

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
ANTONIO TIZZANO
föredraget den 8 juli 2004¹

Innehållsförteckning

I —	Tillämpliga bestämmelser	I - 5441
	1) Artikel 81 EG och förordning nr 17/62	I - 5441
	2) De generella riktlinjerna för beräkningen av böterna	I - 5441
	3) Kommissionens meddelande om företagens samarbete	I - 5443
II —	Bakgrund och förfarandet	I - 5444
	1) Bakgrunden till tvisten	I - 5444
	2) Det ifrågasatta beslutet	I - 5445
	3) Förfarandet vid förstainstansrätten och de överklagade domarna	I - 5448
	4) Förfarandet vid domstolen	I - 5453
III —	Rättslig bedömning	I - 5454
	A — Grunderna avseende beräkningsmetoden och nivån på böterna	I - 5454
	1) Invändningen att riktlinjerna är rättsstridiga	I - 5454
	a) Huruvida invändningen kan prövas i sak	I - 5454
	b) Huruvida invändningen är välgrundad	I - 5456
	c) Några särskilda aspekter av invändningen	I - 5459
	2) Åsidosättande av proportionalitetsprincipen och likabehandlingsprincipen.	I - 5462

1 — Originalspråk: italienska.

3) Åsidosättande av principen om skydd för berättigade förväntningar och principen om förbud mot retroaktiv tillämpning	I - 5470
a) Åsidosättande av berättigade förväntningar	I - 5470
b) Åsidosättande av principen om förbud mot retroaktiv tillämpning	I - 5473
4) Åsidosättandet av rätten till försvar	I - 5475
5) Åsidosättande av motiveringsskyldigheten vid fastställandet av bötesbeloppet	I - 5476
B — De enskilda klagandenas situation	I - 5478
1) Huruvida artikel 81.1 har tillämpats felaktigt i fråga om ett företags deltagande i en kartell	I - 5478
2) Huruvida försvårande och förmildrande omständigheter inte beaktats	I - 5481
3) Åsidosättande av processuella regler	I - 5485
IV — Rättegångskostnader	I - 5487
V — Förslag till avgörande	I - 5487

1. Föremålet för förevarande mål är överklaganden från företagen Dansk Rørindustri A/S, Isoplus Fernwärmetechnik Vertriebsgesellschaft mbH m.fl. (nedan kallad Isopluskoncernen), Ke-Kelit Kunststoffwerk GmbH, LR AF 1998 A/S, Brugg Rohrsysteme GmbH, LR AF 1998 GmbH och ABB Asea Brown Boveri Ltd av förstainstansrättens domar av den 20 mars 2002 i målen T-9/99, Isoplus mot kommissionen, T-15/99, Brugg Rohrsysteme mot kommissionen, T-16/99, Lögs-

tör Rør mot kommissionen, T-17/99, Ke-Kelit mot kommissionen, T-21/99, Dansk Rørindustri mot kommissionen, T-23/99, LR AF 1998 mot kommissionen, och T-31/99, ABB mot kommissionen (nedan kallade de överklagade domarna),² genom vilka kommissionens beslut 1999/60/EG av den 21 oktober 1998, "om ett förfarande enligt artikel 85 i EG-fördraget" (nedan kallat det omtvistade beslutet)³ i huvudsak fastställdes.

2 — REG 2002, s. II-1487, II-1613, II-1633, II-1647, II-1681, II-1705 respektive II-1881.

3 — EGT L 24, s. 1.

I — Tillämpliga bestämmelser

1) Artikel 81 EG och förordning nr 17/62

2. Som välkänt förbjuds i artikel 81 EG "alla avtal mellan företag, beslut av företagssammanslutningar och samordnade förfaranden som kan påverka handeln mellan medlemsstater och som har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen inom den gemensamma marknaden".

3. Kommissionen kan vidta sanktionsåtgärder för sådant beteende genom att ålägga företagen i fråga böter.

4. I artikel 15.2 i rådets förordning nr 17/62 (nedan kallad förordning nr 17)⁴ föreskrivs följande:

"Kommissionen får ålägga företag och företagssammanslutningar böter om lägst ettu-

sen och högst en miljon beräkningsenheter, eller ett högre belopp som dock inte får överstiga tio procent av föregående räkenskapsårs omsättning för varje företag som har deltagit i överträdelsen genom att uppsåtligen eller av oaksamhet:

a) övertráda bestämmelserna i fördragets artikel 85.1 eller artikel 86, eller

b) ...

När bötesbeloppet fastställs skall hänsyn tas både till hur allvarlig överträdelsen är och hur länge den pågått".

2) De generella riktlinjerna för beräkningen av böterna

5. För att säkerställa öppenheten och objektiviteten i sina beslut på området utfärdade kommissionen år 1998 riktlinjer för beräk-

⁴ — EGT nr 13, s. 204; svensk specialutgåva, område 8, volym 1, s. 8.

ning av böter som döms ut enligt artikel 15.2 i förordning nr 17 och artikel 65.5 i EKSG-fördraget (nedan kallade riktlinjerna)⁵.

6. Enligt den i riktlinjerna föreskrivna metoden fastställs bötesbeloppet i en rad på varandra följande steg.

7. Först fastställer kommissionen ett grundbelopp för böterna "på grundval av överträdelsens allvar och varaktighet" (punkt 1 i riktlinjerna). När det gäller överträdelsens allvar delas dessa in i "mindre allvarliga överträdelser, allvarliga överträdelser och mycket allvarliga överträdelser",⁶ med beaktande av överträdelsens art, dess konkreta påverkan på marknaden och omfattningen av den relevanta geografiska marknaden. När det gäller varaktigheten delas överträdelserna upp i korta överträdelser (kortare än ett år), medellånga överträdelser (ett till fem år) och långa överträdelser (längre än 5 år).

5 — EGT C 9, s. 3.

6 — I riktlinjerna fastställs på grundval av överträdelsens allvar schablonbelopp som tillsammans med resultatet av bedömningen av överträdelsens varaktighet skall utgöra grundbelopp för beräkningen av böterna. För "mindre allvarliga" överträdelser går de möjliga beloppen från 1 000 till 1 miljon ecu, för "allvarliga" överträdelser från 1 miljon till 20 miljoner ecu och för "mycket allvarliga" överträdelser över 20 miljoner ecu (punkt 1 A i riktlinjerna).

8. När grundbeloppet för böterna har fastställts övergår kommissionen till att bedöma huruvida detta skall ökas på grund av försvärande omständigheter⁷ eller minskas på grund av förmildrande omständigheter.⁸

9. I punkt 5 a i riktlinjerna föreskrivs följande:

"Det är självklart att slutresultatet av bötesberäkningen enligt schemat (grundbelopp med procentuella ökning och minskningar) aldrig får överstiga 10% av företagens

7 — I punkt 2 i riktlinjerna föreskrivs att "[g]rundbeloppet [för böterna] kan ökas vid särskilda försvärande omständigheter som t.ex.:

- att ett eller flera företag upprepar överträdelser av samma typ,
- att företaget vägrar att samarbeta eller till och med försöker hindra undersökningen,
- att företaget har haft en ledande roll eller uppträdat till överträdelsen,
- att företaget har vidtagit bestraffningsåtgärder mot andra företag i syfte att få dem att 'respektera' de olagliga förfarandena,
- att det är nödvändigt att öka bötesbeloppet för att överskrida beloppet av de olagliga vinster som erhållits tack vare överträdelsen, om det är objektivt möjligt att uppskatta detta belopp,
- övrigt".

8 — Därvid anges i punkt 3 följande i riktlinjerna: "Grundbeloppet kan minskas vid förmildrande omständigheter som t.ex.

- att företaget har haft en uteslutande passiv eller efterföljande roll i genomförandet av överträdelsen,
- att företaget i praktiken inte har tillämpat avtal eller förfaranden som utgör överträdelser,
- att företaget har upphört med överträdelsen vid kommissionens första ingripanden (bland annat kontroller),
- att det från företagets sida har förekommit rimliga tvivel angående det begränsande förfarandets karaktär av överträdelse,
- att överträdelsen har begåtts av oaksamhet och inte med avsikt,
- att företaget har samarbetat effektivt i förfarandet utanför tillämpningsområdet för kommissionens meddelande av den 18 juli 1996 om befrielse från eller nedsättning av böter i kartelländan,
- övrigt".

totala omsättning enligt artikel 15.2 i förordning nr 17.”

ning av ett kartellärende kan befrias från böter eller beviljas nedsättning av de böter som annars skulle ha ålagts dem” (punkt 3).

10. Med iakttagande av gränsen på 10 procent kan det på detta sätt beräknade beloppet därefter anpassas ytterligare enligt punkt 5 b i riktlinjerna på grundval av en bedömning från kommissionens sida av ”vissa objektiva uppgifter, såsom t.ex. det särskilda ekonomiska sammanhanget, den eventuella ekonomiska eller finansiella fördel som den som begått överträdelsen fått ... de aktuella företagens egna kännetecken samt deras faktiska betalningskapacitet i ett visst socialt sammanhang”.

13. I meddelandet har kommissionen angett att ett företag som önskar åtnjuta den förmånliga behandling som fastställs i meddelandet skall ”kontakta Europeiska kommissionens generaldirektorat för konkurrens” genom en person som är bemyndigad att företräda företaget för detta ändamål.

3) Kommissionens meddelande om företagens samarbete

11. För att främja företagets samarbete med kommissionen har denna därefter år 1996 utfärdat ”kommissionens meddelande om befrielse från eller nedsättning av böter i kartellärenden” (nedan kallat meddelandet om samarbete).⁹

14. Företagets samarbete bedöms sedan av kommissionen när de böter som skall åläggas företaget fastställs.

12. Syftet med meddelandet är att fastställa ”de villkor på vilka företag som samarbetar med kommissionen under dess undersök-

15. I praktiken kan ett företags samarbete, beroende på i vilket skede företaget började samarbeta och den särskilda nyttan av samarbetet för kommission, leda till a) befrielse från böter eller mycket betydande nedsätt-

⁹ — EGT C 207, s. 4.

ning av bötesbeloppet,¹⁰ b) en betydande nedsättning av dessa böter¹¹ eller c) en väsentlig nedsättning av bötesbeloppet.¹²

II — Bakgrund och förfarandet

1) Bakgrunden till tvisten

16. Kommissionen angav emellertid att "[e]tt företags samarbete med kommissionen är endast en faktor bland flera som kommissionen beaktar vid fastställande av ett bötesbelopp" och att en tillämpning av bestämmelserna i meddelandet om samarbete "inte [påverkar] kommissionens rätt att bevilja nedsättning av böter av andra skäl".

17. I de överklagade domarna¹³ har bakgrunden till tvisten beskrivits enligt följande:

10 — I del B i meddelandet om samarbete föreskrivs följande: "Ett företag beviljas en nedsättning med mins. 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."

11 — I del C i meddelande om samarbete anges följande: "Ett 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."

12 — I del 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 bestreider de faktiska omständigheter som kommissionen grundar sina anklagelser på, efter det att det har tagit emot ett meddelande om anmärkningar."

"1. [Sökandena är företag som är verksamma i fjärrvärmesektorn].

2. Inom fjärrvärmesystemen värms vattnet upp på en central plats och transporterats genom underjordiska rörledningar till den plats som skall värmas upp. Eftersom vattnet (eller ångan) har en mycket hög temperatur, måste rören vara förisolerade för att säkerställa en effektiv och säker distribution. De använda rören är förisolerade och består därför huvudsakligen av stålrör som är inneslutna i plaströr med ett lager skumisolering emellan.

13 — Jag skulle vilja skjuta in att när det gäller beskrivningen av bakgrunden och andra citat från de överklagade domarna kommer jag på grund av att skälen i de överklagade domarna väsentligen är desamma i huvudsak att hänvisa till endast en av dessa, nämligen domen i mål T-23/99, LR AF 1998 A/S mot kommissionen.

3. Handeln med fjärrvärmerör mellan medlemsstaterna är betydande. De största nationella marknaderna inom Europeiska unionen är Tyskland, med 40 procent av gemenskapens totala konsumtion, och Danmark, med 20 procent. Danmark, som är huvudsakligt tillverkningscentrum, står för 50 procent av Europeiska unionens tillverkningskapacitet och levererar produkten till alla medlemsstater som använder fjärrvärme.
4. Genom skrivelse av den 18 januari 1995 inkom det svenska företaget Powerpipe AB med ett klagomål till kommissionen. Där i angavs att de andra tillverkarna och distributörerna av fjärrvärmerör hade delat upp den europeiska marknaden inom ramen för en konkurrensbegränsande samverkan. Vidare angavs att de hade vidtagit samordnade åtgärder för att skada Powerpipe AB:s verksamhet, begränsa företagets verksamhet till den svenska marknaden eller tvinga det att lägga ner sin verksamhet helt och hållet."

2) *Det ifrågasatta beslutet*

18. Till följd av Powerpipe AB:s klagomål inledde kommissionen ett administrativt förfarande för att kontrollera eventuella överträdelser av artikel 85.1 i EG-fördraget (nu artikel 81.1 EG). Efter denna undersök-

ning antog kommissionen det ifrågasatta beslutet i vilket den:

- fastslog att Dansk Rørindustri A/S, Henss/Isoplus Group, Pan-Isovit GmbH, Ke-Kelit Kunststoffwerk GmbH, LR AF 1998 A/S, Brugg Rohrsysteme GmbH, LR AF 1998 GmbH, ABB Asea Brown Boveri Ltd, Sigma Technologie di Rivestimento Srl och Tarco Energi A/S hade överträtt artikel 85.1 i fördraget genom att "inom sektorn fjärrvärmekulvert ... delta i ett system av avtal och samordnade förfaranden som inleddes omkring november/december 1990 bland de fyra danska producenterna, som därefter utvidgades till att omfatta andra nationella marknader och involverade Pan-Isovit och Henss/Isoplus och som i slutet av 1994 utgjorde en omfattande kartell som täckte hela den gemensamma marknaden" (artikel 1);
- ålade dessa företag att upphöra med de påtalade överträdelserna och att "hädanefter i samband med sin verksamhet med fjärrvärmekulvert avstå från varje avtal eller samordnat förfarande som kan ha samma eller liknande syfte eller verkan som överträdelserna, inbegripet allt utbyte av affärsinformation genom vilken de skulle kunna övervaka troheten mot eller iakttagandet av varje tyst eller uttryckligt avtal avseende uppdelning av marknader,

fastställande av priser eller anbudsmanipulation inom gemenskapen” (artikel 2);

— HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH Verwaltungsgesellschaft,

— och ålade:

— Isoplus Fernwärmetechnik Vertriebsgesellschaft mbH,

a) ABB Asea Brown Boveri Ltd böter om 70 000 000 ecu,

— Isoplus Fernwärmetechnik GmbH, Sondershausen,

b) Brugg Rohrsysteme GmbH böter om 925 000 ecu,

— Isoplus Fernwärmetechnik Gesellschaft MbH-Stille Gesellschaft,

c) Dansk Rørindustri A/S böter om 1 475 000 ecu,

— Isoplus Fernwärmetechnik Ges. mbH, Hohenberg,

d) Henss/Isoplus Group böter om 4 950 000 ecu, för vilka följande företag är solidariskt ansvariga:

e) Ke-Kelit Kunststoffwerk GmbH böter om 360 000 ecu,

f) Oy KWH Tech AB böter om 700 000 ecu,

— HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH & Co. KG,

g) Løgstør Rør A/S böter om 8 900 000 ecu,

- h) Pan-Isovit GmbH böter om 1 500 000 ecu,
- i) Sigma Technologie di rivestimento Srl böter om 400 000 ecu, och
- j) Tarco Energi A/S böter om 3 000 000 ecu.

uttryck för en enda kartell som, även om den hade haft sitt ursprung i Danmark, sedan början hade haft det syftet att på lång sikt utvidga kontrollen av deltagarna till hela den europeiska marknaden. Detta konkurrensbegränsande beteende hade i betydande omfattning påverkat handeln mellan medlemsstaterna.

