

FÖRSTAINSTANSRÄTTENS DOM (fjärde avdelningen)
den 15 mars 2006 *

I mål T-26/02,

Daiichi Pharmaceutical Co. Ltd, Tokyo (Japan), företrätt av advokaterna J. Buhart och P.-M. Louis,

sökande,

mot

Europeiska gemenskapernas kommission, företrädd av R. Wainwright och L. Pignataro-Nolin, båda i egenskap av ombud, med delgivningsadress i Luxemburg,

svarande,

angående talan om ogiltigförklaring av artikel 3 f i kommissionens beslut 2003/2/EG av den 21 november 2001 om ett förfarande enligt artikel 81 i EG-fördraget och artikel 53 i EES-avtalet (Ärende COMP/E-1/37.512 — vitaminer) (EGT L 6, 2003, s. 1) alternativt nedsättning av de böter som ålagts sökanden med stöd av denna bestämmelse,

* Rättegångsspråk: engelska.

meddelar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN(fjärde avdelningen)

sammansatt av ordföranden H. Legal samt domarna P. Mengozzi och I. Wyszewska-Bialecka,

justitiesekreterare: byrådirektören I. Natsinas,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 23 februari 2005,

följande

Dom

Bakgrund till tvisten

- ¹ I artikel 1 i beslut 2003/2/EG av den 21 november 2001 om ett förfarande enligt artikel 81 i EG-fördraget och artikel 53 i EES-avtalet (Ärende COMP/E-1/37.512 — vitaminer) (EGT L 6, 2003, s. 1) (nedan kallat beslutet), konstaterade kommissionen att flera företag hade brutit mot artikel 81.1 EG och artikel 53 i avtalet om Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES) genom att delta i en rad karteller

som påverkade tolv olika marknader för vitaminprodukter, närmare bestämt vitaminerna A, E, B1, B2, B5 och B6, folsyra, vitaminerna C, D3 och H, betakaroten och karotenoider. Av punkt 2 i beslutet framgår särskilt att de berörda företagen inom ramen för dessa karteller hade fastställt priser för de olika produkterna, fördelat försäljningskvoter, kommit överens om och genomfört prishöjningar, tillkännagivit priser enligt dessa avtal, sålt produkterna till överenskomna priser, inrättat mekanismer för att övervaka och upprätthålla respekten för dessa avtal samt deltagit i en struktur med regelbundna möten för att genomföra dessa planer.

- 2 Bland de nämnda företagen ingick bland annat det japanska företaget Daiichi Pharmaceutical Co. Ltd (nedan kallat Daiichi eller sökanden). Daiichi ansågs ha gjort sig skyldigt till överträdelser på gemenskaps- och EES-marknaderna för vitaminerna B5 och B6 (artikel 1.1 g i beslutet).
- 3 I artikel 1.2 f i beslutet konstaterade kommissionen att överträdelserna i vilka Daiichi hade deltagit hade pågått mellan september 1991 och februari 1999 respektive januari 1991 och juni 1994.
- 4 I artikel 2 i beslutet ålades de företag som funnits vara skyldiga till de konstaterade överträdelserna att omedelbart upphöra med desamma om de inte redan hade gjort det och att avstå från att upprepa de otillåtna handlingarna och beteendena och från att vidta åtgärder som har samma eller liknande syfte eller verkan.
- 5 Kommissionen ålade böter för de överträdelser som hade ägt rum på marknaderna för vitaminerna A, E, B2, B5, C och D3, betakaroten och karotenoider. Böter ålades däremot inte för överträdelserna på marknaderna för vitaminerna B1, B6 och H och folsyra (artikel 3 i beslutet).

- 6 Av punkterna 645–649 i beslutet framgår nämligen att de överträdelse som hade ägt rum på de sistnämnda marknaderna hade upphört mer än fem år före det att kommissionen inledde sin undersökning, vilket innebar att artikel 1 i rådets förordning (EEG) nr 2988/74 av den 26 november 1974 om preskriptionstider i fråga om förfaranden och verkställande av påföljder enligt Europeiska ekonomiska gemenskapens transport- och konkurrensregler (EGT L 319, s. 1; svensk specialutgåva, område 8, volym 1, s. 48) var tillämplig på överträdelserna.
- 7 Daiichi ålades således inte några böter för sin medverkan i överträdelsen vad gäller vitamin B6.
- 8 I likhet med de två andra företag, F. Hoffmann-La Roche AG (nedan kallat Roche) och BASF AG, som ansågs ha deltagit i överträdelsen beträffande vitamin B5 (pantotensyra, även kallad calpan), ålades Daiichi böter för sin delaktighet i denna överträdelse (artikel 3 f i beslutet).
- 9 Kommissionen fastställde bötesbeloppet i enlighet med sina riktlinjer 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 sitt meddelande om befrielse från eller nedsättning av böter i kartellärenden (EGT C 207, 1996, s. 4) (nedan kallat meddelandet om samarbete).
- 10 Kommissionen angav i punkterna 657 och 658 i beslutet vilka allmänna kriterier som beaktats när bötesbeloppet fastställdes. Kommissionen preciserade att den tar hänsyn till alla relevanta förhållanden och särskilt till hur allvarlig överträdelsen är och hur länge den pågått, vilka är de två kriterier som uttryckligen anges i artikel 15.2 i rådets förordning nr 17 av den 6 februari 1962, Första förordningen om tillämpning av fördragets artiklar [81] och [82] (EGT 1962, 13, s. 204; svensk

specialutgåva, område 8, volym 1, s. 8). Vidare anges att den roll som varje deltagande part haft i överträdelserna skall bedömas individuellt. Kommissionen skall i de böter som den ålägger återspegla eventuella försvårande eller förmildrande omständigheter samt i lämpliga fall tillämpa meddelandet om samarbete.

- 11 I sin bedömning av hur allvarliga överträdelserna är fann kommissionen med tanke på de granskade överträdelsernas art, deras inverkan på de enskilda berörda marknaderna för vitaminprodukter och det faktum att varje överträdelse omfattade hela den gemensamma marknaden och — efter att det inrättades — hela EES, att de företag som berörs av detta beslut har begått mycket allvarliga överträdelser mot artikel 81.1 EG och artikel 53.1 i EES-avtalet för vilka de troliga böterna skulle uppgå till minst 20 miljoner euro (punkterna 662–674 i beslutet).
- 12 Kommissionen preciserade att den, vid fastställandet av utgångspunkten för böterna, dessutom tar hänsyn till storleken på var och en av de olika vitaminmarknaderna. Vidare tillade kommissionen att "[i]nom kategorin mycket allvarliga överträdelser gör den föreslagna skalan av troliga böter det möjligt att tillämpa en differentierad behandling på företagen i syfte att beakta lagöverträdarnas effektiva ekonomiska kapacitet att orsaka en betydande snedvridning av konkurrensen samt att fastställa böterna på en nivå som säkrar en tillräckligt avskräckande verkan". Kommissionen noterade att "detta är särskilt nödvändigt då det som i detta ärende förekommer betydande storleksskillnader mellan de företag som deltar i en överträdelse". Slutligen påpekade kommissionen att "[u]nder de omständigheter som råder i detta ärende, som inbegriper flera företag, är det nödvändigt att fastställa ett grundläggande bötesbelopp för att beakta varje företags specifika betydelse och därmed inverkan av varje företags olagliga uppträdande på konkurrensen" (punkterna 675, 678 och 679 i beslutet).
- 13 Kommissionen ansåg att företagen i detta syfte kunde delas in i grupper "efter deras relativa betydelse på varje relevant berörd marknad för vitaminprodukter" och att "[e]tt företags placering i en viss grupp ... i lämpliga fall [kan] justeras för att särskilt

beakta behovet av att säkra en tillräckligt avskräckande verkan”. Kommissionen ansåg det lämpligt att bedöma ett företags relativa betydelse på varje berörd marknad för vitaminprodukter på grundval av dess respektive globala omsättning för den aktuella produkten. Kommissionen påpekade härvid att ”varje kartell var av global omfattning och ... att varje kartell bland annat syftade till att fördela marknadsandelar på global nivå, och sålunda att hålla undan konkurrenter från EES-marknaden. Den globala omsättningen för en viss part i en viss kartell ger dessutom en indikation på dess bidrag till den kartellens totala effektivitet och omvänt även på den instabilitet som kartellen skulle ha uppvisat om den parten inte hade deltagit i den”. Kommissionen angav därefter att man utgått från den aktuella omsättningen under ”det sista fulla kalenderåret för överträdelsen” (punkterna 680 och 681 i beslutet).

- 14 Vad gäller överträdelsen beträffande vitamin B5 fann kommissionen att ”Roche och Daiichi var de två ledande tillverkarna av vitamin B5 på världsmarknaden” och placerade dem därför i den första kategorin. BASF ”som hade betydligt mindre andelar av världsmarknaden (nästan hälften av Roches)” placerades därför i den andra kategorin. ”[M]ed beaktande av de kategorier som identifierats genom att man tillämpar kriteriet om ett företags relativa betydelse på den berörda marknaden” fastställdes utgångspunkten för bötesbeloppen i fråga om överträdelsen till 20 miljoner euro för Roche och för Daiichi och 14 miljoner euro för BASF (punkterna 689 och 690 i beslutet).
- 15 För att säkerställa att böterna hade en tillräckligt avskräckande effekt ökade kommissionen utgångspunkten för bötesbeloppet med 100 procent för Roche och BASF. Ökningen gjordes för att beakta företagets storlek och totala resurser (punkterna 697–699 i beslutet).
- 16 Kommissionen ansåg att Roche, BASF och Daiichi begick en långvarig överträdelse, som i förevarande fall varade i åtta år. Kommissionen ökade därför det bötesbelopp

som uträknats enligt de metoder som omtalas i de två föregående punkterna med 80 procent för varje företag. Det grundläggande bötesbelopp som ålades sökanden fastställdes således till 36 miljoner euro (punkterna 706 och 711 i beslutet).

- 17 Kommissionen ansåg att Roche och BASF tillsammans utgjorde ledare och anstiftare vad särskilt gäller överträdelsen beträffande vitamin B5, vilket utgjorde en försvårande omständighet. De grundläggande bötesbelopp som ålades bolagen ökades därför med 50 respektive 35 procent (punkterna 712–718 i beslutet). Kommissionen fann däremot inte att det förelåg vare sig några försvårande eller förmildrande omständigheter vad gäller sökanden.
- 18 Under det administrativa förfarandet åberopade sökanden att det förelåg förmildrande omständigheter, eftersom bolaget inte systematiskt respekterat överenskomna priser och volymer. Daiichi menar att avtalens inverkan på marknaden därigenom skall ha lindrats. I punkterna 728 och 729 avvisade kommissionen detta argument av följande skäl:

”(728) Kommissionen noterar att genomförandet av avtalen om riktpriiser inte nödvändigtvis kräver att dessa exakta priser tillämpas. Avtalen kan sägas genomföras då parterna fastställer sina priser i syfte att föra dem i riktning mot det mål man enats om. Detta gäller de karteller som avsåg marknaderna för vitamin C och B5. Det faktum att ett företag som har bevisats delta i prissamarbete med sina konkurrenter inte uppträder på marknaden på det sätt man kommit överens om med sina konkurrenter utgör inte nödvändigtvis en aspekt som måste beaktas som en förmildrande omständighet då man fastställer det bötesbelopp som skall åläggas. Ett företag som trots att det samarbetar med sina konkurrenter för en mer eller mindre oberoende policy på marknaden kan helt enkelt försöka utnyttja kartellen för att tillskansa sig egna fördelar. (Förstainstansrättens dom av den 28 februari 2002 i mål T-308/94, Cascades SA mot kommissionen, REG 1998, s. II-925, skäl 230.)

(729) När det gäller genomförandet av avtalen om volymer står det klart att medlemmarna i kartellerna betraktade de kvoter som de tilldelats som minimivolymer. Så länge som varje part lyckades sälja åtminstone de volymer som de tilldelats respekterades avtalet. Detta gäller de karteller som avsåg marknaderna för vitamin C och B5.”

- 19 Vad gäller meddelandet om samarbete fann kommissionen att Roche och BASF genom det material som de lämnade till kommissionen mellan den 2 juni 1999 och den 30 juli 1999 var de första av parterna som lämnade kommissionen avgörande bevis för att det fanns kartellarrangemang som rörde marknaderna för vitamin B5, vilket gjorde det omöjligt för sökanden att uppfylla villkoret i avsnitt B b i meddelandet om samarbete. Eftersom Roche och BASF varit anstiftare och spelat en avgörande roll i den olagliga verksamheten beträffande vitamin B5 uppfyllde de inte villkoret i punkt e avsnitt B i meddelandet om samarbete enligt kommissionen. Inget av de tre företag som berördes av avtalen om vitamin B5 hade följaktligen rätt till en nedsättning enligt avsnitt B eller C i meddelandet om samarbete (punkterna 743–745 i beslutet).
- 20 Vart och ett av företagen fick ändå nedsättning av sina böter enligt avsnitt D i meddelandet om samarbete. Kommissionen ansåg nämligen att åtta företag, mottagare av beslutet — däribland Roche, BASF och Daiichi — ”samarbetade med kommissionen innan den antog meddelandet om invändningar, bidrog avsevärt till att slå fast att det förekom överträdelser som de deltog i och/eller bestred inte i sak de sakförhållanden på vilka kommissionen grundade [sina] påståenden” (punkt 754 i beslutet).
- 21 Kommissionen fann särskilt att Roche och BASF tillhandahållit detaljerat bevismaterial om organisationsstrukturen i kartellarrangemangen på bland annat marknaden för vitamin B5, vilket varit ett avgörande bidrag till att fastställa och/eller bekräfta viktiga aspekter på denna överträdelse. Mot denna bakgrund konstaterade

kommissionen att Roche och BASF uppfyllde de villkor som anges i avsnitt D.2 första strecksatsen i meddelandet om samarbete och beviljade företagen en nedsättning med 50 procent av det bötesbelopp som företagen skulle ha ålagts om de inte hade samarbetat med kommissionen (punkterna 747, 748, 760 och 761 i beslutet).

22 När det gäller sökanden konstaterade kommissionen att företaget i en handling daterad den 9 juli 1999 lämnat uppgifter om organisationen och strukturen i fråga om kartellen för vitamin B5 vilka bidrog avsevärt till att slå fast och/eller bekräfta viktiga aspekter på överträdelsen. Mot denna bakgrund konstaterade kommissionen att Daiichi uppfyllde de villkor som anges i avsnitt D.2 första strecksatsen i meddelandet om samarbete och beviljade Daiichi en nedsättning med 35 procent av det bötesbelopp som företaget skulle ha ålagts om det inte hade samarbetat med kommissionen (punkterna 749, 750 och 764 i beslutet).

