FÖRSTAINSTANSRÄTTENS DOM (femte avdelningen)

den 29 november 2005 *

I mål T-52/02,

Société nouvelle des couleurs zinciques SA (SNCZ), Bouchain (Frankrike), företrätt av advokaterna R. Saint-Esteben och H. Calvet, med delgivningsadress i Luxemburg,

sökande,

mot

Europeiska gemenskapernas kommission, inledningsvis företrädd av F. Castillo de la Torre och F. Lelievre, därefter av M. Castillo de la Torre och O. Beynet, båda i egenskap av ombud, med delgivningsadress i Luxemburg,

svarande,

angående en talan om ogiltigförklaring av artikel 3 i kommissionens beslut 2003/437/EG av den 11 december 2001 om ett förfarande enligt artikel 81 i EG-fördraget och

* Rättegångsspråk: franska.

artikel 53 i EES-avtalet (Ärende COMP/E-1/37.027 — Zinkfosfat) (EUT L 153, 2003, s. 1), eller i andra hand en begäran om nedsättning av det bötesbelopp som sökanden ålagts,

meddelar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN(femte avdelningen)

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

justitiesekreterare: byrådirektören J. Plingers,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 2 juli 2004,

följande

Dom

Bakgrund

1 Société nouvelle des couleurs zinciques SA (nedan kallat sökanden eller SNCZ) är ett franskt bolag som producerar zinkfosfat samt zink-, strontium- och bariumkromater. Alla dessa produkter används i färg- och ytbehandlingsindustrin som rostskyddande mineralpigment. År 2000 hade SNCZ en världsomsättning på 17,08 miljoner euro.

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

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

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

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

6 Den 2 augusti 2000 utfärdade kommissionen ett meddelande om anmärkningar mot de företag som var föremål för det beslut som förevarande talan avser (se nedan punkt 7), inbegripet sökanden. I sitt svar på meddelandet om anmärkningar av den 1 december 2000 angav bolaget att det i allt väsentligt vidgick de omständigheter som framställts däri.

7 Den 11 december 2001 fattade kommissionen beslut 2003/437/EG om ett förfarande enligt artikel 81 i EG-fördraget och artikel 53 i EES-avtalet (Ärende COMP/E-1/37.027 — Zinkfosfat) (EUT L 153, 2003, s. 1). Det beslut som är föremål för prövning i förevarande dom är det som meddelats de berörda företagen och som bilagts ansökan (nedan kallat det ifrågasatta beslutet). Detta beslut skiljer sig i vissa avseenden från det som publicerats i *Europeiska unionens officiella tidning*.

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

9 Artiklarna i det ifrågasatta beslutet har följande lydelse:

"Artikel 1

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

Överträdelsen pågick enligt följande:

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

...

Artikel 3

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

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

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

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

d) [SNCZ]: 1,53 miljoner euro

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

f) [Union Pigments]: 350 000 euro

..."

10 Vid beräkningen av bötesbeloppen använde kommissionen den metod som beskrivs i riktlinjerna för beräkning av böter som döms ut enligt artikel 15.2 i förordning nr 17 och artikel 65.5 i EKSG-fördraget (EGT C 9, 1998, s. 3) (nedan kallade riktlinjerna) samt i meddelandet om samarbete.

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

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

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

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

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

16 Kommissionen erinrade även om den gräns som det bötesbelopp som varje företag åläggs inte får överskrida enligt artikel 15.2 i förordning nr 17. Bötesbeloppet för sökanden före tillämpning av meddelandet om samarbete sattes därför ned till 1,7 miljoner euro och Union Pigments bötesbelopp sattes ned till 700 000 euro. Bötesbeloppen för de andra företagen före tillämpning av meddelandet om samarbete påverkades inte av detta maximibelopp (punkt 345 i det ifrågasatta beslutet).

17 Slutligen beviljade kommissionen sökanden en nedsättning med 10 procent på grundval av meddelandet om samarbete med hänsyn till att sökanden i sitt svar på meddelandet om anmärkningar förklarat att bolaget i det väsentligaste vidgick de omständigheter som framställts däri (punkterna 360, 363 och 366 i det ifrågasatta beslutet). Det slutliga bötesbelopp som sökanden ålades uppgick således till 1,53 miljoner euro (punkt 370 i det ifrågasatta beslutet).

Förfarandet och parternas yrkanden

18 Sökanden har väckt denna talan genom ansökan som inkom till förstainstansrättens kansli den 27 februari 2002.

19 Förstainstansrätten (femte avdelningen) beslutade på förslag från referenten att inleda det muntliga förfarandet. Som processledande åtgärd anmodades kommissionen att inge en handling och svara på en skriftlig fråga. Kommissionen efterkom denna begäran.

20 Parterna utvecklade sin talan och svarade på förstainstansrättens frågor vid förhandlingen den 2 juli 2004.

21 Sökanden har yrkat att förstainstansrätten skall

— i första hand ogiltigförklara artikel 3 i det ifrågasatta beslutet,

— i andra hand sätta ned bötesbeloppet, och

— förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

22 Kommissionen har yrkat att förstainstansrätten skall

— ogilla talan, och

— förplikta sökanden att ersätta rättegångskostnaderna.

Rättslig bedömning

23 Sökanden har åberopat tre grunder till stöd för sin talan. Den första grunden avser åsidosättande av artikel 15.2 i förordning nr 17, den andra avser åsidosättande av proportionalitetsprincipen och den tredje avser åsidosättande av icke-diskrimineringsprincipen.

Den första grunden: Åsidosättande av artikel 15.2 i förordning nr 17

Parternas argument

24 Enligt sökanden har kommissionen åsidosatt artikel 15.2 i förordning nr 17 genom att fastställa utgångspunkten för böterna till 3 miljoner euro, vilket motsvarar 17 procent av dess världsomsättning. Detta belopp överskrider den i artikeln föreskrivna övre gränsen för böterna.

25 Sökanden menar att det strider mot den uttryckliga ordalydelsen i artikel 15.2 i förordning nr 17 att fastställa utgångspunkten för böterna på ett så godtyckligt sätt. Bestämmelsen ger kommissionen en möjlighet att överskrida den första tröskeln på 1 miljon euro för att hamna på en nivå på upp till 10 procent av omsättningen. Däremot kan den inte redan från början fastställa en utgångspunkt som överskrider den övre gränsen på 10 procent och därefter minska bötesbeloppet i syfte att rätta sig efter nämnda bestämmelse. Den beräkningsmetod enligt vilken utgångspunkten för sökanden fastställts till 3 miljoner euro, eller till 17 procent av bolagets världsomsättning, är således inte lagenlig.

26 Sökanden har gjort gällande att kommissionen förvanskar ordalydelsen i artikel 15.2 i förordning nr 17 genom att påstå att det enligt denna bestämmelse krävs att de böter som ett företag slutligen åläggs skall "minskas" om beloppet "överskrider" gränsen på 10 procent av omsättningen. I bestämmelsen föreskrivs nämligen ingen nedsättning till denna gräns på 10 procent, utan avses uttryckligen endast det fallet då böterna, som preliminärt har fastställts till ett belopp under gränsen på 10 procent, det vill säga till mellan 1 000 och 1 miljon euro, höjs så att det motsvarar 10 procent.

27 Sökanden anser inte att förstainstansrättens dom av den 20 mars 2002 i mål T-9/99, HFB m.fl. mot kommissionen (REG 2002, s. II-1487), stödjer kommissionens påstående att utgångspunkten kan fastställas till ett belopp som överskrider gränsen på 10 procent av det berörda företagets omsättning. Förstainstansrätten fäste i den domen avseende vid att kommissionen vid beräkningen hade beaktat ett "mellanliggande belopp" som överskred gränsen på 10 procent "under sin beräkning" och inte som "utgångspunkt" för denna beräkning. Förstainstansrätten menade således inte att utgångspunkten kunde fastställas till ett belopp som översteg gränsen på 10 procent. Denna tolkning bekräftas av att förstainstansrätten förklarade att endast "vissa av de faktorer som tas i beaktande vid dess beräkning inte påverkar det slutliga bötesbeloppet" (domen i det ovannämnda målet HFB m.fl. mot kommissionen, punkt 452). Genom den metod som kommissionen har använt beaktas samtliga "faktorer" som i princip inte skall påverka det slutliga beloppet, med ett enda undantag, nedsättningen på grund av "samarbete", eftersom kommissionen vidtog denna nedsättning först sedan den hade satt ned det mellanliggande beloppet till gränsen på 10 procent. Vidare påpekas att domen i det ovannämnda målet HFB m.fl. mot kommissionen, i likhet med alla andra domar som kommissionen har hänvisat till under denna grund, inte har publicerats annat än delvis i rättsfallssamlingen. De delar som inte har publicerats i domarna i fråga har av gemenskapsdomstolarna förmodligen inte ansetts innehålla några frågor av principiell betydelse.

