

FÖRSTAINSTANSRÄTTENS DOM (femte avdelningen)
den 29 november 2005*

I mål T-33/02,

Britannia Alloys & Chemicals Ltd, Gravesend (Förenade kungariket), företrätt av
S. Mobley, H. Bardell och M. Commons, solicitors,

sökande,

mot

Europeiska gemenskapernas kommission, företrädd av R. Wainwright och
F. Castillo de la Torre, båda i egenskap av ombud, med delgivningsadress i
Luxemburg,

svarande,

angående en talan om delvis ogiltigförklaring av kommissionens beslut 2003/437/EG
av den 11 december 2001 om ett förfarande enligt artikel 81 i EG-fördraget och
artikel 53 i EES-avtalet (ärende COMP/E-1/37.027 — Zinkfosfat) (EGT L 153, 2003,
s. 1) eller i andra hand en begäran om nedsättning av det bötesbelopp som sökanden
ålagts,

* Rättegångsspråk: engelska.

meddelar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN(femte avdelningen)

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

justitiesekreterare: byrådirektören J. Plingers,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 1 juli 2004,

följande

Dom

Bakgrund

- 1 Britannia Alloys & Chemicals Ltd (nedan kallat sökanden eller Britannia), ett bolag bildat enligt engelsk rätt, är dotterbolag till M.I.M. Holdings Ltd (nedan kallat MIM), ett bolag bildat enligt australiensisk rätt. I oktober 1993 sålde bolaget Pasmenco Europe (ISC Alloys) Ltd sin verksamhet inom zinksektorn till MIM, som överlät den till Britannia. Britannia tillverkade och saluförde zinkbaserade produkter,

inklusive zinkfosfat. I mars 1997 köpte Trident Alloys Ltd (nedan kallat Trident), ett oberoende bolag som Britannias styrelse hade bildat, Britannias zinkverksamhet för 14 359 072 pund sterling (GBP). Britannia existerar fortfarande som dotterbolag till MIM men har upphört med all ekonomisk verksamhet och har därför inte längre någon omsättning.

- 2 Även om zinkortofosfaters kemiska sammansättning kan variera något, utgör de en homogen kemisk produkt som getts den allmänna beteckningen zinkfosfat. Zinkfosfat, som framställs ur zinkoxid och fosforsyra, används ofta som rostskyddande mineralpigment inom färgindustrin. Produkten saluförs antingen som standardzinkfosfat eller som modifierat eller "aktivt" zinkfosfat.

- 3 År 2001 kontrollerade fem europeiska producenter större delen av världsmarknaden för zinkfosfat: Dr Hans Heubach GmbH & Co. KG (nedan kallat Heubach), James M. Brown Ltd (nedan kallat James Brown), Société Nouvelle des Couleurs Zinciques SA (nedan kallat SNCZ), Trident (tidigare Britannia) och Union Pigments AS (tidigare Waardals AS) (nedan kallat Union Pigments).

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

- 5 Den 11 december 2001 fattade kommissionen beslut 2003/437/EG om ett förfarande enligt artikel 81 i EG-fördraget och artikel 53 i EES-avtalet (ärende COMP/E-1/37.027 — Zinkfosfat) (EGT L 153, 2003, s. 1). Det beslut som är föremål för prövning är det som meddelats de berörda företagen och som bilagts ansökan (nedan kallat det ifrågasatta beslutet). Detta beslut skiljer sig i vissa avseenden från det som publicerats i *Europeiska unionens officiella tidning*.
- 6 Kommissionen uppgav i det ifrågasatta beslutet att det förelåg en kartell mellan Britannia (Trident från och med den 15 mars 1997), Heubach, James Brown, SNCZ och Union Pigments mellan den 24 mars 1994 och den 13 maj 1998. Kartellen var begränsad till standardzinkfosfat. Medlemmarna i denna kartell kom överens om att dela upp marknaden med säljkvoter för tillverkarna. Vid varje möte fastställde medlemmarna dessutom "lägstapriser" eller "rekommenderade" priser som de i regel följde. Slutligen förekom viss uppdelning av kunder.
- 7 Artiklarna i det ifrågasatta beslutet har följande lydelse:

"Artikel 1

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

Överträdelsen pågick enligt följande:

...

b) När det gäller Britannia ...: från 24 mars 1994 till 15 mars 1997.

...

Artikel 3

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

- a) Britannia ...: 3,37 miljoner euro
- b) ... Heubach ...: 3,78 miljoner euro
- c) James ... Brown ...: 940 000 euro
- d) [SNCZ]: 1,53 miljoner euro
- e) Trident ...: 1,98 miljoner euro
- f) [Union Pigments]: 350 000 euro

...”

- 8 Vid beräkningen av bötesbeloppen använde kommissionen den metod som beskrivs i riktlinjerna för beräkning av böter som döms ut enligt artikel 15.2 i förordning nr 17 och artikel 65.5 i EKSG-fördraget (EGT C 9, 1998, s. 3) (nedan kallade riktlinjerna) och i meddelandet av den 18 juli 1996 om befrielse från eller nedsättning av böter i kartellärenden (EGT C 207, s. 4) (nedan kallat meddelandet om samarbete).
- 9 Kommissionen ansåg att det var rimligt att fastställa grundbeloppet för sökandens böter till 3,75 miljoner euro (punkt 313 i det ifrågasatta beslutet). Vidare erinrades om att bötesbeloppen för vart och ett av de berörda företagen inte fick överskrida den gräns som anges i artikel 15.2 i förordning nr 17. I sökandens fall fastställde kommissionen den där stadgade övre gränsen på 10 procent av föregående räkenskapsårs omsättning med "hänsyn till [sökandens totala] omsättning för räkenskapsåret som avslutade[s] den 30 juni 1996, som är den sista tillgängliga siffran som återspeglar ett helt år med normal ekonomisk verksamhet" (punkt 345, fotnot 196). Omsättningen i fråga uppgick till 55,7 miljoner euro (punkt 50), varför den övre gränsen för böterna fastställdes till cirka 5,5 miljoner euro. Då bötesbeloppet, före tillämpning av meddelandet om samarbete, underskred denna gräns satte kommissionen inte ned beloppet av den anledningen.
- 10 Slutligen beviljade kommissionen sökanden en nedsättning med 10 procent med stöd av meddelandet om samarbete (punkt 366). Det slutliga beloppet fastställdes därmed till 3,37 miljoner euro (punkt 370).

