FÖRSTAINSTANSRÄTTENS DOM (tredje avdelningen)

den 27 september 2006 *

I mål T-314/01,

Coöperatieve Verkoop- en Productievereniging van Aardappelmeel en Derivaten Avebe BA, Veendam (Nederländerna), företrätt av advokaten C. Dekker,

sökande,

mot

Europeiska gemenskapernas kommission, företrädd av A. Bouquet, A. Whelan och W. Wils, samtliga i egenskap av ombud, biträdda av advokaten M. van der Woude,

svarande,

angående en talan om ogiltigförklaring av artikel 1 i beslut K(2001) 2931 slutlig av den 2 oktober 2001 om ett förfarande enligt artikel 81 i EG-fördraget och artikel 53 i EES-avtalet (COMP/E-1/36.756 — Natriumglukonat) i den mån den avser sökanden och, i andra hand, ogiltigförklaring av artikel 3 i detta beslut i den mån den avser sökanden,

* Rättegångsspråk: nederländska.

meddelar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (tredje avdelningen)

sammansatt av ordföranden J. Azizi samt domarna M. Jaeger och F. Dehousse,

justitiesekreterare: handläggaren J. Plingers,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 17 februari 2004,

följande

Dom

Bakgrund till tvisten

1 Coöperatieve Verkoop- en Productievereniging van Aardappelmeel en Derivaten Avebe BA (nedan kallat Avebe) är moderbolag i en koncern specialiserad på bearbetning av stärkelse. Vid tiden för de faktiska omständigheterna i målet och fram till december 1995 var Avebe aktivt på natriumglukonatmarknaden genom delägarskap i bolaget Glucona vof, ett företag som Avebe kontrollerade gemensamt med bolaget Akzo Nobel Chemicals BV (nedan kallat ANC), ett bolag som kontrollerades av Akzo Nobel NV (nedan kallat Akzo). I december 1995 förvärvade Avebe ANC:s andel av Glucona vof, vilket omvandlades till ett aktiebolag med

firmanamnet Glucona BV (bolagen Glucona vof och Glucona BV kallas nedan utan åtskillnad Glucona).

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

3 År 1995 uppgick den totala försäljningen av natriumglukonat i världen till omkring 58,7 miljoner euro, varav försäljningen inom europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES) uppgick till omkring 19,6 miljoner euro. Vid tidpunkten för omständigheterna i målet svarade fem företag för nästan hela världsproduktionen av natriumglukonat, nämligen Fujisawa Pharmaceutical Co. Ltd (nedan kallat Fujisawa), Jungbunzlauer AG, Roquette Frères SA (nedan kallat Roquette), Glucona vof och Archer Daniels Midland Co. (nedan kallat ADM).

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

5 Den 18 februari 1998 riktade kommissionen med stöd av artikel 11 i rådets förordning nr 17 av den 6 februari 1962, Första förordningen om tillämpning av fördragets artiklar [81] och [82] (EGT L 13, 1962, s. 204; svensk specialutgåva, område 8, volym 1, s. 8), begäran om upplysningar till de huvudsakliga tillverkarna, importörerna, exportörerna och köparna av natriumglukonat i Europa.

6 Med anledning av begäran om upplysningar tog Fujisawa kontakt med kommissionen och angav att företaget samarbetat med amerikanska myndigheter i samband med den ovan beskrivna utredningen och att företaget hade för avsikt att göra detsamma med kommissionen på grundval av kommissionens meddelande av den 18 juli 1996 om befrielse från eller nedsättning av böter i kartellärenden (EGT C 207, s. 4) (nedan kallat meddelandet om samarbete). Efter ett möte med kommissionen den 1 april 1998 lämnade Fujisawa den 12 maj 1998 en skriftlig förklaring och en akt med en beskrivning av kartellens utveckling och ett antal andra handlingar.

7 Kommissionen genomförde den 16 och 17 september 1998 kontroller med stöd av artikel 14.3 i förordning nr 17 i lokaler som tillhörde Avebe, Glucona, Jungbunzlauer och Roquette.

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

9 På grundval av upplysningar den hade erhållit riktade kommissionen den 17 maj 2000 ett meddelande om anmärkningar avseende åsidosättande av

artikel 81.1 EG och artikel 53.1 i avtalet om EES (nedan kallat EES-avtalet) till Avebe och de andra berörda företagen. Avebe och övriga berörda företag besvarade kommissionens anmärkningar i skriftliga yttranden. Ingen av parterna begärde att möte skulle hållas eller bestred riktigheten i de faktiska omständigheter som angavs i meddelandet om anmärkningar.

10 Den 11 maj 2000 sände kommissionen begäran om kompletterande upplysningar till Avebe och de andra berörda företagen.

11 Den 2 oktober 2001 antog kommissionen beslut K(2001) 2931 slutlig om ett förfarande enligt artikel 81 EG och artikel 53 i EES-avtalet (COMP/E-1/36.756 — Natriumglukonat) (nedan kallat beslutet). Beslutet delgavs Avebe genom skrivelse av den 10 oktober 2001.

12 Beslutet innehåller bland annat följande bestämmelser:

"Artikel 1

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

Överträdelsens varaktighet

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

— beträffande [Jungbunzlauer] mellan maj 1988 och juni 1995,

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

...

Artikel 3

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

a) [Akzo]	9 miljoner euro
b) [ADM]	10,13 miljoner euro
c) [Avebe]	3,6 miljoner euro
d) [Fujisawa]	3,6 miljoner euro
e) [Jungbunzlauer]	20,4 miljoner euro
f) [Roquette]	10,8 miljoner euro"

13 I punkterna 296–309 bedömde kommissionen de kopplingar som fanns mellan Glucona och dess moderbolag, Avebe och Akzo, under den tid kartellen varade. Kommissionen noterade särskilt att Glucona fram till den 15 augusti 1993 hade styrts gemensamt av representanter för Avebe och Akzo men efter detta datum, till följd av omstruktureringen av företaget, hade styrts uteslutande av en representant för Avebe. Kommissionen fann likväl att Avebe och Akzo skulle hållas ansvariga för deras dotterbolags konkurrensbegränsande beteende under hela den avsedda perioden och att beslutet därför skulle riktas till dem.

14 För beräkningen av bötesbeloppet tillämpade kommissionen i beslutet den metod som anges i riktlinjerna för beräkning av böter som åläggs enligt artikel 15.2 i förordning nr 17 och artikel 65.5 i EKSG-fördraget (EGT C 9, 1998, s. 3) (nedan kallade riktlinjerna) och i meddelandet om samarbete.

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

16 Beträffande hur allvarlig överträdelsen varit ansåg kommissionen härvid först och främst att de berörda företagen hade begått en mycket allvarlig överträdelse, med hänsyn till dess art och konkreta inverkan på natriumglukonatmarknaden inom EES och till den berörda geografiska marknadens omfång (punkt 371 i beslutet).

17 Kommissionen ansåg därefter att den verkliga ekonomiska möjligheten att skada konkurrensen måste beaktas och att böter skulle fastställas till sådana belopp att en avskräckande verkan uppnåddes. Kommissionen klassificerade de berörda företagen i två kategorier med utgångspunkt i den världsomsättning av natriumglukonat under år 1995 — det sista året för överträdelsen — som dessa meddelat kommissionen efter dennas begäran om upplysningar och varpå kommissionen grundade sin

beräkning av företagens respektive marknadsandelar. I den första kategorin placerade kommissionen de företag som enligt de uppgifter som den förfogade över hade en världsmarknadsandel avseende natriumglukonat som översteg 20 procent, nämligen Fujisawa (35,54 procent), Jungbunzlauer (24,75 procent) och Roquette (20,96 procent). För dessa företag fastställde kommissionen ett utgångsbelopp på 10 miljoner euro. I den andra kategorin placerade kommissionen de företag som enligt de uppgifter den förfogade över hade en världsmarknadsandel avseende natriumglukonat som understeg tio procent, nämligen Glucona (omkring 9,5 procent) och ADM (9,35 procent). För dessa företag fastställde kommissionen ett utgångsbelopp för böterna på 5 miljoner euro, det vill säga 2,5 miljoner euro var för Akzo och Avebe som tillsammans ägde Glucona (punkt 385 i beslutet).

18 Kommissionen justerade utgångsbeloppet för att säkerställa att böterna skulle ha en tillräckligt avskräckande verkan och för att beakta den omständigheten att stora företag har kunskaper om de rättsliga och ekonomiska infrastrukturerna som gör det möjligt för dem att bättre bedöma huruvida deras agerande innebär en överträdelse och följderna därav i konkurrensrättsligt hänseende. Med hänsyn till de berörda företagens totala resurser tillämpade kommissionen därför multiplikatorkoefficienten 2,5 på de utgångsbelopp som fastställts för ADM och Akzo och ökade därmed utgångsbeloppet så att detta fastställdes till 12,5 miljoner euro för ADM och till 6,25 miljoner euro för Akzo (punkt 388 i beslutet).

19 Utgångsbeloppet ökades därutöver med 10 procent för varje år respektive företags överträdelse pågått, vilket innebar en ökning med 80 procent för Fujisawa, Akzo, Avebe och Roquette, med 70 procent för Jungbunzlauer och med 35 procent för ADM (punkterna 389–392 i beslutet).

20 Kommissionen fastställde således grundbeloppet för Avebes böter till 4,5 miljoner euro. Grundbeloppen för ADM, Akzo, Fujisawa, Jungbunzlauer och Roquette fastställdes till 16,88 miljoner, 11,25 miljoner, 18 miljoner, 17 miljoner respektive 18 miljoner euro (punkt 396 i beslutet).

21 För det andra ökades grundbeloppet för de böter som ålagts Jungbunzlauer med 50 procent, på grund av den försvårande omständigheten att detta företag hade haft en ledande roll i kartellen (punkt 403 i beslutet).