28 Sökanden har vidare hävdat att det sätt på vilket utgångspunkten fastställts i förevarande fall strider mot artikel 15.2 i förordning nr 17, eftersom bötesbeloppet fastställts utan hänsyn till hur länge överträdelsen pågått. Det påpekas att kommissionen enligt denna bestämmelse skall fastställa böterna med hänsyn till "både hur allvarlig överträdelsen är och hur länge den pågått". I förevarande fall fastställde kommissionen utgångspunkten till 3 miljoner euro, vilket klart överstiger gränsen på 10 procent, för att sedan öka detta belopp med 40 procent, med hänsyn

till att överträdelsen hade pågått under "medellång" tid. Bötesbeloppet fastställdes därmed till 4,2 miljoner euro. Eftersom utgångspunkten, som fastställts med hänsyn till hur allvarlig överträdelsen var, vida översteg gränsen på 10 procent av omsättningen, var en senare ändring med hänsyn tagen till hur länge överträdelsen pågått helt omöjlig och inget annat än en teoretisk övning genom vilken artikel 15.2 i förordning nr 17 inte iakttas annat än skenbart.

29 Då kommissionen ansett att den överträdelse som sökanden har tillskrivits var av medellång varaktighet, borde den ha beaktat denna relativt förmildrande omständighet. Normalt sett borde bolaget ha ålagts högre böter om det hade begått en "mycket allvarlig" överträdelse som dessutom hade varat "länge" eller "väldigt länge". Att ålägga böter utan hänsyn till hur länge överträdelsen pågått är "direkt skadligt" för konkurrenspolitiken, eftersom företag, i synnerhet små och medelstora företag, inte ges något som helst incitament att tidsmässigt begränsa sin medverkan i en kartell.

30 Beträffande betydelsen av domen i det ovan i punkt 27 nämnda målet HFB m.fl. mot kommissionen vid beaktandet av överträdelsens varaktighet, anser sökanden att förstainstansrätten däri tog ställning till huruvida riktlinjerna var rättsstridiga och därför prövade en allmänt formulerad kritik mot desamma. I förevarande fall handlar det däremot om att kontrollera huruvida den konkreta beräkning som gjorts i i synnerhet sökandens fall är förenlig med artikel 15.2 i förordning nr 17. Vidare påpekas att förstainstansrätten, i samma dom, enbart tog ställning till huruvida "vissa faktorer" som beaktades inte påverkade det slutliga bötesbeloppet (punkt 453). Förstainstansrätten uttalade sig inte om varaktighetsfaktorn. Med tanke på att den är en av de två faktorer som avses i artikel 15.2 i förordning nr 17, borde den alltid beaktas och ha en inverkan på det slutliga bötesbeloppet. I annat fall förlorar förordning nr 17 all sin tvingande och ändamålsenliga verkan (förstainstansrättens dom av den 20 mars 2002 i mål T-21/99, Dansk Rørindustri mot kommissionen, REG 2002, s. II-1681, punkt 203).

31 Slutligen kritiseras det förhållandet att kommissionen har beaktat samarbetsfaktorn efter en tillämpning av den övre gränsen på 10 procent medan den höjde grundbeloppet med hänsyn till hur länge överträdelsen hade pågått före tillämpningen av denna gräns. Detta angreppssätt innebär att den samarbetsfaktor som avses i riktlinjerna direkt påverkar det faktiska bötesbeloppet och utgör ett incitament för företagen att samarbeta med kommissionen. Däremot ges företagen endast en teoretisk fördel av den varaktighetsfaktor som avses i rådets förordning och följaktligen saknas incitament för dem att upphöra med överträdelsen så fort som möjligt.

32 Även det sätt på vilket utgångspunkten fastställdes, det vill säga till ett belopp som klart överstiger gränsen på 10 procent, påstås strida mot artikel 15.2 i förordning nr 17, eftersom bötesbeloppet därmed har fastställts utan hänsyn till förmildrande och försvårande omständigheter. Kommissionen får inte enligt rättspraxis och sina egna riktlinjer tillämpa en metod som i praktiken gör det omöjligt att ta hänsyn till sådana omständigheter, eftersom dessa skall beaktas vid bedömningen av överträdelsens allvar — ett av kriterierna i artikel 15.2 i förordning nr 17 (förstainstansrättens dom av den 12 juli 2001 i de förenade målen T-202/98, T-204/98 och T-207/98, Tate & Lyle m.fl. mot kommissionen, REG 2001, s. II-2035, punkt 109).

33 Slutligen ger inte den metod som kommissionen använde vid beräkningen av bötesbeloppen någon som helst upplysning om vilka omständigheter som beaktats för att fastställa utgångspunkten. Även om det i riktlinjerna anges ett "möjligt" belopp på 20 miljoner euro för mycket allvarliga överträdelser, ansåg kommissionen det vara olämpligt att ålägga ett sådant belopp när som i förevarande fall detta "minimum" redan klart översteg gränsen på 10 procent av omsättningen för samtliga de berörda företagen, vilka var små eller medelstora. Sökanden har understrukit att "denna totala osäkerhet, som är minst sagt märklig i ett förfarande som syftar till att säkerställa 'öppenheten och objektiviteten i kommissionens beslut', blir totalt godtycklig om den dessutom innebär att kommissionen kan frångå de kriterier som den är skyldig att beakta enligt artikel 15.2".

34 Kommissionen å sin sida har med hänvisning till bland annat förstainstansrättens rättspraxis i målen om fjärrvärmerör (domen i det ovan i punkt 27 nämnda målet HFB m.fl. mot kommissionen, domen i det ovan i punkt 30 nämnda målet Dansk Rørindustri mot kommissionen, och förstainstansrättens domar av den 20 mars 2002 i mål T-15/99, Brugg Rohrsysteme mot kommissionen, REG 2002, s. II-1613, punkt 150, och i mål T-16/99, Lögstör Rör mot kommissionen, REG 2002, s. II-1633, punkt 292) gjort gällande att sökanden har tolkat artikel 15.2 i förordning nr 17 felaktigt och att den första grunden därför skall underkännas.

35 Kommissionen anser att det argument som sökanden anfört i repliken, att riktlinjerna inte innehåller någon allmän anvisning om på vilken nivå utgångspunkten normalt sett bör ligga, inte kan prövas av det skälet att det utgör en ny grund. Argumentet saknar nämligen anknytning till ett eventuellt åsidosättande av artikel 15.2 i förordning nr 17, som utgör den första grunden, och kan således inte betraktas som en utveckling av denna grund. Argumentet är i vilket fall som helst irrelevant eftersom riktlinjerna innehåller anvisningar i fråga om utgångspunkten.

Förstainstansrättens bedömning

36 Sökanden menar att kommissionen har åsidosatt artikel 15.2 i förordning nr 17 eftersom utgångspunkten för beräkningen av bötesbeloppet, det vill säga 3 miljoner euro, motsvarande 17 procent av bolagets omsättning, överstiger den övre gränsen på 10 procent i denna artikel. Detta argument kan inte godtas.

37 I artikel 15.2 i förordning nr 17 stadgas att "[k]ommissionen får ålägga företag och företagssammanslutningar böter om lägs. 1 000 och högst 1 miljon beräkningsenheter, eller ett högre belopp som dock inte får överstiga 10 procent av föregående räkenskapsårs omsättning för varje företag som har deltagit i överträdelsen genom

att uppsåtligen eller av oaktsamhet ... överträda bestämmelserna i fördragets artikel [81.1] ...". I samma bestämmelse anges att "[n]är bötesbeloppet fastställs skall hänsyn tas både till hur allvarlig överträdelsen är och hur länge den pågått".

38 Genom att föreskriva att kommissionen får ålägga böter med ett belopp på upp till 10 procent av föregående räkenskapsårs omsättning, krävs enligt artikel 15.2 i förordning nr 17 att de böter som slutligt åläggs ett företag skall sättas ned om de överstiger 10 procent av företagets omsättning, oberoende av de beräkningar som gjorts dessförinnan utifrån överträdelsens allvar och varaktighet. Av detta följer att den övre gränsen på 10 procent i denna bestämmelse endast är tillämplig på det slutliga bötesbelopp som kommissionen ålägger (domen i det ovan i punkt 27 nämnda målet HFB m.fl. mot kommissionen, punkt 451, och förstainstansrättens dom av den 29 april 2004 i de förenade målen T-236/01, T-239/01, T-244/01–T-246/01, T-251/01 och T-252/01, Tokai Carbon m.fl. mot kommissionen, REG 2004, s. II-1181, punkterna 367 och 368).

39 I motsats till vad sökanden har anfört är de "mellanliggande belopp" som avses i ovan i punkt 38 nämnda rättspraxis inräknade i utgångspunkten (se, för ett liknande resonemang domen i de ovan i punkt 27 nämnda förenade målen HFB m.fl. mot kommissionen, punkt 450, och domen i det ovan i punkt 30 nämnda målet Dansk Rørindustri mot kommissionen, punkterna 183, 184 och 205, se analogt förstainstansrättens dom av den 9 juli 2003 i mål T-230/00, Daesang och Sewon Europe mot kommissionen, REG 2003, s. II-2733, punkt 56).

