

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT

LEENDERT A. GEELHOED

föredraget den 19 januari 2006¹

I — Inledning

1. Showa Denko KK (nedan kallat SDK, eller klaganden) har genom förevarande överklagande yrkat att förstainstansrättens dom av den 29 april 2004 i mål T-245/01, Showa Denko (nedan kallad den överklagade domen), delvis skall undanröjas till den del den "avskräckande multiplikationsfaktor" som kommissionen tillämpade på de böter som ålades klaganden inte helt togs bort.

2. I den överklagade domen satte förstainstansrätten ned de böter som kommissionen ålagt klaganden genom kommissionens beslut 2002/271/EG av den 18 juli 2001 om ett förfarande enligt artikel 81 i EG-fördraget och artikel 53 i EES-avtalet — Ärende COMP/E-1/36.490 — Grafitelektroder² (nedan kallat det ifrågasatta beslutet).

II — Tillämpliga bestämmelser

Förordning nr 17

3. Artikel 15.2 i rådets förordning nr 17 av den 6 februari 1962: Första förordningen om tillämpning av fördragets artiklar 85 och 86³ (nedan kallad förordning nr 17) har följande lydelse:

"Kommissionen får ålägga företag och företagssammanslutningar böter om lägst ettusen och högst en miljon beräkningsenheter, eller ett högre belopp som dock inte får överstiga tio procent av föregående räkenskapsårs omsättning för varje företag som

1 — Originalspråk: engelska.

2 — EGT L 100, s. 1.

3 — EGT P 13, s. 204; svensk specialutgåva, område 8, volym 1, s. 8.

har deltagit i överträdelsen genom att uppsåtligt eller av oaktsamhet

- a) överträda bestämmelserna i fördragets artikel [81.1] eller artikel [82] ...

...

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

Riktlinjer för beräkning av böter

4. I skälet till kommissionens meddelande 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) anges följande:

”De principer som anges ... bör göra det möjligt att säkerställa öppenheten och objek-

tiviteten i kommissionens beslut, både i förhållande till företagen och i förhållande till EG-domstolen, samtidigt som de bekräftar det utrymme för skönsmässig bedömning som lagstiftaren har givit kommissionen för att fastställa böter på upp till 10% av företagets totala omsättning. Detta utrymme bör emellertid utgöra ett led i en sammanhängande och icke diskriminerande politik som är anpassad efter de mål som eftersträvas vid bekämpningen av överträdelser av konkurrensreglerna.

Den nya metod som används för att fastställa bötesbeloppet kommer härnäst att följa nedanstående schema. Detta bygger på ett grundbelopp som kan ökas för att beakta försvarande omständigheter och minskas för att beakta förmildrande omständigheter.”

III — Faktiska omständigheter och bakgrund till det omtvistade beslutet

5. I den överklagade domen sammanfattade förstainstansrätten de faktiska omständigheterna i målet på följande sätt:

- ”1. Kommissionen konstaterade i beslut 2002/271/EG ... att ett flertal företag hade medverkat i en rad avtal och samordnade förfaranden i den mening

som avses i artikel 81.1 EG och artikel 53.1 i avtalet om Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (nedan kallat EES-avtalet) inom sektorn för grafitelektroder.

duktion till 800 miljoner ton, varav 280 miljoner ton producerades i ljusbågsugnar.

...

2. Grafitelektroder används främst vid stålproduktion i elektriska ljusbågsugnar. Stålproduktionen i ljusbågsugnar är i princip en återvinningsprocess, varvid stålskrot omvandlas till nytt stål, till skillnad från den traditionella metoden för utvinning av råjärn ur malm i masugnar. Nio elektroder som sammankopplas till stavar om tre används i vanliga elektriska ljusbågsugnar för att smälta stålskrot. På grund av intensiteten i smältprocessen förbrukas en elektrod på ungefär åtta timmar. Tillverknings tiden för en elektrod är omkring två månader. Det finns inga produkter som kan ersätta grafitelektroder.
3. Efterfrågan på grafitelektroder är direkt kopplad till produktionen av stål i ljusbågsugnar. Kunderna är framför allt stålproducenter vilka står för omkring 85 procent av efterfrågan. År 1998 uppgick världens samlade råstålspro-
5. Under 1980-talet ledde teknikförbättringar till en avsevärd minskning av förbrukningen av elektroder per ton producerat stål. Stålindustrin genomgick också en större omstrukturering under denna period. Som ett resultat av den avmattade efterfrågan på elektroder inleddes en omstrukturingsprocess av den världsomspännande elektrodindustrin. Flera fabriker lades ned.
6. Nio producenter i västvärlden försåg under år 2001 europamarknaden med grafitelektroder[, nämligen SGL Carbon AG (nedan kallat SGL), Tyskland, och UCAR International Inc].
7. Med stöd i artikel 14.3 i rådets förordning nr 17 ... undersökte kommissionstjänstemän den 5 juni 1997 samtidigt och utan förvarning [lokalerna hos företagen SGL, Conradty och VAW]...

