

FÖRSTAINSTANSRÄTTENS DOM (tredje avdelningen)
den 27 september 2006 *

I mål T-329/01,

Archer Daniels Midland Co., Decatur, Illinois (Förenta staterna), företrätt av advokaten C.O. Lenz samt av L. Martin Alegi, M. Garcia och E. Batchelor, solicitors,

sökande,

mot

Europeiska gemenskapernas kommission, företrädd av A. Whelan, A. Bouquet och W. Wils, samtliga i egenskap av ombud,

svarande,

angående en talan om i första hand ogiltigförklaring av artikel 1 i kommissionens beslut K(2001) 2931 slutligt 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)

* Rättegångsspråk: engelska.

till den del detta avser sökanden, eller åtminstone till den del det fastställs i beslutet att sökanden varit delaktig i en överträdelse efter den 4 oktober 1994, ogiltigförklaring av artikel 3 i det ovannämnda beslutet till den del denna avser sökanden och i andra hand ogiltigförklaring eller nedsättning av de böter som sökanden har ålagts genom detta beslut,

meddelar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (tredje avdelningen)

sammansatt av ordföranden J. Azizi samt domarna M. Jaeger och F. Dehousse, justitiesekreterare: handläggaren I. Natsinas,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 18 februari 2004,

följande

Dom

Bakgrund till tvisten

- 1 Företaget Archer Daniels Midland Co. (nedan kallat ADM), är moderbolag för en grupp företag som är verksamma inom sektorn för bearbetning av spannmål och oljehaltiga frön. Företaget inledde sin verksamhet på Natriumglukonatmarknaden under år 1990.

- 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 världsmarknaden.

- 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 (nedan kallat Jungbunzlauer), Roquette Frères SA (nedan kallat Roquette), Glucona vof (nedan kallat Glucona) — ett företag som fram till i december 1995 kontrollerades gemensamt av Akzo Chemie BV, som är ett helägt dotterbolag till Akzo Nobel NV (nedan kallat Akzo) och Coöperatieve Verkoop- en Productievereniging van Aardappelmeel en Derivat en Avebe BA (nedan kallat Avebe) — och slutligen ADM.

- 4 I mars 1997 upplyste det amerikanska justitiedepartementet kommissionen om att till följd av att en utredning hade genomförts på marknaderna för lysin och citronsyra hade en utredning inletts även på marknaden för natriumglukonat. I oktober och december 1997 samt i februari 1998 upplystes kommissionen om att Akzo, Avebe, Glucona, Roquette och Fujisawa hade medgett att de samverkat i syfte att fastställa priset för natriumglukonat och att fördela försäljningsvolymerna för den produkten i Förenta staterna och i andra länder. Efter överenskommelse med det amerikanska justitiedepartementet ålade amerikanska myndigheter dessa företag och ADM böter. De böter som ålades ADM för samverkan ingick i ett bötesbelopp som uppgick till totalt 100 miljoner amerikanska dollar (USD) och som erlagts i samband med ärendena avseende lysin och citronsyra.

- 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) en begäran om upplysningar till de huvudsakliga tillverkarna, importörerna, exportörerna och köparna av natriumglukonat i Europa. Denna begäran riktade sig inte till ADM.

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

- 9 Kommissionen riktade en begäran om detaljerade upplysningar till Glucona, Roquette och Jungbunzlauer den 2 mars 1999. Dessa företag angav i skrivelser av den 14, den 19 och den 20 april 1999 att de hade för avsikt att samarbeta med

kommissionen samtidigt som de gav den vissa upplysningar om samverkan. Den 25 oktober 1999 riktade kommissionen en begäran om kompletterande upplysningar till ADM, Fujisawa, Glucona, Roquette och Jungbunzlauer.

- 10 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 ADM och de andra berörda företagen. ADM och övriga berörda företag besvarade kommissionens anmärkningar i skriftliga yttranden. Ingen av parterna begärde att möte skulle hållas eller bestred riktigheten i de faktiska omständigheter som angavs i meddelandet om anmärkningar.
- 11 Den 11 maj 2001 sände kommissionen en begäran om kompletterande upplysningar till ADM och de andra berörda företagen.
- 12 Den 2 oktober 2001 antog kommissionen beslut K(2001)2931 slutligt om ett förfarande enligt artikel 81 EG och artikel 53 i EES-avtalet (COMP/E-1/36.756 — Natriumglukonat) (nedan kallat beslutet). Beslutet delgavs ADM genom skrivelse av den 12 oktober 2001.
- 13 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 1998 och juni 1995,
- beträffande [ADM] mellan juni 1991 och juni 1995.

...

Artikel 3

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

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

..."

- 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, konkreta inverkan på natriumglukonatmarknaden inom EES-området och till den berörda geografiska marknads omfattning (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 som den förfogade över hade en världsmarknadsandel avseende natriumglukonat som understeg 10 procent, nämligen Glucona (omkring 9,5 procent) och ADM (9,35 procent). För dessa företag fastställde kommissionen ett utgångsbelopp för böterna på 5 miljoner euro, det vill säga 2,5 miljoner euro var för Akzo och Avebe som tillsammans ägde Glucona (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 den rättsliga och ekonomiska infrastrukturen 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 hade fastställts för ADM och Akzo, och ökade därmed utgångsbeloppet så att detta fastställdes till 12,5 miljoner euro för ADM och till 6,25 miljoner euro för Akzo (punkt 388 i beslutet).
- 19 Utgångsbeloppet ökades därutöver med 10 procent för varje år som respektive företags överträdelse hade pågått, vilket innebar en ökning med 80 procent för Fujisawa, Akzo, Avebe och Roquette, med 70 procent för Jungbunzlauer och med 35 procent för ADM (punkterna 389–392 i beslutet).
- 20 Kommissionen fastställde därmed grundbeloppet för böterna till 16,88 miljoner euro beträffande ADM. I fråga om Akzo, Avebe, Fujisawa, Jungbunzlauer och Roquette fastställdes grundbeloppet till 11,25, 4,5, 18, 17 respektive 18 miljoner euro (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 samverkan (punkt 403 i beslutet).
- 22 För det tredje tog kommissionen ställning till och avvisade de argument som vissa företag, däribland ADM, framfört om att förmildrande omständigheter förelåg för dessa företag. Kommissionen godtog inte dessa argument (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 hade samarbetat. Kommissionen ansåg vidare att ADM inte uppfyllde villkoren i avdelning C i det ovannämnda meddelandet för att kunna medges en "betydande nedsättning" av det bötesbelopp som hade ålagts företaget. Med stöd av avdelning D i det ovannämnda meddelandet medgav kommissionen en "väsentlig nedsättning" (40 procent) av de bötesbelopp som hade ålagts ADM och Roquette och med 20 procent av de bötesbelopp som hade ålagts Akzo, Avebe och Jungbunzlauer (punkterna 418, 423, 426 och 427 i beslutet).

Förfarandet och parternas yrkanden

- 24 ADM väckte förevarande talan genom ansökan som inkom till förstainstansrättens kansli den 21 december 2001.
- 25 På grundval av referentens rapport beslutade förstainstansrätten (tredje avdelningen) att inleda det muntliga förfarandet och ställde som en processledningsåtgärd i enlighet med artikel 64 i förstainstansrättens rättegångsregler skriftliga frågor till parterna, vilka dessa besvarade inom utsatta frister.
- 26 Parterna utvecklade sin talan vid förhandlingen den 18 februari 2004.
- 27 Genom skrivelse av den 21 juli 2006 bad ADM förstainstansrätten att beakta en ny grund som avser riktlinjerna för beräkning av böter som döms ut enligt artikel 23.2 a i förordning nr 1/2003 (EGT C 210, s. 2) (nedan kallade 2006 års riktlinjer), med hänsyn till att dessa riktlinjer utgör en rättslig och faktisk omständighet som

framkommit först under förfarandet i den mening som avses i artikel 48.2 i förstainstansrättens rättsregler. Mot bakgrund av principen om god rättsskipning har förstainstansrätten, utan att återuppta förfarandet, anmodat kommissionen att ta ställning till ADM:s begäran. I en skrivelse av den 11 augusti 2006 uppgav kommissionen att den ansåg att det saknades anledning att bifalla ADM:s begäran.

28 ADM har yrkat att förstainstansrätten skall

- ogiltigförklara artikel 1 i beslutet i den mån denna avser sökanden eller åtminstone i den mån sökanden anses ha deltagit i en överträdelse efter den 4 oktober 1994,
- ogiltigförklara artikel 3 i beslutet i den mån denna avser sökanden,
- i andra hand ogiltigförklara eller avsevärt minska det bötesbelopp som ålagts sökanden, och
- förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

29 Kommissionen har yrkat att förstainstansrätten skall

- ogilla talan, och
- förplikta ADM att ersätta rättegångskostnaderna.

Rättslig bedömning

- 30 Samtliga grunder som ADM åberopat avser fastställande av det bötesbelopp som ålagts företaget och angår för det första huruvida riktlinjerna skall tillämpas i förevarande mål, för det andra hur allvarlig överträdelsen varit, för det tredje hur länge överträdelsen pågått, för det fjärde huruvida förmildrande omständigheter föreligger, för det femte huruvida företaget samarbetat under det administrativa förfarandet och för det sjätte huruvida rätten till försvar iakttagits.

A — Huruvida riktlinjerna är tillämpliga

1. Huruvida rättssäkerhetsprincipen och förbudet mot retroaktiv bestraffning åsidosatts

a) Parternas argument

- 31 ADM har anfört att den beräkningsmetod för bötesbeloppet som anges i riktlinjerna kraftigt avviker från kommissionens tidigare praxis på området. Såsom kommissionen själv angett i beslutet (punkt 395), fastställde den tidigare bötesbeloppet i förhållande till en basnivå som motsvarade en viss procentandel av försäljningen på den relevanta EU-marknaden. I riktlinjerna anges däremot ett fast belopp för böterna, till exempel 20 miljoner euro vid en mycket allvarlig överträdelse, oberoende av försäljningsvolymen för den berörda produkten.

- 32 ADM har anmärkt att kommissionen under den tid som är aktuell i förevarande mål (mellan år 1991 och år 1994 eller mellan år 1991 och år 1995), med tillämpning av denna fasta praxis ålagt böter som i allmänhet uppgått till mellan 2 och 9 procent av omsättningen av den ifrågavarande produkten på gemenskapsmarknaden. Tillämpningen av den nya politik som följer av riktlinjerna leder till bötesbelopp som är mellan 43 och 153 gånger högre än de böter som skulle ha ålagts i enlighet med tidigare praxis.
- 33 ADM har medgett att kommissionen har befogenhet att företa en skönsmässig bedömning för att höja bötesbeloppen när politiken på konkurrensrättens område fordrar att högre och mer avskräckande böter åläggs. När kommissionen ålägger böter som visar sig vara mellan 43 och 153 gånger högre än de böter den fastställde enligt tidigare praxis, är det emellertid uppenbart att den överskridit utrymmet för denna skönsmässiga bedömning. Tvärtemot vad kommissionen gjort gällande, stöds denna slutsats av förstainstansrättens dom av den 20 mars 2002 i mål T-16/99, Lögstör Rör mot kommissionen (REG 2002, s. II-1633, punkt 237). ADM har nämligen dels betonat att förstainstansrätten i den domen godtagit att kommissionen har möjlighet att höja bötesbeloppen inom de gränser som anges i förordning nr 17, förutsatt att detta är nödvändigt för att säkerställa att gemenskapens konkurrenspolitik genomförs. Kommissionen har emellertid vare sig i beslutet eller i sina inlagor motiverat eller förebringat någon bevisning som utvisar att det för att genomföra denna politik än nödvändigt att ålägga böter som är mellan 43 och 153 gånger högre än de böter som ålades enligt tidigare praxis. Sökanden har vidare anmärkt att kommissionen i det ovan angivna målet och i samtliga övriga mål avseende konkurrensbegränsande samverkan beträffande fjärrvärmerör, med undantag för målet avseende företaget ABB, ålade böter på en nivå jämförbar med vad som gällde när kommissionens tidigare praxis tillämpades. ADM har hävdats att de företag som var i fråga i ovannämnda samverkan nämligen endast dömdes till böter som motsvarade mellan 3 och 14 procent av den berörda försäljningen och till och med ABB ålades böter som endast motsvarade 44 procent av företagets omsättning.
- 34 ADM anser att de berörda företagen måste kunna agera under förutsebara förhållanden. Såsom framgår av riktlinjerna (första stycket) är kommissionen skyldig

att följa en sammanhängande och icke diskriminerande politik när den fastställer bötesbelopp. ADM anser att den omständigheten att det inte finns någon rättssäkerhet när böter fastställs strider mot tanken att verkligt avskräckande böter skall införas. För att säkerställa böternas avskräckande verkan är det nödvändigt att företagen i förväg känner till vilka sanktionsåtgärder som tillämpas. ADM har anfört att fullständig befrielse eller en effektiv mild politik fordrar att de sanktionsåtgärder som skall tillämpas när ett företag vägrar att samarbeta tydligt anges i förväg. Det är på samma sätt oförnuftigt att vidmakthålla en konstant osäkerhet beträffande de bötesbelopp som kan åläggas när konkurrensreglerna överträds, i synnerhet på grund av den långa tid som behövs för att avsluta utredningar om sådana överträdelser. Enligt rättssäkerhetsprincipen fordras därför att kommissionens tillvägagångssätt när den beräknar böter med stöd av artikel 15.2 i förordning nr 17 kan förutses med tillräcklig säkerhet.

35 ADM har tillagt att det framgår av riktlinjerna från Sentencing Commission i Förenta staterna (punkt 1B1.11 b 1) (nedan kallade de amerikanska riktlinjerna) och av ett avgörande från en federal appellationsdomstol (*United States v. Kimler*, 167 F. 3d 889, (5th Circ. 1999)) att det enligt Förenta staternas konstitution inte är tillåtet att tillämpa nya riktlinjer retroaktivt i fråga om böter, om detta skulle medföra ett strängare straff än det som gällde när överträdelsen ägde rum.

36 Enligt ADM är det därför rättsstridigt att tillämpa den nya politik som föreskrivs i riktlinjerna retroaktivt på en överträdelse som, såsom i förevarande mål, ägde rum innan riktlinjerna offentliggjordes och som innebär att ADM åläggs böter som är så mycket högre än de böter som ålades enligt tidigare praxis, utan att denna skillnad är nödvändig för att säkerställa att politiken på konkurrensrättens område iakttas.

37 Kommissionen har yrkat att talan inte skall bifallas på denna grund.

b) Förstainstansrättens bedömning

- 38 Förstainstansrätten erinrar först och främst om att förbud mot retroaktiv tillämpning av straffrättsliga bestämmelser, som utgör en grundläggande rättighet enligt artikel 7 i Europakonventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, som undertecknades i Rom den 4 november 1950, är en allmän gemenskapsrättslig princip som skall iakttas när böter åläggs på grund av en överträdelse mot konkurrensreglerna och att denna princip innebär att de påföljder som åläggs skall motsvara de påföljder som var tillämpliga vid den tidpunkt då överträdelsen ägde rum (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 202, förstainstansrättens dom av den 20 mars 2002 i mål T-23/99, LR AF 1998 mot kommissionen, REG 2002, s. II-1705, punkterna 218–221, och 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 39).
- 39 Förstainstansrätten finner vidare att beslutet att anta riktlinjer som kan ändra kommissionens allmänna konkurrenspolitik i fråga om böter i princip kan omfattas av tillämpningsområdet för förbud mot retroaktiv tillämpning.
- 40 Riktlinjerna kan nämligen dels ha rättsverkningar. Dessa följer inte av att riktlinjerna är normativa, utan av att kommissionen antagit och offentliggjort dem. Att riktlinjerna antagits och offentliggjorts innebär att kommissionen själv begränsat utrymmet för sin skönsmässiga bedömning och den kan inte avvika från riktlinjerna vid äventyr av att sanktionsåtgärder vidtas mot den på grund av att den i förekommande fall åsidosatt allmänna rättsprinciper såsom principen om likabehandling eller principen om skydd för berättigade förväntningar (se, för ett motsvarande synsätt, domen i de ovan i punkt 38 nämnda förenade målen Dansk Rørindustri m.fl. mot kommissionen, punkterna 209–212).

- 41 Riktlinjerna omfattas, i egenskap av konkurrenspolitiskt instrument, av tillämpningsområdet för förbudet mot retroaktiv tillämpning på samma sätt som en ny tolkning i rättspraxis av en bestämmelse i vilken en överträdelse slås fast enligt rättspraxis från Europadomstolen för mänskliga rättigheter (nedan kallad Europadomstolen) avseende artikel 7.1 i Europakonventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (se bland annat Europadomstolens dom av den 22 november 1995 i målet *S.W. och C.R. mot Förenade kungariket*, serie A nr 335-B och nr 335-C, punkterna 34–36 och 32–34, av den 15 november 1996 i målet *Cantoni mot Frankrike*, *Recueil des arrêts et décisions*. 1996-V, punkterna 29–32, och av den 22 juni 2000 i målet *Coëme m.fl. mot Belgien*, *Recueil des arrêts et décisions*. 2000-VII, punkt 145). Enligt denna rättspraxis utgör den sistnämnda bestämmelsen hinder mot att en ny tolkning av en bestämmelse i vilken en överträdelse slås fast tillämpas retroaktivt. Detta gäller särskilt när en tolkning i rättspraxis ger ett resultat som inte rimligen kunde förutses när överträdelsen ägde rum, bland annat med beaktande av den tolkning som gjordes i rättspraxis avseende den ifrågavarande lagbestämmelsen vid den tidpunkten. Det framgår av samma rättspraxis att räckvidden av begreppet förutsebarhet i hög grad beror på innehållet i den text som det är fråga om, vilket område den omfattar, vilka den riktar sig till och hur många dessa är. Att lagen är förutsebar innebär inte att den berörda personen inte kan se sig nödsakad att anlita kvalificerad rådgivare för att, i rimlig grad efter omständigheterna i målet, bedöma vilka konsekvenser ett visst agerande kan få. Enligt den rättspraxis som följer av domen i det ovannämnda målet *Cantoni mot Frankrike* (punkt 35) gäller detta särskilt yrkesmän som är vana vid att iaktta stor försiktighet vid utövandet av sitt yrke. Dessa kan förväntas vara särskilt noggranna med att bedöma riskerna under yrkesutövningen (domen i de ovan i punkt 38 nämnda förenade målen *Dansk Rørindustri m.fl. mot kommissionen*, punkterna 215–223).
- 42 Förstainstansrätten skall mot bakgrund av vad ovan anförts kontrollera om den ändring som det innebar att riktlinjerna antogs var rimligt förutsebar när de berörda överträdelserna ägde rum.
- 43 Förstainstansrätten konstaterar att den största förändringen som införts genom riktlinjerna består i att vid beräkningen utgå från ett grundbelopp, som fastställts utifrån vissa kriterier som anges i riktlinjerna. Dessa kriterier återspeglar hur

allvarliga överträdelserna är men har i sig inte något samband med den relevanta omsättningen. Grunden för denna metod är således huvudsakligen en tarifiering, om än relativ och anpassningsbar, av bötesbeloppen (domen i de ovan i punkt 38 nämnda förenade målen Dansk Rørindustri m.fl. mot kommissionen, punkt 225).

- 44 Förstainstansrätten erinrar vidare om att den omständigheten att kommissionen tidigare har tillämpat en viss bötesnivå för vissa slags överträdelser, inte innebär att den inte kan höja denna nivå inom de gränser som anges i förordning nr 17 om detta är nödvändigt för att säkerställa genomförandet av gemenskapens konkurrensolitik. En effektiv tillämpning av gemenskapens konkurrensregler kräver tvärtom att kommissionen vid varje tillfälle kan anpassa bötesnivån efter vad denna politik kräver (se, för ett motsvarande synsätt, domstolens dom i de ovan i punkt 37 nämnda förenade målen Dansk Rørindustri m.fl. mot kommissionen, punkt 227, dom av den 7 juni 1983 i de förenade målen 100/80–103/80, *Musique diffusion française* m.fl. mot kommissionen, REG 1983, s. 1825, punkt 109, svensk specialutgåva, volym 7, s. 133, och av den 2 oktober 2003 i mål C-196/99 P, *Aristrain* mot kommissionen, REG 2003, s. I-11005, punkt 81, förstainstansrättens dom av den 10 mars 1992 i mål T-12/89, *Solvay* mot kommissionen, REG 1992, s. II-907, punkt 309, och av den 14 maj 1998 i mål T-304/94, *Europa Carton* mot kommissionen, REG 1998, s. II-869, punkt 89, samt domen i det ovan i punkt 38 nämnda målet *Archer Daniels Midland och Archer Daniels Midland Ingredients* mot kommissionen, punkt 56).
- 45 Härav följer att de företag som är föremål för ett administrativt förfarande som kan utmynna i böter inte kan ha berättigade förväntningar på att kommissionen inte skall överstiga den tidigare tillämpade bötesnivån eller tillämpa en viss metod för beräkning av dessa böter (domen i de ovan i punkt 38 nämnda förenade målen *Dansk Rørindustri* m.fl. mot kommissionen, punkt 228).
- 46 De ovannämnda företagen måste därför beakta möjligheten att kommissionen när som helst kan besluta att höja bötesnivån i förhållande till den nivå som tillämpats tidigare. Detta gäller inte endast när kommissionen höjer bötesnivån när den ålägger böter genom individuella beslut, utan även när denna höjning sker genom

tillämpning på enskilda fall av förhållningsregler med allmän räckvidd såsom riktlinjerna (domen i de ovan i punkt 38 nämnda förenade målen Dansk Rørindustri m.fl. mot kommissionen, punkterna 229 och 230).

- 47 Med undantag för vad som utvecklas nedan i punkt 99 och följande punkter är det därför felaktigt när ADM i sak gör gällande att kommissionens höjning av bötesnivån i samband med den konkurrensbegränsande samverkan är uppenbart oproportionerlig i förhållande till syftet att säkerställa att konkurrenspolitiken genomförs.
- 48 Den av ADM åberopade omständigheten att tillämpningen av den nya politiken leder till bötesbelopp som är mellan 43 och 153 gånger högre än de böter som skulle ha ålagts i enlighet med tidigare praxis kan, inte ens om den vore styrkt, innebära att förbudet mot retroaktiv tillämpning har åsidosatts. Med beaktande bland annat av den rättspraxis som anförts ovan i punkt 41 måste det ha varit rimligen förutsebart för ADM att kommissionen när som helst kan ompröva den allmänna bötesnivån i samband med att en annan konkurrenspolitik genomförs. Även om en sådan höjning kan anses styrkt hade ADM därför en rimlig möjlighet att förutse den vid den tidpunkt då ifrågavarande överträdelse ägde rum.
- 49 Beträffande ADM:s uppfattning att det är nödvändigt att företagen i förväg känner till vilken bötesnivå de kan vänta sig om de överträder gemenskapens konkurrensbestämmelser är det tillräckligt att betona att det inte på något sätt fordras att företagen i förväg känner till den exakta bötesnivån de kan vänta sig för ett visst konkurrensbegränsande agerande för att böterna skall vara avskräckande.

50 Talan kan därför inte bifallas på den grunden att rättssäkerhetsprincipen och förbudet mot retroaktiv bestraffning åsidosatts.

2. *Huruvida principen om likabehandling åsidosatts*

a) Parternas argument

51 ADM har gjort gällande att tillämpningen av riktlinjerna innebär att principen om likabehandling åsidosatts, eftersom företag som har överträtt konkurrensbestämmelserna behandlas olika med hänsyn till när kommissionen fattar sitt beslut, vilket den avgör på ett godtyckligt sätt, och inte när överträdelsen ägt rum. ADM har som ett exempel anfört att de företag som avses i kommissionens beslut 97/624/EG av den 14 maj 1997 om ett förfarande enligt artikel [82] i EG-fördraget (IV/34.621, 35.059/F-3 — Irish Sugar plc) (EGT L 258, s. 1) och i kommissionens beslut 94/210/EG av den 29 mars 1994 om ett förfarande enligt artiklarna [81] och [82] i EG-fördraget (IV/33.941 — HOV-SVZ/MCN) (EGT L 104, p. 34), endast ålagts att betala böter motsvarande 6,8 respektive 5 procent av omsättningen på den relevanta marknaden, trots att överträdelserna i fråga ägde rum samtidigt som natriumglukonatkartellen genomfördes.

52 Kommissionen har yrkat att talan inte skall bifallas på denna grund.

b) Förstainstansrättens bedömning

53 Enligt fast rättspraxis kan den omständigheten att den metod som anges i riktlinjerna för beräkning av böter tillämpas inte innebära att ett företag

diskrimineras i förhållande till andra företag som överträtt gemenskapens konkurrensregler under samma period, men som till följd av att överträdelsen upptäckts tidigare eller att det administrativa förfarandet rörande denna förlöpt snabbare har blivit föremål för kommissionens beslut innan riktlinjerna antogs och offentliggjordes (se, för ett motsvarande synsätt, domen i det ovan i punkt 38 nämnda målet Archer Daniels Midland och Archer Daniels Midland Ingredients mot kommissionen, punkterna 69–73, och förstainstansrättens dom av den 12 juli 2001 i de förenade målen T-202/98, T-204/98 och T-207/98, Tate & Lyle m.fl. mot kommissionen, REG 2001, s. II-2035, punkterna 118 och 119).

- 54 Av skäl som angetts i de i föregående punkt nämnda domarna kan talan följaktligen inte bifallas på den grunden att principen om likabehandling åsidosatts.