40 När kommissionen vid sin beräkning använder sig av ett mellanliggande belopp, inklusive en utgångspunkt, som överstiger den övre gränsen på 10 procent av det berörda bolagets omsättning, kan inte det förhållandet att vissa av de faktorer som

beaktats vid denna beräkning inte påverkar det slutliga bötesbeloppet kritiseras. Detta blir nämligen konsekvensen av det i artikel 15.2 i förordning nr 17 föreskrivna förbudet mot att överstiga den övre gränsen på 10 procent av det berörda företagets omsättning (domen i de ovan i punkt 27 nämnda förenade målen HFB m.fl. mot kommissionen, punkt 453). Varaktigheten är en av de "faktorer" som eventuellt inte påverkar det slutliga bötesbeloppet (domen i de ovan i punkt 27 nämnda förenade målen HFB m.fl. mot kommissionen, punkterna 450–453, och domen i det ovan i punkt 30 nämnda målet Dansk Rørindustri mot kommissionen, punkt 251).

41 Vad gäller sökandens argument att samarbetsfaktorn har beaktats efter det att den övre gränsen på 10 procent tillämpats och att den således hade en direkt inverkan på bötesbeloppet, konstateras endast att detta angreppssätt säkerställer att meddelandet om samarbete ges en ändamålsenlig verkan. Om grundbeloppet ligger klart över gränsen på 10 procent före en tillämpning av nämnda meddelande och det inte vore möjligt att omedelbart tillämpa denna gräns, skulle incitamentet för det berörda företaget att samarbeta med kommissionen minska avsevärt, eftersom de slutliga böterna i vilket fall som helst aldrig får överstiga 10 procent, med eller utan samarbete (domen i de ovan i punkt 38 nämnda förenade målen Tokai Carbon m.fl. mot kommissionen, punkterna 352–354).

42 Förstainstansrätten underkänner vidare sökandens argument att riktlinjerna inte innehåller någon allmän anvisning om vilken nivå utgångspunkten normalt sett bör ligga på, utan att den behöver pröva huruvida detta argument kan tas upp till sakprövning (se ovan punkt 35). Det är tillräckligt att konstatera att det i riktlinjerna anges att den "möjliga" nivån på bötesbeloppet för mycket allvarliga överträdelser överstiger 20 miljoner euro (punkt 1 A tredje strecksatsen andra stycket). Det är inte möjligt att ge exakta anvisningar angående utgångspunkterna vid varje enskild överträdelse. Det framgår dessutom klart av punkt 1 A tredje strecksatsen andra stycket att bötesbeloppen kan understiga 20 miljoner euro, vilket innebär att sökanden inte kan vinna framgång med sitt argument att riktlinjerna inte är avsedda för små och medelstora företag. Samma riktlinjer ger dessutom kommissionen en möjlighet att när omständigheterna så kräver beakta den särskilda situation som ett litet eller medelstort företag befinner sig i (domen i det ovan i punkt 34 nämnda målet Lögstör Rör mot kommissionen, punkt 295).

43 Det framgår tydligt av riktlinjerna att de böter som små och medelstora företag som deltagit i mycket allvarliga överträdelse åläggs både kan understiga 20 miljoner euro och höjas till den i artikel 15.2 i förordning nr 17 föreskrivna gränsen på 10 procent. Sökandens invändning att det inte finns någon allmän anvisning i det avseendet skall således underkännas.

44 Den första grunden skall således underkännas i sin helhet.

Den andra grunden: Åsidosättande av proportionalitetsprincipen

45 Sökanden har inledningsvis påpekat att de böter som bolaget ålagts är de högsta tillåtna, med hänsyn till den nedsättning med 10 procent som gjorts med stöd av meddelandet om samarbete. Bötesbeloppet motsvarar nämligen nio procent av dess världsomsättning. Kommissionen har såvitt bolaget vet aldrig, under 40 års tid, fattat ett så strängt beslut. Kommissionen har således brutit mot proportionalitetsprincipen.

46 Den andra grunden består av tre delar. Sökanden har under dessa gjort gällande att proportionalitetsprincipen har åsidosatts av följande skäl:

— De böter som bolaget ålagts är helt oproportionerliga, i synnerhet i förhållande till dem som ålagts andra företag i såväl detta som andra nyligen avgjorda ärenden.

— Kommissionen har beaktat dess världsomsättning för att fastställa den övre gränsen för böterna.

— Kommissionen har inte beaktat förhållandet mellan dess totala omsättning och den omsättning som var hänförlig till försäljningen av den aktuella produkten.

Den första delgrunden: Huruvida de böter som sökanden ålagts är helt oproportionerliga

— Parternas argument

47 Sökanden menar att det förhållandet att utgångspunkten i förevarande fall godtyckligt har fastställts på en nivå som vida överstiger den övre gränsen på 10 procent har lett till en uppenbart oproportionerlig påföljd. Eftersom utgångspunkten i sökandens fall uppgick till 17 procent av bolagets världsomsättning, det vill säga 170 procent av det högsta tillåtna beloppet, var bolaget "försäkrat om" att det skulle åläggas det högsta bötesbeloppet, utan att det fanns några sakliga skäl för en sådan sträng påföljd. Bland annat anges att det saknades samband mellan bötesbeloppet, å ena sidan, och överträdelsens allvar, bolagets storlek och ansvar, å den andra sidan. Påföljden har ålagts utan någon som helst hänsyn till bolagets konkreta situation. Det anges att kommissionen själv har medgett att den överträdelse som bolaget begått är av "medellång" och absolut inte "lång" varaktighet.

48 Det faktum att ett företag i kategorin små och medelstora företag har ålagts högsta möjliga böter strider mot de principer som fastställts i rättspraxis och i kommissionens riktlinjer. Förstainstansrätten har godkänt dessa genom att ange att det kan vara nödvändigt att variera de belopp som fastställs "särskilt när det är stor skillnad i storleken på de företag som begått en överträdelse av samma slag.

Variationen är i dessa fall nödvändig för att den allmänna utgångspunkten skall kunna anpassas efter varje företags specifika karaktär" (förstainstansrättens dom av den 13 december 2001 i mål T-48/98, Acerinox mot kommissionen, REG 2001, s. II-3859, punkt 80). I domen i det ovannämnda målet Acerinox mot kommissionen underkände förstainstansrätten även ett argument som en av sökandena hade anfört om att bolaget hade så liten marknadsandel, av det skälet att dess "storlek" och "ekonomiska styrka" faktiskt skall beaktas (punkterna 89 och 90). Förstainstansrätten underströk därför att det var viktigt att beakta företagets storlek, oberoende av storleken på dess marknadsandel. I förevarande fall har kommissionen helt underlåtit att beakta det förhållandet att sökanden är ett företag i kategorin små och medelstora företag som är synnerligen anspråkslöst och att det är "stor skillnad" i storleken på de berörda företagen.

49 Sökanden menar att riktlinjerna inte har tagits fram med avseende på små och medelstora företag. Vid mycket allvarliga överträdelser föreskrivs ett "möjligt" bötesbelopp på över 20 miljoner euro. Böter i den storleksordningen kräver dock en omsättning på minst 200 miljoner euro, det vill säga en elva gånger högre omsättning än vad sökanden har.

50 Sökanden har hävdat att en av följderna av den godtyckliga metod som kommissionen har använt för att fastställa böterna är att de stora företagen har ålagts mindre stränga påföljder än de små och medelstora. Sökanden anser att det i förevarande fall är uppenbart oproportionerligt att stora företag har ålagts böter som är mindre än hälften så höga som dem som små och medelstora företag har ålagts för identiska överträdelser. Sökanden har i det avseendet hänvisat till en tabell i ansökan av vilken de bötesbelopp som vart och ett av de anklagade företagen har ålagts framgår. Bolaget menar att de böter som det har ålagts motsvarar det högsta tillåtna bötesbeloppet och att det praktiskt taget är dubbelt så högt som det som har ålagts Heubach, trots att de överträdelser som företagen har lagts till last är lika allvarliga och har varat lika länge. Det rör sig om procentuella jämförelser i förhållande till omsättning och inte om absoluta tal. Att beloppet är oproportionerligt blir lika uppenbart när de böter som sökanden ålagts jämförs med dem som andra bolag i liknande mål har ålagts. I kommissionens beslut 2001/716/CE av den 18 juli 2001 om ett förfarande enligt artikel 81 i EG-fördraget och enligt artikel 53 i

EES-avtalet (Ärende COMP.D.2 37.444 — SAS mot Maersk Air och ärende COMP. D.2 37.386 — Sun-Air mot SAS och Maersk Air) (EGT L 265, s. 15) (nedan kallat beslutet SAS), ålades bolaget SAS böter motsvarande 0,79 procent av dess världsomsättning sedan det beviljats en nedsättning med 10 procent med stöd av meddelandet om samarbete, det vill säga elva gånger lägre böter än vad sökanden ålagts i förhållande till omsättning. Sökanden har understrukit att böter på 0,79 procent av ett företags omsättning inte är kännbart om det har en världsomsättning på nära 5 miljarder euro, medan böter på 1,53 miljoner euro är oerhört kännbara för sökanden, vars omsättning uppgår till 17 miljoner euro (förstainstansrättens dom av den 6 juli 2000 i mål T-62/98, Volkswagen mot kommissionen, REG 2000, s. II-2707, punkterna 336 och 347).