19. I motiveringen av beslutet fastslog kommissionen att det från slutet av år 1990 förelåg en rad avtal och samordnande förfaranden som stred mot artikel 81 EG, vilka klagandena låg bakom och vilka inledningsvis var begränsade till endast den danska marknaden (nedan kallad den danska kartellen) men sedan utvidgades till hela den europeiska marknaden (nedan kallad den europeiska kartellen) för fjärrvärmerör och vilka i huvudsak syftade till att a) dela upp den europeiska marknaden mellan de olika producenterna genom ett kvotsystem, b) undanröja den enda direkta konkurrent (Powerpipe AB) som inte deltog i kartellen, c) fastställa priser för produkterna, d) fördela projekt till i förväg bestämda producenter och e) manipulera anbuds förfaranden (punkterna 28–127 i beslutet).

20. Kommissionen betonade vidare att den danska och den europeiska kartellen var

21. Vad gäller den mer relevanta frågan som jag skall diskutera i förevarande mål, nämligen beräkningen av de böter som ålagts företagen, ansåg kommissionen att de ovan nämnda företagens beteende på den europeiska marknaden för fjärrvärmerör utgjorde en mycket allvarlig överträdelse av artikel 81.1 EG och motiverade att böter med ett schablonggrundbelopp om 20 miljoner euro (punkt 165 i det ifrågasatta beslutet) ålades varje företag.

22. Sedan grundbeloppet för böterna fastställt utifrån endast hur allvarliga de påtalade överträdelserna var, övergick kommissionen till att bedöma den särskilda betydelsen och således den faktiska inverkan på konkurrensen av varje företags rättsstridiga beteende för att a) anpassa bötesbeloppen efter de överträdande företagens faktiska kapacitet att ha betydande inverkan på konkurrensen och b) säkerställa att sanktionsätgårderna skulle vara tillräckligt avskräckande.

23. Kommissionen delade därvid upp företagen i fyra kategorier utifrån deras respektive storlek på den relevanta gemenskapsmarknaden. Kommissionen tilldelade varje kategori olika grundbelopp: den första gruppen, bestående av ABB, ålades ett schablonbelopp om 20 miljoner euro, den andra gruppen, bestående av Lögstör, ett belopp om 10 miljoner euro, den tredje gruppen, bestående av Tarco, Starpipe, Henss/Isoplus och Pan-Isovit, ett belopp om 5 miljoner euro och den fjärde gruppen, bestående av Brugg, KWH, Ke-Kelit och Sigma, ett belopp om 1 miljon euro.

24. Därefter fastställde kommissionen bötesbeloppen för varje företag i fråga med beaktande av a) hur länge deltagandet i kartellen hade pågått och b) eventuella förmildrande och försvårande omständigheter. För det fall det sålunda beräknade bötesbeloppet översteg 10 procent av ett ifrågasatt företags totala omsättning satte kommissionen ned bötesbeloppet så att det inte översteg denna tröskel (punkt 167 i det ifrågasatta beslutet).

25. Slutligen tillämpade kommissionen i förekommande fall de nedsättningar som föreskrivs i meddelandet om samarbete (punkt 166 i det ifrågasatta beslutet).

3) Förfarandet vid förstainstansrätten och de överklagade domarna

26. Genom ansökningar som inkom till förstainstansrättens kansli mellan den 18 och den 25 januari 1999 begärde företagen Brugg Rohrsysteme, Lögstör Rör, Ke-Kelit Kunststoffwerk, Dansk Rørindustri, LR AF 1998, Sigma Technologie di Rivestimento, ABB Asea Brown Boveri, HFB Holding KG, HFB Holding GmbH, Isoplus Rosenheim, Isoplus Hohenberg och Isoplus GmbH att det ifrågasatta beslutet skulle ogiltigförklaras eller, i andra hand, att de av kommissionen ålagda bötesbeloppen skulle sättas ned.

27. Vart och ett av dessa företag framställde invändningar avseende deras egen särskilda situation. Samtliga gjorde emellertid när det gällde förfarandet med att fastställa böterna inledningsvis en rad invändningar i olika avseenden beträffande: a) riktlinjernas rättsstridighet, b) åsidosättande av proportionalitetsprincipen och likabehandlingsprincipen, c) åsidosättande av principen om förbud mot retroaktiv tillämpning och principen om skydd för berättigade förväntningar, d) åsidosättande av sökandenas rätt till försvar, och e) motiveringen av det ifrågasatta beslutet.

28. Jag skall här sammanfatta förstainstansrättens bedömningar avseende dessa invändningar, dock inte utan att först påpeka att det enligt förstainstansrätten i förevarande fall är ostridigt att kommissionen hade fastställt de böter som ålagts företagen i enlighet med den allmänna metod för beräkning av bötesbelopp som anges i riktlinjerna.

29. a) Sedan detta konstaterats vill jag erinra om att förstainstansrätten framför allt prövade den av några sökandeföretag i enlighet med artikel 241 EG gjorda invändningen att riktlinjerna var rättsstridiga.

30. Enligt deras mening hade kommissionen i dessa riktlinjer fastställt så höga grundbelopp för beräkning av böterna att den gått utöver sitt utrymme för skönsässig bedömning enligt artikel 15 i förordning nr 17 för att justera dessa böter med beaktande av samtliga relevanta förhållanden, däribland eventuella förmildrande omständigheter.

31. Förstainstansrätten medgav därvid att kommissionen hade antagit en metod för beräkning av böter som inte helt grundades på de berörda företagens omsättning, men uteslöt dock att kommissionen hade gått längre än vad som följer av en tolkning av nämnda artikel 15. Detta eftersom det enligt förstainstansrättens mening gäller att "[n]är kommissionen fastställer bötesbelopp på grundval av överträdelsens allvar och varaktighet är den inte ... skyldig att göra sin bötesberäkning utifrån belopp som grundas på de berörda företagens omsättning. För det fall kommissionen utdömer böter mot flera företag som är inblandade i samma överträdelse är den inte heller skyldig att säkerställa att de slutliga bötesbeloppen för de berörda företagen återspeglar de skillnader som finns beträffande företagens totala omsättning eller deras omsättning på ifrågasvarande produktmarknad. Enligt fast rättspraxis skall bedömningen av hur allvarliga

överträdelserna är göras med hänsyn till ett stort antal omständigheter, såsom i synnerhet de särskilda omständigheterna i ärendet, dess kontext och böternas avskräckande verkan, utan att det har fastställts någon tvingande eller uttömmande förteckning över kriterier som absolut skall tas i beaktande ... Det följer nämligen av rättspraxis att kommissionen har rätt att beräkna böterna utifrån hur allvarlig överträdelsen är utan att beakta att de berörda företagen inte har lika stor omsättning."¹⁴

32. Förstainstansrätten anförde därefter att "[t]ill skillnad från vad sökanden[a] har påstått går riktlinjerna inte utöver vad som föreskrivs i förordning nr 17. ... I artikel 15.2 i förordning nr 17 föreskrivs att kommissionen får ålägga böter om ett belopp som dock inte får överstiga 10 procent av föregående räkenskapsårs omsättning för varje företag som har deltagit i överträdelsen. Detta innebär att de böter som slutligt åläggs ett företag skall sättas ned om de överstiger 10 procent av företagets omsättning, oberoende av de beräkningar som gjorts dessförinnan utifrån överträdelsens allvar och varaktighet. Artikel 15.2 i förordning nr 17 utgör således inte något hinder för kommissionen att under beräkningen använda sig av ett mellanliggande belopp som överstiger 10 procent av det berörda företagets omsättning, under förutsättning att det slutliga bötesbelopp som företaget slutligt åläggs inte överstiger denna övre gräns. I riktlinjerna intas samma betraktelsesätt då det däri anges

14 — Punkterna 278–281 i den överklagade domen.

att 'slutresultatet av bötesberäkningen enligt schemat (grundbelopp med procentuella ökningarna och minskningar) aldrig får överstiga 10 % av företagets totala omsättning enligt artikel 15.2 i förordning nr 17'. För det fall kommissionen vid sin beräkning använder sig av ett mellanliggande belopp som överstiger 10 procent av det berörda företagets omsättning, kan den inte klandras för att vissa omständigheter som den beaktat under beräkningen inte får någon inverkan på det slutliga bötesbeloppet, eftersom detta är en följd av det i artikel 15.2 i förordning nr 17 föreskrivna förbudet mot att överstiga 10 procent av det berörda företagets totala omsättning."¹⁵

respektive företags betydelse på marknaden för förisolerade rör med beaktande av företagets storlek och betydelse i förhållande till ABB och inom den konkurrensbegränsande samverkan. I detta avseende beaktade kommissionen inte bara företagets omsättning på den berörda marknaden, utan även den relativa betydelse som medlemmarna i kartellen tillmätte varandra ... Mot bakgrund av samtliga relevanta omständigheter som beaktats för att fastställa de särskilda utgångsbeloppen, finner förstainstansrätten att den skillnad som gjorts mellan ABB:s och sökanden[a]s utgångsbelopp är objektivt motiverad. Kommissionen är inte skyldig att säkerställa att de slutliga bötesbeloppen för de berörda företagen fullt ut återspeglar skillnader som finns i fråga om företagets omsättning. Därför saknas grund för sökanden[a] att klandra kommissionen för att beträffande sökanden[a] ha tillämpat ett utgångsbelopp som ledde fram till ett i procent av den totala omsättningen högre bötesbelopp än för ABB."¹⁶

33. b) Förstainstansrätten uteslöt vidare att kommissionen hade åsidosatt proportionalitetsprincipen och likabehandlingsprincipen när den fastställde böterna.

34. I detta avseende påpekade förstainstansrätten att "[s]om svar på förstainstansrättens fråga har kommissionen förklarat att kategoriernas utgångsbelopp motsvarar

35. c) Förstainstansrätten underkände där-
efter även parternas invändning att principen om förbud mot retroaktiv tillämpning åsidosatts genom att riktlinjerna hade tillämpats på agerande som företagen hade gjort sig skyldiga till innan riktlinjerna trädde i kraft.

15 — Punkterna 286–290 i den överklagade domen.

16 — Punkterna 295–298 i den överklagade domen.

36. Förstainstansrätten uttalade dels att denna princip är en av de allmänna principer som gemenskapsdomstolarna skall säkerställa iakttagande av, dels att enligt denna princip skall "de påföljder som åläggs ett företag för överträdelse av konkurrensreglerna motsvara de påföljder som var tillämpliga vid den tidpunkt då överträdelsen begicks".¹⁷

37. Förstainstansrätten ansåg dock att tillämpningen av riktlinjerna för att beräkna böterna inte innebar ett åsidosättande av principen om förbud mot retroaktiv tillämpning, eftersom dessa riktlinjer inte gick utöver den rättsliga påföljdsram som anges i artikel 15 i förordning nr 17.

38. Enligt denna artikel skall kommissionen när den fastställer ett bötesbelopp till följd av en överträdelse av konkurrensreglerna ta hänsyn till hur allvarlig överträdelsen är och hur länge den har pågått. Det därvid fastställda beloppet får under alla förhållanden inte överstiga 10 procent av föregående räkenskapsårs omsättning för varje företag som har deltagit i överträdelsen.

39. Enligt riktlinjerna i fråga skall kommissionen emellertid även fastställa grundbe-

loppet på grundval av hur allvarlig överträdelsen är och hur länge den pågått. Vidare föreskrivs i dessa att det sålunda beräknade beloppet aldrig får överstiga 10 procent av företagets totala omsättning. Härav följer enligt förstainstansrättens mening att "enligt den i riktlinjerna föreskrivna metoden skall beräkningen av bötesbeloppet även fortsättningsvis göras på grundval av de två kriterier som anges i artikel 15.2 i förordning nr 17, nämligen överträdelsens allvar och varaktighet, med iakttagande av den högsta gräns som i samma bestämmelse anges i förhållande till vart och ett av företagets omsättning".¹⁸

40. Vad därefter gäller det hävdade åsidosättandet av principen om skydd för berättigade förväntningar uttalade förstainstansrätten att "[k]ommissionen skall utöva sin befogenhet att fastställa böter för överträdelse av konkurrensreglerna inom sitt utrymme för skönsmässig bedömning enligt förordning nr 17. Enligt fast rättspraxis kan emellertid de ekonomiska aktörerna inte med fog förvänta sig att rådande förhållanden skall bestå när dessa kan ändras av gemenskapsinstitutionerna inom deras utrymme för skönsmässig bedömning. Tvärtom har kommissionen rätt att höja den allmänna bötesnivån inom de gränser som föreskrivs i förordning nr 17, om detta är nödvändigt för att säkerställa genomförandet av gemenskapens konkurrensolitik. Av

17 — Punkt 221 i den överklagade domen.

