

FÖRSTAINSTANSRÄTTENS DOM (femte avdelningen)

den 4 juli 2006 \*

I mål T-304/02,

**Hoek Loos NV**, Schiedam (Nederländerna), företrätt av advokaterna J.J. Feenstra och B.F. Van Harinxma thoe Slooten,

sökande,

mot

**Europeiska gemenskapernas kommission**, företrädd av A. Bouquet, i egenskap av ombud,

svarande,

angående en talan om delvis ogiltigförklaring av kommissionens beslut 2003/207/EG av den 24 juli 2002 om ett förfarande enligt artikel 81 i EG-fördraget (ärende COMP/E-3/36.700 — Industrigaser och medicinska gaser) (EGT L 84, 2003, s. 1) och i andra hand en talan om nedsättning av de böter som ålagts sökanden,

\* Rättegångsspråk: nederländska.

meddelar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN(femte avdelningen)

sammansatt av ordföranden M. Vilaras samt domarna F. Dehousse och D. Šváby,  
justitiesekreterare: handläggaren I. Natsinas,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 19 januari 2006,

följande

**Dom**

**Bakgrund till tvisten**

- 1 Sökanden är ett nederländskt företag som producerar, marknadsför och distribuerar industrigaser och medicinska gaser samt tillhörande utrustning, system och tjänster.
- 2 I december 1997 och under år 1998 genomförde kommissionen med stöd av artikel 14.2 och 14.3 i rådets förordning nr 17 av den 6 februari 1962, första förordningen om tillämpning av fördragets artiklar [81] och [82] (EGT 13, s. 204; svensk

specialutgåva, område 8, volym 1, s. 8), undersökningar i sökandens lokaler samt i lokaler tillhöriga olika bolag som också är verksamma på marknaden för industrigaser och medicinska gaser, nämligen AGA Gas BV, Air Liquide BV, Air Products Nederland BV (nedan kallat Air Products), Boc group plc (nedan kallat BOC), Hydrogas Holland BV, Messer Nederland BV (nedan kallat Messer) och Westfalen Gassen Nederland BV (nedan kallat Westfalen).

- 3 Efter att kommissionen begärt upplysningar från ovannämnda bolag i enlighet med artikel 11 i förordning nr 17 riktade den ett meddelande om anmärkningar till åtta företag, däribland sökanden, som är verksamma i den berörda sektorn.
  
- 4 I det svar som sökanden ingav bestred bolaget inte de faktiska omständigheter som anförts i meddelandet om anmärkningar. Efter likvidationen av AGA Gas besvarade dettas moderbolag, AGA AB, för dess tidigare dotterbolags räkning, i sak meddelandet om anmärkningar och förklarade därvid uttryckligen att det var berett att påta sig ansvaret för de överträdelser som dotterbolaget hade gjort sig skyldigt till.
  
- 5 Kommissionen antog, efter att ha hört de berörda företagen, beslut 2003/207/EG av den 24 juli 2002 om ett förfarande enligt artikel 81 i EG-fördraget (ärende COMP/E-3/36.700 — Industrigaser och medicinska gaser) (EGT L 84, 2003, s. 1) (nedan kallat beslutet).
  
- 6 Sökanden delgavs beslutet den 29 juli 2002 och beslutet skickades till AGA AB, som inträtt i AGA Gas ställe.

7 Beslutet innehåller följande bestämmelser:

*”Artikel 1*

AGA AB, Air Liquide BV, [Air Products], [BOC], [Messer], Hoek Loos [NV] och [Westfalen] har överträtt artikel 81.1 [EG] genom att delta i ett fortlöpande avtal och/eller samordnat förfarande inom sektorn för industrigas och medicinska gaser i Nederländerna.

Överträdelsens varaktighet var följande:

- AGA AB från september 1993 till december 1997.
- Air Liquide BV från september 1993 till december 1997.
- [Air Products] från september 1993 till december 1997.
- [BOC] från juni 1994 till december 1995.
- [Messer] från september 1993 till december 1997.
- Hoek Loos [NV] från september 1993 till december 1997.
- [Westfalen] från mars 1994 till december 1995.

...

*Artikel 3*

För den överträdelse som avses i artikel 1 åläggs följande böter:

- AGA AB 4,15 miljoner euro.
- Air Liquide BV 3,64 miljoner euro.
- [Air Products] 2,73 miljoner euro.
- [BOC] 1,17 miljoner euro.
- [Messer] 1 [miljon] euro.
- Hoek Loos [NV] 12,6 miljoner euro.
- [Westfalen] 0,43 miljoner euro.”

<sup>8</sup> I beslutet fastställde kommissionen bötesbeloppet i enlighet med sina riktlinjer för beräkning av böter som döms ut enligt artikel 15.2 i förordning nr 17 och artikel 65.5 i EKSG-fördraget (EGT C 9, 1998, s. 3) (nedan kallade riktlinjerna) och sitt meddelande om befrielse från eller nedsättning av böter i kartellärenden (EGT C 207, 1996, s. 4) (nedan kallat meddelandet om samarbete).

- 9 Kommissionen fastställde således grundbeloppet, som bestäms på grundval av överträdelsens allvar och varaktighet, beträffande sökanden till 14 miljoner euro (punkt 438 i beslutet).
- 10 Kommissionen fann i beslutet att det inte förelåg vare sig några försvårande eller förmildrande omständigheter vad gäller sökanden.
- 11 Slutligen beslutade kommissionen om en ”väsentlig nedsättning” av böterna i den mening som avses i punkt D i meddelandet om samarbete. Kommissionen beviljade härvid sökanden en nedsättning med 10 procent av det bötesbelopp som sökanden skulle ha ålagts om företaget inte hade samarbetat. Nedsättningen beviljades på grund av att sökanden inte bestritt de materiella omständigheterna i meddelandet om anmärkningar (punkterna 454 och 457–459 i beslutet).
- 12 Efter att Westfalen hade väckt talan mot beslutet vid förstainstansrätten den 4 oktober 2002 (mål T-303/02), fann kommissionen att den hade gjort en oriktig bedömning vad gäller varaktigheten av den överträdelse som hade lagts detta företag till last.
- 13 Kommissionen antog följaktligen den 9 april 2003 beslut 2003/355/EG om ändring av beslutet (EGT L 123, s. 49). I detta ändringsbeslut medgav kommissionen att den felaktigt hade använt mars 1994 som utgångspunkt för den överträdelse som tillskrivits Westfalen.

- 14 I artikel 1 i beslutet, i ändrad lydelse, konstateras således att Westfalen har överträtt artikel 81 EG i fördraget genom att delta i fortlöpande avtal och/eller samordnade förfaranden inom sektorn för industrigaser och medicinska gaser i Nederländerna från oktober 1994, och inte mars 1994, till december 1995. I artikel 3 i beslutet, i ändrad lydelse, fastställs ett bötesbelopp som minskats från 0,43 miljoner euro till 0,41 miljoner euro.

### **Förfarande och parternas yrkanden**

- 15 Genom ansökan som ingavs till förstainstansrättens kansli den 7 oktober 2002 har sökanden väckt förevarande talan.
- 16 När sammansättningen av förstainstansrättens avdelningar ändrades den 13 september 2004 förordnades referenten att tjänstgöra som ordförande på femte avdelningen, och förevarande mål tilldelades därför denna avdelning.
- 17 På grundval av referentens rapport beslutade förstainstansrätten (femte avdelningen) att inleda det muntliga förfarandet. Inom ramen för de åtgärder för processledning som föreskrivs i artikel 64 i förstainstansrättens rättegångsregler anmodade rätten kommissionen att inkomma med en handling.
- 18 Parterna utvecklade sin talan och besvarade förstainstansrättens frågor vid förhandlingen den 19 januari 2006.

19 Sökanden har yrkat att förstainstansrätten skall

- ogiltigförklara artikel 3 i beslutet i den del den berör sökanden,
- i andra hand besluta om en skälig och väsentlig nedsättning av de ålagda böterna, och
- förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna, ”inbegripet ränta, det vill säga kostnaderna för bankgarantin”.

20 Kommissionen har yrkat att förstainstansrätten skall

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

## **Rättslig bedömning**

### *Parternas argument*

#### Talans omfattning

21 Sökandena har anfört att den i sak varken bestrider de omständigheter som kommissionen fastställt i del I, punkt E i beslutet eller kommissionens rättsliga



bedömning i del II, punkt D. Sökanden har emellertid erinrat om att de kritiserade överenskommelserna enbart avsåg en del av den totala marknaden för industrigaser och medicinska gaser.