Förfarandet och parternas yrkanden

- 11 Sökanden har väckt denna talan genom ansökan som inkom till förstainstansrättens kansli den 21 februari 2002.
- 12 På grundval av referentens rapport beslutade förstainstansrätten (femte avdelningen) att inleda det muntliga förfarandet. Som processledande åtgärd anmodades kommissionen att skriftligen besvara en fråga angående avgränsningen av marknaden och inge Tridents yttrande av den 23 april 1999 angående kartellen i fulltext. Kommissionen efterkom denna begäran inom den föreskrivna fristen.
- 13 Parterna utvecklade sin talan och svarade på förstainstansrättens frågor vid förhandlingen den 1 juli 2004.
- 14 Sökanden har yrkat att förstainstansrätten skall
 - i första hand ogiltigförklara artikel 3 i det ifrågasatta beslutet i den del det avser sökanden,
 - i andra hand ändra artikel 3 i det ifrågasatta beslutet genom att avsevärt sätta ned de böter som sökanden ålagts, och
 - förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

15 Kommissionen har yrkat att förstainstansrätten skall

- ogilla talan, och

- förplikta sökanden att ersätta rättegångskostnaderna.

Rättslig bedömning

16 Sökanden har åberopat en enda grund. Grunden består av tre delgrunder, under vilka det gjorts gällande att kommissionen har åsidosatt

- artikel 15.2 i förordning nr 17 och proportionalitetsprincipen,

- principen om likabehandling, och

- rättssäkerhetsprincipen,

genom att som beräkningsunderlag för gränsvärdet på 10 procent av omsättningen använda bolagets omsättning för det räkenskapsår som avslutades den 30 juni 1996.

Den första delgrunden: Åsidosättande av artikel 15.2 i förordning nr 17 och proportionalitetsprincipen

Parternas argument

- 17 Enligt sökanden har kommissionen åsidosatt artikel 15.2 i förordning nr 17 genom att beräkna gränsvärdet på 10 procent av omsättningen på grundval av omsättningen för ett annat räkenskapsår än det som föregick det ifrågasatta beslutet.
- 18 Enligt sökanden kan det bötesbelopp som ett företag skall åläggas enligt denna bestämmelse fastställas på två olika sätt. Kommissionen kan ålägga antingen böter på mellan 1 000 och 1 miljon euro, eller böter på över 1 miljon euro som dock inte får överstiga 10 procent av "föregående räkenskapsårs omsättning", det vill säga de räkenskapsår som föregick beslutet att ålägga böter. Sökanden menar att det klart framgår av artikel 15.2 i förordning nr 17 att kommissionen är skyldig att hänföra sig till föregående räkenskapsårs omsättning när den fastställer den övre gränsen på 10 procent av omsättningen. Kommissionen kan inte skönsmässigt fastställa denna övre gräns på grundval av ett annat räkenskapsår. Den kan inte heller med stöd av andra delen av artikel 15.2 ålägga ett bötesbelopp på över 1 miljon euro annat än om företagets omsättning överstiger 10 miljoner euro, eftersom bötesbeloppet annars med nödvändighet överskrider den övre gränsen på 10 procent.
- 19 Sökanden har gjort gällande att kommissionen felaktigt fastställt den övre gränsen på 10 procent av den omsättning som var tillämplig på böterna med hänsyn till

omsättningen från det räkenskapsår som avslutades den 30 juni 1996 (punkt 345 i det ifrågasatta beslutet, fotnot 196). Eftersom det ifrågasatta beslutet antogs den 11 december 2001, var föregående räkenskapsår — som borde ha legat till grund för denna övre gräns — det räkenskapsår som avslutades den 30 juni 2001. Britannia menar att det vid denna tidpunkt inte var ett affärsdrivande bolag och att det således saknade omsättning. Kommissionen hade således inte rätt att ålägga det böter på över 1 miljon euro med stöd av andra delen av artikel 15.2 i förordning nr 17. I stället borde första delen av denna bestämmelse ha tillämpats och ett bötesbelopp på mellan 1 000 och 1 miljon euro ålagts. Det förhållandet att bolaget saknade omsättning under föregående räkenskapsår påverkar inte kommissionens skyldighet att beräkna den övre gränsen på 10 procent på grundval av detta räkenskapsår. Om kommissionen hade beslutat att ålägga ett bötesbelopp på 1 miljon euro skulle den förmodligen ha satt ned detta belopp med så många procent som kunde anses skäligt enligt meddelandet om samarbete, det vill säga med 10 procent, vilket hade gett ett bötesbelopp på 900 000 euro.

- 20 Det framgår av rättspraxis att med "föregående räkenskapsårs omsättning" menas enligt artikel 15.2 i förordning nr 17 det berörda företagens "senaste hela räkenskapsår" (förstainstansrättens dom av den 15 mars 2000 i de förenade målen T-25/95, T-26/95, T-30/95–T-32/95, T-34/95–T-39/95, T-42/95–T-46/95, T-48/95, T-50/95–T-65/95, T-68/95–T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 och T-104/95, *Cimenteries CBR m.fl. mot kommissionen*, REG 2000, s. II-491, punkt 5009). Eftersom uttrycken *exercice social* och *exercice comptable* (räkenskapsår) används utan åtskillnad i riktlinjerna (punkt 5 a), skall uttrycket "senaste hela räkenskapsår", som förstainstansrätten använder i domen i de ovannämnda förenade målen *Cimenteries CBR m.fl. mot kommissionen* rimligen förstås som det senaste hela räkenskapsåret i bokföringshänseende.