23 De böter som ålades i artikel 3 i beslutet för överträdelse beträffande vitamin B5 fastställdes enligt följande:

— Roche: 54 miljoner euro.

— BASF: 34,02 miljoner euro.

— Daiichi: 23,4 miljoner euro.

Förfarandet och parternas yrkanden

- 24 Sökanden har väckt förevarande talan genom ansökan som inkom till förstainstansrättens kansli den 8 februari 2002.
- 25 På grundval av referentens rapport beslutade förstainstansrätten (fjärde avdelningen) att inleda det muntliga förfarandet och att, inom ramen för de åtgärder för processledning som anges i artikel 64 i rättegångsreglerna, ställa vissa skriftliga frågor till parterna. Dessa har besvarat frågorna inom angiven tid.
- 26 Parterna utvecklade talan och svarade på förstainstansrättens muntliga frågor vid förhandlingen den 23 februari 2005.
- 27 Sökanden har yrkat att förstainstansrätten skall
- ogiltigförklara artikel 3 f i beslutet, eller
 - i andra hand, väsentligt nedsätta de böter som ålagts sökanden, och
 - förplikta svaranden att ersätta rättegångskostnaderna.

28 Svaranden har yrkat att förstainstansrätten skall

— ogilla talan, och

— förplikta sökanden att ersätta rättegångskostnaderna.

Rättslig bedömning

29 Sökanden har vare sig bestritt de faktiska omständigheterna i beslutet eller kommissionens slutsats att dessa omständigheter utgör en överträdelse av artikel 81.1 EG och artikel 53.1 i EES-avtalet. Sökanden har preciserat att dess yrkande i första hand gäller fullständig ogiltigförklaring av artikel 3 f i beslutet, då kommissionen borde beviljat sökanden total immunitet enligt avsnitt B i meddelandet om samarbete och då kommissionens fastställelse av de böter som ålagts sökanden är behäftad med ett stort antal fel. Sökanden har i andra hand gjort gällande att dessa fel åtminstone motiverar att förstainstansrätten, med utövande av sin fulla prövningsrätt, väsentligt nedsätter bötesbeloppen.

30 Sökanden har åberopat tre grunder till stöd för sina yrkanden. Genom den första grunden har sökanden anfört att fastställande av utgångspunkten för böterna till 20 miljoner euro innehåller flera uppenbart oriktiga bedömningar, en "felaktig tillämpning av gällande rätt på de faktiska omständigheterna", åsidosättande av riktlinjerna samt åsidosättande av principen om likabehandling och av proportionalitetsprincipen. Genom den andra grunden har företaget gjort gällande att kommissionen gjort en uppenbart oriktig bedömning, gjort en "felaktig tillämpning

av gällande rätt på de faktiska omständigheterna” och åsidosatt riktlinjerna, då den inte tillerkände företaget några förmildrande omständigheter på grund av att företaget endast delvis respekterat kartellavtalen beträffande vitamin B5. I sin tredje grund har företaget åberopat att kommissionen gjort en uppenbart oriktig bedömning, gjort en ”felaktig tillämpning av gällande rätt på de faktiska omständigheterna” och åsidosatt meddelandet om samarbete samt principen om likabehandling vid sin bedömning av sökandens samarbete under det administrativa förfarandet.

1. Den första grunden: Fastställelse av utgångspunkten för böterna

Parternas argument

- 31 Förevarande grund avser fastställelse av utgångspunkten för de böter som ålagts sökanden till 20 miljoner euro (se punkterna 12–14 ovan). Grunden kan delas upp i tre delgrunder.
- 32 Genom den första delgrunden har sökanden gjort gällande att kommissionen gjort en uppenbart oriktig bedömning, gjort en ”felaktig tillämpning av gällande rätt på de faktiska omständigheterna” och åsidosatt meddelandet om samarbete genom att inte placera sökanden i den tredje kategorin, efter Roche och BASF, när den fastställde utgångspunkten för böterna i förhållande till överträdelsens svårighetsgrad.
- 33 Sökanden har framför allt påpekat att det enligt riktlinjerna (punkt 1 A fjärde stycket) är ”nödvändigt att beakta de överträdande företagens ekonomiska kapacitet att vålla andra aktörer, särskilt konsumenterna, betydande skada”.

- 34 I detta avseende har sökanden kritiserat kommissionen för att ha fastställt samma utgångspunkt för böterna för sökanden som för Roche, vilken är högre än samma utgångspunkt för BASF, utan att ha beaktat att Roche och BASF hade kapacitet att vålla betydligt större skada i konkurrenshänseende än sökanden, vilket kommissionen var medveten om.
- 35 Det framgår av punkt 592 i själva beslutet att Roche och BASF i egenskap av tillverkare av "förblandningar" (en produkt som används i ett senare skede i tillverkningsprocessen vid tillverkning av djurfoder där vitaminer utgör en viktig del) och leverantörer av vitaminer till andra förblandare, kunde pressa marginalerna för kunder som tillverkar förblandningar och faktiskt eller potentiellt skada sina kunders verksamhet genom att öka priset på vitaminer gentemot dem. BASF, men framför allt Roche, hade såsom tillverkare av samtliga vitaminer möjlighet att driva bort tillverkare av endast ett vitamin från marknaden genom att sätta ett underpris på just det vitaminet och täcka mellanskillnaden genom priset på andra vitaminer. Det följer av punkt 716 i beslutet att Roches och BASF:s övergripande förmåga att genomföra och vidhålla konkurrensbegränsande avtal ökade avsevärt genom att de hade ett brett utbud av produkter på separata men närbesläktade produktmarknader. Sökanden, som inte hade samma vertikala integration och inte hade samma utbud av vitaminer som Roche och BASF, borde därmed ha placerats i en tredje kategori efter dessa båda företag. En lägre utgångspunkt för böterna än för dessa borde därför ha fastställts för sökanden.
- 36 Genom sin andra delgrund, som åberopats subsidiärt, har sökanden gjort gällande att kommissionen gjort en uppenbart oriktig bedömning, gjort en "felaktig tillämpning av gällande rätt på de faktiska omständigheterna" och åsidosatt principen om likabehandling genom att inte placera sökanden i den andra kategorin tillsammans med BASF då den fastställde utgångspunkten för böterna i förhållande till överträdelsens svårighetsgrad.

- 37 Sökanden har i detta avseende påpekat att kommissionen i punkt 680 i beslutet placerat de aktuella företagen i olika grupper på grundval av en jämförelse av den totala globala omsättningen för varje produkt under det sista fulla kalenderåret för överträdelsen. För vitamin B5 gäller det år 1998.
- 38 En enkel jämförelse av Roches, BASF:s och sökandens totala omsättning och marknadsandelar år 1998 för detta vitamin visar att Daiichi borde placerats i samma kategori som Roche och BASF och att kommissionen således gjort en uppenbart oriktig bedömning.
- 39 Sökanden har betonat att enligt tabellen för vitamin B5 i punkt 123 i beslutet hade de respektive tillverkarna följande totala omsättning år 1998: Roche 57 miljoner euro, Daiichi 43 miljoner euro, BASF 34 miljoner euro, övriga 32 miljoner euro. Sökanden har påpekat att företagets omsättning för vitamin B5 var 14 miljoner euro lägre än Roches omsättning och endast översteg BASF:s motsvarande omsättning med 9 miljoner euro. Roches omsättning var således 33 % högre än sökandens och BASF:s omsättning 21 % lägre än sökandens.
- 40 Sökanden har vidare preciserat att företagets globala marknadsandelar år 1998, beräknade på grundval av den omsättning som nämns i föregående punkt, var följande: Roche 34,3 procent, Daiichi 25,9 procent, BASF 20,5 procent, övriga 19,3 procent. Daiichi har härvid understrukt att bolagets marknadsandel på global nivå år 1998 var 8,4 procentenheter lägre än Roches marknadsandel och knappt 5,4 procentenheter högre än BASF:s motsvarande marknadsandel.
- 41 Sökanden har vidare tillagt att även om andra kriterier skulle ha tillämpats, såsom till exempel omsättningen inom EES år 1998, marknadsandelar på EES-marknaden

år 1998 eller marknadsandelar på EES-marknaden under den period överträdelserna pågick, nämligen åren 1991–1998, skulle detta endast ha lett till slutsatsen att sökanden inte borde placerats i samma kategori som Roche, utan snarare i samma kategori som BASF. Det är endast vid användning av kriteriet med globala marknadsandelar under den period överträdelserna pågick, under åren 1991–1998, som sökandens marknadsställning i procentuellt hänseende är närmare Roches än BASF:s ställning.

- 42 Med hänsyn till att sökandens och BASF:s omsättning och marknadsandelar är relativt lika borde utgångspunkten för de böter som ålagts sökanden inte ha överstigit 14 miljoner euro.
- 43 Beslutet strider enligt sökanden för det andra mot principen om likabehandling på grund av att det samtidigt behandlar olika situationer (sökandens och Roches situationer) lika och liknande situationer (sökandens och BASF:s situationer) olika utan att det föreligger några möjliga objektiva skäl härför. Principen om likabehandling har vidare åsidosatts genom att sökanden placerats i den första kategorin vad gäller kartellen för vitamin B5 (där utgångspunkten för böterna fastställdes till 20 miljoner euro) medan BASF, under i allt väsentligt motsvarande faktiska omständigheter, placerats i den andra kategorin vad gäller kartellen för vitamin B2 (där utgångspunkten för böterna fastställts till 10 miljoner euro).
- 44 Sökanden har härvid betonat att bolagets omsättning och andel av världsmarknaden för vitamin B5 år 1998 var lägre än BASF:s motsvarande omsättning och marknadsandel på världsnivå för vitamin B2, vilka beaktats i beslutet, för att dela in medlemmarna i kartellen för den senare vitaminen i olika kategorier. Även om man utgår från den globala marknadsandelen för den aktuella produkten under hela den period som överträdelserna pågick (ett kriterium som alltså inte användes i beslutet), borde sökanden ha placerats i den andra kategorin i fråga om överträdelserna beträffande vitamin B5 för att principen om likabehandling skall anses iakttagen. Enligt sökanden var företagets genomsnittliga marknadsandel under

den period som överträdelsen beträffande vitamin B5 pågick (29 procent) identisk med BASF:s andel av marknaden för vitamin B2 under tiden överträdelsen på denna marknad pågick. Såväl sökanden som BASF befann sig på sina respektive marknader mitt emellan den första och den tredje aktören i storlek.

45 Genom sin tredje delgrund, som anförts subsidiärt, har sökanden anført att kommissionen åsidosatt proportionalitetsprincipen då den fastställde utgångspunkten för böterna i förhållande till överträdelsens svårighetsgrad genom att inte placera sökanden i en separat kategori, mellan Roche och BASF, med en utgångspunkt för böterna som låg mellan de utgångspunkter som fastställts för Roche respektive BASF, men närmare den som fastställts för BASF.

46 Sökanden har påpekat att kommissionen, i sitt beslut 1999/210/CE av den 14 oktober 1998 om ett förfarande enligt artikel 85 i EG-fördraget (Ärende nr IV/F-3/33.708 — British Sugar plc, ärende nr IV/F-3/33.709 - Tate & Lyle plc, ärende nr IV/F-3/33.710 — Napier Brown & Company Ltd, ärende nr IV/F-3/33.711 — James Budgett Sugars Ltd) (EGT L 76, s. 1, nedan kallat beslutet i målet British Sugar), inte tvekade att skilja mellan tre kategorier av tillverkare för att fastställa utgångspunkten för böterna i förhållande till överträdelsens svårighetsgrad. Sökanden har understrukt att Tate & Lyle placerats i en andra kategori, efter British Sugar, trots att de tillsammans hade en andel motsvarande 90% av de två aktuella marknaderna (industri- och detaljsocker i Förenade kungariket) där British Sugar hade mellan 51 och 54 procent av marknaden och Tate & Lyle mellan 38 och 40 procent. Deras respektive ställning låg i konkurrenshänseende jämförelsevis närmre de andra två aktörernas ställning på marknaden, vilka tillsammans innehade 6–11 procent av densamma och vilka placerats i en tredje kategori.

47 Svaranden anser sig inte ha gjort någon uppenbart oriktig bedömning då den placerade sökanden i den första kategorin beträffande överträdelsen för vitamin B5 tillsammans med Roche. Svaranden anser sig inte heller ha åsidosatt vare sig riktlinjerna, principen om likabehandling eller proportionalitetsprincipen.

Förstainstansrättens bedömning

Inledande anmärkningar

48 Förstainstansrätten noterar inledningsvis att det följer av punkterna 655–775 i beslutet att de böter som kommissionen ålagt på grund av överträdelse av artikel 81.1 EG och artikel 53.1 i EES-avtalet har ålagts med stöd av artikel 15.2 i förordning nr 17. Även då det i beslutet inte direkt hänvisas till riktlinjerna har kommissionen fastställt bötesbeloppen med tillämpning av den metod som definieras i dessa riktlinjer.

49 Även om kommissionen vid fastställelsen av varje bötesbelopp har ett utrymme för skönsmässig bedömning och således inte är skyldig att tillämpa en exakt matematisk formel (förstainstansrättens dom av den 6 april 1995 i mål T-150/89, Martinelli mot kommissionen, REG 1995, s. II-1165, punkt 59), får den inte avvika från de regler som den själv ålagt sig (se analogt förstainstansrättens dom av den 17 december 1991 i mål T-7/89, Hercules Chemicals mot kommissionen, REG 1991, s. II-1711, punkt 53, svensk specialutgåva, volym 11, s. II-83, fastställd efter överklagande genom domstolens dom av den 8 juli 1999 i mål C-51/92 P, Hercules Chemicals mot kommissionen, REG 1999, s. I-4235). Eftersom syftet med riktlinjerna är att precisera vilka kriterier kommissionen, med iakttagande av högre stående bestämmelser i normhierarkin, avser att beakta då den utövar sin rätt att göra skönsmässiga bedömningar vid fastställandet av bötesbeloppen, måste den därför verkligen beakta lydelsen i riktlinjerna för beräkning av böter, särskilt avseende de tvingande delarna (förstainstansrättens dom av den 8 juli 2004, i de förenade målen T-67/00, T-68/00, T-71/00 och T-78/00, JFE Engineering m.fl. mot kommissionen, REG 2004, s. II-2501, punkt 537).