18 — Punkt 231 i den överklagade domen.

detta följer att företag, som är föremål för ett administrativt förfarande som kan utmynna i böter, inte kan ha berättigade förväntningar på att kommissionen inte skall överstiga den tidigare tillämpade bötesnivån.”¹⁹

41. d) Vad därefter gäller det hävdade åsidosättandet av sökandeföretagens rätt till försvar uttalade förstainstansrätten att "[k]ommissionen har ... i meddelandet om anmärkningar angett varför den ansåg att det var fråga om en mycket allvarlig överträdelse och vilka försvärande omständigheter som förelåg. Sådana omständigheter var att anbuds förfarandet manipulerats, att den konkurrensbegränsande samverkan genomförts på ett aggressivt sätt för att säkerställa att alla avtalsparter skulle följa avtalet och för att undanröja den enda betydande konkurrent som inte deltog i avtalet samt att överträdelsen fortsatte efter det att undersökningarna ägt rum. ... [I] meddelandet om anmärkningar har kommissionen även angett att den vid sin bedömning av vilka böter som skulle ådömas vart och ett av företagen bland annat beaktade vilken roll som företagen hade i det konkurrensbegränsande förfarandet, vilka väsentliga skillnader som förelåg beträffande hur länge företagen deltog, vilken betydelse företagen hade inom fjärrvärmebranschen, vilken omsättning de hade inom fjärrvärmebranschen, vilken deras totala omsättning var, vilken storlek och ekonomisk kapacitet som de hade för att säkerställa att beslutet var tillräckligt avskräckande och slutligen även vilka förmildrande omständigheter som förelåg. Kommissionen har däri-

genom ... angett vilka faktiska och rättsliga omständigheter som den skulle komma att grunda sig på vid beräkningen av sökanden [a]s böter. Sökanden[a]s rätt att yttra sig har därför iakttagits i vederbörlig ordning. Kommissionen var inte skyldig att precisera på vilket sätt som den avsåg att använda sig av de faktiska och rättsliga omständigheterna vid beräkningen av nivån på böterna, eftersom den angett vilka omständigheter som den skulle grunda sin beräkning på. Att uttala sig om nivån på de avsedda böterna innan företagen beretts tillfälle att yttra sig över anmärkningarna mot dem, skulle nämligen innebära ett oriktigt föregripande av kommissionens beslut. Följaktligen var kommissionen inte heller skyldig att under det administrativa förfarandet underrätta de berörda företagen om sin avsikt att tillämpa en ny metod vid beräkningen av bötesbeloppet.”²⁰

42. e) Slutligen tillbakavisade förstainstansrätten den av några av sökandeföretagen gjorda invändningen att kommissionen i det ifrågasatta beslutet inte hade lämnat en tillräcklig motivering av den metod som den använde för att fastställa bötesbeloppen.

43. Enligt merparten av sökandena gav kommissionen nämligen inte någon förklar-

19 — Punkterna 241–243 i den överklagade domen.

20 — Punkterna 202–207 i den överklagade domen.

ing till att böterna fastställdes på grundval av grundbelopp, uttryckta i absoluta belopp, som var oberoende av företagets omsättning och som översteg den högsta tillåtna gränsen.

Tecnologie di rivestimento²⁴ och ABB Asea Brown Boveri²⁵ samt d) i övrigt bekräftade det ifrågasatta beslutet.

4) Förfarandet vid domstolen

44. Förstainstansrätten tillbakavisade invändningen och uttalade att det ifrågasatta beslutet innehåller "tillräckliga och relevanta uppgifter om de omständigheter som har beaktats vid bedömningen av hur allvarlig den överträdelse var som sökanden[a] hade gjort sig skyldig[a] till och hur länge den hade pågått"²¹ och att "kommissionen [följaktligen] inte [kunde] klandras för att inte mer detaljerat ha motiverat nivåerna på grundbeloppet [och] sökandens slutliga bötesbelopp".²²

46. Genom överklaganden som inkom mellan den 21 maj och den 7 juni 2002 har företagen Dansk Rørindustri A/S, Isoplus Fernwärmetechnik Vertriebsgesellschaft mbH, Ke-Kelit Kunststoffwerk GmbH, LR AF 1998 A/S, Brugg Rohrsysteme GmbH, LR AF 1998 GmbH och ABB Asea Brown Boveri Ltd (nedan kallade klagandena) begärt att domstolen ogiltigförklarar förstainstansrättens domar och avslutar förfarandet eller, i andra hand, ogiltigförklarar domarna och återförvisar målen till förstainstansrätten eller, i sista hand, sätter ned de böter som de ålagts samt förpliktat kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna vid förstainstansrätten och domstolen.

45. Resultatet av denna analys blev efter en undersökning av den särskilda situationen för de olika sökandena att förstainstansrätten i de överklagade domarna a) huvudsakligen bekräftade kommissionens bedömning av överträdelsen i det ifrågasatta beslutet, b) ogiltigförklarade beslutet såvitt avsåg HFB Holding KG och HFB Holding GmbH,²³ c) satte ned de bötesbelopp som ålagts Sigma

47. Kommissionen har begärt att domstolen lämnar överklagandena utan bifall och förpliktat klagandena att ersätta rättegångskostnaderna i detta förfarande.

21 — Punkt 383 i den överklagade domen.

22 — Punkt 384 i den överklagade domen.

23 — Förstainstansrätten konstaterade att HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH & Co. KG och HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH Verwaltungsgesellschaft inte existerade när den påtalade överträdelsen ägde rum.

24 — Förstainstansrätten satte ned det bötesbelopp som ålagts Sigma till 300 000 euro med hänsyn till att Sigma var verksamt endast på den italienska marknaden och inte på hela den gemensamma marknaden.

25 — Förstainstansrätten satte ned det bötesbelopp som ålagts ABB Asea Brown Boveri till 65 000 000 euro eftersom ABB aldrig hade bestridit att det deltagit i överenskommelsen och hade samarbetat med kommissionen och därvid lämnat bevis för kartellen sedan den hade mottagit meddelandet om anmärkningar.

III — Rättslig bedömning

48. Jag skall inleda analysen av överklagandena med att undersöka de grunder av allmän karaktär som samtliga eller vissa klagande har anfört beträffande den metod för beräkning av böterna som kommissionen har använt sig av (A) för att därefter övergå till de särskilda grunderna beträffande de särskilda situationerna för de olika klagandena (B).

A — Grunderna avseende beräkningsmetoden och nivån på böterna

49. Jag skall behandla dessa grunder i samma ordning som gjorts ovan.

1) Invändningen att riktlinjerna är rättsstridiga

50. Såsom redan konstaterats har samtliga klagande åberopat grunder med kritik i flera avseenden av förstainstansrättens slutsats att den av kommissionen använda metoden för att beräkna böterna inte innebär att vare sig proportionalitetsprincipen och/eller likabehandlingsprincipen eller artikel 15.2 i förordning nr 17 åsidosatts.

51. Enligt vissa av klagandena var det fel av förstainstansrätten att anse att kommissionen genom att anta riktlinjerna inte gick utöver den rättsliga ram som anges i artikel 15 i förordning nr 17, såsom den tolkats enligt domstolens fasta rättspraxis, och att den därigenom inte överskred gränserna för sitt utrymme för skönmässig bedömning.

52. Enligt deras mening ändrades genom riktlinjerna gällande rätt i väsentlig mån utan att rådet hade gett kommissionen behörighet att anta nya bestämmelser.

53. Härav följer att förstainstansrätten gjorde sig skyldig till en felaktig rättstillämpning när den avsåg invändningen att riktlinjerna, i egenskap av den rättsakt på vilken böterna i de ifrågakvarande fallen beräknats, var rättsstridiga.

a) Huruvida invändningen kan prövas i sak

54. Innan denna invändning behandlas måste man fråga sig huruvida en rättsakt vilken, såsom riktlinjerna, i formellt hänseende saknar tvingande verkan kan bli föremål för en invändning om rättsstridighet enligt artikel 241 EG.

55. Det är välkänt att denna bestämmelse avser möjligheten att som en prejudiciell fråga göra gällande att en rättsakt är rättsstridig endast i fall med "en tvist om en *förordning* som Europaparlamentet och rådet gemensamt, rådet, kommissionen eller ECB har antagit".

56. Domstolen har emellertid, sedan domen i målet *Simmenthal*²⁶, utvidgat tillämpningsområdet för invändningen till alla "av institutionerna antagna rättsakter som, även om de inte är i form av *förordning*, dock har motsvarande verkningar", det vill säga rättsakter av allmän karaktär som av just denna anledning inte kan ifrågasättas direkt av enskilda med stöd av artikel 230 EG.

57. Domstolen har emellertid angett att det skall finnas ett nära samband mellan den ifrågasatta rättsakten som genom en prejudiciell fråga har anförts vara rättsstridig. Sistnämnda rättsakt skall "vara direkt eller indirekt tillämplig på de omtvistade faktiska omständigheterna"²⁷ och det skall finnas "ett direkt rättsligt samband" mellan det ifrågasatt enskilda beslutet och den allmänna rättsakten²⁸.

58. Enligt min mening uppfyller emellertid riktlinjerna dessa krav.

59. Det kan nämligen inte förnekas att riktlinjerna har allmän räckvidd eftersom de tillämpas på situationer för vilka föremålet är fastställt och har rättsliga verkningar för personkategorier som betraktas allmänt och abstrakt²⁹. Vidare fastställs i riktlinjerna principer och regler som, även om de formellt saknar tvingande verkan, kommissionen har åtagit sig att följa vid beräkningen av böterna enligt artikel 15.2 i *förordning* nr 17. Domstolen har haft tillfälle att i sin rättspraxis förtydliga att kommissionen i dessa fall inte efter eget behag kan frångå de regler som den själv har föreskrivit.³⁰ Bestämmelser av detta slag som syftar till att precisera de kriterier som en institution avser att tillämpa när den utövar sitt utrymme för skönsmässig bedömning kan således ha rättsliga verkningar.

60. Det kan inte heller invändas att riktlinjerna endast har en rent intern funktion och följaktligen inte kan ha rättsliga verkningar för utomstående.

26 — Domstolens dom av den 6 mars 1979 i mål 92/78, *Simmenthal* mot kommissionen (REG 1979, s. 777), punkt 40.

27 — Domstolens dom av den 13 juli 1966 i mål 32/65, Italien mot rådet och kommissionen (REG 1966, s. 295, särskilt s. 323).

28 — Domstolens dom av den 31 mars 1965 i mål 21/64, *Macchiorlatti Dalmas e Figli* mot Höga myndigheten (REG 1965, s. 227, särskilt s. 238), och av den 10 juni 1986 i de förenade målen 81/85 och 119/85 *Usinor* mot kommissionen (REG 1986, s. 1777), punkt 13.

29 — Domstolens dom av den 18 mars 1975 i de förenade målen 44/74, 46/74 och 49/74, *Acton m.fl.* mot kommissionen, REG 1975, s. 383, punkt 7, och av den 14 februari 1989 i mål 206/87, *Lefebvre Frère et Soeur* mot kommissionen (REG 1989, s. 275), punkt 13.

30 — Dom av den 30 januari 1981 i mål 148/73, *Louwage* mot kommissionen (REG 1974, s. 81), punkt 12.

61. Det framgår nämligen av just riktlinjerna att kommissionen är skyldig att följa vissa steg i förfarandet med att beräkna böterna och i synnerhet att beakta vissa för företagen förmildrande och försvärande omständigheter. Det är inte möjligt att en sådan skyldighet inte är förenad med en rätt för de berörda företagen att kommissionen faktiskt och konkret agerar i enlighet med dessa riktlinjer.

(dena är däremot artiklarna 3 och 15 i förordning nr 17), det finns ett direkt samband mellan de sistnämnda och den allmänna rättsakt som är föremål för det prejudiciella bestridandet i fråga.

64. Jag anser således att invändningen om rättsstridighet kan prövas i sak.

62. Denna slutsats överensstämmer helt med gemenskapsrättspraxis, i vilken fastställts att endast rättsakter som har en rent intern funktion inom en institution kan undgå att ha rättsliga verkningar gentemot utomstående. Detta är emellertid inte fallet med kommissionens rättsakter, exempelvis "uppförandekoder"³¹ eller "interna instruktioner",³² i vilka skyldigheter för kommissionens tjänstemän motsvaras av rättigheter för medlemsstaterna eller de ekonomiska aktörerna.

b) Huruvida invändningen är välgrundad

63. Sedan detta konstaterats kan det vidare noteras att det såsom förstainstansrätten helt riktigt har angett är helt ostridigt att kommissionen fastställde bötesbeloppen genom att exakt följa den beräkningsmetod som fastställs i riktlinjerna. Av detta följer att, även om dessa inte formellt utgör den rättsliga grunden för de ifrågasatta besluten

65. När jag nu har kommit till prövningen i sak av invändningen vill jag ännu en gång erinra om att enligt några klagande är det enligt den nya beräkningsmetod som införs genom riktlinjerna inte möjligt att göra en riktig "individuell anpassning" av sanktionsåtgärden utifrån samtliga relevanta förhållanden och omständigheter, eftersom metoden bygger på schablonbelopp som fastställs utan att de berörda företagens omsättning beaktas och den även gör det möjligt för kommissionen att överstiga gränsen om 10 procent vid beräkningen av böterna. I synnerhet är det inte enligt riktlinjerna möjligt för kommissionen att på lämpligt sätt beakta företagens storlek och den roll som de haft i en kartell.

31 — Dom av den 13 november 1991 i mål C-303/90, Frankrike mot kommissionen (REG 1991, s. I-5315).

32 — Dom av den 9 oktober 1990 i mål 366/88, Frankrike mot kommissionen (REG 1990, s. I-3571).

66. I detta sammanhang skall först och främst påpekas att kommissionen varken i artikel 15 i förordning nr 17 eller i domstolens rättspraxis åläggs att tillämpa en särskild beräkningsmetod i förfarandet med att bestämma bötesbeloppen. Såsom jag har klarlagt ovan föreskrivs i artikel 15 i förordning nr 17 endast en övre gräns för fastställandet av bötesbeloppen samt några kriterier för bedömningen av överträdelsen.

67. Det är således fråga om att fastställa huruvida riktlinjerna håller sig inom dessa gränser när kommissionens stora utrymme för skönsmässig bedömning på området avgränsas.

68. I detta avseende delar jag förstainstansrättens uppfattning att även sedan riktlinjerna antagits sker beräkningen av böterna uttryckligen på grundval av de enda två kriterier som anges i artikel 15 i förordning nr 17, det vill säga hur allvarlig överträdelsen är och hur länge den pågått, och gäller i fråga om det slutliga beloppet fortfarande den i samma bestämmelse fastställda övre gränsen om 10 procent av total omsättning (punkt 5 a).

