 21 juni 1983 i målet Michelin mot kommissionen (ovan fotnot 10), punkt 7. Min kursivering.

18 — Domen i målet Michelin mot kommissionen (ovan fotnot 10), punkt 20. Min kursivering.

27. Domstolen har senare, i domen i målet Showa Denko mot kommissionen [19], i helt tydliga ordalag påpekat att de företag som berörs av ett förfarande på grund av överträdelse av artikel 81 EG har rätt att yttra sig ”inte bara över orsaken till påföljden utan även över var och en av de omständigheter som kommissionen avsåg att ta hänsyn till när den fastställde böterna”.

28. Den formulering i rättspraxis som jag har åberopat ovan i punkt 25 är dock ganska allmän och av denna framgår inte vad som avses med de ”huvudsakliga faktiska och rättsliga grunder” som är av betydelse för de böter som ska följa av meddelandet om invändningar. Frågan gäller särskilt huruvida det räcker att kommissionen i meddelandet om invändningar anger att den i beslutet om formen för och beloppet på böterna ska beakta den påstådda överträdelsens allvar, varaktighet och dess subjektiva del eller huruvida kommissionen i stället måste specificera sin bedömning med avseende på var och en av dessa aspekter.

29. Det kan visserligen uteslutas att det skulle räcka att kommissionen på ett abstrakt sätt anger de tre ovannämnda omständigheterna avseende den påstådda överträdelsens allvar, varaktighet och subjektiva del. Såsom förstainstansrätten redan har påpekat skulle ”[s]kyldigheten att lämna upplysningar om hur allvarlig överträdelsen är och huruvida den skett avsiktligt eller av oaktsamhet... förlora sitt innehåll om det räckte med endast en hänvisning till artikel 15.2 i förordning nr 17 för att uppfylla denna skyldighet” [20]. Vad beträffar överträdelsens varaktighet har domstolen redan klarlagt att den ska preciseras redan i meddelandet om invändningar [21].

30. Det kan däremot på grundval av rättspraxis uteslutas att iakttagandet av företagens rätt till försvar innebär att det i meddelandet om invändningar ska preciseras på vilket sätt kommissionen avser att använda var och en av dessa ”faktiska och rättsliga omständigheter” för att avgöra nivån på böterna. Det skulle nämligen innebära ett oriktigt föregripande av kommissionens beslut om kommissionen skulle uttala sig om nivån på böterna innan företagen lämnats tillfälle att yttra sig över de omtvistade invändningarna [22].

31. I utrymmet mellan dessa två extrema fall ska det, sedan det fastslagits att det av meddelandet om invändningar ska följa såväl hur länge överträdelsen har pågått som att denna har begåtts avsiktligt eller genom oaktsamhet, dock fortfarande fastställas huruvida det räcker att kommissionen i meddelandet om invändningar anger de kriterier för att fastställa överträdelsens allvar som den avser att tillämpa eller huruvida den ska specificera vilka bedömningar den ska göra

19 — Dom av den 29 juni 2006 i mål C-289/04 P, Showa Denko mot kommissionen (REG 2006, s. I-5859), punkt 70.

20 — Domen i målet Corus UK mot kommissionen (ovan fotnot 12), punkt 145.

21 — Domen i målet Musique diffusion française m.fl. mot kommissionen (ovan fotnot 8), punkt 15.

22 — Se domen i målet Michelin mot kommissionen (ovan fotnot 10), punkt 19, domen i målet Musique diffusion française m.fl. mot kommissionen (ovan fotnot 8), punkt 21, domen i målet Dansk Rørindustri m.fl. mot kommissionen (ovan fotnot 15), punkterna 434 och 439, och dom av den 10 maj 2007 i mål C-328/05 P, SGL Carbon mot kommissionen (REG 2007, s. I-3921), punkt 58.

enligt dessa kriterier. Var det i förevarande fall tillräckligt att kommissionen i meddelandet om invändningar, som den gjorde, angav att den vid fastställandet av respektive bötesbelopp bland annat hade beaktat den roll som vart och ett av företagen haft i överträdelsen (angivande av kriteriet) eller borde den i stället redan i denna rättsakt ha påpekat möjligheten att den skulle kvalificera ADM såsom ledare för kartellen (bedömning enligt kriteriet)?

32. Domstolens rättspraxis ger enligt min mening inte några användbara upplysningar för att besvara denna fråga. Detsamma kan sägas om förstainstansrättens domar i målen HFB m.fl. mot kommissionen och LR AF 1998 mot kommissionen, som klaganden har åberopat till stöd för den andra lösningen [23]. Visserligen har förstainstansrätten i dessa domar påpekat att det meddelande om anmärkningar som sänts till klagandeföretagen bland andra omständigheter hänvisade till den aktiva roll [24] eller till den drivande roll [25] som dessa företag hade haft i den kartell som var i fråga och därefter konstaterat att ”[k]ommissionen... därigenom i meddelandet om anmärkningar [hade] angett vilka faktiska och rättsliga omständigheter som den skulle komma att grunda sig på vid beräkningen av sökandens böter. Sökandens rätt att yttra sig har därför iakttagits i vederbörlig ordning” [26]. Av detta kan slutsatsen dock inte dras att förstainstansrätten har ansett att den hänvisningen är *nödvändig* för att denna rätt ska iakttas.

33. Det ska däremot framhållas att förstainstansrätten i domen i målet Corus UK mot kommissionen [27], som klaganden också har åberopat, faktiskt har tolkat kommissionens åligganden vad beträffar innehållet i meddelandet om invändningar som strängare. Förstainstansrätten har i huvudsak ansett att det inte räcker att ange ett bestämt kriterium avseende allvaret utan att det åtföljs av en provisorisk bedömning enligt det kriteriet. Efter att ha utgått ifrån att kommissionen ”är skyldig att i meddelandet om anmärkningar avge en kortfattad provisorisk bedömning av hur länge den påstådda överträdelsen har pågått, hur allvarlig den är och huruvida den med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet har skett avsiktligt eller av oaktsamhet” fann förstainstansrätten att i det fall som den hade att pröva var meddelandet om anmärkningar ”behäftat med ett fel genom att kommissionen inte i meddelandet om anmärkningar ha[de] gjort en provisorisk bedömning av hur allvarlig den ifrågavarande överträdelsen var”. Kommissionen hade underlåtit att klarlägga huruvida det enligt dess mening rörde sig om en ”allvarlig” eller ”mycket allvarlig” överträdelse i den mening som avses i riktlinjerna för beräkning av böter [28]. Förstainstansrätten påpekade för övrigt att detta fel inte innebar att det ifrågasatta beslutet skulle ogiltigförklaras, eftersom det inte hade visats att klaganden, i avsaknad av detta fel, i sitt svar på meddelandet om anmärkningar hade anfört argument – i syfte att göra den begångna överträdelsen mindre allvarlig – som väsentligen skilde sig från dem som faktiskt anförts i detta svar [29].

34. Jag ställer frågan om huruvida det inte är mer korrekt med ett något omvänt synsätt.

23 — Ovan fotnot 12.
24 — Domen i målet HFB m.fl. mot kommissionen (ovan fotnot 12), punkt 316.
25 — Domen i målet LR AF 1998 mot kommissionen (ovan fotnot 12), punkt 204.
26 — Domen i målet HFB m.fl. mot kommissionen (ovan fotnot 12), punkt 317, och domen i målet LR AF 1998 mot kommissionen (ovan fotnot 12), punkt 205.
27 — Ovan fotnot 12.
28 — Ibidem (punkterna 146, 151 och 153).
29 — Ibidem (punkterna 154–159).

I stället för att först och på ett abstrakt sätt fastställa räckvidden av kommissionens åligganden vad beträffar innehållet i meddelandet om invändningar, för att därefter kontrollera huruvida åsidosättandet av dem konkret har påverkat rätten till försvar, är det kanske lämpligare att av kravet på att denna rätt ska iakttas dra slutsatsen om räckvidden av dessa åligganden.

35. Om, såsom ofta fastslagits i rättspraxis och erinrats om i punkt 435 i den överklagade domen, ”[det]... således [är] genom sina synpunkter på hur länge överträdelsen pågått och hur allvarlig den är samt förutsebarheten av överträdelsens konkurrensbegränsande verkan som de berörda företagen garanteras rätt till försvar gentemot kommissionen vad gäller fastställandet av bötesbeloppet” [30], ska kommissionens åligganden vara sådana, och endast sådana, som gör att detta är en verklig möjlighet.

36. I detta avseende kan enligt min mening det ifrågavarande företaget, sedan kommissionen i meddelandet om invändningar – såsom den har gjort i förevarande fall – har angett att den vid fastställandet av de böter som ska åläggas ett företag, i samband med bedömningen av hur allvarlig överträdelsen är, ska beakta den roll som detta företag har haft i de avtal om samverkan som beskrivs i detta meddelande, yttra sig om de slutsatser som beträffande den roll som företaget har haft ska dras av de av kommissionen nämnda faktiska omständigheterna och exempelvis dra slutsatsen att det av dessa faktiska omständigheter inte framgår att denna roll har varit en aktiv eller till och med en ledande roll.

37. Jag anser därför att förstainstansrätten inte gjorde sig skyldig till någon felaktig rättstillämpning när den drog slutsatsen att kommissionen inte var skyldig att i meddelandet om invändningar ange att den skulle kunna betrakta ADM som ledare för den ifrågavarande kartellen.

38. Såvitt avser förevarande grunds andra del, som avser underlåtenheten att i meddelandet om invändningar ange de omständigheter som i det angripna beslutet ligger till grund för att betrakta ADM som ledare för kartellen, anser jag däremot att klagandens argument delvis kan godtas.

39. De faktiska omständigheter som klaganden i denna del av grunden har hänvisat till är de omständigheter som anges i punkterna 265–266 i det angripna beslutet och som återges i FBI-rapporten och i Cerestars skriftliga uttalande. Enligt FBI-rapporten hade en ADM-företrädare utarbetat systemen för

30 — Detta påstående som återfinns i åtskilliga andra domar av förstainstansrätten (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, domen i målet HFB m.fl. mot kommissionen, punkt 312, och domen i målet LR AF 1998 mot kommissionen, punkt 200 (ovan fotnot 12), dom av den 15 juni 2005 i de förenade målen T-71/03, T-74/03, T-87/03 och T-91/03, Tokai Carbon m.fl. mot kommissionen, ej publicerad i rättsfallssamlingen, punkt 140, dom av den 25 oktober 2005 i mål T-38/02, Groupe Danone mot kommissionen, REG 2005, s. II-4407, punkt 51, och av den 15 mars 2006 i mål T-15/02, BASF mot kommissionen, REG 2006, s. II-497, punkt 49), har av domstolen slagits fast i domen i målet SGL Carbon mot kommissionen (ovan fotnot 22), punkt 57.

”G-4/5-överenskommelsen” och hade haft en tämligen aktiv roll vid mötet den 6 mars 1991 i Basel, där avtalet om citronsyran utformades. Denne företrädare ansågs vara ”Den vise åldermannen” och fick smeknamnet ”Predikanten” av en företrädare för Jungbunzlauer (punkt 265). Enligt Cerestars skriftliga uttalande hade en annan ADM-företrädare en ledande roll och var ordförande på de så kallade Sherpa-mötena (det vill säga de möten som skedde på teknisk nivå, jämfört med de så kallade Masters-mötena, som hölls på en högre nivå) och brukade förbereda ärendena och lägga fram förslag till prislistor som skulle godkännas (punkt 266). Kommissionen betraktade dessa omständigheter som ”tillräckliga ytterligare bevis för att kunna dra slutsatsen att ADM var kartellens ledare”, efter att ha funnit att ”det faktum att en rad bilaterala möten mellan ADM och dess konkurrenter ägde rum en kort tid före det första multilaterala kartellmötet inte räck[te] för att bevisa att ADM var kartellens anstiftare”. De ovannämnda faktiska omständigheterna visar sig på så sätt vara avgörande för att betrakta klaganden som ledare för kartellen.

40. Anmärkningen genom vilken det hävdas att motiveringen i den överklagade domen är bristande såvitt avser klagandens argument att dessa omständigheter inte har angetts i meddelandet om invändningar kan anses sakna grund. Även om förstainstansrätten inte särskilt klart har angett skälen till att en sådan underlåtenhet enligt dess mening inte innebar att ADM:s rätt till försvar åsidosattes, kan det anses att dessa skäl underförstått följer av punkt 439 i den överklagade domen. I denna punkt hänvisas det visserligen i huvudsak till ett annat argument som underkänns där, genom vilket klaganden påtalade att företaget under det administrativa förfarandet inte hade kunnat uttala sig om huruvida FBI-rapporten och Cerestars skriftliga uttalande kunde användas som bevis. Räckvidden av denna punkt är mer omfattande, såsom framgår av uttrycket ”samt angående frågan om de kunde användas som bevis”. Förstainstansrätten synes i denna punkt nämligen anse att den omständigheten att kommissionen hade bifogat de två ovannämnda handlingarna till meddelandet om invändningar räckte för att ge parterna möjlighet att yttra sig inte enbart om deras användning som bevis, utan även om de faktiska omständigheter som beskrevs i dem.

41. Jag anser emellertid att denna bedömning av förstainstansrätten är rättsligt felaktig, eftersom förstainstansrätten ansåg att det inte var nödvändigt att i meddelandet om invändningar ange de faktiska omständigheter som åberopats i punkterna 265–266 i det angripna beslutet.

42. Iakttagandet av rätten till försvar kräver enligt mitt sätt att se att det i meddelandet om invändningar för det företag som det är riktat till åtminstone anges det faktiska material och det bevismaterial som kommissionen avser att lägga till grund för sina bedömningar i det slutliga beslutet [31].

43. Enligt domstolen förutsätter ”[i]akttagandet av rätten till försvar... också att det

31 — Se i detta avseende dom av den 25 oktober 1983 i mål 107/82, AEG-Telefunken mot kommissionen (REG 1983, s. 3151; svensk specialutgåva, volym 7, s. 287), enligt vilken kommissionen i det slutliga beslutet inte kunde beakta vissa särskilda fall (se punkterna 21 och 28) eller vissa handlingar (se punkterna 21 och 27), eftersom de inte hade nämnts i meddelandet om anmärkningar.

berörda företaget har getts tillfälle att under det administrativa förfarandet på ett meningsfullt sätt framföra sina synpunkter på huruvida de påstådda omständigheterna och förhållandena verkligen föreligger och är relevanta och på de handlingar som enligt kommissionen styrker dess påstående om att fördraget har överträtts" [32].

44. Kommissionens åliggande att dessförinnan till företagen överlämna det faktiska material och det därtill hörande bevismaterialet som den avser att använda i det slutliga beslutet, som på så sätt bekräftats vad avser fastställandet av överträdelsen, ska enligt min mening även gälla med avseende på fastställandet av formen för och beloppet på böterna [33].

45. Det förevarande fallet kännetecknas särskilt av att kommissionens slutsats avseende ADM:s ledande roll – vilket är ostridigt – grundar sig på faktiska omständigheter (de omständigheter som anges i punkterna 265–266 i det angripna beslutet) som inte angetts i meddelandet om invändningar. Dessa omständigheter har dock bevisats av handlingar som inte enbart, såsom kommissionen har påpekat, bifogats detta meddelande, utan även omnämns i detta, även om det endast skett som bevis av däri beskrivna omständigheter.

46. Ska det anses att det faktum att dessa omständigheter följer av dessa handlingar, om vilka det i meddelandet om invändningar preciserades att de hade använts som bevis, innebar att ADM gavs möjlighet att ta ställning till huruvida dessa omständigheter verkligen förelåg och var relevanta?

47. Klaganden har föreslagit en hänvisning till förstainstansrättens dom i målet Shell mot kommissionen [34], av vilken det särskilt framgår följande:

— Handlingar som bifogats meddelandet om invändningar men inte nämns i detta kan endast göras gällande mot det företag som meddelandet är riktat till i beslutet, om detta företag av meddelandet rimligtvis kunde sluta sig till vilka slutsatser kommissionen avsåg att dra av handlingarna [35].

32 — Dom av den 25 januari 2007 i mål C-407/04 P, Dalmine mot kommissionen (REG 2007, s. I-829), punkt 44 och där angiven rättspraxis.

33 — I dom av den 14 juli 2005 i de förenade målen C-65/02 P och C-73/02 P, ThyssenKrupp mot kommissionen (REG 2005, s. I-6773), punkt 92, återtog domstolen den formulering i rättspraxis som angetts ovan i punkt 43 i detta förslag till avgörande men använde ordalag som till synes utvidgar räckvidden av denna: "Förstainstansrätten erinrade med rätta om att, för att principen skall iakttas på ett verkningsfullt sätt, det berörda företaget under det administrativa förfarandet måste ha getts tillfälle att framföra sina synpunkter angående huruvida de omständigheter och förhållanden som kommissionen har gjort gällande samt de handlingar *som kommissionen har åberopat till stöd för sina påståenden* verkligen föreligger och är relevanta" (min kursivering).

34 — Ovan fotnot 13.

35 — Ibidem, punkt 56. För ett liknande resonemang, se även dom av den 10 mars 1992 i mål T-13/89, ICI mot kommissionen (REG 1992, s. II-1021), punkt 35, 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-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 323, och 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 162.

— Handlingar som bifogats meddelandet om invändningar och som nämns i detta till stöd för en viss anklagelse kan i beslutet användas till stöd för en annan anklagelse mot samma företag endast om detta utifrån meddelandet om invändningar och innehållet i handlingarna rimligtvis kunde sluta sig till vilka slutsatser som kommissionen avsåg att dra därav [36].

48. Dessa kriterier kan enligt min mening godtas, eftersom de medger en bättre avvägning mellan kraven avseende företagens försvar och kraven på att kommissionens administrativa åtgärder genomförs på ett effektivt sätt. De handlingar som bifogas meddelandet om invändningar kan för övrigt (och är ofta) mycket talrika och omfångsrika, varför det såsom klaganden med rätta har hävdat inte är möjligt att ålägga de företag som meddelandet är riktat till att i dessa handlingar finna varje omständighet som på ett abstrakt sätt kan tolkas som en omständighet som de kan klandras för och att bestrida dess riktighet eller innebörd.

49. Ett motsvarande kriterium som de kriterier som hämtats från domen i målet Shell mot kommissionen ska enligt min mening kunna tillämpas även i det fall, som inträffar i förevarande fall, i vilket handlingar som bifogats meddelandet om invändningar och omnämns i detta i det slutliga beslutet används som bevis för andra faktiska omständigheter än dem som återfinns i det ovannämnda meddelandet. En sådan användning ska medges endast om det visas att det berörda företaget *utifrån meddelandet om invändningar* och mot bakgrund av innehållet i dessa handlingar kan sluta sig till vilka *faktiska* slutsatser som kommissionen avsåg att dra av nämnda handlingar.

50. Jag anser därför att förstainstansrätten har gjort sig skyldig till en felaktig rättstillämpning när den utan att göra denna typ av kontroll ansåg att endast den omständigheten att FBI-rapporten och Cerestars skriftliga uttalande hade bifogats meddelandet om invändningar gjorde det möjligt för kommissionen att i det slutliga beslutet kritisera ADM för de faktiska omständigheter som angetts i punkterna 265–266 i detta beslut.

51. Denna felaktiga rättstillämpning kan enligt min mening inte rättas till genom att ange andra grunder [37], vilket kan medges endast när rättsligt felaktiga grunder kan ersättas med rent rättsliga grunder [38]. Genomförandet av den ovannämnda kontrollen, som syftar till att fastställa huruvida ADM av meddelandet om invändningar och av innehållet i de ifrågavarande två handlingarna kan

36 — Domen i målet Shell mot kommissionen (ovan fotnot 13), punkt 62.

37 — Enligt domstolens rättspraxis ska, om en dom från förstainstansrätten innehåller domskäl som strider mot gemenskapsrätten, men domslutet visar sig vara riktigt enligt andra rättsliga grunder, överklagandet ogillas (se exempelvis dom av den 9 juni 1992 i mål C-30/91 P, Lestelle mot kommissionen (REG 1992, s. I-3755), punkt 28, av den 15 december 1994 i mål C-320/92 P, Finsider mot kommissionen (REG 1994, s. I-5697), punkt 37, och av den 13 juli 2000 i mål C-210/98 P, Salzgitter mot kommissionen (REG 2000, s. I-5843), punkt 58.