B — *Överträdelsens allvar*

1. *Inledning*

- 55 ADM anser att kommissionen inte bedömt överträdelsens allvar på ett riktigt sätt i samband med beräkningen av böter. De grunder som härvid åberopats avser för det första att omsättningen av den ifrågavarande produkten inte beaktats eller beaktats otillräckligt, för det andra att det inte beaktats eller inte beaktas tillräckligt att marknaden för natriumglukonat är begränsad, för det tredje att nödvändigheten av att böterna skall vara avskräckande beaktats två gånger, för det fjärde att en ökningskoefficient tillämpats på utgångsbeloppet och för det femte kartellens konkreta inverkan på marknaden.

- 56 Innan förstainstansrätten avgör huruvida de härvid åberopade grunderna är välgrundade skall rätten göra ett sammandrag av den metod kommissionen enligt skälen i beslutet använt i förevarande mål för att beakta och bedöma överträdelsens allvar.
- 57 Det framgår av beslutet att kommissionen, för att bedöma överträdelsens allvar, först och främst bedömde att de berörda företagen hade begått en mycket allvarlig överträdelse, med hänsyn till dess art, konkreta inverkan på natriumglukonatmarknaden inom EES-området och till den berörda geografiska marknadens omfattning, som påverkat hela EES-området (punkterna 334–371 i beslutet).
- 58 Kommissionen ansåg därefter att de berörda företagen skulle "behandlas på olika sätt för att beakta deras verkliga ekonomiska möjlighet [att] skada konkurrensen och ... att böter skulle fastställas till sådana belopp att en avskräckande verkan uppnåddes". Kommissionen angav härvid att den beaktade varje företags storlek och därmed den verkliga inverkan på konkurrensen av företagets rättsstridiga agerande (punkterna 378 och 379 i beslutet).
- 59 Kommissionen valde att grunda sin bedömning på de berörda företagens omsättning av natriumglukonat i hela världen under det sista året för överträdelsen, det vill säga år 1995. Kommissionen ansåg härvid att "eftersom [natriumglukonat]marknaden ... är global [gav] dessa siffror den bästa möjliga indikationen på de deltagande företagens möjlighet [att] väsentligt skada andra aktörer inom den gemensamma marknaden eller inom EES" (punkt 381 i beslutet). Kommissionen har tillagt att denna metod enligt kommissionens uppfattning stöds av omständigheten att det var fråga om en världsomspännande kartell med syfte bland annat att fördela marknaderna på global nivå och därmed att undvika konkurrens inom vissa områden av EES-marknaden. Kommissionen anser vidare att världsomsättningen

för en del av kartellen även gav en uppfattning om denna dels bidrag till hur effektiv hela kartellen var, eller tvärtom hur instabil den hade varit utan denna del (punkt 381 i beslutet).

60 Kommissionen valde att mot denna bakgrund avgränsa två kategorier företag, nämligen en grupp bestående av de "tre största natriumglukonattillverkarna [som] hade andelar av världsmarknaden som översteg 20 procent" och en grupp som bestod av företag "med väsentligt lägre marknadsandelar på världsmarknaden för natriumglukonat (mindre än 10 procent)" (punkt 382 i beslutet). Kommissionen fastställde därför ett utgångsbelopp om 10 miljoner euro för företagen i den första gruppen som omfattade Fujisawa, Jungbunzlauer och Roquette, vars marknadsandelar uppgick till omkring 36,25 respektive 21 procent och ett utgångsbelopp om 5 miljoner euro för företagen i den andra gruppen, det vill säga Glucona och ADM, vars marknadsandelar uppgick till omkring 9 procent vardera. Eftersom Glucona ägdes gemensamt av Akzo och Avebe fastställde kommissionen således ett grundbelopp om 2,5 miljoner euro för vart och ett av dessa företag (punkt 385 i beslutet).

61 Kommissionen justerade utgångsbeloppet för att säkerställa att böterna skulle ha en tillräckligt avskräckande verkan och för att beakta den omständigheten att de stora företagen hade kunskaper om den rättsliga och ekonomiska infrastruktur som gjorde det möjligt för dem att bättre bedöma huruvida deras agerande innebar en överträdelse och bedöma följderna därav i konkurrensrättsligt hänseende. Med hänsyn till de berörda företagens totala resurser tillämpade kommissionen därför multiplikatorkoefficienten 2,5 på de utgångsbelopp som faststälts för ADM och Akzo och fastställde med hänsyn till överträdelsens allvar därmed bötesbeloppet till 12,5 miljoner euro för ADM och till 6,25 miljoner euro för Akzo (punkt 388 i beslutet).

2. Huruvida omsättningen av den ifrågavarande produkten inte beaktats eller beaktats otillräckligt

a) Parternas argument

- 62 ADM har klandrat kommissionen för att inte ha beaktat eller inte tillräckligt ha beaktat företagets omsättning av den ifrågavarande produkten vid beräkningen av grundbeloppet för böterna.
- 63 ADM har dels hävdats att det framgår av förstainstansrättens rättspraxis att omsättningen av den ifrågavarande produkten utgör en väsentlig del av underlaget för beräkning av bötesbeloppet (förstainstansrättens dom av den 14 juli 1994 i mål T-77/92, Parker Pen mot kommissionen, REG 1994, s. II-549, punkterna 92–95, av den 8 oktober 1996 i de förenade målen T-24/93–T-26/93 och T-28/93, Compagnie maritime belge transports m.fl. mot kommissionen, REG 1996, s. II-1201, punkt 233, av den 21 oktober 1997 i mål T-229/94, Deutsche Bahn mot kommissionen, REG 1997, s. II-1689, punkt 127, och av den 14 maj 1998 i mål T-327/94, SCA Holding mot kommissionen, REG 1998, s. II-1373, punkt 176).
- 64 ADM anser att omsättningen av den ifrågavarande produkten inom EES-området är en lämplig grundval för att bedöma inverkan på konkurrensen på marknaden för den berörda produkten inom gemenskapen och deltagarnas relativa betydelse i det samordnade förfarandet i förhållande till de ifrågavarande produkterna. Denna slutsats stöds av förstainstansrättens rättspraxis (förstainstansrättens dom i det ovan i punkt 44 nämnda målet Europa Carton mot kommissionen, punkt 126, och av den 14 maj 1998 i mål T-309/94, KNP BT mot kommissionen, REG 1998, s. II-1007, punkt 108, fastställd efter överklagande genom domstolens dom av den 16 november 2000 i mål C-248/98 P, KNP BT mot kommissionen, REG 2000, s. I-9641).

65 Genom förstainstansrättens dom av den 20 mars 2002 i mål T-9/99, HFB m.fl. mot kommissionen (REG 2002, s. II-1487, punkt 442) bekräftas enligt ADM att det är rättsstridigt att fästa oproportionerligt stor vikt vid ett företags totala storlek när böter fastställs.

66 ADM har hävdat att kommissionen i sin beslutspraxis under senare år i ärenden som liknar dem som är i fråga i förevarande mål (kommissionens beslut 94/601/EG av den 13 juli 1994 om ett förfarande enligt artikel 85 i EG-fördraget (IV/C/33.833 — kartong) (EGT L 243, s. 1), kommissionens beslut 94/815/EG av den 30 november 1994 om ett förfarande enligt artikel 85 i EG-fördraget (IV/33.126 och 33.322 — cement) (EGT L 343, s. 1), kommissionens beslut 86/398/EEG av den 23 april 1986 om ett förfarande enligt artikel 85 i EEG-fördraget (IV/31.149 — polypropylen) (EGT L 230, s. 1), kommissionens beslut 89/515/EEG av den 2 augusti 1989 om ett förfarande enligt artikel 85 i EEG-fördraget (IV/31.553 — svetsade stålnät) (EGT L 260, s. 1) och kommissionens beslut 94/215/EKSG av den 16 februari 1994 om ett förfarande för tillämpning av artikel 65 i EKSG-fördraget angående avtal och samordnade förfaranden bland europeiska stålballsproducenter (EGT L 116, s. 1)) har grundat sina avgöranden på försäljningsvolymerna för den ifrågasvarande produkten på gemenskapsmarknaden, vilket kommissionen även medgett i beslutet (punkt 395). ADM har hävdat att kommissionen, genom att stödja sig på detta beräkningskriterium för sina beslut har fastställt bötesbelopp som uppgått till mellan 2 och 9 procent av de berörda företagens omsättning av den berörda varan. ADM har betonat att om kommissionen hade tillämpat detta beräkningskriterium även i förevarande mål, hade den fastställt böterna till mellan 66 000 och 236 000 euro. Kommissionen har i stället frångått det ovannämnda beräkningskriteriet i förevarande mål och ålagt ADM böter som är mellan 43 och 153 gånger högre än de böter som skulle ha ålagts i enlighet med det ovannämnda kriteriet.

67 ADM anser att kommissionens synsätt innebär att likadana åtgärder vidtas beträffande nischprodukter med ett lågt marknadsvärde som beträffande en samverkan avseende ekonomiskt betydelsefulla produkter med ett högt marknadsvärde. ADM anser att kommissionen inte vid något tillfälle vid beräkningen av böterna i tillräcklig mån beaktat att ADM:s omsättning av natriumglukonat uppgått till begränsade belopp.

- 68 ADM har tillagt att de böter som kommissionen fastställt är oproportionerliga även om företagets försäljning av natriumglukonat inom EES-området skulle beaktats för hela den tid samverkan pågick och inte endast för ett enda år. Företagets omsättning av natriumglukonat inom EES-området mellan juni år 1991 och juni år 1995 (det vill säga den varaktighet kommissionen gjort gällande) uppgick nämligen till endast omkring 7,83 miljoner euro och böterna motsvarar följaktligen 216 procent av detta belopp. Mellan juni 1991 och oktober 1994 (det vill säga den tidsperiod ADM anser sig ha deltagit i samverkan) uppgick företagets omsättning av natriumglukonat inom EES-området till omkring 5,96 miljoner euro och de ålagda böterna motsvarar 283 procent av detta belopp. Oavsett vilken tidsperiod företaget anses ha deltagit i den beaktade samverkan är böterna mer än 200 procent högre än det totala försäljningsvärdet för hela den tid då ADM deltog i samverkan. Ett bötesbelopp motsvarande 644 procent av den årliga försäljningen skulle följa om den metod som amerikanska myndigheter tillämpar och som kommissionen nämnt skulle tillämpas på en samverkan som pågått i 32 år (och inte mindre än fyra år).
- 69 ADM anser därför att kommissionen inte bara åsidosatt de principer som följer av rättspraxis, utan även åsidosatt proportionalitetsprincipen.
- 70 ADM har framhållit att det anges i riktlinjerna att det är "nödvändigt att beakta de överträdande företagets ekonomiska kapacitet att vålla andra aktörer, särskilt konsumenterna, betydande skada" och vidare att det i fråga om karteller föreskrivs i dessa att de belopp som fastställs eventuellt skall varieras för att ta hänsyn till "den faktiska påverkan på konkurrensen ... av varje företags förfarande i samband med överträdelsen".
- 71 Enligt ADM kan den ekonomiska påverkan, oavsett om denna avser konkurrensen eller andra aktörer, emellertid bedömas endast mot bakgrund av försäljningsbeloppen för den ifrågasvarande produkten. Vidden av den potentiella skadan för konsumenterna eller konkurrensen i termer av konkurrensbegränsning eller andra lagstridiga vinster kan bedömas endast genom att försäljningen beaktas.

- 72 ADM anser därför att kommissionen inte tillämpat sina egna riktlinjer på ett riktigt sätt, eftersom den underlåtit att beakta omsättningen av den ifrågavarande produkten.
- 73 ADM har slutligen anfört att kommissionen har åsidosatt motiveringsskyldigheten, eftersom den underlåtit att ange särskilda skäl till stöd för sitt beslut att inte beakta ADM:s försäljning på marknaden för den ifrågavarande varan inom EES-området.
- 74 Kommissionen har yrkat att talan inte skall bifallas på denna grund.

b) Förstainstansrättens bedömning

- 75 ADM har åberopat att för det första proportionalitetsprincipen, för det andra riktlinjerna och för det tredje motiveringsskyldigheten har åsidosatts.

Huruvida proportionalitetsprincipen åsidosatts

- 76 Det framgår av fast rättspraxis att bedömningen av hur allvarliga överträdelserna är skall göras med hänsyn till ett stort antal omständigheter, såsom bland annat de

särskilda omständigheterna i målet och dess kontext. Det föreligger härvid inte någon tvingande eller uttömmande förteckning över de kriterier som absolut skall beaktas (domstolens beslut av den 25 mars 1996 i mål C-137/95 P, SPO m.fl. mot kommissionen, REG 1996, s. I-1611, punkt 54, 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 65 nämnda målet HFB m.fl. mot kommissionen, punkt 443).

77 Det följer av fast rättspraxis att de faktorer som skall beaktas vid bedömningen av överträdelsens allvar beroende på omständigheterna kan omfatta volymen av och värdet på de varor som överträdelsen gäller samt företagets storlek och ekonomiska styrka och, följaktligen, det inflytande som det kunnat utöva på den relevanta marknaden. Av detta följer, å ena sidan, att det för att fastställa böterna är tillåtet att ta hänsyn till såväl företagets totala omsättning, vilken ger en, visserligen ungefärlig och ofullständig, antydning om företagets storlek och ekonomiska styrka, som de berörda företagets marknadsandel på den berörda marknaden, vilket kan ge en antydning om överträdelsens omfattning. Å andra sidan framgår härav att varken den ena eller den andra av dessa siffror får ges en oproportionerlig betydelse i förhållande till andra bedömningskriterier, och därmed att ett lämpligt bötesbelopp inte kan fastställas genom en enkel beräkning grundad på den totala omsättningen (se, för ett motsvarande synsätt, domen i de ovan i punkt 44 nämnda förenade målen *Musique diffusion française* m.fl. mot kommissionen, punkterna 120 och 121, domen i det ovan i punkt 63 nämnda målet *Parker Pen* mot kommissionen, punkt 94, domen i det ovan i punkt 63 nämnda målet *SCA Holding* mot kommissionen, punkt 176, domen i det ovan i punkt 38 nämnda målet *Archer Daniels Midland* och *Archer Daniels Midland Ingredients* mot kommissionen, punkt 188, och domen i det ovan i punkt 65 nämnda målet *HFB* m.fl. mot kommissionen, punkt 444).

78 Härav följer att det, såsom ADM betonat, visserligen inte kan förnekas att omsättningen av den ifrågakvarande produkten kan utgöra en lämplig grundval för att bedöma inverkan på konkurrensen på marknaden för den berörda produkten inom gemenskapen och deltagarnas relativa betydelse i det samordnade förfarandet i förhållande till de ifrågakvarande produkterna. Denna omständighet är emellertid långt ifrån det enda kriterium som kommissionen skall lägga till grund för sin bedömning av hur allvarlig överträdelsen varit.

- 79 Att, såsom ADM synes vilja, begränsa bedömningen till att sätta de ålagda böterna i relation till den ifrågavarande produktens omsättning för att bedöma huruvida dessa är proportionerliga skulle, tvärtemot vad ADM gjort gällande, innebära att denna omständighet gavs oproportionerlig betydelse.
- 80 Den omständighet som ADM åberopat, nämligen att de ålagda böterna överstiger företagets omsättning av den ifrågavarande produkten inom EES-området under den tidsperiod som omfattas av kartellen, eller väsentligt överstiger denna, är inte i sig tillräcklig för att visa att böterna är oproportionerliga. Förstainstansrätten skall bedöma huruvida denna nivå för bötesbelopp är proportionerlig med hänsyn till samtliga omständigheter som kommissionen skall beakta vid bedömningen av hur allvarlig överträdelsen varit, nämligen överträdelsens art, konkreta inverkan på den berörda marknaden och den berörda geografiska marknadens omfång. Förstainstansrätten skall i enlighet med de argument ADM anfört nedan bedöma huruvida beslutet varit välgrundat i förhållande till vissa av dessa kriterier.
- 81 Talan kan inte bifallas på den grund som avser att proportionalitetsprincipen åsidosatts för att det ålagda bötesbeloppet överstiger ADM:s omsättning av den ifrågavarande produkten inom EES-området under den tidsperiod som omfattas av kartellen.

Huruvida riktlinjerna åsidosatts

- 82 Såsom förstainstansrätten tidigare haft tillfälle att konstatera föreskrivs inte i riktlinjerna att bötesbeloppet skall fastställas på grundval av företagets totala omsättning eller deras omsättning på den ifrågavarande marknaden. Riktlinjerna utgör emellertid inte något hinder för att kommissionen, för att iaktta gemenskapsrättens allmänna principer och då omständigheterna så kräver, tar dessa

faktorer i beaktande då den fastställer bötesbeloppet (se, för ett motsvarande synsätt, domen i det ovan i punkt 38 nämnda målet LR AF 1998 mot kommissionen, punkt 283, fastställd efter överklagande genom domen i de ovan i punkt 38 nämnda förenade målen Dansk Rørindustri m.fl. mot kommissionen, punkt 258, och domen i det ovan i punkt 38 nämnda målet Archer Daniels Midland och Archer Daniels Midland Ingredients mot kommissionen, punkt 187).

83 I riktlinjerna föreskrivs således inte att böterna skall beräknas med utgångspunkt i de berörda företagens omsättning, vare sig deras globala omsättning eller omsättning av den ifrågavarande produkten. Det föreskrivs än mindre att omsättningen utgör det enda relevanta kriteriet för att fastställa överträdelsens allvar.

84 Däremot kan kommissionen beakta omsättningen som en av flera relevanta omständigheter. Detta gäller i synnerhet när kommissionen, med stöd av punkt 1 A tredje–sjätte styckena i riktlinjerna anpassar beloppet för att säkerställa att böterna är tillräckligt avskräckande. Kommissionen skall härvid beakta företagets kapacitet att vålla andra aktörer betydande skada och nödvändigheten av att fastställa bötesbeloppet till en nivå som säkerställer att böterna är tillräckligt avskräckande (punkt 1 A, fjärde stycket) samt variera de belopp som fastställs för att ta hänsyn till den särskilda vikten, och således den faktiska påverkan på konkurrensen, av varje företags förfarande i samband med överträdelsen, särskilt när det är stor skillnad i storleken på de företag som begått överträdelser av samma slag (punkt 1 A sjätte stycket).

85 Kommissionen har i sina inlagor hävdats att den för att, i samband med en differentierad behandling av företagen, kunna bedöma den verkliga inverkan på konkurrensen av varje företags rättsstridiga agerande, måste beakta omsättningen av den ifrågavarande produkten.

86 Såsom framgår av punkterna 378–382 i beslutet har kommissionen, i motsats till vad ADM gjort gällande, i detta sammanhang mycket riktigt beaktat de berörda parternas omsättning av den ifrågavarande produkten. Vid den differentierade behandlingen av de berörda företagen grundade kommissionen, såsom konstaterats ovan i punkterna 58 och 60, nämligen sin bedömning på de berörda företagens omsättning av natriumglukonat i hela världen under det sista året för överträdelsen, det vill säga år 1995.

87 Det är i förevarande mål fråga om en kartell mellan företag som innehar nästan samtliga världsmarknadsandelar för den relevanta produkten. Kartellen syftade dessutom till att fastställa priser och att fördela marknaderna genom att tilldela försäljningskvoter. Under dessa förhållanden kan kommissionen i samband med den differentierade behandlingen av de berörda företagen med giltig verkan grunda sin bedömning på de samverkande företagens omsättning av natriumglukonat i hela världen. Eftersom syftet med att behandla de berörda företagen på olika sätt är att beakta de överträdande företagens ekonomiska kapacitet att hindra konkurrensen genom deras förfarande i samband med överträdelsen och därmed att beakta deras betydelse inom kartellen, överskred kommissionen inte sitt stora utrymme för skönsmässig bedömning när den fann att de samverkande företagens respektive andelar av världsmarknaden gav ett lämpligt värde.

88 Talan kan därför inte bifallas på den grunden att riktlinjerna har åsidosatts.

Huruvida motiveringsskyldigheten åsidosatts

89 Enligt fast rättspraxis skall den motivering som erfordras enligt artikel 253 EG på ett klart och otvetydigt sätt återge det resonemang som förts av den gemenskapsinstitution som är upphovsman till den ifrågasatta rättsakten, så att berörda parter kan få reda på skälen för den vidtagna åtgärden och domstolen ges möjlighet

att utöva sin prövningsrätt. Kravet på motivering skall bedömas med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet, särskilt rättsaktens innehåll, de anförda skälens karaktär och det intresse som de vilka rättsakten är riktad till, eller andra personer som direkt eller personligen berörs av den, kan ha av att få förklaringar. Det fordras inte att motiveringen anger samtliga relevanta sakförhållanden och rättsliga överväganden, eftersom frågan huruvida motiveringen av en rättsakt uppfyller kraven i artikel 253 EG inte enbart skall bedömas mot bakgrund av motiveringens lydelse, utan även mot bakgrund av det sammanhang i vilket motiveringen ingår samt alla rättsregler som reglerar den berörda frågan (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 kommissionen, REG 2003, s. I-9919, punkt 87).

90 I fråga om ett beslut att ålägga flera företag böter för en överträdelse av gemenskapens konkurrensbestämmelser skall motiveringsskyldighetens omfattning bestämmas mot bakgrund av det förhållandet att överträdelsernas allvar skall fastställas med hänsyn till ett stort antal omständigheter, bland annat de särskilda omständigheterna i målet och i vilket sammanhang detta ingår. Det har härvid inte fastställts någon tvingande eller uttömmande förteckning över de kriterier som måste beaktas (beslutet i det ovan i punkt 76 nämnda målet SPO m.fl. mot kommissionen, punkt 54).

91 Kommissionen har i förevarande mål inte beräknat bötesbeloppet på grundval av omsättningen av den berörda produkten inom EES-området. I motsats till vad ADM gjort gällande var kommissionen emellertid inte skyldig att beräkna det bötesbelopp som ett företag skulle åläggas på grundval av företagets omsättning av den berörda produkten inom EES-området (se ovan punkterna 86 och 87). Kommissionen kan därför inte klandras för att inte ha angett skälen till att den inte använt sig av denna faktor vid beräkningen av de ålagda böterna.

92 Talan kan därför inte bifallas på den grunden att motiveringsskyldigheten åsidosatts.

3. *Huruvida den omständigheten att marknaden för den ifrågavarande produkten är begränsad inte beaktats eller inte beaktas tillräckligt*

a) Parternas argument

93 ADM anser att kommissionen, i motsats till vad den påstått i punkt 377 i beslutet, vid bötesberäkningen inte beaktat att marknaden för den ifrågavarande produkten är begränsad, eller att den åtminstone inte beaktat detta på ett riktigt sätt.

94 ADM har för det första anmärkt att kommissionen fastställde ett utgångsbelopp på 40 miljoner euro för samtliga berörda företag, varav 5 miljoner euro för ADM ensamt (punkt 385 i beslutet). Beloppet 40 miljoner euro motsvarade emellertid mer än 200 procent av samtliga berörda företags försäljning av natriumglukonat inom EES-området under år 1995. ADM har vidare hävdat att det bötesbelopp som kommissionen slutligen fastställde, före avdrag för samarbete motsvarade 438 procent av försäljningen av natriumglukonat inom EES-området under år 1995 och efter avdrag för samarbete 294 procent av denna försäljning (punkterna 396 och 440 i beslutet).

95 Efter en jämförelse mellan de böter som kommissionen ålagt ADM och de böter som ålades i ärendet zinkfosfater, kommissionens beslut 2003/437/EG av den 11 december 2001 om ett förfarande enligt artikel 81 i EG-fördraget och artikel 53 i EES-avtalet (ärende COMP/E-1/37.027 — Zinkfosfat) (EUT L 153, 2003, s. 1) anser ADM att kommissionen åsidosatt principen om likabehandling. ADM har nämligen anfört att trots att de båda ärendena delvis sammanfaller i tiden och trots att de är jämförbara både vad avser storleken på de berörda marknaderna och överträdelsens allvar och varaktighet, beaktade kommissionen den begänsade marknaden för zinkfosfat i Europa och fastställde i det ärendet det totala bötesbeloppet till 11,95 miljoner euro (eller 75 procent av det totala försäljningsbeloppet avseende den ifrågavarande produkten), medan den fastställde det totala bötesbeloppet till 40 miljoner euro i ärendet avseende natriumglukonat (motsvarande mer än 200 procent av försäljningen av den ifrågavarande produkten inom EES-området). ADM

har vidare anmärkt att grundbeloppet fastställdes till 3 miljoner euro i ärendet zinkfosfat för de företag som hade en marknadsandel som översteg 20 procent och till 0,75 miljoner euro för det företag som hade en mycket mindre marknadsandel. ADM har erinrat om att kommissionen i ärendet natriumglukonat fastställde grundbeloppet för beräkning av böter till 10 miljoner euro för de företag som hade en marknadsandel som översteg 20 procent och till 5 miljoner euro för de företag som hade en mycket mindre marknadsandel.

96 ADM anser för det tredje att motiveringsskyldigheten åsidosatts i beslutet i detta avseende, eftersom punkt 377 i beslutet enligt ADM:s uppfattning strider mot punkterna 394 och 395 i detta. ADM har anfört att kommissionen i punkt 377 påstår sig ha beaktat omsättningen för den ifrågavarande produkten, medan den i punkterna 394 och 395 avvisar de argument ADM anfört för att denna omsättning skulle beaktas.