50 Enligt den metod som anges i riktlinjerna skall kommissionen, vid beräkningen av de bötesbelopp som skall åläggas de berörda företagen, som utgångspunkt ta ett belopp som fastställts med hänsyn till överträdelsens allvar. Vid bedömningen av

överträdelsens allvar skall man beakta överträdelsens art, dess konkreta påverkan på marknaden, om den är mätbar, och omfattningen av den relevanta geografiska marknaden (punkt 1 A första stycket). Överträdelserna delas då in i tre kategorier, nämligen mindre allvarliga överträdelser, vilka kan beivras med böter från 1 000 till 1 miljon euro, allvarliga överträdelser, vilka kan beivras med böter från 1 miljon till 20 miljoner euro, och mycket allvarliga överträdelser, vilka kan beivras med böter över 20 miljoner euro (punkt 1 A andra stycket första till tredje strecksatserna). Inom var och en av dessa kategorier gör sanktionsskalorna i riktlinjerna det möjligt att variera behandlingen av företagen alltefter arten av de överträdelser de begått (punkt 1 A tredje stycket). Det är vidare nödvändigt enligt riktlinjerna att beakta de överträdande företagens ekonomiska kapacitet att vålla andra aktörer, särskilt konsumenterna, betydande skada och att fastställa bötesbeloppet till en nivå som säkerställer att böterna är tillräckligt avskräckande (punkt 1 A fjärde stycket).

- 51 Inom var och en av de ovan angivna kategorierna av överträdelser kan det vara nödvändigt att i vissa fall 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 en överträdelse av samma slag och att anpassa utgångspunkten för grundbeloppet utifrån varje företags särskilda egenskaper (punkt 1 A sjätte stycket).

- 52 Sökanden har i förevarande fall varken bestritt att den överträdelse beträffande vitamin B5 som kommissionen lagt företaget till last i beslutet skulle vara mycket allvarlig eller de bedömningar som kommissionen grundat sig på beträffande överträdelsernas art, deras faktiska inverkan på marknaden samt den relevanta geografiska marknadens storlek, för att nå slutsatsen att dessa är mycket allvarliga (punkterna 662–674 i beslutet).

- 53 Sökanden har inte heller ifrågasatt det kriterium som kommissionen använt (punkt 675) vid fastställandet av utgångspunkten för böterna och som innebär att hänsyn tas till storleken på var och en av de olika vitaminmarknaderna. Tillämpningen av detta kriterium har huvudsakligen inneburit att grundbeloppet för de böter som ålagts företagen i den första kategori av företag som kommissionen fastställt för varje överträdelse har varierats i förhållande till storleken på respektive marknad.
- 54 Den kritik som sökanden har framfört i förevarande grund gäller den differentierade behandling som, i enlighet med punkt 1 A fjärde och sjätte styckena i riktlinjerna, gjorts vid fastställelse av den individuella utgångspunkten för böterna för varje medlem i kartellen för vitamin B5.
- 55 Det följer av punkterna 679–681 i beslutet att kommissionen i förevarande fall gjort en differentierad behandling i enlighet med metoden att dela in företagen i olika kategorier, att kommissionen vid denna indelning använt kriteriet om respektive företags relativa betydelse på varje relevant berörd marknad och vid tillämpningen av kriteriet utgått från respektive företags globala omsättning för den aktuella produkten.
- 56 Sökanden har inte bestritt principen med indelning av medlemmarna i en kartell i flera kategorier och att samma utgångspunkt för beräkning av böterna används för de medlemmar som ingår i samma kategori. Sökanden motsätter sig däremot hur företaget rent konkret placerats, nämligen i den första kategorin tillsammans med Roche, medan BASF placerats i den andra kategorin. Sökanden menar att företaget borde ha placerats i en tredje kategori, efter Roche och BASF (första delgruppen) eller, i andra hand, att det borde placerats i den andra kategorin tillsammans med BASF (andra delgruppen) eller, i tredje hand, att det borde ha placerats i en mellankategori mellan Roche och BASF (tredje delgruppen).

Den första delgrunden

- 57 Genom den första delen av förevarande grund har sökanden i huvudsak gjort gällande att kommissionen gjort en uppenbart oriktig bedömning och åsidosatt kriteriet beträffande de överträdande företagens ekonomiska kapacitet att vålla andra aktörer betydande skada (punkt 1 A fjärde stycket i riktlinjerna) när den delade in medlemmarna i kartellen för vitamin B5 i olika kategorier. Kommissionen underlät att beakta två kriterier som enligt sökanden var av stor vikt vid jämförelsen av de tre företagens kapacitet i detta hänseende, nämligen det faktum att Roche och BASE, som var vertikalt integrerade, hade möjlighet att pressa marginalerna för sina konkurrenter på marknaderna för förblandningar i senare led genom att höja priset på vitamin B5, samt den omständigheten att dessa företag, som tillverkar en stor mängd vitaminer, hade möjlighet att ta ut underpris på marknaden för vitamin B5 och täcka förlusterna genom att höja priset på andra vitaminer.
- 58 Förstainstansrätten erinrar härvid om att analysen av ”de överträdande företagens ekonomiska kapacitet att vålla andra aktörer, särskilt konsumenterna, betydande skada”, som kommissionen är skyldig att göra enligt punkt 1 A fjärde stycket i riktlinjerna, är en nödvändig del av utvärderingen av överträdelsens svårighetsgrad. Analysen medför en bedömning av företagens verkliga inflytande på den berörda marknaden, det vill säga deras möjlighet att påverka denna. I detta avseende är de berörda företagens andelar, volym- och värdemässigt, av den aktuella marknaden ett relevant bedömningskriterium då det gör det möjligt att fastställa vilket inflytande vart och ett av företagen har på marknaden (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 17 december 1998 i mål C-185/95 P, Baustahlgewebe mot kommissionen, REG 1998, s. I-8417, punkt 139, och förstainstansrättens dom av den 9 juli 2003, i mål T-220/00, Cheil Jedang mot kommissionen, REG 2003, s. II-2473, punkt 88).
- 59 Sökanden har förvisso medgett att det är relevant att beakta respektive företags relativa betydelse på varje berörd marknad vid tillämpning av punkt 1 A fjärde stycket i riktlinjerna i förevarande fall. Detsamma gäller företagens omsättning

och deras motsvarande andelar av världsmarknaden för vitamin B5 vid bedömningen av denna betydelse. Det enda sökanden har anfört i den första delen av förevarande grund är att kommissionen underlåtit att beakta dels att Roche och BASF var vertikalt integrerade, dels omfattningen av deras vitaminutbud.

- ⁶⁰ Förstainstansrätten finner härvid att ett företags marknadsandel förvisso utgör en ungefärlig anvisning om företagets inverkan på marknaden och att andra faktorer kan vara av vikt för att bedöma detta inflytande på ett mera utförligt och precist sätt, såsom sker till exempel vid bedömningen av en dominerande ställning i den mening som avses i artikel 82 EG (domstolens dom av den 13 februari 1979 i mål 85/76, Hoffmann-La Roche mot kommissionen, REG 1979, s. 461, punkt 48; svensk specialutgåva, volym 4, s. 315).
- ⁶¹ När kommissionen gör sin bedömning av överträdelsens svårighetsgrad och fastställer utgångspunkten för böterna, är det emellertid lämpligt att den grundar sin utvärdering av de överträdande företagens faktiska ekonomiska kapacitet att vålla andra aktörer betydande skada på uppgifter om omsättning och marknadsandelar på den berörda marknaden, såvida inte särskilda omständigheter, såsom till exempel marknadsens speciella egenskaper, medför att uppgifterna skall anses mindre viktiga och kräver att andra relevanta omständigheter beaktas vid bedömningen av företagets marknadsinflytande.
- ⁶² Sökanden har emellertid inte gjort gällande att några sådana särskilda omständigheter föreligger i detta fall utan har under förhandlingen medgett att företagets uppdelning i kategorier grundade på den globala omsättningen för vitamin B5 omfattas av kommissionens utrymme för skönsmässig bedömning.

- 63 Vertikal integration och omfattningen av produktutbudet kan förvisso i förekommande fall utgöra relevanta omständigheter för att bedöma ett företags inflytande på marknaden och även utgöra ytterligare tecken på sådant inflytande i förhållande till marknadsandelarna (se vad gäller vertikal integration till exempel domstolens dom av den 14 februari 1978 i mål 27/76, *United Brands mot kommissionen*, REG 1978, s. 207, punkterna 67–72 och 78–81, svensk specialutgåva, volym 4, s. 9, och, vad gäller omfattningen av produktutbudet, domstolens dom av den 9 november 1983, i mål 322/81, *Michelin mot kommissionen*, REG 1983 s. 3461, punkterna 55 och 56; svensk specialutgåva, volym 7, s. 351). De argument som sökanden har anfört beträffande Roches och BASF:s vertikala integration och omfattningen av deras produktutbud visar emellertid inte att företagen åtnjöt några särskilda och betydande konkurrensfördelar på den berörda marknaden.
- 64 Vad gäller den vertikala informationen har sökanden endast anfört att Roche och BASF genom att höja priset på vitamin B5 kunde pressa marginalerna för tillverkarna av förblandningar, som köper detta vitamin och konkurrerar med Roche och BASF på marknaden för förblandningar i senare led. Det skall i detta hänseende påpekas att även sökanden, i egenskap av leverantör av vitamin B5, hade möjlighet att pressa marginalerna. Den enda skillnaden var att då sökanden inte var verksam på marknaden för förblandningar, kunde företaget inte dra nytta av detta för att stärka sin ställning på denna marknad i ett senare led. Skillnaden hänger dock snarare samman med de tre företagens vilja att höja priset på vitamin B5 än det inflytande de kunde utöva på denna produktmarknad.
- 65 Sökanden har hänvisat till omfattningen av vitaminutbudet som stöd för sitt påstående att Roche och BASF hade möjlighet att ta ut underpriser för vitamin B5 tack vare intäkterna från marknaderna för andra vitaminer, vilka utgjorde separata men närbesläktade produktmarknader. Det är härvid tillräckligt att notera att möjligheten att ta ut underpris inte kan presumeras enbart utifrån den omständigheten att det aktuella företaget tillverkar ett större antal likartade produkter än sina konkurrenter. Sökanden har i sin argumentation för övrigt betonat att företaget endast tillverkade två vitaminer. Det följer av punkterna 107 och 108 i beslutet att sökandens tillverkning inte var begränsad till vitamin B5 och B6 utan omfattade ”en rad olika receptbelagda läkemedel, receptfria hälsoprodukter och veterinärmedicinska produkter” och att under år 1998, det sista fulla kalenderåret för överträdelsen, uppgick sökandens totala försäljning till 1 920 miljoner ecu, varav

endast 43 miljoner ecu avsåg vitamin B5 enligt den tabell som återfinns i punkt 123 i beslutet. Sökanden har emellertid inte på något sätt förklarat varför finansiering av ett eventuellt priskrig beträffande en produkt endast kan ske med hjälp av intäkter från likartade produkter.

- ⁶⁶ Under dessa förhållanden har sökanden inte styrkt att kommissionen har gjort en uppenbart oriktig bedömning eller åsidosatt riktlinjerna genom att, då den delade in medlemmarna i kartellen beträffande vitamin B5 i kategorier, inte beakta att Roche och BASF är aktiva på marknaden för förblandningar och på ett stort antal vitaminmarknader. Den första delen av den första grunden kan således inte godtas.

Den andra och den tredje delgrunden

- ⁶⁷ Sökanden har i den andra delen av förevarande grund gjort gällande att tillämpningen av det kriterium som angavs i beslutet, om kartellmedlemmarnas relativa betydelse på varje relevant berörd marknad med hjälp av uppgifter beträffande global omsättning och globala marknadsandelar för den aktuella produkten under det sista fulla kalenderåret för överträdelsen, borde ha medfört att kommissionen placerade Daiichi i den andra kategorin tillsammans med BASF. Företagets placering i den första kategorin tillsammans med Roche är följden av en uppenbart oriktig bedömning och är oförenlig med principen om likabehandling.
- ⁶⁸ Förstainstansrätten noterar att sökandens anmärkningar i stor utsträckning grundas på det felaktiga antagandet att kommissionen i beslutet bedömt företagens relativa betydelse på den berörda marknaden med hjälp av uppgifter från år 1998.

- 69 Det är riktigt att kommissionen i punkt 681 i beslutet angett att den beaktade "den totala globala omsättningen för varje produkt under det sista fulla kalenderåret för överträdelsen", det vill säga i förevarande fall år 1998 för vitamin B5.
- 70 Av andra delar i beslutet framgår emellertid — vilket sökanden i princip bekräftat som svar på en skriftlig fråga från förstainstansrätten inom ramen för vidtagna åtgärder för processledning — att kommissionen, då den placerade företagen i olika kategorier för var och en av de överträdelser för vilka placeringar i olika kategorier gjorts i beslutet, utgått från företagens globala marknadsandelar under hela den period då överträdelserna pågick.
- 71 I punkt 682 i beslutet anges att "de faktorer som är relevanta för fastställandet av vilken kategori som är tillämplig på varje enskild tillverkare" redovisas "separat för varje vitaminprodukt" i punkterna 683–696.
- 72 Av dessa punkter framgår vad gäller var och en av överträdelserna beträffande vitamin A, E, B 2, B 5, C och D 3 att kommissionen identifierat två kategorier med tillämpning av "kriteriet om ett företags relativa betydelse på den berörda marknaden" och fastställt utgångspunkten för böterna "med beaktande av [dessa] kategorier". För att placera respektive företag i den första eller den andra kategorin för varje överträdelse utgick kommissionen från marknadsandelarna. De uppgifter som återges i punkterna 691 och 693 i beslutet visar emellertid att dessa marknadsandelar inte erhållits utifrån uppgifter om global omsättning för den aktuella produkten under det sista fulla kalenderåret för överträdelsen (vilka anges utanför parentes i den andra kolumnen i tabellerna över de olika vitaminmarknaderna i punkt 123 i beslutet) utan utgör företagens genomsnittliga marknadsandelar under i princip hela den period överträdelsen pågick (dessa marknadsandelar anges inom parentes i den andra kolumnen i samma tabeller).

- 73 Under dessa omständigheter finner förstainstansrätten att hänvisningen till det sista fulla kalenderåret för överträdelsen i punkt 681 i beslutet, vilket är ett rent skrivfel, saknar relevans och således inte ingår i motiveringen till företagets placering i den ena eller den andra kategorin.
- 74 Förstainstansrätten noterar även att sökanden inte på något sätt ifrågasatt att det var relevant att beakta uppgifter från hela den period under vilken överträdelserna pågick för att dela in företagen i kategorier utifrån deras relativa betydelse på varje berörd marknad. Att detta är relevant kan inte på allvar ifrågasättas, då det för kommissionen var fråga om att bedöma allvaret av överträdelser som varje företag begått under flera år. Sökanden har i sina skrivelser påpekat att uppdelningen i kategorier i beslutet inte grundades på uppgifter från hela den period under vilken överträdelserna pågick men har ändå hävdade att ett beaktande av dessa uppgifter, vilket sökanden inte motsatt sig, alltid mynnade ut i slutsatsen att sökanden enligt principen om likabehandling skulle placeras i den andra kategorin tillsammans med BASF (se slutet av punkt 44 ovan).
- 75 Under förhandlingen uttryckte sökanden tvivel beträffande tillförlitligheten av de uppgifter som återges i beslutet beträffande företagets marknadsandelar under hela den period då överträdelsen pågick. Uppgifternas ursprung var enligt sökanden okänt då företaget aldrig lämnat dessa uppgifter till kommissionen. Sökanden menar därför att det endast kan röra sig om beräkningar som kommissionen gjort och därför inte utan vidare kontroll kan anses utgöra användbar bevisning.
- 76 Invändningen har anförts för sent och kan således inte tas upp till prövning enligt artikel 48.2 i förstainstansrättens rättegångsregler. Sökanden hade nämligen möjlighet att anföra invändningen redan i sin ansökan, i vilken företaget i stället till och med grundat sig på uppgifter från hela den period under vilken överträdelsen pågick — och närmare bestämt uppgifter om andelar av EES-marknaden under åren

1991–1998, vilka återfinns i den tredje kolumnen i tabellen över vitamin B5 i punkt 123 i beslutet — som stöd för argumentet beträffande en uppenbart oriktig bedömning i den andra delen av förevarande grund (se punkt 41 ovan). Även om invändningen skulle kunna tas upp till prövning skulle den inte kunna vinna framgång, då sökanden endast framfört en vag kritik mot tillförlitligheten av de aktuella uppgifterna utan att åberopa några bevis härför.