38 — Se, förutom den i föregående fotnot angivna rättspraxisen, mer entydigt generaladvokaten Légers förslag till avgörande av den 4 juli 1996 i mål C-294/95 P, Ojha mot kommissionen, i vilket dom meddelades den 12 november 1996 (REG 1996, s. I-5863), punkt 179, samt mitt förslag till avgörande av den 11 januari 2007 i mål C-282/05 P, Holcim (Deutschland) mot kommissionen, i vilket dom meddelades den 19 april 2007 (REG 1997, s. I-2941), punkt 123.

sluta sig till att kommissionen avsåg att kritisera den för de ovannämnda faktiska omständigheterna innebär en bedömning av faktiska omständigheter som inte är underställd domstolens kontroll i ett mål om överklagande. Den överklagade domen ska enligt min mening följaktligen upphävas i det i föregående punkt nämnda avseendet, utan att det i detta syfte finns anledning att beakta klagandens argument som angetts ovan i punkt 20 a–c, eller kommissionens argument som angetts ovan i punkt 23, vilka på sin höjd hör till ett annat sammanhang än genomförandet av den ovannämnda kontrollen.

C — *Talan mot det angripna beslutet: Bedömning av huruvida det föreligger ett åsidosättande av rätten till försvar vad beträffar den omständigheten att klaganden kvalificerats såsom ledare för kartellen*

52. För prövning i den del som är aktuell av den grund för talan i första instans som bygger på åsidosättandet av klagandens rätt till försvar i frågan om ledarskapet för kartellen ska det, såsom jag har påpekat ovan, undersökas huruvida klaganden utifrån meddelandet om invändningar och med beaktande av innehållet i de handlingar som bifogats detta meddelande rimligtvis kunde sluta sig till att kommissionen avsåg att gentemot den göra gällande de faktiska omständigheter som anges i punkterna 265–266 i det angripna beslutet som sådana omständigheter som karaktäriserar dess roll som ledare för kartellen.

53. Enligt min mening kan denna fråga inte besvaras jakande. Det angavs, såsom klaganden med rätta har påpekat, i meddelandet om invändningar, i punkt 161, att kommissionen vid bedömningen av överträdelsens allvar beaktade ”de faktiska omständigheterna såsom de beskrivits och bedömts ovan” och i punkt 162 att den vid fastställandet av de böter som skulle åläggas vart och ett av företagen bland annat beaktade den roll som vart och ett av dem haft i avtalen som samverkan ”såsom den beskrivits ovan”. De faktiska omständigheter som anges i punkterna 265–266 i det angripna beslutet har inte beskrivits i punkterna 63, 71, 84, 85, 93, 94 och 104 som kommissionen har angett i sitt svaromål, eller i andra punkter i meddelandet om invändningar. Även om det i punkt 50 i meddelandet om invändningar visserligen angetts att kommissionen avsåg att bland andra handlingar som bevis använda FBI-rapporten och Cerestars skriftliga uttalande hänvisades det emellertid till beviset avseende ”de faktiska omständigheter såsom de anförts i avsnitt C” i detta meddelande [39].

54. Vad avser den omständighet som påpekats av kommissionen att klaganden i sitt svar på meddelandet om invändningar hänvisade till de två ovannämnda handlingarna och till och med baserade sig på FBI-rapporten för att utesluta att dess roll i kartellen var en ledarroll eller en roll som anstiftare, kan den inte innebära att klaganden förstod eller borde förstå att de omständigheter som det hänvisas till i punkterna 265–266 i det angripna beslutet gjordes gällande gentemot den.

39 — Avsnitten i meddelandet om invändningar som avfattats på engelska har återgetts i min översättning.

55. Jag ser således inte hur det rimligtvis kan anses att meddelandet om invändningar, även om det betraktas mot bakgrund av de handlingar som bifogats detta, ger klaganden möjlighet att sluta sig till att dessa omständigheter gjordes gällande gentemot den.

56. Jag anser därför att den grund för talan i första instans som grundades på åsidosättandet av klagandens rätt till försvar ska godtas i den mening som avses ovan.

57. Vid bedömning av huruvida ADM hade en ledande roll i kartellen på marknaden för citronsyra kan det således inte tas hänsyn till de faktiska omständigheter som anges i punkterna 265–266 i det angripna beslutet, vilka, såsom jag har påpekat ovan i punkt 39, dock visade sig vara avgörande för kommissionens tillerkännande av den rollen, vilket denna även har medgett. Jag tillfogar dessutom att det av det angripna beslutet inte heller klart framgår huruvida de omständigheter som kommissionen lade till grund för detta tillerkännande även omfattar en rad bilaterala möten mellan ADM och dess konkurrenter som hölls en kort tid före det första multilaterala kartellmötet, som det redogörs för i punkt 263 i detta beslut. I den följande punkt 264 ansåg kommissionen att dessa bilaterala möten i hög grad tydde på att ADM hade haft en roll som *anstiftare*, även om de inte räckte för att bevisa detta. Kommissionen tillade att den dock hade ”tillräckliga ytterligare bevis för att kunna dra slutsatsen att ADM var kartellens *ledare*” [40].

40 — Min kursivering.

58. Såsom framgår av punkt 2 i riktlinjerna avseende försvårande omständigheter ska den omständigheten att ”företaget har haft en ledande roll”, som rör kartellens sätt att fungera, särskiljas från det förhållandet att företaget ”uppmuntrat till överträdelsen”, som rör tidpunkten för kartellens bildande eller dess utvidgning [41]. Tecken på den roll som anstiftare som ett företag eventuellt har haft kan därför inte utgöra bevis på företagets ledarroll. De ifrågavarande bilaterala mötena har följaktligen ingen betydelse för att kvalificera ADM som ledare för kartellen.

59. Kommissionen har varken vid förstainstansrätten eller vid domstolen åberopat några ytterligare omständigheter av betydelse för denna kvalifikation som gemenskapsdomstolarna kan beakta med stöd av sin prövningsrätt även i fråga om böter.

60. Härav följer att då förutsättningarna saknas för att anse att ADM har haft en ledande roll i kartellen ska den höjning med 35 procent av grundbeloppet för böterna som kommissionen, med hänvisning till att det förelåg en försvårande omständighet, har tillämpat på klaganden ogillas.

41 — Förstainstansrätten har fört ett liknande resonemang i domen i målet BASF mot kommissionen (ovan fotnot 30), punkt 316, och tillfogat att ”det vid bedömningen av sökandens roll i överträdelserna i förevarande mål [är] lämpligt att skilja mellan rollen som ledare och rollen som anstiftare och att utföra två separata analyser för att avgöra om sökanden spelade den ena eller den andra av dessa roller”.

61. Jag övergår nu till att undersöka de följande fyra grunderna som också avser frågan om ledarskapet för kartellen. Jag ska därvid bortse från mina slutsatser i föregående punkter med hänsyn till intresset av vissa frågor som uppkommit inom ramen för dessa grunder och för det fall att domstolen, tvärtemot vad jag föreslår, anser att överklagandet inte kan bifallas på den ovan undersökta grunden.

D — *Den andra grunden: Åsidosättande av de processuella garantierna till följd av att FBI-rapporten använts som bevis för att klaganden var ledare för kartellen*

1. Förstainstansrättens överväganden

62. Vid förstainstansrätten kritiserade klaganden kommissionen för att den gjorde sig skyldig till en felaktig rättstillämpning när den grundade sina slutsatser om ADM:s ledarroll på vissa avsnitt i FBI-rapporten. Enligt klaganden borde kommissionen inte ha använt denna rapport som bevis på att klaganden utövat ledarskapet i kartellen. Klaganden gjorde i detta avseende gällande processuella skäl och skäl som hade samband med frågan om handlingens tillförlitlighet. Klaganden påpekade i det första avseendet särskilt att handlingen hade upprättats av myndigheter i ett tredjeland i samband med en undersökning i vilken de processuella garantierna enligt gemenskapsrätten inte tillämpades, att redogörelsen i den ovannämnda rapporten av den tidigare ADM-företrädarens uttalanden inte hade undersökts, godkänts och undertecknats av denne eller av dennes advokat, att klaganden inte inför kommissionen hade haft möjlighet att med avseende på de uttalanden som återgetts i denna handling utöva sin rätt enligt gemenskapsrätten att inte lämna belastande uppgifter om sig själv, att de amerikanska antitrustmyndigheterna uttryckligen hade bekräftat att de uttalanden som gjorts av den tidigare ADM-företrädaren inte, utom genom beslut av domstol, hade spritts annat än inom ramen för förfaranden som inletts av amerikanska myndigheter. Klaganden hävdade i det andra avseendet att FBI-rapporten på grund av sin karaktär, på grund av interna motsägelser och på grund av att den stred mot andra bevis, inte var tillförlitlig.

63. I den överklagade domen har förstainstansrätten underkänt både de processuella anmärkningarna, genom övervägandena i punkterna 261–270 i denna dom, och anmärkningarna om huruvida kommissionens bedömning av innehållet i denna rapport är riktig.

64. Genom förevarande grund har endast de överväganden kritiserats som förekommer i punkterna 261–270 i den överklagade domen.

65. Förstainstansrätten ansåg däri för det första att ”det är utrett att det inte finns någon bestämmelse som förhindrar att kommissionen för att konstatera att det skett en överträdelse av artiklarna 81 EG och 82 EG och fastställa böter baserar sig på en handling vilken i likhet med FBI-rapporten i förevarande mål har upprättats inom ramen för ett annat förfarande än det som kommissionen själv leder” [42].

66. Förstainstansrätten påpekade, efter att ha erinrat om att i rättspraxis, från och med domen i målet Orkem mot kommissionen [43], erkänns ett företags rätt att inte behöva bli tvingad av kommissionen att med stöd av artikel 11 i förordning nr 17 erkänna sitt deltagande i en överträdelse, att den faktiska situationen i förevarande mål skilde sig från den situation som var föremål för prövning i ovannämnda rättspraxis där kommissionen hade ställt frågor till företag [44].

67. Inte desto mindre ansåg förstainstansrätten att ”när kommissionen, såsom i förevarande mål vid sin fria värdering av de bevis som den förfogar över, stödjer sig på ett uttalande som lämnats i ett annat sammanhang än i förfarandet inför kommissionen och när detta uttalande även potentiellt innehåller upplysningar som det berörda företaget hade rätt att vägra att överlämna till kommissionen..., är kommissionen skyldig att garantera det berörda företaget processuella rättigheter som motsvarar dem som företaget tillerkänns i ovannämnda rättspraxis” [45].

68. Enligt förstainstansrätten innebär ”[i]akttagandet av dessa processuella garantier …, under sådana omständigheter som i förevarande mål, att kommissionen är skyldig att på eget initiativ undersöka om det vid en första anblick föreligger allvarliga tvivel om huruvida de berörda parternas processuella rättigheter har tillvaratagits inom ramen för det förfarande under vilket de gjort sådana uttalanden. Om det inte föreligger några sådana allvarliga tvivel bör de berörda parternas processuella rättigheter betraktas som garanterade i tillräckligt hög grad om kommissionen i meddelandet om invändningar tydligt anger, vid behov genom att bifoga meddelandet de berörda handlingarna, att den avser att basera sig på ifrågavarande uttalanden. På detta sätt låter kommissionen de berörda parterna ta ställning inte endast till innehållet i uttalandena utan även till eventuella oegentligheter och särskilda omständigheter i samband med såväl deras upprättande som deras företeende för kommissionen” [46].

69. Förstainstansrätten påpekade med tillämpning av dessa kriterier för det första att ”FBI-rapporten förelades kommissionen

42 — Den överklagade domen, punkt 261.

43 — Dom av den 18 oktober 1989 i mål 374/87, Orkem mot kommissionen (REG 1989, s. 3283; svensk specialutgåva, volym 10, s. 217).

44 — Den överklagade domen, punkterna 262–263.

45 — Den överklagade domen, punkt 264.

46 — Den överklagade domen, punkt 265.

av en konkurrent till ADM, nämligen Bayer, som också deltog i kartellen... och att ADM inte har gjort gällande att Bayer eller kommissionen hade fått denna handling på olaglig väg" [47].

70. Förstainstansrätten konstaterade för det andra att "FBI-rapporten utgör en handling som upprättats av behörig myndighet i Förenta staterna för att användas vid rättsliga förfaranden mot hemliga karteller och som har företetts inför amerikanska domstolar under den process som samma kartell blivit föremål för" och att "[d]en [inte] hade [något] yttre kännetecken som borde ha fått kommissionen att på eget initiativ betvivla dess bevisvärde" [48].

71. Förstainstansrätten erinrade för det tredje om att kommissionen i meddelandet om invändningar uppgav att den hade för avsikt att stödja sig på denna rapport och att den bifogade den till meddelandet. Kommissionen gav således ADM möjlighet "att ta ställning inte endast till innehållet i handlingen utan även till eventuella oegentligheter och särskilda omständigheter i samband med dess upprättande..., eller i samband med att handlingen företeddes för kommissionen. Med anledning av dessa oegentligheter och omständigheter anser ADM att kommissionen inte kunde basera sig på denna handling utan att åsidosätta de processuella rättigheter som säkerställs genom gemenskapsrätten" [49].

47 — Den överklagade domen, punkt 266.
48 — Den överklagade domen, punkt 267.
49 — Den överklagade domen, punkt 268.

72. Förstainstansrätten påpekade dessutom att ADM inte hade framfört någon kritik i sitt svar på meddelandet om invändningar mot att kommissionen beaktade denna handling. Tvärtom hade ADM uttryckligen baserat sig på denna handling för att göra sina synpunkter gällande. Förstainstansrätten tillfogade att ADM inte ens hade påstått att företaget vid något tillfälle under det administrativa förfarandet uppmärksammade kommissionen på att FBI-rapporten inte var tillförlitlig eller begärde att kommissionen skulle förhöra den tidigare ADM-företrädaren om sanningshalten i vad som sades i denna rapport [50].

73. Förstainstansrätten drog följaktligen slutsatsen att "[u]nder dessa förhållanden" hade kommissionen inte åsidosatt de processuella rättigheter som säkerställs genom gemenskapsrätten när den vid "sin fria värdering av de bevis den förfogade över" baserade sig på FBI-rapporten [51].

2. Parternas argument

74. Klaganden har med stöd av domarna i målen "Spanska banker" [52] och Otto [53] hävdat att upplysningar som även lagenligt inhämtats och använts av offentliga myndig-

50 — Den överklagade domen, punkt 269.
51 — Den överklagade domen, punkt 270.
52 — Dom av den 16 juli 1992 i mål C-67/91, Asociación Española de Banca Privada m.fl. (REG 1992, s. I-47875; svensk specialutgåva, volym 13, s. 87).
53 — Dom av den 10 november 1993 i mål C-60/92, Otto (REG 1993, s. I-5683; svensk specialutgåva, volym 14, s. 397).

heter inom ramen för andra förfaranden inte kan användas som bevis av kommissionen i ett förfarande för överträdelse av artikel 81 EG. FBI-rapporten utarbetades i en helt annan laglig ram än den i vilken kommissionen är verksam, med tillämpning av andra processuella garantier än dem som ges av gemenskapsrätten. Klaganden har påpekat att varken den tidigare ADM-företrädaren eller hans advokat hade haft möjlighet att läsa, godkänna eller underteckna denna rapport. Klaganden har dessutom påpekat att rapporten skulle förbli konfidentiell, såsom följer av förstasidan av den, och endast användas inom ramen för förfaranden i Förenta staterna, såsom följer av de amerikanska antitrustmyndigheternas skriftliga åtagande i detta avseende i en skrivelse av den 13 juni 1997, som lagts till handlingarna i målet i första instans [54].

75. Klaganden har med särskild hänvisning till den garanti som utgörs av företagens rätt att inte lämna belastande uppgifter om sig själva, såsom den identifierats i domen i målet Orkem mot kommissionen [55], gjort gällande att det av domen i målet Otto [56] kan dras slutsatsen att kommissionen åsidosätter denna rätt när den som bevis använder upplysningar som inhämtats i andra förfaranden genom vidtagande av tvångsåtgärder och som den inte till följd av denna rätt kunde ha inhämtat direkt genom att vidta egna tvångsåtgärder [57].

76. De kriterier som förstainstansrätten har anfört i punkt 265 i den överklagade domen (se ovan punkt 68) strider mot de ovannämnda regler som klaganden anser följer av gemenskapens rättspraxis. Dessutom gör sig iakttagandet av de processuella garantier som tillerkänns företagen enligt gemenskapsrätten, särskilt rätten att inte lämna belastande uppgifter om sig själva, i alla fall gällande gentemot kommissionen, även då det inte föreligger någon begäran i detta avseende från det berörda företaget, utan att därvid det förhållandet att det inte föreligger allvarliga tvivel om att de processuella rättigheterna har iakttagits i det externa förfarandet, i vilket upplysningarna inhämtats, eller den omständigheten att kommissionen har bifogat meddelandet om invändningar den handling som innehåller dessa upplysningar kan ha någon motsatt betydelse. Än mindre har de andra omständigheter som förstainstansrätten däremot har värderat i sin analys någon betydelse, för övrigt – enligt klaganden – utan samband med de ovannämnda kriterierna som förstainstansrätten har godtagit, såsom den omständigheten att denna handling eventuellt har erhållits och lagligen överlämnats till kommissionen av ett tredje företag, att handlingen har upprättats av behörig amerikansk myndighet eller att, om så inte är fallet, den har bevisvärde och har företetts inför amerikanska domstolar under den process som avsåg citronsyrekartellen.

77. Klaganden har i samband med dessa anmärkningar även hävdat att förstainstansrätten, genom att i punkt 229 i den överklagade domen anse att de uttalanden som refererades till i FBI-rapporten hade gjorts under ett ”förhör som leddes av ’the grand jury’” och i punkt 267 i samma dom att denna rapport ”har företetts inför amerikanska domstolar under den process som [citronsyrekartellen] blivit föremål för”, har gjort ett konstaterande av de faktiska omständigheterna som är behäftat med materiella felaktig-

54 — Se överklagandet, punkterna 42 och 44 *in fine*.
55 — Ovan fotnot 43.
56 — Ovan fotnot 53.
57 — Se överklagandet, punkterna 41 och 43.

heter som följer av handlingarna i målet, och som sådant kan kritiseras i ett överklagande. Dels framgår det nämligen av denna FBI-rapport att den tidigare ADM-företrädaren inte hade hörts av en ”grand jury” utan av allmänna åklagare vid det amerikanska justitiedepartementets antitrustenhet och av en tjänsteman vid FBI, dels hade någon process inte ägt rum vid de amerikanska domstolarna för kartellen på marknaden för citronsyra, eftersom alla företag som var inblandade i denna kartell hade ingått ”plea agreements” (förlikningar).

78. Klaganden har även kritiserat förstainstansrätten för att den ”missuppfattat bevisen” när den drog slutsatsen att kommissionen inte vid första anblicken kunde ha allvarliga tvivel om att de processuella rättigheterna hade iakttagits. Enligt klaganden vittnade vissa omständigheter i förevarande fall, som följer av FBI-rapporten, tydligt om att den rättspraxis som inleddes med domen i målet Orkem mot kommissionen kunde tillämpas. Kommissionen borde på eget initiativ ha påpekat att denna rättspraxis var tillämplig.

79. Klaganden har slutligen kritiserat den överklagade domen i den del det i denna fastställts att det förhållandet att ADM inte framförde någon kritik i sitt svar på meddelandet om invändningar mot att FBI-rapporten tillåtits som bevis är sådant att det motiverar ett åsidosättande av de grundläggande rättigheterna och innebär att ADM har förverkat sin rätt att framföra denna kritik vid gemenskapsdomstolarna.

80. Kommissionen anser att förevarande grund i alla avseenden är ogrundad.

81. Kommissionen har först och främst hävdat att förstainstansrätten med rätta har ansett att det skydd som garanteras enligt domen i målet Orkem mot kommissionen i det aktuella fallet skulle anpassas till de särskilda omständigheterna i fallet, med hänsyn till att kommissionen hade mottagit FBI-rapporten av ett tredje företag och inte hade begärt den direkt av ADM. Under dessa omständigheter ankom det enligt kommissionen på denna institution att kontrollera huruvida dess användning av handlingen kunde skada klagandens processuella rättigheter. Det bästa sättet att göra detta var såsom förstainstansrätten funnit, att ge klaganden möjlighet att framföra sin synpunkt på handlingens användning, vilket kommissionen gjorde på rätt sätt genom att citera handlingen i meddelandet om invändningar och bifoga den till detta.