97 Kommissionen har yrkat att talan inte skall bifallas på de åberopade grunderna. Kommissionen har avseende ärendet zinkfosfat anfört att de böter som ursprungligen beräknades för det första minskades till hälften på grund av den begränsning till 10 procent av den totala omsättningen som föreskrivs i artikel 15 i förordning nr 17 och för det andra att kommissionen inte gjorde gällande några försvårande omständigheter. De skillnader som kan föreligga avseende handläggningen av de två ärendena är i övrigt befogade med hänsyn till kommissionens utrymme för skönsmässig bedömning på området.

b) Förstainstansrättens bedömning

98 ADM har åberopat att för det första proportionalitetsprincipen, för det andra principen om likabehandling och för det tredje motiveringsskyldigheten åsidosatts.

Åsidosättande av proportionalitetsprincipen

- 99 Förstainstansrätten erinrar om att bötesbeloppet, med stöd av artikel 15.2 i förordning nr 17, skall fastställas med hänsyn till hur allvarlig överträdelsen varit och hur länge den pågått. Enligt riktlinjerna skall kommissionen fastställa utgångsbeloppet i förhållande till hur allvarlig överträdelsen varit och med hänsyn till dess art, konkreta inverkan på marknaden och till den geografiska marknadens omfattning.
- 100 Enligt dessa bestämmelser är kommissionen således inte skyldig att beakta det faktum att marknaden för de ifrågakvarande produkterna är liten.
- 101 Enligt rättspraxis skall kommissionen emellertid beakta ett stort antal omständigheter när den bedömer en överträdelses allvar. Vilka omständigheter som skall beaktas och betydelsen av dessa varierar beroende på vilket slags överträdelse det är fråga om och på de särskilda omständigheterna i samband med den aktuella överträdelsen (domen i de ovan i punkt 44 nämnda förenade målen *Musique diffusion française m.fl. mot kommissionen*, punkt 120). Det är inte uteslutet att storleken på marknaden för den ifrågakvarande produkten kan återfinnas bland de omständigheter som i det aktuella fallet påvisar en överträdelses allvar.
- 102 Marknadens storlek kan visserligen utgöra en omständighet som skall beaktas för att fastställa hur allvarlig överträdelsen varit, men betydelsen därav varierar således beroende på de särskilda omständigheterna i samband med den aktuella överträdelsen.
- 103 I förevarande mål avser överträdelsen framför allt en prissamverkan, som i sig är mycket allvarlig. Dessutom försåg de företag som deltog i samverkan tillsammans mer än 90 procent av världsmarknaden och 95 procent av den europeiska

marknaden med den ifrågavarande produkten (punkt 9 i beslutet). Natriumglukonat har visat sig vara en råvara som används i ett antal mycket olika slutprodukter och som därmed påverkar en mängd marknader (punkterna 6 och 8 i beslutet). Vid en jämförelse med övriga omständigheter som påvisar överträdelsens allvar är det i detta sammanhang mindre betydelsefullt om den ifrågavarande marknaden är liten, även om detta kan styrkas.

101 Förstainstansrätten beaktar att kommissionen fann att överträdelsen borde anses vara mycket allvarlig i den mening som avses i riktlinjerna, i vilka det för sådana fall föreskrivs att det är "möjligt" för kommissionen att fastställa ett utgångsbelopp på över 20 miljoner euro. I förevarande mål framgår det emellertid av punkt 385 i beslutet att kommissionen fastställt ett utgångsbelopp på endas. 10 miljoner euro för företagen i den första gruppen och på 5 miljoner euro för företagen i den andra gruppen, vilket motsvarar hälften eller till och med en fjärdedel av det belopp som enligt riktlinjerna varit "möjligt" att fastställa för mycket allvarliga överträdelser.

105 Att utgångsbeloppen för böterna fastställts till dessa belopp utvisar att kommissionen, såsom den angett i punkt 377 i beslutet, beaktat bland annat storleken på marknaden för de ifrågavarande produkterna.

106 Talan kan därför inte bifallas på den grunden att proportionalitetsprincipen åsidosatts.

Huruvida principen om likabehandling åsidosatts

107 Förstainstansrätten erinrar om att principen om likabehandling enligt fast rättspraxis endast åsidosätts då jämförbara situationer behandlas olika eller då olika

situationer behandlas lika, med mindre än att det finns sakliga skäl för en sådan behandling (domstolens dom av den 13 december 1984 i mål 106/83, Sermide, REG 1984, s. 4209, punkt 28, 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).

- 108 Förstainstansrätten erinrar om att kommissionens beslutspraxis inte utgör rättslig grund för böter i konkurrens mål, eftersom denna återfinns i artikel 15.2 i förordning nr 17 i dess kompletterade lydelse enligt riktlinjerna (se, för ett motsvarande synsätt, domen i de ovan i punkt 38 nämnda förenade målen Dansk Rørindustri m.fl. mot kommissionen, punkterna 209–213 och där angiven rättspraxis).
- 109 Kommissionens befogenhet att fastställa böter omfattas av dess stora utrymme för skönsmässig bedömning, varför aktörerna inte kan ha några berättigade förväntningar när kommissionen fastställer sådana belopp (se, för ett motsvarande synsätt, domen i de ovan i punkt 38 nämnda förenade målen Dansk Rørindustri m.fl. mot kommissionen, punkterna 171 och 172 och där angiven rättspraxis).
- 110 Förstainstansrätten erinrar slutligen om att kommissionen i sin tidigare rättspraxis ansett att den omständigheten att ett visst agerande medför att böter till ett visst belopp är befogade inte innebär att den är skyldig att göra samma bedömning i ett senare beslut (se bland annat analogt förstainstansrättens dom av den 17 december 1991 i mål T-7/89, Hercules Chemicals mot kommissionen, REG 1991, s. II-1711, punkt 357, svensk specialutgåva, volym 11, s. II-83, och av den 14 maj 1998 i mål T-347/94, Mayr-Melnhof mot kommissionen, REG 1998, s. II-1751, punkt 368, samt domen i det ovan i punkt 38 nämnda målet LR AF 1998 mot kommissionen, punkterna 234 och 337).
- 111 I förevarande mål saknar den omständigheten att ADM har åberopat ärendet zinkfosfater betydelse, eftersom kommissionen inte varit skyldig att bedöma förevarande ärende på samma sätt.

- 112 Beträffande tillämpningen av principen om likabehandling i förevarande mål skall betonas att andra beslut som kommissionen fattat i fråga om böter i princip endast kan vara vägledande, i synnerhet eftersom de omständigheter som bedömdes i dessa beslut, såsom marknader, produkter, stater, företag och aktuella perioder, inte är identiska med de omständigheter som bedömdes i det ifrågasatta beslutet (se, för ett motsvarande synsätt, förstainstansrättens dom av den 13 januari 2004 i mål T-67/01, JCB Service mot kommissionen, REG 2004, s. II-49, punkt 187).
- 113 I förevarande mål skall emellertid *prima facie* konstateras att omständigheterna kring den samverkan som varit föremål för beslutet skiljer sig från de omständigheter som bedömdes i beslutet i ärendet zinkfosfater. Samverkan på marknaden för zinkfosfater omfattade nämligen endast EES-området, medan kartellen avseende natriumglukonat omfattade hela världen. I motsats till i förevarande mål omfattade samverkan på marknaden för zinkfosfater dessutom endast företag av relativt begränsad storlek. De företag som berördes av beslutet i ärendet zinkfosfater hade för år 2000 en världsomsättning som uppgick till mellan 7,09 och 278,8 miljoner euro, medan företagen i förevarande mål för år 2000 hade en världsomsättning som uppgick till mellan 314 miljoner och 14,003 miljarder euro, varav 13,936 miljarder euro härrör från ADM.
- 114 Förstainstansrätten finner med stöd av sin fulla prövningsrätt att, även om samtliga relevanta omständigheter som låg till grund för att fastställa ett lämpligt bötesbelopp i beslutet i ärendet zinkfosfater skulle anses jämförbara med omständigheterna i förevarande mål, är det grundbelopp som kommissionen fastställt för den överträdelse som ADM begått i förevarande mål lämpligt med hänsyn till samtliga omständigheter som kommissionen anfört i beslutet och till den bedömning som gjorts av vissa av dessa omständigheter i förevarande dom.
- 115 ADM kan därför inte med giltig verkan åberopa kommissionens beslut i ärendet zinkfosfater för att visa att principen om likabehandling åsidosatts i förevarande mål.

Huruvida motiveringsskyldigheten åsidosatts

116 Förstainstansrätten anmärker beträffande ADM:s påstående att punkt 377 i beslutet strider mot punkterna 394 och 395 i detta, att kommissionen i punkt 377 i beslutet angav att den i samband med att den fastställde utgångsbeloppen beaktade att marknaden för natriumglukonat är begränsad. I motsats till vad ADM gjort gällande motsade kommissionen inte den uppgiften när den i punkt 395 i beslutet inte godtog de argument som bland annat ADM framfört och som i sak avsåg att kommissionen skall fastställa böterna i förhållande till de berörda företagens omsättning på den ifrågavarande marknaden. Den omständigheten att vissa parter, däribland ADM, endast har en liten omsättning på den ifrågavarande marknaden innebär inte med nödvändighet att marknaden är av begränsad storlek. Såsom angetts ovan i punkt 104 beaktade kommissionen att marknaden är av begränsad storlek, eftersom den i förevarande mål fastställde ett utgångsbelopp om endas. 10 miljoner euro, trots att överträdelsen var av mycket allvarligt slag. Kommissionens beslut är därför inte motstridigt på dessa punkter.

117 Talan kan därför inte bifallas på den grunden att motiveringsskyldigheten åsidosatts.

4. Huruvida böternas avskräckande verkan beaktats två gånger

a) Parternas argument

118 ADM anser att kommissionen när den fastställde beloppet två gånger beaktat att böterna skall vara avskräckande, nämligen en gång i samband med att den fastställde utgångsbeloppet och fastslog vilken roll deltagarna haft i samverkan (punkterna 378,

382 och 385 i beslutet) och en gång när den ökade beloppet med 250 procent för att beakta storleken och de totala resurserna (punkterna 386–388 i beslutet). Om kommissionens argument inför förstainstansrätten är riktiga har motiverings-skyldigheten i detta hänseende åsidosatts i beslutet.

- 119 Kommissionen har bestritt att den två gånger beaktat att böterna skall vara avskräckande. Den anser tvärtom att den för att fastställa böterna till en tillräckligt avskräckande nivå genomfört två avgränsade steg som följt på varandra och som grundar sig på olika kriterier (punkterna 378 och 380 i beslutet). Kommissionen anser dessutom att den motiverat beslutet tillräckligt i detta avseende.

b) Förstainstansrättens bedömning

- 120 ADM har således åberopat att för det första riktlinjerna och för det andra motiveringsskyldigheten åsidosatts.

Huruvida riktlinjerna åsidosatts

- 121 Såsom ADM med fog gjort gällande, har kommissionen åberopat att det var nödvändigt att fastställa böterna till en avskräckande nivå när den behandlade deltagarna i kartellen på olika sätt beroende på deras marknadsandelar, varvid ADM placerades i den grupp företag som hade en marknadsandel som var lägre än 10 procent (punkterna 378, 382 och 385 i beslutet). Kommissionen har på samma sätt åberopat detta för att tillämpa multiplikatorkoefficienten 2,5 på vissa av deltagarna i kartellen, däribland ADM, i syfte att beakta deltagarnas storlek och totala resurser (punkterna 386–388 i beslutet).

- 122 För att fastställa utgångsbeloppet i förhållande till överträdelsens allvar beaktade kommissionen objektiva omständigheter när den fastställde överträdelsen, nämligen överträdelsens art, inverkan på marknaden och den geografiska marknadens omfång. Kommissionen beaktade vidare subjektiva omständigheter, nämligen omständigheter som var särskilt förknippade med varje deltagare i kartellen, såsom företagets storlek och totala resurser. I samband med denna andra del av bedömningen eftersträvade kommissionen att säkerställa att böterna hade en avskräckande nivå.
- 123 Såsom kommissionen med fog hävdade hänvisade den i samband med denna andra del av bedömningen visserligen till detta syfte två gånger, men gjorde i själva en enda beräkning som den delade upp i två steg och som syftade till att fastställa bötesbeloppet för varje deltagare till en sådan nivå att det avskräckande ändamålet kunde uppnås med beaktande av deltagarnas särskilda omständigheter och samtliga objektiva och subjektiva omständigheter i samband med överträdelsens allvar.
- 124 I motsats till vad ADM gjort gällande "räknade" kommissionen inte böternas avskräckande verkan "två gånger".
- 125 Talan kan därför inte bifallas på den grunden att riktlinjerna åsidosatts.

Huruvida motiveringsskyldigheten åsidosatts

- 126 Förstainstansrätten konstaterar att ADM inte anfört något konkret argument till stöd för sitt påstående och att företaget begränsat sig till att klandra kommissionen för att denna inte motiverat att den räknat böternas avskräckande verkan två gånger.

- 127 Förstainstansrätten har i vart fall fastslagit ovan i punkterna 121–125 att kommissionen inte beaktat böternas avskräckande verkan två gånger. Kommissionen hade därför ingen anledning att avge en särskild motivering i detta avseende.
- 128 Talan kan därför inte bifallas på den grunden att motiveringskyldigheten åsidosatts.

5. Huruvida en ökningskoefficient skall tillämpas på utgångsbeloppet

a) Parternas argument

- 129 ADM anser att det är uppenbart oproportionerligt att tillämpa en ökningskoefficient med 2,5 på utgångsbeloppet, att denna åtgärd grundar sig på ett felaktigt resonemang och att den innebär att principen om likabehandling åsidosätts.
- 130 ADM har för det första gjort gällande att för att böterna verkligen skall vara avskräckande är det, med hänsyn till att företagen är rationella ekonomiska enheter, endast nödvändigt att fastställa böterna till en sådan nivå att det förväntade beloppet överstiger vinsten av överträdelser. ADM anser att böterna har en avskräckande verkan redan om företagen inser att den förlust som är förknippad med böterna uppväger vinsten av samverkan. Det synsättet har bekräftats av domstolen i domen i de ovan i punkt 44 nämnda förenade målen *Musique diffusion française m.fl. mot kommissionen* (punkt 108). Det uppfyller även kraven i riktlinjerna, eftersom det (i punkt I A fjärde stycket) i dessa föreskrivs att den avskräckande verkan skall bedömas i förhållande till deltagarnas kapacitet att vålla konsumenterna skada, och därmed att vinsten av den rättsstridiga samverkan skall beaktas när lämplig avskräckande verkan fastställs. Detta synsätt är slutligen ett begrepp som återfinns i andra gemenskapsbestämmelser.

- 131 Även om det kan antas att bötesbeloppet inte är tillräckligt högt om det inte är högre än den eventuella vinsten, skulle en rationell grundval för att säkerställa att böterna har en avskräckande verkan utgöras av att bedöma den förväntade vinsten av samverkan med ledning av en procentsats av försäljningen av den ifrågavarande produkten med en ökning i syfte att kompensera för fel. Det är exakt denna metod som används i Förenta staterna. Domstolen (domen i de ovan i punkt 44 nämnda förenade målen *Musique diffusion française m.fl. mot kommissionen*, punkt 108) och förstainstansrätten (domen i det ovan i punkt 65 nämnda målet *HFB m.fl. mot kommissionen*, punkt 456) har i sin rättspraxis godtagit att ett samband föreligger mellan böternas avskräckande verkan och den vinst som kan erhållas av samverkan.
- 132 ADM har inte bestritt att den totala omsättningen kan beaktas vid beräkningen av bötesbeloppet. Att ge omsättningen en överdriven betydelse leder emellertid till oproportionerliga böter. Kommissionen har härvid begränsat sig till att motivera den ökning som gjorts genom att hänvisa till ADM:s omsättning. Att beräkningen av ökningen för avskräckande verkan har fokuserats på ADM:s totala omsättning kan emellertid inte motiveras med någon rationell förklaring. Kommissionens tillvägagångssätt förklarar inte varför ADM:s försäljningsvinst av produkter som inte har något samband med den ifrågavarande överträdelsen skall tillintetgöras i syfte att avskräcka företag från att fortsätta en samverkan avseende natriumglukonat.
- 133 ADM har i repliken i andra hand gjort gällande att även om förstainstansrätten i strid med ovan angivna slutsatser skulle finna att den ökning som syftade till att ha en avskräckande verkan varit befogad med beaktande av ADM:s storlek och totala resurser, kunde kommissionen inte, utöver ökningen i avskräckande syfte med 7,5 miljoner euro, med giltig verkan öka bötesbeloppet med ytterligare 35 procent i syfte att beakta överträdelsens varaktighet. En sådan ökning kan logiskt vara delvis motiverad endast om den ökning som syftar till att ha en avskräckande verkan grundar sig på den eventuella vinsten av samverkan. Enligt ADM är de eventuella vinsterna högre ju längre samverkan varar och därmed är en höjning som avser att beakta samverkans varaktighet lämplig. Det skulle ha varit korrekt att beräkna

böterna genom en höjning baserad enbart på utgångsbeloppet på 5 miljoner euro. Kommissionen förefaller ha försökt att komma till detta resultat, eftersom den i punkt 392 i beslutet har förklarat att "det utgångsbelopp som fastställts på grundval av allvaret (punkt 385) således ökats med 35 procent". I punkt 385 i beslutet hänvisas emellertid endast till den ursprungliga utgångspunkten på 5 miljoner euro.

134 ADM anser för det tredje att kommissionen åsidosatt principen om likabehandling genom att vid ökningen av utgångsbeloppet för böterna beakta att stora företag har kunskaper om rättslig och ekonomisk infrastruktur som gör det möjligt för dem att bättre bedöma huruvida deras agerande innebär en överträdelse och följderna därav i konkurrensrättsligt hänseende (skäl 386 i beslutet).

135 Enligt ADM är samtliga företag som är inblandade i överträdelsen multinationella koncerner med en världsomsättning som uppgår till mer än 300 miljoner euro och samtliga har därför tillgång till intern och extern juridisk expertis som gör det möjligt för dem att bedöma konsekvenserna av överträdelsen och riskerna med att inleda en rättsstridig samverkan.

136 Beslutet är dessutom otillräckligt motiverat i detta avseende.

137 Kommissionen anser att argumentet avseende den ytterligare ökningen av bötesbeloppet med 35 procent i syfte att beakta överträdelsens varaktighet utgör en ny grund som skall avisas med stöd av artikel 48.2 i förstainstansrättens rättegångregler. Kommissionen har yrkat att talan inte skall vinna bifall på någon av de åberopade grunderna.

b) Förstainstansrättens bedömning

138 ADM har således åberopat att för det första proportionalitetsprincipen, för det andra principen om likabehandling och för det tredje motiveringsskyldigheten åsidosatts.

Huruvida proportionalitetsprincipen åsidosatts

139 ADM har gjort två invändningar i samband med denna grund.

140 ADM har för det första i sak hävdad att det, med beaktande av att företagen är rationella enheter, endast är nödvändigt att fastställa böterna till en sådan nivå att det förväntade beloppet överstiger vinsten av överträdelsen för att böterna skall vara avskräckande. Förstainstansrätten erinrar härvid om att den avskräckande verkan är ett av de huvudsakliga överväganden som skall vara vägledande när bötesbelopp fastställs (domstolens dom av den 15 juli 1970 i mål C-41/69, Chemiefarma mot kommissionen, REG 1970, s. 661, punkt 173, svensk specialutgåva, volym 1, s. 457, och av den 14 juli 1972 i mål 49/69, BASF mot kommissionen, REG 1972, s. 713, punkt 38, samt ovan i punkt 90 angiven rättspraxis).

141 Om böter skulle fastställas till en nivå som endast ointetgjorde vinsten av samverkan skulle de emellertid inte ha en avskräckande verkan. Det kan nämligen rimligen antas att företagen i samband med finansiella beräkningar och företagsledning rationellt beaktar såväl den bötesnivå de riskerar att åläggas vid en överträdelse som risken för att samverkan upptäcks. Om böternas funktion skulle inskränkas till att ointetgöra den förväntade vinsten skulle dessutom den omständigheten att agerandet utgör en överträdelse mot bakgrund av artikel 81.1 EG inte beaktas tillräckligt. Om böterna inskränks till att vara en kompensation för den skada som

förorsakats förbises den omständigheten att en sådan åtgärd, förutom att vara avskräckande, vilket endast kan avse kommande ageranden, skall vara repressiv med avseende på den konkreta överträdelse som verkligen begåtts. Både böternas avskräckande och repressiva verkan innebär därför att det är befogat att kommissionen ålägger böter som, beroende på omständigheterna i målet, väsentligt kan överstiga den vinst det ifrågavarande företaget förväntat.

- 142 I fråga om företag som i likhet med ADM finns på många marknader och har särskilt stor finansiell kapacitet är det inte tillräckligt att beakta omsättningen på den ifrågavarande marknaden för att säkerställa att böterna har en avskräckande verkan. Ju större ett företag är och ju större totala resurser det har som ger det möjlighet att handla självständigt på marknaden, desto mer medvetet måste det vara om sin betydelse för att konkurrensen fungerar på marknaden. Därför måste de faktiska omständigheterna med avseende på den ekonomiska styrkan hos ett företag som begått en överträdelse beaktas när bötesbeloppet fastställs för att säkerställa att detta belopp är avskräckande.
- 143 Såsom kommissionen har anfört utan att ADM i detta avseende bestritt kommissionens påstående, motsvarar det bötesbelopp som fastställts för ADM efter det att multiplikatorkoefficienten 2,5 tillämpades endast en ytterst liten del, nämligen 0,0538 procent av företagets årliga totala omsättning och kan därför inte heller i detta avseende anses oproportionerlig.
- 144 ADM har i sin replik gjort gällande att kommissionen inte hade rätt att utöver det belopp på 7,5 miljoner euro som inbegrep en ökning i avskräckande syfte öka bötesbeloppet med ytterligare 35 procent i syfte att beakta överträdelsens varaktighet. Förstainstansrätten erinrar härvid om att 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 innebär en utvidgning av en grund som direkt eller

underförstått återopats i ansökan och som har nära samband med denna kan däremot prövas. En liknande lösning skall tillämpas på en invändning som återopats 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).

145 I förevarande mål har ADM i ansökan återopat att multiplikatorkoefficienten 2,5 är orimlig med beaktande av att den översteg vad som var nödvändigt för att säkerställa att böterna skulle vara avskräckande. I sin replik har sökanden, i andra hand efter den sistnämnda invändningen, gjort gällande att kommissionen borde ha tillämpat ökningen med 35 procent med anledning av överträdelsens varaktighet på det belopp som fastställdes innan multiplikatorkoefficienten 2,5 tillämpades och inte på det belopp som fastställdes efter det att koefficienten hade tillämpats. ADM har därigenom återopat en invändning som har nära samband med den invändning som återopades i ansökan och som därmed endast utgör en utvidgning av en tidigare återopad grund. Denna invändning skall därför undersökas i sak.

146 Med avseende på huruvida den invändning som ADM återopat är befogad finner förstainstansrätten att kommissionen med fog tillämpade den multiplikatorkoefficient som grundades på överträdelsens varaktighet på ett grundbelopp som ökats med multiplikatorkoefficienten 2,5. Såsom ovan fastslagits (se punkterna 140–143) är multiplikatorkoefficienten 2,5 ett avskräckande medel som i första hand skall säkerställa att böterna är tillräckligt avskräckande i förhållande till det berörda företaget. Det finns emellertid inget hinder för att kommissionen därefter ökar den summa som framräknats för att beakta förfarandet i samband med överträdelsen. Ju mer benägna företagen är att begå mycket allvarliga överträdelser över en längre period, desto större är nämligen behovet av avskräckande verkan.

147 Kommissionen har inför förstainstansrätten medgett att hänvisningen till punkt 385 i punkt 392 i beslutet var ett misstag. Detta misstag har emellertid ingen inverkan på beslutets lagenlighet, eftersom det framgår tydligt av hur ökningen avseende varaktigheten beräknats och av hänvisningen till utgångsbeloppet som fastställts på

grundval av överträdelsens allvar — som inbegriper ökningen med multiplikator-koefficienten 2,5 — att kommissionen i själva verket avsåg det korrigerade grundbelopp som fastställts på grundval av överträdelsens allvar. Detta framgår för övrigt även av den logiska följd av kommissionens bedömning i vilken, såsom redovisas i punkterna 378–388 i beslutet, de särskilda omständigheterna för de olika berörda företagen beaktades steg för steg. Det står därför klart att hänvisningen i punkt 392 i realiteten inte avsåg endast punkt 385, utan punkterna 385–388. Förstainstansrätten beaktar i detta sammanhang även att det i riktlinjerna i detta avseende anges att hänsynstagandet till överträdelsens varaktighet skall leda "till att ett eventuellt tilläggsbelopp för böterna fastställs" (punkt 1 B andra stycket).

148 ADM saknar därför fog för att klandra kommissionen för att denna, utöver ökningen i avskräckande syfte, ökade bötesbeloppet med ytterligare 35 procent i syfte att beakta överträdelsens varaktighet.

149 Talan kan därför inte bifallas på den grunden att proportionalitetsprincipen åsidosatts.

Huruvida principen om likabehandling åsidosatts

150 ADM har gjort gällande att samtliga företag som är inblandade i överträdelsen tillhör multinationella koncerner och därför har tillgång till intern och extern juridisk expertis som gör det möjligt för dem att bedöma om det är riskfyllt att inleda en rättsstridig samverkan och konsekvenserna av överträdelsen.

151 Förstainstansrätten anmärker i detta hänseende att kommissionen i beslutet visserligen angav två skäl till att den tillämpade multiplikatorkoefficienten 2,5 på utgångsbeloppet för böterna avseende vissa av deltagarna i samverkan, däribland ADM. Kommissionen åberopade nämligen att det var nödvändigt att dels säkerställa att böterna var tillräckligt avskräckande, dels beakta att stora företag har kunskaper om rättslig och ekonomisk infrastruktur som gör det möjligt för dem att bättre bedöma huruvida deras agerande innebär en överträdelse och följderna därav i konkurrensrättsligt hänseende (punkt 386 i beslutet).