77 Av det ovan anförda följer att det saknas stöd för de argument som sökanden anför, inom ramen för den andra delen av förevarande grund, beträffande den successiva jämförelsen av global omsättning, globala marknadsandelar samt omsättning och marknadsandelar på EES-marknaden för medlemmarna i kartellen för vitamin B5 under år 1998 (se punkterna 38–41 ovan).

78 Vad gäller den jämförelse av marknadsandelar på EES-marknaden under den period då överträdelsen pågick, nämligen åren 1991–1998, som sökanden själv gjort (se punkt 41 ovan), saknar även denna relevans, då sökanden inte bestritt kommissionens val att utgå från global omsättning och globala marknadsandelar för den berörda vitaminprodukten för att göra en differentierad behandling då kommissionen fastställde utgångspunkten för böterna. Ett sådant val kan inte klandras, dels med hänsyn till att den aktuella geografiska marknaden var global (se punkt 73 i beslutet), vilket sökanden inte bestritt, dels för att hela kartellen var världsomspännande. Förstainstansrätten noterar i förbigående att den aktuella kartellen syftade till att tilldela de olika medlemmarna globala och regionala försäljningskvoter (inklusive en europeisk kvot) (se punkterna 301 och 305 i beslutet). Omsättningen eller marknadsandelen på EES-marknaden var därför av föga relevans även för det fall den geografiska omfattningen av den berörda produktmarknaden vore begränsad till EES-marknaden (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 29 april 2004 i de förenade målen T-236/01, T-239/01, T-244/01–T-246/01, T-251/01 och T-252/01, Tokai Carbon m.fl. mot kommissionen, REG 2004, s. II-1181, punkterna 195–200).

- 79 Förstainstansrätten konstaterar emellertid att sökanden inte påstått att en korrekt bedömning av företagets relativa betydelse på världsmarknaden för vitamin B5 med hjälp av deras genomsnittliga globala marknadsandelar under hela den period som överträdelserna pågick medförde att sökanden skulle placeras i den andra kategorin tillsammans med BASF. Sökanden har tvärtom själv varit tvungen att medge att dess ställning (29 procent) utifrån dessa uppgifter var närmare Roches ställning (36 procent) än BASF:s motsvarande ställning (21 procent), även om det endast rörde sig om en enda procentenhet (se punkt 41 ovan).
- 80 Sökanden har därför inte styrkt att kommissionen gjort en uppenbart oriktig bedömning genom att inte placera företaget i den andra kategorin tillsammans med BASF.
- 81 Förstainstansrätten kommer nu att pröva anmärkningen i den andra delen av förevarande grund beträffande åsidosättande av principen om likabehandling tillsammans med anmärkningen i den tredje delen av förevarande grund om åsidosättande av proportionalitetsprincipen. Anmärkningarna kommer endast att prövas i den mån de är relevanta, det vill säga om de subsidiärt grundas på uppgifter om de berörda företagets globala marknadsandelar under hela den period som överträdelserna pågick.
- 82 Sökanden menar att principen om likabehandling åsidosatts på grund av att företaget, vad gäller överträdelserna beträffande vitamin B5, placerats i den första kategorin tillsammans med Roche, trots att sökandens situation inte kunde jämföras med Roches situation, och vidare att företaget behandlats annorlunda än BASF, trots att detta företags situation påminde om sökandens. Principen om likabehandling har vidare enligt sökanden åsidosatts genom att BASF placerades i den andra kategorin vad gäller överträdelserna beträffande vitamin B2 trots att dess situation i fråga om denna överträdelse påminde om sökandens situation med avseende på överträdelserna beträffande vitamin B5 (se punkt 44 ovan). Slutligen har principen om likabehandling åsidosatts av det faktum att sökanden inte placerades i en kategori mellan Roche och BASF.

83 Det skall härvid understrykas att sökanden inte i sig kritiserat den metod som består i att dela in medlemmarna i en kartell i kategorier för att göra en differentierad behandling vid fastställandet av utgångspunkten för böterna. Denna metod, som för övrigt i principiellt hänseende har godkänts i förstainstansrättens praxis trots att den inte tar hänsyn till skillnaden i storlek mellan företag inom samma kategori (förstainstansrättens domar av den 19 mars 2003, i mål T-213/00, CMA CGM m.fl. mot kommissionen, REG 2003, s. II-913, punkt 385, och domen i det ovannämnda målet Tokai Carbon m.fl. mot kommissionen, punkt 217) medför emellertid att utgångspunkten för böterna för företag i samma kategori fastställs till ett schablonbelopp.

84 Vid en sådan indelning i kategorier skall förvisso likabehandlingsprincipen iakttas. Enligt denna princip är det inte tillåtet att behandla jämförbara situationer olika eller att behandla olika situationer lika, såvida det inte finns sakliga skäl för en sådan behandling. Det följer vidare av rättspraxis att bötesbeloppet skall stå i proportion till de omständigheter som beaktats vid bedömningen av överträdelsens svårighetsgrad (se domen i det ovannämnda målet Tokai Carbon m.fl. mot kommissionen, punkt 219 och där angiven rättspraxis).

85 Vid prövningen av om en sådan uppdelning av kartellmedlemmarna i olika kategorier överensstämmer med likabehandlingsprincipen och proportionalitetsprincipen skall förstainstansrätten, då den kontrollerar att kommissionen använt sitt utrymme för skönsmässig bedömning på ett lagenligt sätt, emellertid endast kontrollera att uppdelningen är sammanhängande och sakligt motiverad (domarna i de ovannämnda målen CMA CGM m.fl. mot kommissionen, punkterna 406 och 416, och Tokai Carbon m.fl. mot kommissionen, punkterna 220 och 222) utan att helt ersätta kommissionens bedömning med sin egen.

86 Frånsett de överträdelser som gäller betakaroten och karotenoider, för vilka kommissionen inte ansåg det lämpligt att skapa separata kategorier (se punkterna 695 och 696 i beslutet) gjorde kommissionen en uppdelning i två kategorier i beslutet för varje konstaterad överträdelse: en första kategori med den största eller de största tillverkarna på världsmarknaden av den aktuella vitaminen, och en andra

kategori med övriga tillverkare av vitaminen ”som hade betydligt mindre andelar av världsmarknaden” (se punkterna 683, 685, 687, 689, 691 och 693 i beslutet).

- 87 Förstainstansrätten anser att uppdelningen av tillverkare i två kategorier, de största och övriga, inte var ett olämpligt sätt att beakta företagens relativa betydelse på marknaden i syfte att anpassa utgångspunkten för böterna, under förutsättning att uppdelningen inte ger en starkt missvisande bild av de berörda marknaderna. Denna slutsats motsägs inte av att kommissionen i beslutet i målet British Sugar (punkt 46 ovan), inom ramen för sitt stora utrymme för skönsässig bedömning, använde en annan fördelningsmetod då den beslutade att skapa tre kategorier i stället för två, då antalet aktörer i detta beslut och fördelningen av deras marknadsandelar skiljde sig från fördelningen i förevarande mål.
- 88 När det gäller tillämpningen i beslutet av denna fördelningsmetod på respektive överträdelse delade kommissionen, med stöd av företagens globala marknadsandelar (direkt uträknade med hjälp av den globala omsättningen för produkten under hela den period då överträdelsen pågick), in företagen i följande två kategorier:

Vitaminer	Första kategorin Största tillverkaren/na (marknadsandelar)	Andra kategorin Övrig(a) tillverkare (marknadsandelar)
Vitamin A	44 %	32 % - 20 %
Vitamin E	43 % - 29 %	14 % - 10 %
Vitamin B 2	47 %	29 % - 12 %
Vitamin B 5	36 % - 29 %	21 %
Vitamin C	40 % - 24 %	8 % - 6 %
Vitamin D 3	40 % - 32 %	15 % - 9 %

89 Av dessa uppgifter framgår att kommissionen alltid placerat gränsvärdet där det föreligger störst skillnad, även om skillnaden endast utgörs av en procentenhet. Kategorin med de största tillverkarna begränsades till ett enda företag endast då detta företag hade en mycket stor marknadsandel (44 procent och 47 procent). Marknadsandelar om 29 procent har förvisso ansetts tillhöra den första eller den andra kategorin, men den relativa ställningen för det företag som hade denna marknadsandel var annorlunda; placeringen i den andra kategorin motsvarade en skillnad på 18 procentenheter i förhållande till den största tillverkaren (vitamin B2), jämfört med en skillnad på endast 7 respektive 14 procentenheter för placering i den första kategorin (vitamin B5 och E). Det enda fall där en marknadsandel på 24 procent motiverade att ett företag klassificerades som "största tillverkare" (vitamin C) motsvarar en skillnad på endast 16 procentenheter jämfört med det marknadsledande företaget och en högst marginell ställning (8 och 6 procent) i förhållande till övriga tillverkare.

90 Vad närmare gäller överträdelsen beträffande vitamin B5, kunde kommissionen — med hänsyn till den begränsade skillnaden mellan den största aktören Roche och sökanden (7 procentenheter) och Roches inte alltför stora marknadsandel — betrakta sökanden såsom största tillverkare, i likhet med Roche men till skillnad från den tredje största aktören BASF. Kommissionens bedömning är sammanhängande och sakligt motiverad och innebär inte något åsidosättande av vare sig principen om likabehandling eller proportionalitetsprincipen. Kommissionen kunde följaktligen fastställa samma utgångspunkt för böterna som för Roche, vilken var högre än utgångspunkten för BASF.

91 Vad vidare beträffar sökandens jämförelse mellan företagets roll i överträdelsen beträffande vitamin B5 och BASF:s roll i överträdelsen beträffande vitamin B2, finner förstainstansrätten i likhet med vad svaranden med fog har påpekat, att dessa situationer inte var jämförbara, vare sig på den grunden att företagens respektive marknadsandelar (29 procent) under hela den period som överträdelsen pågick var desamma på båda marknaderna eller av det skälet att båda företagen befann sig mitt emellan den största och den tredje största aktören på sina respektive marknader.

- 92 Eftersom det för kommissionen var fråga om att göra en bedömning av företagens relativa betydelse på varje marknad, kan de två omständigheter som sökanden åberopat endast prövas med beaktande av marknadsandelarnas fördelning. Fördelningen var i de två fall som undersökts inte jämförbar. Den största aktörens ställning var klart starkare i överträdelsen beträffande vitamin B2. I fråga om överträdelsen beträffande vitamin B2 låg BASF:s marknadsandel (29 procent i likhet med Daiichi för vitamin B5) dessutom närmare den tredje största aktörens marknadsandel (12 procent) än den största aktörens (47 procent), en skillnad på 17 respektive 18 procentenheter. Vad däremot gäller överträdelsen beträffande vitamin B5, låg Daiichis marknadsandel (29 procent), såsom erinrats ovan, närmare den största aktörens (Roche, med 36 procent) än den tredje största aktörens (BASF, med 21 procent). Det förelåg i detta fall en skillnad på 7 respektive 8 procentenheter.
- 93 Följaktligen var det, under antagandet att ett åsidosättande av principen om likabehandling kan åberopas vid tillämpning av artikel 81 EG även i andra fall än då medlemmarna i en och samma kartell inte behandlats lika, objektivt motiverat att sökanden, vad gäller överträdelsen beträffande vitamin B5, och BASF, vad gäller överträdelsen beträffande vitamin B2, placerades i olika kategorier. Ovanstående princip har således inte åsidosatts.
- 94 Den andra och tredje delen av förevarande grund kan därför inte godtas.
- 95 Mot bakgrund av vad som anförts ovan kan talan inte vinna bifall på den första grunden.

2. Den andra grunden: Huruvida det kan anses som en förmildrande omständighet att sökanden endast delvis har respekterat kartellavtalen

Parternas argument

- 96 Sökanden har gjort gällande att kommissionen gjort en uppenbart oriktig bedömning, en "felaktig tillämpning av gällande rätt på de faktiska omständigheterna", och åsidosatt riktlinjerna då den inte såg det som en förmildrande omständighet att Daiichi endast delvis har respekterat kartellavtalen beträffande vitamin B5, vilket enligt sökanden motiverar en väsentlig sänkning av grundbeloppet för böterna (se punkt 18 ovan).
- 97 Sökanden har påpekat att det faktum "att företaget i praktiken inte har tillämpat avtal eller förfaranden som utgör överträdelser" utgör en förmildrande omständighet som logiskt sett bör medföra att bötesbeloppet sänks. Det vore politiskt riktigt av kommissionen att ålägga ett företag som helt eller delvis motverkat det konkurrensbegränsande avtalet relativt sett lägre böter jämfört med ett företag som fullt ut respekterat avtalet och som därmed orsakat en större skada i konkurrenshänseende.
- 98 För det första har sökanden anfört att företaget, i den handling som man på eget initiativ tillställde kommissionen den 9 juli 1999 och även i sitt svar på meddelandet om anmärkningar, visat att det mildrat effekterna av de överenskomna prishöjningarna genom att inte genomföra eller i varje fall senarelägga tillämpningen av dem.
- 99 För det andra har sökanden gjort gällande att företaget inte minskat sin produktion i enlighet med vad som överenskommits inom kartellen utan snarare regelbundet överskridit de budgetar som tilldelats företaget för Europa i större utsträckning än vad Roche och BASF gjort. På så sätt bidrog sökanden till att tillfredsställa

kundernas efterfrågan och att minska prispressen. Under flera år exporterade sökanden dessutom mer kalcium-D-pantotenat (pantotensyra i ren form, nedan kallad D-Calpan) till Europa än vad företaget uppgav för Roche och BASF inom ramen för kartellens informationsutbyte.