22 För det tredje tog kommissionen ställning till och avvisade de argument som vissa företag, däribland Avebe, framfört om att förmildrande omständigheter förelåg för dessa företag (punkterna 404–410 i beslutet).

23 För det fjärde gav kommissionen, med stöd av avdelning B i meddelandet om samarbete, Fujisawa en "mycket betydande nedsättning" (80 procent) av det bötesbelopp som skulle ha ålagts företaget om det inte samarbetat. Kommissionen ansåg vidare att ADM inte uppfyllde villkoren i avdelning C i det ovannämnda meddelandet för att kunna medges en "betydande nedsättning" av det bötesbelopp som ålagts företaget. Med stöd av avdelning D i det ovannämnda meddelandet medgav kommissionen en "väsentlig nedsättning" (40 procent) av de bötesbelopp som ålagts ADM och Roquette och med 20 procent av de bötesbelopp som ålagts Akzo, Avebe och Jungbunzlauer (punkterna 418, 423, 426 och 427 i beslutet).

Förfarandet och parternas yrkanden

24 Avebe väckte förevarande talan genom ansökan som ingavs till förstainstansrättens kansli den 17 december 2001.

25 På grundval av referentens rapport beslutade förstainstansrätten (tredje avdelningen) att inleda det muntliga förfarandet och att, såsom åtgärder för processledning enligt artikel 64 i rättegångsreglerna, ställa vissa skriftliga frågor till parterna. Dessa besvarade frågorna inom föreskriven tid.

26 Parterna utvecklade sin talan vid förhandlingen den 17 februari 2004.

27 Avebe har yrkat att förstainstansrätten skall

— ogiltigförklara artikel 1 i beslutet i den mån företaget där anses ha gjort sig skyldigt till en överträdelse under perioden från februari 1987 till den 15 augusti 1993,

— i andra hand, ogiltigförklara artikel 1 i beslutet i den mån företaget där anses ha gjort sig skyldigt till en överträdelse före den 30 april 1990,

— i tredje hand, ogiltigförklara artikel 3 i beslutet i den mån den avser sökanden, och

— förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

28 Kommissionen har yrkat att förstainstansrätten skall

— ogilla talan, och

— förplikta Avebe att ersätta rättegångskostnaderna.

Rättslig bedömning

A — *Inledning*

29 Avebe har inte bestritt att kartellen utgjorde en överträdelse av artikel 81 EG. Företaget har inte heller bestritt ansvar för denna överträdelse för tiden från den 15 augusti 1993, då företaget ensamt tog över ledningen av Glucona (se ovan punkt 13), fram till dess att kartellen upphörde. Däremot anser Avebe att kommissionen inte kunde hålla företaget ansvarigt för Gluconas överträdelse under tiden före den 15 augusti 1993.

30 Avebe har anfört fyra grunder, nämligen åsidosättande av för det första motiveringsskyldigheten, för det andra rätten till försvar, för det tredje artikel 81.1 EG och artikel 15.2 i förordning nr 17 och för det fjärde proportionalitetsprincipen.

31 Innan förstainstansrätten uttalar sig om huruvida de olika åberopade grunderna är välgrundade är det lämpligt att erinra om vissa delar av kommissionens bedömning, enligt vad som framgår av punkterna 296–309 i beslutet.

32 Kommissionen inledde sin bedömning med att i punkt 296 i beslutet konstatera att det "[framgick] av de faktiska omständigheterna att Glucona inte [hade] bestämt sitt beteende på ett självständigt sätt utan [hade] följt de instruktioner som dess moderbolag [ANC och Avebe] lämnat. Samtliga chefer inom Glucona hade samtidigt arbetsuppgifter inom dessa moderbolag."

33 Kommissionen beskrev därefter, i punkterna 297–299 i beslutet, Gluconas interna organisation på följande sätt:

"(297) Från den 1 april 1972 till den 15 augusti 1993 utgjordes ledningsgruppen för partnerskapet av två direktörer, en utsedd av vartdera moderbolaget, vilka var gemensamt ansvariga för Gluconas politik och ledningen av företaget. Akzos representant svarade för försäljning och handelspolitik medan Avebes tog hand om tillverkning samt forsknings- och utvecklingsverksamhet. Glucona hade dessutom ett övervakningsråd bestående av två representanter för respektive moderbolag. Posten som ordförande i övervakningsrådet alternerade mellan Akzos och Avebes representanter.

(298) Den 15 augusti 1993 ändrades Gluconas ledningsstruktur och företaget fick en enda direktör. En av Avebes anställda utsågs till posten.

(299) Det framgår av den skriftliga bevisningen att den direktör som utsågs av Akzo spelade en betydande roll i Gluconas ledning fram till augusti 1993. Under den aktuella perioden delade Glucona lokaler med Akzo i Amersfoort [i Nederländerna]. I alla handlingar från den tiden som kommissionen har i sin besittning omtalar medlemmarna i kartellen Glucona som 'Akzo'. Med tanke på arten av deras ansvarsområde (handelspolitik och försäljning) deltog Akzos representanter mer direkt i kartellens verksamhet, åtminstone fram till augusti 1993. Från den tidpunkten var en av Avebes anställda ensam företagsledare för Glucona och det finns omständigheter som tyder på att han därefter tog aktiv del i kartellens verksamhet. För detta ändamål gav hans företrädare honom den nödvändiga informationen under sommaren 1993."

34 I punkt 300 i beslutet sammanfattade kommissionen den bedömning den gjort i meddelandet om anmärkningar angående de berörda företagens ansvar för överträdelsen på följande sätt:

"I sitt meddelande om anmärkningar uppgav kommissionen att den avsåg att hålla Akzo och Avebe gemensamt ansvariga för hela den tid som överträdelsen varade. Med hänsyn till det system med dubbelt ledarskap som moderbolaget valt, till deras lika delaktighet i det gemensamma företaget och till de två direktörernas delade ansvar anser kommissionen att det finns skäl att anta att de utövade lika stort inflytande över det gemensamma företagets beteende och fick samma information om Gluconas deltagande i kartellen."

35 I punkterna 301–305 i beslutet sammanfattade kommissionen de synpunkter som Akzo och Avebe lämnat på detta i sina svar på meddelandet om anmärkningar. Kommissionen noterade särskilt följande, i punkt 301 i beslutet:

"I sitt svar på meddelandet om anmärkningar bestred Akzo inte kommissionens ståndpunkt och bekräftade att Avebe hela tiden hade hållits underrättat om Gluconas deltagande i kartellen för natriumglukonat: 'Det stämmer visserligen att Akzos representant i ledningsgruppen svarade för handelspolitik och försäljning och Avebes representant för tillverkning samt forskning och utveckling, men Avebe hölls ändå hela tiden underrättat om de konkurrensbegränsande avtal som Glucona ingick och tog del i ansvaret för dessa.' Akzo tillade att Avebe var fullt informerad om de konkurrensbegränsande avtal som Glucona ingick även om Avebe före år 1993 inte självt var part i avtalet om att upprätta kartellen."

36 I punkt 306 i beslutet medgav kommissionen "att Avebe såvitt den [kände] till inte vid något tillfälle för egen del deltog i kartellens multilaterala möten före oktober 1993" och att "Akzo för övrigt [hade medgett] att [Avebe] före år 1993 inte för egen del var part i avtalet om att upprätta kartellen". Kommissionen tillade dock "att det inte [rådde] något tvivel om att Avebes ledamöter i Gluconas styrelse kände till sistnämnda företags konkurrensbegränsande beteende".

37 I punkterna 307 och 308 i beslutet anförde kommissionen följande till stöd för sistnämnda slutsats:

— För det första beaktade kommissionen att Gluconas två direktörer, som utsetts av Akzo respektive Avebe, fram till augusti 1993 ansvarade gemensamt för Gluconas ledning och att Akzo och Avebe genom dessa direktörer hade lika del i Gluconas ledningsgrupp och övervakningsråd.

— För det andra åberopade kommissionen ett meddelande som en av Avebes styrelseledamöter satte upp den 1 maj 1990 angående ett möte som hade ägt rum den 30 april 1990 med representanter för ANC och ADM (nedan kallat meddelandet av den 1 maj 1990). Detta meddelande hade rubriken "Möte med ADM angående natriumglukonat" och vände sig till flera av Avebes styrelseledamöter, bland annat den person som då var den av Avebe utsedda direktören för Glucona. Kommissionen drog av innehållet i detta meddelande den slutsatsen "att Avebe inte kunde sakna kännedom om att Glucona deltog i handlingar som var ägnade att begränsa konkurrensen på marknaden".

— För det tredje hävdade kommissionen att när Avebe den 15 augusti 1993 ensamt tog över ledningen av Glucona "[hade] Avebes representant inte vidtagit någon

åtgärd för att sätta stopp för eller åtminstone motsätta sig det konkurrensbegränsande beteende som bolaget då hade informerats om fullt ut", utan tvärtom "[hade] garanterat kontinuitet och metodiskt följt Akzo och begärt att i detalj informeras om läget för kartellen".

38 Slutligen har punkt 309 i beslutet följande lydelse:

"Av vad som anförts följer att kommissionen finner att de två moderbolagen skall hållas ansvariga för dotterbolagets konkurrensbegränsande beteende under hela den avsedda perioden och att detta beslut därmed riktas till dem."