152 Det framgår emellertid av punkt 388 i beslutet att kommissionen beslutade att tillämpa multiplikatorkoefficienten 2,5 på ADM huvudsakligen för att säkerställa att böterna skulle vara avskräckande. Såsom ovan angetts i punkterna 139–143, hade kommissionen fog för att beakta att det var nödvändigt att säkerställa att böterna skulle vara tillräckligt avskräckande och närmare bestämt att, såsom anges i punkt 387 i beslutet, anse att det förelåg skäl för att höja det belopp som beräknats med hänsyn till den ifrågavarande marknadens relativa storlek för att beakta de berörda företagens storlek och totala resurser. Med hänsyn till att ADM och Akzo vardera hade en världsomsättning som uppgick till omkring 14 miljarder euro under år 2000, medan de övriga deltagarna i samverkan hade en omsättning som varierade mellan endas 300 miljoner och 3 miljarder euro, kan det inte bestridas att kommissionen, för att uppfylla sitt syfte, med giltig verkan kunde dela upp deltagarna i två grupper beroende på deras storlek och totala resurser och höja grundbeloppet för böterna för ADM och Akzo med multiplikatorkoefficienten 2,5.

153 Förstainstansrätten anser att de berörda företagens kunskaper om rättslig och ekonomisk infrastruktur kan beaktas för att höja bötesbeloppet. ADM har i förevarande mål inte bestritt att företaget förfogar över sådana rättsliga och ekonomiska kunskaper och infrastruktur. Ett företag som ADM, som under år 2000 hade en världsomsättning som uppgick till omkring 14 miljarder euro kan för övrigt anses föfoga över sådana kunskaper och infrastruktur. Kommissionen hade därför fog för att höja grundbeloppet för ADM:s böter med beaktande av att företaget hade sådana kunskaper och infrastruktur. Denna bedömning påverkas inte av ADM:s

argument att även företagen i den andra gruppen förfogade över juridiska och ekonomiska kunskaper och infrastruktur som skulle göra det befogat att höja även deras böter. Även om denna omständighet skulle styrkas och kommissionen således felaktigt inte beaktade den även med avseende på företagen i den andra gruppen, kan ADM inte åberopa detta för att den ökning som ålagts företaget skall minskas.

- 154 Talan kan därför inte bifallas på den grunden att principen om likabehandling åsidosatts.

Huruvida motiveringsskyldigheten åsidosatts

- 155 ADM har, utan att anföra något ytterligare argument, hävdat att beslutet är otillräckligt motiverat beträffande tillämpningen av multiplikatorkoefficienten 2,5. Förstainstansrätten anmärker i detta hänseende att kommissionen i skäl 386 i beslutet angav de två skäl till att tillämpa ökningskoefficienten som angetts ovan i punkt 151. I punkt 387 i beslutet förklarade kommissionen vidare att det var nödvändigt att dela upp deltagarna i samverkan i två grupper med ledning av de siffror som angetts i punkt 48 i beslutet. I punkt 388 i beslutet angav kommissionen slutligen att den ansåg att multiplikatorkoefficienten 2,5 var lämplig för att säkerställa böternas avskräckande verkan.

- 156 Beträffande storleken på den ökningskoefficient som tillämpats avseende ADM, kunde kommissionen inskränka sig till att åberopa företagets storlek med ledning av vad som ungefärligen framgår av företagets omsättning och att betona att det var

nödvändigt att säkerställa att böterna var avskräckande. Det ålåg enligt motiveringsskyldigheten inte kommissionen att redovisa de sifferuppgifter som hade samband med beräkningsunderlaget (se, för ett motsvarande synsätt, domstolens dom av den 16 november 2000 i mål C-291/98 P, Sarrió mot kommissionen, REG 2000, s. I-9991, punkt 80).

- 157 Kommissionen har således motiverat beslutet tillräckligt i detta avseende och talan kan därför inte bifallas på den grunden att motiveringsskyldigheten åsidosatts.

6. Huruvida bedömningen av kartellens konkreta inverkan på marknaden varit oriktig

a) Inledning

- 158 Förstainstansrätten erinrar först och främst om att bedömningen av hur allvarliga överträdelsena är skall göras med hänsyn till ett stort antal omständigheter (se ovan punkt 76). I detta sammanhang kan kartellens konkreta inverkan på marknaden beaktas som ett av de relevanta kriterierna.

- 159 Kommissionen har i riktlinjerna (punkt 1 A första stycket) angett att den för att bedöma en överträdelses allvar, förutom dess art och omfattningen av den relevanta geografiska marknaden beaktar överträdelsens "konkreta påverkan på marknaden, om den är mätbar".

160 I förevarande mål framgår av punkterna 334–388 i beslutet att kommissionen fastställde bötesbeloppet, som bestämts i förhållande till överträdelsens allvar, med beaktande av tre kriterier. Den beaktade i detta sammanhang särskilt att samverkan haft en ”verklig inverkan” på natriumglukonatmarknaden (punkt 371 i beslutet).

161 Enligt ADM var emellertid kommissionens bedömning av den konkreta inverkan av samverkan på den ifrågavarande marknaden felaktig i flera avseenden. Enligt ADM påverkade dessa felaktigheter beräkningen av bötesbeloppet.

b) Huruvida kommissionen valt ett felaktigt tillvägagångssätt för att visa att samverkan haft en konkret inverkan på marknaden

Parternas argument

162 ADM anser att kommissionen inte styrkt att samverkan haft en konkret inverkan på natriumglukonatmarknaden, bland annat på grund av felaktigheter i kommissionens tillvägagångssätt för att visa detta.

163 Enligt ADM inskränkte sig kommissionen först och främst till att konstatera att samverkan verkligen genomförts och drog av denna omständighet slutsatsen att samverkan även borde ha haft en konkret inverkan på marknaden. ADM har betonat att den omständigheten att en samverkan genomförs, såsom framgår av punkt 1 A första stycket i riktlinjerna och såsom kommissionen medgett i punkt 341 i beslutet, inte får förväxlas med den konkreta inverkan av samverkan på den berörda marknaden.

164 ADM är på samma sätt av uppfattningen att kommissionen inte med giltig verkan kunde stödja sig på den relativt långa varaktigheten för denna samverkan för att sluta sig till att denna haft en konkret inverkan på den berörda marknaden. Kommissionen har enligt ADM inte i och med detta styrkt att konkret inverkan förelegat, utan har på ett rättsstridigt sätt endast åberopat en presumtion med den innebörden.

165 ADM anser slutligen att kommissionen inte uppfyllt sin skyldighet enligt lydelsen i punkt 1 A första stycket i riktlinjerna att förebringa bevisning för att samverkan haft en "mätbar" inverkan på prisutvecklingen för natriumglukonat. Kommissionen grundade sig enligt ADM i stället enbart på en grafisk framställning som den erhållit i Roquettes lokaler vid undersökningen och anmärkte, sedan den jämfört sina slutsatser av denna grafiska framställning med de argument som stöddes av ADM, att dessa "argument ... inte på ett övertygande sätt utvisa[de] att genomförandet av samverkan inte [kunnat] spela någon roll för prisfluktuationerna" (punkt 359 i beslutet). ADM har på samma sätt kritiserat den omständigheten att kommissionen, utan att i sig förneka att ADM:s argument är giltiga, inskränkt sig till att anmärka att prisutvecklingen för natriumglukonat, såsom denna framgick av den grafiska framställningen, "[sammanföll] mycket väl med en existerande samverkan" (ibidem). Enligt ADM har kommissionen inte därigenom förebringat bevisning för att samverkan haft konkret inverkan på marknaden, utan tvärtom rättsstridigt kastat om bevisbördan mellan parterna.

166 Kommissionen har inte bestritt att kriterierna för att en samverkan genomförs inte får förväxlas med den konkreta inverkan av samverkan på den berörda marknaden och inte heller med det faktum att det åligger kommissionen att förebringa bevisning i detta avseende. Kommissionen påstår sig i förevarande fall inte ha kastat om bevisbördan, utan i stället styrkt dessa förhållanden.

Förstainstansrättens bedömning

167 Mot bakgrund av ADM:s anmärkningar mot kommissionens tillvägagångssätt för att utvisa att samverkan haft en konkret inverkan på natriumglukonatmarknaden skall

förstainstansrätten, innan rätten avgör huruvida ADM:s argument är befogade, göra en sammanfattning av kommissionens bedömning såsom denna framgår av punkterna 340–369 i beslutet.

— Sammanfattning av kommissionens bedömning

168 I punkt 340 i beslutet inledde kommissionen sin bedömning enligt följande:

”Kommissionen anser att den överträdelse som begåtts av företag som under den tidsperiod som avses i förevarande beslut företrädde mer än 90 procent av världsmarknaden och 95 procent av den europeiska marknaden för natriumglukonat haft en verklig inverkan på EES-marknaden, eftersom den genomförts omsorgsfullt. Eftersom åtgärderna särskilt syftade till att minska försäljningsvolymerna, att tillämpa högre priser än vad som annars kommit i fråga och att begränsa försäljningen till vissa kunder, måste de ha påverkat det normala beteendet på marknaden och därigenom haft en inverkan på denna.”

169 I punkt 341 i beslutet betonade kommissionen att ”[s]å långt möjligt [hade] åtskillnad gjorts mellan frågan om genomförandet av överenskommelsen och frågan om vilken inverkan denna haft på marknaden”, men att det emellertid varit ”oundvikligt att vissa faktiska omständigheter sammanfallit som använts för att komma fram till dessa slutsatser”.

170 Kommissionen bedömde genomförandet av samverkan (punkterna 342–351 i beslutet). Enligt kommissionen utvisade olika omständigheter att samverkan hade

genomförts. Dessa omständigheter avsåg vad kommissionen ansåg vara hörnstenen i samverkan, nämligen försäljningskvoter. Kommissionen åberopade vidare omständigheten att "[s]amverkan karaktäriserades av en ständig omsorg om att fastställa riktpriiser eller minimipriiser" och tillade att enligt dess uppfattning borde "[d]essa priser inverkat på deltagarnas agerande även om de inte systematiskt berördes av dessa" (punkt 348 i beslutet). Kommissionen drog slutsatsen att "det inte [rådde] någon tvekan om att [samverkan] verkligen genomförts" (punkt 350 i beslutet).

- 171 Kommissionen bedömde för det andra samverkans inverkan på natriumglukonatmarknaden. Den hänvisade i detta avseende först och främst till bedömningen av den relevanta marknaden i punkterna 34–41 i beslutet. Med hänvisning till den bedömning som gjorts i punkterna 235 och 236 i beslutet och med stöd av två tabeller (nedan kallade de grafiska framställningarna) som erhållits i Roquettes lokaler, hävdade kommissionen följande:

"Den prisutveckling som framgår av [de grafiska framställningarna] som återfunnits hos Roquette vid undersökningen utvisar att syftet hos deltagarna i samverkan uppnåtts, åtminstone delvis. De två [grafiska framställningarna] som illustrerar prisutvecklingen i [franska franc (FRF)] på den europeiska natriumglukonatmarknaden mellan år 1977 och 1995 utvisar ett prisfall under år 1985. Denna förändring var förmodligen följden av att en tidigare samverkan upphörde och av att produktionskapaciteten utnyttjades i större utsträckning. Vid slutet av [år] 1986 hade prisnivåerna nästan halverats jämfört med början av [år] 1985. Det är mycket troligt att tillämpningen av de avtal enligt vilka den nya samverkan infördes från och med [år] 1986 väsentligt bidrog till den starka ökning (fördubbling) av priserna som konstaterades mellan år 1987 och år 1989. Efter en nedgång år 1989 som var mindre markerad än år 1985 stod priserna fram till år 1995 kvar på en nivå som var omkring 60 procent högre än år 1987."

172 I punkterna 235 och 236 i beslutet, till vilka det hänvisas i punkt 354 i beslutet, anmärkte kommissionen följande:

"235 Två handlingar som påträffats i Roquettes lokaler vid undersökningen är tillräckligt tydliga och utgör bevisning för resultaten av samverkan avseende natriumglukonat. De innehåller bland annat en [grafisk framställning] över det 'europeiska' genomsnittspriset för natriumglukonat mellan år 1977 och år 1995.

236 [En av de grafiska framställningarna] utvisar på ett frapperande sätt att priserna steg brant år 1981 och år 1987, när den 'första' respektive den 'andra' samverkan genomfördes. Priserna föll snabbt år 1985, vilket motsvaras av att den första samverkan upphörde när Roquette drog sig tillbaka. Priset på natriumglukonat steg kraftigt mellan år 1987 och år 1989, det fördubblades nämligen. Mellan år 1989 och år 1995 stod priset kvar på en nivå som var omkring 60 procent högre än under nedgångsperioden år 1987. Det skall noteras att priset på natriumglukonat, i motsats till tiden mellan år 1981 och år 1986, kunde hållas kvar på en mycket hög nivå fram till år 1995."

173 Härefter sammanfattade, bedömde och underkände kommissionen olika argument som de berörda parterna åberopat under det administrativa förfarandet för att vederlägga kommissionens slutsats av de grafiska framställningar som påträffats i Roquettes lokaler. ADM gjorde särskilt gällande att priserna skulle ha utvecklats på samma sätt även om samverkan inte hade förelegat. Kommissionen anförde följande beträffande ADM:s argument (punkterna 359, 365 och 369 i beslutet):

"359 Av de argument ADM åberopat framgår inte övertygande att den omständigheten att samverkan genomförts inte inverkat på prisfluktuation-

nera. Den bild ADM målat upp stämmer visserligen med förhållandena då en kartell inte föreligger, men överensstämmer även med den samverkan som föreligger. Det ökade utnyttjande av kapaciteten som noterats för mitten av åttiotalet kan samtidigt ha varit orsak till och resultat av att den första samverkan (1981–1985) upphörde. Utvecklingen från år 1987 stämmer fullständigt överens med att den samverkan återupplivades som ingåtts under denna tid. Den omständigheten att priset på natriumglukonat börjat stiga kan därför inte förklaras endast med konkurrensens inverkan, utan skall ses mot bakgrund av deltagarnas avtal om 'minimipris', fördelning av marknadsandelar samt ett informations- och övervakningssystem. Samtliga dessa faktorer bidrog till prisuppgången.

...

365 [En av de grafiska framställningar] som påträffats hos Roquette utvisar att priserna var stabila eller minskade något mellan år 1991 och år 1995, det vill säga under den tid då ADM deltog i samverkan. Det finns inget som påvisar att priserna skulle ha fallit starkt och ännu mindre att de inte var lönsamma. Det är mer sannolikt att den omständigheten att ADM försvann från marknaden berodde på de allvarliga tekniska problem företaget hade omedelbart efter det att det anslöt sig till samverkan och på att dessa kvarstod. ADM har därför aldrig kunnat uppfylla sina försäljningskvoter.

...

369 Det är, med beaktande bland annat av de risker de löpte, slutligen otänkbart att parterna under en så lång tidsperiod vid flera tillfällen skulle ha beslutat att träffas någonstans i världen för att fördela försäljningskvoter, fastställa priser och fördela kunder mellan sig om samverkan såsom de påstår haft en begränsad eller ingen inverkan på marknaden för natriumglukonat."

— Bedömning

- 174 Det skall först och främst erinras om att kommissionen enligt lydelsen i punkt 1 A första stycket i riktlinjerna, vid beräkningen av bötesbeloppet på grundval av överträdelsens allvar skall beakta bland annat överträdelsens "konkreta påverkan på marknaden, om den är mätbar".
- 175 Härvid skall den exakta betydelsen av orden "om den [det vill säga den konkreta påverkan] är mätbar" undersökas. Det är särskilt fråga om att avgöra om kommissionen i samband med att den beräknar bötesbeloppet kan beakta en överträdelsens konkreta påverkan i den mening som avses med detta uttryck endast om och i den mån den kan mäta denna påverkan.
- 176 Såsom kommissionen med fog har påstått medför en undersökning av påverkan av en samverkan på den berörda marknaden med nödvändighet ett hypotetiskt resonemang. Kommissionen skall härvid bland annat undersöka hur högt priset för den ifrågavarande produkten hade varit om någon samverkan inte förelegat. Vid en undersökning av orsakerna till en verklig prisutveckling är det emellertid vanskligt att spekulera i vilken roll varje orsak spelat. Den objektiva omständigheten att parterna genom prissamverkan har avstått från friheten att priskonkurrera skall beaktas. Bedömningen av vilken inverkan andra faktorer än att parterna frivilligt avstått från priskonkurrens måste därför med nödvändighet grunda sig på sannolikheter som inte kan mätas exakt.
- 177 Kommissionen kan därför, med mindre än att ett kriterium som kan beaktas för att fastställa bötesbeloppet skall fränkännas ändamålsenlig verkan, inte klandras för att den stött sig på den konkreta påverkan av en samverkan på den relevanta marknaden trots att den inte kunnat mäta denna påverkan eller redovisa sifferuppgifter i samband med den.

- 178 Den konkreta påverkan av en samverkan på den berörda marknaden skall därför anses styrkt om kommissionen kan ange konkreta och trovärdiga uppgifter till stöd för att samverkan sannolikt påverkat marknaden.
- 179 I förevarande mål framgår det av sammanfattningen av kommissionens bedömning (se ovan punkterna 168–173) att denna stödde sig på två uppgifter när den kom fram till att samverkan haft en ”verklig inverkan” på marknaden. Den åberopade nämligen dels att deltagarna i samverkan omsorgsfullt hade genomfört överenskommelserna i samband med denna (se bland annat punkt 340, som återgetts ovan i punkt 168) och att denna haft lång varaktighet (punkt 369 i beslutet, som återgetts ovan i punkt 173). Kommissionen ansåg vidare att det framgick av de grafiska framställningar som påträffats i Roquettes lokaler att de priser som kartellen fastställt till viss del överensstämde med de priser som deltagarna verkligen tillämpade på marknaden (punkt 354 i beslutet, se ovan punkt 171).
- 180 Tvärtemot vad ADM gjort gällande nöjde sig inte kommissionen med att endast utifrån den omständigheten att samverkan verkligen genomförts dra slutsatsen att marknaden för natriumglukonat påverkats konkret. Såsom framgår av de ovan återgivna utdragen ur beslutet, försökte kommissionen så långt möjligt att undersöka genomförandet av samverkan oberoende av dess konkreta påverkan på marknaden och beaktade i sak att den omständigheten att en samverkan genomförs är en nödvändig förutsättning för att en konkret påverkan av samverkan skall kunna påvisas, men att den inte är tillräcklig för att detta skall kunna påvisas (se, för ett motsvarande synsätt, punkt 341 i beslutet). I punkt 341 i beslutet medgav kommissionen visserligen att det var ”oundvikligt att vissa faktiska omständigheter sammanfaller som använts för att komma fram till en slutsats i dessa två avseenden”, vilket är skälet till att kommissionen inte alltid, såsom ADM gjort gällande, tillämpat den lämpliga lydelsen i varje del av sin bedömning. ADM har inte desto mindre felaktigt klandrat kommissionen för att ha förväxlat den omständigheten att samverkan genomfördes och den konkreta påverkan av denna. Genom att den är en förutsättning för att en samverkan skall ha konkret påverkan, utgör det verkliga genomförandet av en samverkan för övrigt ett indicium på att samverkan kan ha haft konkret påverkan.

- 181 Kommissionen kan vidare inte klandras för att den, när deltagarna i en samverkan såsom i förevarande mål företrätt mer än 90 procent av världsmarknaden och 95 procent av marknaden för natriumglukonat inom EES-området och gjort avsevärda ansträngningar för att organisera, följa och övervaka de överenskommelser som gjorts beträffande denna samverkan, ansåg att den omständigheten att samverkan hade genomförts utgjorde ett starkt indicium på att marknaden hade påverkats, med beaktande av att (se ovan punkt 179) kommissionen i förevarande mål inte begränsat sig till denna bedömning.
- 182 Kommissionen kunde dessutom med giltig verkan anse att betydelsen av detta indicium ökade ju längre samverkan varade. En väl fungerande komplicerad samverkan, som i förevarande fall omfattar prisfastställelse, uppdelning av marknaden och informationsutbyte, medför bland annat betydande administrations- och driftskostnader. Kommissionen kunde därför rimligen anse att den omständigheten att företagen låtit överträdelsen fortgå och säkerställt att den drevs effektivt under en lång period, trots de risker som är förenade med sådan lagstridig verksamhet, utvisar att deltagarna i samverkan erhållit viss vinst av denna och därmed att den konkret påverkat den berörda marknaden, även om denna inte var mätbar.
- 183 Det framgår av kommissionens bedömning (se ovan punkterna 171 och 172) att denna inte påstod att de grafiska framställningar som påträffats i Roquettes lokaler utgjorde ett ovedersägligt bevis för den inverkan som samverkan haft på priserna och inte ens försökte att mäta denna inverkan, men bedömde att det var "mycket troligt" att tillämpningen av avtalen "väsentligt bidrog" till prisutvecklingen.
- 184 Förstainstansrätten skall nedan undersöka om kommissionen, såsom ADM påstått, gjort en oriktig bedömning av de faktiska omständigheter som den lagt till grund för sina slutsatser. Med beaktande av vad förstainstansrätten fastställt ovan i punkt 178, saknar ADM fog för att klandra kommissionen för att denna haft ett felaktigt synsätt när den visade att samverkan hade påverkat prisutvecklingen för natriumglukonat. Den omständigheten att kommissionen till svar på ADM:s argument i sak gjort gällande att den inte kunde utesluta att priserna skulle ha utvecklats på samma sätt även om samverkan inte hade förelegat, men att dessa argument inte var

övertygande mot bakgrund av att samverkan verkligen hade genomförts och att de priser som iakttagits överensstämde med överenskomna priser. Kommissionen krävde nämligen härvid inte att de berörda företagen skulle förebringa bevisning för motsatsen, vilket ADM hävdade, det vill säga bevisning som av skäl som angetts ovan i punkt 177 ofta vore omöjliga att förebringa. Kommissionen värderade i stället noga de olika argument som anförts för och emot dess egen slutsats.

185 Av vad ovan anförts följer att kommissionen inte gick till väga på ett felaktigt sätt när den bedömde den konkreta inverkan av samverkan på natriumglukonatmarknaden.

c) Bedömningen av prisutvecklingen för natriumglukonat

186 ADM anser att den bevisning som kommissionen förebringat i beslutet inte styrker slutsatsen att det var "mycket troligt att tillämpningen av de avtal enligt vilka den nya samverkan infördes från och med [år] 1986 väsentligt bidrog till den starka ökning (fördubbling) av priserna som konstaterades mellan år 1987 och år 1989" (punkt 354 i beslutet). ADM har härvid framfört två olika argument.

Huruvida kommissionen inte förfogade över tillräckliga upplysningar och missuppfattade övriga omständigheter som åberopades under det administrativa förfarandet

— Parternas argument

187 ADM har åberopat att det är osannolikt att samverkan haft andra följder än de som beror på marknadskrafterna. Det framgår nämligen av beslutet att de berörda

företagen själva uppgav att det pris som fastställdes mellan år 1986 och år 1987 inte täckte råvarukostnaden. Detta gällde även år 1989 när priserna var som högst. Under sådana förhållanden skulle priserna ha ökat i vilket fall som helst, även om någon samverkan inte hade förelegat.

188 ADM anser även att kommissionen förfogade över mycket få upplysningar avseende perioden mellan år 1987 och år 1989; den saknade bevisning för det pris som överenskommits före den 9 augusti 1989. ADM anser slutligen att priserna under perioden mellan år 1986 och år 1987 förutsätter en underprissättningsstrategi som var avsedd att tvinga företaget FinnSugar (nedan kallat FinnSugar) att inte fullfölja sina expansionsplaner. ADM hade köpt teknologi av detta företag år 1989 för att tillverka natriumglukonat.

189 Kommissionen har ifrågasatt denna bedömning och har betonat att när priset för en vara är ruinerande och utbudet är större än efterfrågan, kan priset bara stiga när ett av företagen på marknaden har ruinerats och lämnar denna och att inget företag i förevarande mål hade kunnat besluta att ensidigt höja priserna utan att förlora marknadsandelar. Kommissionen anser därför att prishöjningen visserligen hade kunnat äga rum utan att en samverkan förelegat, men att den förelegat och utgör den troligaste förklaringen till de prisförändringar som konstaterats.

— Förstainstansrättens bedömning

190 Enligt fast rättspraxis skall vid prövningen av kommissionens bedömning av kartellens konkreta påverkan på konkurrensen framför allt avseende fästas vid dess bedömning av kartellens inverkan på priserna (domen i det ovan i punkt 38 nämnda målet Archer Daniels Midland och Archer Daniels Midland Ingredients mot kommissionen, punkt 148, och, för ett motsvarande synsätt, förstainstansrättens dom av den 14 maj 1998 i mål T-308/94, Cascades mot kommissionen, REG 1998, s. II-925, punkt 173, och i det ovan i punkt 110 nämnda målet Mayr-Melnhof mot kommissionen, punkt 225).