69. När det gäller den första aspekten instämmer jag åter i förstainstansrättens uppfattning att kommissionen enligt fast

rättspraxis har ett särskilt stort utrymme för skönsmässig bedömning i fråga om valet av de faktorer som skall beaktas vid tillämpningen av dessa kriterier. Såsom domstolen har fastställt gäller att "bedömningen av hur allvarliga överträdelserna är skall göras med hänsyn till ett stort antal omständigheter; såsom bland annat de särskilda omständigheterna i målet, dess kontext och böternas avskräckande verkan, utan att det har fastställts någon tvingande eller uttömmande förteckning över de kriterier som absolut skall tas i beaktande".³³ Bland dessa åtskilliga omständigheter som skall beaktas vid bedömningen av överträdelsen kan återfinnas volymen och värdet av de produkter som överträdelsen gäller, storleken och den ekonomiska styrkan hos de företag som gjort sig skyldiga till överträdelsen och det inflytande som de kan ha på marknaden, varje företags agerande, den roll som varje företag har haft vid överträdelsen, den vinst som de haft av det konkurrensbegränsande beteendet, det ekonomiska och rättsliga sammanhanget för överträdelsen, med mera.³⁴

70. Vad särskilt gäller beaktandet av ett företags omsättning fastslog domstolen i den betydelsefulla domen i målet *Musique Diffusion française*, till vilken hänvisats i stor omfattning av såväl klagandena som kommissionen, att "det vid fastställandet av böterna är tillåtet att ta hänsyn till såväl företagets totala omsättning ... som den del av denna omsättning som härrör från de

33 — Dom av den 17 juli 1997 i mål C-219/95 P, *Ferriere Nord* mot kommissionen (REG 1997, s. I-4411), punkt 33. Min kursivering.

34 — Se särskilt dom av den 7 juni 1983 i de förenade målen 100/80–103/80, *SA Musique Diffusion française m.fl.* mot kommissionen (REG 1983, s. 1825, svensk specialutgåva volym 7, s. 133), och domstolens dom av den 9 november 1983 i mål 322/81, *Michelin* mot kommissionen (REG 1983, s. 3461; svensk specialutgåva, volym 7, s. 351).

varor som är föremål för överträdelsen” men att *”varken den ena eller andra av dessa siffror avseende omsättningen får ges en oproportionerlig betydelse i förhållande till andra bedömningskriterier”*.³⁵

71. Omsättningen, även om den utgör en användbar och relevant indikation på ett företags ekonomiska styrka (total omsättning) samt på inverkan på konkurrensen av företagets agerande (omsättningen på den relevanta marknaden), utgör således ”endast” ett av många bedömningskriterier som kommissionen förfogar över.

72. Såsom förstainstansrätten och kommissionen helt riktigt har påpekat hindrar riktlinjerna under alla förhållanden inte att den totala omsättningen och/eller omsättningen på den relevanta marknaden beaktas i olika skeden av förfarandet med att beräkna böterna. I riktlinjerna föreskrivs särskilt att om en överträdelse begås av flera företag ”kan det vara nödvändigt att i vissa fall variera ... belopp[en] 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” (punkt 1 del A sjätte stycket).

73. Trots att det inte föreskrivs i riktlinjerna att de berörda företagens omsättning konsekvent skall beaktas vid beräkningen av grundbeloppet eller i ett senare led i förfarandet med att bestämma nivån på böterna³⁶, är med andra ord denna faktor inte alls utesluten *a priori* från beräkningen. Detta framgår för övrigt av just kommissionens beslut i de mål som förevarande överklaganden avser, i vilket kommissionen delade upp klagandena i fyra grupper utifrån deras storlek och följaktligen differentierade grundbeloppen i väsentlig mån.

74. Det kan således inte anföras att beräkningen av böterna enligt den i riktlinjerna fastställda metoden är begränsad till endast en förutbestämd räkneoperation, vilket klagandena har hävdat. Förutom det ovan sagda beträffande omsättningen och i synnerhet möjligheten att variera bötesnivån på grundval av de berörda företagens storlek, skall det konstateras att det i riktlinjerna, eftersom det i dessa beaktas en rad försvarande och

35 — Domen i det ovan nämnda målet *Musique Diffusion française*, punkt 121.

36 — Till exempel vid beaktandet att det förhållandet att ”stora företag i flertalet fall förfogar över en juridisk och ekonomisk kunskap och infrastruktur som gör det möjligt för dem att bättre bedöma den olagliga karaktären av deras beteenden och de konsekvenser som dessa får ur konkurrenssynpunkt” (punkt 1 del A femte stycket) eller vid ett eventuellt beaktande av ”den eventuella ekonomiska eller finansiella fördel som den som begått överträdelsen fått” samt ”de aktuella företagens egna kännetecken” (punkt 5 b).

förmildrande omständigheter samt eventuellt "vissa objektiva uppgifter, såsom t.ex. det särskilda ekonomiska sammanhanget, den eventuella ekonomiska eller finansiella fördel som den som begått överträdelsen fått ..., de aktuella företagens egna kännetecken ..." (punkt 5 b), uttryckligen föreskrivs att bötesbeloppet, såsom krävs enligt fast rättspraxis, fastställs med beaktande av dels de särskilda omständigheterna i fallet, dels det sammanhang inom vilket överträdelsen har begåtts³⁷.

75. Riktlinjerna präglas således av en flexibilitet som gör det möjligt för kommissionen att utöva sitt utrymme för skönsässig bedömning i enlighet med artikel 15 i förordning nr 17, såsom den tolkats i rättspraxis.

76. Vad därefter gäller överskridandet av gränsen om 10 procent under mellanliggande beräkningsoperationer och de påstått rättsstridiga följderna av dessa, framstår det inte för mig som om denna möjlighet följer uttryckligen eller underförstått av riktlinjernas ordalydelse. I dessa upprepas nämligen endast den övre gräns som fastställs i förordning nr 17, varvid anges i punkt 5 a att "det är självklart att slutresultatet av bötesberäkningen enligt schemat (grundbe-

lopp med procentuella ökningar och minskningar) aldrig får överstiga 10% av företagets totala omsättning".³⁸ När det gäller frågan huruvida detta övre värde kan överstigas läggs med andra ord i riktlinjerna inget till och tas inget bort i förhållande till vad som redan föreskrivs i förordning nr 17.

77. Från denna utgångspunkt ser jag således inget skäl att frångå förstainstansrättens bedömning i fråga om riktlinjernas lagenlighet även om diskussionen ännu inte kan anses avslutad, vilket kommer att framgå inom kort vid behandlingen av invändningarna att proportionalitetsprincipen och lika-behandlingsprincipen åsidosatts.

c) Några särskilda aspekter av invändningen

78. Först skall emellertid två andra av Isoplusgruppen gjorda invändningar avseende vissa bestämmelser i riktlinjerna nämnas.

37 -- Se exempelvis domen i det ovannämnda målet *Musique Diffusion française*, punkt 106.

38 -- Min kursivering.

79. i) För det första har klagandena gjort gällande att det genom riktlinjerna, eftersom det i dessa föreskrivs en möjlighet att "öka bötesbeloppet för att överskrida beloppet av de olagliga vinster som erhållits tack vare överträdelsen" (punkt 2 femte strecksatsen), införs nya försvärande omständigheter med åsidosättande av artikel 15 i förordning nr 17. Denna bestämmelse innebär samtidigt en risk för att samma omständighet beaktas två gånger, eftersom, enligt det schema som fastställs i riktlinjerna, vinsterna av åsidosättandet av konkurrensrätten redan kan ha beaktats när det fastställdes hur allvarlig överträdelsen var.

80. Jag anser mig emellertid kunna instämma helt i förstainstansrättens analys i detta avseende.³⁹ Såsom framgår av den av förstainstansrätten nämnda rättspraxisen ingår företagets fördelar av att åsidosätta konkurrensrätten bland de omständigheter som kommissionen kan beakta inte endast för att bedöma hur allvarlig överträdelsen är utan även för att säkerställa att sanktionsåtgärden blir tillräckligt avskräckande, i synnerhet när det som i förevarande fall är fråga om beteenden som är särskilt skadliga för den inre marknadens funktion. Att undvika att företag som gjort sig skyldiga till en överträdelse får fördelar av överträdelsen framstår för övrigt för mig som ett av de huvudsakliga målen med ett sanktionsåtgärdssystem.

81. Jag anser således att varken ordalydelsen av förordning nr 17 eller gemenskapsrättspraxisen utgör hinder för att kommissionen, vid utövande av det stora utrymme för skönsmässig bedömning som även domstolen tillerkänner den, kan anse det vara lämpligt att öka grundbeloppet för att bättre beakta vinsten av det konkurrensbegränsande agerandet (och således om grundbeloppet vid beräkningen inte i tillräcklig mån återspeglar denna vinst) under förutsättning att, vilket mycket riktigt angetts i riktlinjerna, "det är objektivt möjligt att uppskatta detta belopp".⁴⁰

82. ii) Samma klagande har för det andra gjort gällande att riktlinjerna är rättsstridiga såvitt i punkt 2 andra strecksatsen ett företag åläggs att samarbeta med kommissionen och även att vittna mot sig själv vid äventyr av att böterna höjs.

83. Detta utgör enligt deras mening ett åsidosättande av rätten till försvar och i synnerhet av rätten att inte vittna mot sig själv, vilken rätt domstolen fastslog på konkurrensområdet i domen i det berömda målet Orkem.⁴¹

⁴⁰ — Punkt 2 femte strecksatsen i riktlinjerna.

⁴¹ — Dom av den 18 oktober 1989 i mål 374/87, Orkem SA mot kommissionen (REG 1989, s. 3283; svensk specialutgåva, volym 10, s. 217).

³⁹ — Se den överklagade domen, punkterna 454–458.

84. I detta avseende skall emellertid först och främst erinras om att i just punkt 2 i riktlinjerna anges att kommissionen kan öka grundbeloppet för böterna vid försvårade omständigheter, såsom "att företaget vägrar att samarbeta eller till och med försöker hindra undersökningen".

85. Vidare ges kommissionen i förordning nr 17 ett stort undersökningsutrymme vid ett förfarande med syfte att fastställa att fördragets konkurrensbestämmelser åsidosatts. I artikel 11 ges nämligen kommissionen behörighet att förelägga ett företag att lämna alla nödvändiga upplysningar i fråga om faktiska förhållanden som företaget har kännedom om och att i förekommande fall sända handlingar som den innehar och som är användbara för att fastslå att detta eller ett annat företag har gjort sig skyldigt till ett konkurrensbegränsande beteende.

86. Det är emellertid riktigt att domstolen i domen i det ovannämnda målet Orkem fastställde att denna behörighet att undersöka och utreda inte kan tolkas så att den kränker den rätt till försvar som företaget i fråga har rätt till. Domstolen fastslog särskilt att "[k]ommissionen ... inte [kan] tvinga ett företag att tillhandahålla svar genom vilka företaget tvingas erkänna förekomsten av en överträdelse, som det ankommer på kommissionen att bevisa".⁴²

87. Detta är emellertid enligt min mening inte fallet med punkt 2 i riktlinjerna. Jag anser tvärtom att dess ordalydelse är helt förenlig med såväl bestämmelserna i förordning nr 17 som innebörden och omfattningen av domen i målet Orkem.

88. I riktlinjerna åläggs nämligen inte alla företagen att vittna mot sig själva eller att lämna bevis för sin egen skuld. I dessa anges endast att böterna ökas om företaget vägrar att "samarbeta" med kommissionen eller försöker hindra undersökningen.

89. För övrigt var detta också domstolens ståndpunkt i den år 2000 meddelade domen i målet *Metsä-Serla Sales Oy*⁴³, som förstainstansrätten helt riktigt åberopat, i vilken anges att "[e]tt företag som ifrågasätter kommissionens ståndpunkt och inte visar större samarbetsvilja än vad som krävs av det enligt förordning nr 17... inte av denna anledning [kan] ådömas högre böter".⁴⁴

90. Enligt min mening skall således även dessa invändningar underkännas.

42 — Domen i det ovannämnda målet Orkem, punkt 35.

43 — Domstolens dom av den 16 november 2000 i mål C-298/98 P, *Finnboard mot kommissionen*, (REG 2000, s. I-10157).

44 — *Ibidem*, punkt 58.

2) *Åsidosättande av proportionalitetsprincipen och likabehandlingsprincipen*

91. Merparten av klagandena har utvecklat de ovannämnda allmänna invändningarna mot riktlinjerna och därvid kritiserat förstainstansrättens dom även för att det i denna inte fastslagits att proportionalitetsprincipen och likabehandlingsprincipen åsidosatts.

92. Klagandena har i detta avseende bestritt att den beräkningsmetod som kommissionen använt i det ifrågavarande fallet skall användas automatiskt. Denna automatiska användning hindrade att individuella förhållanden och omständigheter som var kännetecknande för situationen för vart och ett av företagen inom ramen för kartellen beaktades på ett effektivt sätt.

93. Närmare bestämt hindrade denna metod, eftersom den grundades på schablonbelopp, att företagets omsättning, i synnerhet omsättningen på den relevanta marknaden, beaktades tillräckligt, trots att bedömningen av denna alltid har varit av särskild betydelse i domstolens rättspraxis, och i kommissionens beslutspraxis, för att säkerställa att proportionalitetsprincipen iakttas.

94. Av denna rättspraxis framgår nämligen att grundbeloppet för böterna skall beräknas

med hänsyn till de enskilda företagens omsättning för att avspegla deras storlek och ekonomiska styrka och följaktligen det inflytande som de kunde utöva på marknaden. Det är således fråga om en beräkning med syfte att "individuellt anpassa" böterna i förhållande till de enskilda företagen och så att de "blir proportionerliga" i förhållande till övriga inblandade företag.

95. Enligt klagandena gör däremot den av kommissionen använda metoden inte det möjligt att göra denna "individuella anpassning" av sanktionsåtgärden på ett riktigt sätt. Varje gång som kommissionens beräkningsförfarande har nått eller överskridit den övre gränsen om 10 procent av omsättningen, blir varje ändring av beräkningen (på grundval av hur länge överträdelsen pågått, av förmildrande omständigheter med mera) som leder till ett resultat ovanför denna tröskel en helt teoretisk operation. Denna kan nämligen inte ha någon inverkan på det slutliga bötesbeloppet, eftersom detta belopp i slutändan alltid måste stanna nedanför denna tröskel. Detta står i strid med domstolens rättspraxis (i synnerhet domen i målet *Musique Diffusion française*⁴⁵), enligt vilken bötesbelopp skall fastställas med beaktande av samtliga relevanta omständigheter.

96. Slutligen har några klagande gjort gällande att kommissionen genom att som grundbelopp ha tagit ett schablonbelopp

45 — Domen i det ovannämnda målet SA *Musique Diffusion française*.

som bestämts oberoende av de berörda företagens omsättning, och som i vissa fall ända från början av beräkningen fastställts till en nivå som översteg 10 procent av omsättningen, diskriminerade de mindre och medelstora företagen genom att ålägga dem alltför höga böter i förhållande till dessa företags ekonomiska betydelse. De har invänt att deras böter är relativt sett mer betungande än dem som ålagts ABB, vilket företag är större och ledare för kartellen. Detta utgör en icke berättigad diskriminerande behandling.