- 22 Sökanden har vidare angett att den inte heller ifrågasätter de olika steg som kommissionen har följt i punkterna 412–448 i beslutet för att beräkna de olika bötesbeloppen, de skäl som avser överträdelsens allvar, dess varaktighet och de olika företagens delaktighet. Däremot godtar sökanden inte det slutliga resultatet av denna beräkning som innebär att det föreligger en väsentlig obalans mellan de böter som ålagts sökanden och de böter som ålagts andra företag, i synnerhet AGA AB.
- 23 I detta hänseende har sökanden vid flera tillfällen påpekat att de böter som ålagts företaget, för det första, är mer än tre gånger högre än de böter som slutligen ålades AGA AB, trots att kommissionen själv har uppgett att detta bolag var delaktigt i kartellen i samma utsträckning och under samma period som AGA Gas, och att de, för det andra, motsvarar 50 procent av de sammanlagda böter som fastställts i detta ärende, vilket inte alls är proportionellt i förhållande till sökandens marknadsandel eller dess deltagande i överträdelsen.
- 24 Sökandena har hävdats att kommissionen när den utövar sitt utrymme för skönsmässig bedömning, och således inte är begränsad av faktiska eller rättsliga omständigheter, gör vissa val i samband med beräkningen av böterna, särskilt i samband med tillämpningen av regeln i artikel 15.2 i förordning nr 17 om en begränsning av böterna till 10 procent av omsättningen för det berörda företaget. Enligt sökanden har dessa val medfört att det föreligger en betydande obalans mellan bötesbeloppen på grund av den oproportionella skillnaden mellan det bötesbelopp som fastställts för sökanden och det bötesbelopp som fastställts för övriga företag. Genom detta förfaringssätt har kommissionen åsidosatt dels artikel 15 i förordning nr 17 och artikel 253 EG, dels likabehandlingsprincipen, proportionalitetsprincipen och förbudet mot godtycke, vilket utgör grund för att ogiltigförklara artikel 3 i beslutet.

- 25 Sökandena har vidare angett att förevarande talan inte avser att ifrågasätta de böter som kommissionen ålagt de övriga företag som var delaktiga i kartellen. Sökandena har inte påstått att de val som kommissionen har gjort i förhållande till övriga företag var felaktiga eller omotiverade, även om det härvid finns anledning att hysa vissa tveksamheter, utan sökandena anser att kommissionen borde ha gjort samma val vid beräkningen av det bötesbelopp som fastställts beträffande sökanden.
- 26 Oberoende av ovan angivna rättsliga överväganden, anser sökanden dessutom att den stora skillnad som föreligger mellan bötesbeloppen till sökandens nackdel är orättvis, och sökanden begär således att förstainstansrätten med stöd av sin fulla prövningsrätt enligt artikel 229 EG skall väsentligt nedsätta de böter som ålagts sökanden.
- 27 Kommissionen har gjort gällande att genom att inte ifrågasätta de beräkningar som gjorts för att fastställa böterna har sökanden begränsat föremålet för sin talan till kritik avseende huruvida de böter som ålagts sökanden är jämförbara med de böter som ålagts övriga deltagare i den konkurrensbegränsande samverkan. Sökanden har således godtagit de böter som detta företag ålagts om dessa bedöms för sig. Den talan som sökanden väckt syftar således till att ifrågasätta nedsättningen av de övriga företagens böter med tillämpning av tioprocentsgränsen.

### Ansökan om ogiltigförklaring av artikel 3 i beslutet

— Den första grunden som avser ett åsidosättande av artikel 15.2 i förordning nr 17 och av artikel 253 EG

- 28 Sökanden har gjort gällande att det framgår av beslutet att sökanden är fullständigt likställd med AGA Gas vad gäller de två kriterier som enligt artikel 15.2 i förordning

nr 17 skall avgöra bötesbeloppet, nämligen överträdelsens allvar och varaktighet. Sökanden har härvid påpekat att kommissionen felaktigt har påstått att sökandens marknadsandel numera är märkbart högre än den marknadsandel som AGA Gas innehar. Det sistnämnda bolaget är tvärtom den viktigaste producenten av vissa typer av gaser och i synnerhet flytande luftgaser.

- 29 Eftersom situationen för sökanden och AGA Gas var likartad såvitt avser deras deltagande i överträdelsen, har kommissionen tillämpat artikel 15.2 i förordning nr 17 felaktigt genom att fastställa mycket olika bötesbelopp för de båda företagen, till sökandens nackdel. Sökanden har angett att oavsett vilken metod kommissionen använder i ett ärende för att tillämpa kriterierna angående överträdelsens allvar och varaktighet, måste det slutliga resultatet uppfylla kraven enligt dessa kriterier.
- 30 Sökandena har hävdatt att kommissionen i förevarande fall har gjort en felaktig tillämpning av kriteriet angående överträdelsens allvar, med hänsyn till att den avskräckande verkan skall beaktas vid bedömningen. Sökandena har påpekat att den, såsom ett relativt litet företag, har ålagts höga böter, trots att andra företag, dotterbolag till världsomspännande företag, har ålagts lägre böter, vilket är fullständigt motstridigt i förhållande till den avskräckande verkan som eftersträvas.
- 31 Sökandena har hävdatt att de omständigheter som kommissionen beaktat för att komma fram till det kritiserade resultatet vad gäller valet av mottagare för beslutet, omsättning för tillämpning av tioprocentstränsen och den ordning i vilken nämnda gräns och bestämmelserna i meddelandet om samarbete har tillämpats inte förklarar och motiverar den extremt stora skillnad som föreligger mellan det bötesbelopp som fastställts för sökanden och det som slutligen fastställdes för AGA AB.

- 32 Sökanden anser för det första att kommissionens inställning vid valet av företag som mottagare av beslutet är svår att förstå. Sökanden har påpekat att beslutet har riktats till moderbolaget beträffande vissa företag (BOC och Hoek Loos) och till det nederländska dotterbolaget beträffande andra företag (Air Products, Air Liquide et AGA AB), trots att kommissionen beträffande de tre sistnämnda aktörerna i meddelandet om anmärkningar hade angett att moderbolagen i större eller mindre utsträckning var delaktiga i överträdelsen. Denna ändrade inställning har inte förklarats i beslutet.
- 33 Som svar på kommissionens påstående att den kan välja vem som skall vara mottagare av ett beslut om åläggande av böter, har sökanden gjort gällande att kommissionen har "bortsett ifrån" huruvida denna inställning är förenlig med nuvarande rättspraxis och vidare påpekat att förstainstansrättens dom av den 11 mars 1999 i mål T-156/94, *Aristrain mot kommissionen* (REG 1999, s. II-645), vilken svaranden har hänvisat till, rör förhållandet mellan två dotterbolag.
- 34 Sökanden har gjort gällande att valet av vilket företag som skall vara mottagare får följer för tillämpningen av tioprocentgränsen. Sökanden har förvånats över att kommissionen först ansåg att AGA AB var ansvarigt för dess tidigare dotterbolag AGA Gas agerande, och att den därefter tillämpade tioprocentgränsen på dotterbolagets omsättning och inte på AGA AB:s totala omsättning.
- 35 Vad för det andra gäller den omsättning som skall beaktas vid tillämpningen av tioprocentgränsen, har sökanden gjort gällande att kommissionen felaktigt har påstått att valet av mottagare av beslutet avgör företagets omsättning vid tillämpningen av tioprocentgränsen.
- 36 Enligt rättspraxis är tioprocentgränsen tillämplig på det berörda företagets globala omsättning (domstolens dom av den 12 november 1985 i mål 183/83, *Krupp mot*

kommissionen, REG 1985, s. 3609). Att tillåta kommissionen att efter eget skön rikta ett beslut om åläggande av böter till nationella dotterbolag till bolag som är verksamma över hela världen och därvid koppla tioprocentsgränsen till dessa dotterbolags omsättning utgör ett åsidosättande av ovannämnda rättspraxis.

- 37 Sökanden har vidare hävdad att begreppet företag, inom konkurrensrätten, är ett ekonomiskt och inte juridiskt begrepp. Begreppet omfattar en koncern. Sökanden anser att det förhållandet att ett beslut om åläggande av böter är riktat till ett dotterbolag inte utgör ett hinder för att tillämpa tioprocentsgränsen på den totala omsättningen för den koncern som dotterbolaget tillhör (förstainstansrättens dom av den 20 mars 2002 i mål T-9/99, HFB m.fl. mot kommissionen, REG 2002, s. II-1487), punkterna 528 och 529.
- 38 Om en annan modell tillämpades, skulle bötesbeloppet bero på det sätt på vilket ett företag har fördelat verksamheten mellan olika bolag. Sökanden har påpekat att ett stort antal internationella företag i likhet med Air Products och Air Liquide bedriver sin verksamhet genom olika separata nationella bolag. Det skulle således inte längre vara fråga om en objektiv tillämpning av artikel 15.2 i förordning nr 17 och den avskräckande delen skulle få ett godtyckligt innehåll.
- 39 Vad för det tredje gäller den ordning i vilken tioprocentsgränsen och bestämmelserna i meddelandet om samarbete skall tillämpas, har sökanden påpekat att kommissionen nedsatte böterna beträffande AGA Gas i enlighet med tioprocentsgränsen från 14 miljoner till 5,54 miljoner euro innan den tillämpade meddelandet om samarbete. Efter en nedsättning med 25 procent med stöd av ovan nämnda meddelande, ålades AGA AB slutliga böter med 4,15 miljoner euro för det agerande som dess tidigare dotterbolag hade gjort sig skyldigt till.