51 Vad beträffar kommissionens påstående att storleken på sökandebolaget har beaktats i och med att utgångspunkten fastställdes till 3 miljoner euro, och inte till 20 miljoner euro som är det belopp som anges i riktlinjerna, har sökanden i sin replik genmält att kommissionen inte har bedömt storleken på böterna i förhållande till storleken på bolaget. Kommissionen har endast tagit hänsyn till de absoluta beloppen och bortsett från den betydelse som omsättningen har vid bedömningen av böternas storlek för ett visst företag. Riktlinjerna "hindrar inte att omsättningen beaktas när bötesbeloppet fastställs i syfte att iaktta allmänna gemenskapsrättsliga principer och när omständigheterna så kräver" (domen i de ovan i punkt 27 nämnda förenade målen HFB m.fl. mot kommissionen, punkt 447). I förevarande fall borde kommissionen ha beaktat omsättningen när den fastställde bötesbeloppet för att undvika att proportionalitetsprincipen åsidosattes. Vissa viktiga texter, däribland rådets förordning (EEG) nr 4064/89 av den 21 december 1989 om kontroll av företagskoncentrationer (EGT L 395, s. 1, svensk specialutgåva, tillägg, s. 16 och rättelse EGT L 257, 1990, s. 13, i dess lydelse enligt rådets förordning (EG) nr 1310/97 av den 30 juni 1997, EGT L 40, 1998, s. 17) samt de som reglerar små och medelstora företag, visar att omsättningen är av avgörande betydelse.

52 Sökanden har bemött kommissionens argument att den inte kan kritiseras för att det bötesbelopp som vissa företag ålagts är högre i förhållande till omsättningen än dem som ålagts andra företag som varit inblandade i samma överträdelse genom att påstå

att den rättspraxis som är aktuell endast är tillämplig på företag som befinner sig i en särskild situation med avseende på överträdelsens "allvar" och "varaktighet". Denna rättspraxis ger däremot inget svar på den fråga som har uppkommit i förevarande mål, i vilket den påföljd som sökanden ålagts i förhållande till bolagets omsättning är nästan dubbelt så hög som den som Heubach ålagts, trots att dessa två bolag befinner sig i exakt samma situation.

53 Sökanden menar att det är än mer uppenbart att proportionalitetsprincipen har åsidosatts i förevarande fall, eftersom kommissionen gjorde sig skyldig till en felaktig bedömning när den fastställde bötesbeloppet. Kommissionen beaktade i synnerhet varken de principer som den slagit fast i sina riktlinjer eller sin tidigare praxis. Det togs ingen hänsyn till att sökanden, som ingår i kategorin små och medelstora företag, inte ens hade någon rättsavdelning. Sökanden har erinrat om att kommissionen i vissa fall har underlåtit att ålägga små företag som inte har tillräcklig kännedom om gemenskapsrätten och den nationella rätten böter (kommissionens beslut 82/897/EEG av den 15 december 1982 om ett förfarande enligt artikel 85 i EEG-fördraget (IV/C-30.128 Toltecs-Dorcet) (JO L 379, p. 19)). Bolaget har tillagt att kommissionen inte har lyckats visa att de berörda företagen verkligen var medvetna om att de handlade rättsstridigt med hänsyn till att de hade lämnat anteckningar om varje möte i sina kalendrar.

54 Vidare anges att kommissionen i allmänhet ålägger lägre böter när den tillämpar konkurrensbestämmelserna för första gången i ett nytt sammanhang (kommissionens beslut 92/521/EEG av den 27 oktober 1992 om ett förfarande enligt artikel 85 i EEG-fördraget (IV/33.384 och 33.378 — Distribution av sällskapsresor till VM i fotboll 1990) (EGT L 326, s. 31, punkt 125)). Det påpekas att det framgår av kommissionens pressmeddelande i förevarande mål att det är första gången den reagerar så kraftigt mot otillåten samverkan som små och medelstora företag är inblandade i. Bolaget har av detta slutit sig till att det inte borde ha ålagts det högsta bötesbeloppet.

55 Vidare hävdas att kommissionen inte har lyckats visa att konsumenterna drabbats exceptionellt hårt. Sökanden har därvid hänvisat till zinkfosfatmarknadens storlek, som kommissionen själv ansett vara "liten" (punkt 303 i det ifrågasatta beslutet), förekomsten av ersättningsprodukter (punkt 45 i det ifrågasatta beslutet) och köparnas storlek (punkt 51 i det ifrågasatta beslutet).

56 Sökanden har slutligen erinrat om att det framgår av riktlinjerna att "den eventuella ekonomiska eller finansiella fördel som den som begått överträdelser fått" är ett viktigt kriterium vid beräkningen av bötesbeloppet. Kommissionen har aldrig påstått att sökanden har dragit fördel av överträdelsen.

57 Kommissionen har å sin sida bestritt sökandens argumentation. Den menar att de böter som sökanden ålagts motsvarar nio procent av föregående räkenskapsårs omsättning. Sökandens påstående att bolaget ålagts "det högsta tillåtna bötesbeloppet" är felaktigt, då böterna motsvarar mindre än 10 procent av dess omsättning. Kommissionen har vidare angett att den, i motsats till vad sökanden har påstått, inte bara har ålagt strängare påföljder än dem som bolaget ålagts, utan att den dessutom upprepade gånger har satt ned de böter som ett företag ålagts i syfte att iaktta den övre gränsen på 10 procent (kommissionens beslut 1999/60/EG av den 21 oktober 1998 om ett förfarande enligt artikel 85 i EG-fördraget (IV/35.691/E-4 — Kartellen för fjärrvärmerör) (EGT L 24, 1999, s. 1, nedan kallat beslutet om fjärrvärmerör), punkt 176 (angående företaget Lögstör), och kommissionens beslut 2002/271/EG av den 12 juli 2001 om ett förfarande enligt artikel 81 i EG-fördraget och artikel 53 i EES-avtalet (COMP/E-1/36.490 – Grafitelektroder) (EGT L 100, 2002, s. 1), punkt 199 (angående företaget UCAR)). Kommissionen anser vidare att det saknas grund för sökandens påstående att böterna är oproportionerliga.

Förstainstansrättens bedömning

58 Enligt artikel 15.2 i förordning nr 17 skall hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är och hur länge den pågått när bötesbeloppet fastställs. Det är således med hänsyn till samtliga omständigheter rörande överträdelsen som det skall bedömas om böterna är proportionerliga (förstainstansrättens dom av den 20 april 1999 i de förenade målen T-305/94–T-307/94, T-313/94–T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 och T-335/94, Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mot kommissionen, REG 1999, s. II-931, punkt 1215).

59 Det skall i förevarande fall understrykas att sökanden inte har bestritt att bolaget från den 24 mars 1994 till den 13 maj 1998, det vill säga under mer än fyra år, deltog i en mycket allvarlig överträdelse i den mening som avses i riktlinjerna.

60 Den av kommissionen fastställda utgångspunkten på 3 miljoner euro ligger långt under det lägsta tröskelvärdet på 20 miljoner euro som enligt riktlinjerna är ett normalt belopp för den typen av överträdelse (se punkt 1 A, andra stycket tredje strecksatsen). De böter som sökanden slutligen ålades uppgick endast till 1,53 miljoner euro. Förstainstansrätten finner med hänsyn till dels överträdelsens allvar, dess varaktighet och sökandens roll i ärendet, dels de uppgifter som sökanden lämnat i målet, att det bötesbelopp sökanden ålagts inte är oproportionerligt.

61 Sökanden kan inte heller vinna framgång med sitt påstående att de ålagda böterna är oproportionerliga i förhållande till bolagets storlek. Dess påstående att det var "försäkrat om" att de skulle åläggas det högsta bötesbeloppet eftersom utgångs-

punkten motsvarade 17 procent av dess världsomsättning kan inte godtas. Om det med hänsyn till sökandens beteende hade varit motiverat, skulle böterna nämligen ha kunnat sättas ned avsevärt med beaktande av förmildrande omständigheter och meddelandet om samarbete. De ålagda böterna motsvarar inte det högsta belopp som kommissionen hade kunnat ålägga, eftersom det sattes ned med 10 procent med beaktande av meddelandet om samarbete.

62 Det skall vidare erinras om dels att den enda uttryckliga hänvisningen till omsättningen i artikel 15.2 i förordning nr 17 rör den övre gräns som ett bötesbelopp inte får överstiga, dels att denna gräns skall anses stå i proportion till den totala omsättningen (domstolens dom av den 7 juni 1983 i de förenade målen 100–103/80, Musique diffusion française m.fl. mot kommissionen, REG 1983, s. 1825, punkt 119; svensk specialutgåva, volym 7, s. 133). Under förutsättning att denna gräns iakttas kan kommissionen i princip fastställa bötesbeloppet utifrån den omsättning som den själv har valt med hänsyn till det geografiska underlaget och de berörda produkterna (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. 5023) utan att vara skyldig att använda just den totala omsättningen eller den som uppnåtts på den relevanta produktmarknaden. Även om det i riktlinjerna inte föreskrivs att böterna skall fastställas i förhållande till en viss typ av omsättning är de heller inget hinder mot att så sker, förutsatt att kommissionen vid sitt val av omsättning inte gör en uppenbart oriktig bedömning (domen i de ovan i punkt 38 nämnda förenade målen Tokai Carbon m.fl. mot kommissionen, punkt 195).