- 21 Sökanden har i sin replik bestridit kommissionens påstående att förstainstansrätten inte enbart skall tolka artikel 15.2 i förordning nr 17 enligt dess ordalydelse utan även använda sig av historiska och teleologiska tolkningsmetoder. Det framgår av

fast rättspraxis att en tolkning av en bestämmelse enligt dess ordalydelse har företräde när bestämmelsens ordalydelse är klar och entydig och uppenbarligen avser den aktuella situationen (domstolens dom av den 14 december 2000 i mål C-245/97, Tyskland mot kommissionen, REG 2000, s. I-11261, punkt 72, och av den 4 oktober 2001 i mål C-133/00, Bowden m.fl., REG 2001, s. I-7031, punkterna 38–44, samt generaladvokaten Mayras förslag till avgörande inför domstolens dom av den 28 februari 1980 i mål 67/79, Fellingner, REG 1980, s. 535, s. 547). Kommissionen har själv medgett att ordalydelsen i artikel 15.2 i förordning nr 17 är klar genom att i sitt svaromål ange att ”hänvisningen till föregående räkenskapsår i artikel 15.2 logiskt sett förefaller avse det räkenskapsår som föregår beslutet att ålägga böter”.

- 22 En tolkning av artikel 15.2 i förordning nr 17 enligt dess ordalydelse står i överensstämmelse med de syften som gemenskapslagstiftaren har eftersträvat. Det faktum att det i bestämmelsen hänvisas till föregående räkenskapsår, snarare än exempelvis till det sista räkenskapsår under vilket överträdelsen pågick, tyder på att lagstiftaren har velat säkerställa att det görs en bedömning av den sannolika effekten på företaget och av huruvida bötesbeloppet är proportionerligt i förhållande till företagets finansiella ställning vid den tidpunkt då böterna åläggs. Enligt sökanden avser artikel 15.2 i förordning nr 17 nämligen just det fallet då, såsom i förevarande fall, det företag som gjort sig skyldigt till överträdelsen fortsätter att existera men under mycket sämre ekonomiska förhållanden än dem som rådde när överträdelsen pågick och därför inte skall åläggas orimligt höga och oproportionerliga böter.
- 23 Sökanden har ifrågasatt kommissionens försäkran om att dess tolkning av artikel 15.2 i förordning nr 17 är nödvändig för att säkerställa att bötesbeloppet blir tillräckligt avskräckande. Bestämmelsen kan inte bygga på antagandet att ett företags omsättning under det räkenskapsår som föregår ett beslut på ett nöjaktigt sätt återspeglar dess omsättning vid tidpunkten för överträdelsen. Det saknas stöd för att slå fast att lagstiftaren har utgått från ett sådant antagande och det faktum att

föregående räkenskapsår valdes framför till exempel det sista året för överträdelsen tyder på att det syfte som eftersträvas är att bedöma den sannolika effekten på företaget och huruvida bötesbeloppet är proportionerligt i förhållande till företagets finansiella ställning vid tidpunkten för böternas åläggande. Sökanden har, som svar på kommissionens påstående att ett bötesbelopp på 1 miljon euro är för lågt, angett att detta bötesbelopp har ansetts tillräckligt avskräckande i kommissionens beslut 1999/271/EG av den 9 december 1998 om ett förfarande enligt artikel 85 i EG-fördraget (IV/34.466 — Greek Ferries) (EGT L 109, 1999, s. 24) (nedan kallat beslutet Greek Ferries). Vidare är kommissionens argument avseende risken för att företag manipulerar med sin omsättning för att undgå ett högre bötesbelopp irrelevanta i detta fall, eftersom det inte påstås att sökanden har agerat på ett sådant sätt. Det anförs att förstainstansrätten borde begränsa sin prövning till de omständigheter som framgår av handlingarna i målet.

- 24 Sökanden har bestridit kommissionens påstående om att dess tolkning av artikel 15.2 i förordning nr 17 syftar till att säkerställa bestämmelsens ändamålsenliga verkan, i enlighet med rättspraxis. Sökanden menar att den rättspraxis som kommissionen har åberopat är irrelevant och att det av denna framgår att när en företagssammanslutning eller ett företag som agerar för sina medlemmars räkning åläggs böter, skall den övre gränsen på 10 procent beräknas i förhållande till medlemmarnas totala omsättning. Den betydelse som begreppet omsättning har getts i denna rättspraxis är enbart relevant under de omständigheter som rådde i de målen.

- 25 Kommissionen har tidigare utgått från den principen att grundbeloppet och tillämpningen av den övre gränsen på 10 procent utgör två olika etapper när bötesbeloppet fastställs och den har inte ansett det vara nödvändigt att tillämpa detta gränsvärde på det år som ligger så nära det år under vilket företaget begick överträdelsen som möjligt, när det funnits en avsevärd skillnad mellan föregående

räkenskapsårs omsättning och den omsättning som förelåg när överträdelsen begicks. Kommissionen fastställde således i sitt beslut 2002/271/EG av den 18 juli 2001 om ett förfarande enligt artikel 81 EG och artikel 53 i EES-avtalet (ärende COMP/E-1/36.490 — Grafitelektroder) (EGT L 100, s. 1) grundbeloppet i proportion till UCAR Internationals omsättning, som var 1 022 miljoner euro, för år 1998, det vill säga året innan överträdelsen upphörde. Trots att UCAR:s omsättning för år 2000, som var det år som omedelbart föregick beslutet, var 181 miljoner euro lägre än omsättningen för år 1998 tillämpade kommissionen den övre gränsen på 10 procent på omsättningen för år 2000.

- 26 Sökanden har tillagt att kommissionen, genom att lägga ett annat räkenskapsår än föregående räkenskapsår till grund för beräkningen av den övre gränsen på 10 procent av omsättningen, inte har beaktat sökandens finansiella ställning vid den tidpunkt då det ifrågasatta beslutet antogs och att den därmed har åsidosatt proportionalitetsprincipen. Enligt denna princip skall de åtgärder som kommissionen vidtar inte gå utöver vad som är ändamålsenligt och nödvändigt för att uppnå de legitima mål som eftersträvas (domstolens dom av den 24 september 1985 i mål 181/84, Man (Sugar), REG 1985, s. 2889, punkt 20). Kommissionen har i förevarande fall beslutat att tillämpa den övre gränsen på 10 procent på ett räkenskapsår som saknar samband med sökandens finansiella ställning, mätt i omsättning, vid den tidpunkt då det ifrågasatta beslutet antogs. Det ålagda bötesbeloppet återspeglar följaktligen inte sökandens ekonomiska styrka och är därför oproportionerligt. Sökanden erinrar om att den vid tidpunkten för beslutet saknade omsättning och att bötesbeloppet i fråga dessutom klart överskrider dess nuvarande totala tillgångar, som uppgår till cirka 1,9 miljoner euro enligt de granskade räkenskaperna för det räkenskapsår som avslutades den 30 juni 2001.