100 Sökanden har bestritt kommissionens slutsats i punkt 729 i beslutet att medlemmarna i kartellerna betraktade de kvoter de tilldelats som minimivolymer. Vad gäller vitamin B5 motbevisas denna slutsats av den bevisning som sökanden förebragt kommissionen i sin handling daterad den 9 juli 1999. Av denna framgår nämligen att de tilldelade kvoterna inte fick överskridas i någon större mån.

101 För att styrka sina påståenden att företaget endast delvis respekterat avtalen och för att visa att detta inte var ett försök att utnyttja kartellen för egen vinning utan ett sätt att begränsa de negativa effekterna i volym och prishänseende, har sökanden för det tredje betonat att företaget inte hade något direkt ekonomiskt intresse av att delta i samarbetet beträffande vitamin B5 och att skälet till att företaget deltog var rädsla för sanktionsåtgärder från Roches sida som hade kunnat försöka driva ut Daiichi från marknaden för denna vitaminsort. Sökanden har påstått att företaget inte hade någon särskild önskan att höja priset på D-Calpan. Företaget fruktade dels att tillverkarna av förblandningar skulle byta till D-Calpan som importerats från Kina eller till DL-calpan (ett ersättningsämne som innehåller upp till 45 procent D-Calpan och som endast används för foder) som importerats från Japan eller Östeuropa. Vidare befarade företaget att möjligheten för självständiga tillverkare av förblandningar att konkurrera med Roche och BASF skulle försvagas när det gäller försäljning av förblandningar till foderproducenter, vilket skulle medföra att dessa tillverkare, som var sökandens största köpare av D-Calpan i Europa, allt snabbare drevs ut från marknaden.

102 Svaranden anser sig ha haft fog för att i beslutet inte tillerkänna sökanden de åberopade förmildrande omständigheterna och har hänvisat till sin bedömning i

punkterna 728 och 729 i beslutet (se punkt 18 ovan). Svaranden har tillagt att kriteriet ”att företaget i praktiken inte har tillämpat avtal eller förfaranden som utgör överträdelser” nämns bland de förmildrande omständigheterna i riktlinjerna och har vidare påpekat att sökandens beteende i förevarande fall inte kan anses förmildrande, eftersom sökanden enligt egen utsago delvis genomfört de prishöjningar som kartellen beslutat.

Förstainstansrättens bedömning

103 Med stöd av denna grund har sökanden yrkat nedsättning av bötesbeloppet med motiveringen att företaget i praktiken inte tillämpat avtalen, vilket utgör en förmildrande omständighet enligt punkt 3 andra strecksatsen i riktlinjerna. Företaget har endast delvis respekterat avtalen om pris och kvantitet. Anledningen härtil var ett försök att mildra verkningarna, av rädsla för att kunder som tillverkar förblandningar i annat fall skulle vända sig till andra leverantörer eller annars försvagas i sin konkurrenskraft gentemot Roche och BASF och på så vis drivas bort från marknaden för förblandningar. Kommissionen gjorde en uppenbart oriktig bedömning och åsidosatte riktlinjerna då den inte sänkte bötesbeloppet av ovanstående skäl.

104 I punkt 728 i beslutet hänvisade kommissionen till förstainstansrättens dom av den 14 maj 1998 i mål T-308/94, Cascades mot kommissionen (REG 1998, s. II-925, punkt 230). I denna dom fastslog förstainstansrätten att det faktum att ett företag, vars deltagande i en prissamverkan tillsammans med sina konkurrenter har fastställts, inte har agerat på marknaden på det sätt som det kommit överens om med sina konkurrenter, inte nödvändigtvis utgör en förmildrande omständighet vid fastställandet av bötesbeloppets storlek.

105 Det skall påpekas att förstainstansrättens överprövning i den ovannämnda domen avsåg ett kommissionsbeslut vari riktlinjerna inte tillämpats, eftersom dessa ännu

inte antagits då beslutet fattades. I riktlinjerna föreskrivs uttryckligen att det faktum att ett konkurrensbegränsande avtal i praktiken inte tillämpats skall beaktas som en förmildrande omständighet. Såsom redan angetts i punkt 49 ovan följer det av fast rättspraxis att kommissionen inte får avvika från de regler som kommissionen själv ålagt sig. Den omständigheten att en kartellmedlem mer eller mindre fullständigt har genomfört de åtgärder den kommit överens om med övriga medlemmar har inte någon betydelse för att ansvar föreligger, utan för omfattningen av detta ansvar och således bötesnivån (se, för ett liknande resonemang, dom av den 15 oktober 2002 i de förenade målen C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P–C-252/99 P och C-254/99 P, Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mot kommissionen, REG 2002, s. I-8375, punkterna 508–510, och 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 145).

106 Kommissionen åsidosatte därför riktlinjerna när den ansåg att den inte var skyldig att såsom förmildrande omständighet beakta att sökanden åsidosatt de skyldigheter som åvilade företaget inom ramen för den konkurrensbegränsande samverkan beträffande vitamin B5.

107 För att undvika att den förmildrande omständighet som sökanden åberopat skulle tillämpas på detta företag, fann kommissionen även i beslutet att det inte framgick av handlingarna i ärendet att sökanden verkligen åsidosatt några sådana skyldigheter. Skälet härtill var enligt kommissionen dels att kartellmedlemmarna kom överens om riktpriiser och sedan fastställde sina priser på ett sådant sätt att de närmade sig de avtalade riktpriiserna, dels att de tilldelade kvoterna var minimivolymer och att avtalen således inte åsidosattes om volymerna överskreds.

108 Om en sådan bedömning vore relevant och välgrundad skulle det åsidosättande av riktlinjerna som konstaterats i punkt 106 ovan emellertid vara verkningslöst, eftersom kommissionens beslut att det inte förelåg några förmildrande omständigheter i varje fall, i förhållande till riktlinjerna, om inte annat skulle motiveras av att sökanden i förevarande fall inte tillämpat avtalet i praktiken.

- 109 Det skall härvid för det första påpekas att det förvisso är riktigt, såsom sökanden anført, att genomförande av avtal om riktpriiser inte nödvändigtvis kräver att exakta priser tillämpas, då avtalen kan anses följas om parterna fastställer sina priser på ett sådant sätt att det överenskomna målet uppnås. Detta argument utesluter emellertid inte i sig att sökanden i detta fall åsidosatt de förpliktelser företaget iklätt sig beträffande prissättning gentemot övriga kartellmedlemmar, då det följer av beslutet (se punkt 304) att medlemmarna i kartellen för vitamin B5 gemensamt fastställde målpriser (listpris) utan även lägstapris.
- 110 Det framgår för det andra inte på något sätt av handlingarna att de budgetar som tilldelats medlemmarna i kartellen för vitamin B5 rörde sig om minimivolymer. Tvärtom framgår det att de utgjorde kvoter som i princip inte fick överskridas. Av beslutet följer nämligen att sedan budgetarna upprättats tilldelades kartellmedlemmarna procentuella marknadsandelar och att syftet med budgetarna var att vidmakthålla marknadsandelarna (punkterna 296, 297, 300–302 och 305).
- 111 Kommissionens bedömning i punkt 107 ovan utgör således uppenbarligen inte grund för att vägra tillerkänna sökanden de åberopade förmildrande omständigheterna.
- 112 Eftersom beslutet således är rättsstridigt i detta avseende ankommer det på förstainstansrätten att utöva sin fulla prövningsrätt i den mening som avses i artikel 229 EG och artikel 17 i förordning nr 17 för att fastställa om sökanden, med anledning av de åberopade omständigheterna, skall medges nedsättning av sina böter för att företaget i praktiken inte tillämpat avtalen.

- 113 Förstainstansrätten finner det härvid viktigt att utröna huruvida dessa omständigheter styrker att sökanden, under den tid företaget deltog i de förbjudna avtalen, underlät att tillämpa dem och i stället uppträdde marknadsmässigt eller om sökanden åsidosatt sina skyldigheter enligt det konkurrensbegränsande avtalet på ett så tydligt och omfattande sätt att kartellens funktion rubbats.
- 114 Handlingarna i målet medger inte att frågan ges ett jakande svar.
- 115 Sökanden har, såsom svaranden har påpekat, inte påstått sig i praktiken ha underlåtit all tillämpning av avtalen.
- 116 Sökanden har anfört att företaget endast delvis tillämpat avtalen. De omständigheter sökanden åberopat styrker emellertid inte att företaget på ett så tydligt och omfattande sätt tagit avstånd från de förbjudna avtalen att kartellen för vitamin B 5 rubbades funktionsmässigt.
- 117 Vad för det första gäller påståendet att företaget i praktiken inte tillämpat prisavtalen har sökanden åberopat följande omständigheter:
- a) Den 5 april 1997 tillkännagav Roche en prishöjning om drygt 4 procent. De priser som tillämpades av sökandens europeiska dotterbolag, Daiichi Pharmaceutical Europe (nedan kallat DPE), översteg dock nivån för april 1997 först i juli 1997, och Roches generella prishöjning återspeglades fullt ut i DPE:s prissättning först i oktober 1997, det vill säga först sex månader efter det att Roche tillkännagivit den.

- b) Vid ett möte mellan Roche och BASF i november 1997 eller i januari 1998, motsatte sig sökanden utan resultat en prisökning i Europa som BASF föreslagit.
- c) Den 25 februari 1998 tillkännagav BASF en femprocentig prishöjning. DPE:s priser ökade (med mindre än 5 procent) först i maj för att sedan sjunka i juni under februari månads nivå.
- d) Sökanden följde vare sig den prishöjning som tillkännagavs av BASF i april 1998 eller den prishöjning som Roche tillkännagav den 13 juni 1998.
- e) Sökandens D-Calpan såldes regelbundet till slutanvändare till ett pris som understeg de listpriser och minimipriser som kartellen beslutat. Skälet härtil var att sökanden inte genomförde prishöjningarna utan försvårade eller försenade dem samt gav rabatter i förhållande till det publicerade priset. Sökandens pris på D-Calpan som såldes till slutanvändare var i genomsnitt mer än 10 procent lägre än listpriset och understeg minimipriserna.

¹¹⁸ De omständigheter som avses under b och i punkt 323 i beslutet kan inte godtas. Under b) anges endast att sökanden under ett möte med kartellmedlemmarna i november 1997 eller januari 1998 motsatt sig en prishöjning som BASF föreslagit, men det sägs inget om hur sökanden i praktiken agerat på marknaden efter detta möte.

119 Vad sedan gäller de omständigheter som avses under d, har sökanden inte bevisat sitt påstående att företaget inte följt den prishöjning som BASF tillkännagav i april 1998. Förstainstansrätten kan inte utifrån de omständigheter som sökanden åberopat ens identifiera en sådan prisökning. Sökandens hänvisning till punkt 103 i meddelandet om anmärkningar ger intrycket att denna höjning är densamma som den som BASF tillkännagav i februari 1998, vilken det hänvisas till under c. Av samma punkt i meddelandet om anmärkningar framgår att Roches prishöjning av den 13 juni 1998 endast syftade till att stödja BASF:s initiativ av den 25 februari 1998. Samtliga omständigheter som åberopats under c och d är således egentligen endast ett och samma initiativ till prishöjning som övriga kartellmedlemmar tagit och som följts i mycket begränsad utsträckning.

120 Omständigheterna under a förefaller visserligen styrkas genom en tabell över DPE:s genomsnittliga månatliga försäljningspriser under perioden år 1996–1999 (nedan kallad tabellen för DPE, som sökanden inkommit med under det administrativa förfarandet och som bilagts handlingarna i förevarande mål). Tabellens betydelse kan dock starkt ifrågasättas mot bakgrund av två andra handlingar som sökanden inkommit med till kommissionen och som bilagts handlingarna i målet. I dessa handlingar återges kvartalsvis de priser som sökanden själv tillämpade till slutanvändare i Europa under den period överträdelserna pågick. Handlingarna består av ett diagram över utvecklingen av Daiichis genomsnittliga försäljningspriser i Europa mellan åren 1985 och 1999 samt en tabell över Daiichis genomsnittliga försäljningspriser i Europa mellan åren 1991 och 1998 beräknade årsvis och per kvartal (nedan kallade diagrammet för Daiichi och tabellen för Daiichi). Handlingarna visar att denna prisnivå var klart högre än DPE:s priser enligt tabellen för DPE. Av diagrammet för Daiichi framgår särskilt att sökandens genomsnittspris i början på det andra kvartalet år 1997 låg på 36 tyska mark (DEM) jämfört med 32,05 DEM för DPE enligt tabellen för DPE under samma period. Tabellen för Daiichi visar i sin tur att sökandens egna genomsnittspriser under det andra kvartalet år 1997 var 4,3 procent högre än företagets genomsnittspris under det föregående kvartalet. Detta ligger helt i linje med en eventuell anpassning av Daiichis priser till den prishöjning om 4 procent som tillkännagavs av Roche den 5 april 1997.

121 Under förhandlingen ombads Daiichi att förklara dessa prisskillnader och varför det är relevant att, vid prövningen av förevarande grund, beakta såväl DPE:s som Daiichis priser. Företaget preciserade att DPE vid olika tillfällen getts ett visst handlingsutrymme av sitt moderbolag. För att avgöra om det styrkts att prisavtalen endast delvis tillämpats måste även moderbolagets, det vill säga sökandens, priser beaktas. Under dessa omständigheter är jämförelsen mellan de av kartellen fastställda priserna och DPE:s priser inte representativ för att avgöra i vilken utsträckning sökanden följt prisavtalen för vitamin B5.

122 Sökanden har inkommit med nedanstående tabell, vilken inte bestritts av svaranden. Uppgifterna i tabellen har hämtats från punkterna 304, 323 och 325 i beslutet samt från diagrammet och tabellen för Daiichi. Vad gäller omständigheten under e framgår det av nedanstående tabell att mellan oktober 1991 och slutet av år 1994 motsvarade sökandens försäljningspriser i Europa mellan 90 procent och 93 procent av de överenskomna minimipriserna.

Datum	Listpris för Europa (DEM)	Lägstapris för Europa (DEM)	Daiichis genomsnittspris till användare i Europa (DEM)
1. 10. 1991	29,50	28,50	26,00
1. 4. 1992	32,50	31,00	28,50
1. 4. 1993	36,50	35,00	32,00
1994	39,00	37,50	35,01
1995	40,00	u.s.	35,33
1996	u.s.	u.s.	34,33
1997	43,00	u.s.	36,79
1998	46,00	u.s.	39,98

123 Det följer emellertid inte med säkerhet av handlingarna att det lägstapris om 37,50 DEM som anges för år 1994 var ett genomsnittsvärde för hela året. Det kan,

särskilt med hänsyn till punkt 304 i beslutet, långt ifrån uteslutas att denna uppgift avser ett värde som fastställts vid ett visst tillfälle under år 1994, till exempel den 1 april 1994 såsom synes framgå av handlingen med rubriken BASFAG 000301 som bifogats BASF:s skrivelse till kommissionen av den 23 juni 1999. Det genomsnittliga lägsta priset under samma år kan därför mycket väl ha varit lägre än 37,50 DEM. Sökandens genomsnittliga försäljningspriser år 1994 kan därför ha motsvarat mer än 93 procent av det genomsnittliga lägsta priset.