82. Kommissionens företrädare påpekade vid förhandlingen att företaget kan avstå från den rätt som följer av domen i målet Orkem mot kommissionen, eftersom det har friheten att utöva denna rätt eller inte, och att ADM, även om det har getts möjlighet att göra detta, inte har framfört några invändningar mot att FBI-rapporten användes under det administrativa förfarandet vid kommissionen. Denna företrädare tillade att rätten till försvar hade iakttagits av de amerikanska myndigheter som hade samlat in uttalandena från den tidigare ADM-företrädaren och att särskilt

företagen, till skillnad från de fysiska personerna, i Förenta staterna inte har den rätt att tiga som garanteras i det femte tillägget till den amerikanska författningen.

83. Kommissionen har hävdat att om man godtog klagandens anmärkning avseende det sätt på vilket förstainstansrätten anpassade det skydd som ges genom domen i målet Orkem mot kommissionen till omständigheterna i förevarande fall, skulle det ”anormala” resultat uppnås att möjligheten att använda alla handlingar som innehåller uttalanden till nackdel för ett företag och som överlämnats av ett annat företag automatiskt uteslöts.

84. Kommissionen anser dessutom, i motsats till vad klaganden har hävdat (se ovan punkt 76), att alla de bedömningsgrunder som förstainstansrätten använt var relevanta, eftersom de var nödvändiga för en tillämpning av den regel som fastslagits i domen i målet Orkem mot kommissionen och som anpassades till förevarande fall.

85. Vad beträffar den påstådda missuppfattningen av bevisen anser kommissionen att det är svårt att förstå denna anmärkning och på vad sätt denna, även då den kan försvaras, visar att den överklagade domen är rättsstridig. Kommissionen har vidare funnit att den anmärkning som anges ovan i punkt 79 är ”orimlig” och anser att klagandens grundläggande rättigheter skulle ha åsidosatts om klaganden inte hade underrättats om kommissionens avsikt att använda FBI-rapporten och getts möjlighet att yttra sig om användningen av denna handling. Såsom förstainstansrätten har konstaterat hade kommissionen med meddelandet om invändningar dock vederbörligen underrättat klaganden om denna avsikt och gett den möjlighet att ifrågasätta användningen av FBI-rapporten.

3. Bedömning

a) Tolkning av den överklagade domen

86. Förstainstansrättens resonemang i punkterna 261–270 i den överklagade domen är inte klart i alla sina delar.

87. Utgångspunkten för detta resonemang är dock klart och motsvarar i huvudsak följande påstående. Det är i princip inte förbjudet för kommissionen att som bevis i ett förfarande på grund av överträdelse av artiklarna 81 EG och 82 EG använda en handling som har upprättats inom ramen för ett annat förfarande än det som kommissionen själv leder [58].

58 — Den överklagade domen, punkt 261.

88. Det andra steget i resonemanget motsvarar i huvudsak följande påstående. När kommissionen som bevis använder ett uttalande som gjorts inom ramen för ett annat förfarande än det som den leder, är den skyldig att garantera det berörda företaget ”processuella rättigheter som motsvarar” dem som företaget har med stöd av gemenskapsrätten inom ramen för det förfarande som kommissionen själv leder [59]. Detta påstående, som även i sig och som sådant är tydligt, måste dock preciseras mot bakgrund av vad förstainstansrätten har påpekat när den övergick till att beskriva det sätt på vilket kommissionen ska uppfylla denna skyldighet.

89. Förstainstansrätten har i detta avseende angett att kommissionen först är skyldig att ”på eget initiativ undersöka om det vid en första anblick föreligger allvarliga tvivel om huruvida de berörda parternas processuella rättigheter har tillvaratagits inom ramen för det förfarande under vilket de gjort sådana uttalanden” [60].

90. Detta avsnitt, som uppenbart strider mot förutsättningen att de rättigheter måste iakttas som motsvarar de rättigheter som tillerkänns i gemenskapsrätten [61] och mot de ytterligare hänvisningar till iakttagandet av de ”processuella rättigheter som säkerställs genom gemenskapsrätten” [62], synes avse iakttagandet av de processuella rättigheter som kan åberopas i det förfarandet, det vill säga i förevarande fall de processuella rättigheter som föreskrivs i den amerikanska lagstiftningen såvitt avser de undersökningar som genomförs av amerikanska antitrustmyndigheter. Detta synes även vara den innebörd som vagt uttryckts i förstainstansrättens hänvisningar till ”eventuella oegentligheter” avseende upprättandet av FBI-rapporten och dess företeende för kommissionen [63], vilka oegentligheter endast kan uppskattas på grundval av den amerikanska rätten, samt hänvisningen, inom ramen för vad som synes vara tillämpningen på förevarande fall av det första kriteriet av kontrollen *prima facie* av att det inte föreligger allvarliga tvivel om att de processuella rättigheterna har iakttagits (se ovan punkt 70), till amerikanska rättsfrågor som frågan om behörigheten hos den myndighet som har upprättat den ifrågavarande rapporten.

91. Även om det kan tyckas att domens motivering på den aktuella punkten är otillräcklig eller motsägelsefull, anser jag att denna motivering, utöver den olyckliga formuleringen i vissa delar, ändå rimligen kan tolkas så att

a) möjligheten att använda uttalanden som gjorts i ett utländskt förfarande som bevis i ett förfarande som leds av kommissionen förutsätter dels att de processuella garantier har iakttagits som i den utländska rättsordningen föreskrivs i samband med att dessa uttalanden görs, dels att de tillvägagångssätt som används i samband med att de utländska myndigheterna mottar dessa uttalanden är fören-

59 — Ibidem, punkt 264.
60 — Ibidem, punkt 265.
61 — Ibidem, punkt 264.
62 — Ibidem, punkterna 268 och 270.
63 — Ibidem, punkterna 265 och 268.

liga med de processuella rättigheter som tillerkänns i gemenskapsrätten,

b) innan kommissionen använder sådana uttalanden som bevis i ett förfarande som den leder ska den kontrollera huruvida det föreligger allvarliga tvivel *såväl* – i samband med det utländska förfarandet – beträffande de processuella rättigheter som tillerkänns den berörda parten i den utländska rättsordningen *som* beträffande frågan om huruvida de tillvägagångssätt som används i detta förfarande vid mottagandet av de ifrågavarande uttalandena är förenliga med de processuella rättigheter som tillerkänns i gemenskapsrätten.

92. Förstainstansrätten angav därefter att om det inte föreligger allvarliga tvivel om huruvida de ”processuella rättigheterna” har iakttagits ska kommissionen i meddelandet om invändningar ange sin avsikt att basera sig på de uttalanden som gjorts i det utländska förfarandet [64].

93. I detta avseende synes förstainstansrätten enligt ordalydelsen i punkt 265 i den överklagade domen anse att uppfyllandet av denna skyldighet i sig är tillräckligt för att säkerställa att dessa rättigheter iakttas. En sådan slutsats är enligt min mening klart felaktig. Det är nämligen uppenbart att det förhållandet att det berörda företaget ges möjlighet att ifrågasätta användningen av handlingen som innehåller dessa uttalanden – eftersom den skadar dess processuella rättigheter – inte som sådant kan innebära att denna användning inte kan skada dessa rättigheter. Om företaget faktiskt har framfört invändningar måste kommissionen även beakta dem och med rättsligt riktiga argument bedöma huruvida de är välgrundade.

94. Det som förstainstansrätten i själva verket vill säga är att om det berörda företaget inte har framfört några invändningar vad beträffar det förhållandet att det som bevis i ett förfarande som kommissionen leder har använts uttalanden som gjorts i ett utländskt förfarande, har kommissionen rätt att anse att denna användning inte skadar de processuella rättigheter som företaget har.

b) Huruvida de kriterier för bedömningen som använts i den överklagade domen är riktiga

95. Jag övergår således till att mot bakgrund av parternas anförda argument undersöka huruvida de kriterier som förstainstansrätten använt i sitt resonemang är förenliga med gemenskapsrätten, det vill säga de kriterier som angetts i punkterna 87 (det föreligger inte något allmänt förbud för att kommissionen använder bevis som uppkommit inom ramen för ett annat förfarande än det som den leder),

64 — Den överklagade domen, punkt 265.

91 a) (villkoret för en sådan användning är att de processuella garantierna iakttas), samt 91 b) och 94 (tillvägagångssätt för kommissionen avseende att säkerställa att dessa rättigheter iakttas).

96. Den aktuella frågan avseende bestämmelserna om bevisning i förfaranden för överträdelse av artiklarna 81 EG och 82 EG och frågan om bevisningen kan överföras mellan olika förfaranden och även rättsordningar är utan tvivel känslig och kräver således en ingående analys.

i) Det förhållandet att det inte föreligger något allmänt förbud för kommissionen att använda bevis som uppkommit inom ramen för ett annat förfarande än det som den leder

97. Klaganden har först och främst ifrågasatt att kommissionen har möjlighet att som bevis i det förfarande som den leder på grund av överträdelse av artikel 81 EG använda upplysningar som inhämtats inom ramen för ett annat förfarande än det som den leder, och har i detta avseende hänvisat till de ovannämnda domarna i målen ”Spanska banker” och Otto.

98. I domen i målet ”Spanska banker” [65] drog domstolen av artikel 214 i EG-fördraget (nu artikel 287 EG, avseende tystnadsplikten) och av bestämmelserna i förordning nr 17 slutsatsen att medlemsstaterna, i utövandet av sina befogenheter vid tillämpningen av nationella och gemenskapsrättsliga konkurrensregler, som bevis inte kan använda icke offentliggjorda upplysningar i svaren på begäran om upplysningar som riktats till företag enligt artikel 11 i förordning nr 17, eller upplysningarna från ansökningar och anmälningar enligt artiklarna 2, 4 och 5 i förordning nr 17. Klagandens hänvisning till denna dom visar sig dock vara av liten betydelse, eftersom denna dom avser användningen (som anses vara förbjuden) av upplysningar som kommissionen inhämtat i ett förfarande som den leder i enlighet med förordning nr 17 som bevis *i ett förfarande som leds av nationella konkurrensmyndigheter*, medan det i det mål i vilket denna dom meddelades inte var fråga om tillträde till upplysningar som bevis *i ett förfarande som leds av kommissionen*, vilket förevarande grund avser.

99. Vad beträffar domen i målet Otto [66] har förbudet för kommissionen att som bevis i ett förfarande som det leder använda uttalanden som gjorts inom ramen för ett nationellt mål inte uppfattats som ett allmänt förbud som beror på skillnaden mellan förfarandena, utan framgår av behovet att iaktta företagets rätt att inte lämna belastande uppgifter om sig självt, såsom den identifierats i domen i målet Orkem mot kommissionen, under förutsättning att dessa uttalanden inte är belastande för företaget.

65 — Ovan fotnot 52 (punkt 55).
66 — Ovan fotnot 53 (punkt 20).

100. Mer betydelsefulla uppgifter till stöd för klagandens uppfattning kan i så fall hämtas ur domarna i målet Dow Benelux mot kommissionen [67] och PVC II-domen [68] (nedan kallade PVC-domarna). Det framgår av dessa att de uppgifter eller handlingar som kommissionen har inhämtat i ett förfarande i enlighet med förordning nr 17 under undersökningar som utförts enligt artikel 14 i denna förordning inte kan användas direkt som bevis inom ramen för ett andra förfarande *som kommissionen i enlighet med samma förordning leder*.

101. Mot bakgrund av att det i dessa två domar har fastställts ett förbud för kommissionen att som bevis i ett förfarande som det leder för överträdelse av konkurrensbestämmelser använda upplysningar som den själv har inhämtat i ett annat förfarande av samma typ, skulle det av desto större skäl kunna anses vara förbjudet för kommissionen att som bevis i ett förfarande som den leder använda upplysningar som inhämtats av offentliga myndigheter i ett tredjeland inom ramen för ett förfarande som dessa leder för överträdelse av det landets konkurrensbestämmelser.

102. Detta argument kan enligt min mening *a fortiori* dock inte godtas.

103. I PVC-domarna har domstolen slagit fast att upplysningar som inhämtats under undersökningar som genomförts enligt artikel 14 i förordning nr 17 inte får användas för andra ändamål än dem som anges i undersökningsfullmakten eller i beslutet om undersökning. Den har vidare anfört att detta krav syftar till att skydda såväl sekretessen, vilken uttryckligen omnämns i artikel 20 i förordning nr 17, som företagens rätt till försvar, vilken artikel 14.3 i denna förordning syftar till att säkerställa. Enligt domstolen skulle ”[d]essa rättigheter... allvarligt kränkas om kommissionen kunde åberopa bevis mot företagen som inhämtats under en undersökning trots att de inte har något samband med föremålet för och syftet med undersökningen”.

104. Det förbud som slagits fast i PVC-domarna är således ändamålsenligt för att skydda garantier, såsom sekretessen och rätten till försvar, som till följd av gemenskapsrättens bestämmelser *har samband med kommissionens inhämtande av upplysningar i ett förfarande som den leder* och därmed binder denna och dess tjänstemän och företrädare vad beträffar användningen av dessa upplysningar. Eftersom detta är syftet med detta förbud [69], kan det av detta inte automatiskt och *a fortiori* dras slutsatsen om ett allmänt förbud för kommissionen att som bevis använda upplysningar som inhämtats i ett utländskt *antitrust*förfarande.

67 — Dom av den 17 oktober 1989 i mål 85/87, Dow Benelux mot kommissionen (REG 1989, s. 3137), punkterna 17–19.

68 — Ovan fotnot 14 (punkterna 298–300 och 305).

69 — Samma syfte ligger för övrigt, enligt domen i målet ”Spanska banker” (ovan fotnot 52), punkterna 36–38 och 47–50, bakom förbudet för nationella konkurrensmyndigheter att som bevis använda upplysning som inhämtats av kommissionen med stöd av artikel 11 i förordning nr 17 eller som denna erhållit i ansökningar och i anmälningar enligt artiklarna 2, 4 och 5 i denna förordning.

105. Det förhållandet att det i gemenskapsrätten inte finns något allmänt förbud mot att som bevis i ett förfarande som kommissionen leder för överträdelse av artikel 81 EG använda upplysningar som inhämtats i ett förfarande som leds av andra myndigheter har bekräftats i domstolens dom i målet Dalmine mot kommissionen [70].

106. I denna dom fastslog domstolen, i likhet med förstainstansrätten [71], att det som bevisning i ett förfarande som kommissionen ledde i enlighet med förordning nr 17 kunde upptas och användas protokoll från sådana förhör med tidigare företagsledare i ett bolag, Dalmine, som var inblandat i detta förfarande, vilka hållits av åklagare i en medlemsstat i samband med förundersökningar i brottmål.

107. Dalmine hade vid förstainstansrätten kritiserat kommissionen för att den gjort sig skyldig till ett allvarligt åsidosättande av förfaranderegler genom att använda uttalanden som gjorts inom ramen för ett brottmålsförfarande som var helt främmande för den undersökning som kommissionen ålagts att genomföra. Dalmine åberopade därvid domen i målet ”Spanska banker”. Förstainstansrätten underkände denna anmärkning av Dalmine och påpekade inledningsvis att denna dom berörde de nationella myndigheternas tillämpning av uppgifter som inhämtats av kommissionen med tillämpning av artikel 11 i förordning nr 17 och att denna situation uttryckligen reglerades i artikel 20 i förordning nr 17. Förstainstansrätten angav vidare att medan ”frågan huruvida kommissionens överlämnande av uppgifter som inhämtats med tillämpning av förordning nr 17 till en nationell myndighet var rättsenligt och frågan huruvida förbudet för den sistnämnda myndigheten att direkt använda dessa uppgifter som bevisning är rättsenligt, omfattas av gemenskapsrätten”, ”[omfattas däremot] frågan huruvida det är rättsenligt av en nationell åklagare eller behöriga nationella konkurrensmyndigheter att vidarebefordra uppgifter till kommissionen som inhämtats med tillämpning av nationell straffrätt och frågan huruvida kommissionen senare kan använda dessa uppgifter... i princip av den nationella rätt som är tillämplig på de undersökningar som nämnda nationella myndigheter genomför [och är frågor som] för det fall det är fråga om en rättsprocess, [omfattas] av den nationella domstolens behörighet”. Förstainstansrätten påpekade emellertid att det inte framgick att Dalmine någonsin vid den behöriga italienska domstolen hade anhängiggjort frågan om huruvida de ovannämnda protokollen kunde användas på gemenskapsnivå. Förstainstansrätten påpekade vidare att Dalmine inte hade anfört några omständigheter som kunde visa att en sådan användning stred mot tillämpliga bestämmelser i italiensk rätt. Dalmines argument kunde enligt förstainstansrätten därför på sin höjd innebära att trovärdigheten av de vittnesmål som förekom i dessa protokoll ifrågasattes men däremot inte att de kunde upptas som bevis i förfarandet [72].

108. I målet om överklagande bekräftade domstolen, som i denna fråga följde genera-

70 — Ovan fotnot 32.

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

72 — Ibidem (punkterna 84–87 och 90).

ladvokaten Geelhoeds förslag till avgörande [73], denna analys med följande resonemang:

”62 Vad gäller spörsmålet huruvida nämnda protokoll kan upptas till prövning såsom bevisning, konstaterar domstolen, i likhet med... förstainstansrätten..., att den frågan, huruvida det är rättsenligt av en nationell åklagare eller behöriga nationella konkurrensmyndigheter att vidarebefordra uppgifter till kommissionen som inhämtats med tillämpning av nationell straffrätt, omfattas av nationell rätt. Förstainstansrätten erinrade vidare... om att gemenskapsdomstolen inte är behörig att avgöra om en åtgärd som vidtagits av en nationell myndighet är rättsenlig...

63 Vad gäller kommissionens användning av denna information konstaterade förstainstansrätten... mycket riktigt att Dalmines argument endast kunde beröra ’trovärdigheten och därigenom bevisvärdet av de vittnesuppgifter som dess företagsledare lämnat och … inte frågan huruvida dessa uppgifter kan prövas i detta förfarande’. Såsom har framhållits... är det principen om fri bevisprövning som gäller i gemenskapsrätten och det enda relevanta kriteriet för att värdera den förebringade bevisningen utgörs av dess trovärdighet. Eftersom vidarebefordran av de ifrågavarande protokollen inte har förklarats vara rättsstridig av en italiensk domstol, finns det inte anledning att anse att dessa handlingar utgör bevisning som inte får upptas till prövning och som skall avlägsnas från handlingarna i målet.”

109. Enligt denna dom är det uppenbart att det inte finns något allmänt förbud för kommissionen att som bevis i ett förfarande som den leder i enlighet med förordning nr 17 använda uttalanden som gjorts i ett utländskt förfarande. Klagandens allmänna argument som åberopats ovan i punkt 97 kan enligt min mening således inte godtas.

ii) Huruvida de särskilda processuella garantierna har åsidosatts

110. Utöver det allmänna argumentet har klaganden inom ramen för förevarande grund dock i huvudsak klagat på att användningen av FBI-rapporten som bevis strider mot de särskilda processuella garantier som den har, avseende både förfarandet vid de amerikanska antitrustmyndigheterna och förfarandet vid kommissionen.

73 — Förslag till avgörande föredraget den 12 september 2006 (punkterna 66–67).

— Huruvida det föreligger villkor för att kommissionen ska kunna använda bevis som uppkommit inom ramen för ett annat förfarande än det som den leder: iakttagandet av de processuella rättigheterna

111. Det ska först och främst för undersökningen av dessa mer specifika argument som klaganden har framfört kontrolleras huruvida kommissionens användning av bevis som uppkommit inom ramen för ett annat förfarande än det som den leder omfattas av restriktioner. Denna kontroll gör sig gällande på grund av att domstolen i domen i målet Dalmine mot kommissionen (se ovan punkt 108) har hänvisat till principen om fri bevisprövning i gemenskapsrätten, vilket enligt min mening kräver vissa viktiga förtydliganden.

112. Principen om fri bevisprövning i gemenskapsrätten kan inte förstås så att varje *bevis* alltid och i vilket fall som helst kan användas och att det enda som räknas är dess trovärdighet.