- 27 Kommissionen har inledningsvis påpekat att sökanden hade gjort sig skyldig till den aktuella överträdelsen, som när det ifrågasatta beslutet antogs fortfarande pågick. Således var det motiverat att ålägga bolaget böter (punkterna 242–250 i det ifrågasatta beslutet) (förstainstansrättens dom av den 17 december 1991 i mål T-6/89, Enichem Anic mot kommissionen, REG 1991, s. II-1623, punkt 236; svensk specialutgåva, volym 11, s. II-1).

- 28 Vidare medges att hänvisningen till föregående räkenskapsår i artikel 15.2 i förordning nr 17 "logiskt sett förefaller avse det räkenskapsår som föregår beslutet att ålägga böter". Kommissionen menar emellertid att den, när föregående räkenskapsårs omsättning ger en fullständigt skev bild av storleken på det aktuella företaget, har rätt att beakta dess omsättning under ett tidigare räkenskapsår.
- 29 Kommissionen opponerar sig mot den rena bokstavstolkning av artikel 15.2 i förordning nr 17 som sökanden har gjort. Det framgår av rättspraxis att, även om ordalydelsen i en bestämmelse förefaller klar, det är nödvändigt att beakta den aktuella bestämmelsens anda, systematik och det sammanhang i vilket den ingår (domstolens dom av den 5 februari 1963 i mål 26/62, van Gend en Loos, REG 1963, s. 3, svensk specialutgåva, volym 1, s. 161, och av den 21 februari 1973 i mål 6/72, Europemballage och Continental Can mot kommissionen, REG 1973, s. 215, svensk specialutgåva, volym 2, s. 89).
- 30 När, som i förevarande fall, företaget inte har haft någon omsättning, anser kommissionen att den vid beräkningen av företagets storlek och ekonomiska styrka kunde beakta antingen omsättningen i den koncern i vilken det ingick eller omsättningen under det sista år under vilket det hade en normal ekonomisk aktivitet. Eftersom det i förordningen hänvisas till "det berörda företaget", föreföll den andra möjligheten vara den lämpligaste. Båda möjligheterna innebär ett visst avsteg från ordalydelsen i förordning nr 17, som dock har godtagits av gemenskapsdomstolarna, och den andra möjligheten är förmodligen den fördelaktigaste för det berörda bolaget.
- 31 Kommissionen har vidare anfört flera argument till stöd för sin tolkning av artikel 15.2 i förordning nr 17. Bland annat har det gjorts gällande att dess tolkning

är nödvändig för att säkerställa att bötesbeloppet blir tillräckligt avskräckande. När ett företag är verksamt fram till dess att det slutliga beslutet antas utgår både kommissionen och förordning nr 17 från att föregående räkenskapsårs omsättning på ett nöjaktigt sätt visar storleken på företagets omsättning vid den tidpunkt då överträdelsen begicks. Sökandens tolkning skulle tillintetgöra syftet med tillräckligt avskräckande sanktioner, varpå möjligheten att ålägga böter skulle förlora all sin ändamålsenliga verkan.

- 32 Enligt kommissionen står dess tolkning av artikel 15.2 i förordning nr 17 dessutom helt i överensstämmelse med rättspraxis. Gemenskapsdomstolarna har tolkat förordningen på ett sätt som skall säkerställa dess ändamålsenliga verkan. I rättspraxis bekräftas vidare att det föreligger en koppling mellan nämnda bestämmelse och företagets verkliga storlek vid tidpunkten för överträdelsen (se, till exempel, domstolens dom av den 16 november 2000 i mål C-298/98 P, Finnboard mot kommissionen, REG 2000, s. I-10157, punkt 66, samt förstainstansrättens dom av den 14 maj 1998 i mål T-338/94, Finnboard mot kommissionen, REG 1998, s. II-1617, punkt 282, och 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, punkterna 136 och 137).

Förstainstansrättens bedömning

- 33 Förstainstansrätten påpekar inledningsvis att sökanden inte har bestridit sin delaktighet i kartellen, den överträdelse av artikel 81 EG som bolaget hållits ansvarigt för eller kommissionens bedömning av överträdelsens allvar och varaktighet. Britannia har endast yrkat att de ålagda böterna skall upphävas eller sättas ned på den grunden att kommissionen har åsidosatt artikel 15.2 i förordning nr 17 genom att ålägga bolaget ett bötesbelopp som överskrider den där stadgade övre gränsen på 10 procent av föregående räkenskapsårs omsättning.

- 34 I artikel 15.2 i förordning nr 17 föreskrivs att kommissionen får ålägga företag och företagssammanslutningar "böter om lägst ettusen och högst 1 miljon beräkningsenheter, eller ett högre belopp som dock inte får överstiga 10 procent av föregående räkenskapsårs omsättning för varje företag som har deltagit i överträdelsen ..."
- 35 Enligt rättspraxis är syftet med den övre gränsen på 10 procent i artikel 15.2 i förordning nr 17 att undvika att böter åläggs som är orimliga i förhållande till företagets storlek och i synnerhet undvika att böter åläggs som företaget förmodligen inte kommer att klara av att betala. Eftersom det endast är den totala omsättningen som verkligen kan ge en ungefärlig antydning i detta hänseende, måste ovannämnda procentsats förstås som en hänvisning till den totala omsättningen (domstolens 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 119; svensk specialutgåva, volym 7, s. 133).
- 36 Artikel 15.2 i förordning nr 17 har till syfte att ge kommissionen befogenhet att ålägga böter så att den skall kunna fullgöra sin kontrolluppgift enligt gemenskapsrätten (domen i det ovan i punkt 35 nämnda målet *Musique diffusion française m.fl. mot kommissionen*, punkt 105, och förstainstansrättens dom av den 9 juli 2003 i mål T-224/00, *Archer Daniels Midland och Archer Daniels Midland Ingredients mot kommissionen*, REG 2003, s. II-2597, punkt 105). I denna uppgift ingår såväl undersökning och bestraffning av enskilda överträdelser som plikten 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. Härav följer att kommissionen skall se till att böterna har en avskräckande verkan (se domen i det ovannämnda målet *Archer Daniels Midland och Archer Daniels Midland Ingredients mot kommissionen*, punkterna 105 och 106).
- 37 Det är ostridigt mellan parterna att det av rättspraxis även framgår att begreppet "föregående räkenskapsår" i artikel 15.2 i förordning nr 17 i allmänhet skall förstås som vart och ett av de berörda företagens senaste hela räkenskapsår som föregick den dag då beslutet antogs (domen i det ovan i punkt 20 nämnda förenade målen

Cimenteries CBR m.fl. mot kommissionen, punkt 5009, och domstolens dom av den 16 november 2000 i mål C-291/98 P, Sarrió mot kommissionen, REG 2000, s. I-9991, punkt 85).