63 I förevarande fall framgår det av det ifrågasatta beslutet att kommissionen fann det lämpligt att behandla företagen olika för att ta hänsyn till "den ekonomiska kapacitet de olika företagen har att allvarligt skada konkurrensen och fastställa böterna på en nivå som är tillräckligt avskräckande" (punkt 304 i det ifrågasatta beslutet). Kommissionen har tillagt att det var nödvändigt att "ta hänsyn till respektive företags styrka och därmed hur dess uppträdande faktiskt påverkar konkurrensen". Den har vid bedömningen av dessa faktorer valt att grunda sig på de omsättningssiffror som avser försäljningen av standardzinkfosfat inom EES under det sista året av överträdelsen. Den har påpekat att sökanden var en av huvudtillverkarna av zinkfosfat i EES, med en marknadsandel på omkring 20 procent och därför fördes till

den första kategorin (punkt 308 i det ifrågasatta beslutet). Utgångspunkten för böterna fastställdes till 3 miljoner euro för vart och ett av företagen i den första kategorin. Utgångspunkten för James Brown, som hade en marknadsandel på omkring 5 procent, fastställdes till 750 000 euro.

64 Även om kommissionen har jämfört de berörda företagens relativa betydelse på grundval av den omsättning som avser försäljningen av zinkfosfat i EES, har den även hänvisat till företagens marknadsandelar på den aktuella marknaden för att dela in dem i två olika kategorier. Kommissionen fastställde de berörda företagens marknadsandelar på grundval av dels den omsättning på marknaden i fråga som nämns i tabellen i punkt 50 i det ifrågasatta beslutet, dels upplysningarna i akten. Sökanden har inte bestritt att denna metod var välgrundad.

65 Vid bedömningen av "den ekonomiska kapacitet som de olika företagen har att allvarligt skada konkurrensen", vilket förutsätter en bedömning av dessa företags faktiska betydelse på den berörda marknaden, det vill säga deras inflytande på densamma, ger den totala omsättningen en ofullständig bild. Det kan inte uteslutas att ett inflytelserikt företag med en mängd olika verksamheter inte har mer än en underordnad närvaro på en viss produktmarknad. Det kan inte heller uteslutas att ett företag som har en stark ställning på en geografisk marknad utanför gemenskapen bara har en svag ställning inom den gemensamma marknaden eller inom EES. I sådana fall innebär det faktum att det berörda bolaget har en betydande total omsättning inte i sig nödvändigtvis att det har ett avgörande inflytande på den aktuella marknaden. Domstolen har av den anledningen, i sin dom av den 17 december 1998 i mål C-185/95 P, Baustahlgewebe mot kommissionen (REG 1998, s. I-8417), punkt 139, understrukit att även om de marknadsandelar som innehas av ett företag inte kan vara avgörande för slutsatsen att ett företag hör till en större ekonomisk enhet, är de emellertid relevanta för att fastställa det inflytande som företaget har kunnat utöva på marknaden (förstainstansrättens dom av den 9 juli 2003 i mål T-224/00, Archer Daniels Midland och Archer Daniels Midland Ingredients mot kommissionen, REG 2003, s. II-2597, punkt 193). I förevarande fall har kommissionen tagit hänsyn såväl till de aktuella företagens

marknadsandelar som till deras omsättning på den berörda marknaden, vilket gjort det möjligt att fastställa varje företags relativa styrka på den relevanta marknaden.

66 Härav följer att kommissionen inte gjort någon uppenbart oriktig bedömning av "den ekonomiska kapaciteten hos de företag som medverka[t] till överträdelsen" i den mening som avses i punkt 1 A fjärde strecksatsen i riktlinjerna.

67 Det framgår vidare av en jämförelse av omsättningarna för företagen i den första kategorin, vilka nämns i tabellen i punkt 50 i det ifrågasatta beslutet, att det var riktigt att samla dessa företag i en kategori och bestämma en särskild utgångspunkt för dem. Sökanden hade år 1998 en omsättning på den relevanta marknaden inom EES på 3,9 miljoner euro. Heubach, Trident och Union Pigments hade omsättningar på 3,7 miljoner, 3,69 miljoner respektive 3,2 miljoner euro. Britannia, som år 1998 hade upphört med all ekonomisk verksamhet, hade år 1996 en omsättning på den relevanta marknaden inom EES på 2,78 miljoner euro.

68 I punkt 1 A sjätte strecksatsen i riktlinjerna stadgas, såsom sökanden med rätta har anfört, att en "stor" skillnad i storlek hos de företag som begått en överträdelse av samma slag kan motivera en åtskillnad vid bedömningen av överträdelsens allvar (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 48 nämnda målet Acerinox mot kommissionen, punkt 90). Även om kommissionen enligt rättspraxis har ett utrymme för skönsmässig bedömning och böterna inte skall fastställas enligt en enkel matematisk formel (förstainstansrättens dom av den 6 april 1995 i mål T-150/89, Martinelli mot kommissionen, REG 1995, s. II-1165, punkt 59), skall bötesbeloppet i varje fall stå i proportion till de omständigheter som har beaktats vid bedömningen av hur allvarlig överträdelsen är (domen i de ovan i punkt 32 nämnda förenade målen Tate & Lyle mot kommissionen, punkt 106). När kommissionen delar in företagen i kategorier för att fastställa bötesbeloppet skall gränsvärdena följaktligen fastställas på ett sammanhängande och sakligt motiverat sätt för var och

en de angivna kategorierna (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 20 mars 2002 i mål T-23/99, LR AF 1998 mot kommissionen, REG 2002, s. II-1705, punkt 298, och av den 19 mars 2003 i mål T-213/00, CMA CGM m.fl. mot kommissionen, REG 2003, s. II-913, nedan kallad domen i målet FETTCSA, punkt 416).

69 I förevarande fall har sökanden visserligen, även om bolaget endast hade en total omsättning på 17 miljoner euro år 2000, förts till samma grupp som Britannia, Heubach, Trident och Union Pigments, vars totala omsättning var 55,7 miljoner, 71 miljoner, 76 miljoner respektive 7 miljoner euro. Härav går det dock inte att dra den slutsatsen att proportionalitetsprincipen eller principen om likabehandling har åsidosatts. Såsom har förklarats ovan i punkterna 63 och 64, har dessa olika företag förts till samma kategori därför att de hade i stort sett lika stor omsättning och lika stora marknadsandelar på den relevanta marknaden. Det var följdriktigt och sakligt motiverat att dela in företagen i kategorier på denna grund. Förstainstansrätten konstaterar vidare att skillnaden i storlek mellan sökanden och de andra företagen i fråga inte var så stor att sökanden borde ha placerats i en annan grupp (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 39 nämnda målet Daesang och Sewon Europe mot kommissionen, punkterna 69–77).

70 Det kan tilläggas att det under de omständigheter som föreligger i detta mål är tillräckligt att ta hänsyn till sökandens totala omsättning vid tillämpningen av den övre gräns på 10 procent som föreskrivs i artikel 15.2 i förordning nr 17. Såsom har angetts ovan i punkterna 16 och 17 sattes sökandens bötesbelopp ned till 1,7 miljoner euro med hänsyn till denna gräns, för att sedan ytterligare sättas ned, till 1,53 miljoner euro, för samarbete. Syftet med tioprocentsgränsen är att förhindra att böterna är oproportionellt höga i förhållande till företagens styrka (domen i de ovan i punkt 62 nämnda förenade målen Musique diffusion française, punkt 119). Tillämpningen av denna maximigräns i förevarande fall har säkerställt att de böter som ålagts sökanden står i proportion till bolagets storlek. Sett till överträdelsens allvarliga art och till det faktum att denna varade under mer än fyra år, hade bötesbeloppet kunnat vara betydligt högre om sökanden inte hade varit ett litet företag som dragit nytta av tioprocentsgränsen.

71 Sökanden har ansett det vara uppenbart oproportionerligt att de stora företagen åläggs mindre än hälften så höga böter som små och medelstora företag för samma typ av överträdelser. Med en omsättning på 17,08 miljoner euro har bolaget ålagts böter motsvarande nio procent av dess omsättning, medan de böter som ålagts Heubach, vars omsättning uppgick till 71,018 miljoner euro, motsvarade 5,3 procent av det företagets omsättning.

72 Som svar på dessa påståenden påpekas först och främst att kommissionen har ålagt Heubach 3,78 miljoner euro och sökanden 1,53 miljoner euro i böter. Trots att dessa två företag hade deltagit i en mycket allvarlig överträdelse under mer än fyra år och att de var lika stora på marknaden (se ovan punkt 67), är Heubachs böter dubbelt så höga som sökandens.