97. På denna punkt anser jag det vara lämpligt att inledningsvis genast konstatera att bedömningen av huruvida vissa böter är lämpliga i förhållande till hur allvarlig överträdelsen är och hur länge den har pågått omfattas av den behörighet att utföra domstolsprövning som tillerkänns förstainstansrätten i artikel 17 i förordning nr 17. Förstainstansrätten är således ensam behörig att kontrollera på vilket sätt kommissionen i varje enskilt fall har bedömt hur allvarligt det rättsstridiga beteendet är och hur länge det pågått.⁴⁶

98. Vid ett överklagande kan domstolens kontroll endast avse huruvida förstainstansrätten på ett i rättsligt hänseende riktigt sätt

har beaktat samtliga relevanta faktorer för bedömningen av överträdelsen och huruvida förstainstansrätten gjort sig skyldig till en felaktig rättstillämpning vid behandlingen av frågor som klagandena väckt.⁴⁷

99. Vad särskilt gäller bötesbeloppets påstått oproportionella och diskriminerande storlek skall det påpekas att det inte ankommer på domstolen att göra en skälighetsbedömning som ändrar den bedömning som förstainstansrätten med stöd av sin fulla prövningssrätt har gjort beträffande det bötesbelopp som företag har ålagts på grund av att de har åsidosatt gemenskapsrätten.⁴⁸

100. I förevarande fall skall således domstolens bedömning begränsas till en kontroll av huruvida förstainstansrätten gjort sig skyldig till ett uppenbart fel och huruvida den iakttagit proportionalitetsprincipen och likhetsprincipen, vilka styr påförandet av böter, när den bekräftade de kriterier som kommissionen använt för att fastställa böterna och kontrollerade tillämpningen av dessa, och till och med korrigerade denna tillämpning.⁴⁹

46 — Domstolens dom av den 17 december 1998 i mål C-185/95 P, Baustahlgewebe GmbH mot kommissionen, REG 1998, s. I-8417, punkt 128, och av den 29 april 2004 i mål C-359/01 P, British Sugar plc mot kommissionen, REG 2004, s. I-4933, punkt 47.

47 — Domen i de ovannämnda målen *Sentenze Ferriere Nord*, punkt 31, och *Baustahlgewebe*, punkt 128.

48 — Domen i de ovannämnda målen *Baustahlgewebe* och *British Sugar*, punkt 48.

49 — Domstolens dom av den 7 januari 2004 i de förenade målen C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P, C-219/00 P, *Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen* (REG 2004, s. I-123), punkt 365.

101. Med dessa gränser enligt domstolens rättspraxis i minnet övergår jag nu till att behandla de ifrågavarande invändningarna.

102. Jag vill inledningsvis påpeka att det är ostridigt att kommissionen skall iakttä proportionalitetsprincipen när den fastställer bötesbelopp som den skall ålägga för åsidosättande av konkurrensrätten.

103. På området i fråga är denna princip så att säga "absolut" och kommer till uttryck i att den i artikel 15.2 i förordning nr 17 fastställda gränsen om 10 procent av den totala omsättningen skall iakttas. Syftet med detta tak är nämligen att undvika att böterna är oproportionerliga i förhållande till storleken på det företag som är föremål för sanktionsåtgärden.⁵⁰

104. I detta avseende anser jag att den av några klagande framställda invändningen att kommissionen inte beaktat deras omsättning på den relevanta marknaden vid tillämpningen av gränsen om 10 procent saknar

grund. Jag instämmer nämligen i förstainstansrättens analys att det framgår av fast rättspraxis att denna gräns skall förstås som det berörda företags *totala omsättning*, eftersom endast denna omsättning kan ge en ungefärlig indikation på företags storlek och inflytande på marknaden, och att kommissionen således, med iakttagande av detta tak, åtnjuter ett stort utrymme för skönsmässig bedömning när den bestämmer i vilken utsträckning som den totala omsättningen och/eller omsättningen på den relevanta marknaden skall beaktas.

105. Om det slutliga bötesbeloppet inte överstiger 10 procent av klagandenas totala omsättning under det senaste året då överträdelse skedde kan detta med andra ord inte anses oproportionerligt av endast den anledningen att det överstiger omsättningen på den relevanta marknaden.

106. För det andra kan det inte invändas att böterna är diskriminerande av enbart den anledningen att, medan det för vissa företag i fråga varit nödvändigt att sätta ned beloppet för att iakttä den övre gränsen om 10 procent, detta inte skett för de företag för vilka detta tak aldrig överskridits vid beräkningen av böterna, vilket några klagande har

50 — Se exempelvis domen i det ovannämnda målet *Musique Diffusion française*, punkt 119.

gjort gällande. Såsom förstainstansrätten anfört⁵¹ utgör nämligen en sådan nedsättning en direkt och oundviklig följd av den gräns som fastställs i förordning nr 17. Vid sådana förhållanden anser jag att en utebliven nedsättning av böterna av enbart detta skäl inte innebär att ett i övrigt lagligen fastställt bötesbelopp är diskriminerande.⁵²

107. Detta utesluter emellertid inte att denna automatik kan inverka även på proportionalitetsprincipen, om denna inte bedöms i absolut utan i "relativ" mening på det sättet att den syftar till att säkerställa att sanktionsåtgärden "anpassas individuellt" och således blir proportionerlig till hur allvarlig överträdelsen är och till andra subjektiva eller objektiva omständigheter i varje fall. I detta perspektiv följer det inte av ett enkelt matematiskt förhållande till den totala omsättningen under föregående räkenskapsår att beloppet är proportionerligt och inte diskriminerande utan av samtliga faktorer som jag har erinrat om ovan (se ovan punkt 69).

108. Denna "relativa" aspekt av proportionalitetstestet är av särskild betydelse vid kollektiva överträdelser, för om en över-

trädelse har begåtts av flera företag innebär proportionalitetskravet att "det för vart och ett av företagen prövas hur allvarlig den enskilda överträdelsen var" när böterna fastställs.⁵³

109. Detta gäller även enligt likabehandlingsprincipen, vilken enligt fast rättspraxis åsidosätts när jämförbara situationer behandlas på olika sätt eller olika situationer behandlas på samma sätt, såvida denna behandling inte är objektivt motiverad.⁵⁴ Härav följer i förevarande fall att böterna skall vara desamma för alla företag som befinner sig i samma situation och att olika beteende inte kan straffas med samma sanktionsåtgärd.

110. Sedan detta klarlagts övergår jag till förevarande mål och går igenom förstainstansrättens analys i aktuellt hänseende.

51 — Förstainstansrättens dom i det ovan nämnda målet Brugg Rohrsysteme GmbH, punkt 155.

52 — En annan fråga som jag skall behandla nedan (se punkt 113 ff.) avser de följder som ett överskridande av den övre gränsen om 10 procent kan ha i fråga om lagenligheten av de böter för vilka kommissionen skulle ha tillämpat en nedsättning för att iaktta gränsen.

53 — Domstolens dom av den 8 juli 1999 i mål C-51/92 B, Hercules Chemicals mot kommissionen, (REG 1999, s. I-4235), punkt 110. Se även dom av den 16 december 1975 i de förenade målen 40/73-48/73, 50/73, 54/73-56/73, 111/73, 113/73 och 114/73, Suiker Unie m.fl. mot kommissionen (REG 1975, s. 1663, punkt 623), och domen i det ovan nämnda målet Aalborg Portland, punkt 92.

54 — Domstolens dom av den 13 december 1984 i mål 106/83, Sernide (REG 1984, s. 4209), punkt 28, och av den 28 juni 1990 i mål C-174/89, Hoche (REG 1990, s. I-2681), punkt 25.

111. I de överklagade domarna konstaterades att de kriterier som kommissionen använt för att fastställa bötesbeloppen var resultatet av en uppmärksam och detaljerad analys av det särskilda allvaret av överträdelsen och dess varaktighet⁵⁵, samt av de ifrågavarande företagens situation, roll och beteende. Vidare fastslog förstainstansrätten att kommissionen för att fastställa grundbeloppet för böterna hade beaktat skillnaderna i kartelldelegarnas ekonomiska betydelse på ett riktigt sätt genom att dela in företagen i fyra kategorier "alltefter deras relativa storlek på den relevanta marknaden i gemenskapen" (punkt 166 i beslutet) och fastställa olika grundbelopp för varje kategori. Slutligen konstaterades att vid fastställandet av dessa kategorier "beaktade kommissionen inte bara företagens omsättning på den berörda marknaden, utan även den relativa betydelse som medlemmarna i kartellen tillmätte varandra ... och utifrån uppnådda och för år 1995 ..." ⁵⁶, med det resultatet att indelningen av företagen i fyra kategorier och fastställandet av respektive grundbelopp var objektivt motiverade och konsekventa företagen emellan ⁵⁷.

112. Förstainstansrätten anförde att kommissionen därigenom tillämpade riktlinjerna på ett riktigt sätt såvitt den föreskrev att grundbeloppen kunde varieras vid överträdelser i vilka flera företag med betydande skillnader i storlek var inblandade "för att ta hänsyn till den särskilda vikten, och således den faktiska påverkan på konkurrensen, av varje företags förfarande i samband med överträdelsen" (se punkt 1 A sjätte och sjunde styckena).

113. De böter som kommissionen ålagt, och som förstainstansrätten fastställt, är sammanfattningsvis resultatet av en uppmärksam och detaljerad analys av överträdelsens särskilda allvar, av dess varaktighet samt av varje bötesbelagt företags situation, roll och beteende.

114. Sedan detta konstaterats skulle jag dock vilja påpeka att, bara för att de kriterier som reglerar åläggandet av böter har iakttagits, det inte av denna anledning kan sägas att alla frågor med anknytning till proportionalitetsprincipen och icke-diskrimineringsprincipen kan anses avgjorda.

55 — Dock inte beträffande Dansk Rørindustri för vilket bolag förstainstansrätten beslutade att kommissionen hade gjort en felaktig bedömning när den lade sökanden till last att den hade deltagit i kartellen under perioden från april till augusti 1994. Trots detta bekräftade förstainstansrätten det bötesbelopp som kommissionen ålagt.

56 — Domen i det ovannämnda målet Sentenza LR AF 1998 A/S mot kommissionen, punkt 296.

57 — Se exempelvis domen i det ovannämnda målet LR AF 1998 A/S mot kommissionen, punkt 304, i vilken förstainstansrätten beträffande fastställandet av grundbeloppet för de företag som ingick i "den andra kategorin" uttalade att "mot bakgrund av de kriterier som kommissionen lade till grund för sin bedömning av vart och ett av företagens betydelse på den relevanta marknaden ... gjorde kommissionen en riktig bedömning då den fastställde att sökandens utgångsbelopp i vart fall skulle vara två gånger så stort som de utgångsbelopp som fastställdes för företagen i den tredje kategorin".

115. I det ifrågasatta beslutet har nämligen en stor del av räkneoperationerna, vilket kommissionen själv har medgett, lett till delresultat som översteg den i artikel 15.2 i

förordning nr 17 fastställda övre gränsen om 10 procent. Kommissionen har nämligen överskridit denna gräns under förfarandet med att beräkna de böter som ålagts var och en av klagandena, med undantag för Ke-Kelit Kunststoffwek, Brugg Rohrsysteme och ABB Asea Brown Broveri. I tre fall (Isoplusgruppen, LR AF 1998 (Deutschland) och Dansk Rørindustri) har kommissionen till och med beräknat böterna med utgångspunkt i ett grundbelopp som redan det översteg den övre gränsen om 10 procent. Det var först sedan denna beräkning slutförts, innan meddelandet om samarbete tillämpades, som kommissionen satte ned det sålunda fastställda mellanliggande beloppet för att iakttäta taket om 10 procent av den totala omsättningen.

116. Med andra ord användes den i artikel 15 föreskrivna gränsen om 10 procent inte som en oöverstiglig gräns ända från början av beräkningarna utan endast som en slutgiltig gräns för att "hyvla av" böterna till den del de översteg denna tröskel.

117. Enligt några klagande strider emellertid denna beräkningsmetod mot artikel 15.2 i förordning nr 17 och innebar i de förevarande fallen att proportionalitetsprincipen och likabehandlingsprincipen åsidosattes, eftersom bötesbeloppen endast i mycket begränsad utsträckning och ofullkomligt avspeglar de särskilda förhållandena i varje

fall samt de enskilda företagens inbördes ställning inom kartellen.

118. Varje gång som kommissionen överskred gränsen om 10 procent under beräkningarna kunde nämligen inte någon justering av beräkningen (på grundval av överträdelsens varaktighet, försvårande omständigheter med mera) som lett till delresultat ovanför denna tröskel inte avspegla sig konkret på det slutliga bötesbeloppet, vilket framgår även av en av klagandena gjord sammanfattande tabell över uträkningar vid fastställandet av detta belopp.

119. Även om de inte saknar grund, framstår dessa invändningar emellertid inte som tillräckliga för att motivera att överklagandet vinner bifall i de avseenden som behandlats här.

120. Varken ordalydelsen eller andemeningen bakom artikel 15.2 i förordning nr 17 utgör hinder för den beräkningsmetod som kommissionen använt. Såsom förstainstansrätten har uttalat förbjuder denna bestämmelse inte kommissionen att under sin beräkning använda sig av ett belopp som överstiger 10 procent av det berörda företags omsättning, under förutsättning att det slutliga beloppet inte överstiger denna övre gräns.⁵⁸

58 — Se domen i det ovannämnda målet LR AF 1998, punkt 288.

121. I detta sammanhang anser jag att det är viktigt att påpeka att enligt artikel 15.2 fastställs bötesbeloppet i två olika på varandra följande steg:

— För det första föreskrivs i denna att kommissionen kan ålägga böter "om lägst ettusen och högst en miljon beräkningsenheter", varvid således fastställs den mildaste och hårdaste sanktionsåtgärden.

— För det andra får kommissionen enligt denna bestämmelse överskrida denna "hårdaste påföljd" under förutsättning att det slutliga beloppet inte överstiger "tio procent av föregående räkenskapsårs omsättning för varje företag som har deltagit i överträdelsen".

122. Härav kan enligt min mening dras två slutsatser.

123. Först och främst framstår ett system med fastställande av böter med utgångspunkt i ett schablonbelopp, såsom det system som följer av den första strecksatsen i bestämmelsen, inte som helt oförenligt med logiken bakom förordning nr 17.

124. För de fall där kommissionen anser det vara lämpligt att lämna det sanktionsintervall som föreskrivs i den första strecksatsen, fastställs i den andra strecksatsen endast ett "tak" men kommissionen lämnas frihet att använda andra beräkningssätt.

125. Ett sådant system medför emellertid oundvikligen utjämningar och nivelleringar av den sort som klagandena har invänt mot, eftersom ett tak per definition utgör en absolut gräns som tillämpas automatiskt när en viss tröskel nås, och detta oberoende av alla andra bedömningsgrunder. Såsom kommissionen har påpekat har nämligen de klagande på vilka denna gräns tillämpats ålagts nedsatta böter i förhållande till dem som de, om ett tak inte hade funnits, skulle ha ålagts på grundval av alla omständigheter kring överträdelsen, i synnerhet hur allvarlig överträdelsen var och hur länge den pågätt.