B — *Åsidosättande av motiveringsskyldigheten*

39 Avebe har anfört dels att kommissionen i punkt 306 i beslutet gjorde gällande "att det inte [rådde] något tvivel om att Avebes ledamöter i Gluconas styrelse kände till sistnämnda företags konkurrensbegränsande beteende", dels att kommissionen i punkt 308 i beslutet noterade att när en av Avebes anställda den 15 augusti 1993 utsågs till direktör med fullt ansvar för Gluconas ledning, underrättades denne om att det fanns en överenskommelse av den representant för Akzo som fram till dess hade ingått i Gluconas ledning. Av detta följer enligt Avebe att motiveringen i beslutet, när det gäller huruvida företaget hade underrättats om kartellen före den 15 augusti 1993, är motstridig eller åtminstone ofullständig.

40 Kommissionen har bestritt att motiveringen i beslutet, när det gäller huruvida Avebe hade underrättats om kartellen före den 15 augusti 1993, skulle vara motstridig eller bristfällig.

41 Förstainstansrätten erinrar om att det enligt fast rättspraxis klart och tydligt skall framgå av den motivering som föreskrivs i artikel 253 EG hur den gemenskapsinstitution som antagit den ifrågasatta rättsakten har resonerat, så att de som berörs därav ges tillräckliga uppgifter för att kunna ta ställning till om beslutet är välgrundat och så att den behöriga domstolen ges möjlighet att utöva sin prövningsrätt (domstolens dom av den 2 april 1998 i mål C-367/95 P, kommissionen mot Sytraval och Brink's France, REG 1998, s. I-1719, punkt 63, och av den 30 september 2003 i mål C-301/96, Tyskland mot kommission, REG 2003, s. I-9919, punkt 87, och förstainstansrättens dom av den 20 november 2002 i mål T-251/00, Lagardère och Canal+ mot kommissionen, REG 2002, s. II-4825, punkt 155).

42 Det skall inledningsvis noteras att Avebes anmärkning om motstridighet mellan punkterna 306 och 308 i beslutet (för dessa, se ovan punkterna 36 och 37) grundar sig på en ofullständig läsning av beslutet. I punkt 308 i beslutet angav kommissionen inte, i motsats till vad Avebe tycks antyda, att Gluconas nya direktör den 15 augusti 1993 för första gången informerades om att det fanns en kartell, något som skulle vara oförenligt med punkt 306 i beslutet, där kommissionen påstod att Avebes representanter i Gluconas styrelse kände till Gluconas konkurrensbegränsande beteende. Tvärtom framgår det av punkt 308 i beslutet att Avebes representant den dagen, i egenskap av ny direktör för Glucona, begärde att "i detalj" informeras om "läget för kartellen".

43 Vad vidare gäller Avebes anmärkning mot kommissionen för att inte ha motiverat sitt beslut tillräckligt väl vad gäller frågan huruvida bolaget hade underrättats om kartellen före den 15 augusti 1993, framgår det av punkt 296 och följande punkter i beslutet (se även ovan punkterna 32–38) att kommissionen fann att Avebe måste ha känt till sitt dotterbolags konkurrensbegränsande beteende, då Gluconas två direktörer fram till augusti 1993 gemensamt svarade för ledningen av företaget och Akzo och Avebe deltog som exakt likställda parter i Gluconas ledningsgrupp och övervakningsråd (punkt 307 i beslutet). Kommissionen uppgav för övrigt att den ansåg sin ståndpunkt få stöd av innehållet i meddelandet av den 1 maj 1990 liksom av den omständigheten att Avebes representant inte hade vidtagit några åtgärder för

att sätta stopp för det konkurrensbegränsande beteende som denne informerats om eller ens motsätta sig detta utan tvärtom hade betonat kontinuiteten och metodiskt följt Akzo och begärt att i detalj informeras om läget för kartellen (punkterna 307 och 308 i beslutet).

44 Av detta följer att det tillräckligt tydligt framgår av beslutet att kommissionen, när den fann att Avebe gjort sig skyldigt till överträdelsen i fråga, stödde sig dels på Gluconas rättsliga struktur, dels på olika faktiska omständigheter rörande förhållandet mellan moderbolagen, Akzo och Avebe, och deras gemensamma företag Glucona.

45 Följaktligen kan talan inte bifallas på den grunden att motiveringsskyldigheten har åsidosatts.

C — *Åsidosättande av rätten till försvar*

1. *Inledande synpunkter*

46 Denna grund består av två delar. För det första har Avebe kritiserat kommissionen för att ha beaktat en förklaring som Akzo gjort i sitt svar på meddelandet om anmärkningar (nedan kallad Akzos förklaring) utan att ge Avebe tillfälle att yttra sig över denna. Därigenom har kommissionen åsidosatt rätten till försvar. För det andra har Avebe kritiserat kommissionen för att inte ha vidtagit nödvändiga åtgärder för att inhämta en kopia av en förklaring som en representant för Akzo påståtts ha lämnat till Förenta staternas justitiedepartement (nedan kallad Akzos påstådda förklaring inför de amerikanska myndigheterna).

2. *Akzos förklaring*

47 Avebe har påpekat att det framgår av punkterna 301 och 309 i beslutet (se ovan punkterna 35 och 38) att kommissionens slutsats att Avebe kände till kartellen före år 1993 grundar sig på Akzos förklaring. Avebe har gjort gällande att kommissionen inte gav företaget tillfälle att yttra sig över Akzos förklaring under det administrativa förfarandet. Enligt Avebe kunde kommissionen följaktligen inte utan att åsidosätta företagets rätt till försvar stödja sig på denna förklaring för att visa att Avebe kände till kartellen före år 1993.

48 Kommissionen har gjort gällande att den aldrig använt Akzos förklaring, vilken återges i punkt 301 i beslutet, som bevis mot Avebe, utan att den endast återgavs som del av dess sammanfattning av parternas argument.

49 Förstainstansrätten erinrar om att iakttagandet av rätten till försvar utgör en grundläggande gemenskapsrättslig princip och alltid skall säkerställas, särskilt i ett förfarande som kan utmynna i påföljder, även om det är fråga om ett administrativt förfarande. Det förutsätter att de berörda företagen och företagssammanslutningarna ges tillfälle att under det administrativa förfarandet faktiskt framföra sina synpunkter på huruvida de omständigheter, anmärkningar och förhållanden som kommissionen påstått verkligen föreligger och är relevanta (domstolens dom av den 13 februari 1979 i mål 85/76, Hoffmann-La Roche mot kommissionen, REG 1979, s. 461, punkt 11, svensk specialutgåva, volym 4, s. 315, och förstainstansrättens dom av den 10 mars 1992 i mål T-11/89, Shell mot kommissionen, REG 1992, s. II-757, punkt 39, svensk specialutgåva, volym 12, s. II-47, vilken fastställts genom domstolens dom av den 8 juli 1999).

50 Om kommissionen avser att använda ett avsnitt i ett svar på ett meddelande om anmärkningar, eller en handling som har bifogats ett sådant svar, för att styrka en överträdelse i ett förfarande om tillämpning av artikel 81.1 EG, måste de övriga

parter som berörs av detta förfarande ges tillfälle att yttra sig över denna bevisning. Under dessa omständigheter utgör ifrågavarande avsnitt i ett svar på meddelandet om anmärkningar, eller den handling som bifogats svaret, bevisning till nackdel för de olika parter som påstås ha deltagit i överträdelsen (förstainstansrättens dom av den 15 mars 2000 i de förenade målen T-25/95, T-26/95, T-30/95–T-32/95, T-34/95–T-39/95, T-42/95–T-46/95, T-48/95, T-50/95–T-65/95, T-68/95–T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 och T-104/95, Cimenteries CBR m.fl. mot kommissionen, REG 2000, s. II-491, punkt 386 och där angiven rättspraxis).

51 Dessa principer är även tillämpliga när kommissionen stödjer sig på ett avsnitt i ett svar på ett meddelande om anmärkningar för att ålägga ett företag ansvar för en överträdelse.

52 Det ankommer således på det berörda företaget att visa att den slutsats som kommissionen har dragit i sitt beslut skulle ha blivit en annan om en handling som inte lämnats ut och som kommissionen lagt till grund mot detta företag inte hade fått användas som bevismaterial mot företaget (domstolens dom av den 7 januari 2004 i de förenade målen C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P och C-219/00 P, Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen, REG 2004, s. I-123, punkterna 71–73).

53 I detta fall framgår det av punkterna 296–309 i beslutet att kommissionen lade upp sin analys på följande sätt: I punkterna 297–299 beskrivs Gluconas organisation, i punkt 300 erinrar kommissionen om sin preliminära slutsats, vilken nämns i meddelandet om anmärkningar, beträffande de berörda företagens ansvar för överträdelsen, i punkterna 301–305 sammanfattar kommissionen de synpunkter som dessa företag lämnat i denna fråga och slutligen, i punkterna 306–309, gör kommissionen sin egen rättsliga bedömning (se, i sammanfattning, punkterna 32–38 ovan).

54 Kommissionen tog upp Akzos förklaring, som Avebe åberopat, i punkt 301 i beslutet, det vill säga i den del av beslutet som innehåller en sammanfattning av företagens synpunkter på kommissionens preliminära slutsats beträffande de berörda företagens ansvar för överträdelsen i meddelandet om anmärkningar.

55 Avebe har inte ens påstått att kommissionen hänvisade till Akzos förklaring i den del av analysen som gällde den rättsliga bedömningen av förhållandet mellan Glucona och dess moderbolag Avebe och Akzo.

56 Det betyder att kommissionen således inte stödde sig på Akzos förklaring, i motsats till vad Avebe har gjort gällande. Tvärtom hänvisade kommissionen i punkterna 307 och 308 i beslutet (se ovan punkterna 36 och 37) dels till Gluconas rättsliga struktur, dels till olika faktiska omständigheter rörande förhållandet mellan moderbolagen Akzo och Avebe och deras gemensamma företag Glucona. Avebe har inte bestritt att företaget har fått tillgång till de handlingar som kommissionen åberopat i det sammanhanget. Formuleringen "Av vad som anförts följer att...", i slutsatsen av kommissionens rättsliga bedömning i punkt 309 i beslutet, är enbart en hänvisning till punkterna 307 och 308 i beslutet, inte till punkt 301.