113. När det gäller bevis får principer med olika innebörd inte förväxlas. Till stöd för påståendet som förstainstansrätten även gjorde i sin dom i målet Dalmine mot kommissionen [74], enligt vilken den princip som gäller i gemenskapsrätten är principen om fri bevisprövning och det enda kriteriet som är relevant för att bedöma de framlagda bevisen är kriteriet avseende deras trovärdighet, hänvisade förstainstansrätten till domare Vesterdorfs förslag till avgörande – i egenskap av tillförordnad generaladvokat – i målet Rhône-Poulenc mot kommissionen [75], och domen i målet Tet-Trans och Sagpol [76]. Domare Vesterdorfs anmärkningar som förstainstansrätten framhöll avser enligt min mening dock en annan princip, principen om domstolens *fria bevisvärdering*, det vill säga med andra ord principen om att domaren har att fritt bestämma värdet av bevisningen [77]. I målet Met-Trans och Sagpol, vilket avgjordes genom att domstolen meddelade dom, hade domstolen bland annat ombetts att ange vilken bevisning som var tillräcklig för att visa en viss omständighet som föreskrivs i en viss bestämmelse i gemenskapsrätten och särskilt huruvida det i detta avseende kunde göras gällande ett dokumenterat bevis som uppfyllde vissa krav [78]. Genom att i detta avseende svara att det av denna bestämmelse framgick att beviset avseende en viss omständighet inte är begränsad till vissa bevis och att ”i avsaknad av en gemenskapsrättslig reglering av begreppet bevis, i princip all bevisning är tillåten enligt medlemsstaternas processrättsliga bestämmelser” fastställde domstolen uppenbart en princip om *fri bevisföring* som ska förstås som en möjlighet att, för att bevisa

74 — Ovan fotnot 71 (punkt 72).

75 — Förslag till avgörande av den 10 juli 1991 i mål T-1/89, i vilket förstainstansrätten meddelade dom den 24 oktober 1991 (REG 1991, s. II-867, särskilt s. II-954).

76 — Dom av den 23 mars 2000 i de förenade målen C-310/98 och C-406/98, Met-Trans och Sagpol (REG 2000, s. I-1797), punkt 29.

77 — Principen om att domaren måste vara övertygad kontrasterar i allmänhet i vissa nationella rättsordningar med systemet med ”rättsligt bevis”, som binder domaren när det gäller vilken betydelse som bevisinnehållet ska ges.

78 — Det var särskilt fråga om att fastställa huruvida det för att bevisa den plats på vilken överträdelsen faktiskt har begåtts under transporten med en TIR-carnet, i den mening som avses i artikel 454.3 första stycket i kommissionens förordning (EEG) nr 2454 av den 2 juli 1993 om tillämpningsföreskrifter för rådets förordning (EEG) nr 2913/92 om inrättandet av en tullkodex för gemenskapen (EGT L 253, s. 1; svensk specialutgåva, område 2, volym 10, s. 1), är tillräckligt med carnetinnehavarens förklaring och vittnesmålet av den lastbilsförare som har genomfört transporten för denna carnetinnehavares räkning, eller om detta bevis endast kan tillhandahållas genom handlingar av vilka det tydligt framgår att de behöriga myndigheterna i den andra medlemsstaten har bekräftat att överträdelsen begåtts på deras territorium.

en viss omständighet, kunna använda *alla former av* bevisning (exempelvis vittnesbevisning, dokumenterat bevis, bekännelse etc.) och som omfattas av de i gemenskapsbestämmelserna uttryckligen föreskrivna undantagen [79].

114. Visserligen kan i gemenskapsrätten, utom i vissa bestämmelser, en viss omständighet således bevisas med alla former av *bevisning* (fri bevisföring) och det överlämnas åt domarens personliga övertygelse och inte åt ett system för rättsligt bevis (fri bevisvärdering) att avgöra bevisvärdet av ett bevis. Det kan enligt min mening däremot inte påstås att varje bevis som framläggs kan användas och ska bedömas i sak av kommissionen eller av gemenskapsdomstolarna. Det är exempelvis otänkbart med ett uttalande som avtvingats med våld av berörda myndigheter. Det räcker, utöver detta skolexempel, att erinra om att enligt gemenskapens rättspraxis kan kommissionen som bevis i ett förfarande enligt förordning nr 17 inte använda följande:

— Uttalanden som gjorts eller handlingar som kommissionen mottagit inom ramen för ett förfarande enligt denna förordning (se ovan punkt 100).

— Handlingar avseende vilka det företag som omfattas av ett förfarande inte under förfarandets gång har getts möjlighet att utöva sin rätt att yttra sig [80].

— Meddelanden mellan advokater och klienter som har en sådan konfidentiell karaktär att de ska åtnjuta rättsskydd [81].

— Uttalanden som gjorts av företagsledare i ett företag som svar på frågor som ställts i samband med ett förberedande vittnesförhör inför ett civilmål, om svaret innebär ett erkännande av en överträdelse av konkurrensreglerna [82].

— Förhörsprotokoll från ett nationellt brottmål, då den behöriga nationella domstolen har fastslagit att det var rättsstridigt att vidarebefordra dem till kommissionen (se ovan punkterna 107–108).

79 — Det är denna problemställning som det även hänvisas till i förstainstansrättens dom av den 14 december 2005 i mål T-210/01, General Electric mot kommissionen (REG 2005, s. II-5575), punkt 297. Det har i denna påpekats att de ”övertygande bevis” som kommissionen ska lämna för att visa sannolikheten för att framtida konkurrensbegränsande beteenden av den enhet som följer av en koncentration inte med nödvändighet består i ekonomiska studier, utan i vissa fall kan utgöras av ”de ekonomiska och kommersiella realiteterna i det aktuella fallet”.

80 — Domen i målet AEG-Telefunken mot kommissionen (ovan fotnot 31).

81 — Se domstolens dom av den 18 maj 1982 i mål 155/79, AM & S mot kommissionen (REG 1982, s. 1575; svensk specialutgåva, volym 6, s. 405), punkterna 29–31, och förstainstansrättens dom av den 17 september 2007 i de förenade målen T-125/03 och T-253/03, Akzo Nobel och Akcros mot kommissionen (REG 2007, s. II-3523).

82 — Domen i målet Otto (ovan fotnot 53), punkt 20.

115. Genom den överklagade domen tillkommer i förevarande fall ett annat exempel på när kommissionen inte har rätt att använda ett visst bevis. Detta avser de uttalanden som görs inom ramen för ett annat förfarande än det som kommissionen leder, när den berörda parten inte har garanterats de processuella rättigheter som den har i samband med detta förfarande eller de processuella rättigheter som den parten har med stöd av gemenskapsrätten i det fall att dessa uttalanden gjorts direkt till kommissionen.

116. I frågan om gränserna för att som bevis i ett förfarande som leds av kommissionen använda uttalanden som gjorts i ett annat förfarande synes den överklagade domen emellertid avvika från domarna i målen Dalmine mot kommissionen [83]. Mot bakgrund av de sistnämnda domarna synes frågan om huruvida denna användning är tillåten uppkomma först i det fall i vilket vidarebefordran till kommissionen eller dennas användning av det protokoll, i vilket dessa uttalanden refereras, är rättsstridig på grundval av lagstiftningen i den myndighets stat, i vilken uttalandena gjorts (och denna rättsstridighet har fastställts av den behöriga nationella domstolen) [84]. I den överklagade domen läggs det mycket större vikt vid det förhållandet att de processuella garantier som ska säkerställas inom ramen för ett utländskt förfarande inte har iakttagits – vari enligt min mening även de begränsningar kan anses omfattas som i den utländska rättsordningen uppställs i den persons intresse som har gjort uttalandena för vidarebefordran av dem till andra myndigheter och för dessa myndigheters användning av dem – och vid att tillvägagångssätten vid mottagandet av dessa uttalanden som använts i det förfarandet inte är förenliga med de processuella garantier som tillerkänns i gemenskapsrätten.

117. Den omständigheten att det bristande iakttagandet av dessa sistnämnda garantier i domarna i målen Dalmine mot kommissionen inte angavs som skäl mot användningen av bevisningen, kan kanske tillskrivas den omständigheten att Dalmine inte hade bestridit att det i det förfarande som kommissionen ledde var lagenligt att som bevis använda de ifrågavarande förhörsprotokollen på grund av åsidosättande av *särskilda* processuella rättigheter (som exempelvis den rätt att inte lämna belastande uppgifter om sig själv som garanteras i gemenskapsrätten), utan på grund av påståendet att det allmänt strider mot rätten till försvar att som bevis i det förfarandet använda upplysningar som kommer från ett annat förfarande.

118. Det ska för övrigt inte undanhållas att den särskilt restriktiva bedömningen av gränserna för kommissionens användning av bevis som uppkommit inom ramen för ett förfarande som leds av andra myndigheter som gemenskapsdomstolarna gjort i fallet Dalmine mot kommissionen även kan tolkas så

83 — Ovan fotnoterna 32 och 71.

84 — I punkterna 62 och 63 i domstolens dom i målet Dalmine mot kommissionen (se ovan punkt 108) omnämns i själva verket endast frågan om huruvida kommissionens *vidarebefordran* av handlingen är lagenlig och inte frågan om huruvida kommissionens *användning* av densamma som bevis är lagenlig. Både i förstainstansrättens dom i målet Dalmine mot kommissionen (se ovan punkt 107) och i generaladvokaten Geelhoeds förslag till avgörande (ovan fotnot 73), punkterna 71–73 och 76, angavs såsom omständighet som strider mot att kommissionen använder handlingen däremot uttryckligen det fall, i vilket den behöriga nationella domstolen på grundval av den nationella lagstiftningen har konstaterat att – bortsett från att vidarebefordran är lagenlig – en sådan användning är rättsstridig. Jag anser dock att domstolens dom i målet Dalmine mot kommissionen i denna fråga kan tolkas i överensstämmelse med generaladvokaten Geelhoeds förslag till avgörande och att ordet ”vidarebefordran” av handlingen därigenom uppfattas så att det avser en vidarebefordran i syfte att använda handlingen.

att den endast avser fall, i vilka det är fråga om myndigheter i medlemsstaterna i Europeiska gemenskapen, och att det slutgiltigt grundats på en underförstådd förmodan om att skyddet av rätten till försvar på gemenskapsnivå och på medlemsstatsnivå väsentligen är likvärdigt [85]. En sådan förmodan kan uppenbart inte gälla när det är fråga om förfaranden som leds i tredjeländer.

119. Under alla förhållanden instämmer jag utan vidare i den uppfattning i den överklagade domen som är ostridig mellan parterna i förevarande mål att det anses vara nödvändigt att för att som bevis i ett förfarande som leds av kommissionen använda upplysningar som inhämtats inom ramen för ett förfarande som leds av myndigheter i ett tredjeland, iaktta *såväl* de processuella garantier som fastställts för det sistnämnda förfarandet *som* de processuella garantier som fastställts för det förfarande som leds av kommissionen. Denna uppfattning som motsvarar den kumulativa tillämpningen av lagen i den stat där beviset har sitt ursprung och lagen i den stat där beviset emottas gäller enligt min mening med hänsyn till att man här rör sig inom ramen för offentlig rätt och särskilt i fråga om påföljder och att iakttagandet av rätten till försvar i något som helst förfarande som kan leda till påföljder, särskilt böter eller viten, utgör en grundläggande princip i gemenskapsrätten som ska iakttas även om det är fråga om ett administrativt förfarande [86].

120. Iakttagandet av de processuella rättigheterna i ett fall som det aktuella fallet förutsätter således att det bevis som skapats i det utländska förfarandet har inhämtats där med iakttagande av de formaliteter som föreskrivs i de relevanta bestämmelserna i den utländska rättsordningen, att dess vidarebefordran till kommissionen och kommissionens användning av detsamma är tillåtna i denna rättsordning och att denna användning inte strider mot de särskilda garantier som det berörda företaget med stöd av gemenskapsrätten omfattats av, om beviset inhämtats direkt i det av kommissionen ledda förfarandet.

— Kriterierna som förstainstansrätten har utarbetat beträffande de tillvägagångssätt som kommissionen ska använda för att säkerställa iakttagandet av de processuella rättigheterna och tillämpningen av dem i förevarande fall

121. Klaganden har i överklagandet kritiserat de kriterier som förstainstansrätten, i

85 — Det måste i detta sammanhang påpekas att det i rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget (EGT L 1, s. 1), som har ersatt förordning nr 17, i artikel 12.1 i denna, uttryckligen föreskrivs att ”[v]id tillämpningen av artiklarna 81 och 82 i fördraget skall kommissionen och medlemsstaternas konkurrensmyndigheter vara behöriga att till varandra översända all information om faktiska eller rättsliga omständigheter, även konfidentiella uppgifter, och att använda dem som bevisning”. I skäl 16 i förordning nr 1/2003 anges i detta avseende att ”[n]är den erhållna informationen används av den mottagande myndigheten för att tillgripa påföljder mot företag, bör det inte finnas någon annan begränsning i användningen av informationen än skyldigheten att använda den för det syfte i vilket den anskaffades mot bakgrund av att de påföljder som tillgrips mot företag är av samma slag i alla system”. I samma skäl har det tillfogats att ”*[d]en rätt till försvar som företag åtnjuter i de olika systemen kan anses som tillräckligt likvärdig*” (min kursivering).

86 — Se exempelvis dom av den 13 februari 1979 i mål 85/76, Hoffmann-La Roche mot kommissionen (REG 1979, s. 461; svensk specialutgåva, volym 4, s. 315), punkt 9, och av den 2 oktober 2003 i mål C-176/99 P, ARBED mot kommissionen (REG 2003, s. I-10687), punkt 19.

punkt 265 i den överklagade domen, utarbetade vad beträffar det sätt på vilket kommissionen är skyldig att garantera de ovannämnda rättigheterna. Iakttagandet av dessa gör sig nämligen i vart fall gällande, varför kommissionen inte, såsom förstainstansrätten däremot har ansett, endast kan konstatera att det inte föreligger allvarliga tvivel och invändningar av det berörda företaget i detta avseende. Klaganden har erinrat om att förstainstansrätten enligt rättspraxis är skyldig att på eget initiativ ställa frågan om huruvida de processuella garantierna har iakttagits.

122. Förstainstansrätten har i huvudsak ansett att kommissionen inte kan ha åsidosatt det berörda företagets processuella rättigheter genom att som bevis använda uttalanden som gjorts i ett utländskt förfarande, när detta företag som tidigare underrättats om kommissionens avsikt att använda dem inte har rest några invändningar i detta avseende och kommissionen själv inte har någon grund till att vid första anblicken hysa allvarliga tvivel om huruvida denna användning är förenlig med iakttagandet av dessa rättigheter.

123. Jag anser att klaganden gör rätt i att ifrågasätta huruvida denna konstruktion är lagenlig. Kommissionen ska i vart fall iaktta de processuella rättigheterna, således även i det fall i vilket det berörda företaget inte har åberopat dem under det administrativa förfarandet. I gemenskapsrätten finns det inte någon regel enligt vilken företaget, vid äventyr av preklusion, åläggs att ställa rättsfrågor under det administrativa förfarandet vid kommissionen. Det finns inte någon obligatorisk regel om samordning mellan svaret på meddelandet om invändningar och talan vid gemenskapsdomstolarna. Företaget har inte heller någon skyldighet att besvara meddelandet om invändningar. Kommissionen är skyldig att fatta ett slutligt beslut som är förenligt med rätten, oavsett det berörda företagets effektiva utövande av rätten till försvar i det administrativa förfarandet och omfattningen av detta utövande.

124. Det ska dock påpekas att kommissionen för iakttagandet av rätten till försvar är skyldig att i vart fall visa det företag som meddelandet om invändningar är riktat till sin avsikt att som bevis med avseende på sitt slutliga beslut använda uttalanden som härrör från ett utländskt förfarande, och detta oavsett om den hyser allvarliga tvivel om huruvida denna användning är förenlig med de processuella rättigheterna.

125. Även förutsatt att det, såsom kommissionen har påpekat, är möjligt att avstå från de processuella rättigheterna kan inte endast den omständigheten att det till kommissionen inte inges yttranden om att upplysningar som kommer från ett utländskt förfarande används som bevis, vilket angetts i meddelandet om invändningar, tolkas som ett avstående från att göra de processuella rättigheterna gällande, utan ska endast bedömas som att företaget inte utövat sin rätt att yttra sig inför kommissionen i frågan om huruvida denna användning är lagenlig.

126. Den överklagade domen innebär enligt min mening således en felaktig rättstillämpning i den aktuella frågan.

127. För övrigt anser jag att även om de kriterier som förstainstansrätten utarbetat i punkt 265 i den överklagade domen ska anses vara förenliga med rätten, innebär denna dom i vart fall en felaktig rättstillämpning, eftersom förstainstansrättens tillämpning av dessa kriterier på förevarande fall inte synes vara riktig.

128. Jag påpekar å ena sidan att förstainstansrätten inte utan ytterligare analys kunde kritisera klaganden för att, vid äventyr av preklusion, i sitt svar på meddelandet om invändningar inte ha invänt mot att kommissionen som bevis använde FBI-rapporten. I första instans ifrågasatte klaganden användningen av denna rapport för att bevisa de faktiska omständigheter som angavs i punkt 265 i det angripna beslutet. Eftersom dessa omständigheter inte förekom i meddelandet om invändningar, där det endast förekom omständigheter vars riktighet klaganden inte hade ifrågasatt, borde förstainstansrätten dock innan den riktade denna kritik mot klaganden ha kontrollerat huruvida denna rimligtvis, av meddelandet om invändningar och mot bakgrund av innehållet i FBI-rapporten som omnämndes i detta och bifogats detta, kunde sluta sig till att kommissionen avsåg att gentemot klaganden även göra gällande dessa omständigheter (se ovan punkterna 46–50) och huruvida klaganden därför hade intresse av att som svar på detta meddelande framföra invändningar mot att FBI-rapporten användes som bevis. Det förhållandet att klaganden inte har uttalat sig om eventuella skäl till att denna handling inte kunde användas som bevis kan endast tolkas som samtycke i den mån som den användning som angavs i meddelandet om invändningar avsågs.

129. Enligt min mening förelåg det i förevarande fall emellertid skäl för att vid första anblicken allvarligt betvivla huruvida FBI-rapportens användning som bevis var förenlig med klagandens processuella rättigheter.

130. Jag instämmer i detta avseende med klaganden när den anser att de omständigheter som förstainstansrätten beaktade i punkterna 266 och 267 i den överklagade domen (se ovan punkterna 69 och 70), eftersom de inte är helt irrelevanta med hänsyn till frågan om iakttagandet av de processuella garantierna, inte är sådana att det kan uteslutas att det föreligger allvarliga tvivel i frågan om huruvida kommissionens användning av denna rapport är förenlig med de processuella garantier som klaganden konkret har åberopat vid förstainstansrätten och nu vid domstolen. Det handlar, vilket jag erinrar om, om rätten att inte lämna belastande uppgifter om sig själv, om skyldigheten för den myndighet som inhämtar upplysningar att för den person som har gjort uttalandena framlägga den skriftliga rapport för godkännande som denna myndighet har upprättat av uttalandena, samt om skyddet för sekretessen av de uttalanden som den tidigare ADM-företrädaren gjorde till de amerikanska antitrustmyndigheterna inom ramen för dessas samarbete med ADM.

131. Jag ska särskilt uppehålla mig vid den sistnämnda aspekten som förtjänar särskild uppmärksamhet, eftersom den berör det känsliga ämnet för de bilaterala förbindelserna mellan Europeiska gemenskapen och Förenta staterna på området för samarbete mellan konkurrensmyndigheterna.

132. När klaganden påstått att FBI-rapporten avsågs användas enbart inom ramen för förfaranden i Förenta staterna har den framhållit dels att det på förstasidan av denna rapport anges att det är förbjudet att sprida den till tredje man, dels att de amerikanska antitrustmyndigheterna uttryckligen hade överenskommit med den tidigare ADM-företrädarens advokat att de upplysningar som den tidigare ADM-företrädaren hade lämnat inte skulle spridas annat än för att användas i förfaranden som leds av Förenta staterna. Dessa omständigheter följer av de handlingar som företetts vid förstainstansrätten.

133. Visserligen förfogade kommissionen förmodligen inte över den skrivelse som innehöll detta åtagande av de ovannämnda myndigheterna [87] och FBI-rapporten hade inte vidarebefordrats till kommissionen av dessa myndigheter, utan av ett annat företag som var inblandat i det förfarande som kommissionen ledde.

134. Kommissionen kunde enligt min mening dock inte bortse från att det förhållandet att FBI-rapporten användes som bevis i ett förfarande som den ledde står i strid med de garantier som i den amerikanska rättsordningen tillerkänns beträffande den konfidentiella behandlingen av upplysningar som den tidigare ADM-företrädaren lämnat. Detta inte enbart på grund av att det, såsom klaganden har påpekat, på handlingens förstasida angavs att spridningen till tredje man var förbjuden, utan framför allt med hänsyn till ordningen för förbindelserna mellan Europeiska gemenskapen och Förenta staterna på området för samarbete mellan respektive konkurrensmyndigheter.