- 38 Det framgår emellertid av såväl syftena med det sammanhang i vilket bestämmelsen ingår (se ovan punkterna 35 och 36) som den rättspraxis som det hänvisas till ovan i punkt 37 att tillämpningen av den övre gränsen på 10 procent förutsätter dels att kommissionen har uppgift på vilken omsättning företaget hade det år som föregick den dag då beslutet antogs, dels att denna uppgift motsvarar ett helt räkenskapsår med normal ekonomisk verksamhet under en tolv månadersperiod.
- 39 I det fall då beslutet fattas efter det att räkenskapsåret har avslutats men innan företagets räkenskaper har upprättats eller meddelats kommissionen, får, eller snarare skall, kommissionen beakta ett tidigare räkenskapsårs omsättning vid tillämpningen av artikel 15.2 i förordning nr 17. Kommissionen får även, när ett företag på grund av en omorganisation av eller ändring i sin bokföringspraxis under föregående räkenskapsår har räkenskaper som rör en period som understiger tolv månader, tillämpa denna bestämmelse med beaktande av en omsättning som uppnåtts under ett tidigare helt räkenskapsår.
- 40 Det handlar således inte bara om att välja mellan det högsta bötesbeloppet på 1 miljon euro och en övre gräns som enbart bestäms utifrån omsättningen under det räkenskapsår som föregick beslutet.
- 41 Eftersom det ifrågasatta beslutet antogs den 11 december 2001, utgjordes föregående räkenskapsår av det år som löpte mellan den 1 juli 2000 och den 30 juni 2001. Sökanden upphörde emellertid med sina verksamheter i zinkbran-

schen år 1997, varefter bolaget upphörde med all ekonomisk verksamhet (se ovan punkt 1). Sökanden har därmed inte haft någon verksamhet alls under perioden den 1 juli 2000–30 juni 2001 och har således inte haft någon omsättning under denna period.

- 42 När det ifrågasatta beslutet antogs saknade kommissionen följaktligen uppgift om att sökanden skulle ha haft omsättning från någon ekonomisk verksamhet under föregående räkenskapsår. Förstainstansrätten anser inte att denna situation skiljer sig avsevärt från de situationer som berörs ovan i punkt 39. Om ett företag inte har bedrivit någon ekonomisk verksamhet under föregående räkenskapsår ger omsättningen ingen antydning om storleken på företaget, vilket krävs enligt rättspraxis (se ovan punkt 35), och den kan således inte läggas till grund för beräkningen av den övre gräns som avses i artikel 15.2 i förordning nr 17.
- 43 Sökanden har påstått att syftet med denna övre gräns är att bedöma den sannolika effekten på företaget med hänsyn till dess storlek vid tidpunkten för böternas åläggande och att kommissionen har åsidosatt proportionalitetsprincipen (se ovan punkterna 22 och 26). Förstainstansrätten påpekar emellertid att det specifika syftet med nämnda gräns är att undvika att böter åläggs som är orimliga i förhållande till företagets storlek och i synnerhet att undvika att böter åläggs som det berörda företaget inte klarar av att betala (se ovan punkt 35). En tillämpning av denna gräns på 10 procent i detta syfte förutsätter att det berörda företaget är ekonomiskt verksamt när böterna åläggs. I förevarande fall hade ett affärsbeslut fattats år 1997 om att överlåta sökandens zinkverksamhet till Trident, upphöra med sökandens verksamhet på den relevanta marknaden och dela ut vinsten för denna överlåtelse i stället för att starta upp en ny affärsverksamhet. Eftersom Britannia har realiserat värdet av sin affärsverksamhet genom överlåtelsen, har bolaget inte gjort gällande att det inte klarar av att betala böterna i brist på löpande affärsverksamhet (se ovan punkt 1). Förstainstansrätten finner under dessa förhållanden att det inte var oproportionerligt att fastställa den övre gränsen för böterna i förhållande till bolagets storlek före överlåtelsen av dess affärsverksamhet.

- 44 Sökanden kan inte vinna framgång med påståendet att kommissionen enligt dess tolkning av artikel 15.2 i förordning nr 17 alltid kan ålägga böter på 1 miljon euro, ett belopp som kommissionen för övrigt har ansett vara tillräckligt avskräckande. Enbart det faktum att kommissionen i sin tidigare beslutspraxis, och för övrigt under omständigheter som skiljer sig från dem i förevarande mål, har ansett att böter på 1 miljon euro har en tillräckligt avskräckande effekt innebär inte att den är skyldig att göra samma bedömning i senare beslut. Det skall tilläggas att det framgår av riktlinjerna att det för "mycket allvarliga" överträdelse kan åläggas böter på över 20 miljoner euro och att sökanden inte har bestridit att överträdelsen i förevarande mål är "mycket allvarlig". Kommissionen hade således fog för att anse att ett bötesbelopp på 1 miljon euro var otillräckligt.
- 45 Av det anförda följer att kommissionen inte var skyldig att beakta att sökanden saknade omsättning under det räkenskapsår som avslutades den 30 juni 2001 när den fastställde den övre gränsen på 10 procent enligt artikel 15.2 i förordning nr 17.
- 46 Det skall därefter prövas om kommissionen hade rätt att, såsom den gjorde i det ifrågasatta beslutet, beakta sökandens omsättning för det räkenskapsår som avslutades den 30 juni 1996 och således inte beakta senare räkenskapsår.
- 47 Kommissionen har i det ifrågasatta beslutet angett att den övre gränsen på 10 procent av föregående räkenskapsårs omsättning beräknades med beaktande av sökandens totala omsättning för det räkenskapsår som avslutades den 30 juni 1996, som är "den sista tillgängliga siffran som återspeglar ett helt år med normal ekonomisk verksamhet" (se ovan punkt 9). Sökandens omsättning under det räkenskapsår som avslutades den 30 juni 1996 uppgick till 55,7 miljoner euro. Det framgår av handlingarna i målet, vilket parterna har bekräftat under förhandlingen, att sökanden i själva verket fortsatte sin verksamhet som vanligt fram till mars år