124 Skillnaden mellan sökandens försäljningspris och de överenskomna lägsta priserna framstår inte som särskilt stor. Skillnaden omfattar dessutom endast en period om 3 år och 3 månader medan överträdelserna pågick under totalt åtta år (från januari 1991 till februari 1999, såsom framgår av punkterna 2, 296–300, 312, 620 och 706 i beslutet, inte mellan september 1991 och februari 1999, vilket till följd av ett skrivfel angavs i artikel 1.2 f i beslutet). Av samma tabell framgår för övrigt att sökandens försäljningspris under samma period utvecklades på samma sätt som de överenskomna lägsta priserna. Under hela den period som överträdelserna pågick följde dessutom sökandens försäljningspris i stor utsträckning listpriserna.

125 Vad sedan gäller den omständigheten att avtalen om volym i praktiken eventuellt inte tillämpats har sökanden gjort gällande att företaget regelbundet och i större utsträckning än Roche och BASF översteg de budgetar som företaget tilldelats för Europa. Sökanden har även hävdat att företaget under flera år exporterat mer D-Calpan till Europa än man uppgett för Roche och BASF inom ramen för kartellens informationsutbyte.

126 Nedanstående tabell har utarbetats av sökanden med hjälp av uppgifter från bilagorna till meddelandet om anmärkningar och uppgifter i handlingar som sökanden tillställt kommissionen under det administrativa förfarandet. Dessa uppgifter har inte bestritts av svaranden. Med ledning av tabellen noterar förstainstansrätten att även Roche och BASF ofta överskred sina budgetar och att sökanden endast under åren 1991–1993 överskredit sin budget i betydande mån. Det

var dock just under åren 1991 och 1992 som Roche uppvisade sina största överskridanden.

År	Daaichis budget för Europa*	Daaichis försäljning i Europa*	Daaichis index**	Roches index**	BASF:s index**
1991	370	411	111 %	114 %	86 %
1992	435	567	130 %	116 %	102 %
1993	470	646	137 %	95 %	104 %
1994	635	670	106 %	87 %	90 %
1995	640	607	95 %	85 %	78 %
1996	550	560	102 %	102 %	121 %
1997	585	606	104 %	110 %	86 %
1998	580	438	78 %	110 %	103 %

*: uttryckt i miljoner ton

** : försäljning uttryckt i procent av den individuella budgeten för Europa

127 De uppgifter sökanden grundar sig på avser budget och försäljning på europeisk nivå, inte på världsnivå. Av sökandens egna uttalanden inför kommissionen, vilka återgetts i punkt 88 i ansökan, framgår dock att det inte innebar problem inom kartellen om de regionala budgetarna överskreds, vilket däremot var fallet om budgetarna på världsnivå överskreds med mer än 2 procent.

128 Även om det skulle kunna styrkas att sökanden inom ramen för kartellens regelbundna informationsutbyte lämnat uppgifter till övriga medlemmar vari försäljningen i Europa underskattades, så har dessa uppgifter inte haft någon självständig förmildrande verkan på de konkurrenshämmande avtalens skadliga

verkningar för konsumenten. Tvärtom underlättade dessa uppgifter för sökanden att dölja sina åsidosättanden av de uppträdanderegler som kartellen avtalat i fråga om priser och volym och gjorde det därmed enklare att fortsätta med dessa.

129 De omständigheter som sökanden åberopat i denna grund leder inte, ens tagna tillsammans, till slutsatsen att sökanden på ett tydligt sätt och i omfattande utsträckning frångått de avtal som ingåtts av kartellmedlemmarna. Ingenting i handlingarna visar att dessa omständigheter i praktiken vid något tillfälle rubbat kartellens funktion.

130 Under dessa omständigheter kan sökanden inte medges någon nedsättning av böterna på grund av att avtalen i praktiken inte skulle ha tillämpats. Yrkandet om sådan nedsättning skall följaktligen avslås.

3. Den tredje grunden: Tillämpning av meddelandet om samarbete

131 Denna grund avser tillämpning av meddelandet om samarbete på sökanden (se punkterna 19–22 ovan) och kan delas upp i fyra delgrunder.

Den första och den andra delgrunden beträffande tillämpning av avsnitten B och C i meddelandet om samarbete

132 Genom den första och den andra delen av förevarande grund har sökanden gjort gällande att kommissionen borde ha beviljat företaget total immunitet eller en

nedsättning om minst 75 procent av bötesbeloppet med tillämpning av avsnitt B i meddelandet om samarbete eller, i andra hand, en nedsättning av bötesbeloppet med 50–75 procent med tillämpning av avsnitt C i samma meddelande.

Parternas argument

— Den första delgrunden

133 Sökanden har i den första delgrunden hävdat att kommissionen gjort en uppenbart oriktig bedömning, en ”felaktig tillämpning av gällande rätt på de faktiska omständigheterna”, och åsidosatt meddelandet om samarbete genom att inte bevilja sökanden total immunitet eller i varje fall en väsentlig nedsättning (75–100 procent) av bötesbeloppet med stöd av avsnitt B i samma meddelande. Sökanden menar att företaget uppfyllde samtliga villkor i detta avsnitt.

134 Vad närmare gäller villkoret i avsnitt B b att företaget ”måste vara först med att tillföra bevismaterial som är avgörande för att bevisa att kartellen finns” har sökanden gjort gällande att kommissionen, när sökanden lämnade sina uppgifter om kartellen beträffande vitamin B5 till kommissionen, ännu inte hade tillräckliga bevis för att styrka att kartellen förelåg.

135 Sökanden har påpekat att kommissionen i sitt 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 2001, L 152, s. 24) slog fast att bevismaterial är avgörande i den mening som avses i avsnitt B b i meddelandet om samarbete då ”de[t] i sig är tillräcklig[t] för att påvisa förekomsten av kartellen”. För att viss bevisning skall anses styrka en överträdelse krävs enligt sökanden att den

avser och beskriver själva kartellens uppbyggnad, det vill säga bolagens identitet, namn och titel på de personer som deltar i överträdelsen, detaljer beträffande varje kontakt eller möte som ägt rum mellan deltagarna, detaljer beträffande diskussionernas innehåll vid varje mötestillfälle samt gemensamma överenskommelser, kartellens grundläggande principer eller sätt att fungera (till exempel mötesfrekvens, förekomst av kontrollsystem, struktur eller organ som övervakar överenskommelserna) och överträdelsens varaktighet.

136 Sökanden har påpekat att det bevismaterial som Roche och BASF inkommit med beträffande kartellen för vitamin B5 innan sökanden inkom med sin handling av den 9 juli 1999 återfinns i en skrivelse av den 22 juni 1999 från Roche till kommissionen, som diariefördes i akten den 24 juni 1999, och i två handlingar från BASF som diariefördes i akten den 15 respektive den 25 juni 1999. Sådant bevismaterial kan enligt sökanden inte anses som avgörande.

137 Sökanden har i synnerhet gjort gällande att det bevismaterial som Roche inkom med den 24 juni 1999 innehöll statistik för perioden år 1995–1998. Eftersom överträdelsen pågick från januari 1991 till februari 1999 kan detta bevismaterial inte anses ha styrkt överträdelsens varaktighet. Materialet beskriver inte heller kartellens grundläggande mekanism och avser inte på något sätt initiativ till gemensam prissättning och behandlar "avtalade marknadsandelar" endast i mycket vaga termer. I materialet ges inga uppgifter om speciella möten, platsen för sådana möten, datum eller mötesdeltagarna. De uppgifter som BASF lämnade den 15 och den 25 juni 1999 var enligt sökanden något mer detaljerade än dem som Roche lämnade i juni 1999. Samtliga uppgifter var emellertid ofullständiga, i synnerhet vad gäller överträdelsens varaktighet. Av uppgifterna framgår nämligen att ett avtal diskuterats för första gången år 1992 och att "överenskommelserna beträffande calpan" löpte ut vid eller omkring slutet av år 1998.

138 Sökanden har emellertid påpekat att företaget inte getts tillgång till vissa av de upplysningar som BASF lämnat och som påstås innehålla affärshemligheter. Daiichi har förvisso anfört att det är "föga troligt att de utelämnade upplysningarna medfört att BASF:s bevismaterial kan anses 'avgörande'" men har yrkat att förstainstansrätten såsom en åtgärd för processledning skall förplikta kommissionen att lämna en komplett kopia av de två ovannämnda handlingarna från BASF och bekräfta att de upplysningar sökanden inte getts tillgång till inte medför att det av BASF lämnade bevismaterialet kan anses avgörande.

139 Det bevismaterial som sökanden lämnade till kommissionen den 9 juli 1999 var däremot avgörande, med hänsyn till materialets uttömmande och detaljerade karaktär. Dessa uppgifter möjliggjorde för kommissionen att fastställa kartellens historik och bestämmelser, dess grundläggande mekanismer, tidplan och systemet med budgetjusteringar, mötenas innehåll, kartellens funktion mellan åren 1991 och 1997 samt kartellens varaktighet. Att det bevismaterial som sökanden inkommit med är avgörande framgår även av att kommissionen nästan uteslutande grundat sig härpå för att beskriva överträdelsen i beslutet (förstainstansrättens dom av den 14 maj 1998 i mål T-317/94, Weig mot kommissionen, REG 1998, s. II-1235, punkt 288). Särskilt i den del i beslutet som behandlar kartellen beträffande vitamin B5 (punkterna 292–329) hänvisas ett tjugotal gånger till citat, uttalanden och inlämnade handlingar från sökanden, medan det endast vid två tillfällen hänvisas till uttalanden och handlingar från BASF och endast vid ett tillfälle till ett uttalande från Roche.

140 Kommissionen har inte i beslutet, enligt vad sökanden påpekat, för varje konkurrensbegränsande avtal motiverat på vilket sätt den bevisning som Roche och BASF lämnat var avgörande. Kommissionen gjorde snarare en "generell bedömning av Roche och BASF:s yttranden över de olika vitaminkartellerna". Detta allmänna tillvägagångssätt ger upphov till frågan huruvida kommissionen med fog bedömde och ansåg det bevismaterial som Roche och BASF inkom med i juni 1999 som avgörande för att bevisa överträdelsen beträffande vitamin B5. Mot denna bakgrund har sökanden begärt att förstainstansrätten skall göra en förnyad prövning av bevismaterialet och jämföra den med det detaljerade och fullständiga bevismaterial som sökanden på eget initiativ inkom med den 9 juli 1999.

141 Svaranden har bestritt att avsnitt B i meddelandet om samarbete skulle vara tillämpligt på sökanden, eftersom sökanden inte var först med att tillföra bevismaterial som är avgörande för att bevisa att kartellen beträffande vitamin B5 fanns. Svaranden har upprepat argumenten i beslutet enligt vilka Roche och BASF lämnade det första avgörande bevismaterialet — det vill säga uppgifter om företagets identitet och vissa andra personer som deltagit i avtalen, vad som diskuterades, kartellens grundläggande plan och överträdelsens varaktighet. Dessa uppgifter lämnades av BASF den 15 och den 23 juni 1999 och av Roche i dess skrivelse av den 22 juni 1999.

142 När det gäller de av sökanden yrkade processledande åtgärderna har svaranden påpekat att sökanden redan har de handlingar företaget begärt tillgång till. Dessa handlingar tillställdes sökanden i samband med meddelandet om anmärkningar, med undantag för de uppgifter som BASF lämnade avseende försäljning, vilka återfinns på sidan 4413 i den administrativa akten och som kommissionen belagt med sekretess. Svaranden har vidare bekräftat att dessa handlingar var avgörande för att bevisa förekomsten av kartellen beträffande vitamin B5.

143 Sökanden har beträffande de begärda processledande åtgärderna noterat i sin replik att svaranden bekräftat att sidan 4413 i akten från det administrativa förfarandet inte delgetts sökanden under det administrativa förfarandet av sekretessskäl. Sökanden har preciserat att företaget inte självt önskar en kopia av denna sida utan har begärt att svaranden lämnar den till förstainstansrätten för att rätten skall kunna ta ställning till om de uppgifter som förekommer på denna sida lämnats som svar på kommissionens begäran enligt artikel 11 i förordning nr 17 och om de medfört att det bevismaterial som BASF inkommit med är avgörande i den mening som avses i avsnitt B b i meddelandet om samarbete.

— Den andra delgrunden

144 För det fall förstainstansrätten skulle komma fram till att företaget inte uppfyllt villkoret i avsnitt B a i meddelandet om samarbete, har sökanden i den andra delen

av förevarande grund gjort gällande att kommissionen, eftersom företaget uppfyllde åtminstone villkoren i avsnitt B b–e, gjorde en uppenbart oriktig bedömning och en ”felaktig tillämpning av gällande rätt på de faktiska omständigheterna” och åsidosatte meddelandet om samarbete genom att inte medge företaget en betydande nedsättning av bötesbeloppet med 50–75 procent i enlighet med avsnitt C i samma meddelande.

- 145 Eftersom sökanden inte var först med att tillföra bevismaterial som var avgörande för att bevisa att kartellen finns kunde den, enligt svaranden, inte heller åtnjuta tillämpning av avsnitt C i meddelandet om samarbete.

Förstainstansrättens bedömning

- 146 Kommissionen har i meddelandet om samarbete definierat 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 avsnitt A punkt 3 i meddelandet om samarbete).
- 147 Detta meddelande har, såsom anges i avsnitt E 3 i meddelandet om samarbete, skapat berättigade förväntningar som företagen kommer att stödja sig på när de avslöjar förekomsten av en kartell för kommissionen. Med hänsyn till de berättigade förväntningar meddelandet har kunnat ge upphov till hos företag som önskat samarbeta med kommissionen är kommissionen skyldig att följa meddelandet, då den vid fastställelsen av det bötesbelopp som skall åläggas sökanden bedömer företagets samarbete med kommissionen (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 20 mars 2002 i mål T-9/99, HFB m.fl. mot kommissionen, REG 2002, s. II-1487, punkt 608, och av den 8 juli 2004 i mål T-48/00, Corus UK mot kommissionen, REG 2004, s. II-2325, punkterna 192 och 193).

148 I avsnitt B i meddelandet föreskrivs att "[e]tt företag beviljas en nedsättning med minst 75% av det bötesbelopp som det skulle ha ålagts om det inte hade valt att samarbeta med kommissionen, eller befrias helt från böter, om följande villkor uppfylls:

- a) Företaget måste ha anmält den hemliga kartellen till kommissionen innan denna har fattat beslut om och påbörjat en undersökning hos de företag som deltar i kartellen och innan kommissionen har tillräckliga upplysningar för att kunna bevisa förekomsten av den anmälda kartellen.
- 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."