57 Det kan tilläggas att även om kommissionen hade stött sig på Akzos förklaring — vilket inte är fallet — har Avebe inte visat, i enlighet med den rättspraxis som anges ovan i punkt 52, att den slutsats som kommissionen drog i beslutet skulle ha blivit en annan om Akzos förklaring inte hade fått användas som bevismaterial mot Avebe.

58 Följaktligen är den första delen av grunden om Akzos förklaring baserad på en felaktig förutsättning och kan inte godtas.

3. *Den påstådda förklaringen från en representant för Akzo inför de amerikanska myndigheterna*

a) Parternas argument

59 Avebe har i sin replik gjort gällande att en representant för Akzo hade förklarat, när denne förhördes av det amerikanska justitiedepartementet i samband med förfarandet i Förenta staterna angående kartellen, att Avebe inte informerades om kartellen före den 15 augusti 1993. Avebe har sagt sig ha underrättat kommissionen om denna påstådda förklaring under det administrativa förfarandet. Enligt Avebe borde kommissionen ha inhämtat en kopia från behöriga myndigheter i Förenta staterna, med tanke på att företaget självt inte kunde få tillgång till en kopia av denna förklaring för att ge in den till kommissionen och då förklaringen hade kunnat utgöra bevisning till Avebes försvar. Som svar på skriftliga frågor från förstainstansrätten förklarade Avebe att företaget inte uttryckligen hade begärt att kommissionen skulle inhämta denna handling, eftersom företaget då ännu inte kände till att kommissionen stödde sig på Akzos förklaring, som bedömts ovan i punkterna 49–58. Det var först i beslutet som Avebe träffade på Akzos förklaring, vilken har en rakt motsatt innebörd jämförd med Akzos påstådda förklaring till de amerikanska myndigheterna.

60 Enligt kommissionen togs denna delgrund inte upp i ansökan och skall därför avvisas. I alla händelser anser kommissionen att den inte är välgrundad.

b) Förstainstansrättens bedömning

Upptagande till sakprövning

61 Enligt artikel 48.2 i rättegångsreglerna får nya grunder inte åberopas under rättegången, såvida de inte föranleds av rättsliga eller faktiska omständigheter som

framkommit först under förfarandet. En grund som utgör en utvidgning av en grund som tidigare åberopats, direkt eller indirekt, i ansökan och som företer ett nära samband med denna kan däremot prövas. En liknande lösning skall tillämpas för en anmärkning som åberopats till stöd för en grund (förstainstansrättens dom av den 21 mars 2002 i mål T-231/99, Joynson mot kommissionen, REG 2002, s. II-2085, punkt 156).

62 I detta fall nämnde Avebe inte Akzos påstådda förklaring inför de amerikanska myndigheterna förrän i sin replik, då som en grund avseende rätten till försvar.

63 Däremot hade Avebe i sak redan framfört samma invändning i sin ansökan inom ramen för en annan grund (se ovan punkt 59). Företaget framförde detta argument redan i ansökan, även om det formellt sett endast gjordes i den del av inlagan som avser grunden om åsidosättande av artikel 81 EG och artikel 15.2 i förordning nr 17.

64 Avebe har alltså inte, i motsats till vad kommissionen har hävdat, anfört någon ny grund i repliken utan bara åberopat samma invändning, denna gång formellt inordnad i den del av inlagan som rörde åsidosättande av rätten till försvar.

65 Denna delgrund skall följaktligen prövas i sak.

Prövning i sak

66 Vad gäller handlingar till stöd för försvaret har det understrukits i rättspraxis att i det kontradiktoriska förfarande som föreskrivs i tillämpningsförordningarna för artiklarna 81 EG och 82 EG kan inte kommissionen ha rätten att ensam avgöra vad som är till nytta för försvaret för de företag som omfattas av ett förfarande om överträdelse av konkurrensreglerna (förstainstansrättens dom av den 29 juni 1995 i mål T-30/91, Solvay mot kommissionen, REG 1995, s. II-1775, punkt 81). Med hänsyn till den allmänna principen om jämlikhet i medel kan det inte godtas att kommissionen ensam får avgöra huruvida den skall använda handlingar mot sökanden, samtidigt som sökanden inte haft tillgång till dessa och således inte kunnat fatta motsvarande beslut huruvida den skulle använda dessa i sitt försvar (domen i det ovannämnda målet Solvay mot kommissionen, punkt 81, och förstainstansrättens dom av den 29 juni 1995 i mål T-36/91, ICI mot kommissionen, REG 1995, s. II-1847, punkt 111).

67 När det visar sig att kommissionen under det administrativa förfarandet inte delgett sökandena sådana handlingar som kan ha innehållit uppgifter till deras fördel, kan enligt rättspraxis ett åsidosättande av rätten till försvar fastställas endast om det är styrkt att det administrativa förfarandet kunde ha fått en annan utgång, om sökanden hade haft tillgång till ifrågavarande handling under detta förfarande (förstainstansrättens dom av den 17 december 1991 i mål T-7/89, Hercules Chemicals mot kommissionen, REG 1991, s. II-1711, punkt 56, svensk specialutgåva, volym 11, s. II-83, och domen i det ovan i punkt 66 nämnda målet Solvay mot kommissionen, punkt 98). När nämnda handlingar finns i kommissionens undersökningsakt beror frågan huruvida rätten till försvar har åsidosatts inte på hur det berörda företaget har betett sig under det administrativa förfarandet (domen i det ovan i punkt 66 nämnda målet Solvay mot kommissionen, punkt 96). När handlingar som är till sökandens fördel däremot inte finns i kommissionens akt kan ett åsidosättande av rätten till försvar fastställas endast om sökanden under det administrativa förfarandet har tillställt kommissionen en uttrycklig begäran om att få tillgång till dessa handlingar. Om sökanden underlåter att göra detta har den förverkat sin rätt på denna punkt vad avser den talan om ogiltigförklaring som eventuellt kan väckas mot det slutliga beslutet (domen i de ovan i punkt 50 nämnda förenade målen Cimenteries CBR m.fl. mot kommissionen, punkt 383, och förstainstansrättens dom av den 30 september 2003 i de förenade målen T-191/98 och T-212/98–T-214/98, Atlantic Container Line m.fl. mot kommissionen, REG 2003, s. II-3275, punkt 340).

68 I detta fall är det ostridigt att kommissionen, såsom framgår av punkt 300 i beslutet (se ovan punkt 34), i sitt meddelande om anmärkningar uppgav att den avsåg att hålla Akzo och Avebe gemensamt ansvariga för hela den tid som överträdelsen varade.

69 Det framgår likaså av parternas svar på vissa skriftliga frågor från förstainstansrätten att Avebe i sitt svar på meddelandet om anmärkningar bestred att det hade känt till kartellen före augusti 1993 och underströk att det i förfarandet i Förenta staterna enbart hade erkänt sig skyldig avseende perioden efter den tidpunkten. I en fotnot i sitt svar på meddelandet om anmärkningar angav Avebe att "såvitt [det] visste, [hade Akzos representant] även vid förhören under detta förfarande förklarat att Avebe inte kände till kartellen före augusti 1993".

70 Avebe har vidare, till följd av skriftliga frågor från förstainstansrätten, ingett en skriftväxling mellan dess ombud och Förenta staternas justitiedepartement, varav det framgår att Avebe sedan juli 2000 upprepade gånger hade försökt att få ut en kopia av Akzos påstådda förklaring inför de amerikanska myndigheterna. Avebe ville ge in denna kopia till kommissionen under det administrativa förfarandet. Enligt nämnda skriftväxling avslog justitiedepartementet emellertid begäran men uppgav att det skulle lämna ut förklaringen till kommissionen om denna så begärde.

71 I en sådan situation är det likväl så, utan att det behöver prövas huruvida kommissionen borde ha vidtagit lämpliga åtgärder för att inhämta en kopia av Akzos påstådda förklaring inför de amerikanska myndigheterna och även om det antas att den hade kunnat göra detta, att Avebe inte kan klandra kommissionen för att inte ha handlat på detta sätt för att få tag i en handling som eventuellt hade kunnat utgöra bevisning till stöd för Avebe.

72 Såsom angetts ovan i punkt 67, borde Avebe mot bakgrund av de svar det fick av de amerikanska myndigheterna i alla händelser uttryckligen ha begärt att kommissionen skulle inhämta handlingen. Såsom framgår av punkt 69 ovan, gav Avebe dock inte Akzos påstådda förklaring mer än en vag syftning i en fotnot, vilket inte kan betraktas som en uttrycklig begäran i den mening som avses i ovannämnda rättspraxis.

73 Avebe kan inte med framgång motivera avsaknaden av en uttrycklig begäran under det administrativa förfarandet med att företaget först genom kommissionens beslut fick kännedom om Akzos förklaring, vilken hade en motsatt innebörd jämförd med Akzos påstådda förklaring till de amerikanska myndigheterna. Avebe har inte bestritt att det framgår tydligt redan av meddelandet om anmärkningar att kommissionen avsåg att hålla Akzo och Avebe gemensamt ansvariga för hela den tid som överträdelsen varade. Avebe borde således ha känt till att det ankom på företaget att i sitt svar på meddelandet om anmärkningar ta upp allt som kunde vara relevant för att visa att det inte känt till kartellen före augusti 1993. Det framgår även av skriftväxlingen mellan Avebes ombud och Förenta staternas justitiedepartement, vilken Avebe ingett till förstainstansrätten, att dessa ombud var fullt medvetna om att Akzo under det administrativa förfarandet inför kommissionen hade kunnat hävda att Avebe kände till kartellen under hela den tid den varade. Dessutom stödde sig kommissionen inte på Akzos förklaring, såsom redan konstaterats ovan i punkt 56, utan tog endast upp denna i den del av beslutet där den sammanfattade parternas argument.