40 Såväl av lagstiftarens uttalanden som av rättspraxis (förstainstansrättens dom av den 20 mars 2002 i mål T-23/99, LR AF 1998 mot kommissionen, REG 2002, s. II-1705, punkterna 287–289) framgår emellertid att tioprocentgränsen skall utgöra den sista gränsen för bötesbeloppet och således det kriterium som skall tillämpas sist. Under alla omständigheter föreligger inte några tvingande krav för den ordning som kommissionen har tillämpat.

41 Sökanden har framhållit att även om kommissionen skulle ha följt den ordning i vilken reglerna för beräkningen av böter skall tillämpas, skulle AGA AB ha ålagts böter med 5,54 miljoner euro, vilket i förhållande till de böter på 12,6 miljoner euro som ålagts sökanden fortfarande utgör en oberättigad skillnad.

42 Sökanden har slutligen anfört att det således inte finns några tvingande omständigheter eller något objektiva krav som kan förklara den stora skillnaden mellan det bötesbelopp som fastställts avseende sökanden och det som fastställts avseende övriga företag, särskilt AGA AB. Kommissionen har således tillämpat kriterierna avseende överträdelsens allvar och varaktighet felaktigt och åsidosatt artikel 15.2 i förordning nr 17 genom att "... underlåt[a] att ge en övertygande motivering för denna tillämpning".

43 Kommissionen har gjort gällande att den första grunden saknar fog och därför inte kan läggas till grund för ett bifall av talan.

— Den andra grunden: Åsidosättande av likabehandlingsprincipen, proportionalitetsprincipen och förbudet mot godtycke

44 Sökanden har gjort gällande att oberoende av vilken metod som kommissionen använder för att beräkna böterna för olika företag som gjort sig skyldiga till

överträdelser i konkurrensärenden, måste den alltid säkerställa att det slutliga resultatet av beräkningarna uppfyller ovan nämnda grundläggande gemenskapsrättsliga principer, vilket inte har skett i detta fall.

- 45 Sökanden anser för det första att kommissionen har åsidosatt likabehandlingsprincipen genom att behandla två företag så olika trots att kommissionen själv anser att båda företagen har deltagit på samma sätt i överträdelserna. Sökanden har tillagt att tillämpningen av tioprocentgränsen inte kan utgöra ett objektiva skäl för den stora skillnaden mellan de fastställda bötesbeloppen. Sökanden har härvid hänvisat till sin argumentation angående åsidosättandet av artikel 15.2 i förordning nr 17.
- 46 Sökanden har för det andra gjort gällande att de extremt höga böter som sökanden ålagts i förhållande till de böter som ålagts övriga företag strider mot proportionalitetsprincipen. Kommissionen har själv i beslutet angett att sökanden och AGA Gas var likställda såvitt avser de två kriterier som tillämpats för att fastställa böterna, nämligen överträdelsernas allvar och varaktighet. Sökanden anser således att om tillämpningen av en annan regel leder till en väsentlig nedsättning av böterna för det ena företaget men inte för det andra, är det bötesbelopp som det andra företaget skall bära inte längre proportionellt i förhållande till det syfte som eftersträvas med böterna. Sökanden har vidare hänvisat till sin argumentation angående åsidosättandet av artikel 15.2 i förordning nr 17.
- 47 Sökanden har för det tredje gjort gällande att den stora skillnad som föreligger mellan det bötesbelopp som fastställts avseende sökanden och det som fastställts avseende övriga företag strider mot förbudet mot godtycke. Kommissionen har omöjligt kunnat nå detta beslut genom en skälighetsbedömning. Sökanden har dessutom hänvisat till sin argumentation angående åsidosättandet av artikel 15.2 i förordning nr 17.

48 Kommissionen har gjort gällande att den andra grunden saknar fog och därför inte kan läggas till grund för ett bifall av talan.

#### Yrkandet om nedsättning av bötesbeloppet

49 I andra hand har sökanden yrkat att förstainstansrätten inom ramen för sin fulla prövningsrätt enligt artikel 229 EG skall pröva huruvida de böter som ålagts sökanden är rimliga.

50 Det sätt på vilket kommissionen har tillämpat tioprocentgränsen leder till den märkliga situationen att ett litet företag som sökanden, som i huvudsak bedriver en nationell verksamhet, åläggs böter som är betydligt högre än de böter som åläggs de nederländska dotterbolagen till företag med en världsomspännande verksamhet och en omsättning som är betydligt större än sökandens. En sådan situation är inte förenlig med den avskräckande verkan som eftersträvas.

51 Sökanden har bestritt det räkneexempel som kommissionen lämnat i sitt svaromål och har erinrat om att sökanden skall betraktas som helt skilt från företaget Linde, till vilket sökanden är ett dotterbolag.

52 Sökanden har framhållit att enligt kommissionen motsvarar de böter som ålagts sökanden 3 procent av dess totala omsättning i Nederländerna, medan denna siffra enligt sökanden avser samtliga verksamheter inbegripet försäljning i bulkform (två gånger större än omsättningen för gas på flaska och flytande gas) och försäljning av medicinska gaser. Vid en jämförelse mellan omsättningen på den berörda marknaden och bötesbeloppet före tillämpningen av meddelandet om samarbete framkommer dessutom att det föreligger en stor skillnad mellan sökanden och AGA



Gas. Det förhållandet att böterna motsvarar 50 procent av de sammanlagda böter som fastställts, trots att sökanden under den aktuella perioden i bästa fall hade en marknadsandel som motsvarade en tredjedel av marknaden, visar att den sanktion som ålagts sökanden är oskälig.

- 53 Kommissionen har gjort gällande att en jämförelse mellan omsättningen på den berörda marknaden och bötesbeloppet före tillämpningen av meddelandet om samarbete endast är relevant om den avser grundbeloppet före en ökning eller minskning i det enskilda fallet. En sådan jämförelse visar att sökanden inte alls har behandlats strängt, utan tvärtom. Kommissionen anser att de böter som ålagts sökanden är skäliga och att det inte finns anledning att nedsätta dem.

#### *Förstainstansrättens bedömning*

#### Inledande överväganden

- 54 Förstainstansrätten påpekar inledningsvis att sökanden i sin första grund har anfört åsidosättandet av såväl en materiell regel som en formföreskrift, nämligen artikel 15.2 i förordning nr 17 respektive artikel 253 EG angående motiverings-skyldigheten.
- 55 Sökanden har som slutsats av argumentationen i den första ogiltighetsgrunden i ansökan påstått att kommissionen har gjort en oriktig tillämpning av kriterierna avseende överträdelsens allvar och varaktighet och åsidosatt artikel 15.2 i förordning nummer 17 genom att "... underlåt[a] att ge en övertygande motivering för denna tillämpning".

- 56 Det följer av denna formulering och särskilt av användningen av adjektivet övertygande att sökandens anmärkning faktiskt inte avser en bristande eller otillräcklig motivering som hänför sig till ett åsidosättande av väsentliga formföreskrifter i den mening som avses i artikel 230 EG, utan till huruvida beslutet är välgrundat och således huruvida denna rättsakt är rättsenlig i materiellt hänseende.
- 57 Vidare har sökanden påpekat att beslutet har riktats till moderbolaget beträffande vissa företag (BOC och sökanden) och till det nederländska dotterbolaget beträffande andra företag (Air Products, Air Liquide och AGA Gas), trots att kommissionen i meddelandet om anmärkningar hade angett att moderbolagen till sistnämnda aktörer i större eller mindre utsträckning hade varit delaktiga i överträdelsen. Sökanden har gjort gällande att denna ändrade inställning inte har förklarats i beslutet.
- 58 I den mån den sistnämnda kritiken kan anses utgöra en anmärkning som avser ett åsidosättande av motiveringsskyldigheten, erinrar förstainstansrätten om att det följer av fast rättspraxis att den motivering som krävs enligt artikel 253 EG skall vara anpassad till rättsaktens beskaffenhet. Av motiveringen skall klart och tydligt framgå hur den institution som har antagit rättsakten har resonerat, så att de som berörs därav kan få kännedom om skälen för den vidtagna åtgärden och så att den behöriga domstolen ges möjlighet att utöva sin prövningsrätt. Kravet på motivering skall bedömas med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet, särskilt rättsaktens innehåll, de anförda skälens karaktär och det intresse som de vilka rättsakten är riktad till, eller andra personer som direkt och personligen berörs av den, kan ha av att få förklaringar. Det krävs inte att alla relevanta faktiska och rättsliga omständigheter anges i motiveringen, eftersom bedömningen av om motiveringen av en rättsakt uppfyller kraven i artikel 253 EG inte skall ske endast utifrån rättsaktens ordalydelse utan även utifrån sammanhanget och reglerna på det ifrågavarande området (se domstolens dom av den 2 april 1998 i mål C-367/95 P, kommissionen mot Sytraval och Brink's France, REG 1998, s. I-1719, punkt 63 och där angiven rättspraxis).