135. Vid den tidpunkt då det angripna beslutet antogs reglerades dessa förbindelser, såsom de för övrigt alltjämt regleras, av ett bilateralt avtal som ingicks år 1991 [88], som kompletterades av ett andra bilateralt avtal som ingicks år 1998 [89]. I de två avtalen föreskrivs samråd, samarbete och samordning mellan å ena sidan kommissionen och å andra sidan justitiedepartementets antitrustenhet och Federal Trade Commission i deras verksamhet för att säkerställa tillämpningen av konkurrensrätten. Det finns inte någon

87 — Skrivelse av den 13 juni 1997 undertecknad av Trial Attorney vid amerikanska justitiedepartementets antitrustenhet (företedd av ADM som bilaga till dess svar på de skriftliga frågor som förstainstansrätten ställde till den).

88 — Avtal mellan Europeiska gemenskapernas kommission och Förenta staternas regering av den 23 september 1991 om tillämpning av deras konkurrensbestämmelser – Skriftväxling av den 31 maj och av den 31 juli 1995 med Förenta staternas regering avseende tolkningen (EGT L 95, 1995, s. 47). Avtalet godkändes på Europeiska gemenskapens och Europeiska kol- och stålgemenskapens vägnar genom rådets och kommissionens beslut (95/145/EG, EKSG) av den 10 april 1995 om ingående av avtalet mellan Europeiska gemenskaperna och Förenta staternas regering om tillämpning av deras konkurrensbestämmelser (EGT L 95, s. 45, med rättelse i EGT L 131, 1995, s. 38).

89 — Avtal mellan Europeiska gemenskaperna och Amerikas förenta staters regering av den 4 juni 1998 om tillämpningen av principerna om aktiv hövlighet vid genomförandet av deras konkurrenslagstiftning (EGT L 173, 1998, s. 28). Avtalet godkändes på Europeiska gemenskapens och Europeiska kol- och stålgemenskapens vägnar genom rådets och kommissionens beslut (98/386/EG, EKSG) av den 29 maj 1998 (EGT L 173, s. 26).

bestämmelse i dessa avtal i vilken det uttryckligen föreskrivs att dessa myndigheter ska utbyta information *för att bevisa* överträdelser av konkurrensrätten. I avtalet av år 1991 föreskrivs det särskilt vad beträffar utbytet av information mellan dessa myndigheter att den avtalsslutande part som innehar information inte är skyldig att överlämna den till den andra parten om en sådan spridning är förbjuden enligt den nationella lagen och att varje avtalsslutande part är skyldig att i möjligaste mån sekretessbelägga all information som den andra parten överlämnat enligt avtalet och att i möjligaste mån motsätta sig varje begäran om att sprida informationen som framförs av tredje man i avsaknad av tillstånd av den avtalsslutande part som har lämnat informationen (artikel VIII). Det preciseras dessutom att bestämmelserna i avtalet ska tolkas så att de överensstämmer med de avtalsslutande parternas eller deras medlemsstaters gällande lagar och så att de inte kräver att dessa ändras (artikel IX). I skriftväxlingen om tolkningen av detta avtal förklarades det dessutom på Europeiska gemenskapens vägnar, med hänvisning till artiklarna VIII och IX, att de upplysningar som omfattas av sekretessen enligt artikel 20 i förordning nr 17 skulle överlämnas av kommissionen till de amerikanska antitrustmyndigheterna enbart om detta uttryckligen medgetts av den berörda ”källan”. I avtalet av år 1998 hänvisas det i artiklarna IV punkt 2 c iii och V även till nödvändigheten av att i förväg erhålla den berörda källans medgivande att till den andra avtalsslutande partens konkurrensmyndigheter överlämna sekretessbelagda upplysningar.

136. I huvudsak har kommissionen och de amerikanska antitrustmyndigheterna på grundval av dessa avtal inte rätt att utbyta upplysningar som inte får spridas enligt rättsordningen för den myndighet som innehar informationen [90], eftersom de ”framför allt [är] bundna av sina interna sekretessregler till skydd för information de samlar in i samband med sina undersökningar” [91].

137. Informationsutbytet mellan dessa myndigheter sker således ”inom sekretessreglernas gränser” [92] och det är det förhållandet att den berörda parten avstår från sin rätt till sekretess som gör det möjligt för de ifrågavarande myndigheterna att utbyta sekretessbelagda upplysningar [93]. Att konkurrensmyndig-

90 — Se Nazzini, R., *Concurrent Proceedings in Competition Law*, Oxford University Press, New York, 2004, s. 75–76.

91 — Rapport från kommissionen till rådet och Europaparlamentet av den 13 augusti 2003 om tillämpningen av avtalen mellan Europeiska gemenskaperna och Förenta staternas regering samt Kanadas regering om tillämpning av deras konkurrensbestämmelser 1 januari 2002–31 december 2002, punkt 1.1. Rapporten finns tillgänglig på Eur-Lex under nummer 52003DC0500.

92 — Ibidem, punkt 1.2.2.

93 — Se rapport från kommissionen till rådet och Europaparlamentet av den 17 september 2002 om tillämpningen av avtalen mellan Europeiska gemenskaperna och Förenta staternas regering samt Kanadas regering om tillämpning av deras konkurrensbestämmelser 1 januari 2001–31 december 2001, punkt 1.2.2. Rapporten finns tillgänglig på Eur-Lex under nummer 52002DC0505. I nämnda punkt hänvisar kommissionen till att i ärendet Fine Art Auction Houses avstod ”[e]tt av de berörda företagen... också från sin rätt till sekretess, vilket gjorde det möjligt för de två organen att utbyta åsikter om konfidentiella bevis”.

heterna på grundval av de aktuella samarbetsavtalen inte kan utbyta sekretessbelagda upplysningar utan den berörda källans medgivande uppfattas även som en betydande begränsning för ett effektivt samarbete vid kartellbekämpning, så att det i vissa institutioner föreslås att ett ”andra generationens” avtal i syfte att även tillåta utbyte av sekretessbelagda upplysningar ska ingås [94].

138. Den begränsning i informationsutbytet mellan myndigheter som iakttagandet av sekretessen av upplysningarna innebär har dock en alldeles särskild betydelse när det såsom i förevarande fall är fråga om upplysningar som lämnats frivilligt inom ramen för det samarbete som ett företag erbjuder för att behandlas förmånligt när det gäller påföljder. Det är uppenbart att där upplysningar av detta slag av den myndighet som mottar dem inom ramen för en begäran om förmånlig behandling kan överlämnas till andra länders konkurrensmyndigheter, blir följden härav, särskilt då det inte föreligger någon samordning mellan de eftergiftsprogram som upprättats av de berörda myndigheterna, att företagen i mycket stor utsträckning hindras från att erbjuda sitt samarbete inom ramen för dessa program [95].

139. Såsom konkurrenskommittén vid organisationen för ekonomiskt samarbete och utveckling (OECD) har påpekat ”ska informationsutbytet inte på ett oförsiktigt sätt skada undersökningarna av särskilt konkurrensbegränsande karteller, däri inbegripet eftergiftsprogrammens effektivitet”: ”de flesta medlemsländerna [i OECD] har i detta syfte

94 — Detta är vad kommissionen har angett i punkt 2.2 i sin rapport till rådet och Europaparlamentet av den 4 oktober 2000 om tillämpningen av avtalet mellan Europeiska gemenskaperna och Förenta staternas regering om tillämpning av deras konkurrensbestämmelser 1 januari 1999–31 december 1999. Rapporten finns tillgänglig på Eur-Lex under nummer 52000DC0618. Se även tredje rapporten från OECD:s konkurrenskommitté av år 2005 om genomförande av OECD-rådets rekommendation av den 25 mars 1998 om effektiva åtgärder mot särskilt konkurrensbegränsande karteller (hard core-karteller), punkt 4. Rapporten finns tillgänglig på OECD:s webbplats (www.oecd.org). Jag erinrar om att möjligheten att översända och som bevis *även* använda *konfidentiella uppgifter* nu inom vissa gränser föreskrivs i artikel 12 i förordning nr 1/2003 inom ramen för det interna samarbetet i det nätverk som kommissionen och medlemsstaternas konkurrensmyndigheter utgör.

95 — Det är därför inte förvånande att av rapporten (ovan fotnot 92) (punkt 1.2.2) erfara att kommissionen intervenerade i tre amerikanska civilrättsliga förfaranden för att skydda sekretessen av de skriftliga uppgifter som framlagts inom ramen för dess eftergiftspolitik. Kommissionen gjorde inte detta till stöd för någon part i de ovannämnda förfarandena utan för att ”säkra okränkbarheten” av denna politik. Dessutom förekommer viktiga anvisningar i kommissionens meddelande om immunitet mot böter och nedsättning av böter i kartellärenden. I versionen av år 2002 (EGT C 45, s. 3, punkt 33) angav kommissionen att ställningstaganden som gjorts gentemot kommissionen i anslutning till detta tillkännagivande inte får lämnas ut eller användas i andra syften än för tillämpning av artikel 81 i EG-fördraget. I versionen av år 2006 (EUT C 298, s. 17, punkt 35) har kommissionen däremot angett att dessa ställningstaganden på vissa villkor endast får överlämnas till medlemsstaternas konkurrensmyndigheter. I båda de ovannämnda versionerna av detta meddelande (punkt 32 respektive punkt 40) påpekas att spridningen av sådana uttalanden riskerar att skada skyddet för syftet med inspektioner och utredningar i den mening som avses i artikel 4.2 i Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1049/2001 av den 30 maj 2001 om allmänhetens tillgång till Europaparlamentets, rådets och kommissionens handlingar (EGT L 145, s. 43).

antagit politiska program med stöd av vilka de inte ska utbyta upplysningar som inhämtats av ett rättssubjekt som begär eftergift utan dennes föregående medgivande” [96].

140. Mot bakgrund av ordningen för de bilaterala förbindelserna mellan Europeiska gemenskapen och Förenta staterna på det ifrågavarande området och problemen i samband med spridningen av upplysningar som lämnats av företag som ansluter sig till eftergiftsprogram – som kommissionen inte kunde vara okunnig om – anser jag att när kommissionen mottog FBI-rapporten av ett av de andra företagen som var inblandade i det förfarande som den ledde, borde den ha vidtagit lämpliga försiktighetsåtgärder för hur handlingen i det förfarandet skulle behandlas, för att inte riskera att åsidosätta eventuella garantier i den amerikanska rättsordningen vad beträffar spridningen av innehållet i denna handling.

141. Jag anser särskilt att kommissionen inte med fog kunde använda FBI-rapporten som bevis utan att på förhand av det företag som hade lämnat den denna ha begärt klargöranden om det sätt på vilket företaget hade kommit i besittning av rapporten och utan att på förhand ha frågat de amerikanska antitrustmyndigheterna – med fullgörande av sin skyldighet till lojalt samarbete med dessa enligt gällande bilaterala avtal – huruvida denna rapport enligt amerikansk rätt är en handling som ska anses vara sekretessbelagd, såsom kunde förmodas till dess motsatsen bevisades, förutom av dess första sida av det sammanhang – som var känt för kommissionen – i vilket den upprättades (och som synes framgå av skrivelsen av den 13 juni 1997 från det amerikanska justitiedepartementets antitrustenhet).

142. Den omständigheten att det var ett tredje företag och inte dessa myndigheter som överlämnade FBI-rapporten till kommissionen kan inte motivera att den inte vidtog sådana försiktighetsåtgärder. Denna omständighet innebar inte att kommissionen hade fog för att anse att denna handling hade förlorat karaktären av sekretessbelagd handling. På grundval av en tolkning enligt god tro av artikel VIII i det bilaterala avtalet av år 1991 borde kommissionen enligt min mening inte, genom att själv använda den rapporten som bevisning, riskera att ett eventuellt åsidosättande av handlingens sekretess i Förenta staterna skulle få ytterligare konsekvenser.

143. Den omständigheten att den ovannämnda rapporten inte överlämnades till kommissionen av de amerikanska antitrustmyndigheterna särskiljer för övrigt på ett väsentligt sätt det förevarande fallet från det fall som var föremål för domarna i målen Dalmine mot kommissionen [97], i vilka kommissionen hade mottagit de ifrågavarande förhörsprotokollen direkt av den natio-

96 — Handling av oktober 2005, *Best Practices for the Formal Exchange of Information Between Competition Authorities in Hard Core Cartel Investigations*, som finns tillgänglig på OECD:s webbplats (www.oecd.org). Min översättning. Det är intressant att notera att kommissionen i sitt tillkännagivande om samarbete inom nätverket av konkurrensmyndigheter (EUT C 101, 2004, s. 43), i punkt 40 har föreskrivit att med förbehåll för vissa fall ”kommer bevismaterial som frivilligt har lämnats av en sökande endast att överlämnas till en annan myndighet i enlighet med artikel 12 i [förordning nr 1/2003] med sökandens samtycke”.

97 — Ovan fotnoterna 32 och 71.

nella myndighet som hade upprättat dem. I fallet Dalmine mot kommissionen hade kommissionen enligt domstolen rätt att använda dessa protokoll som bevisning, eftersom det inte förelåg något uttalande av den nationella domstolen enligt vilket överlämnandet av dessa till kommissionen var rättsstridigt [98]. I förevarande fall däremot kan, eftersom de amerikanska antitrustmyndigheterna inte direkt har överlämnat FBI-rapporten, det förhållandet inte få betydelse att det inte föreligger någon motsvarande dom av en amerikansk domstol. Det ålåg kommissionen att samråda med de amerikanska antitrustmyndigheterna i frågan om huruvida dess användning av handlingen var förenlig med amerikansk rätt just för att i denna fråga åtminstone få ett första uttalande av de behöriga nationella myndigheterna, även om det inte var i form av ett rättsligt avgörande.

144. Av ovan i punkt 121 och följande punkter angivna skäl anser jag därför att för det fall att överklagandet inte kan bifallas på den första grunden den överklagade domen ska upphävas i den del i vilken de invändningar har ogillats som grundats på åsidosättandet av processuella garantier och som klaganden framfört med avseende på att kommissionen använt FBI-rapporten som bevis för att ADM skulle ha haft rollen som ledare i kartellen.

98 — Domstolens dom i målet Dalmine mot kommissionen (ovan fotnot 32), punkt 63.

E — *Talan mot det angripna beslutet: Huruvida kommissionen kunde använda FBI-rapporten som bevis för att klaganden var ledare för kartellen*

145. Jag har redan ovan i punkt 141 påpekat att kommissionen inte hade rätt att använda FBI-rapporten som bevis utan att på förhand av det företag som hade överlämnat den till denna och av de amerikanska antitrustmyndigheterna inhämta de klargöranden som krävdes för att fastställa vilken rättsordning som gällde med avseende på sekretessen. Jag anser därför att överklagandet kan bifallas på den grund för talan i första instans som avser åsidosättandet av de processuella garantierna, i den del som den avser att kommissionens användning av denna rapport som bevis var oförenlig med den konfidentiella behandling som de ovannämnda myndigheterna säkerställde för denna rapport ska enligt min mening därför godtas.

F — *Grunderna (den tredje, den fjärde och den femte) avseende Cerestars skriftliga uttalande*

146. Genom tre olika grunder har klaganden framfört anmärkningar mot de överväganden som ledde förstainstansrätten till att, i motsats till vad klaganden hävdade i första instans, dra slutsatsen att kommissionen inte hade gjort någon uppenbart oriktig bedömning av Cerestars skriftliga uttalande beträffande den tidigare ADM-företrädarens roll i kartellen.

147. Det ska i detta avseende först och främst erinras om att domstolen varken är behörig att fastställa vilka faktiska omständigheter som är relevanta eller, i princip, att bedöma den bevisning som förstainstansrätten har godtagit till stöd för dessa omständigheter. När bevisningen har förebringats på rätt sätt och när de allmänna rättsgrundsatser och processuella regler som är tillämpliga i fråga om bevisbördan och bevisningen har iakttagits, är det endast förstainstansrätten som ska bedöma vilket värde uppgifterna i målet ska tillmätas. Med förbehåll för det fall då bevisningen missuppfattats, utgör denna bedömning således inte en rättsfråga som är underställd domstolens kontroll [99].

148. Genom den första grunden har klaganden dock påtalat att ett bevis har missuppfattats, nämligen FBI-rapporten. Till skillnad från vad förstainstansrätten ansåg i punkt 288 i den överklagade domen utgör denna rapport enligt klaganden inte alls något stöd för Cerestars skriftliga uttalande enligt vilket den tidigare ADM-företrädaren hade haft en ledande roll i kartellen genom att leda de så kallade Sherpa-mötena, förbereda ärendena och lägga fram förslag till de prislistor som skulle godkännas. Enligt denna rapport var det en annan företrädare för ADM som hade haft en särskilt aktiv roll inom kartellen.

149. Överklagandet kan enligt min mening inte bifallas på denna grund. Först och främst har det, såsom kommissionen har påpekat, inte i punkt 288 i den överklagade domen angetts att FBI-rapporten med avseende på den ovannämnda frågan skulle utgöra ett stöd för Cerestars skriftliga uttalande, utan endast att det föreligger överensstämmelse mellan de två handlingarna. Dessutom har förstainstansrätten konstaterat detta i samband med undersökningen av trovärdigheten av Cerestars skriftliga uttalande, vilket kontrasterade mot vad den tidigare ADM-företrädaren uppgett för kommissionen under det administrativa förfarandet. Förstainstansrätten ansåg att Cerestars skriftliga uttalande var mer trovärdigt inte enbart eftersom det sammanföll med FBI-rapporten, utan även eftersom det var utrett att Cerestar inte hade spelat någon aktiv roll inom kartellen och eftersom den tidigare ADM-företrädarens uttalanden till kommissionen hade gjorts ”när företaget redan var förvarnat” [100]. Klaganden har dock inte framfört några invändningar mot dessa ytterligare påpekanden av förstainstansrätten.

150. Genom den andra av de ovannämnda grunderna har klaganden påtalat att det saknas en motivering i den överklagade domen i den del i vilken det argument underkänts med vilket klaganden gjorde gällande att Cerestars skriftliga uttalande om den tidigare ADM-företrädarens roll i de så kallade Sherpa-mötena saknade all trovärdighet, eftersom Cerestar inte hade kunnat identifiera något av dessa möten eller lämna detaljerade upplysningar om föremålet för dessa.

99 — Dom av den 21 september 2006 i mål C-167/04 P, JCB Service mot kommissionen (REG 2006, s. I-8935), punkt 107 och där angiven rättspraxis.

100 — Se den överklagade domen, punkterna 288 och 290.

151. Överklagandet kan enligt min mening inte heller vinna bifall på denna grund. Förstainstansrätten har i punkt 289 i den överklagade domen i huvudsak påpekat att den omständigheten att Cerestar inte kunde ge detaljerade upplysningar om vissa av mötena i kartellen inte innebar att Cerestar var förhindrad att påpeka att dessa möten hade organiserats och letts av den tidigare ADM-företrädaren.

152. Genom den tredje av de ovannämnda grunderna har klaganden slutligen hävdat att förstainstansrätten i punkt 290 i den överklagade domen felaktigt ansåg att klaganden inte i det rättsliga förfarandet kunde ifrågasätta huruvida Cerestars skriftliga uttalande var riktigt, eftersom den inte hade gjort det under det administrativa förfarandet. Jag delar dock kommissionens åsikt att en uppenbart felaktig tolkning av denna punkt ligger till grund för denna invändning. I denna punkt påpekade förstainstansrätten, långt ifrån att fastställa att klaganden hade förverkat sin rätt, endast har påpekat att Cerestars skriftliga uttalande tillerkänts ”ett högre bevisvärde” än uttalandet av den tidigare ADM-företrädaren, varför det inte enbart av det förhållandet att de två uttalandena var oförenliga kunde dras slutsatsen att det första uttalandet var oriktigt.

153. Överklagandet kan således enligt min mening inte bifallas på den grund som avser Cerestars skriftliga uttalande.

G — *Talan mot det angripna beslutet: Huruvida kommissionen på ett tillräckligt sätt har visat att ADM var ledare för kartellen*

154. Det framgår av mina överväganden i fråga om kommissionens användning av FBI-rapporten för att bevisa att ADM var ledare för kartellen, att eftersom denna användning var rättsstridig borde kommissionen vid bedömningen av den roll som ADM haft inte ha tagit hänsyn till de faktiska omständigheter som anges i punkt 265 i det angripna beslutet, vilka endast framgick av denna rapport.