- 149 I avsnitt C i meddelandet anges dessutom att "[e]tt företag som uppfyller villkoren i avsnitt B punkt b–e ovan 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".
- 150 För att ett företag skall beviljas full immunitet eller medges nedsättning av bötesbeloppet enligt avsnitt B eller C i meddelandet om samarbete krävs således bland annat att det aktuella företaget varit först med att tillföra bevismaterial som är avgörande för att bevisa att kartellen finns (villkoret i avsnitt B b).
- 151 I punkt 743 första meningen i beslutet fann kommissionen att "Roche och Basf genom det viktiga material som de lämnade till kommissionen mellan den 2 juni 1999 och den 30 juli 1999 var de första parterna som lämnade kommissionen avgörande bevis för att det fanns kartellarrangemang som rörde marknaderna för vitamin B2, B5, C, D3, betakaroten och karotenoider". Kommissionen drog i punkt 745 första meningen slutsatsen att detta gjorde det omöjligt för andra företag att uppfylla detta villkor.
- 152 Sökanden har tvärtom gjort gällande att företaget uppfyllde villkoret. I handlingen med bilagor som tillställdes kommissionen den 9 juli 1999 tillförde sökanden bevismaterial som var avgörande för att bevisa att kartellen beträffande vitamin B5 fanns. Det bevismaterial som Roche och BASF tillförde beträffande kartellen innan denna handling ingavs, det vill säga de uppgifter som lämnades i en skrivelse från Roche daterad den 22 juni 1999 och diarieförd den 24 juni 1999 och i två skrivelser från BASF daterade den 15 och den 23 juni 1999 (diarieförda den 15 respektive den 25 juni 1999) kan inte anses avgörande.

153 Förstainstansrätten konstaterar emellertid att det av formuleringen av den första meningen i punkt 743 i beslutet inte går att utläsa om kommissionen ansåg att Roche och BASF gemensamt uppfyllde villkoret i avsnitt B b för var och en av de nämnda överträdelserna. Det går inte heller att fastställa huruvida kommissionen, vad gäller överträdelsen beträffande vitamin B5, grundat sin bedömning på samtliga uppgifter som företagen lämnat under den angivna tidsperioden (från den 2 juni till den 30 juli 1999) inklusive de uppgifter som lämnats efter det att sökanden inkommit med sin handling av den 9 juli 1999 (särskilt de svar som Roche och BASF lämnade den 16 juli 1999 på den begäran om upplysningar, bland annat avseende vitamin B5, som institutionen tillställde dem den 26 maj 1999, se punkt 132 i beslutet).

154 Avsnitt B b och avsnitt C i meddelandet om samarbete syftar till att ge kompensation i form av betydande nedsättning respektive mycket betydande nedsättning av böterna till endast det företag som verkligen var först med att lämna avgörande bevismaterial (förstainstansrättens dom av den 15 juni 2005, i de förenade målen T-71/03, T-74/03, T-87/03 och T-91/03, Tokai Carbon m.fl. mot kommissionen, ej publicerad i rättsfallssamlingen, punkt 365). Med hänsyn till ordalydelsen i dessa avsnitt är det i förevarande mål emellertid inte nödvändigt att pröva frågan huruvida, och i sådant fall om det var med fog som, kommissionen kom fram till att Roche och BASF uppfyllde villkoret i avsnitt B b i meddelandet om samarbete vad gäller överträdelsen beträffande vitamin B5.

155 Tvetydigheten i punkt 743 i beslutet i fråga om det bevismaterial som kommissionen beaktat vid prövningen enligt avsnitt B b i meddelandet om samarbete hindrade inte sökanden från att göra en egen bedömning härav och att väcka talan vid förstainstansrätten. Den utgör inte heller hinder för förstainstansrätten att med avseende på de argument som åberopats under dessa delgrunder pröva bedömningsen laglighet.

156 I motsats till vad sökanden påstått finner förstainstansrätten beträffande begreppet "tillföra bevismaterial som är avgörande för att bevisa att kartellen finns" att det inte

avser sådan bevisning som i sig är tillräcklig för att bevisa kartellens existens. Detta framgår av en jämförelse mellan de termer som använts i avsnitt B a i meddelandet om samarbete, vari just adjektivet "tillräckliga" används, vilket däremot inte används i avsnitt B b i samma meddelande (se, för ett liknande resonemang, dom av den 15 juni 2005 i de ovannämnda förenade målen Tokai Carbon m.fl. mot kommissionen, punkt 362).

157 Även om det bevismaterial som avses i avsnitt B b i meddelandet inte i sig behöver vara tillräckligt för att bevisa att kartellen finns, skall det i varje fall vara avgörande i detta avseende. Det skall således inte bara röra sig om en vägledande källa för kommissionens utredning utan om uppgifter som kan tjäna som huvudsakligt bevisunderlag för att fastställa överträdelsen.

158 Det kan i förevarande mål inte bestridas att sökanden i sin handling daterad den 9 juli 1999 tillfört sådan bevisning vad gäller kartellen beträffande vitamin B5. I handlingen gavs en detaljerad beskrivning av kartellen, med precisa uppgifter beträffande dess instiftan och varaktighet, kartellmedlemmarna och deras motivation, kartellens grundläggande struktur (systemet med budgetar för att fördela försäljningen, gemensamma prishöjningar, informationsutbyte) samt en detaljerad förteckning över en mängd kontakter och möten som ägt rum under den period överträdelserna pågick med uppgift om datum, mötesplats, agenda och mötesdeltagare. Av bilagorna till denna handling framgick även på ett ingående sätt och med sifferupplysningar hur systemet med budgetar och samordnade prishöjningar fungerade. Beskrivningen i beslutet av överträdelsen beträffande vitamin B5 grundas i allt väsentligt, såsom sökanden med fog har påpekat, på sökandens uppgifter.

159 Det var under dessa omständigheter befogat för sökanden att påpeka att frågan huruvida det var företagen Roche och BASF och inte sökanden som var först med att tillföra avgörande bevis skall besvaras enbart utifrån de uppgifter som Roche och BASF lämnade till kommissionen den 9 juli 1999. Sökanden har i sin svarsskrivelse

för övrigt själv preciserat de uppgifter som ges i första meningen i punkt 743 i beslutet och anfört att de första avgörande bevisen för att kartellen beträffande vitamin B5 fanns lämnades av BASF i dess skrivelser av den 15 och den 23 juni 1999 och av Roche i dess skrivelse av den 22 juni 1999.

160 Förstainstansrätten finner emellertid i detta avseende att de uppgifter som BASF lämnade den 25 juni 1999, det vill säga de uppgifter som lämnades i skrivelserna av den 15 och den 23 juni 1999 såsom de framgår av handlingarna i målet, absolut kan anses utgöra huvudsakligt bevisunderlag för att fastställa att det förelåg en kartell på marknaden för vitamin B5 och att dessa uppgifter följaktligen utgjorde hinder för sökanden att uppfylla villkoret i avsnitt B b i meddelandet om samarbete.

161 Förstainstansrätten noterar att det av skrivelsen av den 15 juni 1999, förutom vilka som var medlemmar i kartellen, framgår precisa uppgifter om vissa möten som hölls i början av kartellens existens med angivande av mötesplats (Basel och Tokyo) och mötesdeltagare. I skrivelsen anges även vilka personer som deltagit i det förbjudna handlandet, att kartellen höll kvartalsvisa möten och det huvudsakliga innehållet i avtalen (kvottilldelning, månatligt informationsutbyte beträffande försäljningsvolym, prishöjningar). I skrivelsen anges perioden från år 1992 till slutet av år 1998 som den period då överträdelserna pågick, det vill säga ungefär samma period som den som fastställts såsom överträdelseperiod i beslutet. I bilagorna till skrivelsen av den 23 juni 1999 ges dessutom uppgifter i siffror om vilka kvoter som tilldelats kartellmedlemmarna för åren 1995 och 1996 och en förteckning med listpriser och lägstapris per den 1 april 1994. Dessa uppgifter kompletterar och stöder redogörelsen för det förbjudna handlandet i skrivelsen av den 13 juni 1999.

162 Slutsatsen i punkt 160 ovan vederläggs inte av det faktum att de uppgifter som BASF lämnade den 25 juni 1999 inte exakt angav hur länge den överträdelse som

identifierats i beslutet hade pågått. Villkoret i avsnitt B b i meddelandet om samarbete kräver nämligen inte att det aktuella företaget tillför bevismaterial beträffande samtliga faktiska omständigheter som konstaterats i kommissionens beslut. Ovannämnda slutsats motsägs inte heller av den omständigheten att kommissionen i beslutet i större utsträckning använt uppgifter som lämnats av sökanden än av BASE.

163 Under dessa omständigheter saknas förvisso skäl att i enlighet med sökandens begäran förplikta svaranden att inkomma med sidan 4413 eller andra handlingar i akten från det administrativa förfarandet. Det saknas likaså anledning att pröva om de uppgifter som lämnats av Roche i dess skrivelse av den 22 juni 1999, vilka var mindre omfattande än dem som lämnats av BASE, i sin tur kunde anses avgörande för att bevisa att kartellen beträffande vitamin B5 fanns. Förstainstansrätten finner i likhet med svaranden att sökanden, trots att det bevismaterial företaget tillförde kommissionen var mera omfattande, detaljerat och dokumenterat, inte uppfyllde villkoret i avsnitt B b i meddelandet om samarbete och att avsnitten B och C i meddelandet därför inte kunde tillämpas på detta företag.

164 Eftersom sökanden inte styrkt att kommissionen, genom att inte tillämpa något av dessa avsnitt på företaget, har gjort en uppenbart oriktig bedömning eller åsidosatt meddelandet om samarbete kan den första och andra delen av förevarande grund inte godtas.

Den tredje och den fjärde delgrunden: Tillämpning av avsnitt D i meddelandet om samarbete

165 Genom den tredje och den fjärde delen av förevarande grund, som har åberopats i andra hand, har sökanden gjort gällande att kommissionen borde ha medgett

sökanden en nedsättning med minst 50 procent av bötesbeloppet, eller i varje fall om mer än 35 procent, i enlighet med avsnitt D i meddelandet om samarbete.

Parternas argument

— Den tredje delgrunden

¹⁶⁶ Genom den tredje delgrunden har sökanden hävdatt att kommissionen har åsidosatt principen om likabehandling genom att i motsats till vad som var fallet med Roche och BASF inte medge företaget en nedsättning med 50 procent av bötesbeloppet i enlighet med avsnitt D i meddelandet. Sökanden menar att företaget samarbetat i minst lika stor utsträckning som Roche och BASF och under samma skede av det administrativa förfarandet.

¹⁶⁷ Sökanden har påpekat att enligt förstainstansrättens domar av den 13 december 2001 i de förenade målen T-45/98 och T-47/98, Krupp Thyssen Stainless och Acciai speciali Terni mot kommissionen (REG 2001, s. II-3757, punkt 245), och i mål T-48/98, Acerinox mot kommissionen (REG 2001, s. II-3859, punkt 139), skall företagens grad av samarbete betraktas som liknande om företagen under samma skede av det administrativa förfarandet och under liknande omständigheter gav kommissionen motsvarande upplysningar avseende de sakomständigheter som lades dem till last. I förevarande fall visar flera omständigheter att sökandens samarbete var liknande, eller till och med mera omfattande än Roches och BASF:s samarbete, till exempel de omständigheter under vilka företagen tog kontakt med kommissionen, den tidpunkt då företagen inkom med bevismaterial, att företagen självmant lämnat detta bevismaterial samt det ”mervärde” materialet gav.

168 Svaranden har bestritt att principen om likabehandling i förevarande fall medför att sökanden skall beviljas en nedsättning av bötesbeloppet med 50 procent enligt avsnitt D i meddelandet om samarbete, det vill säga behandlas på samma sätt som Roche och BASF. Svaranden har bland annat betonat att det var först en månad efter Roche och BASF som sökanden kontaktade kommissionen för att erbjuda samarbete och att sökanden i praktiken började samarbeta först då kommissionen redan erhållit avgörande bevisning från Roche och BASF för att kartellen fanns. Kommissionen utnyttjade således endast sitt utrymme för skönsmässig bedömning inom den skala för nedsättning (10–50 procent) som föreskrivs i avsnitt D i meddelandet om samarbete och åsidosatte således inte principen om likabehandling då den beviljade sökanden en nedsättning med 35 procent av dess bötesbelopp.

— Den fjärde delgrunden

169 Sökanden har i tredje hand genom den fjärde delen av förevarande grund gjort gällande att kommissionen åsidosatt meddelandet om samarbete och likabehandlingsprincipen genom att inte bevilja företaget en högre nedsättning än 35 procent för att sökanden uppfyllt villkoren i de första och andra strecksatserna i avsnitt D 2 i nämnda meddelande.

170 Sökanden har påpekat att företaget beviljades en nedsättning med 35 procent för att det uppfyllde villkoren i avsnitt D 2 första strecksatsen i meddelandet om samarbete, det vill säga för att ha försett kommissionen med upplysningar, dokument eller annat bevismaterial som bidragit till att fastställa att överträdelsen begåtts, innan meddelandet om anmärkningar sänts ut. Sökanden har emellertid anmärkt att kommissionen inte på något ställe i beslutet medgett att företaget uppfyllt även villkoret i avsnitt D 2 andra strecksatsen i samma meddelande genom att inte bestrida de faktiska omständigheter som tas upp i meddelandet om anmärkningar.