- 59 I förevarande fall skall beslutet, trots att det har upprättats i form av ett enda beslut, för det första betraktas som flera enskilda beslut som beträffande vart och ett av de företag som beslutet riktats till konstaterar den eller de överträdelser som respektive företag gjort sig skyldigt till och ålägger företaget böter. För det andra är föremålet för förevarande tvist enbart ett ogiltigförklarande eller en nedsättning av de böter som ålagts sökanden enligt artikel 3 i beslutet.
- 60 Om en mottagare av ett beslut beslutar att väcka talan om ogiltigförklaring kan gemenskapsdomstolen således endast ta ställning till de delar av beslutet som avser denna mottagare. De delar av beslutet som avser andra mottagare, delar mot vilka talan inte har väckts, omfattas däremot inte av den tvist som gemenskapsdomstolen skall avgöra (domstolens dom av den 14 september 1999 i mål C-310/97 P, kommissionen mot AssiDomän Kraft Products m.fl., REG 1999, s. I-5363, punkt 53).
- 61 I förevarande fall har sökanden inte gjort gällande att beslutet innehåller en bristande eller otillräcklig motivering i förhållande till sökanden vad gäller fastställandet av ansvaret för överträdelsen. Kritiken vad avser avsaknaden av förklaringar skulle således kunna påverka beslutets rättsenlighet i förhållande till de tre nederländska dotterbolagen Air Products, Air Liquide och AGA Gas. Air Products och Air Liquide, vilka fastställts som mottagare av beslutet, har emellertid inte väckt talan mot detta. Inte heller AGA AB, som delgetts beslutet eftersom det inträtt i AGA Gas ställe, har väckt talan.
- 62 Sökanden har påstått att beslutet är ogiltigt på grund av en bristande motivering vad gäller den behandling som Air Products och Air Liquides moderbolag har erhållit, vilka inte var mottagare av beslutet och således inte har ålagts någon påföljd. Sökanden kan emellertid inte stödja sig på en sådan omständighet för att själv undkomma den påföljd som den ålagts för åsidosättande av artikel 81 EG, när de båda andra företagens situation inte är föremål för talan vid gemenskapsdomstolarna (se domstolens dom av den 31 mars 1993 i de förenade målen C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 och C-125/85—C-129/85, Ahlström Osakeyhtiö m.fl. mot kommissionen, REG 1993, s. I-1307, punkt 197, svensk specialutgåva, volym 14, s. I-111, och förstainstansrättens dom av den 11 december 1996 i mål T-49/95, Van Megen Sports mot kommissionen, REG 1996, s. II-1799, punkt 56).

- 63 Slutligen anser förstainstansrätten att beslutet under alla omständigheter innehåller en tillräcklig motivering i förhållande till sökanden, såtillvida att sökanden har kunnat få kännedom om skälen för kommissionens bedömning att företaget var ansvarigt för den överträdelse som lagts det till last och skulle åläggas böter. Detta gäller oberoende av den behandling som de övriga företag har erhållit som nämndes i meddelandet om anmärkningar men till vilka beslutet inte riktade sig. Vidare finner förstainstansrätten att den har full behörighet att utöva sin prövningsrätt på beslutet såvitt avser sökandens situation.
- 64 Eftersom sökandens inlagor kan tolkas som att sökanden gjorde gällande en anmärkning som avser ett åsidosättande av motiveringsskyldigheten enligt artikel 253 EG, följer det av ovanstående överväganden att denna anmärkning inte kan godtas.
- 65 För det andra framkommer det vid en granskning av sökandens inlagor att det föreligger en viss överlappning mellan de båda åberopade ogiltighetsgrunderna och formuleringen av de tre anmärkningarna, som samtliga kritiserar den oriktiga tillämpningen av kriterierna avseende överträdelsens allvar och varaktighet i artikel 15.2 i förordning nr 17. I de två första anmärkningarna görs gällande att de ålagda böterna är oproportionerliga och diskriminerande. En stor del av sökandens argumentation avser skillnaderna mellan det slutliga bötesbeloppet, vilket undersökts och kritiserats mot bakgrund av en jämförelse mellan AGA Gas situation och förevarande tillämpning av tioprocentgränsen. I en tredje anmärkning har sökanden gjort gällande att det föreligger en motsättning mellan de fastställda böterna och deras avskräckande syfte.
- 66 Förstainstansrätten påpekar att sökanden, såväl inom ramen för yrkandet om ogiltigförklaring av artikel 3 i beslutet som inom ramen för andrahandsyrkandet, som avser en begäran om att förstainstansrätten skall sätta ner böterna med stöd av sin fulla prövningsrätt, har utvecklat sina anmärkningar enligt vilka de ålagda böterna är oproportionerliga, diskriminerande och oförenliga med sitt avskräckande syfte.

- 67 Mot denna bakgrund skall förstainstansrätten pröva sökandens argumentation i förhållande till yrkandet om undanröjande eller nedsättning av böterna, som omfattas av denna argumentation och därvid särskilja ovannämnda tre anmärkningar.

#### Yrkandet om undanröjande eller nedsättning av böterna

- 68 Förstainstansrätten erinrar om att kommissionen enligt fast rättspraxis vid fastställandet av varje bötesbelopp har ett utrymme för skönmässig bedömning och att den således inte är skyldig att tillämpa en exakt matematisk formel (förstainstansrättens dom av den 6 april 1995 i mål T-150/89, Martinelli mot kommissionen, REG 1995, s. II-1165, punkt 59, och av den 14 maj 1998 i mål T-352/94, Mo och Domsjö mot kommissionen, REG 1998, s. II-1989, punkt 268, fastställd efter överklagande genom dom av den 16 november 2000 i mål C-283/98 P, Mo och Domsjö mot kommissionen, REG 2000, s. I-9855, punkt 47). Kommissionens bedömning skall emellertid vara förenlig med gemenskapsrätten, vilket innefattar inte bara fördragets bestämmelser utan även gemenskapens allmänna rättsprinciper (domstolens dom av den 25 juli 2002 i mål C-50/00 P, Unión de Pequeños Agricultores mot rådet, REG 2002, s. I-6677, punkt 38).
- 69 Det skall även påpekas att bedömningen av huruvida ålagda böter är proportionerliga i förhållande till överträdelsens allvar och varaktighet, det vill säga kriterierna enligt artikel 15.2 i förordning nr 17, omfattas av förstainstansrättens fulla prövningsrätt med stöd av artikel 17 i den förordningen.
- 70 I förevarande fall är det utrett att kommissionen fastställt det bötesbelopp som ålagts sökanden i enlighet med den allmänna metod som kommissionen påtagit sig att följa i sina riktlinjer.

- 71 I punkt 1 första stycket i riktlinjerna föreskrivs att vid beräkningen av bötesbeloppet skall grundbeloppet fastställas på grundval av överträdelsens allvar och varaktighet, de enda kriterier som anges i artikel 15.2 i förordning nr 17. Som allmänna anmärkningar anges i riktlinjerna att "slutresultatet av bötesberäkningen enligt schemat (grundbelopp med procentuella ökning och minskningar) aldrig får överstiga 10 procent av företagets totala omsättning enligt artikel 15.2 i förordning nr 17" (punkt 5 a). Riktlinjerna går således inte utöver den rättsliga ram för påföljder som anges i nämnda artikel 15.2 (domstolens dom av den 28 juni 2005 i de förenade målen C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P– C-208/02 P och C-213/02 P, Dansk Rørindustri m.fl. mot kommissionen, REG 2005, s. I-5425, punkterna 250 och 252).
- 72 I samband med fastställandet av grundbeloppet för böterna, vilket bestäms med hänsyn till hur allvarlig överträdelsen är, ansåg kommissionen, trots att de berörda företagen deltagit i en priskartell, att nämnda överträdelse skulle anses utgöra en allvarlig överträdelse av gemenskapens konkurrensregler snarare än en mycket allvarlig överträdelse mot bakgrund av den begränsade geografiska omfattningen av marknaden och att sektorn var av medelstor ekonomisk betydelse (punkterna 423 och 428 i beslutet).
- 73 För att ta hänsyn till den specifika betydelsen av det otillåtna beteendet för varje företag i kartellen, och således den verkliga effekten på konkurrensen, delade kommissionen in de berörda företagen i fyra kategorier i enlighet med deras relativa betydelse på den berörda marknaden. Kommissionen ansåg det härvid lämpligt att utgå från omsättningen år 1996 på den berörda marknaden för en jämförelse av företagets relativa betydelse på denna marknad (punkterna 429–432 i beslutet).
- 74 Sökanden och AGA Gas ansågs vara de två klart största aktörerna på de berörda marknaderna och placerades därför i den första kategorin. Air Products och Air

Liquide, som är medelstora aktörer på de berörda marknaderna, placerades i den andra kategorin. Messer och BOC, vars betydelse på den berörda marknaden ansågs vara "betydligt mindre", placerades i den tredje kategorin. I den fjärde kategorin återfinns Westfalen, som har en ytterst liten andel av denna marknad (punkt 431 i beslutet).