- 191 Vid bedömningen av hur allvarlig överträdelsen är skall enligt rättspraxis bland annat det rättsliga och ekonomiska sammanhanget för det kritiserade uppträdandet beaktas (domstolens dom av den 16 december 1975 i de förenade målen 40/73–48/73, 50/73, 54/73–56/73, 111/73, 113/73 och 114/73, Suiker Unie m.fl. mot kommissionen, REG 1975, s. 1663, punkt 612, och domen i det ovan i punkt 76 nämnda målet Ferriere Nord mot kommissionen, punkt 38). Kommissionen skall vid bedömningen av en överträdelses konkreta påverkan på marknaden jämföra med den konkurrenssituation som skulle ha förelegat om överträdelsen inte hade inträffat (se, för ett motsvarande synsätt, domen i de ovannämnda förenade målen Suiker Unie m.fl. mot kommissionen, punkterna 619 och 620, domen i det ovan i punkt 110 nämnda målet Mayr-Melnhof mot kommissionen, punkt 235, och förstainstansrättens dom av den 11 mars 1999 i mål T-141/94, Thyssen Stahl mot kommissionen, REG 1999, s. II-347, punkt 645).
- 192 Härav följer dels att det i fråga om karteller som bland annat avser priser skall slås fast huruvida överenskommelserna verkligen gjort det möjligt för de berörda företagen att uppnå en högre prisnivå än den som skulle ha gällt om kartellen inte hade förelegat. Det följer vidare att kommissionen i samband med sin bedömning skall beakta alla objektiva förutsättningar på den berörda marknaden, samt dess ekonomiska och eventuella rättsliga sammanhang. Det framgår av förstainstansrättens domar rörande kartongkartellen (se bland annat domen i det ovan i punkt 110 nämnda målet Mayr-Melnhof mot kommissionen, punkterna 234 och 235) att kommissionen i förekommande fall skall beakta de "objektiva ekonomiska faktorer" som utvisar att priserna skulle ha utvecklats annorlunda vid "fri konkurrens" än de priser som tillämpats (se även domen i det ovan i punkt 38 nämnda målet Archer Daniels Midland och Archer Daniels Midland Ingredients mot kommissionen, punkterna 151 och 152, och domarna i de ovan i punkt 190 nämnda målen Cascades mot kommissionen, punkterna 183 och 184).
- 193 ADM har i förevarande mål inte bestritt de omständigheter kommissionen fastslagit. ADM har särskilt inte bestritt att prisutvecklingen varit sådan som kommissionen med stöd av de grafiska framställningar som vid undersökningen påträffats hos Roquette beskrivit dels avseende omständigheterna i samband med beskrivningen av händelserna (punkterna 76–80 i beslutet), dels avseende bedömningen av samverkans inverkan på marknaden (punkt 354 i beslutet).

194 De relevanta omständigheter som framgår av beslutet kan sammanfattas enligt följande:

- Den tidigare samverkan upphörde våren 1984 (punkt 76 i beslutet).

- Natriumglukonatmarknaden dominerades av fri konkurrens under omkring två år (det vill säga ungefär fram till våren 1986) (punkt 77 i beslutet).

- De första initiativen till att inleda en ny samverkan togs i maj 1986 (punkt 79 i beslutet).

- En ny samverkan avtalades i februari 1987 och fortsatte med flera förändringar fram till år 1995 (punkterna 79 och 80 i beslutet).

195 Den prisutveckling för natriumglukonat som framgår av punkt 354 i beslutet kan sammanfattas enligt följande:

- Priserna på natriumglukonat föll år 1985 och hade nästan halverats år 1986 jämfört med början av år 1985.

- Priserna på natriumglukonat fördubblades mellan år 1987 och år 1989.

— Priserna föll på nytt år 1989, men mindre markerat än år 1985 och stabiliserades fram till år 1995 på en nivå som låg omkring 60 procent högre än 1987.

196 För att bedöma huruvida överenskommelserna verkligen gjort det möjligt för de berörda företagen att uppnå en högre prisnivå än den som skulle ha gällt om samverkan inte hade förelegat jämförde kommissionen priset på natriumglukonat för perioden från slutet av den tidigare samverkan till dess att den nya samverkan avtalades i februari 1987 — då fri konkurrens rådde på marknaden — med de priser som tillämpades efter år 1987 och med beaktande av att det var nödvändigt att låta en viss tid förflyta för att samverkan verkligen skulle vara genomförd.

197 För att jämföra de priser som verkligen tillämpats med dem som skulle ha gällt om samverkan inte hade förelegat betonade kommissionen att priserna varit relativt stabila mellan år 1989 och år 1995. Natriumglukonatmarknaden var i princip utsatt för stora förändringar, vilket kommissionen utan att ADM bestritt detta angett i punkt 42 i beslutet. Kommissionen hade därför fog för slutsatsen att parterna inte hade kunnat förvänta sig att priset på natriumglukonat skulle vara stabilt om samverkan inte förelåg. ADM har inte åberopat något argument för att vederlägga denna slutsats.

198 Förstainstansrätten finner för det andra beträffande prisfördubblingen mellan år 1987 och år 1989 att om natriumglukonatpriset, såsom ADM gjort gällande, var ruinerande år 1987 och om utbudet var större än efterfrågan under åren 1986 och 1987, är det inte tänkbart att priserna skulle kunna öka utan någon extern omständighet. Om utbudet var större än efterfrågan skulle priserna ha sjunkit eller stannat kvar på en låg nivå fram till dess att produkten på nytt blev mindre tillgänglig på grund av att en av aktörerna på marknaden försvann efter en konkurs eller ett förvärv. I förevarande mål har kommissionen emellertid slagit fast att priserna ökade när den nya samverkan genomfördes.

- 199 Med beaktande av vad ovan anförts kunde kommissionen dra slutsatsen att den förfogade över konkret och trovärdig bevisning för att samverkan haft en konkret påverkan på marknaden som i den mening som avses i riktlinjerna var "mätbar" genom en jämförelse mellan det förmodade pris som sannolikt gällt om samverkan inte hade förelegat och det pris som tillämpades till följd av samverkan.
- 200 De argument som ADM åberopat kan inte föranleda någon annan bedömning. I synnerhet den omständighet som ADM åberopat, nämligen att priset, enligt vad dess konkurrenter uppgivit, även när det var som högst inte ens täckte råvarukostnaderna saknar relevans. Även om denna omständighet skulle ha styrkts kan det nämligen inte uteslutas att även det pris som skulle ha tillämpats på en fritt konkurrensutsatt marknad skulle vara lägre än råvarukostnaderna, men i förekommande fall ännu längre ifrån självkostnadspriset. Kommissionen har således bedömt de argument som ADM och övriga parter åberopat under det administrativa förfarandet på ett riktigt sätt (se även ovan punkt 183).
- 201 Härav följer att det saknas fog för ADM:s påstående att kommissionen inte förfogade över tillräckliga upplysningar och missuppfattade övriga omständigheter som åberopades under det administrativa förfarandet.

Huruvida ADM inte deltog i samverkan när priset på natriumglukonat ökades mellan åren 1987 och 1989

— Parternas argument

- 202 ADM har hävdat att prisökningen på natriumglukonat mellan åren 1987 och 1989 ägde rum innan ADM började delta i samverkan och att kommissionen därmed inte

kunde ålägga företaget högre böter på grund av den ekonomiska påverkan kartellen hade vid en tidpunkt då företaget inte deltog i denna.

203 Kommissionen har gjort gällande att detta argument saknar grund.

— Förstainstansrättens bedömning

204 Enligt fast rättspraxis saknar det faktiska beteende som ett företag påstått sig ha iakttagit relevans vid bedömningen av en kartells påverkan på marknaden. Det är endast de verkningar som följer av hela överträdelsen som skall beaktas (domstolens dom av den 8 juli 1999 i mål C-49/92 P, kommissionen mot Anic Partecipazioni, REG 1999, s. I-4125, punkterna 150 och 152, och domen i det ovan i punkt 38 nämnda målet Archer Daniels Midland och Archer Daniels Midland Ingredients mot kommissionen, punkterna 160 och 167).

205 Trots att ADM anslöt sig till kartellen först efter det att natriumglukonatpriserna hade fördubblats mellan år 1987 och år 1989 hade företaget, såsom kommissionen med fog åberopat, under hela den tid det deltog nytta av att kartellen hade genomförts innan företaget anslöt sig, eftersom priserna ökade mycket och stabiliserades på en hög nivå. ADM säkerställde dessutom en fortsatt samverkan.

206 Kommissionen kunde därför med fog beakta kartellen i dess helhet och bedöma dess konkreta inverkan med avseende på samtliga inblandade parter. Vid vilken tidpunkt ADM anslöt sig till kartellen saknar relevans för bedömningen av dess konkreta inverkan.

- 207 Invändningen att ADM inte deltog i samverkan när natriumglukonatpriserna höjdes mellan år 1987 och år 1989 kan således inte godtas.

d) Definitionen av den relevanta marknaden

Parternas argument

- 208 ADM anser att kommissionen feldefinierat den relevanta marknaden. Företaget har emellertid betonat att det är nödvändigt att definiera den relevanta marknaden för att mäta samverkans inverkan på denna marknad och att dessa fel därför inverkat på beräkningen av bötesbeloppet.
- 209 ADM har för det första anfört att kommissionen visserligen medgett i beslutet att natriumglukonat, beroende på hur det används, kan ersättas av andra ämnen, men att den ändå uteslöt dessa ersättningsämnen när den definierade den relevanta marknaden.
- 210 Kommissionens tillvägagångssätt strider härvid mot dess egen fasta praxis enligt vilken delvis utbytbara produkter kan förekomma på den relevanta marknaden. Vidare har kommissionen enligt ADM tillämpat kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning (EGT C 372, 1997) (nedan kallad tillkännagivandet om definitionen av marknaden) på ett felaktigt sätt.

211 Enligt ADM framgår det av bevisningen att om natriumglukonatköparna hade använt andra kelatbildare som ersättning, skulle de eliminerat en liten men kännbar prisökning vilket innebär att marknaden är större än kommissionen gör gällande. Med utgångspunkt i en skrift med rubriken Chemical Economics Handbook (B. Davenport m.fl., SRI International 2000, nedan kallad CEH 2000-rapporten) har ADM hävdad följande:

- Med avseende på priskorrelation är följande ämnen mer likartade substitut för natriumglukonat än glukonsyra: glukohexonat, HEDTA (i pulverform), aminotri (syra), nitrilotriättiksyra (NTA) (torr), aminotri (som NA5-salt) och etylendiaminotetraättiksyra (torr).

- Glukohexonat är ett mer likartat substitut för glukonsyra än natriumglukonat.

- Korrelationen mellan priserna på natriumglukonat och glukohexonat är högre än 96 procent, vilket antyder att priserna utvecklas enligt en sluten virtuell skala.

- Korrelationen mellan samtliga kelatbildare som anges i CEH 2000-rapporten och natriumglukonat är högre än 60 procent, vilket antyder att natriumglukonatpriserna varit mycket känsliga för prisändringar på övriga kelatbildare.

- Priskorrelationen mellan glukonsyra och andra kelatbildare är högre än 60 procent, med undantag för två former av ersättning för NTA.

- 212 ADM har åberopat tillkännagivandet om definitionen av marknaden (punkt 39), ett flertal beslut som kommissionen fattat avseende företagskoncentrationer samt domstolens dom av den 17 december 1998 i mål C-185/95 P, Baustahlgewebe mot kommissionen (REG 1998, s. I-8417), punkt 100, och hävdad att en hög korrelation mellan priserna för produkterna är ett bevis för att dessa tillhör samma produktmarknad i konkurrensrättsligt hänseende. Det framgår emellertid av CEH 2000-rapporten att det föreligger priskonkurrens mellan samtliga kelatbildare och att natriumglukonat och glukohexonat i allmänhet är utbytbara på ett stort antal användningsområden.
- 213 Enligt ADM stöds slutsatserna i CEH 2000-rapporten av vittnesutsagor från konsumenter som kommissionen tillfrågat under sin undersökning, av de svar som de berörda företagen gett kommissionen och av interna promemorior hos dessa företag.
- 214 Enligt ADM utvisar således både den bevisning som kommissionen påträffat — som den emellertid tolkat felaktigt — och CEH 2000-rapporten att den relevanta marknaden borde ha getts en vidsträcktare definition som innefattade sådana produkter som glukonater och glukohexonater, glukonsyra, glukohexonsyra, moderlut och ligninsulfonater.
- 215 De argument som kommissionen åberopat i beslutet påverkar enligt ADM inte denna slutsats. Det är nämligen inte relevant att försöka utröna om ersättningsämnena för natriumglukonat är ofullständiga eller delvis utbytbara produkter; eftersom kommissionen, såsom framgår av punkt 17 i tillkännagivandet om definitionen av marknaden, är skyldig att fastställa om försäljningen av ett ersättningsämne kan påverka försäljningen tillräckligt för att en liten men märkbar prisökning inte skall vara möjlig och inte om ett ersättningsämne skulle överta all försäljning av en produkt, vilket skulle inträffa med avseende på ett fullständigt ersättningsämne. Det är vidare felaktigt att den omständigheten att det inte finns ett

allmänt ersättningsämne för natriumglukonat som skulle vara användbart inom alla användningsområden utgör stöd för hypotesen att natriumglukonat utgör en varumarknad som är relevant i konkurrensrättsligt hänseende (punkt 37 i beslutet). ADM har särskilt gjort gällande att kommissionen inte angett något särskilt användningsområde inom vilket det saknas ersättningsämnen för natriumglukonat.

216 Enligt ADM är kommissionens argument, baserade på domstolens dom av den 13 februari 1979 i mål 85/76, Hoffman-La Roche mot kommissionen, REG 1979, s. 461; svensk specialutgåva, volym 4, s. 315) felaktiga. ADM har för det första anfört att domstolen i detta mål tillämpade kriteriet att alla produkter som tillhör en och samma marknad skall vara i tillräcklig grad utbytbara inom samma användningsområde. Det är detta prov som återfinns i de ekonomiska teorier som ligger bakom tillkännagivandet om definitionen av marknaden och som lagts till grund för kommissionens argument. Omständigheterna i det målet skiljer sig för det andra från omständigheterna i förevarande mål. Medan det i det andra målet inte fanns någon ersättning för C- och E-vitamin i livsmedelsavseende, har kommissionen i förevarande mål inte kunnat ange något användningsområde där det inte finns någon ersättning för natriumglukonat. ADM anser för det tredje att det är troligt att om endast begränsade mängder av C- och E-vitamin hade sålts för tekniska ändamål, skulle ersättningsprodukterna inte ha haft någon inverkan på den strategi för att fastställa priserna på C- och E-vitamin som sökanden utvecklat i det andra målet. Den omständigheten att försäljningen i begränsad omfattning spreds till ersättningsprodukter som kunde användas för tekniska ändamål innebar inte att prishöjningen var olönsam, eftersom en försäljningsvinst kunde förväntas av en ökad försäljning till högre priser för livsmedelsändamål, där inga ersättningsprodukter var tillgängliga.

217 ADM anser att den avgörande vikt kommissionen i punkt 37 i beslutet och i punkt 78 i svaromålet fäst vid kundernas vittnesmål kan bestridas. I punkt 37 i beslutet anges kunderna vara "tillverkare som framställer olika produkter för olika industrisektorer och som således använder sig av åtminstone två av egenskaperna hos natriumglukonat". Det finns emellertid inget stöd för detta påstående. I CEH

2000-rapporten antyds att företag som köper natriumglukonat för att tillverka andra produkter i allmänhet är specifika för en viss industri. Ingen av de tillfrågade företagen förefaller motsvara kommissionens definition.

218 ADM har även anmärkt att US Federal Trade Commission i målet Dow Chemical Company fastslog att kelatbildare oavsett användningsområde utgjorde en ekonomisk marknad.

219 ADM har för det andra anmärkt att kommissionen i punkt 38 i beslutet konstaterade att "det stora flertalet av de kunder som kommissionen tillfrågat avseende utbytbarheten svarade att de inte kunde ersätta natriumglukonat med någon annan produkt i sina industriprocesser". Enligt ADM är denna slutsats felaktig. Den bevisning som kommissionen inhämtat hos kunderna i detta avseende är selektiv, tvetydig och påverkad av de frågor som ställts.

220 ADM har i detta avseende hävdats att fem av de slutanvändare som svarat på kommissionens fråga ansåg att natriumglukonat kunde ersättas. En av dessa preciserade emellertid att glukonsyra utgjorde ersättningsprodukten. Dessa svar bekräftas av en återförsäljare som spontant uppgett att det finns ett visst antal ersättningsprodukter. ADM har betonat att de köpare som besvarat frågan och bekräftat att natriumglukonat är utbytbar utgjorde en majoritet av de företag som är verksamma inom sektorerna ytbehandling och industriell rengöring (Solvay, Chemische Werke Kluthe och Henkel), att de upptar 50 procent av natriumglukonatsförsäljningen och inbegriper två av de största konsumenterna räknat i volym (Henkel och British Gypsum).

221 ADM har för det andra hävdats att endast en av de övriga tillfrågade köparna hade motiverat sitt svar, trots att kommissionen i tillkännagivandet om definitionen av marknaden (punkt 40) betonat att svaren i detta avseende inte kunde beaktas om de inte stöddes tillräckligt av faktiska omständigheter.

- 222 ADM anser för det tredje att kommissionen inte ställde rätt fråga i frågeformuläret. Den inskränkte sig nämligen till att fråga köparna om de kunde ersätta natriumglukonat, i stället för att fråga dem hur de eventuellt skulle reagera på en liten men märkbar och bestående prishöjning. ADM har vidare anfört att endast ett av de negativa svaren var motiverat och att det inte är möjligt att tydligt avgöra om mindre tekniska svårigheter utgjorde hinder för utbytbarheten eller om köparna inte kunde nöja sig med en annan produkt även om priset på natriumglukonat höjdes varaktigt.
- 223 ADM har för det tredje anmärkt att kommissionen i punkt 38 i beslutet ansåg att "enbart den omständigheten att natriumglukonattillverkarna inlett en samverkan, deltagit i den och lagt ner resurser på den under en lång period samt att de valt att inte utvidga den till moderlut utvisar att de ansåg att natriumglukonat utgjorde en varumarknad".
- 224 ADM har hävdat att bevisningen, tvärt emot vad kommissionen påstått, antyder att deltagarna var oroade för möjligheten att kunderna skulle välja ersättningsprodukter som inte kontrollerades av deltagarna i samverkan och att de förgäves försökt att utvidga överenskommelsen till moderlut för att förebygga att samverkan åsidosattes. Den bevisning kommissionen åberopat, nämligen deltagande i samverkan, kan ha åtskilliga orsaker och styrker inte i sig den slutsats som dragits.
- 225 Kommissionen anser att inte något av de argument som ADM har anfört kan godtas.

Förstainstansrättens bedömning

- 226 Förstainstansrätten anmärker inledningsvis att kommissionen i punkterna 34–41 i beslutet undersökte marknaden för den ifrågavarande produkten och fastställde att

denna marknad utgjordes av marknaden för natriumglukonat i fast och flytande form och råvaran glukosyra. Till svar på argument som ADM anförde under det administrativa förfarandet medgav kommissionen dessutom att det fanns ett visst antal delvis utbytbara produkter för natriumglukonat, beroende på användningsområde, men att den ansåg att det inte fanns något bevis för att dessa produkter verkligen påverkade prissättningen av natriumglukonat. Kommissionen ansåg tvärtom att det fanns mycket som motsade ADM:s uppfattning. Den åberopade därför att det inte fanns någon fullständigt utbytbar produkt för natriumglukonat och att vissa användare föredrog natriumglukonat framför möjliga ersättningsprodukter, eftersom den är mindre skadlig för miljön. Kommissionen ansåg vidare att denna uppfattning bekräftades av svar från kunder till deltagare i samverkan och av att samverkan förelåg och var begränsad till natriumglukonat, vilket enligt kommissionens uppfattning utgjorde ett tecken på att deltagarna själva ansåg att marknaden var begränsad till natriumglukonat (punkterna 37 och 38 i beslutet).

227 I den del av beslutet som avser samverkans konkreta påverkan på marknaden hänvisade kommissionen dessutom till den undersökning av marknaden som sammanfattats i föregående punkt (punkt 353 i beslutet).

228 ADM har i sak hävdats att kommissionen definierat marknaden för de ifrågavarande produkterna för snävt, eftersom den utesluter utbytbara produkter för natriumglukonat.

229 Det är härvid väsentligt att först och främst betona att ADM inte har anmärkt på den felaktiga definitionen av marknaden för de ifrågavarande produkterna för att visa att kommissionen åsidosatt artikel 81.1 EG. ADM har inte bestritt att företaget överträtt denna bestämmelse genom att delta i en samverkan avseende marknaden

för natriumglukonat. ADM:s enda syfte i detta sammanhang är att styrka att kommissionen ålagt företaget ett för högt bötesbelopp, särskilt genom att den enligt ADM:s uppfattning slutit sig till att samverkan konkret påverkat den ifrågavarande marknaden och beaktat detta när den fastställde bötesbeloppet.

230 Detta argument kan emellertid godtas endast om ADM visar att kommissionen, om den definierat marknaden för de ifrågavarande produkterna annorlunda, skulle ha konstaterat att överträdelsen inte konkret påverkat den marknad som definierats som marknaden för natriumglukonat och därmed utbytbara produkter (se ovan punkt 178).

231 Endast om detta visades skulle kommissionens bedömning av bötesbeloppet i förhållande till hur allvarlig överträdelsen varit kunna vederläggas.

232 För att slå fast att överträdelsen verkligen påverkat marknaden för natriumglukonat jämförde kommissionen, såsom ovan fastslagits i punkterna 196 och 197, de priser som verkligen tillämpats med dem som skulle ha gällt om samverkan inte hade förelegat och stödde sig härvid på två konstateranden. Kommissionen jämförde för det första de natriumglukonatpriser som tillämpades under den period som föregick samverkan, då fri konkurrens rådde, med de priser som tillämpades efter det att den tid förflutit som var nödvändig för att samverkan verkligen skulle vara genomförd år 1989. Kommissionen konstaterade för det andra att priserna varit relativt stabila mellan år 1989 och år 1995, trots att priserna i allmänhet varierar mycket på denna marknad (punkt 354 i beslutet).

233 För att ADM:s argument att den relevanta marknaden definierats felaktigt skall kunna godtas krävs under dessa förhållanden att ADM visar att en jämförelse mellan de verkliga prisförhållandena på den större marknad som företaget gör gällande och

de prisförhållanden som skulle ha gällt på samma större marknad om samverkan inte hade förelegat utvisar att samverkan inte påverkat den marknaden. Såsom fastslagits ovan i punkt 178 är det endast under sådana omständigheter som kommissionen inte kan stödja sig på kriteriet avseende samverkans konkreta påverkan när den beräknar bötesbeloppet i förhållande till hur allvarlig överträdelsen varit.

- 234 ADM har emellertid i detta avseende begränsat sig till att hävda att "kommissionens slutsatser avseende marknaden för den relevanta produkten är central i dess bedömning av den ekonomiska inverkan" och att de fel kommissionen påstås ha begått "därför förändrar kommissionens uppfattning av den ekonomiska inverkan och påverkar beräkningen av bötesbeloppet". ADM har slutligen hävdad att om kommissionen hade definierat marknaden så att ersättningsprodukterna för natriumglukonat omfattades, skulle den "ha konstaterat att samtliga försök från deltagarnas sida att kontrollera priset på natriumglukonat skulle ha varit verkningslösa".
- 235 ADM har visserligen ägnat en stor del av sina inlagor åt en bedömning av uppgifter om gelatinmarknaden och åt en diskussion om relevanta ekonomiska teorier för att definiera den ifrågavarande marknaden i konkurrensrättsligt hänseende.
- 236 ADM har emellertid inte gjort någon ansträngning för att vederlägga kommissionens bedömning av natriumglukonatmarknaden i beslutet genom att ens göra en ansats till att jämföra de verkliga prisförhållandena på den större marknaden för kelatbildare under den tid samverkan pågick med de prisförhållanden som sannolikt skulle ha gällt på samma större marknad om en samverkan begränsad till natriumglukonat inte hade förelegat.

- 237 ADM har således inte visat att eller åberopat omständigheter som sammantagna skulle kunna utgöra samlade och överensstämmande indicier för att samverkan avseende natriumglukonat med rimlig sannolikhet inte inverkat på den större marknaden för kelatbildare, eller åtminstone att denna inverkan varit försumbar.
- 238 Anmärkningen att den ifrågavarande marknaden definierats felaktigt kan därför inte godtas och det saknas skäl att pröva huruvida kommissionen, såsom ADM gjort gällande, byggt sin bedömning på en felaktig rättstillämpning genom att med avseende på beslutet inte inbegripa ersättningsprodukterna för natriumglukonat i marknaden för de aktuella produkterna.
- 239 Med beaktande av vad ovan anförts finner förstainstansrätten att ADM inte styrkt att kommissionen gjort en felaktig bedömning av kartellens konkreta inverkan på marknaden.

C — Huruvida överträdelsens varaktighet bedömts felaktigt

- 240 ADM anser att kommissionen gjort felaktiga bedömningar genom att anse att överträdelsen pågått fram till juni 1995. ADM har dels hävdats att företaget avslutade sin delaktighet i samverkan under mötet i London den 4 oktober 1994 och vidare att mötet i Anaheim (Kalifornien) mellan den 3 och 5 juni 1995 inte kan anses utgöra en fortsättning av överträdelsen. Enligt ADM skall böterna därför minskas i enlighet härmed.