73 Eftersom kommissionen inte är skyldig att beräkna böterna utifrån belopp som grundar sig på de berörda företagens omsättning, är den inte heller skyldig att säkerställa, för det fall att böterna åläggs flera företag som varit inblandade i samma överträdelse, att de slutliga bötesbelopp som dess beräkningar leder fram till för de berörda företagen avspeglar varje skillnad mellan dessa vad gäller deras totala omsättning eller deras omsättning på den relevanta produktmarknaden (domen i det ovan i punkt 30 nämnda målet Dansk Rørindustri mot kommissionen, punkt 202).

74 I artikel 15.2 i förordning nr 17 anges inte heller att ett litet eller medelstort företag inte får åläggas högre böter, i procent av omsättningen, än de största företagen när flera företag som varit inblandade i samma överträdelse åläggs böter. Det framgår nämligen av denna bestämmelse att bötesbeloppen för såväl små och medelstora som för större företag skall fastställas med hänsyn till hur allvarlig överträdelsen är och till hur länge den har pågått. När kommissionen ålägger vart och ett av de företag som varit inblandande i samma överträdelse skäliga böter i förhållande till överträdelsens allvar och varaktighet, kan den inte kritiseras för att bötesbeloppet för vissa av dem är högre i förhållande till omsättningen än för andra företag (domen i

det ovan i punkt 30 nämnda målet Dansk Rørindustri mot kommissionen, punkt 203).

75 Sökanden anser att de principer som förstainstansrätten slog fast i domen i det ovan i punkt 30 nämnda målet Dansk Rørindustri mot kommissionen endast är tillämpliga när företag befinner sig i en annan situation med avseende på de faktorer som rör överträdelsens allvar och varaktighet. Kommissionen är dock inte skyldig att säkerställa att bötesbeloppen avspeglar varje skillnad mellan företagen vad gäller deras totala omsättning eller deras omsättning på den relevanta produktmarknaden när de befinner sig i en annan situation. Dessa principer är tillämpliga även när företagen befinner sig i exakt samma situation.

76 Sökanden kan inte heller vinna framgång med argumentet att de ålagda böterna är uppenbart oproportionerliga i jämförelse med dem som andra företag har ålagts i liknande mål. Kommissionen är nämligen inte skyldig att fastställa böterna vare sig i proportion till omsättning eller i fullständig överensstämmelse med dem som fastställts i tidigare ärenden.

77 Det skall understrykas att kommissionens tidigare beslutspraxis inte utgör den rättsliga ramen för åläggande av böter på konkurrensområdet. Det förhållandet att kommissionen tidigare har tillämpat böter på en viss nivå för vissa typer av överträdelser hindrar den inte från att höja denna nivå inom de gränser som anges i

förordning nr 17, om detta är nödvändigt för att genomföra gemenskapens konkurrenspolitik (domen i de ovan i punkt 62 nämnda förenade målen Musique diffusion française m.fl. mot kommissionen, punkt 109, och domen i de ovan i punkt 38 nämnda förenade målen Tokai Carbon m.fl. mot kommissionen, punkt 243).

78 När kommissionen ålägger vart och ett av de företag som varit inblandade i samma överträdelse skäliga böter i förhållande till överträdelsens allvar och varaktighet, kan den inte kritiseras för att bötesbeloppet för vissa av dessa företag är högre i förhållande till omsättningen än för andra företag i tidigare ärenden (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 68 nämnda målet LR AF 1998 mot kommissionen, punkt 278).

79 Det bör tilläggas att bedömningen av hur allvarliga överträdelserna är skall göras med hänsyn till ett stort antal omständigheter, såsom bland annat de särskilda omständigheterna i målet, dess sammanhang och böternas avskräckande verkan, utan att det har fastställts någon tvingande eller uttömmande förteckning över de kriterier som absolut skall tas i beaktande (domstolens dom av den 17 juli 1997 i mål C-219/95 P, Ferriere Nord mot kommissionen, REG 1997, s. I-4411, punkt 33, och domen i det ovan i punkt 68 nämnda målet LR AF 1998 mot kommissionen, punkt 236). De relevanta uppgifterna, såsom marknaderna, produkterna, länderna, företagen och de aktuella perioderna skiljer sig i varje enskilt fall. Kommissionen kan därför inte vara skyldig att ålägga böter som motsvarar samma procentuella andel av omsättningen i de ärenden i vilka lika allvarliga överträdelser begåtts (förstainstansrättens dom av den 13 januari 2004 i mål T-67/01, JCB Service mot kommissionen, REG 2004, s. II-49, punkterna 187–189).

80 Det påpekas att de böter som kommissionen ålade i det av sökanden åberopade beslutet SAS (se ovan punkt 50) visserligen inte motsvarade någon större del av det aktuella företagets omsättning men ändå var väldigt höga, eftersom de uppgick till nära 40 miljoner euro. Om kommissionen däremot hade varit tvungen att ålägga sökanden böter motsvarande 0,79 procent av dess omsättning, såsom den gjorde i beslutet SAS, hade dessa böter, som då hade uppgått till 134 939 euro, givetvis inte varit avskräckande.

81 Sökandens påståenden att det gjorts oriktiga bedömningar kan inte heller godtas.

82 Kommissionen hade rätt att bortse från att sökanden saknade rättsavdelning. Enligt riktlinjerna kan den även "beakta ... det förhållandet att stora företag i flertalet fall förfogar över en juridisk och ekonomisk kunskap och infrastruktur som gör det möjligt för dem att bättre bedöma den olagliga karaktären av deras beteenden och de konsekvenser som dessa får ur konkurrenssynpunkt" (punkt 1 A femte stycket). Kommissionen har med rätta angett att den med stöd av detta stycke kan höja böterna för stora företag, men att den inte är skyldig att sänka de böter den fastställt för mindre företag. Det framgår uttryckligen av artikel 81.1 a–c EG och av fast rättspraxis att överträdelsen i fråga strider mot konkurrensreglerna. Sökanden kan därför inte med framgång hävda att bolaget inte haft tillräcklig kännedom om tillämpliga bestämmelser. Det framgår dessutom av det ifrågasatta beslutet att de anklagade bolagen var väl medvetna om att en kartell som syftade till att fastställa riktpriser, uppdela marknaden och tilldela kunder var olaglig (punkterna 99, 100, 125 och 253).

83 För att en överträdelse av fördragets konkurrensbestämmelser skall kunna anses uppsåtligen begången är det inte nödvändigt att företaget medvetet har brutit mot dessa regler. Det är tillräckligt att företaget inte kan ha undgått att inse att dess beteende syftade till att begränsa konkurrensen (förstainstansrättens dom av den 6 april 1995 i mål T-143/89, Ferriere Nord mot kommissionen, REG 1995, s. II-917, punkt 41, och av den 16 december 2003 i de förenade målen T-5/00 och T-6/00, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied mot kommissionen, REG 2003, s. II-5761, punkterna 396 och 397).

84 Förstainstansrätten godtar inte heller sökandens argument att kommissionen borde ha ålagt lägre böter av det skälet att det var första gången som den reagerade så

kraftigt mot konkurrensbegränsande samverkan mellan små och medelstora företag. Kommissionen är nämligen inte skyldig att mildra böterna när den ingriper i en viss sektor för första gången. Det finns ingenting som tvingar kommissionen att mildra böter när företagen i fråga ingår i kategorin små och medelstora företag. Företagets storlek beaktas nämligen genom den övre gränsen i artikel 15.2 i förordning nr 17 och genom bestämmelserna i riktlinjerna. Förutom storleken finns det ingen anledning att behandla små och medelstora företag annorlunda än andra företag. Det förhållandet att företagen ingår i kategorin små och medelstora företag befriar dem inte från skyldigheten att iaktta konkurrensreglerna, såsom kommissionen med rätta har gjort gällande (se punkt 343 i det ifrågasatta beslutet).

85 Det kan inte heller påstås att kommissionen i förevarande fall har agerat på ett nytt område. I beslutet om fjärrvärmerör ålade kommissionen nämligen små och medelstora företag som hade deltagit i olaglig verksamhet höga böter.

86 Sökanden har vidare till stöd för detta argument hänvisat till att kommissionen inte har gjort gällande att konsumenterna har drabbats exceptionellt hårt. Det är tillräckligt att konstatera att det inte går att sluta sig till att de aktuella böterna är oproportionerliga av den anledningen att konsumenterna inte har åsamkats någon sådan skada. Kommissionen har dessutom indirekt beaktat det förhållandet att överträdelsen inte har åsamkat någon sådan skada. Kommissionen har dels beaktat den begränsade storleken på den relevanta marknaden när utgångspunkten på 3 miljoner euro fastställdes (punkt 303 i det ifrågasatta beslutet), dels medgett att den ekonomiska situation i vilken överträdelsen ägde rum var besvärlig, bland annat mot bakgrund av att de berörda företagens kunder hade stor köpkraft (punkt 339 i det ifrågasatta beslutet).

87 Sökanden har gjort gällande att kommissionen inte kunde fastställa att kunderna hade drabbats exceptionellt hårt med hänsyn till "förekomsten av ersättningsprodukter". Detta argument räcker inte för att omkullkasta slutsatsen ovan i punkt 86.