- 75 Mot bakgrund av dessa överväganden fastställde kommissionen ett identiskt grundbelopp för sökanden och AGA Gas, nämligen 10 miljoner euro, mot 2,6 miljoner euro för Air Products och Air Liquide, 1,2 miljoner euro för Messer och BOC samt 0,45 miljoner euro för Westfalen.
- 76 Vad gäller överträdelsens varaktighet, fann kommissionen att överträdelsen hade varit av medellång varaktighet (ett till fyra år) för alla inblandade företag och att sökanden, AGA Gas, Air Products, Air Liquide och Messer hade överträtt artikel 81.1 EG från september 1993 till december 1997, BOC från juni 1994 till december 1995 och Westfalen från oktober 1994 till december 1995. Grundbeloppet för sökanden och AGA Gas ökades således med 10 procent per år, det vill säga en ökning med 40 procent (punkterna 433 och 434 i beslutet).
- 77 Grundbeloppet för böterna, vilket fastställs med hänsyn till överträdelsens allvar och varaktighet, fastställdes således för såväl sökanden som AGA Gas till 14 miljoner euro, mot 3,64 miljoner euro för Air Products och Air Liquide, 1,68 miljoner euro för Messer, 1,38 miljoner euro för BOC och 0,51 miljoner euro för Westfalen. Kommissionen ansåg att det inte förelåg några försvårande eller förmildrande omständigheter i förhållande till företagen i kartellen, med undantag för BOC och Westfalen, som erhöll en nedsättning med 15 procent av grundbeloppet på grund av deras rent passiva roll i överträdelsen (punkterna 438–448 i beslutet).

78 I detta skede av beräkningarna hade sökanden och AGA Gas behandlats lika, men det är ostridigt att sökanden slutligen ålades böter på 12,6 miljoner euro, vilket faktiskt är tre gånger högre än de böter som ålades AGA AB, det vill säga 4,15 miljoner euro, vilket motsvarar nästan 50 procent av de sammanlagda fastställda bötesbeloppen.

79 Det följer av beslutet att skillnaden mellan de fastställda bötesbelopp som avses i föregående punkt har två orsaker, nämligen nedsättningen av grundbeloppet från 14 till 5,54 miljoner euro med tillämpning av tioprocentgränsen till förmån för AGA Gas samt beviljandet av en sista nedsättning med 25 procent av grundbeloppet till förmån för detta företag med stöd av meddelandet om samarbete. Sökanden däremot erhöll bara en nedsättning med 10 procent (punkterna 450 och 454–459 i beslutet).

— Påståendet om att de ålagda böterna är oproportionerliga

80 Sökanden har framhållit att det slutliga bötesbeloppet för detta företag är tre gånger högre än det som ålagts AGA AB och att det motsvarar nästan 50 procent av de sammanlagda bötesbelopp som kommissionen fastställde i beslutet, vilket inte på något sätt är proportionellt i förhållande till sökandens deltagande i överträdelsen eller till dess marknadsandel. Sökanden hade i bästa fall en tredjedel av marknaden under den berörda perioden.

81 Denna anmärkning avslöjar en motsättning i sökandens inlagor. I ansökan angav sökanden tydligt att den varken ifrågasatte de olika etapper som kommissionen hade följt i punkterna 412–448 i beslutet för att beräkna bötesbeloppet, övervägandena



beträffande överträdelsens allvar, dess varaktighet eller de olika företagens delaktighet (se ovan punkt 22).

- 82 Det slutliga bötesbeloppet är emellertid endast följderna av en serie beräkningar som kommissionen gjort i enlighet med riktlinjerna, vars innehåll det erinrats om ovan, samt i förekommande fall i enlighet med meddelandet om samarbete.
- 83 Sökanden har inte heller åberopat något stöd för sitt påstående att det slutliga bötesbelopp som ålagts sökanden är oproportionerligt i förhållande till de sammanlagda bötesbelopp som fastställts, såvitt avser den första delen av kritiken avseende sökandens specifika deltagande.
- 84 Vad gäller den andra kritiserade delen, angående beaktandet av företagets vikt på den berörda marknaden, skall det för det första erinras om att kommissionen, när den fastställer bötesbelopp på grundval av överträdelsens allvar och varaktighet, inte är skyldig att säkerställa att de slutliga bötesbeloppen för de berörda företagen återspeglar de skillnader som finns beträffande företagets totala eller relevanta omsättning för det fall den utdömer böter mot flera företag som är inblandade i samma överträdelse (domen i det ovan i punkt 71 nämnda målet Dansk Rørindustri m.fl. mot kommissionen, punkt 312).
- 85 Vidare framhålls att det slutliga bötesbeloppet, a priori, inte är en lämplig omständighet att beakta för att avgöra huruvida böterna eventuellt inte är proportionerliga i förhållande till deltagarnas betydelse i det samordnade förfarandet. Vid fastställandet av det slutliga beloppet beaktas bland annat olika omständigheter som avser det berörda företagets enskilda beteende, inte dess marknadsandel eller omsättning. Dessa omständigheter inbegriper överträdelsens varaktighet, förekomsten av försvårande eller förmildrande omständigheter och i vilken utsträckning som företaget har samarbetat.

- 86 Däremot utgör grundbeloppet i förevarande fall en relevant omständighet för att bedöma huruvida böterna eventuellt inte är proportionerliga i förhållande till deltagarnas betydelse i det samordnade förfarandet.
- 87 Kommissionen har nämligen, såsom redan påpekats, i beslutet, och för att kunna beakta den specifika betydelsen av det otillåtna beteendet hos varje företag som deltagit i kartellen, och således dess verkliga inverkan på konkurrensen, delat in de berörda företagen i fyra kategorier just i förhållande till deras relativa betydelse på den berörda marknaden. Sökanden och AGA Gas, som med god marginal ansågs vara de främsta aktörerna på den berörda marknaden, klassificerades i den första kategorin.
- 88 Kommissionen har i detta hänseende hänvisat till sifferuppgifterna i den tredje kolumnen i tabell 1 i punkt 75 i beslutet, vilken har följande innehåll:

Företag	Total omsättning 2001 för de företag som detta beslut riktar sig till (euro)	Omsättning av flaskgas och flytande gaser i Nederländerna (euro) och uppskattade marknadsandelar 1996
Hoek Loos	470 648 000	71 400 000 (39,7 %)
AGA Gas BV <sup>1</sup>	55 479 000 <sup>2</sup>	49 200 000 (27,4 %)
[Air Products]	110 044 000	18 600 000 (10,4 %)
Air Liquide BV	60 720 000	12 900 000 ( 7,2 %)
[Messer]	11 275 000	8 200 000 ( 4,4 %)
[BOC]	6 690 905 000	6 800 000 ( 3,8 %)
[Westfalen]	5 455 000	2 600 000 ( 1,5 %)

<sup>1</sup> Efter likvidationen 2000–2001 av AGA Gas BV har AGA AB accepterat ansvar för dess dotterföretags handlingar och accepterat att det är ett av de företag som detta beslut riktar sig till.

<sup>2</sup> 2000 är det sista hela verksamhetsår för vilket uppgifter om AGA Gas BV:s omsättning finns.

- 89 Det skall framhållas att AGA Gas hade en omsättning på marknaden och en marknadsandel som var väsentligt lägre än sökandens. Oberoende av det förhållandet att sökandens omsättning var 40 procent högre än AGA Gas omsättning, klassificerades dessa båda företag i samma kategori och tillskrevs ett identiskt grundbelopp på tio miljoner euro, vilket ur objektiv synvinkel kan anses vara till sökandens förmån. Sökanden har vidare ifrågasatt det sätt på vilket AGA Gas omsättning har beräknats, men detta företag har inte åberopat någon konkret omständighet som skulle kunna påverka den beräkning som framgår av ovanstående tabell.
- 90 Sökanden har försökt minska sin egen betydelse genom att jämföra sina marknadsandelar med AGA Gas större marknadsandelar inom vissa delsektorer av den berörda marknaden, det vill säga vissa typer av gaser, och härvid hänvisa till de sifferuppgifter som framgår av tabellerna 3 (flaskgaser) och 4 (flytande gaser) i beslutet (punkterna 77 och 78). Denna jämförelse är emellertid såsom kommissionen har påpekat inte relevant för att bedöma de båda företagens respektive betydelse, eftersom marknadsandelarna i tabell 1 i beslutet tar hänsyn till det viktade genomsnittet för dessa olika delsektorer och gör det möjligt att på ett adekvat sätt bedöma dessa företags relativa betydelse.
- 91 Sökanden har i själva verket i sina inlagor på ett tydligt sätt framhållit likheterna mellan sin egen och AGA Gas situation och har därmed gjort gällande att det framgår av tabell 1 i beslutet att sökandens omsättning för flaskgaser och flytande gaser är jämförbar med AGA Gas omsättning och att det således var riktigt av kommissionen att klassificerade de båda företagen i samma kategori.
- 92 Sökandens omsättning och marknadsandel har en sådan vikt att de utgör förklaringen till och motiverar ett grundbelopp som är nästan fyra gånger större

än det för företagen i den andra kategorin och mer än åtta gånger större än det för företagen i den tredje kategorin. Förhållandet mellan omsättningen på den berörda marknaden för de företag som avses i tabell 1 i beslutet och de grundbelopp som kommissionen fastställt för vart och ett av dessa företag visar att sökanden inte erhållit en oproportionerlig behandling, eftersom grundbeloppen för böterna motsvarar 14 procent av omsättningen på den ifrågavarande marknaden för sökanden mot 20,3 procent för AGA Gas, 13,98 procent för Air Products, 20,2 procent för Air Liquide, 14,6 procent för Messer, 17,6 procent för BOC och 17,3 procent för Westfalen.