74 Av vad som anförts följer att den andra delen av denna grund, angående Akzos påstådda förklaring inför de amerikanska myndigheterna, inte kan godtas.

75 Talan skall således inte bifallas på den grunden att rätten till försvar har åsidosatts.

D — *Åsidosättande av artikel 81.1 EG och av artikel 15.2 i förordning nr 17*

1. *Inledning*

76 Avebe har i första hand hävdat att kommissionen har gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning genom att hålla Glucona, inte Akzo, ansvarigt för överträdelsen under tiden före den 15 augusti 1993. I andra hand har Avebe gjort gällande att även om Glucona kunde hållas ansvarigt för överträdelsen under den perioden, kan Avebe inte ha något ansvar för Gluconas beteende.

2. *Huruvida kommissionen kunde hålla Glucona ansvarigt för den del av överträdelsen som ägde rum före den 15 augusti 1993*

a) Inledande överväganden

77 Förstainstansrätten skall pröva huruvida det såsom Avebe har hävdat enbart var Akzo som gjorde sig skyldigt till den del av överträdelsen som ägde rum före den 15 augusti 1993, och inte moderbolagen Akzos och Avebes gemensamma företag Glucona.

78 Avebe har inte bestritt att Glucona var ett företag i den mening som avses i gemenskapens konkurrensrätt, även om den till sin rättsliga form inte var någon fristående juridisk person. Enligt fast rättspraxis omfattar begreppet företag varje enhet som bedriver ekonomisk verksamhet, oavsett enhetens rättsliga form och hur den finansieras (domstolens dom av den 23 april 1991 i mål C-41/90, Höfner och

Elser, REG 1991, s. I-1979, punkt 21, svensk specialutgåva, volym 11, s. I-135, och förstainstansrättens dom av den 30 mars 2000 i mål T-513/93, Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali mot kommissionen, REG 2000, s. II-1807, punkt 36).

79 Däremot anser Avebe att det under de specifika omständigheterna i detta fall var Akzo, inte Glucona, som begick överträdelsen i den del den ägde rum före den 15 augusti 1993. Avebe stöder sig därvid dels på villkoren i det bolagsavtal som Akzo och Avebe ingick år 1972 om bildandet av Glucona (nedan kallat 1972 års bolagsavtal), dels på de olika faktiska omständigheterna avseende förhållandet mellan Avebe, Akzo och Glucona.

b) 1972 års bolagsavtal

Parternas argument

80 Avebe har inledningsvis uppgett att företaget redan sedan tidigare, i enlighet med ett samarbetsavtal som ingicks med bolaget Noury & van der Lande år 1966 angående tillverkning och försäljning av olika produkter, bland annat natriumglukonat, hade ansvar främst för tillverkningen av denna produkt, medan det andra bolaget främst ägnade sig åt försäljning av produkten och därmed var ansvarigt för beteendet på marknaden.

81 Avebe har understrukit att denna rollfördelning förblev i huvudsak oförändrad efter det att Akzo tog över Noury & van der Lande och ända fram till den 15 augusti 1993, då Avebe tog över ledningen av Glucona. Enligt Avebe framgår det av de relevanta bestämmelserna i 1972 års bolagsavtal att Avebe hade ansvar för tillverkningen medan Akzo svarade för försäljningen av natriumglukonat.

82 För det första framgår det enligt Avebe av 1972 års bolagsavtal att Glucona leddes av två direktörer, en från Akzo och en från Avebe, vilka ägnade sig åt de frågor som berörde respektive delägare mest, att de upprätthöll separata kontakter med dessa och att de knappast, eller rentav inte alls, intresserade sig för de frågor som hörde till den andra direktörens område. Enligt 1972 års bolagsavtal var försäljningen av natriumglukonat anförtrodd Akzo, som utformade och utförde Gluconas politik på området. Glucona självt saknade avgörande inflytande över sitt beteende på marknaden. Tvärtom var Akzos försäljningsverksamhet för Gluconas räkning integrerad i Akzos försäljningsorganisation, eftersom Glucona inte hade någon sådan egen organisation.

83 För det andra visar den omständigheten att Akzo enligt 1972 års bolagsavtal fick ersättning för försäljningen av natriumglukonat enligt Avebe att försäljningen av denna produkt i själva verket hanterades av Akzo, utan inblandning av Glucona.

84 För det tredje anser Avebe, i motsats till vad kommissionen har hävdat, att Akzo på grundval av 1972 års bolagsavtal inte kan ses som enbart en mellanman som bara handlat för Gluconas räkning. Avebe har betonat att det anges i 1972 års bolagsavtal att delägarna kunde dela upp uppgifter sinsemellan, vilket också skett. Enligt Avebe tog Akzo hand om marknadsföring och försäljning av natriumglukonat — visserligen för Gluconas räkning och på Gluconas risk men i övrigt självständigt och för egen räkning — och dessa uppgifter utfördes inom Akzos organisation.

85 Avebe har i detta sammanhang hävdat att den omständigheten att Akzo handhade försäljningen för Gluconas räkning och på Gluconas risk inte nödvändigtvis betyder att det är det företaget som skall anses ha begått överträdelsen enligt artikel 81 EG. För att avgöra vem som i det aktuella fallet åsidosatt artikel 81 EG är det väsentliga

inte för vems räkning och på vems risk affärerna bedrivits utan vem som rent faktiskt genomfört de affärer som utgör en överträdelse.

86 Den ståndpunkt som kommissionen intagit leder till att när ett ombud som arbetar för flera företag begår överträdelser av artikel 81.1 EG hålls uppdragsgivarna ansvariga för den överträdelse som ombud har begått genom denna verksamhet. Enligt Avebe är så fallet när uppdragsgivaren ålagt ombudet att begå överträdelsen eller när uppdragsgivaren känner till ombudets beteende och inte begär att denne skall upphöra med överträdelsen. När ombudet begår överträdelsen utan uppdragsgivarens kännedom kan den senare dock inte hållas ansvarig för den. Enligt Avebe har kommissionen inte visat att Glucona gett Akzo i uppdrag att delta i kartellen eller att Glucona i sig känt till Akzos deltagande i kartellen. Avebe har tillagt att den omständigheten att en av Gluconas direktörer, den som utsetts av Akzo, hade informerats om överträdelsen inte är tillräckligt för att hålla Glucona ansvarigt för den, då direktören utförde dessa handlingar i egenskap av Akzo-anställd med ansvar för försäljningen av Gluconas produkter.

87 Avebe har medgett att en uppdragsgivare inte allmänt sett skall fritas ansvar för ett ombuds beteende när denne även är direktör hos uppdragsgivaren eller har en annan ledande roll i uppdragsgivarens organisation. I detta fall finns det emellertid skäl att skilja mellan rollen som ombud å ena sidan och rollen som direktör inom uppdragsgivarens organisation å andra sidan. För det första var syftet med att utse Akzo till ombud inte att undandra sig allt eventuellt ansvar för överträdelser av artikel 81 EG, utan anledningen var såsom framgår av 1972 års bolagsavtal att Akzo redan hade en försäljningsorganisation för natriumglukonat. För det andra är ombudet i det här fallet, Akzo, ett stort företag där en anställd ägnade en del av sin arbetstid åt att vara direktör för Glucona och i övrigt tjänstgjorde inom Akzos organisation.

88 Kommissionen har hävdat att Avebes argument inte skall godtas.

Förstainstansrättens bedömning

89 Det framgår inledningsvis av artikel 1 i 1972 års bolagsavtal att Avebe och Akzo bildade det gemensamma företaget Glucona med syftet att "för gemensam räkning tillverka, sälja och handla med" vissa produkter, bland annat natriumglukonat.

90 Enligt artikel 5.1 i 1972 års bolagsavtal hade dessutom "[Gluconas] delägare ... endast gemensamt befogenhet att handla och att underteckna handlingar för bolagets räkning, att binda bolaget gentemot tredje man och tredje man mot bolaget och att ta emot och betala ut medel för bolagets räkning". Enligt artikel 5.2 i detta avtal skulle de två delägarna Akzo och Avebe utse två representanter vardera för att "gemensamt utöva de befogenheter som avses i punkt 1 för den berörda delägaren, utan att respektive delägares rätt att själv utöva sina befogenheter inskränks". Dessa representanter skulle upprätthålla "regelbundna kontakter med varandra och med [Gluconas] direktörer i alla frågor som [rörde] bolaget". Enligt artikel 5.3 i 1972 års bolagsavtal hade de två direktörerna, som utsågs av Akzo respektive Avebe, ansvar för den löpande förvaltningen. Dessa direktörer skulle ägna en betydande del av sin tid åt Gluconas verksamhet. De skulle "samarbeta nära med varandra och vara gemensamt ansvariga för den förda politiken" och "regelbundet lämna rapporter till sina representanter om den förda politiken och förse dessa med alla relevanta upplysningar därom".

91 Slutligen anges i artikel 13.2 i avtalet att "såvida inte de två delägarna föredrar en annan ordning, anförtror [Glucona] försäljningen av dess produkter till Akzo". Vidare skulle Glucona ersätta Akzo för en andel av kostnaderna för Akzos försäljningsorganisation som är proportionell i förhållande till den tid som lagts ned på att sälja Gluconas produkter.

92 Det framgår av dessa bestämmelser i 1972 års bolagsavtal att även om de löpande angelägenheterna beträffande försäljningen av natriumglukonat för Gluconas räkning hade "anförtrotts" Akzo, kunde Avebe inte med framgång hävda att Akzo enbart på grundval av detta avtal skulle hållas ensamt ansvarigt för överträdelsen av den anledningen att det bara var Akzo som svarade för Gluconas handelspolitik.