1. *Huruvida ADM avbröt sin delaktighet i samverkan under mötet i London den 4 oktober 1994*

a) Parternas argument

- 241 Enligt ADM förfor kommissionen felaktigt när den inte godtog ADM:s argument och i punkterna 319–323 i beslutet kom till slutsatsen att företaget inte avbrutit sin delaktighet i samverkan under mötet den 4 oktober 1994, utan fortsatt att delta fram till juni 1995.
- 242 ADM har, med hänvisning till förstainstansrättens dom av den 6 april 1995 i mål T-141/89, Tréfileurope mot kommissionen (REG 1995, s. II-791), punkt 85, och domen i det ovan i punkt 107 nämnda målet BPB de Eendracht mot kommissionen (punkt 203) gjort gällande att ett företag avbryter sin delaktighet i en samverkan när det självt öppet tar avstånd från samverkan och drar sig tillbaka från överenskommelsen. Detta var nämligen vad ADM gjorde vid mötet den 4 oktober 1994.
- 243 ADM har åberopat att dess företrädare under det mötet upplyste övriga deltagare om att företaget skulle lämna gruppen om de frågor angående kvoterna som skjutits upp inte avgjordes. Ingen överenskommelse nåddes och företrädarna lämnade mötet, såsom anges i kommissionens handling 6. ADM har betonat att kommissionen godtagit denna redogörelse för mötet av den 4 oktober 1994 (punkt 228 i beslutet). Dessa omständigheter överensstämde med kommissionens egna slutsatser att mötena före detta möte blivit mer och mer spända och överensstämde även med den bevisning som Jungbunzlauer förebragat kommissionen beträffande detta möte.
- 244 ADM har vidare anmärkt att företaget för att bekräfta att det dragit sig tillbaka från samverkan upphörde att meddela kartellen om sina försäljningssiffror, vilket

kommissionen medgett i punkt 228 i beslutet. I motsats till kommissionens tolkning i punkt 321 i beslutet utgjorde denna handling inte endast en förhandlingsstrategi inom samverkan, som visade att ADM hade en bestämd avsikt att genomföra en mer återhållsam verksamhet. ADM har nämligen betonat att det var fråga om ett objektivt beteende som de övriga deltagarna uppfattade tydligt och som angav att ADM upphört att delta i samverkan.

245 Kommissionen anser att detta argument inte kan godtas.

b) Förstainstansrättens bedömning

246 Förstainstansrätten erinrar först och främst om att det enligt den rättspraxis som ADM åberopat (se ovan punkt 242) inte kan fastställas att företaget upphört att delta i samverkan om det inte offentligt tagit avstånd från mötenas innehåll.

247 Det framgår emellertid av ADM:s egen beskrivning av omständigheterna, som för övrigt överensstämmer med beskrivningen i beslutet (se bland annat punkterna 228 och 321), att ADM under mötet i London den 4 oktober 1994 inte öppet tog avstånd från syftena med samverkan och de metoder som skulle användas för att uppnå dessa syften, bland annat fördelningen av försäljningskvoter avseende natriumglukonat mellan deltagarna. Det framgår tvärtom att ADM förgäves försökte att lösa den konflikt som uppstod mellan kartellens deltagare och att nå en kompromiss avseende försäljningsvolymerna. En sådan inställning påvisar snarast ett principiellt godtagande av att samverkan genomförs. Kommissionen hade därför fog för att i punkt 321 i beslutet ange att ADM:s agerande under detta strategimöte syftade till att förmå de övriga deltagarna i samverkan till fler eftergifter och inte till att avbryta sitt deltagande i denna.

- 248 Det framgår vidare inte av någon av de handlingar som ADM åberopat att de andra deltagarna i samverkan uppfattade ADM:s agerande under det ovannämnda mötet som ett offentligt avståndstagande från samverkans innehåll.
- 249 För det första innehåller Jungbunzlauers skrivelse till kommissionen av den 21 maj 1999 inte någon beskrivning av ADM:s uppträdande under mötet i London den 4 oktober 1994. I skrivelsen anges endast att "[ö]verenskommelserna [för samverkan] upphörde, eftersom Roquette i London den 4 oktober 1994 förklarade att företaget inte avsåg att iaktta någon av dem".
- 250 I sin skrivelse till kommissionen av den 12 maj 1998 nämnde Fujisawa inte det ovannämnda mötet, i vilket det för övrigt inte deltagit, något som för övrigt framgår av skäl 224 i beslutet. I denna skrivelse angav Fujisawa däremot att samverkan inte avslutades förrän år 1995.
- 251 För det tredje innehåller inte heller beskrivningen av detta möte i Jungbunzlauers skrivelse till kommissionen av den 30 april 1999 någon uppgift om att ADM under detta möte förklarat sig vilja dra sig tillbaka från samverkan. I denna skrivelse uppgav Jungbunzlauer tvärtom att ADM hade begärt att försäljningsvolymerna skulle omfördelas men att de övriga inte delat den uppfattningen.
- 252 Med avseende på att ADM åberopat att företaget efter det ovannämnda mötet upphörde att meddela de övriga deltagarna i samverkan om sina försäljningssiffror, erinrar förstainstansrätten för det andra om att samverkan, såsom framgår av punkterna 81–90 i beslutet, var komplicerad och syftade till att dela upp marknaderna, fastställa priser och utbyta information om kunderna. Även om det skulle styrkas att ADM efter detta möte upphörde att meddela de övriga deltagarna i samverkan om sina försäljningssiffror utvisar detta inte att samverkan hade upphört eller att ADM inte längre deltog.

253 ADM har således inte styrkt att kommissionen gjort felaktiga bedömningar genom att anse att ADM inte avbrutit sin delaktighet i samverkan under mötet den 4 oktober 1994.

2. *Mötet i Anaheim den 3–5 juni 1995*

a) Parternas argument

254 ADM anser i motsats till vad kommissionen hävdade (punkterna 232 och 322) att mötet den 3–5 juni 1995 inte kan anses innebära att överträdelsen fortsatte. Detta möte sammanföll nämligen med ett industrimöte. Under detta möte strävade deltagarna efter att anonymt omfördela de ursprungliga försäljningskvoterna (punkt 232 i beslutet). Det anonyma system för att utbyta upplysningar om försäljningsvolym som föreslogs hade emellertid inte varit en rättsstridig form av informationsutbyte. Detta system innebar nämligen att deltagarna skulle lägga samman försäljningsvolymerna på ett sådant sätt att inga upplysningar om enskilda företag avslöjades för någon annan deltagare. Det hade inte innefattat något förfarande för att övervaka försäljningsvolymen hos enskilda företag, några prisöverenskommelser eller uppdelning av försäljningen, vilket kommissionen ansett utgöra de huvudsakliga beståndsdelarna i samverkan avseende natriumglukonat. Det system som deltagarna förberett för att uppnå målsättningen att fastställa marknadens totala storlek gick i vart fall om intet.

255 En handling som påträffats hos Roquette och som kommissionen åberopat i punkterna 233 och 322 i beslutet innehåller uppgifter om att det ovannämnda mötet avsåg "motprestationer", "syftade till världsproduktion" och att "priserna" var vaga och tvetydliga. Det var inte heller fråga om en vittnesutsaga, utan om en

sammanfattning av en uppgörelse som utarbetats av en amerikansk åklagare som utgjorde grundval för en diskussion med vittnen hos Roquette. Denna handling kan endast ha ett lågt bevisvärde jämfört med vittnesmål från inblandade ögonvittnen, eftersom den utgör en rättshandling som grundar sig på okända källor.

- 256 Beträffande det telefaxmeddelande som Glucona sände den 1 maj 1995 till det hotell där mötet i juni 1995 skulle hållas, har ADM åberopat att reservationen enligt denna handling avsåg den 6 juni 1995 men att mötet hölls den 3–5 juni 1995. ADM har vidare betonat att denna reservation skulle kunna avse ett annat möte och att den, även om den avsåg samverkan, på sin höjd visar att Glucona ansåg det möjligt att kunna övertyga de andra deltagarna att förändra samverkan.
- 257 Kommissionen anser att detta argument inte kan godtas.

b) Förstainstansrättens bedömning

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

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

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

”Företag A skrev in ett godtyckligt antal motsvarande en del av dess totala volym. Företag B visade därefter företag C summan av det antal som företagen A och B skrivit in. Företaget C lade sin totala volym till denna summa. Företaget A lade slutligen till återstoden av sin totala volym och meddelade de övriga slutsumman” (punkt 233 i beslutet).

261 ADM kan inte med giltig verkan åberopa att ett sådant system inte innebär en överträdelse av artikel 81 EG, i synnerhet inte för att det inte innefattade någon prisöverenskommelse, fördelning av försäljningskvoter eller något förfarande för att övervaka försäljningsvolymen hos enskilda företag.

262 Det saknas härvid skäl att pröva huruvida detta agerande i individuellt hänseende utgjorde en överträdelse av konkurrensbestämmelserna. Förstainstansrätten finner att kommissionen hade fog för att bedöma att detta agerande utgjorde ett nytt försök från deltagarnas sida att ”återupprätta ordningen på marknaden” och att fortsätta med den konkurrensbegränsande praxis som införts under tidigare år i syfte att

skaffa sig marknads kontroll genom att agera gemensamt men i förekommande fall med olika metoder. Kommissionen hade fog för att tolka den omständigheten att deltagarna i samverkan försökt införa det system för "anonymt" informationsutbyte, som beskrivs ovan i punkt 260 som en naturlig fortsättning på företagens agerande i samverkan vilket, såsom framgår av bland annat punkt 93 i beslutet, karaktäriserades av en "i ökande grad ömsesidigt misstänksam atmosfär", men som inte desto mindre hade till syfte att dela upp marknaden. Ur denna synvinkel hade kommissionen fog för att anse att deltagarna i samverkan, genom att införa ett nytt system för informationsutbyte, visade att de "fortfarande var [beslutna] att finna en lösning som gjorde det möjligt för dem att fortsätta sin konkurrensbegränsande verksamhet" (punkt 322 i beslutet) och att "behålla marknads kontrollen genom att agera gemensamt" (punkt 232 i beslutet).

263 För det tredje kan den korta anteckning som Roquette gjorde under det ovannämnda mötet och som kommissionen åberopat i punkterna 233 och 322 i beslutet ("6.95 Anaheim: diskussion: motprestation, 44 000 mt produktionsmål på världsnivå, pris") rimligen anses bekräfta kommissionens uppfattning, även om det är riktigt att anteckningen sedd för sig och tagen ur sitt sammanhang bara ger en vag uppfattning om innehållet i diskussionerna under mötet den 3–5 juni 1995. Eftersom Roquette spontant ställde denna handling till kommissionens förfogande under det administrativa förfarandet kunde kommissionen, i motsats till vad ADM gjort gällande, med fog stödja sin uppfattning på handlingen.

264 För det fjärde är de olika förklaringar som avgetts av deltagarna i samverkan och som ADM åberopat inte sådana att de påverkar kommissionens ställningstagande. I en förklaring från en anställd hos Roquette som fogats till en skrivelse från detta företag av den 22 juli 1999 anges att det ovannämnda mötet "inte lett till något och inte tjänat till något", vilket överensstämmer med en förklaring från Jungbunzlauer i dess skrivelse av den 30 april 1999. Den förstnämnda förklaringen saknar betydelse, eftersom den bekräftar att mötet inte inneburit någon förändring av en enda och

fortgående överträdelse (punkt 254 i beslutet). Skrivelsen visar inte att deltagarna i samverkan inte hade för avsikt att fortsätta med den verksamhet som utgjorde en överträdelse.

265 Förstainstansrätten erinrar härvid om att den konkreta inverkan av en överenskommelse inte behöver beaktas när artikel 81.1 EG tillämpas på en överenskommelse eller ett samordnat förfarande om det framgår att överenskommelsen har till syfte att hindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen på den gemensamma marknaden (domstolens dom av den 13 juli 1966 i de förenade målen 56/64 och 58/64, Consten och Grundig mot kommissionen, REG 1966, s. 429, s. 496, svensk specialutgåva, volym 1, s. 277, domen i det ovan i punkt 204 nämnda målet kommissionen mot Anic Partecipazioni, punkt 99, och dom av den 8 juli 1999 i mål C-199/92 P, Hüls mot kommissionen, REG 1999, s. I-4287, punkt 178, samt förstainstansrättens dom av den 23 februari 1994 i de förenade målen T-39/92 och T-40/92, CB och Europay mot kommissionen, REG 1994, s. II-49, punkt 87).

266 Det saknar för det femte relevans att det ovannämnda mötet hållits i samband med ett allmänt industrimöte, eftersom denna omständighet inte utgör hinder för att de berörda företagen utnyttjade det allmänna mötet för att mötas med avseende på samverkan.

267 Kommissionen hade därför fog för att anse att ADM deltagit i samverkan till i juni 1995.

268 Med beaktande av vad ovan anförts finner förstainstansrätten att ADM inte styrkt att kommissionen gjort felaktiga bedömningar beträffande överträdelsens varaktighet.

D — *Förmildrande omständigheter*

269 ADM har anfört att kommissionens bedömning av de förmildrande omständigheterna innehåller felaktiga bedömningar beträffande för det första att deltagandet i samverkan avbröts före undersökningen, för det andra att det inte var nödvändigt att säkerställa att böterna har en avskräckande verkan och för det tredje att ADM antagit en uppförandekodex.

1. *Huruvida deltagandet i samverkan avbrutits*a) *Parternas argument*

270 ADM har gjort gällande att enligt punkt 3 tredje strecksatsen i riktlinjerna utgör den omständigheten "att företaget har upphört med överträdelsen vid kommissionens första ingripanden (bland annat kontroller)" en förmildrande omständighet. ADM anser att denna förmildrande omständighet borde ha tillämpas på företaget i förevarande mål, eftersom det avbröt överträdelsen vid de amerikanska konkurrensmyndigheternas första ingripanden. ADM har vidare gjort gällande att omständigheterna i förevarande mål är nästan identiska med omständigheterna i ärendet kallat aminosyror (kommissionens beslut 2001/418/EG av den 7 juni 2000 om ett förfarande enligt artikel 81 i EG-fördraget och artikel 53 i EES-avtalet (ärende COMP/36.545/F3 — Aminosyror) (EGT L 152, 2001, s. 24) (nedan kallat ärendet aminosyror)). I det ärendet medgav kommissionen att bötesbeloppet sattes ned med 10 procent. ADM har vidare åberopat förstainstansrättens dom av den 20 mars 2002 i mål T-31/99, ABB Asea Brown Boveri mot kommissionen, REG 2002, s. II-1881, punkt 238), i vilket förstainstansrätten fastställde att bötesbeloppet skulle sättas ned för de företag som samarbetat med kommissionen för att avbryta samverkan. I motsats till vad kommissionen gjort gällande finns det slutligen fall där samverkan fortsatt efter det att de behöriga myndigheterna ingripit.

271 Kommissionen anser att ADM i förevarande mål inte med framgång kan återropa punkt 3 tredje strecksatsen i riktlinjerna. Enligt kommissionen är det nämligen otänkbart att en hemlig samverkan fortsätter efter det att den upptäckts. Det skulle därför vara olämpligt att tillämpa en förmildrande omständighet grundad på att överträdelsen upphört vid kommissionens första ingripanden.

b) Förstainstansrättens bedömning

272 I punkt 3 i riktlinjerna, som har rubriken "Förmildrande omständigheter" föreskrivs att grundbeloppet kan minskas när kommissionen finner att förmildrande omständigheter föreligger, såsom att företaget har upphört med överträdelsen vid kommissionens första ingripanden (bland annat kontroller).

273 Kommissionen medgav i beslutet att ADM och övriga deltagare i samverkan upphörde med överträdelsen vid de amerikanska myndigheternas första ingripanden den 27 juni 1995 (punkt 234 i beslutet).

274 Förstainstansrätten erinrar emellertid härvid först och främst om att i syfte att upprätta en gemensam marknad med en hög konkurrenskraft föreskrivs i artikel 3 EG att gemenskapens verksamhet skall innefatta en ordning som säkerställer att konkurrensen inom den inre marknaden inte snedvrids. Enligt artikel 81.1 EG är alla avtal mellan företag, beslut av företagssammanslutningar och samordnade förfaranden som kan påverka handeln mellan medlemsstater och som har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrida konkurrensen inom den gemensamma marknaden förbjudna. Denna bestämmelse utgör ett av de främsta instrumenten för att genomföra den ovannämnda ordningen.

- 275 Förstainstansrätten erinrar vidare om att det åligger kommissionen att föra en allmän politik som syftar till att på konkurrensområdet tillämpa de principer som fastställts i fördraget och påverka företagens beteende i denna riktning och vidare att undersöka och bestraffa enskilda överträdelse. Kommissionen har i detta syfte befogenhet att ålägga företag böter som uppsåtligen eller av oaktsamhet överträder bestämmelserna i artikel 81.1 EG (se, för ett motsvarande synsätt, domen i de ovan i punkt 44 nämnda förenade målen *Musique diffusion française m.fl.* mot kommissionen, punkt 105).
- 276 Av detta följer att kommissionen vid bedömningen av hur allvarlig en överträdelse är, i syfte att fastställa bötesbeloppet, är skyldig att inte bara ta hänsyn till de särskilda omständigheterna i fallet, utan även det sammanhang inom vilket överträdelsen har begåtts, och säkerställa att dess åtgärder har avskräckande verkan (se, för ett motsvarande synsätt, domen i de ovan i punkt 44 nämnda förenade målen *Musique diffusion française m.fl.* mot kommissionen, punkt 106). Att kommissionens åtgärder i syfte att upprätthålla en konkurrens inom den gemensamma marknaden som inte är snedvriden får full verkan kan nämligen säkerställas endast om dessa aspekter beaktas.
- 277 En bokstavstolkning av bestämmelsen i punkt 3 tredje strecksatsen i riktlinjerna kan ge intryck av att den omständigheten att den som begått en överträdelse upphör med denna vid kommissionens första ingripanden i allmänhet och utan undantag utgör en förmildrande omständighet. En sådan tolkning av denna bestämmelse skulle emellertid innebära att den ändamålsenliga verkan hos de bestämmelser som gör det möjligt att upprätthålla en effektiv konkurrens skulle minska, eftersom både den sanktionsåtgärd som kan åläggas till följd av en överträdelse av artikel 81 EG och den avskräckande verkan av denna sanktionsåtgärd skulle försvagas.
- 278 Till skillnad från andra förmildrande omständigheter är denna omständighet inte betingad av subjektiva särdrag hos den som begått överträdelsen och inte heller av omständigheter som är utmärkande för det särskilda fallet, eftersom den i huvudsak föregår kommissionens ingripande. Att en överträdelse upphört endast på grund av att kommissionen ingripit kan därför inte likställas med det förtjänstfulla i att den som begått överträdelsen tagit ett eget initiativ, utan är endast en normal och lämplig reaktion på ingripandet. Denna omständighet innebär dessutom endast att den som begått överträdelsen återgår till ett lagenligt beteende och bidrar inte till att

göra kommissionens åtgärder mer effektiva. Det föregivet förmildrande i denna omständighet kan slutligen inte motiveras endast av initiativet att upphöra med den överträdelse som den avser, särskilt inte mot bakgrund av ovan angivna omständigheter. Det är härvid väsentligt att erinra om att redan den omständigheten att det anses utgöra en försvårande omständighet att fortsätta en överträdelse efter kommissionens första ingripande (se, för ett motsvarande synsätt, förstainstansrättens dom av den 20 mars 2002 i mål T-28/99, Sigma Technologie mot kommissionen, REG 2002, s. II-1845, punkt 102 och följande punkter) utgör ett incitament att upphöra med överträdelsen som i motsats till den ifrågavarande förmildrande omständigheten inte innebär att sanktionsåtgärden mildras och inte heller att dess avskräckande verkan minskar.

279 Att anse att den omständigheten att företaget upphör med överträdelsen vid kommissionens första ingripanden utgör en förmildrande omständighet skulle oberättigat skada den ändamålsenliga verkan med artikel 81.1 EG, genom att sanktionsåtgärden mildras och dess avskräckande verkan minskar. Kommissionen kan därför inte självständigt besluta att den omständigheten att företaget upphör med överträdelsen vid kommissionens första ingripanden utgör en förmildrande omständighet. Bestämmelsen i punkt 3 tredje strecksatsen i riktlinjerna skall därför tolkas restriktivt, så att den inte står i strid med den ändamålsenliga verkan med artikel 81.1 EG.

280 Den ovannämnda bestämmelsen skall därför tolkas så, att endast särskilda omständigheter i det enskilda fallet, i vilket överträdelsen verkligen upphört vid kommissionens första ingripanden, kan motivera att den sistnämnda omständigheten beaktas som en förmildrande omständighet (se, för ett motsvarande synsätt, domen i det ovan i punkt 270 nämnda målet ABB Asea Brown Boveri mot kommissionen, punkt 213).

281 Förstainstansrätten erinrar om att överträdelsen i förevarande fall avsåg en hemlig samverkan i syfte att fastställa priser och dela upp marknader. Detta slags överenskommelser är uttryckligen förbjudna i artikel 81.1 a och c EG och är

synnerligen allvarliga. Deltagarna måste därför ha varit medvetna om att deras beteende varit lagstridigt. Att samverkan var hemlig bekräftar att deltagarna varit medvetna om att deras beteende var lagstridigt. Förstainstansrätten finner därför att de ifrågasvarande deltagarna begått överträdelsen uppsåtligt.

- 282 Förstainstansrätten har ovan uttryckligen angett att den omständigheten att en uppsåtlig överträdelse upphör inte kan anses vara en förmildrande omständighet när det sker på grund av kommissionens ingripande (förstainstansrättens dom av den 11 mars 1999 i mål T-156/94, Aristrain mot kommissionen, REG 1999, s. II-645, punkt 138, och i mål T-157/94, Ensidesa mot kommissionen, REG 1999, s. II-707, punkt 498).
- 283 Mot bakgrund av vad ovan anförts finner förstainstansrätten att den omständigheten att ADM i förevarande fall upphört med överträdelsen efter en konkurrensmyndighets första ingripande inte kan utgöra en förmildrande omständighet.
- 284 Denna slutsats påverkas inte av att det var till följd av att amerikanska konkurrensmyndigheter och inte kommissionen som gjorde ett första ingripande som ADM upphörde med de konkurrensbegränsande förfarandena (punkt 234 i beslutet). Den omständigheten att ADM upphörde med överträdelsen efter en amerikansk konkurrensmyndighets första ingripande innebär nämligen inte att avslutandet var mindre uppsåtligt än om det hade ägt rum efter kommissionens första ingripande.
- 285 ADM har till stöd för sina argument vidare åberopat domen i det ovan i punkt 270 nämnda målet ABB Asea Brown Boveri mot kommissionen (punkt 238), eftersom förstainstansrätten i den domen fastställde att bötesbeloppet skulle sättas ned för de företag som samarbetat med kommissionen för att avbryta samverkan. Det är i detta hänseende tillräckligt att betona att domen i det målet inte gör det befogat att dra slutsatsen att den omständigheten att sökanden upphört med en överträdelse vid en konkurrensmyndighets första ingripanden alltid utgör en förmildrande omständig-

het. Det avsnitt som ADM åberopat avser dessutom principen att det skall beaktas när ett klandrat företags beteende gör det lättare för kommissionen att fastställa en överträdelse och i förekommande fall avbryta den. Detta innebär emellertid att det klandrade företaget tagit ett mer omfattande initiativ än att endast upphöra med överträdelsen sedan kommissionen ingripit. Nämnada rättspraxis påverkar därför inte bedömningen ovan.

286 Förstainstansrätten anser beträffande ärendet aminosyror (se ovan punkt 270), som ADM åberopat för att visa att principen om likabehandling och proportionalitetsprincipen åsidosatts, först och främst att administrativ praxis inte kan härledas ur ett enskilda ärende. Såsom förstainstansrätten erinrat om ovan i punkt 110, innebär den omständigheten att kommissionen i sin tidigare beslutspraxis bedömt ett beteende på ett visst sätt inte att den är skyldig att tillämpa samma bedömning i ett senare beslut. Förstainstansrätten finner slutligen att förevarande mål endast ger uttryck för kommissionens bedömning och därför inte påverkar bedömningen enligt något av de av gemenskapens huvudsakliga syften som angetts ovan och inte föranleder någon annan bedömning av den rättspraxis som följer av domarna i de ovan i punkt 282 nämnda målen *Aristrain* mot kommissionen och *Ensidesa* mot kommissionen.

287 Av ovan angivna skäl kan den omständigheten att kommissionen inte ansåg det utgöra en förmildrande omständighet att överträdelsen upphörde vid amerikanska konkurrensmyndigheters första ingripanden inte anses utgöra en felaktig bedömning.

2. Huruvida det är nödvändigt att säkerställa att böterna har avskräckande verkan

a) Parternas argument

288 ADM har erinrat om att företaget redan betalat mer än 250 miljoner USD för överträdelse av antitrustbestämmelser i samband med olika förfaranden vid

amerikanska domstolar angående lysin och citronsyra. Kommissionen borde ha ansett att dessa omständigheter utgjorde förmildrande omständigheter på samma sätt som den tidigare gjort i sin beslutspraxis (kommissionens beslut 89/190/EEG av den 21 december 1988 om ett förfarande enligt artikel 85 i EEG-fördraget (ärende IV/31.865 — PVC) (EGT L 74, 1989, s. 1)).

289 Kommissionen anser att detta argument inte kan godtas.

b) Förstainstansrättens bedömning

290 Förstainstansrätten erinrar inledningsvis om att principen om *ne bis in idem* innebär ett förbud mot att sanktionsåtgärder vidtas mot samma person mer än en gång för samma rättsstridiga beteende i syfte att skydda samma rättsliga intresse. Tillämpningen av denna princip omfattas av tre kumulativa villkor, det skall vara fråga om samma faktiska omständigheter, samma regelöverträdare och det skall vara samma rättsliga intresse som skyddas (se, för ett motsvarande synsätt, 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, REG 2004, s. I-123, punkt 338).