<sup>93</sup> Det förhållande att det slutliga bötesbelopp som ålagts sökanden motsvarade 50 procent av de sammanlagda böter som kommissionen utdömt leder inte till slutsatsen att detta belopp var oproportionerligt, eftersom grundbeloppet för sökandens böter är motiverat mot bakgrund av de kriterier som kommissionen lade till grund för sin bedömning av vart och ett av företagens betydelse på den relevanta marknaden (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 40 nämnda målet LR AF 1998 mot kommissionen, punkt 304).

<sup>94</sup> Denna bedömning ligger även till grund för att tillbakavisa sökandens argument vad avser jämförelsen med AGA Gas såvitt avser förhållandet mellan omsättningen på den berörda marknaden och bötesbeloppet före tillämpningen av meddelandet om samarbete.

<sup>95</sup> Förstainstansrätten påpekar vidare att förklaringen till att AGA Gas böter före tillämpningen av meddelandet om samarbete sattes ned från 14 miljoner till 5,54 miljoner euro, medan de böter som ålagts sökanden låg kvar på 14 miljoner euro, är en tillämpning av tioprocentgränsen. Det är inte fråga om någon diskriminerande behandling av sökanden, såsom anförts nedan.

## — Påståendet om att de ålagda böterna är diskriminerande

- 96 Det följer av fast rättspraxis att principen om likabehandling endast åsidosätts i de fall då jämförbara situationer behandlas olika eller då olika situationer behandlas lika, såvida det inte finns sakliga skäl för en sådan behandling (domstolens dom av den 13 december 1984 i mål 106/83, Sermide, 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, samt förstainstansrättens dom av den 14 maj 1998 i mål T-311/94, BPB de Eendracht mot kommissionen, REG 1998, s. II-1129, punkt 309).
- 97 Även om sökanden generellt har ifrågasatt skillnaden mellan det bötesbelopp som ålagts detta företag och de bötesbelopp som ålagts övriga företag som var inblandade i kartellen, är det särskilt den behandling som AGA Gas erhållit som sökanden har åberopat till stöd för och till utvecklande av sin anmärkning om att de böter som ålagts detta företag skulle vara diskriminerande. Det är enbart i förhållande till AGA Gas som sökanden anser sig vara i samma situation vad gäller överträdelsens allvar och varaktighet.
- 98 Det följer av beslutet att kommissionen faktiskt har fastställt ett grundbelopp för böterna, vilket beräknats i förhållande till överträdelsens allvar och varaktighet, som är identiskt för AGA Gas och sökanden, men att kommissionen slutligen har ålagt sökanden böter som är tre gånger högre än de som ålagts AGA AB för det agerande som dess tidigare dotterbolag gjort sig skyldigt till.
- 99 Sökanden har hävdat att kommissionen vid utövandet av sitt utrymme för skönsmässig bedömning har gjort vissa val vid beräkningen av böterna, närmare bestämt i samband med tillämpningen av tioprocentsgränsen, som ledde till det ifrågasatta slutliga resultatet. Enligt sökanden föreligger det inga tvingande omständigheter som kan förklara den stora skillnaden mellan det bötesbelopp som fastställts för sökanden och det som fastställts för AGA AB.

- 100 Förstainstansrätten har redan visat att ovannämnda skillnad beror på att det bötesbelopp som hade fastställts för AGA Gas nedsattes till följd av en tillämpning av tioprocentstränsen och till följd av att detta företag med stöd av meddelandet om samarbete erhöi en nedsättning med 25 procent av bötesbeloppet, jämfört med enbart 10 procent för sökanden.
- 101 Sökanden har i sina inlagor inte gjort några påpekanden angående de villkor på vilka kommissionen tillämpade nämnda meddelande, och det gäller såväl i förhållande till sökanden som i förhållande till övriga berörda företag.
- 102 Kommissionen har, under förstainstansrättens kontroll, ett utrymme att fritt bedöma huruvida en nedsättning av böterna skall beviljas med stöd av meddelandet om samarbete med hänsyn till omständigheterna i respektive ärende, men den är däremot skyldig att iaktta tioprocentstränsen. I motsats till vad sökanden har påstått har kommissionen inte något utrymme för skönsrässig bedömning vid tillämpningen av tioprocentstränsen, vilken enbart är kopplad till betydelsen av den omsättning som avses i artikel 15.2 i förordning nr 17. Generaladvokaten M. Tizzano har således i sitt förslag till avgörande i det ovan i punkt 71 nämnda målet Dansk Rørindustri m.fl. mot kommissionen, punkt 125, gjort följande påpekande: "[E]tt tak [utgör] per definition ... en absolut gräns som tillämpas automatiskt när en viss tröskel nås, och detta oberoende av alla andra bedömningsgrunder."
- 103 Det är således endast definitionen av omsättningen, som kommissionen fastställt i beslutet, som skulle kunna innehålla den av sökanden påstådda diskrimineringen.
- 104 Det följer av fast rättspraxis att den omsättning som avses i artikel 15.2 i förordning nr 17 skall förstås som det berörda företags totala omsättning, eftersom endast denna omsättning kan ge en ungefärlig indikation på företags storlek och inflytande på marknaden (domstolens dom av den 7 juni 1983 i de förenade målen

100/80–103/80, Musique diffusion française m.fl. mot kommissionen, REG 1983, s. 1825, punkt 119, svensk specialutgåva, volym 7, s. 133, och domen i det ovan i punkt 71 nämnda målet Dansk Rørindustri m.fl. mot kommissionen, punkt 181, samt förstainstansrättens dom av den 7 juli 1994 i mål T-43/92, Dunlop Slazenger mot kommissionen, REG 1994, s. II-441, punkt 160).

- 105 I förevarande fall ansåg kommissionen att det genom de faktiska omständigheter som beskrivs i del I i beslutet var fastställt att sökanden hade deltagit direkt i de hemliga överenskommelserna rörande industrigaser och medicinska gaser i Nederländerna och att detta företag följaktligen skulle bära ansvaret för sina överträdelse och göras till mottagare av beslutet (punkt 396 i beslutet).
- 106 Av beslutet framgår vidare att sökandens totala omsättning år 2001 uppgick till 470 648 000 euro (tabell 1 i beslutet) och att grundbeloppet för böterna i förhållande till sökanden fastställdes till 14 000 000 euro, efter en beräkning i enlighet med riktlinjerna. Det är uppenbart att detta belopp är väsentligt mindre än ovannämnda gräns, vilken således inte är tillämplig.
- 107 Däremot fastställde kommissionen för AGA Gas, efter en beräkning i enlighet med riktlinjerna, ett bötesbelopp på 14 miljoner euro, vilket uppenbarligen överskrider gränsen på 10 procent av den totala omsättningen för det ifrågasatta företaget, det vill säga 55 479 000 euro för år 2000, som är det sista hela verksamhetsår för vilket uppgifter om AGA Gas omsättning finns. Detta är förklaringen till att böterna minskades till den högsta tillåtna nivån, det vill säga ett belopp på 5,54 miljoner euro. Mot bakgrund av en total omsättning som bedömdes uppgå till 11,275 miljoner euro, erhöll även Messer en begränsning av böterna till 1,12 miljoner euro med tillämpning av tioprocentgränsen.