8. Samma dag utförde tjänstemän vid Federal Bureau of Investigation (FBI) husrannsakan i Förenta staterna hos ett antal producenter. Dessa undersökningar ledde till att åtal för kartellbildning väcktes mot ... SDK Alla de anklagade erkände sig skyldiga till åtalspunkterna och gick med på att betala de böter som fastställdes till ... 32,5 miljoner USD för SDK ...

fastställt priser och delat upp de nationella och regionala marknaderna för den aktuella produkten enligt principen om 'hemmaproducenten'. ... SDK ... ansvarade för Japan och vissa delar av Fjärran Östern ...

13. I beslutet angavs vidare att följande grundprinciper gällde för samverkan:

...

— Priserna på grafit elektroder skulle sättas enligt samma principer i hela världen.

10. En grupp köpare väckte i Förenta staterna talan om tredubbelt skadestånd ('triple damages') mot ... SDK.

— Beslut om företagets respektive prissättning skulle endast fattas av företagets styrelseordförande eller verkställande direktörer.

11. Kanadensiska stålproducenter väckte i juni 1998 talan mot ... SDK för kartellbildning.

— 'Hemmaproducenten' skulle sätta marknadspriset i sitt "närområde" och övriga producenter skulle sedan 'följa efter'.

12. Kommissionen sände den 24 januari 2000 ett meddelande om anmärkningar till de berörda företagen. Det administrativa förfarandet avslutades genom att kommissionen den 18 juli 2001 fattade beslutet, i vilket den konstaterade att sökandeföretagen ... på global nivå hade

— På 'icke hemmamarknader', det vill säga marknader där det inte fanns

någon 'hemmaproducent' skulle priserna sättas efter överenskommelse.

— Icke 'hemmaproducenter' skulle inte ägna sig åt aggressiv konkurrens och skulle lämna de övrigas hemmamarknader.

— Kapaciteten skulle inte ökas (japanserna skulle minska sin kapacitet).

— Ingen teknik skulle lämna den krets av producenter som deltog i kartellen.

14. I beslutet anges att dessa grundprinciper genomfördes genom kartellmöten på olika nivåer. Sålunda förekom 'toppmöten', 'arbetsmöten', möten mellan de europeiska producenterna (utan de japanska företagen), nationella och regionala möten avseende specifika marknader och bilaterala kontakter mellan företagen.

...

16. På grundval av de bedömningar av de faktiska omständigheterna och de bedömningar i rättsligt hänseende som kommissionen gjort i beslutet ålade denna de berörda företagen böter som faststälts enligt den metod som föreskrivs i riktlinjer för beräkning av böter som döms ut enligt artikel 15.2 i förordning nr 17 och artikel 65.5 i EKSG-fördraget, liksom enligt meddelandet om befrielse från eller nedsättning av böter i kartellärenden.

17. Företagen åläggs följande bötesbelopp i artikel 3 i beslutet:

...

SDK: 17,4 miljoner euro.

...

18. I artikel 4 föreskrivs att företagen skall betala böterna inom tre månader från beslutets tillkännagivande/delgivning vid äventyr av att de åläggs att betala ränta med 8,04 procent."

**IV — Förfarandet vid förstainstansrätten
och den överklagade domen**

6. Showa Denko väckte tillsammans med de andra företag till vilka det ifrågasatta beslutet var riktat talan mot beslutet genom ansökan som inkom till förstainstansrättens kansli den 4 oktober 2001.

7. Förstainstansrätten fastslog i den överklagade domen bland annat fast följande:

”...

4) [I] Mål T-245/01, Showa Denko mot kommissionen [fastställer domstolen]:

— Det bötesbelopp som sökanden ålagts i artikel 3 i beslut 2002/271 ... till 10 440 000 euro.

— Talan ogillas i övrigt.

...”

I - 5868

V — Överklagandet

8. Showa Denko har yrkat att domstolen skall

— delvis undanröja förstainstansrättens dom i mål T-245/01,

— sätta ned klagandens bötesbelopp till 6 960 000 euro eller till det belopp som domstolen finner lämpligt efter en skönsmässig bedömning,

— vidta sådana andra åtgärder som domstolen finner lämpliga,

— förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

9. Kommissionen har yrkat att domstolen skall

— ogilla överklagandet,

— förplikta klaganden att ersätta rättegångskostnaderna.