126. Jag vill emellertid upprepa att allt detta är en naturlig del av själva systemet som inrättas genom förordning nr 17. Det som klagandena nämligen beskriver som oproportionerliga och/eller diskriminerande resultat av det beräkningsförfarande som kommissionen använt är i själva verket endast en oundviklig följd av att gränsen om 10 procent tillämpas.

127. Från denna utgångspunkt kan således inte någonting läggas kommissionen till last

när det i situationer som den som är i fråga väl fastslagits att kommissionen har i) gjort en riktig bedömning av överträdelsens allvar, dess varaktighet och övriga omständigheter kring den och ii) har hållit det slutliga bötesbeloppet under tröskeln om 10 procent av de enskilda företagens totala omsättning.

128. Mot denna bakgrund drar jag den slutsatsen att förevarande grunder för överklagandet inte vinner stöd av gällande bestämmelser.

129. Sedan detta klarlagts kan jag dock inte underlåta att påpeka att den hittills gjorda undersökningen visar att den beräkningsmetod som kommissionen har använt innebär vissa risker i rättvisehänseende i systemet.

130. För mig framstår nämligen det förhållandet, att, såsom i förevarande fall, en del av beräkningarna huvudsakligen har formell och abstrakt karaktär och således inte avspeglas konkret i det slutliga bötesbeloppet, inte som helt förenligt med kraven på individualisering och gradindelning av "påföljder" — två grundprinciper i alla sanktionssystem, såväl i ett straffrättsligt som i ett förvaltningssystem. Av samma anledning kan man inte heller bortse från att det finns risk

för att det i riktlinjerna eftersträvade syftet att uppnå större insyn inte helt uppnås.

131. Jag vill tillägga att de angivna situationerna inte alls är exceptionella utan det finns till och med risk för att de blir alltmer frekventa. Genom antagandet av riktlinjerna år 1988 gick nämligen kommissionens politik i fråga om böter för åsidosättande av konkurrensrätten in i en ny fas som, av skäl som jag inte skall bedöma, säkerligen är hårdare och har lett till en ökning av bötesnivån, särskilt för de allvarligaste överträdelserna. Dessutom finns det risk för att denna höjning, eftersom den grundas på en beräkningsmetod som bygger på schablonbelopp, slår hårdare mot de små och medelstora företagen.⁵⁹

132. Det framträder således en ny och mer problematisk situation än i den fas där den av

59 — I detta avseende skall det påpekas att just av dessa skäl frångicks uttryckligen i de riktlinjer för fastställande av böter som antagits av Nederländse Mededingsautoriteit (nederländsk konkurrensmyndighet) den linje som kommissionen följt: "With regard to fines for infringements of the Competition Act, the Director-General of NMa is of the opinion that the Guidelines drawn up by the European Commission cannot be taken as the point of departure without adaptation. The European Commission uses categories of infringements, in accordance with the aforementioned Guidelines, to which fixed fines apply. A disadvantage of a system of fixed fines is that small undertakings are affected relatively more harshly than larger undertakings (which often operate internationally). The policy of the Director-General of NMa with regard to fines must be applicable both to (very) large undertakings and to small and medium-sized undertakings, without losing the intended preventive effect, on the one hand, and generating disproportionate results, on the other." (Richtsnoeren boetetoelating — met betrekking tot het opleggen van boetes ingevolge artikel 57 van de Mededingingswet, den 19 december 2001, punkt 5).

kommissionen använda metoden i princip inte ledde till att gränsen om 10 procent överstegs under beräkningen, varigenom beaktandet av alla omständigheter blev smidigare och mer omedelbar.

ningar på att den metod för beräkning av böter som användes tidigare och som grundades på företagets omsättning på den relevanta marknaden skulle tillämpas.

133. Man måste således fråga sig om det inte med hänsyn till de angivna följderna av den nya inriktningen avseende böter är lämpligt att göra några kursändringar som kan säkerställa resultat som i varje fall överensstämmer med allmänna rättvise- och skälighetskrav.

135. Enligt klagandena skulle kommissionen, även om den kunde frånga denna praxis, emellertid ha informerat företagen om sina avsikter och lämna en lämplig motivering av de skäl som fick kommissionen att göra denna ändring.

3) Åsidosättande av principen om skydd för berättigade förväntningar och principen om förbud mot retroaktiv tillämpning

a) Åsidosättande av berättigade förväntningar

134. Merparten av klagandena har invänt mot att kommissionen i det ifrågasatta beslutet tillämpade riktlinjerna på dem fastän överträdelsen inleddes långt innan dessa riktlinjer utfärdades. Härigenom åsidosattes således klagandenas berättigade förvänt-

136. I förevarande fall är åsidosättandet av principen om skydd för berättigade förväntningar ännu mera allvarligt, eftersom klagandena hade beslutat sig för att samarbeta med kommissionen och detta val hade påverkats av just de förmåner som de förväntade sig kunna få av tillämpningen av meddelandet om samarbete enligt den tidigare gällande praxisen i fråga om beräkning av böter.

137. Jag vill genast anföra att jag hyser starkt tvivel avseende det samband som klagandena ser mellan meddelandet om samarbete och nivån på de böter som kommissionen ålagt i förevarande fall.

138. Det är riktigt att kommissionen i punkten E.3 i meddelandet i fråga förklarade sig vara "medveten om att ... meddelandet skapar berättigade förväntningar som de företag som avser att informera kommissionen om en kartell kan hysa". Det framstår emellertid för mig som uppenbart att klagandenas eventuella berättigade förväntningar till följd av meddelandet kunde avse endast *villkoren* för att göra den nedsättning som skulle ske till följd av deras samarbete och inte det *bötesbelopp* "som de annars skulle ha ålagts"⁶⁰ eller den beräkningsmetod som skulle användas för att fastställa böterna.

139. Såsom kommissionen med rätta har anfört även vid förhandlingen i målet innehåller meddelandet om samarbete inte någon hänvisning till nivån på de böter som skulle ha ålagts utan något samarbete. I meddelandet hänvisas inte heller till det sätt på vilket kommissionen skulle fastställa de böter som ålades de företag som hade åsidosatt artikel 81 EG.

140. Närmare bestämt anges i punkten A.5 i meddelandet att ett företags samarbete med kommissionen endast är en av de omständigheter som kommissionen kan beakta när den fastställer bötesbeloppet.

141. Jag anser för övrigt att avgörande för den hävdade ståndpunkten är punkten A.3 i meddelandet, i vilken föreskrivs att syftet med detta är att "fastställa de förutsättningar vid vilka företag som samarbetar med kommissionen under dess undersökningar avseende en kartell kan undgå att påföras böter som annars skulle åläggas dem eller få sina böter nedsatta".

142. Sedan detta konstaterats skall den frågan ställas om kommissionen genom att tillämpa den nya i riktlinjerna föreskrivna metoden för att beräkna böter har åsidosatt klagandeföretagens berättigade förväntningar.

143. Klagandena har med rätta hävdad att en gemenskapsinstitutions upprätthållande i tiden av en praxis i princip kan ge upphov till grundade och berättigade förväntningar som gemenskapsrätten skall skydda.

144. Dessa har i detta avseende erinrat om målet Ferriere San Carlo av år 1987⁶¹, i vilket domstolen prövade lagenligheten av ett beslut av kommissionen i vilket kommissionen hade slagit fast att företaget Ferriere San

60 — Meddelandet om samarbete, punkterna A.1–A.3.

61 — Domstolens dom av den 12 november 1987 i mål 344/85, Ferriere San Carlo mot kommissionen (REG 1987, s. 4435).

Carlo hade överskridit den kvot av armeringsjärn för cement som kunde tillhandahållas på den gemensamma marknaden enligt ett tidigare beslut av kommissionen. Domstolen biföll ansökan och anförde därvid att kommissionens beteende stred mot den praxis som denna institution följt under de två föregående åren och i vilken tolererades leveranser av armeringsjärn för cement i kvantiteter som översteg dem som fastställts av gemenskapen.

145. Klagandena har med stöd av denna dom hävdat att även i förevarande fall skulle deras berättigade förväntningar på att kommissionen skulle fortsätta att tillämpa sin praxis i fråga om beräkning av böter ha skyddats. I förevarande fall har kommissionen nämligen aldrig underrättat företagen om sin avsikt att tillämpa den nya i riktlinjerna fastställda metoden för beräkning av böter och att således inte följa den praxis som gällt tidigare.

146. Jag måste emellertid invända att klagandena har glömt att domstolen också har haft tillfälle att klargöra att principen om skydd för berättigade förväntningar kan åberopas endast när ändringen av förvaltningens praxis inte är förutsebar för en "försiktig och förnuftig ekonomisk aktör".⁶²

62 — Domstolens dom av den 15 april 1997 i mål C-22/94, Irish Farmers Association m.fl. mot Minister for Agriculture, Food and Forestry, Irland och Attorney General (REG 1997, s. I-1809), punkt 2. Se även domstolens dom av den 11 mars 1987 i mål 265/85, Van den Bergh en Jurgens mot kommissionen (REG 1987, s. 1155), punkt 44.

147. Det skall således fastställas huruvida en sådan ändring av metod för beräkning av bötesbelopp som kommissionen gjort i riktlinjerna är förutsebar för "försiktiga och förnuftiga" ekonomiska aktörer.

148. Enligt min mening är svaret på denna fråga knutet till vad jag har anfört ovan i frågan huruvida riktlinjerna är rättsenliga.

149. Jag anser således att det inte kan läggas kommissionen till last att den har åsidosatt klagandenas berättigade förväntningar endast genom att välja en hårdare linje när den fastställde böterna eller genom att ha antagit en ny metod för att beräkna dessa varvid den emellertid följde regelverket i förordning nr 17.

150. Jag anser nämligen att en förständig och förnuftig aktör rimligen skulle ha kunnat förutse antingen en höjning av den allmänna bötesnivån eller att kommissionen inom ramen för det utrymme för skönsmässig bedömning som den har enligt artikel 15 i förordningen skulle kunna anta en modell för beräkning av böterna i överensstämmelse med bestämmelserna i gemenskapens sekundärrätt.

151. Det kan nämligen konstateras att domstolen i sin fasta rättspraxis har fastslagit att "... även om principen om skydd för berättigade förväntningar utgör en av gemenskapens grundläggande principer, kan de ekonomiska aktörerna ändå inte med fog förvänta sig att rådande förhållanden skall bestå när dessa kan ändras av gemenskapsinstitutionerna inom deras utrymme för skönsmässig bedömning".⁶³

152. Just på det område som nu är i fråga har domstolen emellertid tillerkänt kommissionen en rätt att skönsmässigt höja den generella nivån på de böter som åläggs för åsidosättande av gemenskapens konkurrensrätt, varvid den klargjort att "den omständigheten att kommissionen tidigare har tillämpat en viss bötesnivå för vissa överträdelser, inte [innebär] att den kan frångå möjligheten att höja denna nivå inom de gränser som anges i förordning nr 17, om detta är nödvändigt för att säkerställa genomförandet av gemenskapens konkurrenspolitik. En effektiv tillämpning av gemenskapens konkurrensregler kräver tvärtom att kommissionen vid varje tillfälle kan anpassa bötesnivån efter vad denna politik kräver".⁶⁴

153. Vidare utslöt domstolen i samma dom att kommissionen var skyldig att i meddelandet om anmärkningar tillkännage sin

avsikt att ändra sin politik i fråga om den allmänna bötesnivån, när ett sådant val beror "på allmänna hänsyn till konkurrenspolitiken utan något direkt samband med de särskilda omständigheterna i förevarande mål".⁶⁵

154. Det skall emellertid tilläggas att kommissionen trots detta inte hade underlåtit att uppmärksamma de ekonomiska aktörerna på en eventuell höjning av bötesnivån och sanktionsåtgärdens avskräckande effekt.⁶⁶ Härav följer att de ekonomiska aktörerna hade uppmärksamrats på kommissionens avsikter i detta avseende.

155. Jag drar således av detta den slutsatsen att klagandenas berättigade förväntningar inte åsidosatts i förevarande fall.

b) Åsidosättande av principen om förbud mot retroaktiv tillämpning

156. Såsom jag redan har angett har klagandena gjort gällande att principen om förbud

63 — Se dom av den 14 februari 1990 i mål 350/88, Delacre (REG 1990, s. I-395), punkt 33.

64 — Domen i det ovannämnda målet Musique Diffusion française, punkt 109.

65 — Domen i det ovannämnda målet Musique Diffusion française, punkt 22.

66 — XXI:a rapporten om konkurrenspolitiken, s. 120.

mot retroaktiv tillämpning av sanktionsåtgärder åsidosatts.

157. I detta avseende instämmer de i vad förstainstansrätten uttalat i de överklagade domarna och således i att de sanktionsåtgärder som åläggs ett företag för en överträdelse av konkurrensbestämmelserna skall överensstämma med de bestämmelser som gällde när överträdelsen begicks.

158. Klagandena anser emellertid att kommissionen har åsidosatt denna princip eftersom den inte har iakttagit den praxis som gällt dittills för beräkning av böter, med det resultatet att det slutliga bötesbeloppet blev mycket högre.

159. Jag vill för min del påpeka att det påföljdssystem som gällde när de hävdade överträdelserna begicks inte bestod av kommissionens beslutspraxis, vilket klagandena har hävdat, utan av artikel 15.2 i förordning nr 17. Det är nämligen endast i denna bestämmelse som det anges vilka kriterier och parametrar som kommissionen skall beakta när den beräknar böter.

160. Det framstår således för mig som uppenbart att man kan tala om ett åsidosättande av principen om förbud mot retroaktiv tillämpning om det fastställs att de sanktionsåtgärder som ålagts klagandeföretagen avviker från det system som uppställs i ovan nämnda artikel 15 och inte anpassas till detta.

161. Detta är emellertid inte fallet i förevarande fall.

162. Såsom jag redan har angett ovan överensstämmer de av kommissionen antagna riktlinjerna med det system som följer av denna bestämmelse och är förenliga med detta.

163. Även om man använder sig av den metod som anges i riktlinjerna sker beräkningen av böterna fortfarande på grundval av de två kriterier som nämns i artikel 15.2, nämligen hur allvarlig överträdelsen är och hur länge den pågått, med iakttagande av den övre gränsen om 10 procent av omsättningen för vart och ett av de inblandade företagen.