- 171 Av avsnitt D 2 i meddelandet följer emellertid att den första och den andra strecksatsen avser olika och skilda skäl för nedsättning av bötesbeloppet. Den omständigheten att kommissionen inte beviljat sökanden en högre nedsättning för att företaget uppfyllde villkoren i första och andra strecksatsen i avsnitt D 2 i meddelandet utgör därför en felaktig tillämpning av denna bestämmelse eller i varje fall av de berättigade förväntningar som meddelandet gett upphov till.
- 172 Kommissionens vägran att bevilja nedsättning fastän sökanden uppfyllde villkoren i båda strecksatserna i avsnitt D 2 i meddelandet om samarbete utgör även ett åsidosättande av principen om likabehandling, eftersom det inte överensstämmer med kommissionens praxis. Sökanden har i detta avseende hänvisat till beslutet i målet *British Sugar* (se ovan punkt 46) och 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). I dessa beslut erhöll företagen *British Sugar* och *Anek* en nedsättning med 50 procent respektive 45 procent av bötesbeloppet för att samtidigt ha uppfyllt villkoren i första och andra strecksatserna i avsnitt D 2 i meddelandet om samarbete.
- 173 Svaranden har bestritt sökandens yrkande om att beviljas en högre nedsättning av bötesbeloppet än 35 procent med stöd av avsnitt D i meddelandet. Svaranden menar att nedsättningen med 35 procent har skett med beaktande av att sökanden inte bestritt de faktiska omständigheterna. I punkt 754 i beslutet (se punkt 20 ovan) påpekas att sökanden inte bestritt de faktiska omständigheterna. En korrekt tolkning av denna punkt visar att det finns två möjligheter: för det första att ett företag bidragit till att fastställa överträdelsen och inte bestritt de faktiska omständigheterna och för det andra att företaget inte bestritt de faktiska omständigheterna men inte heller bidragit till att fastställa överträdelsen. En sådan tolkning måste anses vara den riktiga med hänsyn till meningens sammanhang och beslutet som helhet. Av beslutet följer nämligen att även om inget av företagen bestritt de faktiska omständigheterna uppfyller vissa företag, beträffande vissa vitaminer, inte villkoret att ha bidragit till att fastställa överträdelserna. Den nedsättningsnivå som beviljats *Roche* och *BASF*

bekräftar för övrigt att sökandens tolkning av beslutet är felaktig. Om sökandens tolkning vore korrekt, skulle den nedsättning som beviljats Roche och BASF inte ha skett med beaktande av det faktum att företagen inte har bestritt de faktiska omständigheterna bakom överträdelsen som läggs den till last. Att kommissionen skulle ha beviljat dem båda en nedsättning med 50 procent vore också ologiskt då den maximala nedsättningen enligt avsnitt D i sådant fall skulle ha beviljats även om samtliga villkor i detta avsnitt inte var uppfyllda.

- 174 Svaranden har således helt enkelt underlåtit att i punkt 764 ånyo nämna den andra strecksatsen i avsnitt D. Innehållet i denna punkt hänvisar emellertid generellt till sökandens samarbete med kommissionen.

Förstainstansrättens bedömning

- 175 I avsnitt D i meddelandet om samarbete föreskrivs följande:

”1. Om ett företag samarbetar utan att alla de villkor som anges i avsnitt B eller C är uppfyllda kommer det att beviljas en nedsättning med 10–50% av det bötesbelopp som det skulle ha ålagts om det inte hade samarbetat.

2. Detta kan ske i till exempel följande fall:

- Ett företag förser kommissionen med upplysningar, dokument eller annat bevismaterial som bidrar till att fastställa att överträdelsen har begåtts, innan ett meddelande om anmärkningar sänds ut.

- Ett företag informerar kommissionen om att det inte bestrider de faktiska omständigheter som kommissionen grundar sina anklagelser på, efter det att det har tagit emot ett meddelande om anmärkningar.”

176 Förstainstansrätten skall nu pröva huruvida nedsättningen med 35 procent av bötesbeloppet såsom sökanden gjort gällande beviljades företaget enbart på grund av det samarbete som avses i avsnitt D 2 första strecksatsen, eller om nedsättningen även beviljades för att sökandeföretaget inte bestred de faktiska omständigheter som anges i meddelandet om anmärkningar, vilket svaranden hävdar. Det skall påpekas att svaranden inte förnekat att sökanden uppfyllde villkoret i andra strecksatsen i avsnitt D 2. Att sökanden inte bestritt de faktiska omständigheterna i meddelandet om anmärkningar framgår för övrigt klart och tydligt av innehållet i sökandens svar av den 2 oktober 2000 beträffande samma meddelande.

177 Såsom svaranden med fog har påpekat följer det av beslutet (punkt 148) att inget av de åtta bötfällda företagen i sak bestred de faktiska omständigheter på vilka kommissionen grundade sitt meddelande om anmärkningar. Även om i stort sett hela texten i avsnitt D i meddelandet om samarbete återges i punkt 746 i beslutet och kommissionen uttryckligen beviljade Merck KGaA och Aventis SA en nedsättning med 15 respektive 10 procent av bötesbeloppet med tillämpning av avsnitt D 2 andra strecksatsen för att företagen inte bestritt de faktiska omständigheterna vid överträdelsen som lades dem till last beträffande vitamin C respektive vitamin D3 (punkterna 763 och 767), avstod kommissionen från att tillämpa samma bestämmelse på sökanden och beviljade sökanden nedsättning av bötesbeloppet endast med stöd av avsnitt D 2 första strecksatsen (punkt 764).

178 Svaranden har ansträngt sig för att i sina yttranden förklara denna underlåtenhet och har anfört att den, då företagens samarbete endast bestod i att inte bestrida de faktiska omständigheterna, medgav en nedsättning grundad uteslutande på denna typ av samarbete och att den därvid uttryckligen hänvisade till avsnitt D 2 andra strecksatsen i meddelandet om samarbete. Beträffande de företag som också samarbetat enligt avsnitt D 2 första strecksatsen, det vill säga Roche, BASF, Solvay Pharmaceuticals BV, Daiichi, Eisai Co. Ltd och Takeda Chemical Industries Ltd, medgav kommissionen däremot en enda nedsättning som omfattade båda typerna av samarbete. Kommissionen glömde emellertid bort att även nämna den andra strecksatsen i fråga om den senare nedsättningen. Det framgår i vart fall klart av beslutets sammanhang att sökandens nedsättning grundats på såväl den omständigheten att företaget lämnat upplysningar och tillhandahållit handlingar som på den omständigheten att det inte bestritt de faktiska omständigheterna.

179 Det är härvid tillräckligt att notera att kommissionen framfört denna förklaring först inför förstainstansrätten och att den inte förkommer i det beslut som antagits av kommissionens ledamöter i kollegium. Bedömningen att sökanden inte bestritt de faktiska omständigheterna borde emellertid ha nämnts i de punkter som behandlar företagets samarbete, såsom uttryckligen skett beträffande Merck och d'Avantis — förutom i punkt 148 beträffande redogörelsen för det administrativa förfarandet — i punkterna 752, 753, 763 och 767 (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 20 mars 2002 i mål T-31/99, ABB Asea Brown Boveri mot kommission, REG 2002, s. II-1881, punkterna 242 och 244, och av den 29 april 2004 i de ovannämnda förenade målen Tokai Carbon m.fl. mot kommissionen, punkterna 413–415, 439 och 453). Vad gäller punkt 754, som åberopats av svaranden, finner förstainstansrätten att denna punkt med hänsyn till sin ordalydelse och i synnerhet användningen av uttrycket och/eller inte kan tolkas så att sökanden inte skulle ha bestritt de faktiska omständigheter som kommissionen grundade sina anklagelser på, särskilt som denna punkt endast utgör en följd av de punkter i beslutet (747–753) där kommissionen, för vart och ett av de aktuella företagen, prövat på vilket sätt företaget samarbetat. Till skillnad från vad gäller Merck och Aventis framgår det inte av dessa punkter att sökanden inte skulle ha bestritt de faktiska omständigheterna.

180 Mot bakgrund av punkterna 749, 750 och 764 i beslutet konstaterar förstainstansrätten således att kommissionen, vad gäller sökanden (se punkt 22 ovan), inte tillämpat bestämmelsen i avsnitt D 2 andra strecksatsen i meddelandet om samarbete trots att företaget uppfyllde villkoren.

181 Av det ovan anförda följer att kommissionen missbedömt sökandens samarbete innan den antog beslutet och därmed rättsstridigt underlåtit att tillämpa denna bestämmelse på sökanden. Eftersom kommissionen åsidosatt meddelandet om samarbete ankommer det på förstainstansrätten att utöva sin fulla prövningsrätt för att i detta avseende skydda de berättigade förväntningar som avsnitt D i meddelandet har kunnat ge upphov till för sökanden.

182 Innan meddelandet om anmärkningar sändes ut samarbetade sökanden i mycket stor omfattning, vilket framgår av det stora antalet dokument som sökanden tillställde kommissionen den 9 juli 1999 och av det stora antalet hänvisningar till uppgifter som lämnats inom ramen för detta samarbete. Detta samarbete skedde helt på eget initiativ och föregicks inte av några undersökningar från kommissionens sida i förhållande till sökanden. Förstainstansrätten anser därför vid utövandet av sin fulla prövningsrätt att sökanden skall beviljas en ytterligare nedsättning med 15 procent av bötesbeloppet, såsom detta beräknats före tillämpningen av meddelandet om samarbete. Denna nedsättning skall läggas till den nedsättning med 35 procent som kommissionen redan beviljat.

183 Eftersom sökanden därmed åtnjuter maximal nedsättning enligt avsnitt D i meddelandet om samarbete, det vill säga 50 procent, saknas anledning för

förstainstansrätten att särskilt pröva de anmärkningar sökanden framställt inom ramen för dessa delgrunder beträffande kommissionens åsidosättande av principen om likabehandling.

- 184 Härav följer att det slutliga bötesbelopp som skall åläggas sökanden skall nedsättas till 18 miljoner euro.

Huruvida vissa av uppgifterna i beslutet är konfidentiella

- 185 I tabellerna i punkt 123 i den publicerade versionen av beslutet har vissa uppgifter om global omsättning för berörd produkt under det sista fulla kalenderåret för överträdelsen och om marknadsandelar under den period överträdelserna pågick utelämnats eller ersatts av värdeintervaller för att bevara affärshemligheter. Det rör uppgifter beträffande marknaderna för vitamin A, E och B 5, betakaroten och karotenoider.

- 186 Varken sökanden eller kommissionen har inledningsvis begärt att förstainstansrätten skall belägga dessa uppgifter med sekretess.

- 187 I artikel 17.4 i instruktionen för justitiesekreteraren vid förstainstansrätten, antagen den 3 mars 1994 (EGT L 78, s. 32; svensk specialutgåva, område 1, volym 5, s. 68), senast ändrad den 5 juni 2002 (EGT L 160, s. 1), föreskrivs följande: "På begäran av

en part eller på eget initiativ kan justitiesekreteraren i offentliggörandena rörande ett visst mål utelämna vissa uppgifter, om det finns ett befogat intresse av att hålla ... uppgifter hemliga.” Förstainstansrätten har därför uppmanat parterna att, som en åtgärd för processledning, ta ställning till frågan huruvida det enligt deras förmenande fortfarande föreligger ett befogat intresse av att hålla de uppgifter som avses i punkt 185 ovan hemliga i de dokument som publiceras med anledning av förevarande mål.

188 Sökanden har svarat att de uppgifter som gällde sökanden, med hänsyn till att det rörde sig om historiska uppgifter, inte behövde hållas hemliga i de dokument förstainstansrätten publicerar med anledning av förevarande mål. Svaranden har instämt i att de uppgifter som rörde sökanden kan offentliggöras under förutsättning att sökanden själv ger sitt samtycke men har preciserat att uppgifter beträffande andra företag inte kan offentliggöras, eftersom de innehåller affärshemligheter och företagen begärde konfidentiell behandling av dessa inför offentliggörandet av beslutet.

189 Sådana aktuella uppgifter som avser perioder (till och med år 1998) som löpte ut för mer än sex år sedan och som inte kan anses strategiskt viktiga finner förstainstansrätten vara av historisk karaktär (se för ett liknande resonemang, förstainstansrättens beslut av den 19 juni 1996, i de förenade målen T-134/94, T-136/94–T-138/94, T-141/94, T-145/94, T-147/94, T-148/94, T-151/94, T-156/94 och T-157/94, NMH Stahlwerke m.fl. mot kommissionen, REG 1996, s. II-537, punkterna 25 och 32). Det saknas därför anledning att ge dem en konfidentiell behandling vid offentliggörandet av dokument avseende förevarande mål. Vissa uppgifter beträffande marknaden för vitamin B5, inklusive uppgifter om andra företag än sökanden, återfanns därför i förhandlingsrapporten. I likhet med vissa uppgifter beträffande marknaden för vitamin A och E återfinns de även i förevarande dom och underlättar för övrigt förståelsen av förstainstansrättens resonemang vid prövningen av den första grunden för talan.

Rättegångskostnader

¹⁹⁰ Enligt artikel 87.2 i förstainstansrättens rättegångsregler skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Förstainstansrätten kan emellertid enligt artikel 87.3 första stycket i rättegångsreglerna, om parterna ömsom tappar målet på en eller flera punkter, besluta att kostnaderna skall delas.

¹⁹¹ Eftersom sökanden i stor utsträckning har tappat målet beslutar förstainstansrätten, efter en skälighetsbedömning av omständigheterna i målet, att sökanden skall bära fyra femtedelar av sin rättegångskostnad och ersätta fyra femtedelar av kommissionens rättegångskostnad. Kommissionen skall bära en femtedel av sin rättegångskostnad och ersätta en femtedel av sökandens rättegångskostnad.

Mot denna bakgrund beslutar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (fjärde avdelningen)

följande:

- 1) **Det bötesbelopp som åläggs sökanden i artikel 3 f i kommissionens beslut 2003/2/EG av den 21 november 2001 om ett förfarande enligt artikel 81 i**

**EG-fördraget och artikel 53 i EES-avtalet (ärende COMP/E-1/37.512 —
vitaminer) nedsätts till 18 000 000 euro.**

- 2) **Talan ogillas i övrigt.**
- 3) **Sökanden skall bära fyra femtedelar av sin rättegångskostnad och ersätta fyra femtedelar av kommissionens rättegångskostnad. Kommissionen skall bära en femtedel av sin rättegångskostnad och ersätta en femtedel av sökandens rättegångskostnad.**

Legal

Mengozzi

Wiszniewska-Białecka

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 15 mars 2006.

E. Coulon

H. Legal

Justitiesekreterare

Ordförande

Innehållsförteckning

Bakgrund till tvisten	II - 719
Förfarandet och parternas yrkanden	II - 727
Rättslig bedömning	II - 728
1. Den första grunden: Fastställelse av utgångspunkten för böterna	II - 729
Parternas argument	II - 729
Förstainstansrättens bedömning	II - 734
Inledande anmärkningar	II - 734
Den första delgrunden	II - 737
Den andra och den tredje delgrunden	II - 740
2. Den andra grunden: Huruvida det kan anses som en förmildrande omständighet att sökanden endast delvis har respekterat kartellavtalen	II - 749
Parternas argument	II - 749
Förstainstansrättens bedömning	II - 751
3. Den tredje grunden: Tillämpning av meddelandet om samarbete	II - 760
Den första och den andra delgrunden beträffande tillämpning av avsnitten B och C i meddelandet om samarbete	II - 760
Parternas argument	II - 761
— Den första delgrunden	II - 761
— Den andra delgrunden	II - 764
Förstainstansrättens bedömning	II - 765
	II - 783

Den tredje och den fjärde delgrunden: Tillämpning av avsnitt D i meddelandet om samarbete	II - 771
Parternas argument	II - 772
— Den tredje delgrunden	II - 772
— Den fjärde delgrunden	II - 773
Förstainstansrättens bedömning	II - 775
Huruvida vissa av uppgifterna i beslutet är konfidentiella	II - 779
Rättegångskostnader	II - 781