291 Domstolen och förstainstansrätten har därför vid flera tillfällen fastslagit att den ovan nämnda principen inte är tillämplig om de omständigheter som ligger till grund för de båda konstaterade överträdelseerna har sitt ursprung i samma komplex av avtal, men skiljer sig åt både beträffande syfte och geografisk lokalisering (domstolens dom av den 14 december 1972 i mål 7/72, Boehringer mot kommissionen, REG 1972, s. 1281, punkterna 3 och 4, svensk specialutgåva, volym 2, s. 61, och den 13 februari 1969 i mål 14/68, Wilhelm m.fl., REG 1969, s. 1, punkt 11, svensk specialutgåva, volym 1, s. 379, domen i det ovan i punkt 242 nämnda målet Trefileurope mot kommissionen, punkt 191, och dom av den 6 april 1995 i mål T-149/89, Sotralentz mot kommissionen, REG 1995, s. II-1127, punkt 29).

- 292 I förevarande mål har emellertid de betalningar ADM åberopat delvis avsett andra karteller, nämligen avseende lysin och citronsyra. Beträffande kartellen avseende natriumglukonat finns det enligt territorialitetsprincipen inget hinder mot att både kommissionen och tredjelands konkurrensmyndighet har behörighet att ålägga de företag böter som överträder konkurrensbestämmelserna både inom EES-området och i ovannämnda tredjeland (se, för ett motsvarande synsätt, domen i det ovan i punkt 38 nämnda målet Archer Daniels Midland och Archer Daniels Midland Ingredients mot kommissionen, punkt 90, och domstolens dom av den 15 juli 1970 i mål 44/69 Bunchler mot kommissionen, REG 1970, s. 733, punkterna 52 och 53, samt, för ett motsvarande synsätt, i fråga om företagskoncentrationer, avseende huruvida gemenskapen har behörighet beträffande inverkan av rättsstridigt beteende samtidigt som konkurrensmyndigheterna i tredjeland är behöriga, förstainstansrättens dom av den 25 mars 1999 i mål T-102/96, Gencor mot kommissionen, REG 1999, s. II-753, punkterna 95 och 98). Kommissionen var därför inte skyldig att beakta dessa omständigheter i enlighet med principen *ne bis in idem*.
- 293 Det är, beträffande ADM:s påstående att kommissionen tidigare beaktat en sådan omständighet när den fastställt böter med hänsyn till förmildrande omständigheter, tillräckligt att erinra om att den omständigheten att kommissionen i sin tidigare beslutspraxis har ansett vissa omständigheter vara förmildrande inte innebär att den är skyldig att förfara på samma sätt i ett annat ärende (se, för ett motsvarande synsätt, förstainstansrättens dom i det ovan i punkt 110 nämnda målet Hercules Chemicals mot kommissionen, punkt 357, och av den 14 maj 1998 i mål T-352/94, Mo och Domsjö mot kommissionen, REG 1998, s. II-1989, punkterna 417 och 419).
- 294 För fullständighetens skull skall det emellertid påpekas att ADM endast hänvisat till ett enda beslut och att kommissionen efter förstainstansrättens skriftliga fråga visat rätten att den i sin beslutspraxis som numera är fast inte beaktar sådana förmildrande omständigheter under förhållanden som är jämförbara med förhållandena i förevarande mål.
- 295 ADM saknar därför fog för att klandra kommissionen för att denna inte satt ned bötesbeloppet på grund av påståendet att den avskräckande verkan inte var nödvändig.

3. *Huruvida ADM antagit en uppförandekodex*

a) Parternas argument

296 ADM har anfört att kommissionen, när den fastställde bötesbeloppet, borde ha beaktat att ADM infört ett rigoröst och permanent anpassningsprogram för efterlevnad av konkurrensrätten, innefattande bland annat en uppförandekodex riktad till alla anställda och att en specialavdelning upprättats.

297 Den omständigheten att anpassningsprogrammet för efterlevnad av konkurrensrätten införts, att ledningen bytts ut och att högre tjänstemän som varit inblandade i överträdelsen sagts upp visar dessutom att företagets vilja till förbättring är allvarligt menad. ADM har i övrigt betonat att det fram till det tillfället inte hade konstaterats något ofördelaktigt med avseende på företaget i samband med gemenskapens konkurrensrätt.

298 Kommissionen anser att detta argument inte kan godtas.

b) Förstainstansrättens bedömning

299 Det är visserligen viktigt att ett företag vidtar åtgärder för att förhindra att dess personal på nytt överträder gemenskapens konkurrensrätt i framtiden. Att sådana omständigheter vidtas ändrar inte på något sätt innebörden av den överträdelse som har konstaterats. Kommissionen är därför inte skyldig att beakta en sådan omständighet som en förmildrande omständighet. Detta gäller än mer när överträdelsen, såsom i förevarande fall utgör en uppenbar överträdelse av artikel 81.1

a och b EG (domen i de ovan i punkt 38 nämnda förenade målen Dansk Rørindustri m.fl. mot kommissionen, punkt 373, och domen i det ovan i punkt 38 nämnda målet Archer Daniels Midland och Archer Daniels Midland Ingredients mot kommissionen, punkterna 280 och 281).

300 Med avseende på att ADM har tillagt att det fram till det tillfället inte hade konstaterats något ofördelaktigt med avseende på företaget i samband med gemenskapens konkurrensrätt, betonar förstainstansrätten att det för det motsatta förhållandet föreskrivs i riktlinjerna att kommissionen kan beakta det som en försvårande omständighet att ett företag tidigare har begått en eller flera överträdelse av samma slag. Detta innebär inte att ett företag skall behandlas gynnsamt på grund av förmildrande omständigheter när den ifrågavarande överträdelsen är den första det berörda företaget begått.

301 ADM saknar därför fog för att klandra kommissionen för att denna inte satte ned böterna på grund av att ADM antagit en uppförandekodex.

302 Av vad ovan anförts framgår att ADM inte styrkt att kommissionen gjort en felaktig bedömning av de förmildrande omständigheterna.

E — *Huruvida ADM samarbetat under det administrativa förfarandet*

1. *Inledning*

303 ADM har, med avseende på huruvida företaget samarbetat under det administrativa förfarandet, åberopat två grunder avseende felaktig bedömning och åsidosättande av principen om likabehandling.

- 304 Innan förstainstansrätten undersöker huruvida dessa grunder är befogade skall rätten sammanfatta kommissionens bedömning av hur företagen samarbetat i punkterna 411–427 i beslutet.
- 305 Med stöd av avdelning B i meddelandet om samarbete (se ovan punkt 6) medgav kommissionen Fujisawa en "mycket betydande nedsättning" med 80 procent av det bötesbelopp som skulle ha ålagts företaget om det inte hade samarbetat. I samband härmed medgav kommissionen att Fujisawa anmält kartellen till kommissionen innan denna hade inlett en undersökning. Kommissionen har även medgett att den vid den tidpunkt då Fujisawa lämnade sin förklaring ännu inte hade tillräckliga upplysningar för att kunna styrka att den anmälda kartellen förelåg. Kommissionen beaktade i synnerhet att Fujisawa var den första av deltagarna i kartellen som förebrog avgörande bevisning till stöd för hur lång tid samverkan hade pågått, eftersom företaget lämnade kommissionen en förteckning över de möten som hållits med kartellen samt en sammanfattning av hur de huvudsakliga aktörerna handlat och av de huvudsakliga händelserna mellan år 1981 och år 1995. Enligt kommissionen gjorde Fujisawas förklaring det möjligt att bilda sig en uppfattning om de principer som låg till grund för samverkan, nämligen dess struktur och funktion, inbegripet de huvudsakliga avtal som slutits och de förfaranden som utarbetats (punkterna 412–418 i beslutet).
- 306 Kommissionen godtog inte ADM:s argument att företaget uppfyllde villkoren i avdelning C i det ovannämnda meddelandet för att kunna medges en "betydande nedsättning" av bötesbeloppet. Kommissionen ansåg att när ADM började samarbeta hade Fujisawa redan lämnat tillräckliga upplysningar för att kommissionen skulle kunna styrka att samverkan förelegat under hela tidsperioden (punkterna 419–423 i beslutet).
- 307 Med stöd av avdelning D i det ovannämnda meddelandet medgav kommissionen en "väsentlig nedsättning" med 40 procent av de bötesbelopp som ålagts ADM och Roquette och med 20 procent av de bötesbelopp som ålagts Akzo, Avebe och

Jungbunzlauer. Kommissionen beaktade härvid bland annat att Roquette var den enda av deltagarna som överlämnat handlingar i vilka innehållet i och slutsatserna av mötena redovisades och att Roquette och ADM hade beskrivit samverkans funktion och deltagarnas uppgifter samt lämnat redogörelser avseende vissa möten. Kommissionen har uppgivit att Fujisawas förklaringar och de handlingar Roquette och ADM överlämnat utgjort dess främsta källa när den utarbetade beslutet (punkterna 424–427 i beslutet).

2. Huruvida bedömningen av ADM:s samarbete varit felaktig

a) Parternas argument

308 ADM anser att nedsättningen med 40 procent av det bötesbelopp som ålagts företaget med stöd av bestämmelserna i avdelning D i meddelandet om samarbete är otillräcklig. Genom att ADM sänt kommissionen en redogörelse för tiden mellan år 1991 och år 1995 var företaget tvärtemot vad kommissionen angett i punkt 422 i beslutet det första som förebringade avgörande bevisning för att samverkan förelegat för tiden efter år 1991. Det var enligt ADM därför fel av kommissionen att inte medge företaget en nedsättning med stöd av avdelning C i meddelandet om samarbete.

309 ADM anser först och främst att den bevisning som Fujisawa förebringat avseende den ovannämnda tidsperioden är begränsad.

310 ADM har för det första anmärkt att Fujisawa sände ett följebrev med upplysningar om den tidsperiod som föregick år 1990. Vad däremot avser tiden mellan år 1991 och år 1995 nämnde Fujisawa endast två möten utan att lämna några särskilda

upplysningar om avtal avseende priser och volymer. Ett av dessa möten var dessutom mötet av den 6 juni 1995 som enligt ADM hölls efter det att överträdelsen hade upphört (se ovan). Beskrivningen var obestämd avseende det andra mötet som ägde rum i Atlanta i juni 1994.

- 311 ADM har för det andra anmärkt att Fujisawa bilagt en tabell som innehåller en förteckning över möten som upprättats av de personer i företagsledningen som deltagit i dessa. Eftersom dessa personer var inblandade i mycket liten omfattning innehåller vittnesmålen avseende faktiska omständigheter mellan år 1991 och år 1995 endast knapphändiga eller irrelevanta upplysningar om mötena. I vittnesmålen redovisas nämligen endas. 5 av de 13 möten som ägde rum under denna tid och som anges i meddelandet om anmärkningar. Beskrivningarna av mötenas innehåll är dessutom mycket vaga. Överenskomna priser, fördelningen av försäljningen och förfaranden för övervakning redovisas inte för denna tidsperiod, och namnen på företrädare för andra företag som deltagit i möten anges ibland endast delvis.
- 312 Enligt ADM kan för det andra endast mycket litet bevisning avseende tiden efter sommaren 1991 utläsas ur de handlingar som påträffats vid undersökningar i de övriga företagens lokaler innan ADM började samarbeta. I handlingar som undersökts i Gluconas lokaler anges att möten ägt rum som i allmänhet överensstämmer med de demonstrationsmöten som Institute of Food Technology (IFT) och Food Ingredients Europe (FIE) hållit och som det är möjligt att deltagarna var närvarande vid utan att ange mötenas innehåll. Glucona har inte uppgett något mer om innehållet i dessa möten och har inskränkt sig till att bekräfta att diskussionen avsåg "marknaden och försäljningen".
- 313 ADM har däremot förebringat ett vittnesmål från en tidigare anställd, vilket innehöll mycket viktig bevisning avseende mötena, deras innehåll och samverkans funktion. ADM var för det andra det första företag som lämnade upplysningar om att sju möten hållits som inte nämndes i vittnesmålen från Fujisawa och Glucona och inte heller i kommissionens begäran om upplysningar. ADM har för det tredje lämnat

detaljerade upplysningar om innehållet i de möten som inte angavs i vittnesmålen från Fujisawa eller Glucona och en förklaring till varför vissa deltagare i varje region utsågs till "bäst placerade företag i fråga om pris", riktpriser som samverkan fastställt och samverkans inflytande och innebörd. ADM har för det fjärde lämnat en beskrivning av deltagarnas uppgifter vid mötena.

314 ADM har hävdad att denna bevisning gjort det möjligt för kommissionen att få andra deltagare att medge faktiska omständigheter och samarbeta. Enligt ADM förfogade kommissionen över mycket knapp bevisning mot slutet av år 1998. Trots att de amerikanska myndigheterna lämnat upplysningar och trots att kommissionen begärt upplysningar och genomfört oanmälda undersökningar i deltagarnas lokaler under år 1997 och år 1998 var det endast Fujisawa som erbjöd sig att samarbeta med kommissionen (punkterna 54–56 i beslutet). Den bevisning Fujisawa förebringat är för övrigt ofullständig och stöds inte påtagligt av handlingar som påträffats i de övriga deltagarnas lokaler (Avebe, Glucona, Jungbunzlauer och Roquette).

315 Kommissionen har yrkat att talan inte skall bifallas på denna grund.

b) Förstainstansrättens bedömning

316 I meddelandet om samarbete har kommissionen fastställt de villkor på vilka företag som samarbetar med kommissionen under dess undersökning av ett kartellärende kan befrias från böter eller beviljas nedsättning av de böter som annars skulle ha ålagts dem (se punkt A 3 i meddelandet om samarbete).

317 Förstainstansrätten skall kontrollera huruvida kommissionen åsidosatt tillämpningsvillkoren för avdelning C i meddelandet om samarbete, eftersom ADM i sak anser att kommissionen utan fog förnekat företaget den nedsättning som föreskrivs i den avdelningen.

318 I avdelning C i meddelandet om samarbete, som har rubriken "betydande nedsättning av böter", föreskrivs följande:

"Ett företag som uppfyller villkoren i [avdelning] B punkt b–e ... åtnjuter en nedsättning av bötesbeloppet med 50–75%, om det anmäler den hemliga kartellen efter det att kommissionen har beslutat om och genomfört en undersökning hos de företag som deltar i kartellen och denna undersökning inte har gett tillräckligt underlag för att inleda ett förfarande i syfte att fatta ett beslut."

319 De villkor i avdelning B punkt b–e som avdelning C innehåller en hänvisning till avser följande förutsättningar:

b) Företaget måste vara först med att tillföra bevismaterial som är avgörande för att bevisa att kartellen finns.

c) Företaget måste ha upphört med sitt deltagande i den olagliga verksamheten senast då det anmäler kartellen till kommissionen.

d) Företaget måste förse kommissionen med alla nödvändiga upplysningar, alla handlingar och allt bevismaterial som det har tillgång till beträffande kartellen och ställa sig till förfogande för löpande och fullständigt samarbete under hela undersökningen.

e) Företaget får inte ha tvingat ett annat företag att delta i kartellen, eller ha varit initiativtagare till eller ha haft en bestämmande roll i den olagliga verksamheten.”

320 För att i förevarande mål visa att kommissionen borde ha medgett en ”betydande nedsättning av böterna” med stöd av avdelning C i meddelandet om samarbete, har ADM i sak hävdad att den bevisning som Fujisawa förebringat avseende tiden mellan år 1991 och år 1995 är begränsad. Detta argument är emellertid inte sådant att det kan visa att kommissionen åsidosatt meddelandet om samarbete genom att även avseende tiden mellan år 1991 och år 1995, då ADM deltog i samverkan, fastställa att detta inte varit ”först med att tillföra bevismaterial som är avgörande för att bevisa att kartellen finns” i den mening som avses i avdelning C jämförd med avdelning B b i meddelandet om samarbete.

321 I meddelandet om samarbete föreskrivs nämligen inte att det företag som anmäler den hemliga kartellen till kommissionen, för att uppfylla detta villkor skall förse denna med all avgörande bevisning som behövs för att ett meddelande om anmärkningar skall kunna utarbetas och ännu mindre för att ett beslut om att fastställa en överträdelse skall kunna fattas. Enligt meddelandet om samarbete är detta villkor däremot uppfyllt när det företag som anmäler den hemliga kartellen är ”först med att tillföra bevismaterial som är avgörande för att bevisa att kartellen finns”.

322 ADM har inte på allvar bestritt att den bevisning Fujisawa förebringat, inbegripet vad avser tiden mellan år 1991 och år 1995, var avgörande för att styrka att samverkan förelegat, utan gjort gällande att den är ofullständig.

- 323 Förstainstansrätten konstaterar emellertid, liksom kommissionen med fog gjort gällande i punkt 415 i beslutet, att Fujisawa i sin skrivelse av den 12 maj 1998, i vilken det företaget anmälde att samverkan förelåg, först och främst angav vilka deltagarna i samverkan var. Företaget gav därefter kommissionen en beskrivning av de huvudsakliga avtal som slutits mellan dessa under tiden mellan år 1991 och år 1995 och av hur dessa avtal för kartellens funktion tillämpades. Fujisawa överlämnade slutligen en förteckning över kartellens möten till kommissionen med en sammanfattning av innehållet i vissa av dessa möten, som trots att den inte var fullständig även inbegrep tiden mellan år 1991 och år 1995. Den av ADM åberopade omständigheten att Fujisawa inte lämnat några särskilda uppgifter avseende avtalens innehåll under denna tidsperiod betyder inte att den bevisning som det sistnämnda företaget förebringat inte var avgörande för att styrka att samverkan hade förelegat, eftersom den utgjorde en enda och fortgående överträdelse (punkt 254 i beslutet) och dess innehåll och funktion inte ändrades särskilt för att ADM anslöt sig till samverkan (punkterna 80 och 257–260).
- 324 Kommissionen hade därför fog för att anse att Fujisawa var det första företag som förebringade avgörande bevisning för att styrka att samverkan förelåg.
- 325 Härav följer även att ADM:s argument inte kan godtas till den del som avser att endast ett fåtal bevisuppgifter avseende tiden efter sommaren 1991 kan utläsas ur de handlingar som påträffats vid undersökningar hos andra deltagare i samverkan och att den bevisning ADM förebringat gjort det möjligt för kommissionen att få andra deltagare att medge faktiska omständigheter och att samarbeta.
- 326 Med hänsyn till att de villkor som anges i avdelning B b–e och i avdelning C i meddelandet om samarbete är kumulativa (se ovan punkterna 283 och 286) och eftersom ett av dessa villkor, nämligen det som föreskrivs i avdelning B b jämförd med avdelning C i detta meddelande, inte är uppfyllt är det inte nödvändigt att undersöka om ADM uppfyller övriga villkor enligt dessa bestämmelser.

327 Talan kan därför inte bifallas på en invändning om rättsstridighet enligt vilken det gjorts en felaktig bedömning av ADM:s samarbete.

3. *Huruvida principen om likabehandling åsidosatts*

328 Denna grund sönderfaller i tre delar. ADM har först och främst hävdats att företaget under undersökningen samarbetade i minst lika stor omfattning som en part som berörts av ett tidigare beslut som kommissionen fattat. ADM anser för det andra att kommissionen inte hade fog för att medge Fujisawa en större nedsättning än ADM och har för det tredje hävdats att kommissionen inte hade fog för att medge Roquette samma nedsättning som ADM.

329 Förstainstansrätten erinrar om att principen om likabehandling endast åsidosätts då jämförbara situationer behandlas olika eller då olika situationer behandlas lika, med mindre än att det finns sakliga skäl för en sådan behandling (se ovan punkt 107).

a) Huruvida ADM under undersökningen samarbetade i minst lika stor omfattning som en part som berörts av ett tidigare beslut som kommissionen fattat

Parternas argument

330 ADM har gjort gällande att företaget samarbetade i minst lika stor omfattning under kommissionens undersökning som en av de parter som berördes av beslut 94/601, i

vilket kommissionen satte ner böterna med två tredjedelar. Kommissionen borde därför ha beviljat ADM den högsta nedsättning som föreskrivs i avdelning D i meddelandet om samarbete, nämligen 50 procent.

331 Kommissionen har yrkat att talan inte skall bifallas på denna delgrund.

Förstainstansrättens bedömning

332 Förstainstansrätten erinrar om att endast den omständigheten att kommissionen i sin tidigare beslutspraxis har beviljat en viss nedsättning för ett visst beteende inte innebär att den är skyldig att göra samma nedsättning vid bedömningen av ett liknande beteende i samband med ett senare administrativt förfarande (se förstainstansrättens dom i det ovan i punkt 293 nämnda målet Mo och Domsjö mot kommissionen, punkt 147, och i det ovan i punkt 33 nämnda målet Lögstör Rör mot kommissionen, punkterna 326 och 352 och där angiven rättspraxis).

333 ADM har i övrigt inte anfört något argument för att visa att de faktiska omständigheterna i det andra målet var jämförbara med omständigheterna i förevarande mål.

334 Talan kan därför inte bifallas på denna delgrund.

b) Huruvida kommissionen medgav Fujisawa en större nedsättning än den som medgavs ADM

Parternas argument

335 ADM har klandrat kommissionen för att den medgett Fujisawa en större nedsättning än ADM. ADM har anmärkt att båda företagen erbjöd sig att samarbeta direkt efter det att kommissionen hade kontaktat dem med avseende på undersökningen. ADM har anfört att Fujisawa var det första företag som hade tillfälle att göra detta, eftersom det var det första företag som kommissionen kontaktade. ADM har påstått att det under dessa omständigheter gjort alla nödvändiga ansträngningar för att samarbeta med kommissionen så snart det hade tillfälle till detta.

336 Förstainstansrätten fastslog emellertid i dom av den 13 december 2001 i de förenade målen T-45/98 och T-47/98, Krupp Thyssen Stainless och Acciai speciali Terni (REG 2001, s. II-3757, punkterna 246–248, nedan kallad domen i de förenade målen Krupp) att bedömningen av olika företags samarbetsgrad inte kan göras utifrån helt godtyckliga faktorer, såsom i vilken ordning kommissionen har ställt frågor till dem.

337 Kommissionen har yrkat att talan inte skall bifallas på denna grund.

Förstainstansrättens bedömning

338 ADM:s argument grundar sig huvudsakligen på principer som förstainstansrätten angett i punkterna 138–248 i domen i de förenade målen Krupp. Förstainstansrätten erinrar härvid om att rätten i den domen, såsom för övrigt även i dom av den 13

december 2001 i mål T-48/98, Acerinox mot kommissionen (REG 2001, s. II-3859), punkterna 132–141, bedömde hur kommissionen hade tillämpat avdelning D i meddelandet om samarbete. Rätten fastslog härvid att meddelandet om samarbete, försåvitt det inte kommer i konflikt med principen om likabehandling, skall tillämpas på sådant sätt att kommissionen med avseende på nedsättning av böter behandlar de företag på samma sätt som i samma skede av förfarandet och under liknande omständigheter lämnar kommissionen likartade upplysningar beträffande de omständigheter som läggs företagen till last. Förstainstansrätten har tillagt att endast den omständigheten att ett av företagen vitsordat de sakomständigheter som lagts det till last genom att vara först med att besvara kommissionens frågor i samma skede av förfarandet inte kan anses utgöra ett sakligt skäl för att behandla företagen olika.

339 Förstainstansrätten konstaterar att det i andra mål, till skillnad från det förevarande, varit ostridigt att företagens samarbete inte omfattades av tillämpningsområdet för avdelningarna B och C i meddelandet om samarbete. Såsom framgår av punkt 219 i domen i de förenade målen Krupp tillämpade kommissionen bestämmelserna i avdelning D i det ovannämnda meddelandet på samtliga företag som berördes av det ifrågasatta beslutet. Dessa andra mål väcker således endast frågan huruvida kommissionen, genom att inom det utrymme för skönsmässig bedömning som den förfogar över när den tillämpar avdelning D i meddelandet om samarbete behandla sökandena på annat sätt än ett annat berört företag, har åsidosatt principen om likabehandling.

340 ADM har emellertid i förevarande mål i sak försökt visa att Fujisawa på grund av helt godtyckliga faktorer var det första företag som fick tillfälle att samarbeta med kommissionen och att Fujisawas böter av denna anledning sattes ned med stöd av avdelning B i meddelandet om samarbete samt att ADM:s böter hade kunnat sättas ned mer med stöd av åtminstone avdelning C i detta meddelande, om kommissionen i första hand hade vänt sig till ADM, eftersom ADM då hade varit det första företag som lämnade de uppgifter som Fujisawa lämnat. ADM har inte åberopat domarna i de två i punkt 338 nämnda målen för att visa att kommissionen

tillämpat avdelning D i meddelandet om samarbete på ADM på ett sätt som diskriminerade detta företag i förhållande till de övriga deltagarna i samverkan (se härvid nedan punkterna 347–351).