164. Inte heller kan enbart höjningen av bötesnivån innebära ett åsidosättande av principen om förbud mot retroaktiv tillämp-

ning. I detta avseende gäller de överväganden som jag gett uttryck för ovan, enligt vilka kommissionen har ett sådant utrymme för skönsmässig bedömning att den av hänsyn till sin konkurrenspolitik kan göra en höjning och skärpning av bötesnivån förutsatt att den fortfarande håller sig inom den rättsliga ram som gällde när de bötesbelagda överträdelserna begicks.

betydande höjning av bötesbeloppet. Kommissionen lämnade emellertid i sitt meddelande om anmärkningar inga uppgifter som gjorde det möjligt att förutse införandet av en ny politik i fråga om beräkning av böter. Under det administrativa förfarandet kunde klagandena således inte yttra sig över tillämpningen av de nya riktlinjerna.

165. I förevarande fall kan kommissionen således inte anses ha åsidosatt principen om förbud mot retroaktiv tillämpning eftersom den, även om den tillämpat beräkningsmetoden i riktlinjerna, har hållit sig inom de gränser som föreskrivs i artikel 15 i förordning nr 17.

167. Mot denna kritik har kommissionen väsentligen invänt att den inte är skyldig att underrätta de företag som är föremål för utredning om överträdelse av konkurrensrätten exakt om den metod som den har för avsikt att tillämpa vid beräkningen av böterna och inte heller att lämna uppgift om hur stora dessa kan bli.

4) Åsidosättandet av rätten till försvar

166. Samtliga klagande, bland andra ABB, har gjort gällande att förstainstansrätten gjorde sig skyldig till ett fel när den fastslog att deras rätt att yttra sig inte innebar en skyldighet för kommissionen att under det administrativa förfarandet underrätta dem om sin avsikt att tillämpa de nya riktlinjerna för beräkningen av böterna. Denna underlåtenhet är extra allvarlig eftersom den då gällande rätten ändrades i väsentlig mån genom riktlinjerna och dessa medförde en

168. Även jag anser att kommissionen inte har åsidosatt klagandenas rätt till försvar, och närmare bestämt deras rätt att yttra sig beträffande fastställandet av böterna.

169. Det är i detta avseende tillräckligt att erinra om domstolens rättspraxis, vilken förstainstansrätten angivit riktigt, enligt vilken skyldigheten att låta företagen yttra sig är uppfylld när kommissionen uttryckligen i meddelandet om anmärkningar förklarar att den har för avsikt att undersöka om före-

tagen i fråga skall åläggas böter och den anger de huvudsakliga faktiska och rättsliga grunder som kan medföra att böter åläggs, såsom hur allvarlig den påstådda överträdelsen är och hur länge den pågått, samt huruvida den begåtts uppsåtligen eller av oaktsamhet.⁶⁷

170. Såsom förstainstansrätten har uttalat i de överklagade domarna⁶⁸, angav emellertid kommissionen i meddelandet om anmärkningar de faktiska och rättsliga omständigheter som den grundade sig på när den fastställde böternas storlek: det förhållandet att överträdelsen var mycket allvarlig, hur länge den överträdelse pågått som den hade för avsikt att bötfälla varje företag för, vilka försvärande omständigheter som förelåg, andra faktorer som den skulle beakta när den fastställde böterna, vilken roll varje företag haft inom kartellen, deras ekonomiska betydelse på den relevanta marknaden med mera.

171. Kommissionen iakttog därigenom på vederbörligt sätt företagens rätt att yttra sig beträffande åläggandet av böterna och beträffande vart och ett av de förhållanden som den hade för avsikt att beakta när den skulle bestämma böternas storlek. Enligt rättspraxis medför iakttagandet av denna rätt inte någon annan skyldighet för kom-

missionen och helt säkert inte en skyldighet att nämna på vilket sätt den skall komma att använda de olika faktorerna vid beräkningen av böternas storlek och inte heller att uttala sig om böternas storlek.⁶⁹

172. Jag erinrar vidare om att enligt domstolen är kommissionen inte skyldig att i meddelandet om anmärkningar ange att den har för avsikt att ändra sin politik i fråga om böternas allmänna storlek.⁷⁰

173. Jag föreslår följaktligen mot bakgrund av övervägandena ovan att domstolen inte skall bifalla överklagandet på denna grund för överklagandet.

5) Åsidosättande av motiveringsskyldigheten vid fastställandet av bötesbeloppet

174. Några klagande (särskilt Ke-Kelit, LR AF 1998 A/S och LR AF GmbH) har gjort gällande att förstainstansrätten gjorde sig skyldig till en felaktig rättstillämpning när

67 — Domen i det ovannämnda målet *Musique Diffusion française*, punkt 21. Se även domen i det ovannämnda målet *Michelin* mot kommissionen, punkterna 19 och 20.

68 — Se exempelvis domen i det ovannämnda målet LR AF 1998 A/S, punkterna 201–203.

69 — Domen i de ovannämnda målen *Musique Diffusion Française*, punkt 21, och *Michelin*, punkt 19.

70 — Domen i det ovannämnda målet *Musique Diffusion française*, punkt 22.

den drog den slutsatsen att kommissionens beslut vad gäller fastställandet av bötesbeloppet var tillräckligt motiverat och att kommissionen således inte hade åsidosatt artikel 253 EG. Enligt deras mening skulle kommissionen ha motiverat sitt beslut att frångå sin tidigare gällande praxis — bestående i att fastställa bötesbeloppet på grundval av omsättningen på den relevanta marknaden — samt även ha motiverat den hävdade retroaktiva tillämpningen av riktlinjerna.

175. Jag kan genast ange, även med bortseende från mina slutsatser ovan beträffande grunderna avseende berättigade förväntningar och retroaktiv tillämpning, att jag anser att talan inte kan bifallas på denna grund.

176. Det är nämligen tillräckligt att konstatera att enligt fast rättspraxis är skyldigheten att motivera sättet att beräkna böterna uppfyllt om kommissionen redovisar de uppgifter som legat till grund för dess bedömning av överträdelsens svårighetsgrad och varaktighet.⁷¹ Detta är en följd av artikel 15.2 andra stycket i förordning nr 17 enligt vilken "hänsyn [skall] tas både till hur allvarlig

överträdelsen är och hur länge den pågått". Beslutet kan vara bristfälligt motiverat endast med avseende på dessa faktorer.

177. Vad vidare gäller besluten att ålägga olika företag böter, har förstainstansrätten i de olika besluten⁷² helt riktigt påpekat att i ett sådant fall skall omfattningen av motiveringsskyldigheten i synnerhet bestämmas mot bakgrund av att bedömningen av hur allvarliga överträdelsena är görs med hänsyn till ett stort antal omständigheter, såsom i synnerhet — men inte endast — de särskilda omständigheterna i det enskilda fallet, dess kontext och böternas avskräckande verkan.⁷³

178. Enligt min mening har emellertid förstainstansrätten helt riktigt fastslagit att kommissionen iakttagit dessa föreskrifter. Förstainstansrätten har särskilt för varje klagande fastslagit att kommissionens beslut innehöll tillräckliga och relevanta uppgifter om de omständigheter som har beaktats vid bedömningen av hur allvarlig överträdelsen var och hur länge den hade pågått.⁷⁴

179. Förstainstansrätten har med rätta konstaterat att "[ä]ven om det antas att böterna i

71 — Domstolens dom av den 16 november 2000 i mål C-291/98 P, Sarrío mot kommissionen (REG 2000, s. I-9991), punkt 73, och i mål C-279/98 P, Cascades mot kommissionen (REG 2000, s. I-9693), punkt 43, samt 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, C-254/99 P, Limburgse Vinyl Maatschappij NV (LVM) m.fl. mot kommissionen (REG 2002, s. I-375), punkt 463.

72 — Se exempelvis domen i det ovannämnda målet LR AF 1998 A/S, punkt 378.

73 — Domstolens beslut av den 25 mars 1996 i mål C-137/95 P, SPO m.fl. mot kommissionen (REG 1996, s. I-1611), punkt 54.

74 — Se förstainstansrättens dom i de ovannämnda målen Lögstör Rör GmbH, punkt 372, Ke-Kelit, punkt 203, och LR AF 1998 A/S, punkt 383.

beslutet är betydligt högre än i tidigare beslut, har kommissionen *uttryckligen* redogjort för hur den kommit fram till sökandens bötesbelopp⁷⁵, och därvid hänvisat särskilt till hur allvarlig överträdelsen var, hur länge den pågått, till föreliggande försvårande och/eller förmildrande omständigheter, till företagens storlek, till varje företags roll inom kartellen samt tillämpningen av meddelandet om samarbete.

180. Kommissionens beslut innehåller med andra ord samtliga bedömningsgrunder som kommissionen använt sig av när den fastställde böterna.

181. Talan kan således inte bifallas på den grunden att kommissionens beslut inte är tillräckligt motiverat.

B — *De enskilda klagandenas situation*

182. Klagandena har vidare gjort åtskilliga invändningar avseende den särskilda situa-

tionen för var och en av dem. På de följande sidorna kommer jag att analysera dessa invändningar, dock utan att uppehålla mig vid dem som enligt min mening har ett marginellt intresse och vid dem avseende vilka förstainstansrättens dom framstår som fullständigt övertygande.

1) Huruvida artikel 81.1 har tillämpats felaktigt i fråga om ett företags deltagande i en kartell

183. i) Isoplusgruppen har gjort gällande att förstainstansrätten felaktigt har tillämpat den rättspraxis enligt vilken ett företag, även om det inte har genomfört resultat från möten med konkurrensbegränsande syfte, även kan anses ansvarig för en överträdelse när den inte offentligen har tagit avstånd från innehållet i dessa möten.

184. Klagandena har i synnerhet ifrågasatt förstainstansrättens slutsats att för att det skall föreligga ett åsidosättande av artikel 81 EG "[d]et ... inte [är] relevant huruvida ifrågavarande företag håller möte med företag med dominerande eller i vart fall betydande ställning på marknaden" (punkt 224 i domen i fråga). Enligt klagandena skall däremot just vid sådana förhållanden hänsyn tas till den mindre ekonomiska betydelsen hos några deltagare eftersom det för dessa skulle vara svårare att offentligen ta avstånd från beslut vid möten

⁷⁵ — Förstainstansrättens dom i det ovannämnda målet LR AF 1998 A/S, punkt 385. Min kursivering.

vid vilka deltar även företag med större ekonomisk styrka och som kan utöva starkt tryck på sina konkurrenter. I sådana situationer skall de ekonomiskt "svagare" företagen inte anses ha åsidosatt artikel 81 EG om de, trots att de inte anmält dem offentligen, har låtit bli att agera i överensstämmelse med de beslut som fattats vid ett möte med konkurrensbegränsande syfte.

185. Jag vill genast anföra att jag instämmer i den av förstainstansrätten gjorda analysen och att, tvärt emot vad klagandena har gjort gällande, denna analys uttömmande bemöter de invändningar som klagandena gjort i målet vid förstainstansrätten.

186. Jag vill tillägga att, om den av klagandena föreslagna tolkningen godtogs, detta skulle medföra att artikel 81 EG tillämpas på olika sätt beroende på företagets storlek eller ekonomiska ställning. En sådan flexibel ordning skulle strida mot principerna i gemenskapens konkurrensrätt såsom de tolkats i domstolens fasta rättspraxis, enligt vilken det vid tillämpningen av artikel 81 saknar betydelse om parterna i kartellen "är jämförbara med hänsyn till ekonomisk ställ-

ning och funktion"⁷⁶ eller att ett företag "har spelat en mindre roll vid sitt deltagande i kartellen"⁷⁷.

187. Det är uppenbart att detta inte innebär att kommissionen inte skall beakta skillnader mellan deltagarna i en kartell i fråga om ekonomisk betydelse och inte heller att sådana skillnader inte skall få konsekvenser. Det innebär endast att dessa omständigheter inte är relevanta redan i den fas då kartell-deltagarnas individuella ansvar fastställs utan vid bedömningen av hur allvarlig en överträdelse är och således vid fastställandet av böterna.⁷⁸

188. Vidare kan dessa omständigheter, såsom kommissionen med rätta har påpekat, spela en viss roll vid en nationell domstols bedömning av omfattningen av de enskilda företagets ansvar vad avser de civilrättsliga följderna av överträdelsen.⁷⁹

76 — Domstolens dom av den 13 juli 1966 i de förenade målen 56/64 och 58/64, Consten och Grundig mot kommissionen (REG 1966, s. 457, särskilt s. 517; svensk specialutgåva, volym 1, s. 277).

77 — Domstolens dom av den 8 juli 1999 i mål C-49/92 P, kommissionen mot Anic Partecipazioni (REG 1999, s. I-4125), punkt 90, och i det ovannämnda målet Aalborg Portland m.fl., punkt 86.

78 — Se exempelvis domen i det ovannämnda målet Anic Partecipazioni, punkt 90.

79 — Domstolens dom av den 20 september 2001 i mål C-453/99, Courage (REG 2001, s. I-6297), punkt 35.

189. ii) Brugg Rohrsysteme GmbH (nedan kallat Brugg) har däremot gjort gällande att det var fel av förstainstansrätten att anse att Bruggs närvaro vid ett möte den 24 mars 1995 vid vilket beslut fattades om att bojkotta Powerpipe var bevis för att Brugg deltog i denna bojkott.

190. Brugg har därvid betonat den omständigheten att dess enda verksamhet bestod i återförsäljning av förisolerade rör. Av denna anledning kunde den inte på något sätt bojkotta Powerpipe, vilket endast de företag som tillverkade förisolerade rör och som direkt konkurrerade med Powerpipe kunde göra.

191. Kommissionen har enligt klaganden felaktigt ansett att klagandens deltagande vid mötet i fråga kunde utgöra en försvårande omständighet som om den beaktades för sig kunde leda till en ökning av bötesbeloppet motsvarande 20 procent.

192. Jag anser emellertid att det finns föga grund för denna ståndpunkt.

193. Av detta resonemang följer att företag som, trots att de visat sitt samtycke till att ett konkurrensbegränsande beteende genomförs, inte har lyckats att genomföra det, inte skall svara för en överträdelse av artikel 81 EG.

194. Ett företags ansvar är således inte knutet till dess visade vilja att åsidosätta konkurrensbestämmelserna utan till den faktiska möjligheten att göra det.

195. Det är emellertid inte möjligt att hitta något stöd för denna ståndpunkt i rättspraxis.

196. Jag skall endast erinra om att i domen i målet *Anic Participazioni* fastslog domstolen att ett företag åsidosätter artikel 81 EG inte endast när det "hade för avsikt att genom sitt eget beteende bidra till att uppnå de gemensamma mål[en]" utan även när "det hade kännedom om de materiella beteenden som planerades eller som genomfördes av andra företag i samma syfte eller att företaget rimligen kunde förutse dem och att det var berett att acceptera risken att de andra företagen begick överträdelser".⁸⁰

⁸⁰ — Domen i det ovannämnda målet *Anic Participazioni*, punkt 87.