93 Med hänsyn till Gluconas rättsliga struktur skulle Akzo och Avebe gemensamt utforma dotterbolagets politik. Det betyder att Akzo och Avebe skulle samråda regelbundet, genom sina representanter och genom Gluconas direktörer. Mot bakgrund av 1972 års bolagsavtal får därför Avebe antas ha varit införstått med såväl utarbetandet som genomförandet av politiken för handel med natriumglukonat.

94 Avebe har påstått att de två direktörerna främst, eller rentav uteslutande, ägnade sig åt de frågor som primärt angick den delägare som utsett denne, att de upprätthöll separata kontakter med den delägaren och att de knappt, eller över huvud taget, inte ägnade sig åt de frågor som hörde till den andra direktörens behörighetsområde. Detta återspeglas dock inte i bestämmelserna i bolagsavtalet utan motsägs rentav av dessa i vissa delar. Såsom precis har noterats var Akzo och Avebe gemensamt ansvariga för utarbetandet av Gluconas politik och behövde samråda om denna regelbundet genom sina representanter och genom Gluconas direktörer.

95 Även om bestämmelserna i 1972 års bolagsavtal, särskilt artiklarna 13.2 och 14.1, såsom Avebe har hävdat skall tolkas så att den direktör som Akzo utsett saluförde natriumglukonat i egenskap av Akzo-anställd med ansvar för försäljning av

Gluconas produkter, var Gluconа ändå — med tanke på den rättsliga situation som 1972 års bolagsavtal gett upphov till — ansvarigt för dennes handlande.

96 Kommissionen gjorde följaktligen inget uppenbart fel när den vid tillämpningen av artikel 81 EG konstaterade, endast på grundval av bestämmelserna i 1972 års bolagsavtal, att samtliga Gluconas styrelseledamöter kände till företagets konkurrensbegränsande beteende.

97 I ett sådant läge ankommer det på Avebe att under det administrativa förfarandet visa, genom samstämmiga och övertygande bevisuppgifter, att det trots den rättsliga situationen bara var Akzo som kände till och styrde Gluconas överträdelser.

c) De olika faktiska omständigheterna

98 Avebe har åberopat sex faktiska omständigheter för att visa att företaget inte hade informerats om kartellen.

99 För det första har Avebe understrukit att dess representanter inte vid något tillfälle före oktober 1993 deltog i kartellens möten.

100 Kommissionen har inte anfört några specifika argument på denna punkt.

101 Förstainstansrätten noterar att kommissionen inte har bestritt denna omständighet och för övrigt medgav den i punkt 306 i beslutet. Med hänsyn till den arbetsfördelning som föreskrivs i 1972 års bolagsavtal i kombination med att delägarna enligt detta avtal är gemensamt behöriga och garanterade att få vara delaktiga i och hållas informerade om den andra partens verksamhet (se ovan punkt 90), leder dock nämnda omständighet inte till slutsatsen att Avebes representanter i Glucona — och därmed Avebe självt — inte kunnat känna till överträdelsen.

102 För det andra anser Avebe att kommissionen inte i punkt 307 i beslutet kunde stödja sig på meddelandet av den 1 maj 1990. Företaget har åberopat att det redan i sitt svar på meddelandet om anmärkningar hade uppgett att det möte som förstnämnda meddelande avser helt saknade samband med kartellens multilaterala möten och att det endast berörde det strukturella samarbete som planerades med ADM. Dessa diskussioner ägde inte rum inom ramen för Gluconas ordinarie säljverksamhet utan gällde en strukturell förändring av Gluconas tillverkning i Förenta staterna. Det förklarar varför den av Gluconas direktörer som utsetts av Avebe var närvarande och varför Avebe i egenskap av delägare i Glucona också informerades om hur diskussionerna med ADM gick.

103 Enligt kommissionen framgår det av meddelandet av den 1 maj 1990 att det var Glucona — inte bara Akzo — som sålde natriumglukonat, utvecklade ett visst beteende på marknaden, deltog i förhandlingar och uppfattades som aktör på den aktuella marknaden av de andra medlemmarna i kartellen.

101 Förstainstansrätten noterar att meddelandet av den 1 maj 1990 formulerades av en ledamot i Avebes styrelse med anledning av ett möte som hade ägt rum den 30 april 1990 med representanter för ANC och ADM. Det framgår av detta meddelande att deltagarna under detta möte diskuterade förnyande av vissa avtal som ADM hade ingått om leverans av natriumglukonat.

105 Även om detta möte inte hade något att göra med kartellens multilaterala möten utan bara rörde det strukturella samarbete som planerades med ADM, såsom Avebe har betonat, visar nämnda meddelande dock, vilket kommissionen med rätta har understrukit, att Avebe inte var ovetande om frågorna kring Gluconas saluföring av natriumglukonat. Den slutsatsen stärks av det förslag till avtal mellan Akzo, Avebe och ADM som Avebe har ingett till förstainstansrätten, enligt vilket Avebe och Akzo gemensamt skulle ombesörja saluföringen av natriumglukonat i Förenta staterna. Det framgår inte någonstans i den handlingen att Avebes verksamhet var begränsad till tillverkning av natriumglukonat och att Akzo ensamt skulle ta hand om saluföringen av produkten.

106 Avebe hade alltså fel som kritiserade kommissionen för att ha åberopat detta meddelande som en av de faktiska omständigheter som visar att Avebe inte kunde ha varit ovetande om att Glucona deltagit i konkurrensbegränsande handlingar.

107 För det tredje anser Avebe att kommissionen felaktigt i punkt 308 i beslutet åberopade Avebes beteende när företaget den 15 augusti 1993 ensamt tog över ledningen av Glucona och av det drog den slutsatsen att Avebe var ansvarigt för den överträdelse som begåtts dessförinnan. Förstainstansrätten underkände ett motsvarande resonemang i sin dom av den 14 maj 1998 i mål T-347/94, Mayr-Melnhof mot kommissionen, REG 1998, s. II-1751, punkt 400 och följande punkter.

108 Enligt kommissionen kan Avebe inte med rätta åberopa domen i det ovan i punkt 107 nämnda målet Mayr-Melnhof mot kommissionen, eftersom situationen i det målet skilde sig från den som är aktuell här. I detta fall har kommissionen bara åberopat den omständigheten som en bland andra, för att visa att Avebe redan före den 15 augusti 1993 måste ha känt till att Glucona deltog i kartellen.

109 Förstainstansrätten noterar att den i domen i det ovan i punkt 107 nämnda målet Mayr-Melnhof mot kommissionen fann att bolaget Mayr-Melnhof inte kunde hållas ansvarigt för hur ett dotterbolag uppträtt innan förstnämnda bolag tog över kontrollen. I det här fallet var det, med hänsyn till de kopplingar vad gäller ägande och kontroll som upprättades redan när Glucona bildades, inte fråga om att hålla Avebe ansvarigt för handlingar som ett bolag utfört vid en tidpunkt då det inte kontrollerades av Avebe. Sökanden kan följaktligen inte med framgång åberopa ovannämnda dom till stöd för sitt argument.

110 Det betyder att även om Avebes beteende inte i sig räcker för att visa att företaget när det den 15 augusti 1993 ensamt tog över ledningen av Glucona redan sedan tidigare visste att Glucona deltog i kartellen, kan kommissionen inte klandras för att ha beaktat den omständigheten mot bakgrund av andra, högst troliga omständigheter, såsom det gemensamma ansvaret för Gluconas två direktörer (se punkt 307 i beslutet och punkterna 90–96 ovan), för att bekräfta sitt ställningstagande.

111 För det fjärde har Avebe hävdat att kartellen aldrig nämns i protokollen från mötena hos Glucona. Bolagets organ godkände aldrig Akzos beteende, varken uttryckligen eller underförstått, eftersom de inte kände till det.

112 Enligt kommissionen framgår det av protokollen i fråga att de ämnen som togs upp vid mötena rörde alla aspekter av Gluconas verksamhet.

113 Förstainstansrätten noterar att den omständigheten att kartellen aldrig omnämns i protokollen från mötena hos Glucona inte är relevant som bevis för att Avebe inte hade eller inte kunde ha informerats om kartellen och än mindre för att Gluconas

organ inte uttryckligen eller underförstått hade godkänt det konkurrensbegränsande beteendet, med tanke på att kartellen var hemlig.

114 Såsom kommissionen helt riktigt har påpekat, framgår det av flera protokoll att Avebe hölls underrättad om försäljningssidan av Gluconas verksamhet, ibland i detalj. Detta kan utläsas av mötesrapporterna av den 8 oktober 1991, av den 14 april och den 10 december 1992 och av den 2 september 1993. Exempelvis anges följande i punkt 8 i protokollet från mötet den 10 december 1992:

"Budgetvolymen för natriumglukonat för år 1993 är avsevärt mindre än tidigare, på grund av marknadskrafterna (ADM). Även om volymen är mindre kan priserna förväntas bli bättre. Dessutom kommer högre exportbidrag att begäras. Det beror på att våra råvaror är utspädda. Tonvikten kommer att läggas på export till tredje land utanför EG. För första gången på flera år skulle bruttomarginalen för natriumglukonat kunna nå lönsamhetströskeln. Det beror dock delvis på en omläggning av de fasta kostnaderna ... ."

115 Av detta framgår att de ämnen som togs upp på dessa möten rörde alla aspekter av Gluconas verksamhet, bland annat sådant som affärsstrategi, marknadsutveckling, prispolitik och marknadsandelar. Med hänsyn till hur väsentlig kartellen var för handlingsutrymmet på natriumglukonatmarknaden, förefaller det fullständigt uteslutet att sådana frågor hade kunnat diskuteras utan att det nämndes att det fanns en kartell och de förutsättningar det innebar.