- 108 Förutom att sökanden inte har ifrågasatt det belopp som kommissionen fastställt såsom sökandens totala omsättning, har sökanden varken visat eller ens påstått att det konkurrensbegränsande beteende som kommissionen har kritiserat sökanden för borde ha tillskrivits ett annat företag och att sökanden inte har gjort sig skyldig till någon överträdelse av artikel 81 EG. Sökanden, som var mottagare av meddelandet om anmärkningar, har tvärtom hävdad att företaget, trots att bolaget Linde år 1992 innehade 58 procent och sedan år 1995 65 procent av sökandens aktiekapital, i stor utsträckning var fritt att självt fastställa sin affärspolitik och att det inte förelåg ett koncernförhållande i den mening som avses i rättspraxis. Sökanden har inte heller påstått att dess dotterbolag, Hoek Loos BV, i vilket den nederländska verksamheten bedrivs, är det bolag som har gjort sig skyldigt till de kritiserade konkurrensbegränsande handlingarna och att detta bolag självständigt har beslutat om sitt beteende på marknaden.
- 109 Sökanden har endast, för det första, påstått att kommissionen felaktigt särbehandlat företaget i förhållande till den behandling som övriga företag erhållit, i synnerhet i förhållande till AGA Gas, och, för det andra, krävt att samma behandling, som den anser vara fördelaktigare, skall tillämpas på detta företag.
- 110 Det räcker att konstatera att sökandens argumentation inte kan läggas till grund för ett påstående att kommissionen gentemot sökandena har gjort en oriktig bedömning vad gäller tioprocentströmsgränsen. Det gäller såväl beträffande den inledande frågan angående ansvaret för överträdelsen som beträffande den omsättning som skall beaktas.
- 111 Vad gäller argumentationen angående den behandling som övriga företag erhållit, i synnerhet AGA Gas, har sökanden i repliken angett att den visat att de gynnsamma val som kommissionen gjort såvitt avser mottagarna av beslutet, den omsättning som omfattas av tioprocentströmsgränsen och den ordning på vilken denna gräns och bestämmelserna i meddelandet om samarbete skall tillämpas "inte alltid var självklara, utan att därvid ha påstått att de var felaktiga eller ha uttalat sig angående deras lämplighet, kan det emellertid (kanske) finnas anledning att hysa vissa tveksamheter i detta avseende". Sökanden har bland annat förvånats över att kommissionen inte har ansett att AGA AB var ansvarigt för överträdelsen och inte beaktat den totala omsättningen för detta företag. Sökanden har påstått att det förhållandet att beslutet riktade sig till AGA AB, i egenskap av att ha trätt i sitt tidigare dotterbolag AGA Gas ställe, inte utgör ett övertygande argument för att motivera den stora skillnaden mellan de ålagda böterna.



- 112 Eftersom sökanden endast har framhållit den fördel som AGA Gas erhöll till följd av tillämpningen av tioprocentgränsen, är det tillräckligt att konstatera att detta företag och sökanden inte befann sig i en jämförbar situation och att denna objektiva skillnad mellan dessa situationer förklarar och motiverar den objektiva skillnaden i behandling som dessa företag har erhållit. Det som sökanden har beskrivit som ett diskriminerande slutligt resultat till följd av kommissionens beräkning är i själva verket ingenting annat än en oundviklig följd av tillämpningen av tioprocentgränsen.
- 113 I den mån sökanden har gjort gällande att AGA Gas har erhållit en rättsstridig nedsättning av sina böter och om det antas att kommissionen otillbörligt har beviljat detta företag en nedsättning genom en oriktig tillämpning av tioprocentgränsen, skall det erinras om att likabehandlingsprincipen skall tillämpas mot bakgrund av legalitetsprincipen, enligt vilken ingen till sin egen förmån kan åberopa en olaglig åtgärd som har gynnat någon annan (domstolens dom av den 4 juli 1985 i mål 134/84, Williams mot revisionsrätten, REG 1985, s. 2225, punkt 14, och förstainstansrättens dom av den 14 maj 1998 i mål T-327/94, SCA Holding mot kommissionen, REG 1998, s. II-1373, punkt 160, fastställd efter överklagande genom domstolens dom av den 16 november 2000 i mål C-297/98 P, SCA Holding mot kommissionen, REG 2000, s. I-10101, samt domen i det ovan i punkt 40 nämnda målet LR AF 1998 mot kommissionen, punkt 367).
- 114 I fullständighetens intresse påpekar förstainstansrätten att sökandens påstående angående valet av mottagare för beslutet, beaktandet av den totala omsättningen för den koncern i vilken det företag ingår till vilket beslutet för tillämpningen av tioprocentgränsen riktar sig och nödvändigheten av att tillämpa meddelandet om samarbete före tillämpningen av nämnda gräns, inte är välgrundade.

- 115 För det första, vad gäller sökandens kritik av kommissionens ändrade inställning gentemot AGA AB beträffande ansvaret för det fastställda konkurrensbegränsande beteendet, kan det konstateras dels att det är AGA Gas, inte AGA AB, som ensamt var mottagare av meddelandet om anmärkningar och således det enda företag som kommissionen gjort ansvarigt för överträdelsen, dels att kommissionen bibehöll denna bedömning i beslutet genom att hålla AGA Gas ensamt ansvarigt för den överträdelse som fastställdes i beslutet. Sökanden har inte åberopat någon bevisning som kan inverka på denna bedömning och som visar att AGA AB ursprungligen borde hållits ansvarigt, ensamt eller solidariskt med AGA Gas, för det sistnämnda bolagets agerande.
- 116 För det andra skall kommissionen i samband med tillämpningen av tioprocentgränsen beakta det berörda företagets omsättning, det vill säga det företag som tillskrivits överträdelsen och som av denna anledning förklarats vara ansvarigt och delgivits beslutet om åläggande av böter (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 15 juni 2005 i de förenade målen T-71/03, T-74/03, T-87/03 och T-91/03, Tokai Carbon m.fl. mot kommissionen, REG 2005, s. II-10\*, punkt 390).
- 117 Sökandens påstående att det är nödvändigt att beakta den totala omsättningen i den koncern som inbegriper det dotterbolag till vilket beslutet om åläggande av böter för åsidosättande av konkurrensreglerna riktar sig är oförenligt med och gör den fasta rättspraxis innehållslös som innebär att ett företag kan hållas ansvarigt för ett annat företags konkurrensbegränsande beteende, om det sistnämnda företaget inte självständigt har bestämt sitt agerande på marknaden, utan i huvudsak har tillämpat instruktioner som det har fått av det förstnämnda företaget, och detta särskilt när detta beror på de ekonomiska och juridiska band som binder samman företagen (domstolens dom av den 16 november 2000 i mål C-294/98 P, Metsä-Serla m.fl. mot kommissionen, REG 2000, s. I-10065, punkt 27, och domen i det ovan i punkt 71 nämnda målet Dansk Rørindustri m.fl. mot kommissionen, punkt 117). Ett moderbolag kan göras ansvarigt för ett dotterbolags handlingar när dotterbolaget, fastän det är en särskild juridisk person, inte självständigt bestämmer sitt uppträdande på marknaden, utan i huvudsak tillämpar instruktioner som det får av moderbolaget (domstolens dom av den 14 juli 1972 i mål 48/69, ICI mot kommissionen, REG 1972, s. 619, punkt 133, svensk specialutgåva, volym 2, s. 25).

- 118 Sökandens påstående skulle göra det onödigt att bedöma förhållandet inom en bolagskoncern för att fastställa om denna kan anses utgöra ett enda företag för tillämpning av konkurrensreglerna, eftersom fastställandet av att ett företag inom en koncern är ansvarigt *ipso facto* medför ett solidariskt ansvar för det moderbolag som representerar koncernen, om det finns ett sådant bolag, eller för de övriga bolagen inom koncernen. Sökandens påstående står av denna anledning fullständigt i strid med principen att straff och påföljder skall vara individuella, så att ett företag endast drabbas av påföljder på grund av omständigheter som är hänförliga till detta. Den principen gäller i varje administrativt förfarande som kan leda till påföljder enligt gemenskapsrättens konkurrensbestämmelser (förstainstansrättens dom av den 13 december 2001 i de förenade målen T-45/98 och T-47/98, Krupp Thyssen Stainless och Acciai speciali Terni mot kommissionen, REG 2001, s. II-3757, punkt 63, som fastställts efter överklagande av domstolens dom av den 14 juli 2005 i de förenade målen C-65/02 P och C-73/02 P, ThyssenKrupp Stainless och ThyssenKrupp Acciai speciali Terni mot kommissionen, REG 2005, s. I-6773, punkt 82).
- 119 Det är felaktigt av sökanden att i detta hänseende åberopa domen i det ovan i punkt 37 nämnda målet HFB m.fl. mot kommissionen. Även om förstainstansrätten i det målet faktiskt beräknade tioprocentströmsgränsen på grundval av den sammanlagda omsättningen för de tre företag som ingick i den berörda koncernen, fastställde den även kommissionens beslut att hålla vart och ett av dessa bolag solidariskt ansvariga för den överträdelse som hade konstaterats inom koncernen, varvid koncernen i sig utgjorde det företag som hade gjort sig skyldigt till överträdelsen i den mening som avses i artikel 81 EG (domen i det ovan i punkt 37 nämnda målet HFB m.fl. mot kommissionen, punkt 527).
- 120 Eftersom AGA AB inte ursprungligen hölls ansvarigt för det konkurrensbegränsande beteende som dess dotterbolag AGA Gas hade gjort sig skyldigt till, skulle endast det sistnämnda företagets omsättning beaktas för tillämpningen av tioprocentströmsgränsen, oberoende av att beslutet slutligen riktade sig till AGA AB, i egenskap av att ha trätt i sitt dotterbolags ställe. Dotterbolaget hade upphört att existera i juridisk mening efter det att meddelandet om anmärkningar hade skickats.