155. Det ska därför i samband med den prövning av talan mot det angripna beslutet som jag föreslår att domstolen ska göra enligt artikel 61 första stycket i dess stadga, och med hänsyn till mina synpunkter ovan i punkterna 57–59, kontrolleras huruvida den omständigheten att ADM betraktats som ledare för kartellen kan motiveras enbart på grundval av de omständigheter som anges i punkt 266 i det angripna beslutet och som återgetts i Cerestars skriftliga uttalande. Det är som jag erinrar om fråga om Cerestars ”intryck” av att den tidigare ADM-företrädaren hade en ledarroll och den omständigheten att denne var ordförande vid Sherpamötena och ägnade sig åt att ”förbereda ärendena och lägga fram förslag till prislistor som skulle godkännas”.

156. Enligt min mening kan Cerestars ovannämnda ”intryck” betraktat för sig inte ges något särskilt värde, eftersom kvalifikationen av ett företag som ledare för en kartell måste

grundas på konkreta omständigheter och inte på intryck eller omdömen av de övriga deltagarna i kartellen. Även om – vad beträffar de konkreta omständigheterna – ordförandeskapet vid Sherpa-mötena och förberedandet av ärenden och den tidigare ADM-företrädarens förslag enligt min mening visar att klaganden har haft en aktiv roll inom kartellen, utgör de dock inte ett tillräckligt stöd för ADM:s roll som ledare. Det är nämligen fastställt att kartellens viktiga beslut togs i samband med de så kallade Masters-mötena, som hölls mellan företagsledare på högre nivå i hierarkin, och att, såsom Cerestar har bekräftat, det i allmänhet var företrädare för Hoffman-La Roche och för Jungbunzlauer som var ordförande vid dessa möten, dock utan att kommissionen betraktade det sistnämnda företaget som ledare för kartellen. Det framgår för övrigt av Cerestars skriftliga uttalande att den tidigare ADM-företrädaren, när den var ordförande vid Sherpa-mötena ”regelbundet lämnade en redogörelse för de överenskommelser som nåtts vid Masters-mötena” [101]. Kommissionen påpekade dessutom i punkt 272 i det angripna beslutet att ”även andra kartellmedlemmar utförde uppgifter som vanligen förknippas med en ledarroll, t.ex. att vara mötesordförande eller att centralisera insamlingen och spridningen av data”.

157. ADM:s egenskap av ledare för citronsyrekartellen kan enligt min mening således inte anses vara tillräckligt bevisad.

101 — Bilaga 15 till överklagandet, s. 3.

158. Jag föreslår därför att domstolen även av detta skäl ska ogilla den höjning med 35 procent av klagandens bötesbelopp som kommissionen tillämpat i det angripna beslutet.

H — *Den sjätte grunden: En förmildrande omständighet avseende att ADM:s deltagande i kartellen upphörde redan vid de amerikanska antitrustmyndigheternas första ingripanden har inte beaktats*

1. Förstainstansrättens överväganden

159. Vid förstainstansrätten påtalade klaganden att kommissionen inte hade tolkat den förmildrande omständighet till klagandens fördel som anges i punkt 3 tredje strecksatsen i riktlinjerna, det vill säga ”att [den]... ha[r] upphört med överträdelsen vid kommissionens första ingripanden (bland annat kontroller)”. Klaganden påpekade att den hade upphört med sitt deltagande i citronsyrekartellen omedelbart efter FBI:s husrannsakan i dess lokaler i Förenta staterna i juni 1995 [102] och hävdade att det förhållandet att kommissionen inte hade beaktat den

102 — Det är i själva verket oklart om ADM:s deltagande i citronsyrekartellen upphörde *till följd* av att FBI i juni 1995 genomförde en husrannsakan i dess lokaler. I det angripna beslutet fastställdes att ADM:s deltagande i kartellen hade förlängts till och med maj 1995 (se punkt 247 och artikel 1, andra stycket) och ADM hade i sitt svar på meddelandet om invändningar (punkt 5.2) angett att bolaget på eget initiativ hade upphört med detta deltagande i maj 1995 ”när kartellen upphörde att fungera och innan myndigheterna ingrep”. Det angripna beslutet innehåller dock flera angivelser om att ADM:s deltagande i kartellen upphörde i juni 1995 i och med FBI:s husrannsakan (se punkterna 128 och 193).

ovannämnda förmildrande omständigheten stred mot proportionalitetsprincipen samt, eftersom kommissionen har fattat ett beslut i motsatt riktning i ett tidigare fall med motsvarande omständigheter, mot principen om likabehandling.

160. Med den detaljerade motiveringen som angetts i punkterna 331–346 i den överklagade domen underkände förstainstansrätten de ovannämnda anmärkningarna.

161. Förstainstansrätten ansåg för det första att ”[b]estämmelsen i punkt 3 tredje strecksatsen i riktlinjerna skall... tolkas restriktivt, så att den inte står i strid med den ändamålsenliga verkan med artikel 81.1 EG”. En tolkning av denna bestämmelse som grundas på en ren bokstavstolkning, vilken ”kan ge intryck av att den omständigheten att den som begått en överträdelse upphör med denna vid kommissionens första ingripanden i allmänhet och utan undantag, utgör en förmildrande omständighet”. En sådan tolkning skulle emellertid innebära att ”de bestämmelser som gör det möjligt att upprätthålla en effektiv konkurrens skulle få en minskad ändamålsenlig verkan, eftersom både den sanktionsåtgärd som kan åläggas till följd av en överträdelse av artikel 81 EG och den avskräckande verkan av denna sanktionsåtgärd skulle försvagas”. Enligt förstainstansrätten kan det förhållandet ”att en överträdelse upphört endast på grund av att kommissionen ingripit... inte likställas med det förtjänstfulla i att den som begått överträdelsen tagit ett eget initiativ, utan är endast en normal och lämplig reaktion på ingripandet. Denna omständighet innebär dessutom endast att den som begått överträdelsen återgår till ett lagenligt beteende”. ”[B]estämmelsen [i riktlinjerna] skall därför tolkas så att endast särskilda omständigheter i det enskilda fallet, som innebär att överträdelsen i det konkreta fallet upphörde vid kommissionens första ingripande, kan göra det befogat att beakta den sistnämnda omständigheten som en förmildrande omständighet.” [103]

162. Förstainstansrätten ansåg för det andra att ”i det särskilda sammanhanget... i förevarande fall” kunde ”den omständigheten att ADM... upphört med överträdelsen efter en konkurrensmyndighets första ingripande inte... utgöra en förmildrande omständighet”. Det var nämligen fråga om ”en hemlig kartell i syfte att fastställa priser och dela upp marknader” och det kunde därför inte råda ”något tvivel om att... överträdelsen [hade begåtts] uppsåtligt” [104].

163. Förstainstansrätten påpekade slutligen att ”den omständigheten att kommissionen i sin tidigare beslutspraxis bedömt ett beteende på ett visst sätt inte [innebär] att den är skyldig att tillämpa samma bedömning i ett senare beslut” och således att det ärende som klaganden åberopat inte var sådant att rättens bedömning kunde ifrågasättas, eftersom det endast gav uttryck för kommissionens bedömning [105].

103 — Den överklagade domen, punkterna 335–338.
104 — Den överklagade domen, punkterna 339–342.
105 — Den överklagade domen, punkt 345.

2. Parternas argument

164. Genom förevarande grund har klaganden kritiserat förstainstansrätten för att den genom de ovannämnda övervägandena har åsidosatt den princip enligt vilken kommissionen är skyldig att iaktta de bestämmelser som den ålägger sig själv eller åtminstone ange skälen till att den avviker från dem. Klaganden har i detta avseende framfört olika argument med vilka den i huvudsak

— har kritiserat förstainstansrättens tolkning av punkt 3 tredje strecksatsen i riktlinjerna, genom vilken en verklig skyldighet för kommissionen har förväxlats med dess möjlighet att bevilja en nedsättning av bötesbeloppet för det fall att överträdelsen upphör redan vid kommissionens första ingripanden,

— i vart fall har kritiserat förstainstansrätten för att den inte har slagit fast att kommissionen hade underlåtit att uppfylla sin skyldighet att ange skälen till varför den i förevarande fall inte velat utöva sin befogenhet att bedöma huruvida det förhållandet att deltagandet i kartellen upphörde efter de amerikanska myndigheternas första ingripande motiverade en nedsättning av bötesbeloppet.

165. Kommissionen har påpekat att förstainstansrätten ingående har prövat klagandens invändningar, korrekt tolkat den ifrågavarande bestämmelsen i riktlinjerna och korrekt bedömt omständigheterna i det förevarande fallet för att med rätta dra slutsatsen att det förhållandet att ADM upphörde med sitt deltagande i kartellen från det att FBI gjorde husrannsakan i dess lokaler inte utgjorde någon förmildrande omständighet.

3. Bedömning

166. Jag delar förstainstansrättens uppfattning att det förhållandet att ett företag upphör med sitt deltagande i en uppenbart otillåten hemlig kartell inte utgör en omständighet som på ett väsentligt sätt mildrar överträdelsens allvar och som således ska kompenseras med ett minskat bötesbelopp [106].

167. Jag instämmer dock inte [107] i det resonemang genom vilket förstainstansrätten underkände klagandens anmärkningar om att proportionalitetsprincipen hade åsidosatts på grund av vägran att erkänna den ifrågavarande förmildrande omständigheten. Jag

106 — För ett liknande resonemang, se även generaladvokaten Trstenjaks förslag till avgörande av den 15 maj 2008 i mål C-510/06 P, Archer Daniels Midland mot kommissionen, punkt 232, avseende natriumglukonatkartellen.

107 — I motsats till vad generaladvokaten Trstenjak har hävdat i sitt förslag till avgörande (ovan fotnot 107).

anser särskilt att klaganden med rätta har kritiserat förstainstansrätten för att den har tolkat punkt 3 tredje strecksatsen i riktlinjerna på ett felaktigt sätt.

168. Såsom fastställdes i punkt 335 i den överklagade domen är den bokstavliga tolkningen av denna bestämmelse sådan att den omständigheten att den som begått en överträdelse upphör med denna vid kommissionens första ingripanden utgör en förmildrande omständighet. Det finns ingenting i bestämmelsen som tillåter att det görs en åtskillnad eller att den ifrågavarande förmånen ska tillämpas ”endast [under] särskilda omständigheter”. Det är å andra sidan först med de nya riktlinjerna av år 2006 [108] som kommissionen genom att komplettera den formulering som antagits i punkt 3 tredje strecksatsen i riktlinjerna angav att den förmildrande omständighet som utgörs av att de otillåtna verksamheterna omedelbart upphör efter kommissionens första ingripanden ”inte [gäller] hemliga avtal eller åtgärder (särskilt karteller)”.

169. Det är därför med bortseende från kriteriet enligt vilket en tydlig bestämmelse inte kräver någon tolkning (*in claris non fit interpretatio*) som förstainstansrätten ansåg att den borde anta en sådan restriktiv tolkning av punkt 3 tredje strecksatsen i riktlinjerna som gör att denna endast kan tillämpas under ”särskilda omständigheter”. Förstainstansrätten angav därvid att om ”den omständigheten att företaget upphör med överträdelsen vid kommissionens första ingripande [skulle anses] utgör[a] en förmildrande omständighet [det] på ett oberättigat sätt [skulle] skada den ändamålsenliga verkan med artikel 81.1 EG, genom att sanktionsåtgärden mildras och dess avskräckande verkan minskar”.

170. Detta påstående är enligt min mening dessutom forcerat. Förutom den omständigheten att det i artikel 81.1 EG som sådan inte föreskrivs någon påföljd, utan endast ett förbud, ser jag inte hur ett principiellt erkännande av en sådan förmildrande omständighet skulle kunna äventyra den ändamålsenliga verkan av den artikeln – eller i alla fall av artiklarna 83 EG och 15 i förordning nr 17 enligt vilka böter åläggs –, eftersom den följande nedsättningen av böterna kan anpassas till vad som kännetecknar det särskilda fallet, även så långt att den blir försumbar, men således inte så att den kan inverka på böternas avskräckande verkan.

171. Det ska påpekas att riktlinjerna bland de försvårande omständigheterna i punkt 2 inte omfattar det förhållandet att överträdelsen fortsätter efter kommissionens första ingripanden. Det kan därför tänkas att syftet med riktlinjerna har varit att särskilja behandlingen av företag som deltar i en förbjuden kartell som reagerar olika på kommissionens ingripande – några upphör med överträdelsen och andra fortsätter med den – genom en premie (nedsättning av böterna) som ska ges i det förstnämnda fallet hellre än en bestraffning (höjning av böterna) som ska ges i det senare fallet.

108 — Riktlinjer för beräkning av böter som döms ut enligt artikel 23.2 a i förordning (EG) nr 1/2003 (EUT C 210, s. 2). Se punkt 29, första strecksatsen.

172. Att tolka punkt 3 tredje strecksatsen i riktlinjerna enligt dess ordalydelse, såsom klaganden har förordat, innebär för övrigt inte att det ska erkännas att kommissionen har åtagit sig att *i vilket fall som helst* anse att enbart det förhållandet att överträdelsen upphör vid dess första ingripanden är en förmildrande omständighet. Klaganden har rätt när den har erinrat om att enligt rättspraxis får kommissionen avvika från riktlinjerna under förutsättning att den anger de skäl som får den att göra det och att dessa skäl är förenliga med likabehandlingsprincipen [109].

173. Jag anser därför att punkt 3 tredje strecksatsen i riktlinjerna kan tolkas så att upphörandet av överträdelsen vid dessa ingripanden i princip – och således inte endast under särskilda omständigheter, såsom ansetts i den överklagade domen – kompenseras med en nedsättning av grundbeloppet för böterna.

174. Denna tolkning innebär emellertid inte att förstainstansrätten med nödvändighet ska bevilja klaganden förmånen med den förmildrande omständigheten enligt den ovannämnda bestämmelsen och därför minska grundbeloppet för böterna.

175. Förstainstansrätten som med stöd av artiklarna 229 EG och 17 i förordning nr 17 har prövningsrätt såvitt avser böter som åläggs enligt denna förordning är ”[u]töver en kontroll av påföljdens laglighet... behörig[-a] att ersätta kommissionens bedömning med sin egen bedömning” och får undanröja, sätta ned eller öka de böter som ålagts av kommissionen när frågan om böternas belopp har väckts [110]. Såsom generaladvokaten Jacobs redan har påpekat i sitt förslag till avgörande i målet JCB Service mot kommissionen [111] kan förstainstansrätten följaktligen inte anses vara bunden av riktlinjerna.

176. Förstainstansrätten hade således kunnat avvisa klagandens påstående genom att använda argumenten i punkterna 336, 340 och 341 i den överklagade domen som jag helt kan instämma med [112] och som i huvudsak baserats på uppfattningen att initiativet att upphöra med en överträdelse som är uppenbart otillåten är en ”lämplig och normal” reaktion på kommissionens ingripande – dock inom ramen för en bedömning av lämpligheten som med andra ord återspeglar de val som gjorts inom ramen för den skönsmässiga bedömning som gemenskapslagstiftaren lämnat domstolen.

109 — Se domen i målet Dansk Rørindustri m.fl. (ovan fotnot 15), punkt 209.

110 — Dom av den 8 februari 2007 i mål C-3/06 P, Groupe Danone mot kommissionen (REG 2007, s. I-1331), punkterna 61 och 62. Se även generaladvokaten Kokotts förslag till avgörande av den 8 december 2005 i mål C-113/04, Technische Unie mot kommissionen, i vilket dom meddelades den 21 september 2006 (REG 2006, s. I-8831), punkt 132, och generaladvokaten Poiares Maduros förslag till avgörande av den 16 november 2006 i det ovannämnda målet Groupe Danone mot kommissionen (punkterna 45 och 48).

111 — Generaladvokaten Jacobs förslag till avgörande av den 15 december 2005 i målet JCB Service mot kommissionen (ovan fotnot 100), punkt 141.

112 — Med undantag, såsom påpekats ovan, för de två sista raderna i punkt 336 som avser mildrandet av sanktionsåtgärden och dess avskräckande verkan.

177. Överklagandet kan således enligt min mening vinna bifall på förevarande grund, eftersom den innebär att förstainstansrätten kritiseras för en felaktig rättstillämpning vid tolkningen av riktlinjerna. Den överklagade domen bör upphävas i detta avseende. Eftersom ärendet är färdigt för avgörande kan klagandens invändning i första instans prövas på nytt – och ska enligt min mening underkännas – av domstolen vid utövandet av dess materiella behörighet som den också har när den slutligt avgör ärendet i den mening som avses i artikel 61 första stycket i dess stadga [113].

I — *Nionde grunden: Kartellens konkreta inverkan på marknaden*

1. Förstainstansrättens överväganden

178. Vid förstainstansrätten hävdade klaganden genom olika anmärkningar att kommissionen inte i tillräcklig mån hade visat att, såsom fastslagits i det angripna beslutet enligt punkt 1 A första stycket i riktlinjerna [114], den fastställda kartellen hade haft en konkret inverkan på marknaden. I överklagandet har klaganden på denna punkt endast kritiserat de bedömningar genom vilka förstainstansrätten, i punkterna 198–203 i den överklagade domen, har underkänt dess argument enligt vilket den ovannämnda inverkan inte kunde anses ha visats, eftersom kommissionen inte tidigare hade definierat den relevanta produktmarknaden. Klaganden hävdade att en sådan definition var nödvändig i samband med en analys för att fastställa kartellens inverkan i syfte att bedöma överträdelsens allvar och gjorde gällande att det i det angripna beslutet inte förekom någon slutsats enligt vilken citronsyra utgjorde den relevanta produktmarknaden [115].

179. Förstainstansrätten fann i huvudsak på grundval av följande överväganden att det ovannämnda argumentet inte kunde godtas:

”198 Det kan inledningsvis konstateras att kommissionen i beslutet inte har analyserat huruvida ifrågavarande produktmarknad borde begränsas till citronsyra eller om den såsom ADM har hävdat borde ges en vidare innebörd och även omfatta citronsyrans ersättningsprodukter. Under rubrikerna ’Produkt’... och ’Marknaden för citronsyra’... har kommissionen endast beskrivit de olika användningsområdena för citronsyra och citronsyremarknadens volym.

199 I den expertrapport som ADM förelade kommissionen under det admi-

113 — Se dom av den 8 juli 1999 i mål C-49/92 P, kommissionen mot Anic Partecipazioni (REG 1999, s. I-4125), punkt 218.

114 — Enligt denna bestämmelse ska man ”[v]id bedömningen av överträdelsens allvar... beakta” bland annat ”dess konkreta påverkan på marknaden, om den är mätbar”.

115 — Se ansökan i första instans, punkt 7.2.3.

nistrativa förfarandet analyseras och definieras emellertid ifrågavarande produktmarknad som mer omfattande genom att ersättningsprodukter, bland annat fosfater och mineralsyror, inbegrips i den. Kommissionen har dock inte undersökt ADM:s argument avseende behovet av en vidare definition av den relevanta produktmarknaden.

200 Efter att detta har klargjorts finner förstainstansrätten att ADM kan vinna framgång med sina argument endast under förutsättning att företaget visar att om kommissionen hade definierat ifrågavarande produktmarknad i överensstämmelse med ADM:s påståenden, skulle den ha konstaterat att överträdelsen inte hade någon inverkan på marknaden, vilken definierats som marknaden för citronsyra och dess ersättningsprodukter...

201 Mot bakgrund av kommissionens analys av prisernas och försäljningskvoternas utveckling i punkt 213 och följande punkter i beslutet har ADM således inte lyckats visa, eller ens åberopa omständigheter som sammantagna kunde utgöra samlade och överensstämmande indicier för att kartellen avseende citronsyra med skälig sannolikhet inte inverkat på den större marknad som inbegriper ersättningsprodukter för citronsyra eller åtminstone att denna inverkan varit försumbar. Även i expertrapporten, trots att det i denna slås fast att marknaden borde definieras på ett vidare sätt, begränsas bedömningen av den påstådda avsaknaden av inverkan från kartellen på prisutvecklingen enbart till citronsyremarknaden.”