1997, då den överlät sin verksamhet inom zinkbranschen till Trident (se ovan punkt 1). Det framgår dessutom av sökandens räkenskaper för det räkenskapsår som avslutades den 30 juni 1997 att Britannia efter denna överlåtelse bedrev en begränsad affärsverksamhet som bestod i att köpa zink från en leverantör enligt ett i förväg upprättat avtal och återförsälja den till Trident till självkostnadspris. Sökandens omsättning under det räkenskapsår som avslutades den 30 juni 1997 uppgick således till 34,8 miljoner GBP. Året därpå upphörde Britannia med denna återstående verksamhet och uppnådde därför, under det räkenskapsår som avslutades den 30 juni 1998, en omsättning på endast 7,3 miljoner GBP. Under senare räkenskapsår har bolaget helt saknat omsättning.

48 För att kunna fastställa den övre gräns som avses i artikel 15.2 i förordning nr 17 måste kommissionen, såsom anges ovan i punkt 38, ha uppgift på en omsättning som motsvarar ett helt räkenskapsår med normal ekonomisk verksamhet under en tolv månadersperiod.

49 Förstainstansrätten konstaterar att ett företags omsättning även under ett räkenskapsår med normal ekonomisk aktivitet kan minska, till och med kraftigt, i förhållande till föregående år. Skälen varierar och det kan röra sig om ekonomiska svårigheter, en kris inom den relevanta sektorn, en olycka eller en strejk. Så snart ett företag kan visa omsättning för ett helt räkenskapsår under vilket det har bedrivit ekonomisk verksamhet, om än i minskad omfattning, skall kommissionen beakta företaget i det skick det är för att fastställa den övre gräns som avses i artikel 15.2 i förordning nr 17. Förstainstansrätten finner att kommissionen, åtminstone i situationer då det saknas uppgift om att ett företag har upphört med sin affärsverksamhet eller har manipulerat sin omsättning för att undgå höga böter, är skyldig att fastställa den övre gränsen för böterna i förhållande till den senaste omsättning som återspeglar ett helt år med ekonomisk verksamhet.

50 Förstainstansrätten finner att det för sökandens del är det räkenskapsår som avslutades den 30 juni 1996 som utgör det senaste "hela" räkenskapsår som avses i de ovan i punkt 20 nämnda förenade målen Cimenteries CBR m.fl. mot

kommissionen (punkt 5009). Sökanden bedrev sin normala verksamhet i endast nio månader under det räkenskapsår som avslutades den 30 juni 1997, fram till överlåtelsen till Trident i mars 1997. Från slutet av mars månad år 1997 höll sökanden på att avveckla sin affärsverksamhet. I den mån bolaget fortsatte att bedriva verksamhet under det sista kvartalet år 1997 var den begränsad till inköp av zink enligt ett i förväg upprättat avtal och återförsäljning av densamma till självkostnadspris. Sistnämnda verksamhet kan inte betraktas som normal ekonomisk verksamhet, eftersom bolaget enligt avtalet om överlåtelse av dess zinkverksamhet agerade i egenskap av distributionskanal mellan leverantören och Trident. Britannias verksamhet skall således från och med mars månad år 1997 betraktas som en del i de bokföringsarrangemang som hör till överlåtelsen av zinkverksamheten.

- 51 Härav följer att det räkenskapsår som avslutades den 30 juni 1996 var det sista hela räkenskapsår som föregick det ifrågasatta beslutet i den mening som avses i artikel 15.2 i förordning nr 17. Kommissionen har således inte åsidosatt denna bestämmelse genom att fastställa den övre gränsen i förhållande till detta räkenskapsår.
- 52 Sökandens påstående att proportionalitetsprincipen har åsidosatts skall, av de skäl som anförs ovan i punkt 43, inte godtas.

Den andra delgrunden: Åsidosättande av principen om likabehandling

Parternas argument

- 53 Sökanden har anfört två argument till stöd för den andra delgrunden, som avser åsidosättande av principen om likabehandling.

- 54 Sökanden har gjort gällande att kommissionen har frångått sin tidigare praxis genom att använda bolagets omsättning för ett annat räkenskapsår än det räkenskapsår som föregick det ifrågasatta beslutet som beräkningsunderlag för gränsvärdet på 10 procent och att den därmed har åsidosatt principen om likabehandling. Kommissionen har enligt sökanden alltid använt föregående räkenskapsårs omsättning som beräkningsunderlag. Bland annat anges att den i de fall det berörda företaget sålt den relevanta verksamheten till en annan enhet under överträdelseperioden inte har tillämpat gränsvärdet på omsättningen för det räkenskapsår under vilket bolaget fortfarande bedrev ekonomisk verksamhet, utan i stället beaktat den omsättning som det berörda bolaget hade uppnått under det räkenskapsår som föregick dess beslut (kommissionens beslut 86/398/EEG av den 23 april 1986 om ett förfarande enligt artikel 85 i EEG-fördraget (ärende IV/31.149 — Polypropylene) (EGT L 230, s. 1), och kommissionens beslut 94/599/EG av den 27 juli 1994 om ett förfarande enligt artikel 85 i EG-fördraget (ärende IV/31.865 — PVC) (EGT L 239, s. 14)). Kommissionen har med rätta fastställt att den inte skönmässigt kunde tillämpa den övre gränsen på 10 procent av omsättningen med beaktande av ett annat räkenskapsår än det år som föregick det ifrågasatta beslutet.
- 55 Sökanden har angett att kommissionen i det ovan i punkt 23 nämnda beslutet *Greek Ferries*, med stöd av första delen av artikel 15.2 i förordning nr 17, ålade *Karageorgis*, ett av de berörda företagen för vilket det saknades uppgift om föregående räkenskapsårs omsättning, böter på 1 miljon euro. Sökandens situation i förevarande fall är snarlik den som nämnda företag befann sig i, eftersom båda företagen hade dragit sig tillbaka från marknaden långt innan kommissionen fattade sitt beslut.
- 56 Vidare har det gjorts gällande att kommissionen har åsidosatt principen om likabehandling genom att vid beräkningen av den övre gränsen för böterna inte behandla *Britannia* på samma sätt som *Union Pigments* och *SNCZ*, trots att *Britannia* befann sig i samma situation som dessa bolag. Kommissionen beräknade den övre gränsen för de böter som *Union Pigments* och *SNCZ* ålades i förhållande till den omsättning som bolagen hade uppnått under föregående räkenskapsår och satte därför ned deras böter. I sökandens fall beaktade kommissionen i stället ett