- 341 Förstainstansrätten anmärker att avdelning D i meddelandet om samarbete, till skillnad från avdelningarna B och C, inte innehåller någon föreskrift om att de berörda företagen skall behandlas olika beroende på i vilken ordning de samarbetat med kommissionen. I målen Krupp och Acerinox mot kommissionen (se ovan punkt 338) beaktade kommissionen därför denna omständighet, trots att den inte uttryckligen föreskrivs i avdelning D i det ovannämnda meddelandet.
- 342 För att säkerställa ordningen för de berörda företagens samarbete med kommissionen i fråga om hemliga karteller, måste kommissionen ha ett stort utrymme för skönsmässig bedömning när den leder förfarandet. Detta innebär emellertid inte att kommissionen kan agera godtyckligt.
- 343 Förstainstansrätten anmärker härvid att det i förevarande mål framgår av handlingarna i målet, bland annat av punkterna 53–64 i beslutet, att kommissionen, efter det att de behöriga myndigheterna i Förenta staterna under år 1997 hade upplyst den om att Akzo och Avebe (Glucona) hade medgett att de deltagit i en internationell samverkan avseende marknaden för natriumglukonat, den 27 november 1997 sände dessa en begäran om upplysningar beträffande hinder för inträde på natriumglukonatmarknaden i Europa. Kommissionen begärde i synnerhet att dessa företag skulle uppge namnen på de viktigaste natriumglukonatstillverkarna på världsnivå, marknadsandelarna för de företag som fanns på världsmarknaden och marknaden i Europa samt produktionskapaciteten avseende denna produkt på världsnivå. I sitt svar av den 28 januari 1998 angav Akzo och Glucona vid upprepade tillfällen att de viktigaste natriumglukonatstillverkarna på världsnivå och i Europa förutom de själva var Roquette, Jungbunzlauer och Fujisawa. Om det någonstans i detta svar nämndes att ADM fanns på den berörda marknaden, var detta emellertid inte i samband med de viktigaste natriumglukonatstillverkarna.

- 344 I detta sammanhang sände kommissionen den 18 februari 1998 en begäran om upplysningar avseende samma omständigheter som avsetts i den begäran om upplysningar som ställts till Akzo och Avebe (Glucona) den 27 november 1997. Såsom framgår av skäl 55 i beslutet reagerade Fujisawa på denna begäran med att ange samverkan till kommissionen och lämna den upplysningar i detta avseende.
- 345 Det kan inte uteslutas att den begäran om upplysningar som kommissionen ställde till bland annat Fujisawa den 18 februari 1998, förutom det förfarande vid de amerikanska myndigheterna som berörde samtliga deltagare i samverkan, gav detta företag ett ytterligare tecken på att kommissionen höll på att genomföra undersökningar på natriumglukonatmarknaden. Det administrativa förfarandets förlopp som beskrivits ovan i punkterna 343 och 344 utvisar emellertid inte att kommissionen förfarit godtyckligt, och ADM har inte förebringat bevisning för att detta skulle vara fallet.
- 346 ADM kan därför inte klandra kommissionen för att ha behandlat detta företag på ett sätt som diskriminerade det i förhållande till Fujisawa.

c) Huruvida kommissionen medgav Roquette samma nedsättning som den som medgavs ADM

Parternas argument

- 347 ADM har ifrågasatt den omständigheten att kommissionen medgett företaget samma nedsättning av böterna som Roquette. Enligt ADM har nämligen den bevisning som Roquette förebringat i motsats till vad kommissionen uppgett inte

samma bevisvärde som den bevisning som ADM förebringat, med hänsyn till att ADM samarbetade i ett tidigare skede, förebringade mycket viktiga vittnesmål och föranledde de övriga svarandena inbegripet Roquette att samarbeta.

348 Kommissionen har yrkat att talan inte skall bifallas på denna delgrund.

Förstainstansrättens bedömning

349 Förstainstansrätten noterar att den nedsättning som medgetts Roquette visserligen är identisk med den som medgetts ADM, men att den inte helt och hållet bygger på samma skäl. Det är visserligen riktigt att ADM förebringade bevisning tidigare än Roquette, men det är inte desto mindre så att ADM, såsom framgår av punkt 426 i beslutet, inte bestritt att företaget i motsats till Roquette inte ingett samtida handlingar i vilka innehållet i och slutsatserna av mötena inom samverkan redovisades.

350 Försåvitt ADM försöker visa att kommissionen medgett Roquette en för stor nedsättning, erinrar förstainstansrätten om att principen om likabehandling med avseende på en individuell rättshandling begränsas av principen att ingen, med avseende på en rättshandling som överensstämmer med relevanta bestämmelser, till sin egen förmån kan åberopa en rättsstridig åtgärd som gynnat någon annan (se domen i det ovan i punkt 190 nämnda målet Cascades mot kommissionen, punkt 259, och domen i det ovan i punkt 63 nämnda målet SCA Holding mot kommissionen, punkt 160).

351 Denna delgrund kan inte godtas och talan kan därför inte vinna bifall på denna grund.

F — *Huruvida det administrativa förfarandet är behäftat med felaktigheter*

a) Parternas argument

352 ADM har gjort fyra invändningar i samband med denna grund.

353 ADM har för det första hävdad att företagets rätt till försvar åsidosatts, eftersom det under det administrativa förfarandet inte fick tillfälle att yttra sig över multiplikatorkoefficienten 2,5 på utgångsbeloppet. Denna koefficient föreskrivs inte i riktlinjerna.

354 ADM har för det andra klandrat kommissionen för att denna inte angav i meddelandet om anmärkningar att natriumglukonat utgjorde den relevanta produktmarknaden. I punkterna 3 och 9 i det meddelandet förklarade kommissionen nämligen endast att natriumglukonat var en av flera kelatbildare, att det tillhörde en särskild grupp kelatbildare och att det finns ett visst antal delvis utbytbara produkter för natriumglukonat. Kommissionen fastslog visserligen att natriumglukonat var "referensprodukten", men angav omedelbart därefter att "glukoheptonat och etylendiaminotetraättiksyra är närmast utbytbara". Eftersom kommissionen slog fast i meddelandet om anmärkningar att ersättningsprodukter fanns, borde den ha klargjort vad den konstaterat beträffande produktmarknaderna och skälen till att den ansåg att dessa ersättningsprodukter inte omfattades av den ifrågasvarande marknaden, så att parterna hade kunnat yttra sig över detta. Kommissionen undersökte i samband med meddelandet om anmärkningar således inte den väsentliga frågan om den relevanta produktmarknaden.

355 ADM har för det tredje åberopat att kommissionen grundat sitt beslut (fotnot 17) på en skrift med rubriken Chemical Economics Handbook (SRI International 1991), som den inte underrättat parterna om.

- 356 ADM har för det fjärde hävdad att kommissionen inte angav i meddelandet om anmärkningar att den omständigheten att samverkan genomfördes med nödvändighet måste påverka marknaden ekonomiskt.
- 357 Kommissionen anser att de fyra invändningar som anförts i samband med denna grund inte kan godtas.

b) Förstainstansrättens bedömning

- 358 Iakttagandet av rätten till försvar, som utgör en grundläggande gemenskapsrättslig princip och som alltid skall säkerställas, särskilt i ett förfarande som kan utmynna i påföljdsåtgärder även om det är fråga om ett administrativt förfarande, medför ett krav på att de berörda företagen och företagssammanslutningarna skall ges tillfälle att under det administrativa förfarandet framföra sina synpunkter beträffande huruvida de påstådda omständigheterna, anmärkningarna och förhållandena verkligen föreligger och är relevanta (domen i det ovan i punkt 216 nämnda målet Hoffmann-La Roche mot kommissionen, punkt 11, 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).
- 359 Enligt rättspraxis skall på samma sätt meddelandet om anmärkningar innehålla en redogörelse för anmärkningarna som är tillräckligt klar, om än kortfattad, för att de som berörs verkligen skall kunna få kännedom om vilka beteenden kommissionen klandrar dem för. Det är nämligen endast under denna förutsättning som meddelandet om anmärkningar kan fylla den funktion som avses i gemenskapsförordningarna, som består i att tillhandahålla samtliga uppgifter som företagen och företagssammanslutningarna behöver för att på ett ändamålsenligt sätt kunna försvara sig innan kommissionen fattar ett slutligt beslut (domstolens dom av den 31 mars 1993 i de förenade målen C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 och C-125/85–C-129/85, Ahlström Osakeyhtiö m.fl. mot kommissionen, REG 1993, s. I-1307, punkt 42, svensk specialutgåva, volym 14, s. I-111, och förstainstansrättens dom av den 14 maj 1998 i mål T-352/94, Mo och Domsjö mot kommissionen, REG 1998, s. I-1989, punkt 63).

- 360 Genom sin första och sin fjärde invändning har ADM i sak klandrat kommissionen för att inte ha upplyst företaget om att vissa omständigheter beaktades som var avgörande när bötesbeloppet fastställdes, nämligen multiplikatorkoefficienten 2,5 (punkterna 386–388) och den omständigheten att överträdelsen haft en verklig inverkan på marknaden (punkt 340 i beslutet).
- 361 Förstainstansrätten erinrar härvid om att enligt fast rättspraxis uppfyller kommissionen sin skyldighet att iaktta företagets rätt att yttra sig genom att i sitt meddelande om anmärkningar uttryckligen ange att den har för avsikt att undersöka huruvida de berörda företagen skall åläggas böter och de huvudsakliga faktiska och rättsliga grunder som kan medföra att böter åläggs, såsom hur allvarlig den påstådda överträdelsen varit och hur länge den pågått, samt huruvida den begåtts " uppsåtligt eller av oaktsamhet". Kommissionen ger därigenom företagen nödvändiga upplysningar för att dessa skall kunna försvara sig, inte bara mot att en överträdelse konstaterats, utan även mot att böter ålagts (domen i de ovan i punkt 44 nämnda förenade målen *Musique diffusion française m.fl.* mot kommissionen, punkt 21, och domen i det ovan i punkt 38 nämnda målet *LR AF 1998* mot kommissionen, punkt 199).
- 362 Härav följer att de berörda företagen garanteras rätt till försvar gentemot kommissionen när bötesbeloppet fastställs, genom att de har möjlighet att yttra sig över hur länge överträdelsen pågått, hur allvarlig den är och hur stor konkurrensbegränsande verkan den kan antas ha haft (förstainstansrättens dom av den 6 oktober 1994 i mål T-83/91, *Tetra Pak* mot kommissionen, REG 1994, s. II-755, punkt 235, svensk specialutgåva, volym 16, s. II-1, och domen i det ovan i punkt 65 nämnda målet *HFB m.fl.* mot kommissionen, punkt 312).
- 363 Förstainstansrätten konstaterar i förevarande mål att kommissionen i det meddelande om anmärkningar som ställdes till ADM tydligt angav att den hade för avsikt att ålägga företaget böter som skulle fastställas i förhållande till bland annat hur allvarlig överträdelsen varit och hur länge den pågått. Kommissionen hänvisade vidare uttryckligen till riktlinjerna och angav härigenom tydligt att ADM kunde förvänta sig att företagets situation skulle bedömas mot bakgrund av riktlinjerna och att det därför borde försvara sig i detta avseende om det ansåg det ändamålsenligt.

364 Kommissionen angav dessutom i punkt 345 i meddelandet om anmärkningar att den hade för avsikt att fastställa bötesbeloppet till en tillräckligt avskräckande nivå. Kommissionen angav på samma sätt i punkterna 264 och 346 i meddelandet om anmärkningar i sak att den för att bedöma överträdelsens allvar hade för avsikt att beakta den omständigheten att det var fråga om en mycket allvarligt överträdelse som syftade till att begränsa konkurrensen och som för övrigt, med beaktande av de inkomna överenskommelsernas art, med nödvändighet hade haft en allvarlig inverkan på konkurrensen.

365 För att iaktta de berörda företagens rätt till försvar är kommissionen inte skyldig att i meddelandet om anmärkningar ange mer detaljerat hur den bedömt varje omständighet för att fastställa bötesnivån.

366 Det skall slutligen konstateras att kommissionens praxis att dela upp kartelldeltagarna i grupper har utvecklats på grundval av riktlinjerna. Beslutet har således antagits mot en bakgrund som ADM kände väl till och inom ramen för en fast beslutspraxis (se, för ett motsvarande synsätt, domstolens dom av den 30 september 2003 i de förenade målen C-57/00 P och C-61/00 P, Freistaat Sachsen m.fl. mot kommissionen, REG 2003, s. I-9975, punkt 77).

367 Det saknas således grund för den första och den fjärde invändningen.

368 ADM genom sin andra invändning klandrat kommissionen för att den inte angav i meddelandet om anmärkningar att natriumglukonat utgjorde den relevanta produktmarknaden.

- 369 Det skall i detta avseende konstateras att kommissionen beskrev de karakteristiska egenskaperna hos natriumglukonat under rubriken "Produkten" i punkterna 3–9 i meddelandet om anmärkningar. Det är visserligen riktigt att kommissionen, såsom ADM gjort gällande, där angav att det finns vissa ersättningsprodukter, men kommissionens formulering ger emellertid i motsats till vad ADM hävdade ändå inte utrymme för tvivel med avseende på att kommissionen ansåg att ersättningsprodukterna inte utgjorde en del av den relevanta marknaden.
- 370 I punkt 9 i meddelandet om anmärkningar angav kommissionen bland annat att dessa produkter endast var delvis utbytbara och att natriumglukonat var en "referensprodukt", med mycket större efterfrågan än de andra produkterna. Vid bedömningen av den relevanta marknaden (punkterna 39–50 i meddelandet om anmärkningar) hänvisade kommissionen genomgående till natriumglukonat och nämnde inte ersättningsprodukterna.
- 371 Det saknas således grund för den andra invändningen.
- 372 Med avseende på att ADM genom sin tredje invändning gjort gällande att kommissionen grundat sitt beslut (fotnot 17) på en skrift med rubriken "Chemical Economics Handbook" (SRI International 1991), som parterna inte underrättats om, är det tillräckligt att anmärka att kommissionen angav i fotnot 4 i meddelandet om anmärkningar att den använt den ovannämnda skriften för att beskriva den ifrågavarande produkten. Det är såsom kommissionen åberopat, utan att ADM bestritt detta, fråga om ett arbete som är allmänt tillgängligt, i synnerhet för aktörer som är verksamma på en marknad som berörs av denna skrift.
- 373 Den tredje anmärkningen kan således inte godtas och talan kan därför inte vinna bifall på denna grund.

G — Angående åberopande av en ny grund

- 374 ADM har, till följd av att kommissionen antog och publicerade riktlinjer från 2006 på Internet, åberopat och begärt att förstainstansrätten skall ta ställning till en ny grund som avser dessa riktlinjer. ADM har gjort gällande att det framgår av 2006 års riktlinjer att kommissionen i sitt beslut inte tog tillräcklig hänsyn till ADM:s mycket låga försäljningssiffror på den relevanta marknaden och inte gjorde en korrekt bedömning av böternas avskräckande verkan. ADM anser i synnerhet att det högsta möjliga bötesbeloppet enligt 2006 års riktlinjer, och före tillämpningen av meddelandet om samarbete, borde ha fastställts till 3,8 miljoner euro i stället för 16,88 miljoner euro.
- 375 Kommissionen har tillbakavisat ADM:s begäran.
- 376 Med hänsyn till att ADM inkom med sin begäran om att 2006 års riktlinjer skulle beaktas efter det att det muntliga förfarandet hade avslutats, skall förstainstansrätten först och främst ta ställning till huruvida det muntliga förfarandet skall återupptas i syfte att pröva ADM:s nya grund avseende 2006 års riktlinjer. Förstainstansrätten erinrar om att den endast är skyldig att bifalla en begäran om att det muntliga förfarandet skall återupptas om den berörda parten stöder sig på omständigheter som kan ha en avgörande inverkan på avgörandet av tvisten och som inte har kunnat göras gällande innan det muntliga förfarandet avslutades (domstolens dom av den 8 juli 1999 i mål C-200/92 P, ICI mot kommissionen, REG 1999, s. I-4399, punkterna 60 och 61, och förstainstansrättens dom av den 25 juni 2002 i mål T-311/00, British American Tobacco (Investments) mot kommissionen, REG 2002, s. II-2781, punkt 53).
- 377 Med hänsyn till att sökanden har åberopat 2006 års riktlinjer till stöd för sitt påstående att beslutet är rättsstridigt är det tillräckligt att erinra om att det framgår av rättspraxis att den enskilda angripna rättsaktens lagenlighet skall bedömas utifrån de faktiska och rättsliga omständigheter som förelåg när rättsakten beslutades

(domstolens dom av den 7 februari 1979 i målen 15/76 och 16/76, Frankrike mot kommissionen, REG 1979, s. 321, punkterna 7 och 8, och förstainstansrättens dom av den 12 december 1996 i de förenade målen T-177/94 och T-377/94, Altmann m. fl. mot kommissionen, REG 1996, s. II-2041, punkt 119). Det är följaktligen vid bedömningen av rättsaktens lagenlighet uteslutet att beakta förhållanden som inträffat efter antagandet av gemenskapsrättsakten (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 63 nämnda målet Deutsche Bahn mot kommissionen, punkt 102 och där angiven rättspraxis).

378 Med hänsyn till att den nya omständighet som ADM har åberopat uppenbarligen har framkommit efter det att beslutet antogs kan omständigheten i fråga inte påverka dess lagenlighet (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 16 september 1998 i de förenade målen T-133/95 och T-204/95, IECC mot kommissionen, REG 1998, s. II-3645, punkt 37). Antagandet av 2006 års riktlinjer är inte en sådan ny omständighet som har avgörande inverkan på beslutets giltighet. Förfarandet skall således inte återupptas på grund av den omständigheten.

379 Denna slutsats bekräftas av förklaringen i punkt 38 i 2006 års riktlinjer där det anges att dessa riktlinjer tillämpas i alla ärenden där kommissionen har utfärdat ett meddelande om anmärkningar efter det att riktlinjerna offentliggjordes i *Europeiska unionens officiella tidning*. Det framgår således uttryckligen av dessa riktlinjer att de inte är tillämpliga på fall som det förevarande. Eftersom dessa riktlinjer antogs efter beslutet och i än högre grad efter meddelandet om anmärkningar som utfärdades före beslutet finns de inte med bland de rättsliga och faktiska omständigheter som kan påverka beslutet.

380 I den mån sökanden har åberopat 2006 års riktlinjer till stöd för den grund under vilken det görs gällande att böterna är oproportionerliga, och som förstainstansrätten bedömer med full prövningsrätt, konstateras att enbart den omständigheten att tillämpningen av den nya beräkningsmetoden för böter enligt dessa riktlinjer, som inte är tillämplig på förevarande fall, skulle kunna leda till ett lägre bötesbelopp än det som har ålagts i beslutet inte visar att bötesbeloppet är oproportionerligt.

Detta är endast ett uttryck för kommissionens rätt att, inom ramen för de gränser som fastställs i förordning nr 17, skönsmässigt bestämma vilken metod den avser att använda för att fastställa bötesbeloppet och därigenom föra den konkurrenspolitik som den har fått i uppdrag att föra. Bland de omständigheter som förstainstansrätten kan beakta vid bedömningen av huruvida de böter som har fastställts vid en viss tidpunkt är proportionerliga återfinns bland annat de faktiska och rättsliga omständigheter och de konkurrens mål som kommissionen har uppställt enligt kraven i EG-fördraget och som gällde vid nämnda tidpunkt. Dessutom påpekas att domstolen i punkterna 234–295 i domen i de ovan i punkt 38 nämnda förenade målen Dansk Rørindustri m.fl. mot kommissionen avvisade de grunder och argument som sökanden hade åberopat i syfte att ifrågasätta den beräkningsmetod som använts med tillämpning av 1998 års riktlinjer i den mån utgångsbeloppen hade fastställts till de belopp som anges i riktlinjerna och som inte hade fastställts utifrån relevant omsättning. Det skall slutligen påpekas att förstainstansrätten ovan i punkterna 76–81, punkterna 99–106 och i punkterna 139–149 har fastställt att bötesbeloppet i förevarande fall, vilket har fastställts med stöd av 1998 års riktlinjer, inte strider mot proportionalitetsprincipen.

381 Mot bakgrund av detta konstaterar förstainstansrätten att antagandet av 2006 års riktlinjer inte har någon avgörande betydelse för tvistens lösning. Det saknas således anledning att återuppta det muntliga förfarandet.

H — *Slutsats*

382 Eftersom talan inte kan bifallas på någon av de grunder som har anförts mot beslutets lagenlighet, saknas anledning att sätta ned bötesbeloppet med stöd av förstainstansrättens fulla prövningsrätt. Talan skall därför ogillas i sin helhet.

Rättegångskostnader

383 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) **Archer Daniels Midland Co. 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 - 3269
Förfarandet och parternas yrkanden	II - 3276
Rättslig bedömning	II - 3278
A — Huruvida riktlinjerna är tillämpliga	II - 3278
1. Huruvida rättssäkerhetsprincipen och förbudet mot retroaktiv bestraffning åsidosatts	II - 3278
a) Parternas argument	II - 3278
b) Förstainstansrättens bedömning	II - 3281
2. Huruvida principen om likabehandling åsidosatts	II - 3285
a) Parternas argument	II - 3285
b) Förstainstansrättens bedömning	II - 3285
B — Överträdelsens allvar	II - 3286
1. Inledning	II - 3286
2. Huruvida omsättningen av den ifrågavarande produkten inte beaktats eller beaktats otillräckligt	II - 3289
a) Parternas argument	II - 3289
b) Förstainstansrättens bedömning	II - 3292
Huruvida proportionalitetsprincipen åsidosatts	II - 3292
Huruvida riktlinjerna åsidosatts	II - 3294
Huruvida motiveringsskyldigheten åsidosatts	II - 3296
3. Huruvida den omständigheten att marknaden för den ifrågavarande produkten är begränsad inte beaktats eller inte beaktas tillräckligt	II - 3298
a) Parternas argument	II - 3298

ARCHER DANIELS MIDLÄND MOT KOMMISSIONEN

b)	Förstainstansrättens bedömning	II - 3299
	Åsidosättande av proportionalitetsprincipen	II - 3300
	Huruvida principen om likabehandling åsidosatts	II - 3301
	Huruvida motiveringsskyldigheten åsidosatts	II - 3304
4.	Huruvida böternas avskräckande verkan beaktats två gånger	II - 3304
	a) Parternas argument	II - 3304
	b) Förstainstansrättens bedömning	II - 3305
	Huruvida riktlinjerna åsidosatts	II - 3305
	Huruvida motiveringsskyldigheten åsidosatts	II - 3306
5.	Huruvida en ökningskoefficient skall tillämpas på utgångsbeloppet	II - 3307
	a) Parternas argument	II - 3307
	b) Förstainstansrättens bedömning	II - 3310
	Huruvida proportionalitetsprincipen åsidosatts	II - 3310
	Huruvida principen om likabehandling åsidosatts	II - 3313
	Huruvida motiveringsskyldigheten åsidosatts	II - 3315
6.	Huruvida bedömningen av kartellens konkreta inverkan på marknaden varit oriktig	II - 3316
	a) Inledning	II - 3316
	b) Huruvida kommissionen valt ett felaktigt tillvägagångssätt för att visa att samverkan haft en konkret inverkan på marknaden	II - 3317
	Parternas argument	II - 3317
	Förstainstansrättens bedömning	II - 3318
	— Sammanfattning av kommissionens bedömning	II - 3319
	— Bedömning	II - 3323
		II - 3385

c)	Bedömningen av prisutvecklingen för natriumglukonat	II - 3326
	Huruvida kommissionen inte förfogade över tillräckliga upplysningar och missuppfattade övriga omständigheter som åberopades under det administrativa förfarandet	II - 3326
	— Parternas argument	II - 3326
	— Förstainstansrättens bedömning	II - 3327
	Huruvida ADM inte deltog i samverkan när priset på natriumglukonat ökades mellan åren 1987 och 1989	II - 3331
	— Parternas argument	II - 3331
	— Förstainstansrättens bedömning	II - 3332
d)	Definitionen av den relevanta marknaden	II - 3333
	Parternas argument	II - 3333
	Förstainstansrättens bedömning	II - 3338
C —	Huruvida överträdelsens varaktighet bedömts felaktigt	II - 3342
1.	Huruvida ADM avbröt sin delaktighet i samverkan under mötet i London den 4 oktober 1994	II - 3343
	a) Parternas argument	II - 3343
	b) Förstainstansrättens bedömning	II - 3344
2.	Mötet i Anaheim den 3–5 juni 1995	II - 3346
	a) Parternas argument	II - 3346
	b) Förstainstansrättens bedömning	II - 3347
D —	Förmildrande omständigheter	II - 3351
1.	Huruvida deltagandet i samverkan avbrutits	II - 3351
	a) Parternas argument	II - 3351
	b) Förstainstansrättens bedömning	II - 3352

ARCHER DANIELS MIDLAND MOT KOMMISSIONEN

2. Huruvida det är nödvändigt att säkerställa att böterna har avskräckande verkan	II - 3356
a) Parternas argument	II - 3356
b) Förstainstansrättens bedömning	II - 3357
3. Huruvida ADM antagit en uppförandekodex	II - 3359
a) Parternas argument	II - 3359
b) Förstainstansrättens bedömning	II - 3359
E — Huruvida ADM samarbetat under det administrativa förfarandet	II - 3360
1. Inledning	II - 3360
2. Huruvida bedömningen av ADM:s samarbete varit felaktig	II - 3362
a) Parternas argument	II - 3362
b) Förstainstansrättens bedömning	II - 3364
3. Huruvida principen om likabehandling åsidosatts	II - 3368
a) Huruvida ADM under undersökningen samarbetade i minst lika stor omfattning som en part som berörts av ett tidigare beslut som kommissionen fattat	II - 3368
Parternas argument	II - 3368
Förstainstansrättens bedömning	II - 3369
b) Huruvida kommissionen medgav Fujisawa en större nedsättning än den som medgavs ADM	II - 3370
Parternas argument	II - 3370
Förstainstansrättens bedömning	II - 3370
c) Huruvida kommissionen medgav Roquette samma nedsättning som den som medgavs ADM	II - 3373
Parternas argument	II - 3373
Förstainstansrättens bedömning	II - 3374
	II - 3387

F — Huruvida det administrativa förfarandet är behäftat med felaktigheter	II - 3375
a) Parternas argument	II - 3375
b) Förstainstansrättens bedömning	II - 3376
G — Angående åberopande av en ny grund	II - 3380
H — Slutsats	II - 3382
Rättegångskostnader	II - 3383