Under förhandlingen anförde sökanden, i samband med argumentet om ersättningsprodukter, att detta skulle förstås på så sätt att kommissionen inte hade gjort en tillräckligt djupgående analys av marknaden och att överträdelsen inte hade haft någon egentlig effekt. Det skall i det avseendet konstateras att sökandebolaget i sina skrivelser kortfattat har nämnt förekomsten av ersättningsprodukter i samband med ett andrahandsargument angående böternas proportionalitet och i synnerhet det faktum att kunderna inte har drabbats exceptionellt hårt. Det står klart att sökandebolaget inte har ifrågasatt verkningarna av överträdelsen i allmänhet och att det inte har ifrågasatt avgränsningen av marknaden.

88 Det har i förstainstansrättens dom av denna dag i mål T-64/02, Heubach mot kommissionen (T-64/02, REG 2005, s. II-5137), slagits fast att kommissionen i vilket fall som helst hade fog för att fastställa att överträdelsen i fråga har haft en reell inverkan. Kommissionen har bland annat lyckats visa att avtalet om tilldelning av försäljningskvoter, som utgjorde "hörnstenen" i kartellen (punkt 66 i det ifrågasatta beslutet), var noggrant iscensatt och på årsbasis "[följde] de verkliga marknadsandelarna för de fem producenterna ... deras tilldelade andel" (punkt 72 i det ifrågasatta beslutet). Kommissionen har dessutom styrkt att prisöverenskommelsen verkligen påverkade marknaden. Det skall i det avseendet understrykas att Union Pigment och Trident, som var de företag som samarbetade mest med kommissionen, sakligt konstaterat att de åtgärder som vidtogs i fråga om priser påverkade marknadspriset. Med hänsyn till att kartellen bland annat syftade till att få slut på ett priskrig och att det kritiserade handlandet pågick i mer än fyra år, anser förstainstansrätten mer allmänt att de berörda företagen i stort sett lyckades stoppa detta priskrig och därför kunde anpassa sina priser för att uppnå en högre prisnivå än den som skulle ha gällt om kartellen inte existerat.

89 Beträffande sökandens argument att kommissionen inte har beaktat det förhållandet att bolaget inte hade gjort någon vinst på sin försäljning av produkten i fråga, påpekas slutligen att om det ålagda bötesbeloppet måste vara proportionellt i förhållande till varaktigheten och övriga omständigheter som ingår i bedömningen

av överträdelsens allvar, däribland den vinst som bolaget kan ha fått genom tillämpningen (förstainstansrättens dom av den 21 oktober 1997 i mål T-229/94, Deutsche Bahn mot kommissionen, REG 1997, s. II-1689, punkt 127), kan en utebliven vinst på grund av en överträdelse enligt rättspraxis inte utgöra ett hinder mot att det åläggs höga böter, eftersom böterna annars skulle förlora sin avskräckande verkan (domen i det ovan i punkt 83 nämnda målet Ferriere Nord mot kommissionen, punkt 53, och domen i målet FETTCSA, punkt 340).

90 Av detta följer att kommissionen vid fastställandet av bötesbeloppet inte är skyldig att beakta att överträdelsen inte medförde någon vinst (domen i de ovan i punkt 62 nämnda förenade målen Cimenteries CBR m.fl. mot kommissionen, punkt 4881, och domen i målet FETTCSA, punkt 341).

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

92 Kommissionen har inte grundat det ifrågasatta beslutet på de vinster som överträdelsen gett de inblandade företagen. Mot bakgrund av den rättspraxis som det hänvisas till ovan i punkterna 89–91 har kommissionen inte gjort en uppenbart oriktig bedömning i det avseendet.

93 Det framgår av samtliga överväganden ovan att talan inte kan vinna bifall på den andra grundens första del.

Den andra delgrunden: Huruvida kommissionen har fastställt den övre gränsen på 10 procent i förhållande till sökandebolagets världsomsättning

— Parternas argument

94 Sökanden har gjort gällande att kommissionen har åsidosatt proportionalitetsprincipen genom att beakta företagens världsomsättning vid beräkningen av den övre gränsen på 10 procent i artikel 15.2 i förordning nr 17. Det påpekas att det framgår av rättspraxis att kommissionen skall undvika att den vid fastställandet av bötesbeloppet ger "omsättningen ... en oproportionerlig betydelse i förhållande till andra bedömningskriterier" (domen i de ovan i punkt 62 nämnda förenade målen Musique diffusion française m.fl. mot kommissionen, punkt 121). Enligt doktrinen innehåller detta stycke "ett skydd mot en rent matematisk tillämpning av tioprocentsregeln, som kan komma i konflikt med ... 'proportionalitetsprincipen' " (Van Bael, I. och Bellis, J.F., *Droit de la concurrence de la Communauté économique européenne*, Bruylant, Bryssel, 1991, s. 648). Kommissionen har i det ifrågasatta beslutet medgett att det vid fastställande av grundbeloppet för böterna är nödvändigt att ta hänsyn till hur det olagliga beteendet faktiskt påverkar konkurrensen (punkt 305 i det ifrågasatta beslutet). Kommissionen fann det därför lämpligt att som grund för bedömningen av de berörda företagens relativa betydelse på den relevanta marknaden ta deras produktomsättning inom EES (punkt 307 i det ifrågasatta beslutet). Kommissionen borde ha följt sitt eget resonemang och beräknat den övre gränsen på 10 procent i förhållande till dess europeiska omsättning, vilken utgör mindre än en fjärdedel av dess världsomsättning.

95 Kommissionen har bekräftat att den beaktade kartellmedlemmarnas respektive marknadsandelar i EES för att fastställa utgångspunkten för böterna. Denna metod har inget samband med det förhållandet att de bötesbelopp som företag får åläggas enligt artikel 15.2 i förordning nr 17 inte får överstiga 10 procent av företagets världsomsättning.

Förstainstansrättens bedömning

96 Den andra grundens andra del kan inte godtas. Det framgår nämligen klart av såväl artikel 15.2 i förordning nr 17 som rättspraxis att syftet med den övre gränsen på 10 procent är att förhindra att böterna är oproportionellt höga i förhållande till företagens styrka (se ovan punkt 70). Denna gräns skall således fastställas på grundval av den totala omsättningen (domen i de ovan i punkt 62 nämnda förenade målen Musique diffusion française m.fl. mot kommissionen, punkt 119, och domen i det ovan i punkt 27 nämnda målet HFB m.fl. mot kommissionen, punkt 541). Anledningen till att man beaktar den omsättning som uppnåtts genom försäljningen av den produkt som omfattas av överträdelsen på den relevanta geografiska marknaden är att man vill kunna bedöma betydelsen av varje enskilt företags beteende på denna marknad vid bedömningen av överträdelsens allvar. I motsats till vad sökanden har påstått föreligger inga hinder mot att olika omsättningssiffror används för olika ändamål. Talan kan således inte vinna bifall på den andra grundens andra del.

Den tredje delgrunden: Huruvida kommissionen har underlåtit att beakta förhållandet mellan sökandens totala omsättning och den omsättning som var hänförlig till försäljningen av den aktuella produkten

— Parternas argument

97 Sökanden har gjort gällande att kommissionen, vid bedömningen av överträdelsens allvar, borde ha beaktat det förhållandet att sökandens omsättning från försäljningen av den aktuella produkten var liten i förhållande till dess totala omsättning, från försäljningen av samtliga produkter (förstainstansrättens dom av den 14 juli 1994 i mål T-77/92, Parker Pen mot kommissionen, punkt 94).

98 Kommissionen har påpekat att domen i det ovan i punkt 97 nämnda målet Parker Pen mot kommissionen meddelades vid en tidpunkt då grundbeloppen fastställdes i förhållande till företagens omsättning. Numera är den totala omsättningen en bland många omständigheter som kommissionen kan beakta, och som kan prövas av gemenskapsdomstolarna, men det är inte en omständighet som den nödvändigtvis måste beakta. Det anges närmare att den, såsom förstainstansrätten angav i sin dom av den 14 maj 1998 i mål T-327/94, SCA Holding mot kommissionen (REG 1998, s. II-1373, punkt 184), "vid bedömningen av hur allvarlig överträdelsen ... inte [är] skyldig att ta hänsyn till det rådande förhållandet mellan omsättningen av den vara som överträdelsen avser i proportion till bolagets totala omsättning".

Förstainstansrättens bedömning

99 Förstainstansrätten påpekar att det följer av fast rättspraxis att varken den ena eller den andra av olika omsättningssiffror får ges en oproportionerlig betydelse i förhållande till andra bedömningskriterier, och att fastställandet av ett lämpligt bötesbelopp därför inte kan ske genom en enkel beräkning som grundas på den totala omsättningen, särskilt när de ifrågavarande varorna endast svarar för en liten del av denna omsättning (domen i de ovan i punkt 62 nämnda förenade målen Musique diffusion française, punkterna 120 och 121, och domen i det ovan i punkt 97 nämnda målet Parker Pen mot kommissionen, punkt 94). Förstainstansrätten godtog sålunda i det ovan i punkt 97 nämnda målet Parker Pen mot kommissionen att denna åsidosatt proportionalitetsprincipen, eftersom den inte hade beaktat att den omsättning som var hänförlig till de produkter som avsågs med överträdelsen var relativt låg i förhållande till det aktuella företagets sammanlagda försäljning.