VI — Grunder för överklagandet

10. SDK har till stöd för sitt överklagande åberopat fyra grunder, varav vissa kan delas upp i delgrunder. Grunderna har redovisats på följande sätt: förstainstansrätten gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning, åsidosatte icke-diskrimineringsprincipen och proportionalitetsprincipen och underlät att lämna en tillfredsställande motivering, genom att den inte undanröjde den godtyckliga avskräckande multiplikationsfaktor som tillämpats i förhållande till klaganden, genom att basera denna på klagandens samlade globala omsättning även på marknader som inte berördes och genom att basera ”grundbeloppet” på den globala marknadsandelen och omsättning utan hänsyn till böter och skadeståndsansvar i Förenta staterna.

11. Följande grunder har anförts:

- Den första grunden avser en felaktig rättstillämpning och underlåtenhet att lämna en motivering till varför förstainstansrätten godtog att en avskräckande faktor baserad på den globala omsättningen i princip tillämpades i förhållande till klaganden.
- Den andra grunden gäller en felaktig rättstillämpning och underlåtenhet från

förstainstansrättens sida att lämna en motivering i fråga om den avskräckande faktor som tillämpades i förhållande till klaganden.

- Den tredje grunden gäller en felaktig rättstillämpning och underlåtenhet att lämna en motivering till varför förstainstansrätten underkände argumentet att kommissionen vid beräkningen av grundbeloppet inte var skyldig att beakta böter och skadeståndsansvar som klaganden ålades i Förenta staterna.
- Den fjärde grunden gäller åsidosättandet av klagandens grundläggande rätt till en opartisk rättegång.

VII — Bedömning

Inledande anmärkningar

12. I det förslag till avgörande som jag i dag föredragit i mål C-308/04 har jag redan påpekat att den avskräckande funktionen, som sammanhänger med överträdelsens allvar, är en av de faktorer som skall beaktas när bötesbeloppet fastställs.

13. Av fast rättspraxis⁴ följer att de böter för överträdelse av artikel 81 EG som föreskrivs i artikel 15.2 i förordning nr 17, och nu artikel 23.2 i förordning nr 1/2003,⁵ syftar till att bestraffa de berörda företagens rättsstridiga handlande och samtidigt avhålla såväl det berörda företaget som andra från att i framtiden åsidosätta EU:s konkurrensregler.

14. I dag framgår den omständigheten att kommissionen skall ta hänsyn till botens avskräckande funktion även uttryckligen av riktlinjerna.

15. SDK har i förevarande mål inte gjort gällande att kommissionen inte har rätt att säkerställa att böterna har en avskräckande verkan, utan företaget har åberopat vissa principer som borde leda till ett annat resultat.

16. Innan de enskilda grunderna behandlas kommer jag att redovisa hur kommissionen har fastställt böterna för kartellens medlemmar.

17. I förevarande mål har kommissionen fastställt bötesbeloppet med utgångspunkt från den beräkningsmetod som anges i riktlinjerna. Den omfattar som bekant flera steg.

18. Först fastställer kommissionen ett grundbelopp. Grundbeloppet fastställs på grundval av en sammanvägning av överträdelsens allvar och varaktighet. Kommissionen bedömer först allvaret, därefter varaktigheten.

19. Därefter justeras det inledande beloppet med hänsyn till eventuella försvårande eller förmildrande omständigheter för varje enskilt företag.

20. För det tredje sätter kommissionen, om bötesbeloppet överstiger 10 procent av företagets globala omsättning, ned det på så sätt beräknade beloppet så att det underskrider ovannämnda tak.

21. Om det, för det fjärde, är möjligt att tillämpa meddelandet om samarbete på det berörda företaget kommer kommissionen att justera ned bötesbeloppet med utgångspunkt i hur samarbetsvilligt företaget har varit.

22. För fullständighetens skull kan bötesbeloppet även, beroende på omständigheterna,

4 — Dom av den 7 juni 1983 i de förenade målen 100/80–103/80, *Musique Diffusion Française* (REG 1983, s. 1825; svensk specialutgåva, volym 7, s. 133), punkterna 105 och 106.