2. Parternas argument

180. I överklagandet har klaganden hävdat att sedan förstainstansrätten i punkt 198 i den överklagade domen med rätta hade konstaterat att kommissionen inte hade definierat den relevanta produktmarknaden kunde den inte komma till slutsatsen att kommissionen hade visat att kartellen hade haft inverkan på marknaden. Klaganden har hävdat att definitionen av den relevanta marknaden är nödvändig för att kontrollera inverkan av en kartell. Klaganden har därvid särskilt påpekat att en prissamverkan avseende en produkt inte kan ha någon inverkan om konsumenterna kan rikta sin efterfrågan mot ersättningsprodukter och att en allmän höjning av priserna eller en allmänt ökad efterfrågan av dessa ersättningsprodukter kan medföra att priset på den produkt som omfattas av kartellen ökar bortsett från kartellen. Genom att anse att det ankom på klaganden att visa att om produktmarknaden hade definierats på det sätt som klaganden hade föreslagit borde kommissionen ha konstaterat att överträdelsen inte hade haft någon inverkan på en sådan marknad, har förstainstansrätten felaktigt lagt den bevisbörda vad beträffar inverkan av en kartell på klaganden vilken i själva verket vilar på kommissionen. Förstainstansrätten har åsidosatt den princip enligt vilken kommissionen ska iaktta de bestämmelser – såsom de bestämmelser som anges i riktlinjerna – som den själv ålagt sig. Eftersom det inte har visats att kartellen har någon inverkan

på marknaden ska bötesbeloppet följaktligen minskas.

181. Utifrån förutsättningen att förstainstansrätten inte har fastslagit att det angripna beslutet inte omfattade någon definition av en marknad, har kommissionen uteslutit att förstainstansrätten skulle ha gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning avseende bevisbördan och anser att klaganden genom förevarande grund i själva verket vill att domstolen ska pröva en faktisk fråga beträffande vilken klaganden inte under förfarandet i första instans har lämnat erforderlig bevisning. Vid förhandlingen har dess företrädare tillagt att analysen av den relevanta produktmarknaden i vart fall inte var nödvändig i förevarande fall.

3. Bedömning

182. Det är lämpligt att inledningsvis påpeka att klaganden med definitionen av den relevanta produktmarknaden avser den välkända åtgärden att identifiera alla de produkter eller tjänster som, i förhållande till sina utmärkande egenskaper, är särskilt lämpade att tillgodose konstanta behov och endast i begränsad omfattning är utbytbara mot andra produkter [116]. Detta är en åtgärd som kommissionen vidtar enligt artiklarna 81 EG och 82 EG och vid kontroll av koncentrationer av gemenskapsdimension. Det är fråga om en åtgärd som i förening med avgränsandet av den relevanta geografiska marknaden gör att det kan fastställas vilket konkurrenstryck som de företag är utsatta för som berörs av ett visst beteende på marknaden eller av en koncentration och att deras inflytande på marknaden således kan bedömas.

183. Såsom kommissionen har erinrat om i sitt tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning [117], skiljer sig ”begreppet relevant marknad... från andra marknadsbegrepp, som ofta används i andra sammanhang. Företag använder exempelvis ofta termen marknad för att beteckna det område där de säljer sina produkter eller för att generellt hänvisa till den bransch eller sektor de tillhör”. Härvidlag kan det för övrigt allmänt hänvisas till marknaden för en produkt (exempelvis citronsyra) såsom det sammanhang i vilket efterfrågan och utbud av denna produkt möts, bortsett från att det kan finnas mot denna utbytbara produkter vars efterfrågan och utbud ömsesidigt kan påverka efterfrågan och utbudet av den produkten. Det är begreppet relevant produktmarknad såsom det beskrivits i föregående punkt som, i motsats till de mer allmänna begreppen för produktmarknad, jag i det följande avser när jag talar om relevant produktmarknad.

184. Genom klagandens anmärkning ombads förstainstansrätten att uttala sig om frågan om huruvida en bedömning av verkningarna av en kartell som är förbjuden enligt artikel 81 EG, i samband med fastställandet av överträdelsens allvar, med nödvändighet förutsätter en definition av den relevanta produktmarknaden eller huruvida den kan göras enbart med hänvisning till den produkt som omfattas av kartellen, med andra ord bortsett från att det finns andra produkter som från konsumenternas synpunkt eventuellt är utbytbara mot denna.

116 — Se exempelvis domen i målet Michelin mot kommissionen (ovan fotnot 10), punkt 37.

117 — EGT C 372, 1997, s. 5 (punkt 3).

185. Utgångspunkten för förevarande grund är att förstainstansrätten har konstaterat att det i det angripna beslutet inte finns någon definition av den relevanta produktmarknaden och att den i huvudsak felaktigt ansåg att det i förevarande fall inte var nödvändigt med en sådan definition för att bedöma kartellens inverkan på marknaden.

186. Även om förstainstansrättens överväganden inte är helt tydliga i denna fråga och kommissionen har påpekat att förstainstansrätten inte har kritiserat den för att ha underlåtit att definiera en marknad, anser jag att det av punkterna 198–199 i den överklagade domen på ett tillräckligt sätt framgår att kommissionen endast beaktat produkten citronsyra utan att intressera sig för att kontrollera huruvida den kan utbytas mot andra produkter. Den omständigheten att förstainstansrätten har påpekat att det i det angripna beslutet hänvisas till ”marknaden för citronsyra” kan inte innebära att förstainstansrätten fastställde att kommissionen faktiskt hade definierat den relevanta produktmarknaden.

187. För övrigt har kommissionen, även om den i dupliken i första instans påpekade att det i det angripna beslutet ”klart anges att den produktmarknad som ska beaktas är marknaden för citronsyra” [118], i svaret på förstainstansrättens skriftliga frågor förklarat att den med detta påpekande inte ville hävda att den hade gjort ”en *omfattande och detaljerad* analys av den relevanta produktmarknaden” [119], såsom den avses i dess ovan i punkt 183 nämnda tillkännagivande, eftersom det för det förevarande fallet inte var nödvändigt att undersöka alla eventuella ersättningsprodukter för citronsyra. I det ovannämnda svaret tillade kommissionen dessutom att den i det angripna beslutet endast hade ”beskrivit *de av kartellen berörda produkterna* samt utbudet och efterfrågan på dessa produkter” [120]. Detta påstående utesluter att kommissionen kan ha gjort *någon som helst* analys av den relevanta produktmarknaden.

188. Jag anser därför att klaganden inte har fel när den har påstått att förstainstansrätten angav att kommissionen inte hade definierat den relevanta produktmarknaden, utan endast beaktat *produkten* citronsyra och marknaden för denna i allmän mening.

189. Även om det skulle anses att det finns grund för klagandens uppfattning enligt vilken det alltid är nödvändigt med en definition av den relevanta produktmarknaden för att kunna fastställa den konkreta inverkan av en kartell i samband med bedömning av överträdelsens allvar, har klaganden rätt när den i överklagandet har hävdat att förstainstansrättens resonemang i punkterna 200–201 i den överklagade domen innebär att det på ett otillbörligt sätt överförs en bevisbörda på klaganden som i stället vilar på kommissionen. Även om kommissionen

118 — Dupliken, punkt 25.

119 — Se svaret på fråga nr 1, s. 2. Inofficiell översättning (min kursivering).

120 — Ibidem, s. 3. Inofficiell översättning (min kursivering).

borde ha definierat den relevanta produktmarknaden och inte gjorde det men endast intresserade sig för produkten citronsyra utan att beakta huruvida denna kunde utbytas mot andra produkter, kunde förstainstansrätten inte göra annat än att fastställa kommissionens underlåtenhet och borde inte ha begärt att klaganden skulle visa att kartellen på den relevanta marknaden som definierats såsom klaganden hade föreslagit inte hade haft någon inverkan.

190. Inom ramen för förevarande grund har det således uppkommit en rättsfråga och förstainstansrättens bedömning av de faktiska omständigheterna har inte ifrågasatts. Denna grund kan därför upptas till sakprövning.

191. Vad beträffar sakfrågan anser jag att förstainstansrättens bedömningar är riktiga.

192. Den omständigheten att förstainstansrätten har prövat klagandens anmärkning såsom att den var avsedd att få fastställt en *felaktig* definition av den relevanta produktmarknaden [121], när den i själva verket var grundad på *underlåtenheten* att definiera denna marknad, synes inte ha någon praktisk konsekvens. Förstainstansrätten har utgått från uppfattningen att den omständigheten att kommissionen inte analyserade huruvida citronsyran kunde utbytas mot andra produkter i praktiken ledde till att en begränsad relevant marknad för citronsyra beaktades, när klaganden ansåg att den var mer omfattande. Den anmärkning som klaganden framförde vid förstainstansrätten innebar däremot att kommissionen hade betraktat citronsyran såsom produktmarknaden i allmän mening. I huvudsak saknar dessa olika synsätt dock praktisk betydelse. Det som klaganden har hävdat är väsentligen att kommissionen, till följd av att det saknas en definition av den relevanta produktmarknaden, inte har kontrollerat kartellens inverkan på vad som enligt dess mening var den relevanta produktmarknaden, det vill säga en marknad som inte endast omfattar citronsyra utan även andra produkter.

193. Jag anser i likhet med kommissionen att det saknas grund för klagandens uppfattning enligt vilken det alltid är nödvändigt att definiera den relevanta produktmarknaden för att kunna fastställa den konkreta inverkan av en kartell i samband med bedömningen av överträdelsens allvar.

194. Det ska först och främst erinras om att inte alla de bedömningar som kommissionen ska göra vid tillämpningen av EG-fördragets konkurrensbestämmelser förutsätter att det på förhand fastställts en relevant marknad.

121 — Se den överklagade domen, punkterna 194 och 203, i vilka det hänvisas till att kommissionen ”definierat den relevanta marknaden på ett felaktigt sätt” respektive till att ”ifrågavarande marknad definierats på ett felaktigt sätt”.

195. Definitionen av den relevanta marknaden är, som bekant, exempelvis nödvändig för att kunna fastställa en dominerande ställning i den mening som avses i artikel 82 EG [122].

196. Vad avser artikel 81 EG har domstolen fastslagit att ”[d]efinitionen av den relevanta marknaden i samband med tillämpningen av artikel 85.1 i fördraget [nu artikel 81.1 EG]... endast [har] till syfte att fastställa huruvida det ifrågavarande avtalet kan skada handeln mellan medlemsstaterna och har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrida konkurrensen inom den gemensamma marknaden” [123]. Såsom klargjorts i förstainstansrättens rättspraxis är för övrigt skyldigheten att fastställa en definition av den relevanta marknaden i ett beslut som antas enligt artikel 81 EG inte absolut, men åläggs kommissionen ”*endast när det utan en sådan avgränsning* inte är möjligt att avgöra huruvida [den ifrågavarande kartellen] kan påverka handeln mellan medlemsstater och har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrida konkurrensen inom den gemensamma marknaden” [124].

197. Definitionen av den relevanta marknaden synes dessutom vara nödvändig för att kontrollera huruvida villkoret enligt artikel 81.3 b EG i ett bestämt fall har uppfyllts för fastställandet att bestämmelserna i artikel 81.1 EG inte ska vara tillämpliga [125], medan den inte är det för att kontrollera huruvida de andra tre villkoren enligt artikel 81.3 EG är uppfyllda [126].

198. Det ska även i samband med fastställandet av en överträdelses allvar, för verkningarna av tillämpningen av artikel 15 i förordning nr 17, bedömas huruvida det är nödvändigt med en föregående definition av den relevanta marknaden med hänsyn till den särskilda bedömning som ska göras.

199. När det är fråga om bedömningen av en kartells konkreta inverkan finns det, för att kontrollera huruvida en kartell har haft liknande inverkan, enligt min mening inte anledning för kommissionen att i varje fall på förhand avgränsa den relevanta marknaden.

200. Kommissionen har i förevarande fall fastställt att kartellen hade verkningar på priset på citronsyra. De anmärkningar som klaganden framförde mot detta påstående vid

122 — Se exempelvis dom av den 31 maj 1979 i mål 22/78, Hugin mot kommissionen (REG 1979, s. 1869), punkt 5, domen i målet Michelin mot kommissionen (ovan fotnot 10), punkt 37, och dom av den 13 december 2007 i mål C-250/06, United Pan-Europe Communications m.fl. (REG 2007, s. I-11135), punkt 21.

123 — Beslut av den 16 februari 2006 i mål C-111/04 P, Adriatica di Navigazione mot kommissionen (REG 2006, s. I-22), punkt 31.

124 — Dom av den 19 mars 2003 i mål T-213/00, CMA, CGM m.fl. mot kommissionen (REG 2003, s. II-913), punkt 206. Min kursivering. Se även dom av den 6 juli 2000 i mål T-62/98, Volkswagen mot kommissionen (REG 2000, s. II-2707), punkt 230, och av den 8 juli 2004 i mål T-44/00, Mannesmannröhren-Werke mot kommissionen (REG 2004, s. II-2223), punkt 132.

125 — Se, för ett liknande resonemang, kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning (ovan fotnot 118), punkt 11, samt domen i målet CMA, CGM m.fl. mot kommissionen (ovan fotnot 125), punkt 226.

126 — Domen i målet CMA, CGM m.fl. mot kommissionen (ovan fotnot 125), punkt 226.

förstainstansrätten underkändes av denna med bedömningar som anges i punkterna 152–168 och 180–193 i den överklagade domen och som inte har ifrågasatts i överklagandet. Det ska således anses att dessa verkningar är slutgiltigt fastställda.

201. Förutsatt att den relevanta produktmarknaden i förevarande fall omfattar andra produkter än citronsyra kvarstår det faktum att kartellen har haft verkningar åtminstone på en del av denna hypotetiskt mer omfattande marknaden, nämligen den del som utgörs av citronsyra. Sedan dessa verkningar fastställts uppfyllde kommissionen enligt min mening sin skyldighet att visa att kartellen hade haft en konkret inverkan på marknaden. Det ankom i detta skede på klaganden att visa att dessa verkningar inte var avgörande genom att exempelvis åberopa och visa att dessa var uppvägda av motsatta verkningar som kartellen hade utlöst på andra delar av den mer omfattande marknaden. Såsom förstainstansrätten med rätta har påpekat i punkt 201 i den överklagade domen har klaganden emellertid inte anfört någon omständighet som gör att det kan anses att om kommissionen även hade beaktat ersättningsprodukterna för citronsyra borde den ha dragit slutsatsen att kartellens inverkan på den mer omfattande marknaden var obefintlig eller försumbar.

202. Överklagandet kan enligt min mening därför inte vinna bifall på denna grund.

J — *Den sjunde och den åttonde grunden: Åsidosättande av principen om skydd för berättigade förväntningar såvitt avser bedömningen av ADM:s samarbete under det administrativa förfarandet*

203. Vid förstainstansrätten kritiserade klaganden det angripna beslutet i den del i vilket den nekades den förmånliga tillämpningen av avdelning B i meddelandet om samarbete avseende ”[b]efrielse från böter eller mycket betydande nedsättning av bötesbeloppet”. I den del detta nekande motiverades med hänsyn till att ADM inte uppfyllde villkoret enligt avdelning B b stred det mot principen om skydd för berättigade förväntningar av två skäl. För det första hävdade klaganden att, i motsats till vad som påstått i det angripna beslutet, klaganden och inte Cerestar var det första företag som tillförde bevismaterial som var avgörande för att styrka att kartellen förelåg i den mening som avses i avdelning B b. Det bevismaterial som Cerestar tillhandahöll vid mötet den 29 oktober 1998 med kommissionens tjänstemän var enligt ADM inte tillräckligt för att styrka kartellens existens, i motsats till det bevismaterial som ADM hade tillhandahållit kommissionen vid mötet den 11 december 1998. För det andra gjorde klaganden gällande att det i vart fall vid olika möten med kommissionens tjänstemän och i skriftväxlingen med dessa tjänstemän under det administrativa förfarandet hade bekräftats för klaganden att den hade varit först med att samarbeta med kommissionen i den mening som avses i avdelning B i det ovannämnda meddelandet.

204. Förstainstansrätten underkände de båda ovannämnda anmärkningarna. Den första anmärkningen ansågs sakna verkan, eftersom

ADM inte hade uppfyllt villkoret enligt avdelning B e i meddelandet om samarbete. Det hade nämligen fastställts att ADM hade haft en ledande roll i kartellen och att de villkor som fastställts i avdelning B a–e ska vara kumulativt uppfyllda för att den ifrågavarande förmånen ska beviljas [127]. Den andra anmärkningen ansågs sakna grund, eftersom förstainstansrätten innan den undersökte de uttalanden som klaganden gjorde gällande ansåg att kommissionen inte under det administrativa förfarandet hade lämnat någon tydlig försäkran om att den hade beviljat ADM denna förmån och att den för övrigt inte hade kunnat lämna några sådana försäkringar, eftersom det endast är på grundval av en bedömning av all information som företagen har tillhandahållit under det administrativa förfarandet som kommissionen kan besluta huruvida ett av dem kan komma i åtnjutande av denna förmån [128].

1. Grunden avseende uttalandena av kommissionens tjänstemän under det administrativa förfarandet

205. Inom ramen för förevarande grund har klaganden hävdat att sedan det i punkterna 391–392 i den överklagade domen konstaterats att ”kommissionen verkligen försökte uppmuntra de berörda parterna att samarbeta med den fullt ut genom att göra denna uppgift så tilltalande som möjligt genom att hänvisa till avdelning B i meddelandet om samarbete” och att kommissionen ”uppgav... att ADM i princip var ’en tänkbar kandidat’ för en mycket betydande nedsättning av böterna med tillämpning av [den ovannämnda avdelningen]” borde förstainstansrätten ha dragit slutsatsen att klaganden hade getts sådana tydliga försäkringar som kunde ge upphov till berättigade förväntningar om att den ifrågavarande förmånen skulle beviljas.

206. Förstainstansrätten hade dessutom felaktigt ansett att sådana försäkringar inte kunde ges, eftersom kommissionens bedömning av företagens samarbete sker först i slutet av det administrativa förfarandet. I meddelandet om samarbete bekräftas att berättigade förväntningar uppstår vid den tidpunkt när bevisningen tillhandahålls.

207. Kommissionen har hävdat att förstainstansrättens påpekanden inte visar på någon felaktig rättstillämpning. Kommissionen har särskilt påpekat att meddelandet om samarbete visserligen ger upphov till berättigade förväntningar men att ett företag dock inte vid den tidpunkt då det tillhandahåller kommissionen bevisningen kan ha berättigade förväntningar om att denna ska bevilja det en nedsättning av bötesbeloppet enligt avdelning B i detta meddelande. Kommissionen kan nämligen bedöma huruvida detta företag uppfyller de kumulativa villkor som föreskrivs i denna punkt först efter det att den erhållit och bedömt all bevisning.

208. Jag noterar för det första att frågan om huruvida klaganden genom de uttalanden som gjorts av kommissionens tjänstemän

127 — Se den överklagade domen, punkterna 375–379.
128 — Se den överklagade domen, punkterna 384–395.

under det administrativa förfarandet har getts tydliga försäkringar om tillämpningen till dess förmån av avdelning B i meddelandet om samarbete, omfattas av den bedömning som förstainstansrätten har gjort av de faktiska omständigheterna. Denna bedömning kan inte kritiseras i överklagandet utom om det hävdas att de faktiska omständigheterna eller bevismaterialet av dessa har missuppfattats. I överklagandet har klaganden emellertid inte framfört något sådant påstående.

209. Jag anser för övrigt att förstainstansrättens slutsatser inte alls strider mot dess konstateranden i punkterna 391–392 i den överklagade domen (se ovan punkt 205), av vilka slutsatsen inte kan dras att klaganden hade getts tydliga försäkringar om att den skulle beviljas förmånen enligt avdelning B i meddelandet om samarbete. Det framgår endast av dessa konstateranden att kommissionens tjänstemän till ADM nämnde beviljandet av denna förmån som en möjlighet, ”med tillämpning” av denna avdelning, vilket innebär att de däri föreskrivna villkoren först måste vara uppfyllda.

210. Dessutom gjorde förstainstansrätten en riktig bedömning när den ansåg att vid den tidpunkt när klaganden samarbetade i kommissionens undersökning den i vart fall inte kunde ha några berättigade förväntningar om att denna förmån skulle beviljas. Klaganden borde redan vid denna tidpunkt ha varit medveten om att kommissionen, såsom uttryckligen anges i avdelning E.2 i meddelandet om samarbete [129], ska bedöma huruvida villkoren i avdelning B i detta meddelande är uppfyllda först vid den tidpunkt då ett slutgiltigt beslut antas.