tidigare räkenskapsår, och böterna sattes därför inte ned. Kommissionen beaktade Union Pigments och SNCZ:s finansiella ställning uttryckt i årsomsättning när den antog det ifrågasatta beslutet, vilket den inte gjorde i sökandens fall.

- 57 Kommissionen har bestridit sökandens påstående att principen om likabehandling har åsidosatts.
- 58 Kommissionen anser inte att den har ändrat sin tidigare praxis på ett sätt som strider mot denna princip. Det medges att den i allmänhet använde den omsättning som det berörda företaget hade uppnått under det räkenskapsår som föregick beslutet när den fastställde den övre gränsen på 10 procent. I motsats till vad sökanden har påstått agerade den på det sättet inte för att den inte hade rätt att beakta ett annat räkenskapsår, utan för att den inte var ställd inför samma situation som i förevarande mål, där en kartellmedlem sålt all sin verksamhet samtidigt som den rättsligt sett fortfarande existerar. Kommissionen har därvid erinrat om att tidigare beslutspraxis inte utgör den rättsliga ramen för åläggande av böter på konkurrensområdet, eftersom det endast är i förordning nr 17 som denna rättsliga ram definieras (förstainstansrättens dom av den 20 mars 2002 i mål T-23/99, LR AF 1998 mot kommissionen, REG 2002, s. II-1705, punkt 234).
- 59 Kommissionen har vidare bestridit påståendet att sökanden inte har behandlats på samma sätt som andra företag i samma situation.

Förstainstansrättens bedömning

- 60 Det följer av fast rättspraxis att principen om likabehandling endast åsidosatts när jämförbara situationer behandlas olika eller olika situationer behandlas lika, såvida

det inte finns sakliga skäl för en sådan behandling (domen i det ovan i punkt 36 nämnda målet Archer Daniels Midland och Archer Daniels Midland Ingredients mot kommissionen, punkt 69, och förstainstansrättens dom av den 14 maj 1998 i mål T-311/94, BPB de Eendracht mot kommissionen, REG 1998, s. II-1129, punkt 309).

- 61 Sökanden kan inte vinna framgång med sitt första argument att kommissionen skulle ha frångått sin tidigare praxis. Britannia befinner sig nämligen inte i en situation som är jämförbar med den som företagen i de ovan i punkt 54 nämnda målen befann sig i, eftersom det inte hade någon omsättning alls under det räkenskapsår som föregick det ifrågasatta beslutet. Britannia kan således inte kräva att det skall behandlas på samma sätt som företag i tidigare mål.
- 62 Sökanden kan inte heller vinna framgång med sitt andra argument att bolaget diskriminerats i förhållande till SNCZ och Union Pigments. Förstainstansrätten finner mot bakgrund av den rättspraxis som det hänvisas till ovan i punkt 60 att sökanden uppenbarligen befinner sig i en annan situation än SNCZ och Union Pigments. De sistnämnda var till skillnad från sökanden fortfarande aktiva på zinkfosfatmarknaden vid den tidpunkt då det ifrågasatta beslutet antogs. Deras omsättning under föregående räkenskapsår utgjorde således en tillförlitlig indikation på deras ekonomiska styrka. Eftersom det faktum att sökanden saknade omsättning gav en skev bild av företagets styrka, hade kommissionen rätt att använda sig av ett tidigare räkenskapsår och således rätt att behandla sökanden på ett annat sätt än SNCZ och Union Pigments.
- 63 Det skall tilläggas att sökanden, genom att påstå att principen om likabehandling har åsidosatts, har förbisett det faktum att om kommissionen inte hade använt sig av ett tidigare räkenskapsårs omsättning, hade det blivit fråga om en tydlig och obefogad diskriminering till fördel för sökanden, i synnerhet i förhållande till Trident. Om kommissionen hade nöjt sig med att ålägga Britannia böter på 1 miljon euro för en

överträdelse som varade i tre år (från den 24 mars 1994 till den 15 mars 1997), hade bötesbeloppet endast motsvarat hälften av det bötesbelopp som ålades Trident, som hade köpt upp Britannias verksamhet inom zinkbranschen och som hade deltagit i överträdelsen i egenskap av Britannias "efterträdare" under en period på fjorton månader (från den 15 mars 1997 till den 13 maj 1998).

- 64 Den återopade grundens andra del skall således underkännas.

Den tredje delgrunden: Åsidosättande av rättssäkerhetsprincipen

Parternas argument

- 65 Sökanden har gjort gällande att kommissionen har åsidosatt rättssäkerhetsprincipen genom att använda ett annat räkenskapsår än det år som föregick det ifrågasatta beslutet som beräkningsunderlag för den övre gränsen på 10 procent av omsättningen. Enligt denna princip skall företagen kunna utöva sina verksamheter på ett sätt som är förutsebart. Åtgärder som har rättsliga verkningar skall vara entydiga och deras tillämpning förutsebar. Principen skall iaktas särskilt strikt när det handlar om åtgärder som får ekonomiska konsekvenser, såsom åläggande av böter (domstolens dom av den 15 december 1987 i mål 326/85, Nederländerna mot kommissionen, REG 1987, s. 5091, punkt 24). Sökanden anser att det enligt rättssäkerhetsprincipen krävs att artikel 15.2 i förordning nr 17 tolkas restriktivt, på så sätt att den övre gränsen på 10 procent alltid skall tillämpas på det räkenskapsår som omedelbart föregår beslutet att ålägga böter. Om kommissionen hade haft rätt att skönmässigt tillämpa denna gräns på tidigare räkenskapsår, skulle företagen inte ha kunnat förutse vilka sanktionsåtgärder de riskerade att åläggas.