116 Avebe kan följaktligen inte med framgång åberopa protokollen från mötena hos Glucona till stöd för sitt argument.

117 För det femte har Avebe hävdat att Gluconas affärspartners och konkurrenter alltid uppfattade Glucona som identiskt med Akzo, inte med Avebe, att Akzo använde brevpapper från Akzo, inte från Glucona, i korrespondensen med kunderna och att fakturering och inkassering gjordes via Akzo.

118 Kommissionen har motsatt sig det argumentet.

119 Förstainstansrätten konstaterar inledningsvis att Avebes argument motsägs av det ovan i punkt 105 nämnda avtalsförslaget, där inte bara Akzo utan även Avebe anges som potentiella affärspartners för ADM beträffande saluföring av natriumglukonat i Förenta staterna. Även under antagandet att det hade visats att Gluconas partners och konkurrenter uppfattade Glucona som identiskt med Akzo, berör den omständigheten i alla händelser enbart Gluconas externa relationer och tredje mans uppfattning om företaget. Däremot har den inte alls att göra med huruvida Avebe, men tanke på den interna strukturen hos Gluconas organisation, kände eller kunde ha känt till Gluconas överträdelser på natriumglukonatmarknaden.

120 Avebe kan således inte heller åberopa den omständigheten till stöd för sin argumentation.

121 För det sjätte, slutligen, har Avebe hävdat att den av direktörerna som utsågs av Akzo hade sitt kontor i Amersfoort (Nederländerna), i Akzos byggnad, medan den av direktörerna som utsågs av Avebe ledde arbetet på Avebes fabriker i Ter Apelkanaal (Nederländerna) på plats, och att dessa orter ligger på omkring 200 kilometers avstånd från varandra. Avebe har dessutom gjort gällande att tillverkningen och försäljningen av natriumglukonat bara utgjorde en ytterst liten del av den totala verksamheten både för Avebe och för Akzo.

122 Kommissionen har inte framfört några specifika argument på denna punkt.

123 Förstainstansrätten erinrar i det sammanhanget om att det i 1972 års bolagsavtal uttryckligen föreskrivs att direktörerna skall samråda nära med varandra i alla frågor som rör det gemensamma företaget. Som noteras i punkt 115 ovan, framgår det av protokollen från mötena hos Glucona att de ämnen som togs upp på dessa möten rörde alla aspekter av Gluconas verksamhet, bland annat sådant som affärsstrategi, marknadsutveckling, prispolitik och marknadsandelar. Det geografiska avståndet mellan Akzo och Avebe är därför inte något övertygande argument för att påstå att den direktör som utsetts av Avebe inte kände till det konkurrensbegränsande beteendet.

124 Den omständigheten att tillverkningen och försäljningen av natriumglukonat bara utgjorde en ytterst liten del av den totala verksamheten både för Avebe och för Akzo är inte heller relevant. Bildandet av Glucona syftade till gemensam tillverkning och försäljning av och handel med vissa produkter, däribland natriumglukonat. Enligt 1972 års bolagsavtal skulle Gluconas direktörer ägna en betydande del av sin arbetstid åt dessa verksamheter.

125 Avebe hade således fel som åberopade dessa omständigheter till stöd för sin argumentation.

126 Av vad som anförts följer att kommissionen med rätta fann att de olika faktiska omständigheter som Avebe hade åberopat inte kunde leda till slutsatsen att Avebe, trots den tydliga rättsliga ramen för det gemensamma företagets struktur och ansvarsuppdelningen mellan delägarna, inte var införstått med utformandet och genomförandet av politiken för handeln med natriumglukonat och därmed inte var, eller inte kunde vara, informerat om Gluconas konkurrensbegränsande agerande.

127 Kommissionen hade således fog för att finna att Glucona hade begått överträdelsen.

3. *Huruvida kommissionen kunde hålla Avebe ansvarigt för Gluconas överträdelse*

a) Parternas argument

128 Avebe har i huvudsak gjort gällande att även om det skulle konstateras att det var Glucona, inte Akzo, som gjort sig skyldigt till konkurrensbegränsande beteende, kunde kommissionen inte under några omständigheter hålla Avebe ansvarigt för detta.

129 Avebe har därvid hävdat att den omständigheten att dotterbolaget är en fristående juridisk person enligt fast rättspraxis inte räcker för att utesluta att moderbolaget skall ansvara för dotterbolagets agerande, särskilt när dotterbolaget inte självständigt bestämmer sitt agerande på marknaden, utan i huvudsak tillämpar instruktioner som det får av moderbolaget (se domstolens dom av den 16 november 2000 i mål C-286/98 P, Stora Kopparbergs Bergslags mot kommissionen, REG 2000, s. I-9925, punkt 26 och där angiven rättspraxis). Av detta följer att inte bara ett företags formella rättsliga struktur utan även dess faktiska beslutsordning skall beaktas. Avebe anser, med stöd av i huvudsak samma argument som dem som redan anförts i samband med den första delgrunden, att Glucona inte följde de instruktioner som Avebe lämnade utan att saluföringen av natriumglukonat tvärtom hanterades av Akzo.

130 När en sammanslutning som inte är en juridisk person har begått en överträdelse är det formella kriteriet angående rättsliga band mellan denna och moderbolaget inte

relevant. Det avgörande i en sådan situation är enbart huruvida Glucona utgjorde en ekonomisk enhet tillsammans med Avebe. Så var inte fallet, eftersom Glucona inte hade någon försäljningsorganisation utan flertalet av dess anställda utförde sitt arbete inom ramen för deras andra arbetsgivares verksamhet. Bara om moderbolaget äger dotterbolaget till 100 procent kan kommissionen stödja sig på en presumtion att dotterbolaget i allt väsentligt följer instruktionerna från moderbolaget. Det är det enda läge då kommissionen inte är skyldig att bedöma huruvida moderbolaget faktiskt utövat denna makt. I detta fall ägde Avebe dock bara 50 procent av Glucona, medan Akzo kontrollerade resterande 50 procent.

131 Avebe har vidare åberopat förstainstansrättens dom av den 14 maj 1998 i de förenade målen T-339/94–T-342/94, Metsä-Serla m.fl. mot kommissionen (REG 1998, s. II-1727), punkterna 51–58. Enligt Avebe beaktade förstainstansrätten där att en företagssammanslutning hade fått i uppdrag av sina medlemmar att handha hela deras försäljning av kartongprodukter och fastställa enhetliga priser, samtidigt som den handlade i respektive medlems namn och för dess räkning. I det målet beaktade därför förstainstansrätten såväl det beteende som utgjorde en överträdelse som det direkta förhållandet mellan beteendet och det företag som skall hållas ansvarigt för överträdelsen.

132 Avebe har vidare åberopat att det är osannolikt att Avebe redan kände till kartellen den 15 augusti 1993, när den direktör som utsetts av Akzo informerade den direktör som utsetts av Avebe om att det fanns en kartellstruktur. Avebe har betonat att kommissionen underrättades om detta genom skrivelse av den 23 april 1999 men misstolkade informationen och i sitt beslut påstod att Avebe hade begärt att få ingående upplysningar om kartellsituationen. Kommissionen tog inte heller hänsyn till att Avebes representant inom Glucona, såsom anges i punkt 26 i svaret på meddelandet om anmärkningar, först senare informerade Avebes ordförande, något som vederlägger påståendet att Avebe redan kände till kartellen.

133 Avebe har i sin replik vidare hävdat att dess ståndpunkt bekräftas av artikel 6.2 i Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, som undertecknades i Rom den 4 november 1950, såsom denna tolkats av Europadomstolen för de mänskliga rättigheterna.

134 Kommissionen har medgett att den rättspraxis den åberopat inte är relevant i ett fall som detta, där överträdelsen har begåtts av en sammanslutning för samarbete mellan två oberoende företag. Kommissionen anser dock, med stöd av i huvudsak de argument som redan framförts i samband med den första delgrunden, att Avebe i det här fallet på ett avgörande sätt kunde påverka Gluconas beteende på marknaden och i synnerhet att Avebe när som helst kunde sätta stopp för deltagandet i kartellen. Detta är enligt rättspraxis (förstainstansrättens dom av den 14 maj 1998 i mål T-354/94, Stora Kopparbergs Bergslags mot kommissionen, REG 1998, s. II-2111, punkt 80) tillräckligt för att finna att Avebe var medansvarigt för överträdelsen. Det är inte nödvändigt att visa att företaget faktiskt utövade ett sådant inflytande över Glucona.

b) Förstainstansrättens bedömning

135 Förstainstansrätten erinrar inledningsvis om att ett företag enligt fast rättspraxis kan hållas ansvarigt för ett annat företags konkurrensbegränsande beteende om det sistnämnda företaget inte självständigt har bestämt sitt agerande på marknaden utan i huvudsak har tillämpat instruktioner som det har fått av det förstnämnda företaget, särskilt när detta beror på de ekonomiska och rättsliga banden mellan företagen (domstolens 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 117, och av den 16 november 2000 i mål C-294/98 P, Metsä-Serla Oyj m.fl. mot kommissionen, REG 2000, s. I-10065, punkt 27).