197. Denna rättspraxis har vidare nyligen och mer specifikt bekräftats i domen i målet Aalborg Portland i vilken domstolen klargjorde bland annat att "kommissionen endast [behöver] visa att det berörda företaget har deltagit i möten under vilka konkurrensbegränsande avtal slutits, utan att öppet motsätta sig detta, för att styrka att nämnda företag har deltagit i den konkurrensbegränsande samverkan ... Det tysta medgivandet av ett olagligt initiativ kommer ..., i avsaknad av ett öppet avstånds-tagande från innebörden av detta eller ett avslöjande för de administrativa enheterna, att uppmuntra till fortsatt överträdelse och äventyra upptäckten av denna. Detta samförstånd utgör ett passivt deltagande i överträdelsen som alltså kan ådra företaget ansvar för ett enda avtal."⁸¹

198. Förstainstansrätten ansåg således helt riktigt att Brugg skulle ha öppet visat att det inte anslöt sig till det konkurrensbegränsande beteende som beslutades vid mötet den 24 mars 1995 så att de övriga deltagarna blev varse att Brugg inte anslöt sig till deras agerande, att klaganden tog avstånd från det och att den inte under något förhållande var beredd att godta riskerna med det.

199. Detta är emellertid som konstaterats inte fallet i förevarande fall.

200. Sammanfattningsvis anser jag att talan inte kan vinna bifall på de av Isoplusgruppen och Brugg åberopade grunderna att artikel 81.1 EG tillämpats felaktigt.

2) Huruvida försvårande och förmildrande omständigheter inte beaktats

201. i) Företagen i Isoplusgruppen har invänt att förstainstansrätten felaktigt förvägrade dem rätten till nedsättning av böterna på grundval av punkten D i meddelandet om samarbete.

202. Dessa företag har erinrat om att enligt denna bestämmelse skall kommissionen alltid sätta ned bötesbeloppet vid samarbete, om än endast delvis eller i begränsad utsträckning som i förevarande fall, när ett sådant samarbete har bidragit till att fastställa överträdelsen. Klagandena har vidare invänt att kommissionen vid beräkningarna har beaktat försöken att hindra undersökningen två gånger: en första gång såsom försvårande omständighet som har medfört en höjning av böterna och en andra gång som skäl för att inte sätta ned böterna med tillämpning av meddelandet om samarbete.

81 — Domen i det ovannämnda målet Aalborg Portland m.fl., punkt 81 och följande punkter.

Härigenom har kommissionen särskilt åsidosatt klagandenas rätt till försvar samt principen om "rättvis rättegång".

203. Jag anser emellertid även på denna punkt att kommissionens analys är övertygande. Jag vill endast tillägga några överväganden avseende det hävdade "dubbla" beaktandet av klagandenas hindrande betende.

204. Jag vill först och främst påpeka att kommissionen enligt min mening skulle ha kränkt klagandenas grundläggande rättigheter endast om den hade lagt klagandena till last samma försvarande omständighet två gånger.

205. Helt annorlunda är emellertid en situation där, som i förevarande fall, förekomsten av en försvarande omständighet är oförenlig med förutsättningarna för att tillämpa en förmildrande omständighet. I sådant fall skall ett företags samarbete bedömas i sin helhet.

206. Av kommissionens beslut framgår emellertid att klagandena bidragit snarare endast till viss del och i begränsad utsträck-

ning samt ganska motvilligt. Även om det är riktigt att de i viss mån samarbetade med kommissionen och därvid lämnade vissa bevis som komplement till dem som kommissionen redan hade och delvis medgav sitt deltagande i kartellen, är det nämligen även riktigt att de samtidigt avsiktligt hindrade undersökningen genom att lämna ofullständiga och delvis felaktiga uppgifter och därigenom försvarade kommissionens undersökning. Detta förhållande, vilket framgår inte endast av syftet med meddelandet utan även av förstainstansrätten nämnd fast rättspraxis, framstår för mig som högst oförenligt med det krav som ställs på "samarbete" för att det skall motivera nedsättning av böterna.

207. ii) LR AF 1998 A/S har för sin del kritiserat kommissionen för att felaktigt ha uteslutit förmildrande omständigheter för denna klagande och att det var fel av förstainstansrätten att instämma i detta beslut.

208. Klaganden har särskilt gjort gällande en rätt till nedsättning av de ålagda böterna på grund av följande förhållanden: a) klaganden stod i beroendeförhållande till ABB, den huvudsakliga aktören och den enda nationella koncernen i fjärrvärmesektorn samt ledare för kartellen, b) klaganden blev offer för det ekonomiska tryck som ABB utövade för att tvinga bolaget att delta i

kartellen och att genomföra de åtgärder som företagen gemensamt kommit överens om, och c) de överträdelse av konkurrensrätten som ABB ålagts böter för var mycket allvarligare än dem som klaganden gjort sig skyldig till.

gemenskapsrätten inte utgör en sådan förmildrande omständighet som kan motivera att det bötesbelopp som sökanden ålagts sätts ned.

209. LR AF 1998 A/S har med en annan utgångspunkt lagt kommissionen till last att den förbisåg det tryck som ABB utövade på de andra företagen och har kritiserat förstainstansrätten för att ha godtagit kommissionens bedömning utifrån konstaterandet att "ABB:s påtryckningar på andra företag ... utgjorde en grund för att höja ABB:s böter".⁸²

212. Jag anser för min del att det var rätt av förstainstansrätten att utesluta att LR AF 1998 A/S hade rätt att tillgodoräkna sig förmildrande omständigheter.

213. Enligt min mening kan nämligen det ekonomiska tryck som ABB enligt klaganden utövade gentemot detta företag inte innebära några förmildrande omständigheter.

210. Enligt sökanden kan nämligen skyldigheten att fastställa bötesbeloppet på grundval av relevanta individuella faktorer inte iaktas genom att anpassa böter som ålagts ett annat företag.

214. Jag vill i detta avseende först och främst erinra om att i riktlinjerna nämns inte uttryckligen detta fall bland de förmildrande omständigheter som anges i punkt 3 i dessa.⁸³

215. Vidare har kommissionen, enligt min mening helt riktigt, hittills gjort en restriktiv tolkning av den förmildrande omständigheten i fråga och därvid gjort gällande att denna förmildrande omständighet kan till-

211. Klaganden har slutligen invänt att förstainstansrätten gjorde fel när den gjorde den bedömningen att klagandens införande av ett internt program för att anpassa sig till

83 — I punkt 3 i meddelandet anges nämligen att förmildrande omständigheter som kan motivera en minskning av böterna är "att företaget har haft en uteslutande passiv eller efterföljande roll i genomförandet av överträdelsen, att företaget i praktiken inte har tillämpat avtal eller förfaranden som utgör överträdelser, att företaget har upphört med överträdelsen vid kommissionens första ingripanden (bland annat kontroller), att det från företagets sida har förekommit rimliga tvivel angående det begränsande förfarandets karaktär av överträdelse, att överträdelsen har begåtts av oaksamhet och inte med avsikt, att företaget har samarbetat effektivt i förfarandet utanför tillämpningsområdet för kommissionens meddelande av den 18 juli 1996 om befrielse från eller nedsättning av böter i kartellärenden, och övrigt".

82 — Domen i det ovannämnda målet LR AF 1998 A/S, punkt 339.

lämpas endast i fall där ett företags deltagande i en kartell är mycket litet, till exempel när företaget aldrig har deltagit i något möte i den konkurrensbegränsande samverkan.⁸⁴

Annars skulle en sådan förmildrande omständighet tillgodoräknas alla företag som inte har varit ledare i och initiativtagare till kartellen, varvid dess tillämpningsområde i hög grad skulle utvidgas.

tala dem att gå in i den konkurrensbegränsande samverkan utgjorde en grund för att höja ABB:s böter.”

216. I förevarande fall har förstainstansrätten utan någon som helst tveksamhet kunnat fastslå inte endast att klaganden har varit närvarande vid ett flertal möten inom den europeiska kartellen utan även att den deltagit aktivt i dessa. Inte heller framgår det att klaganden skulle ha varit tvingad till detta av ABB, eftersom inget hindrade klaganden att anmäla sådana påtryckningar till de nationella myndigheter som tillsatts att skydda konkurrensen eller till kommissionen i enlighet med artikel 3 i förordning nr 17.

217. Mindre övertygande är dock förstainstansrättens resonemang när den anser att "[k]ommissionen ... inte [kunde] klandras för att inte ha beaktat dessa påtryckningar. Kommissionen ansåg nämligen att ABB:s påtryckningar på andra företag för att över-

218. Jag anser nämligen med hänsyn till böternas helt individuella karaktär att en utebliven nedsättning av bötesbeloppet för en ekonomisk aktör inte kan motiveras med att motsvarande ökning ålagts en annan operatör.

219. Sedan detta konstaterats anser jag emellertid att denna felaktiga bedömning från förstainstansrättens sida inte är sådan att den kan kullkasta kommissionens slutsats i det ifrågasatta beslutet att LR AF 1998 A/S inte hade rätt till någon nedsättning av böterna. Jag anser nämligen att det var rätt av kommissionen att ange att klaganden för att skydda sin egen ställning hade tillgång till mer verkningfulla rättsliga medel än att delta i den konkurrensbegränsande samverkan.

220. Slutligen saknar det förhållandet att klaganden införde ett internt program för att anpassa sin verksamhet till gemenskapsrättens relevans. I detta avseende instämmer jag helt i vad förstainstansrätten uttalat i punkt 345 i den överklagade domen, och

84 — Se kommissionens beslut av den 7 juni 2000, *Acido aminico* (EGT L 152, s. 24), och av den 21 november 2001, *Vitamine* (EGT L 6, s. 1).

följaktligen anser jag det onödigt att uppehålla mig ytterligare på denna punkt.

rättegången, såvida de inte föranleds av rättsliga eller faktiska omständigheter som framkommit först under förfarandet”.

221. Jag anser således att överklagandet inte heller kan vinna bifall på dessa grunder.

224. I enlighet med vad domstolen ofta har upprepat⁸⁵ anses som ”nya grunder” sådana argument som framförs under förfarandet som inte på något sätt har samband med det rättsliga resonemang som redan förts i detta förfarande.

3) Åsidosättande av processuella regler

222. Genom sin första grund har ABB Asea Brown Boveri Ltd (nedan kallad ABB) anfört att förstainstansrätten felaktigt har ansett att professor J. Schwarzes yttrande, vilket hörde samman med klagandens replik, inte kunde beaktas eftersom det, i detta i strid med artikel 48.2 i förstainstansrättens rättegångsregler, infördes nya grunder för talan som inte åberopats i ansökan.

225. Härav följer att sådana argument som, även om de åberopats under förfarandet, kan härledas till en grund som redan åberopats tidigare, däremot kan tas upp till sakprövning om de utgör en direkt eller underförstådd utveckling av sistnämnda grunder.

223. I detta avseende vill jag erinra om att enligt denna bestämmelse gäller att "[n]ya omständigheter ... inte [får] åberopas under

226. Sedan detta klarlagts skall det således kontrolleras huruvida argumenten i professor Schwarzes yttrande utgör en naturlig

85 — Dom av den 21 december 1954 i mål 2/54, Italien mot Höga myndigheten (REG 1954, s. 75), punkt 6, av den 30 september 1982 i mål 108/81, Amylum mot rådet, (REG 1982, s. 3107), punkt 25, och av den 4 februari 1997 i de förenade målen C-71/95, C-155/95 och C-271/95, Belgien mot kommissionen (REG 1997, s. I-687).

utveckling av de grunder som ABB åberopade i sin ansökan till förstainstansrätten.

227. I professor Schwarzes yttrande analyseras huvudsakligen huruvida det ifrågasatta beslutet överensstämmer med vissa allmänna rättsprinciper, särskilt principen om skydd för berättigade förväntningar, principen om den offentliga förvaltningens självbegränsning, principen om *estoppel*, principen om god förvaltningssed och principen om rätt till försvar.

228. ABB uppehöll sig i sin ansökan vid några av dessa principer. Klaganden gjorde i punkt 44 och följande punkter i ansökan gällande att särskilt kommissionen genom en retroaktiv tillämpning av riktlinjerna hade åsidosatt dess berättigade förväntningar på att praxisen avseende beräkning av bötesbelopp skulle fortsätta att gälla samt att den åsidosatt några av klagandens processuella rättigheter.

229. I den första delen av ansökan invände klaganden däremot att kommissionen under det förfarande som ledde till det ifrågasatta beslutet hade åsidosatt dess rätt till försvar och dess rätt att yttra sig.

230. Klaganden har däremot aldrig invänt att de andra principer som professor Schwarze behandlat i sitt yttrande åsidosatts, särskilt principen om att fast praxis automatiskt är bindande för förvaltningen, principen om *estoppel* och principen om god förvaltningssed åsidosatts.

231. Mot denna bakgrund kan en stor del av de argument som utvecklats i yttrandet inte anses som "nya".

232. Vidare kan man inte hävda att professor Schwarzes argument inte kan tas upp till sakprövning av den anledningen att de framförts i ett rättsligt yttrande som fogats till repliken. Jag anser nämligen att artikel 48 inte innehåller ett förbud för en part som har för avsikt att åberopa nya rättsliga omständigheter eller utveckla de grunder som redan åberopats (när detta är tillåtet) att åberopa ett yttrande som upprättats av en jurist som inte tillhör de egna ombuden.

233. Jag anser således, tvärtmot vad förstainstansrätten beslutat, att professor Schwarzes yttrande skall tillåtas till de delar det hävdade åsidosättandet av principen om skydd för berättigade förväntningar och principen om klagandens rätt till försvar analyseras däri.

234. Jag konstaterar dock att, även om dessa delar av yttrandet hade tillåtits av förstainstansrätten, argumenten i detta inte skulle ha påverkat de slutsatser som förstinstansrätten kom fram till beträffande dessa principer. Professor Schwarzes yttrande innebär inte någon väsentlig ändring av de argument som ABB eller de andra klagandena åberopade vid förstainstansrätten som grund för åsidosättande av dessa principer.

235. Eftersom, vilket jag har försökt visa ovan, förstainstansrätten inte gjorde sig skyldig till någon felaktig rättslig bedömning när den avvisade grunderna för talan avseende det hävdade åsidosättandet av dessa principer, kan de nu behandlade invändningarna inte godtas.

236. Sammanfattningsvis anser jag att det inte finns grund för någon av de av klagandena gjorda invändningarna, varför deras överklaganden inte skall bifallas.

IV — Rättegångskostnader

237. Mot bakgrund av artikel 69.2 i rättegångsreglerna och eftersom jag har kommit fram till att överklagandena skall lämnas utan bifall, anser jag att klagandena skall förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna.

V — Förslag till avgörande

238. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen:

- ogillar överklagandena, och

- förpliktar klagandena att ersätta rättegångskostnaderna.