- 66 Vidare anges att den tolkning som kommissionen har gett artikel 15.2 i förordning nr 17 för att den, i de fall föregående räkenskapsårs omsättning ger en totalt skev bild av företaget, skall kunna välja ett år som mer eller mindre återspeglar det berörda företagens ekonomiska styrka vid tidpunkten för överträdelsen, leder till en oacceptabel rättsosäkerhet för ett företag vars omsättning minskar under det räkenskapsår som föregår beslutet. Företaget kan definitivt inte avgöra huruvida kommissionen avser att beakta omsättningen för ett annat räkenskapsår än det föregående och vilket år den kommer att betrakta som godtagbart. Det enda sättet att garantera rättssäkerheten är att tillämpa föregående räkenskapsår som referensår vid beräkningen av den övre gränsen enligt ordalydelsen i artikel 15.2 i förordning nr 17.
- 67 Sökanden anser inte heller att det går att sluta sig till att bolaget hade kunnat förutse kommissionens tillvägagångssätt utifrån den omständigheten att det, efter vad som påstås, inte tog upp den frågan i sitt svar på meddelandet om anmärkningar. Bolaget har påpekat att det i sitt svar framhöll att det inte kunde hållas ansvarigt för böter och att kommissionen borde ålägga Trident, som efterträtt Britannia i ekonomiskt hänseende, böter för hela överträdelseperioden. Sökanden har alltid ansett att om kommissionen beslutade att ålägga den böter, skulle bötesbeloppet högst kunna uppgå till 1 miljon euro, före nedsättning för samarbete. Ett sådant bötesbelopp kan inte betraktas som "symboliskt" för ett företag som i likhet med sökanden saknar omsättning och har ytterst få tillgångar. Britannia uttalade sig inte om tolkningen av artikel 15.2 i förordning nr 17 i sitt svar på meddelandet om anmärkningar, eftersom det ansåg att bestämmelsens ordalydelse var fullständigt klar och tvingande.
- 68 Kommissionen anser att den tredje delgrunden skall underkännas i sin helhet. Den har dels bestridit sökandens påstående att artikel 15.2 i förordning nr 17 skall tolkas restriktivt, dels gjort gällande att kommissionens tolkning av denna bestämmelse var förutsebar.

Förstainstansrättens bedömning

- 69 Rättssäkerhetsprincipen kräver att rättsregler skall vara klara och precisa och syftar till att säkerställa förutsebarheten rörande de situationer och rättsförhållanden som omfattas av gemenskapsrätten (domstolens dom av den 15 februari 1996 i mål C-63/93, Duff m.fl., REG 1996, s. I-569, punkt 20, och förstainstansrättens dom av den 21 oktober 1997 i mål T-229/94, Deutsche Bahn mot kommissionen, REG 1997, s. II-1689, punkt 113).
- 70 Förstainstansrätten konstaterar att de bestämmelser som reglerar tillämpningen av artikel 81 EG, i synnerhet förordning nr 17 och riktlinjerna, möjliggör för företagen att med visshet förutse att böter kommer att åläggas vid överträdelse av gemenskapens konkurrensregler och att bötesbeloppet kommer att fastställas i proportion till överträdelsens allvar och varaktighet.
- 71 Artikel 15.2 i förordning nr 17 borgar för att bötesbelopp på över 1 miljon euro inte överstiger den övre gränsen på 10 procent av det berörda företags omsättning under föregående räkenskapsår. Tolkningen av denna bestämmelse beror dock på omständigheterna i det enskilda fallet och, såsom har anförts ovan i punkt 39, tillgängligheten och fullständigheten av de årsräkenskaper i vilka omsättningen i fråga redovisas.
- 72 Resultatet av tillämpningen av artikel 15.2 i förordning nr 17 skall dessutom säkerställa den ändamålsenliga verkan av förordning nr 17.
- 73 I förevarande fall var det fullständigt förutsebart att böter skulle komma att åläggas Britannia, eftersom bolaget hade deltagit i en överträdelse som enligt rättspraxis

skall betraktas som "en uppenbar överträdelse av gemenskapens konkurrensregler" (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 6 april 1995 i mål T-148/89, Tréfilunion mot kommissionen, REG 1995, s. II-1063, punkt 109, och i det ovan i punkt 60 nämnda målet BPB de Eendracht mot kommissionen, punkterna 303 och 338). Det var vidare förutsebart att dessa böter skulle fastställas i proportion till överträdelsens allvar och varaktighet samt anpassas till det berörda företags situation, inklusive dess storlek, finansiella kapacitet och eventuella försvårande eller förmildrande omständigheter. Rättssäkerhetsprincipen har däremot inte gett sökanden någon garanti för att den skulle undgå böter om den upphörde med sin affärsverksamhet.

- 74 Kommissionen kan inte, i motsats till vad sökanden har påstått, skönsmässigt tillämpa den övre gränsen på 10 procent på ett tidigare räkenskapsår än det som föregår beslutet. Kommissionen kan inte annat än i undantagsfall hänföra sig till ett sådant tidigare räkenskapsår. Dessutom har den inte, såsom har anförts ovan i punkt 49, ens i ett sådant fall något stort utrymme för skönsmässig bedömning i fråga om vilket räkenskapsår som skall läggas till grund för beräkningen av den övre gränsen för böterna. Den är nämligen skyldig att hänföra sig till det senaste hela räkenskapsår under vilket företaget har bedrivit normal ekonomisk verksamhet.
- 75 Under dessa förhållanden skall även den åberopade grundens tredje del, och därmed hela denna grund, underkännas.
- 76 Av vad som anförts följer att talan skall ogillas i sin helhet.

Rättegångskostnader

- 77 Enligt artikel 87.2 i förstainstansrättens rättegångsregler skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Sökanden har

tappat målet och skall därför i enlighet med kommissionens yrkande ersätta rättegångskostnaderna.

Mot denna bakgrund beslutar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (femte avdelningen)

följande:

- 1) Talan ogillas.**

- 2) Sökanden skall ersätta rättegångskostnaderna.**

Lindh

García-Valdecasas

Cooke

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 29 november 2005.

E. Coulon

Justitiesekreterare

P. Lindh

Ordförande