100 Kommissionen har inte i förevarande fall fastställt sökandens bötesbelopp på grundval av företagets totala omsättning och sökanden kan därför inte med framgång hänvisa till domen i det ovan i punkt 97 nämnda målet Parker Pen mot kommissionen (förstainstansrättens dom av den 20 mars 2002, T-31/99, ABB Asea Brown Boveri mot kommissionen, REG 2002, s. II-1881, punkt 156).

101 Det framgår av det ifrågasatta beslutet (se punkterna 262–309) att kommissionen, i överensstämmelse med rättspraxis, beaktade en rad andra omständigheter än den totala omsättningen när den fastställde böterna. Bland annat togs hänsyn till överträdelsens art, dess faktiska påverkan, storleken på de berörda företagen på marknaden, böternas avskräckande verkan och den relevanta marknadens begränsade storlek (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 100 nämnda målet ABB Asea Brown Boveri mot kommissionen, punkt 157, domen i de ovan i punkt 38 nämnda förenade målen Tokai Carbon m.fl. mot kommissionen, punkt 202, och domen i det ovan i punkt 39 nämnda målet Daesang och Sewon Europe mot kommissionen, punkt 60).

102 Det skall, såsom kommissionen med rätta har anfört, i vilket fall som helst konstateras att den omsättning sökanden uppnått genom försäljningen av zinkfosfat utgör en ganska stor andel av bolagets totala omsättning, närmare bestämt mer än 22,83 procent. Sökanden kan följaktligen inte med framgång hävda att den haft en omsättning på den relevanta marknaden som var relativt låg i förhållande till företagets totala omsättning.

103 Talan kan således inte vinna bifall på den andra grundens tredje del. Den andra grunden skall därmed underkännas i dess helhet.

Den tredje grunden: Åsidosättande av icke-diskrimineringsprincipen

Parternas argument

104 Sökanden har gjort gällande att den metod som kommissionen använt för att beräkna bötesbeloppen är diskriminerande eftersom den för vissa företag har fastställt en utgångspunkt som överstiger den föreskrivna övre gränsen.

105 Sökandebolaget har bekräftat att kommissionen ålade det högsta tillåtna bötesbeloppet. De företag som hade högre omsättning än sökandebolaget men befann sig i exakt samma situation med avseende på överträdelsens allvar och varaktighet kunde utgå ifrån att de skulle åläggas ett belopp som understeg det högsta tillåtna då utgångspunkten för deras del understeg den högsta tillåtna. Sökanden menar att det är särskilt uppenbart att icke-diskrimineringsprincipen har åsidosatts när bolagets situation jämförs med Heubachs. Trots att kommissionen inte fann någon skillnad mellan de båda företagen när den fastställde böterna, motsvarade Heubachs böter 5,3 procent av dess omsättning medan de böter som sökanden ålades motsvarade 9 procent av dess omsättning. Sökanden ålades därför böter som i förhållande till omsättningen motsvarade 170 procent av de böter som Heubach ålades. En så fullständigt omotiverad särbehandling vad gäller dessa två företag utgör en typisk diskriminering. Detta åsidosättande av icke-diskrimineringsprincipen förklaras av kommissionens vägran att fastställa böterna med hänsyn till omsättning.

106 Sökanden har i sin replik kritiserat kommissionens tolkning av domen i det ovan i punkt 30 nämnda målet Dansk Rørindustri mot kommissionen.

107 Sökanden har vidare gjort gällande att den metod som kommissionen har använt leder till att samma påföljd åläggs, det vill säga den högsta tillåtna, även i det fallet då två företag har deltagit i överträdelsen olika länge. Det anges att två företag med samma utgångspunkt, som överstiger den övre gränsen på 10 procent, men där det ena företaget har deltagit i överträdelsen i ett år och det andra i fem, i slutändan kommer att åläggas samma böter på motsvarande 10 procent av deras världsomsättning. Detta ger en synnerligen tydlig bild av hur principen om likabehandling har åsidosatts i förevarande mål.

108 Kommissionen har bestritt att sökanden har utsatts för diskriminering. Även om sökandebolaget hade bedömts kunna ha samma skadliga inverkan på konkurrensen som Heubach, sänktes sökandens böter från 4,2 miljoner till 1,53 miljoner euro med stöd av just den övre gränsen på 10 procent av den totala omsättningen enligt artikel 15.2 i förordning nr 17. Kommissionen anser att den särbehandling som sökanden åtnjutit inte kan anses vara diskriminerande och att det framgår av förstainstansrättens rättspraxis (domen i det ovan i punkt 34 nämnda målet Brugg Rohrsysteme mot kommissionen, punkt 155, och domen i det ovan i punkt 68 nämnda målet LR AF 1998 mot kommissionen, punkt 300) att den är en direkt följd av den högsta tillåtna gränsen för böter enligt förordning nr 17.

Förstainstansrättens bedömning

109 Det följer av fast rättspraxis att principen om likabehandling endast åsidosätts i de fall då jämförbara situationer behandlas olika eller då olika situationer behandlas lika, såvida det inte finns sakliga skäl för en sådan behandling (domen i det ovan i punkt 65 nämnda målet Archer Daniels Midland och Archer Daniels Midland Ingredients mot kommissionen, punkt 69, och förstainstansrättens dom av den 14 maj 1998 i mål T-311/94, BPB de Eendracht mot kommissionen, REG 1998, s. II-1129, punkt 309).

110 I motsats till vad sökanden har påstått ledde inte det förhållandet att bolagets utgångspunkt fastställdes till ett belopp som överskred gränsen på 10 procent till att det omedelbart ålades det högsta tillåtna bötesbeloppet (se ovan punkt 61).

111 Det påpekas att kommissionen förde såväl sökanden som Heubach, Trident, Britannia och Union Pigments till den första kategorin i syfte att dels beakta de olika företagens faktiska ekonomiska kapacitet att allvarligt skada konkurrensen, dels fastställa böterna på en tillräckligt avskräckande nivå (punkt 304 i det ifrågasatta beslutet). Det går inte att utifrån det förhållandet att sökandens totala omsättning var lägre än Heubachs, Tridents och Britannias sluta sig till att principen om likabehandling har åsidosatts.

112 Såsom har förklarats ovan i punkt 69 visar jämförelsen av den omsättning som uppnåddes för den aktuella produkten inom EES att det var sakligt motiverat att föra dessa företag till samma kategori och fastställa samma utgångspunkt för dem.

113 Trots att både sökanden och Heubach har deltagit i en mycket allvarlig överträdelse under mer än fyra år är dessutom sökandens slutliga bötesbelopp, det vill säga 1,53 miljoner euro, inte ens hälften så högt som Heubachs på 3,78 miljoner euro. Denna positiva särbehandling av sökanden är sakligt motiverad med hänsyn till storleksskillnaden på företagen, vilket innebär att sökanden har dragit fördel av den övre gränsen i förordning nr 17.

114 Då kommissionen inte heller är skyldig att säkerställa att de slutliga bötesbelopp som dess beräkningar leder fram till för de berörda företagen avspeglar varje skillnad mellan dessa vad gäller deras omsättning (se ovan punkt 74), kan sökanden inte kritisera den för att ha ålagt ett procentuellt sett högre bötesbelopp i förhållande till den totala omsättningen än vad Heubach ålades (domen i det ovan i punkt 30 nämnda målet Dansk Rørindustri mot kommissionen, punkt 210).

115 Beträffande sökandens argument att den metod som kommissionen använt leder till att samma påföljd åläggs två företag trots att de har deltagit i överträdelsen olika länge, räcker det att påpeka att det saknar anknytning till omständigheterna i förevarande fall och att frågan således är rent hypotetisk.

116 Med hänsyn till vad som anförts skall det slutligen noteras, vad gäller principen om likabehandling, att tillämpningen av riktlinjerna i detta fall har säkerställt att de två delarna av denna princip har iakttagits. Alla de berörda företagen hade ett gemensamt och jämförbart ansvar genom att de samtliga deltog i en mycket allvarlig överträdelse. Detta ansvar har således i ett första skede bedömts på grundval av faktorer som har att göra med själva överträdelsen, såsom dess art och dess inverkan på marknaden. Kommissionen har dock justerat denna bedömning i ett andra skede på grundval av omständigheter som har att göra med respektive företag, såsom bolagets storlek och förmåga, hur länge det deltagit i överträdelsen och hur det samarbetat med kommissionen.

117 Den tredje grunden skall således underkännas.

118 Härav följer att talan skall ogillas i sin helhet.

Rättegångskostnader

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

Mot denna bakgrund beslutar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (femte avdelningen)

följande:

1) Talan ogillas.

2) Sökanden skall ersätta rättegångskostnaderna.

Lindh García-Valdecasas Cooke

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 29 november 2005.

E. Coulon P. Lindh

Justitiesekreterare Ordförande