- 121 Förstainstansrätten erinrar om att det i princip ankommer på den fysiska eller juridiska person som ledde det berörda företaget när överträdelsen begicks att ansvara för densamma, även om driften av företaget har överlåtits på en annan person när beslutet om fastställelse av överträdelsen antas (domstolens dom av den 16 november 2000 i mål C-279/98 P, Cascades mot kommissionen, REG 2000, s. I-9693, punkt 78, och domen i det ovan i punkt 113 nämnda målet SCA Holding mot kommissionen, punkt 27). Detta gäller i samtliga fall utom då den eller de juridiska personer som är ansvariga för driften av företaget har upphört att existera i juridisk mening efter det att överträdelsen begicks (domstolens dom av den 8 juli 1999 i mål C-49/92 P, kommissionen mot Anic Partecipazioni, REG 1999, s. I-4125, punkt 145, och domen i det i punkt 37 nämnda målet HFB m.fl. mot kommissionen, punkt 104), vilket är fallet i detta mål.
- 122 Till följd av AGA Gas likvidation gick moderbolaget AGA AB med på att överta samtliga skyldigheter för dess tidigare dotterbolag och således även den sanktion som skulle ha påförts AGA Gas om det hade fortsatt att existera. Under dessa omständigheter skall bötesbeloppet fastställas i förhållande till AGA Gas deltagande och detta företags situation.
- 123 Vad för det tredje gäller det förhållandet att den faktor som hänför sig till samarbetet har beaktats av kommissionen efter tillämpningen av tioprocentgränsen, är det tillräckligt att konstatera att detta tillvägagångssätt säkerställer att meddelandet om samarbete får full ändamålsenlig verkan. För det fall grundbeloppet väsentligt överskrider tioprocentgränsen före tillämpningen av nämnda meddelande, såsom var fallet med AGA Gas, utan att denna gräns kan tillämpas direkt, blir incitamentet för företaget att samarbeta betydligt mindre, eftersom de slutliga böterna kommer att nedsättas till 10 procent under alla förhållanden, med eller utan samarbete (förstainstansrättens dom av den 29 november 2005 i mål T-52/02, SNCZ mot kommissionen, REG 2005, s. II-5005, punkt 41).
- 124 Härav följer att sökanden inte har styrkt den anmärkning som avser att sökanden erhållit en diskriminerande behandling i förhållande till den behandling som AGA Gas erhöll samt i förhållande till den behandling som övriga företag som var delaktiga i kartellen erhöll, i den mån sökandens anmärkning även avsåg behandlingen av dessa företag.

— Påståendet om att beslutet strider mot det avskräckande syftet

125 Sökanden har påstått att det sätt på vilket kommissionen tillämpade tioprocentgränsen i beslutet ledde till att det slutliga bötesbeloppet blev fullständigt oförenligt med det avskräckande syfte som eftersträvas. Sökanden har framhållit att det, såsom ett relativt litet företag som i huvudsak bedriver en nationell verksamhet, ålagts böter som är betydligt högre än de böter som ålagts nederländska dotterbolag till företag som har en världsomspännande verksamhet och som har en omsättning som är betydligt större än sökandens. Sökanden har härvid hänvisat till moderbolagens totala omsättning vad avser Air Products (5 717 miljoner dollar) och Air Liquide (8 328 miljoner euro).

126 Sökanden har tillagt att det förhållandet att tioprocentgränsen inte tillämpas på den totala omsättningen för den koncern i vilken det dotterbolag ingår som är ensam mottagare av ett beslut om åläggande av böter har lett till en situation där bötesbeloppet blir beroende av det sätt som ett företag har kunnat fördela sin verksamhet mellan olika bolag. Sökanden har i detta hänseende påpekat att en stor del av de internationella företagen i likhet med moderbolagen till Air Products och Air Liquide bedriver sin verksamhet genom en uppdelning i separata nationella bolag. Artikel 15.2 i förordning nr 17 kan således inte ges en objektiv tillämpning och den avskräckande faktorn får ett godtyckligt innehåll.

127 Det skall inledningsvis påpekas att sökanden har gjort en jämförelse som helt saknar relevans, eftersom den innebär att den totala omsättningen (470 648 000 euro år 2001) jämförs med den omsättning, som var högre än sökandens omsättning, som de företag uppnått som av kommissionen inte hölls ansvariga för den ifrågavarande överträdelsen och som således inte upptogs som mottagare av beslutet.

- 128 Det tycks i själva verket vara så att sökandens argument grundar sig på en felaktig förutsättning, nämligen att det för att tillämpa tioprocentgränsen var nödvändigt att beakta den totala omsättningen i den koncern i vilken det dotterbolag ingår som hållits ensamt ansvarigt för överträdelsen och som var ensam mottagare av beslutet om åläggande av böter, såsom visats ovan i punkterna 116–118.
- 129 I motsats till sökandens påståenden innebär en tillämpning av tioprocentgränsen i överensstämmelse med rättspraxis att bötesbeloppet inte är beroende av det sätt på vilket en aktörs verksamheter är uppdelade organisatoriskt. Fastställandet av bötesbeloppet grundar sig på kommissionens rättsliga bedömning, under förstainstansrättens kontroll, det vill säga en bedömning av huruvida ett eller flera företag är ansvariga för överträdelsen, vilket är det enda förfaringsätt som är förenligt med principen om individuellt ansvar. Det görs olika bedömningar i ansvarsfrågan beroende på de enskilda omständigheterna i varje ärende där den prövas. Det kan antingen vara så att dotterbolaget eller moderbolaget är ensamt ansvarigt eller att de båda enheterna är solidariskt ansvariga.
- 130 Eftersom sökanden har påstått att dess slutliga bötesbelopp inte är förenligt med den avskräckande verkan som eftersträvas på grund av att det är betydligt högre än de bötesbelopp som fastställts för de nederländska dotterbolagen, som var mottagare av beslutet, till stora multinationella gasleverantörer, erinrar förstainstansrätten om att kommissionen vid bedömningen av den allmänna bötesnivån, enligt fast rättspraxis, får beakta att de pågående överträdelserna av gemenskapernas konkurrensregler fortfarande är relativt vanliga och att den därvid kan höja böterna för att förstärka den avskräckande verkan (domen av den 14 maj 1998 i det ovan i punkt 113 nämnda målet SCA Holding mot kommissionen, punkt 179).
- 131 I punkt 1 A fjärde stycket i riktlinjerna anges härvid bland annat att det vid bedömningen av överträdelsens allvar och grundbeloppet för böterna är nödvändigt att ”fastställa bötesbeloppet till en nivå som säkerställer att böterna är tillräckligt avskräckande”.

- 132 I förevarande fall, där det är fråga om en klassisk typ av överträdelse av konkurrensrätten och ett beteende som kommissionen vid upprepade tillfällen och från och med dess första ingripande på området har bedömt vara rättsstridigt, var det tillåtet för kommissionen att göra den bedömningen att det var nödvändigt att fastställa bötesbeloppet till en nivå som är tillräckligt avskräckande inom de gränser som uppställs i förordning nr 17.
- 133 Såsom förstainstansrätten konstaterat ovan (punkt 110) har sökanden inte visat att kommissionen har gjort en oriktig bedömning i förhållande till sökanden såvitt avser tioprocentgränsen. Det erinras även om att kommissionen enligt förordning nr 17 är skyldig att tillämpa denna gräns.
- 134 Av ovanstående överväganden följer att sökandens anmärkningar avseende ett åsidosättande av artikel 15.2 i förordning nr 17 och påståendena om att de ålagda böterna är oproportionerliga, diskriminerande och oförenliga med sitt avskräckande syfte inte kan läggas till grund för ett bifall av talan och att det slutliga bötesbelopp som fastställts för sökanden framstår som välavvägt, eftersom inga av de omständigheter som åberopats av sökanden motiverar en nedsättning av detta belopp.
- 135 Vad slutligen gäller påståendet om att "principen om förbud mot godtycke" har åsidosatts, kan det konstateras att sökandens argumentation avseende denna anmärkning inte gör det möjligt att i sak särskilja denna från anmärkningarna i ovanstående punkt, vilket medför att inte heller denna anmärkning kan läggas till grund för ett bifall av talan.

## **Rättegångskostnader**

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

har yrkat att sökanden skall förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom sökanden har tappat målet, skall kommissionens yrkande bifallas.

Mot denna bakgrund beslutar förstainstansrätten (femte avdelningen) följande:

- 1) **Talan ogillas.**
- 2) **Sökanden skall ersätta rättegångskostnaderna.**

Vilaras

Dehousse

Šváby

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 4 juli 2006.

E. Coulon

Justitiesekreterare

M. Vilaras

Ordförande