211. Överklagandet kan därför inte vinna bifall på förevarande grund.

2. Grunden avseende åsidosättande av villkoren enligt avdelning B i meddelandet om samarbete

212. Inom ramen för förevarande grund har klaganden i huvudsak hävdat att förstainstansrätten gjorde en felaktig bedömning när den angav att den grund för klagandens talan i första instans som grundats på åsidosättandet av avdelning B b i meddelandet om samarbete, och således av principen om skydd för berättigade förväntningar, saknade verkan, eftersom ADM inte hade uppfyllt villkoret enligt avdelning B e. Denna felaktiga bedömning är en följd av förstainstansrättens felaktiga rättstillämpning vid prövningen av de grunder genom vilka klaganden ifrågasatte kommissionens bedömning att den hade haft en ledande roll i kartellen.

129 — Enligt denna kommer ”[b]eslut om huruvida villkoren i avsnitten B, C eller D är uppfyllda och därmed huruvida nedsättning av böterna, eller till och med befrielse från böter, skall beviljas... att fattas först vid den tidpunkt då ett slutgiltigt beslut antas av kommissionen”.

213. Kommissionen har påpekat att klaganden genom förevarande grund endast har upprepat de anmärkningar som den framfört i samband med de andra grunderna mot de bedömningar genom vilka förstainstansrätten bekräftade att ADM betraktades som ledare för kartellen, vilket angetts i det angripna beslutet. Kommissionen har således hävdat att överklagandet inte kan vinna bifall på denna grund, eftersom dessa anmärkningar, såsom kommissionen har anfört som svar på dessa, saknar grund.

214. Eftersom jag efter undersökningen av grunderna avseende ADM:s påstådda ledarroll i citronsyrekartellen ansåg att det av processuella och materiella skäl inte kunde dras slutsatsen att klaganden faktiskt hade haft en sådan roll, kan jag inte annat än föreslå att överklagandet kan vinna bifall även på förevarande grund. Eftersom det med andra ord inte kan anses att klaganden var en ledare för denna kartell och att klaganden därför inte uppfyllde villkoret enligt avdelning B e i meddelandet om samarbete, borde förstainstansrätten i sak ha prövat anmärkningen avseende kommissionens felaktiga tillämpning av avdelning B b i detta.

215. Den överklagade domen ska följaktligen upphävas i den del i vilken denna anmärkning har ansetts sakna verkan. Jag ska nu undersöka denna anmärkning mot bakgrund av att jag anser att ärendet är färdigt för avgörande, varför domstolen själv slutligt kan avgöra detta i enlighet med artikel 61 första stycket i dess stadga.

K — *Talan mot det angripna beslutet: Huruvida klaganden enligt avdelning B b i meddelandet om samarbete ska anses vara det företag som var först med att tillhandahålla kommissionen bevismaterial som var avgörande för att styrka att kartellen förelåg*

216. Klaganden hävdade vid förstainstansrätten att den var det företag som var först med att tillhandahålla kommissionen bevismaterial som var avgörande för att styrka att citronsyrekartellen förelåg. Detta bevismaterial hade genom direkta vittnesmål under mötet den 11 december 1998 mellan dess företrädare och kommissionens tjänstemän tillhandahållits som bevishandlingar från tiden då kartellen bildades och som handlingar som beskrev sammanhanget och hur kartellen hade genomförts. Omvänt kunde det bevismaterial som Cerestar tillhandahållit vid mötet den 29 oktober 1998 mellan detta företag och kommissionens tjänstemän inte, i motsats till vad som ansetts i det angripna beslutet, betraktas som avgörande för att styrka att kartellen förelåg.

217. Klaganden har i det sistnämnda avseendet anfört följande argument [130]:

— Cerestar har inte lämnat upplysningar om kartellen avseende perioden före dess inblandning i denna.

130 — Se ansökan i första instans, punkt 9.2.1.

— De upplysningar som Cerestar lämnat beträffande datum för kartellens möten och deltagarna i dessa var inte exakta eller avgörande och Cerestar har efter en grundligare kontroll delvis återkallat dem.

— Cerestar har lämnat vaga och föga klargörande upplysningar vad beträffar syftet med mötena och har inte lämnat någon exakt uppgift om överenskomna priser och kvoter.

— Det framgår inte huruvida Cerestar har försett kommissionen med några direkta vittnesmål.

— Cerestar ansåg det vara nödvändigt att utveckla och klargöra de muntliga uttalandena vid mötet den 29 oktober 1998 genom att sända ytterligare upplysningar, vilket dock skedde efter mötet den 11 december 1998 mellan ADM och kommissionens tjänstemän.

— Kommissionen riktade den 3 mars 1999 en begäran om mer detaljerade upplysningar till Cerestar, vilken hade baserats på ADM:s uppgifter.

218. Kommissionen invände att det förhållandet att upplysningar från ett företag inte är fullständiga inte, i den mening som avses i avdelning B b i meddelandet om samarbete, hindrar att det kan anses att sådana upplysningar utgör material som är avgörande för att styrka att en kartell föreligger. Denna bestämmelse kräver inte bevis om kartellens exakta varaktighet eller om dess samtliga medlemmars ständiga deltagande.

219. Jag påpekar inledningsvis att klaganden inte har ifrågasatt att material som är avgörande i den mening som avses i denna bestämmelse även kan tillhandahållas muntligen och inte har påtalat att innehållet i de muntliga uttalanden som Cerestars företrädare gjorde vid mötet den 29 oktober 1998 var oklart. Innehållet i dessa uttalanden framgår av en ”anteckning i akten” av den 6 november 1998 som en av kommissionens tjänstemän som var närvarande vid detta möte hade gjort och som enligt en särskild begäran av förstainstansrätten lades till handlingarna i målet i första instans. Klaganden har inte heller ifrågasatt, eller har åtminstone inte gjort det på ett tillräckligt klart och utmärkande sätt, vad som fastställts i början av punkt 306 i det angripna beslutet, och med andra ord att de upplysningar som Cerestar lämnade vid detta möte motsvarar de upplysningar som förekommer i Cerestars skriftliga uttalande.

220. För att undersöka förevarande anmärkning som framförts i ansökan i första instans ska det således, mot bakgrund av klagandens argument, endast kontrolleras huruvida dessa upplysningar, såsom de framgår av den ovannämnda ”anteckningen i akten” och av Cerestars skriftliga uttalande, utgjorde material som var avgörande för att styrka att citronsyrekartellen förelåg.

221. Det ska i detta avseende först och främst påpekas att, såsom redan klarlagts i förstainstansrättens rättspraxis, begreppet ”bevismaterial som är avgörande för att bevisa att kartellen finns” i den mening som avses i avdelning B b i meddelandet om samarbete inte avser bevis som i sig är tillräckliga för att fastställa att det föreligger en kartell [131]. Det material som tillhandahålls ska dock inte bara vara en vägledande källa för kommissionens utredning, utan ska kunna användas direkt för att bevisa överträdelsen [132].

222. Den aktuella bestämmelsen kräver nämligen inte att det tillförs bevismaterial beträffande samtliga faktiska omständigheter som konstaterats i kommissionens beslut [133]. Det material som tillhandahålls ska följaktligen inte med nödvändighet täcka hela den period under vilken kartellen förelegat. I denna bestämmelse föreskrivs inte heller att bevismaterialet med nödvändighet ska tillföras genom direkta vittnesmål av deltagarna i den otillåtna verksamheten. Det första och det fjärde argumentet som återgetts ovan i punkt 217 saknar därför grund och ska underkännas.

223. Enbart den omständigheten att Cerestar efter mötet den 29 oktober 1998 avsåg att lämna ytterligare upplysningar eller att kommissionen hade sänt en begäran till företaget om upplysningar saknar betydelse för att fastställa huruvida det material som tillfördes vid detta möte var avgörande för att styrka att kartellen förelåg. Även det femte och det sjätte argumentet som återgetts ovan i punkt 217 ska således underkännas.

224. Vad avser det förhållandet att de upplysningar som Cerestar lämnade den 29 oktober 1998 om datumen för mötena och deltagarna i kartellen, påpekar jag att de omständigheter som klaganden har gjort gällande – med andra ord att i dessa upplysningar åtta möten identifierades enbart som ”möjliga” möten i kartellen, att deltagarnas identitet vid mötena endast angavs med hänsyn till tre faktiskt fastställda möten i kartellen och att sex av de möten som angavs i dessa upplysningar enligt kommis-

131 — Se domen i målet Tokai Carbon m.fl. mot kommissionen (ovan fotnot 30), punkt 362, och domen i målet BASF mot kommissionen (ovan fotnot 30), punkt 492, samt förstainstansrättens dom av den 15 mars 2006 i mål T-26/02, Daiichi Pharmaceutical mot kommissionen (REG 2006, s. II-713), punkt 156, i vilka alla det har påpekats att adjektivet ”tillräckliga” som använts i avdelning B a i meddelandet om samarbete, däremot inte förekommer i avdelning B b i detta meddelande. Se även förstainstansrättens dom av den 26 april 2007 i de förenade målen T-109/02, T-118/02, T-122/02, T-125/02 och T-126/02, T-128/02 och T-129/02, T-132/02 och T-136/02, Bolloré m.fl. mot kommissionen (REG 2007, s. II-947), punkt 692.

132 — Se domen i målet BASF mot kommissionen (ovan fotnot 30), punkt 493, och domen i målet Daiichi Pharmaceutical mot kommissionen (ovan fotnot 132), punkt 157.

133 — I detta avseende, se domen i målet Daiichi Pharmaceutical mot kommissionen (ovan fotnot 132), punkt 162.

sionens konstateranden inte hade ägt rum – innebär inte att det kan uteslutas att Cerestar med dessa upplysningar dock har tillhandahållit kommissionen avgörande material. Faktum kvarstår att, såsom framgår av klagandens påpekanden, Cerestar med dessa upplysningar – som vid behov försetts med lämpliga och förståeliga förbehåll, mot bakgrund av den tid som förflutit och den påstådda bristen på pappersdokumentation – kunde identifiera ett visst antal i det angripna beslutet fastställda möten i kartellen samt deltagarna i dessa [134].

225. Vad slutligen avser den påstått vaga och föga klargörande karaktären av de upplysningar som Cerestar lämnade den 29 oktober 1998 vad beträffar syftet med mötena i kartellen och det förhållandet att det saknades exakta uppgifter om överenskomna priser och kvoter, anser jag att det inte är fråga om sådana omständigheter som kan utesluta att Cerestar i dessa uppgifter har tillfört material som är avgörande för att styrka att kartellen förelåg.

226. Visserligen är dessa upplysningar inte fullständiga så att det för varje fastställt möte i kartellen som det redogörs för i dessa kan anges datum, plats, deltagare, syfte och diskussionernas gång. Dessa upplysningar ger dock för vart och ett av dessa möten specifika detaljer som gör att de direkt kan användas som bevismaterial för de omständigheter som utgjorde överträdelsen, vilka omständigheter fullt ut bevisas genom att dessa upplysningar ställs samman med det bevismaterial som kommissionen därefter förvärvat från andra källor.

227. På så sätt har exempelvis kommissionen – även om det är riktigt att det i de upplysningar som Cerestar lämnade i fråga om kartellens möte den 19 maj 1992 i Jerusalem inte angavs syftet med diskussionerna, utan endast det ungefärliga datumet, platsen och deltagarna – tack vare upplysningar från andra företag kunnat fastställa att ett kompensationssystem vid detta möte undersöktes med avseende på försäljningen mellan kartellens medlemmar för de fall i vilka de överenskomna individuella marknadskvoterna hade överskridits [135]. Dessa upplysningar som lämnats av andra företag visade sig i sin tur bekräftas av de upplysningar som Cerestar lämnade den 29 oktober 1998. Även om det i dessa upplysningar saknades hänvisningar till specifika kartellmöten beskrevs det ovannämnda kompensationssystemet i allmänna ordalag och kvantitativa detaljer gavs om enskilda transaktioner som Cerestar slutfört för kompensationsändamål.

228. Med avseende på mötet den 2 november 1994 i Bryssel [136] omfattade Cerestars upplysningar för övrigt även hänvisningar till syftet med diskussionerna och, särskilt, det

134 — Det är särskilt fråga om mötena den 19 maj 1992 i Jerusalem (se punkt 103 i det angripna beslutet och s. 5 i Cerestars skriftliga uttalande, där den följande dagen anges som troligt datum för mötet, således med en minimal tidsskillnad), den 1 juni 1993 i Irland (se punkt 113 i det angripna beslutet och s. 6 i Cerestars skriftliga uttalande) och den 27 oktober 1993 i Brygge (se punkt 118 i det angripna beslutet och s. 6 i Cerestars skriftliga uttalande).

135 — Se punkt 103 i det angripna beslutet.

136 — Se punkt 122 i det angripna beslutet och s. 7–8 i Cerestars skriftliga uttalande.

initiativ som deltagarna vid mötet enades om att genom sina företrädare hota de kinesiska tillverkarna med ett dumpningsklagomål.

229. Den omständigheten att kommissionen för att visa de omständigheter som utgjorde överträdelsen, såsom de olika fastställda kartellmötena, borde ha samordnat det bevismaterial som Cerestar tillhandahöll den 29 oktober 1998 med det bevismaterial som därefter tillhandahölls av andra företag i kartellen eller av Cerestar utesluter inte det ”avgörande” värdet av detta förstnämnda material, som just är lämpligt för att användas direkt som bevis och inte enbart som vägledande källa för kommissionens undersökningar.

230. Det är dessutom riktigt att de upplysningar som Cerestar lämnade den 29 oktober 1998 inte innehöll några exakta uppgifter om de överenskomna priserna och i fråga om kvoterna enbart hänvisade till den kvot på 5 procent av kartellmedlemmarnas totala världsförsäljning som tilldelats Cerestar självt.

231. Dessa upplysningar innebär dock att kartellens medlemmar identifierats, att överträdelsens ungefärliga varaktighet kunnat hänföras till perioden 1991–1995, att ett visst antal kartellmöten, platsen för dessa möten och deltagarna i dessa har identifierats och att det getts en detaljerad redogörelse för de omständigheter under vilka Cerestar anslutit sig till kartellen. Dessa upplysningar innehåller vidare en allmän men därför inte vag beskrivning av kartellens sätt att fungera, med hänvisning till typen av möten (Masters- och Sherpa-möten) och till de olika ämnesområden som omfattats av avtalen (särskilt priser, tilldelning av marknadskvoter och informationsutbyte om försäljningsvolymer). Det råder enligt min mening inget tvivel om att Cerestar med dessa upplysningar, även om de inte har sifferuppgifter om överenskomna priser och kvoter, har tillhandahållit material som är avgörande för att styrka att kartellen förelåg [137] och som väsentligt kunde underlätta kommissionens uppgift att tolka och bevisa de omständigheter som utgjorde den påstådda överträdelsen. Om vidare detta bidrag, med betraktande av att detaljerna i detta är begränsade, förtjänade en så omfattande nedsättning av böterna som kommissionen beviljade Cerestar (90 procent) är en annan fråga som uppenbart inte ska behandlas här.

232. Klagandens argument innebär enligt min mening därför inte att det har visats att kommissionen gjorde en felaktig bedömning när den ansåg att det material som Cerestar lämnade vid mötet den 29 oktober 1998 var avgörande för att styrka att citronsyrekartellen förelåg.

137 — Se, i fråga om ett analogt förslag till avgörande med jämförbara omständigheter, domen i målet BASF mot kommissionen (ovan fotnot 30), punkt 568, samt förstainstansrättens dom av den 27 september 2006 i mål T-322/01, Roquette Frères mot kommissionen (REG 2006, s. II-3137), punkterna 238–244, särskilt punkt 242, och dom i mål T-329/01, Archer Daniels Midland mot kommissionen (REG 2006, s. II-3255), punkterna 320–324, särskilt punkt 323.

233. Den anmärkning som klaganden i talan mot det angripna beslutet anfört i detta avseende ska enligt min mening därför underkännas.

L — *Förnyat fastställande av det bötesbelopp som klaganden ålagts*

234. Genom att dra konsekvenserna av de hittills anförda övervägandena och slutsatserna anser jag att domstolen, när den slutligt ska avgöra ärendet i den mening som avses i artikel 61 första stycket i dess stadga, på nytt ska fastställa det bötesbelopp som ålagts klaganden i det angripna beslutet enligt följande. Den höjning med 35 procent som på grund av den försvårande omständigheten av rollen som ledare för kartellen tillämpades på det av kommissionen beräknade grundbeloppet för dessa böter ska ogillas. På det sistnämnda beloppet, som motsvarar 58,8 miljoner euro, ska det således tillämpas den nedsättning med 50 procent som kommissionen beviljade enligt avdelning D i meddelandet om samarbete.

235. De böter som ålagts klaganden skulle på så sätt nedsättas till 29,4 miljoner euro.

M — *Rättegångskostnaderna*

236. Enligt artikel 122 första stycket i domstolens rättegångsregler ska domstolen, när ett överklagande bifalls och när slutlig dom avkunnas, besluta om rättegångskostnaderna. Enligt artikel 69.2 i samma regler, som med stöd av artikel 118 i dessa är tillämplig på förfarande om överklagande, ska tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Enligt artikel 69.3 kan dock domstolen, om parterna ömsom tappar målet på en eller flera punkter besluta att kostnaderna ska delas eller att vardera parten ska bära sin kostnad.

237. I förevarande fall anser jag att det med hänsyn till att parterna ömsom tappat målet är lämpligt att förordna att var och en av dem ska bära sin rättegångskostnad i förevarande mål om överklagande.

238. Dessutom anser jag att det med hänsyn till att den överklagade domen delvis ska upphävas och klagandens yrkanden mot det angripna beslutet delvis bifallas, med delvis bifall av de yrkanden som klaganden i detta avseende anfört i överklagandet, är rättvist att ändra beslutet om rättegångskostnader i den överklagade domen. Jag föreslår i detta avseende att kommissionen ska förpliktas att ersätta en fjärdedel, och inte endast en tiondel, av klagandens rättegångskostnader i förfarandet vid förstainstansrätten och att klaganden ska förpliktas att ersätta övriga rättegångskostnader i detta förfarande.

III — Förslag till avgörande

239. Mot bakgrund av vad som ovan anförts föreslår jag att domstolen ska

1. upphäva Europeiska gemenskapernas förstainstansrätts dom av den 27 september 2006 i mål T-59/02, Archer Daniels Midland mot kommissionen i den del i vilken förstainstansrätten har ogillat klagandens anmärkning om att rätten till försvar har åsidosatts på grund av att det i meddelandet om invändningar inte angetts de faktiska omständigheter som kommissionen lade till grund för sitt beslut 2002/742/EG av den 5 december 2001 om ett förfarande enligt artikel 81 EG och artikel 53 i EES-avtalet (ärende COMP/E-1/36-604 – Citronsyra), i vilket kommissionen betraktade klaganden som ledare för kartellen, eller i andra hand upphäva den ovannämnda domen i den del i vilken förstainstansrätten har ogillat de anmärkningar som grundats på ett åsidosättande av de processuella garantierna och som klaganden framfört avseende att kommissionen använt FBI-rapporten för att bevisa den roll som ledare som klaganden skulle ha haft i kartellen,

2. upphäva den ovannämnda domen i den del i vilken förstainstansrätten har ogillat klagandens anmärkning om att proportionalitetsprincipen har åsidosatts på grund av att det inte beviljats någon förmildrande omständighet enligt punkt 3 tredje strecksatsen i kommissionens riktlinjer för beräkning av böter som dömts ut enligt artikel 15.2 i förordning nr 17 och artikel 65.5 i EKSG-fördraget,

3. upphäva den ovannämnda domen i den del förstainstansrätten har ogillat klagandens anmärkning avseende kommissionens felaktiga tillämpning av avdelning B b i dess meddelande av år 1996 om befrielse från eller nedsättning av böter i kartellärenden såsom verkningslös,

4. fastställa det bötesbelopp som ska åläggas klaganden till 29,4 miljoner euro,

5. ogilla överklagandet i övrigt,

6. förplikta kommissionen att ersätta en fjärdedel av klagandens rättegångskostnader i förfarandet vid förstainstansrätten och bära sin rättegångskostnad i förevarande mål om överklagande,

7. förplikta klaganden att såvitt avser förfarandet vid förstainstansrätten bära tre fjärdedelar av sina rättegångskostnader och ersätta kommissionens samtliga rättegångskostnader, samt bära sin rättegångskostnad i förevarande mål om överklagande.