136 Enligt denna rättspraxis och i motsats till kommissionens ståndpunkt i punkterna 48–52 i svaromålet får kommissionen inte nöja sig med att konstatera att ett företag

"kunde" utöva ett avgörande inflytande över det andra företaget utan att kontrollera huruvida ett sådant inflytande faktiskt har utövats. Rättspraxis innebär tvärtom att kommissionen i princip är skyldig att påvisa ett sådant avgörande inflytande med stöd av helheten av de faktiska omständigheterna, särskilt huruvida det ena företaget direkt styr verksamheten i det andra (se, för liknande resonemang, domen i de ovan i punkt 135 nämnda förenade målen Dansk Rørindustri m.fl. mot kommissionen, punkterna 118–122, domstolens dom av den 2 oktober 2003 i mål C-196/99 P, Aristrain mot kommissionen, REG 2003, s. I-11005, punkterna 95–99, och förstainstansrättens dom av den 20 mars 2002 i mål T-9/99, HFB m.fl. mot kommissionen, REG 2002, s. II-1487, punkt 527). I domen i det ovan i punkt 129 nämnda målet Stora Kopparbergs Bergslags mot kommissionen, som kommissionen har åberopat, fann domstolen att när ett moderbolag kontrollerar 100 procent av ett dotterbolag som gjort sig skyldigt till en överträdelse, föreligger det en motbevisbar presumtion för att moderbolaget faktiskt utövade ett avgörande inflytande över dotterbolagets beteende. Det ankommer då på moderbolaget att motbevisa denna presumtion genom att lägga fram bevisning för att dotterbolaget handlade självständigt (se, för ett liknande resonemang, domen av den 16 november 2000 i det ovan i punkt 129 nämnda målet Stora Kopparbergs Bergslags mot kommissionen, punkterna 28 och 29, och domen av den 14 maj 1998 i det ovan i punkt 134 nämnda målet Stora Kopparbergs Bergslags, punkt 80).

137 Enligt 1972 års bolagsavtal fick Glucona bolagsformen "vennootschap onder firma" (vof). Det är ostridigt att Glucona enligt nederländsk rätt därmed utgjorde en rent kontraktuell enhet utan ställning som en juridisk person fristående från sina ägare, Akzo och Avebe, vilka svarade för vardera 50 procent av kapitalet. Enligt artikel 5.1 i nämnda avtal hade de två delägarna endast gemensamt befogenhet att handla och att underteckna handlingar för Gluconas räkning, binda det gentemot tredje man och tredje man mot det och att ta emot och betala ut medel för dess räkning. Enligt artikel 5.2 i avtalet skulle delägarna utse två representanter vardera, som "gemensamt skulle utöva de befogenheter som avses i punkt 1 för den berörda delägaren, utan inskränkning av respektive delägares rätt att själv utöva sina befogenheter". Dessa representanter skulle upprätthålla "regelbundna kontakter med varandra och med [Gluconas] direktörer i alla frågor som [rörde] bolaget". Enligt artikel 5.3 i avtalet hade de två direktörerna, som utsågs av Akzo respektive Avebe, ansvar för den löpande förvaltningen. Dessa direktörer skulle ägna en

betydande del av sin tid åt Gluconas verksamhet. De skulle "samarbeta nära med varandra och vara gemensamt ansvariga för den förda politiken" och "regelbundet lämna rapporter till representanterna om den förda politiken och förse dessa med alla relevanta upplysningar därom". Slutligen var Akzo och Avebe med hänsyn till Gluconas rättsliga struktur obegränsat och solidariskt ansvariga för Gluconas förpliktelser.

138 Av vad som anförts följer att 1972 års bolagsavtal innebar att Akzo och Avebe gemensamt skulle kontrollera Gluconas affärsverksamhet och att ledningen vad gäller alla frågor som rörde Glucona skulle skötas av två direktörer, en utsedd av Akzo och en av Avebe och kontrollerade bland annat genom två representanter för delägarna, gemensamt och ständigt i nära samråd. Med hänsyn till denna gemensamma ledning och till att Akzo och Avebe ägde 50 procent vardera av Gluconas kapital och således tillsammans ägde hela bolaget, finner förstainstansrätten att situationen motsvarar den i målet T-354/94, Stora Kopparbergs Bergslags mot kommissionen, där ett moderbolag kontrollerade 100 procent av dotterbolaget och det förelåg en presumtion för att moderbolaget faktiskt utövade ett avgörande inflytande över dotterbolagets beteende.

139 Förstainstansrätten finner att de faktiska omständigheter som avses i punkt 137 ovan som helhet betraktade utgör ett tillräckligt underlag för att kunna anta att Akzo och Avebe gemensamt bestämde Gluconas handlande på marknaden till den grad att sistnämnda bolag inte kan anses ha varit faktiskt självständigt i det avseendet. Såsom framgår av slutsatserna i punkterna 92–126 ovan angående sökandens kännedom om Gluconas agerande, har sökanden inte lagt fram någon bevisning som kan bryta den presumtionen.

140 Att delägarna Akzo och Avebe hade ett gemensamt ansvar för Gluconas beteende som är oberoende av exakt hur långt detta sträckte sig enligt nederländsk rätt stärker presumtionen att Gluconas delägare faktiskt bestämde bolagets handelspolitik

gemensamt. Under sådana förhållanden har ägarna ett starkt intresse av att förhindra att deras dotterbolag agerar oberoende av deras instruktioner, med tanke på risken för rättsliga ingripanden eller skadeståndstalan från tredje man om dotterbolaget agerar rättsstridigt.

141 Av vad som anförts följer att kommissionen inte gjorde fel när den höll Avebe ansvarigt för Gluconas överträdelse, med tanke på de nära ekonomiska och rättsliga banden mellan Glucona å ena sidan och Akzo och Avebe, som faktiskt utövade gemensam kontroll över Glucona, å andra sidan. Av detta följer även att Glucona utgjorde en ekonomisk enhet, i den mening som avses i ovan i punkt 78 nämnda rättspraxis, tillsammans med Akzo och Avebe, och att moderbolagen därmed kan hållas ansvariga för en överträdelse av ett dotterbolag vars handelspolitik de rent faktiskt kontrollerar (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 11 december 2003 i mål T-66/99, Minoan Lines mot kommissionen, REG 2003, s. II-5515, punkt 122).

142 Talan kan således inte bifallas på den grunden att artikel 81.1 EG och artikel 15.2 i förordning nr 17 har åsidosatts.

E — *Åsidosättande av proportionalitetsprincipen*

143 Avebe anser att för det fall att företaget faktiskt kunde hållas ansvarigt för överträdelsen, borde kommissionen ha tagit hänsyn till den roll som Avebe spelade i kartellen före den 15 augusti 1993 såsom en förmildrande omständighet vid fastställandet av grundbeloppet för företagets böter.

144 Kommissionen har betonat att de böter som ålades Avebe fastställdes på grundval av Gluconas beteende inom kartellen och att den beaktade de specifika omständigheterna vad gäller det beteendet. Det finns enligt kommissionen ingen anledning att begränsa ett moderbolags ansvar till följd av dotterbolagets beteende. Detta gäller desto mer som Glucona inte var en från Avebe och Akzo fristående juridisk person. Avebe hölls alltså inte alls ansvarigt för någon annans agerande utan för handlingar utförda av en enhet som har rent kontraktuell grund, som är en del av den juridiska personen Avebe och som Avebe är solidariskt ansvarigt för.

145 Förstainstansrätten finner, precis som kommissionen har gjort gällande, att kommissionen till följd av Gluconas beteende — som såväl Avebe som Akzo kan hållas ansvariga för — hade rätt att ålägga Avebe böter utan att därigenom åsidosätta proportionalitetsprincipen. Mer specifikt finner förstainstansrätten att den roll som Avebe spelade i kartellen före den 15 augusti 1993 med hänsyn till bestämmelserna i 1972 års bolagsavtal om bildande av det gemensamma företaget Glucona (se ovan punkterna 90 och 91) inte kan vara en förmildrande omständighet som gör Avebes böter oproportionerliga.

146 Talan kan således inte bifallas på den grunden att proportionalitetsprincipen har åsidosatts.

147 Då ingen av de grunder som anförts mot beslutet är välgrundad, skall talan ogillas i sin helhet.

Rättegångskostnader

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

Mot denna bakgrund beslutar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (tredje avdelningen)

följande:

1) **Talan ogillas.**

2) **Coöperatieve Verkoop- en Productievereniging van Aardappelmeel en Derivaten Avebe BA skall ersätta rättegångskostnaderna.**

Azizi Jaeger Dehousse

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 27 september 2006.

E. Coulon J. Azizi

Justitiesekreterare Ordförande

Innehållsförteckning

Bakgrund till tvisten ..... II - 3090

Förfarandet och parternas yrkanden ..... II - 3097

Rättslig bedömning ..... II - 3099

A — Inledning ..... II - 3099

B — Åsidosättande av motiveringsskyldigheten ..... II - 3103

C — Åsidosättande av rätten till försvar ..... II - 3105

1. Inledande synpunkter ..... II - 3105

2. Akzos förklaring ..... II - 3106

3. Den påstådda förklaringen från en representant för Akzo inför de amerikanska myndigheterna ..... II - 3109

a) Parternas argument ..... II - 3109

b) Förstainstansrättens bedömning ..... II - 3109

Upptagande till sakprövning ..... II - 3109

Prövning i sak ..... II - 3111

D — Åsidosättande av artikel 81.1 EG och av artikel 15.2 i förordning nr 17 ..... II - 3114

1. Inledning ..... II - 3114

2. Huruvida kommissionen kunde hålla Glucona ansvarigt för den del av överträdelsen som ägde rum före den 15 augusti 1993 ..... II - 3114

a) Inledande överväganden ..... II - 3114

b) 1972 års bolagsavtal ..... II - 3115

Parternas argument ..... II - 3115

Förstainstansrättens bedömning ..... II - 3118

c) De olika faktiska omständigheterna ..... II - 3120

3. Huruvida kommissionen kunde hålla Avebe ansvarigt för Gluconas överträdelse ..... II - 3127

a) Parternas argument ..... II - 3127

b) Förstainstansrättens bedömning ..... II - 3129

E — Åsidosättande av proportionalitetsprincipen ..... II - 3132

Rättegångskostnader ..... II - 3133