5 — Rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget (text av betydelse för EES) (EGT L 1, s. 1).

justeras med hänsyn till skäl som exempelvis företagets nedsatta betalningsförmåga eller den eventuella ekonomiska eller finansiella fördel som den som begått överträdelsen fått (se punkt 5.b i riktlinjerna).

loppet genom att varje [y] procent av världsmarknaden motsvarades av ett tillägg på [x] euro. Detta resulterade i ett grundbelopp på 40 miljoner euro för den högsta gruppen, 16 miljoner euro för mellangruppen och 8 miljoner euro för den lägsta gruppen.

23. I det första steget ansåg kommissionen, särskilt i fråga om överträdelsens allvar, att överträdelsen var mycket grov. Även om det i fråga om kollektiva överträdelser som karteller, där allvaret således är likartat för samtliga deltagande, kan göras gällande att ett gemensamt grundbelopp bör fastställas för samtliga företag som deltar i kartellen, anges det i riktlinjerna att kommissionen kan behandla medlemmarna i kartellen olika, så att hänsyn tas till deltagarnas faktiska ekonomiska förmåga att väsentligen skada konkurrensen och att bötesbeloppet fastställs på en nivå som säkerställer att det har tillräcklig avskräckande effekt.

25. SDK placerades i mellangruppen. Kommissionen ansåg att grundbeloppet behövde justeras upp ytterligare för att garantera att bötesbeloppet skulle ha en tillräcklig avskräckande verkan och ökade det med en faktor på 2,5 (den avskräckande faktorn) till 40 miljoner euro. Det beloppet ökades med 45 procent för att spegla varaktigheten i SDK:s delaktighet i kartellen, vilket gav ett grundbelopp på 58 miljoner euro. I SDK:s fall konstaterades inga försvårande eller förmildrande omständigheter. Efter tillämpning av meddelandet om samarbete fastställdes det slutliga bötesbeloppet till 17,4 miljoner euro.

24. I förevarande mål ansåg kommissionen att det var nödvändigt att ta hänsyn till den individuella betydelsen och därmed överträdelsens faktiska påverkan på konkurrensen, särskilt därför att det är stor skillnad i storlek mellan företagen. Den delade därför upp kartellens medlemmar i tre olika grupper och fastställde ett lämpligt grundbelopp för varje grupp. Uppdelningen grundades på den globala omsättningen och marknadsandelen. Kommissionen beräknade grundbe-

26. Det på detta sätt fastställda bötesbeloppet ändrades av förstainstansrätten. Förstainstansrätten fann i fråga om den faktor på 2,5 som kommissionen tillämpade på SDK:s bötesbelopp för att garantera att det fick tillräcklig avskräckande effekt, att kommissionens beslut inte innehöll några konstateranden, förutom de som avser företagets storlek och totala resurser, som skulle motivera att en multiplikationsfaktor på mer än 1,5 tillämpades i fråga om SDK. Förstainstansrätten betonade särskilt att

kommissionen inte angav varför omständigheterna i fallet krävde att en sex gånger högre multiplikationsfaktor än den som tillämpats beträffande VAW skulle tillämpas på SDK,⁶ trots att SDK:s relevanta omsättning endast är dubbelt så hög som VAW:s. Förstainstansrätten tillämpade därför en faktor på 1,5 i stället, vilket gav det lägre grundbeloppet 24 miljoner euro.⁷

27. Förevarande överklagande gäller endast den avskräckande faktorn. SDK har i huvudsak gjort gällande att det inte är berättigat att skilja ut SDK och tillämpa en särskild avskräckande faktor på detta bolag. Bolaget har hävdats att det är inte berättigat att ta hänsyn till den sammantagna storleken och den ekonomiska situationen vid beräkningen av en eventuell höjning som behövs i avskräckande syfte.

A — Den första grunden

28. Genom denna grund har SDK gjort gällande att bolagets storlek och dess globala omsättning, inte den omsättning som är hänförlig till de varor som berörs av avtalet, beaktades redan när kommissionen lade dem till grund för att dela upp grundbeloppet i tre nivåer. SDK har gjort gällande att dessa

faktorer därför inte kan motivera ytterligare en selektiv ökning. Enligt SDK:s uppfattning kan den avskräckande faktorn endast tillämpas i avskräckande syfte och inte med avseende på den "faktiska påverkan" [på konkurrensen].

29. SDK har förklarat att förstainstansrätten i punkterna 241, 242 och 370 i den överklagade domen har gjort ett antal överväganden som inte nämns i riktlinjerna och att ingen av dessa gäller den avskräckande faktorn. I det avseendet har SDK bland annat förklarat att tillgången till finansiering saknar samband med det avskräckande syftet, att kommissionen inte borde höja bötesbeloppet enbart därför att SDK har medel att betala böterna, och att det faktum att vissa bolag har svårigheter att finansiera betalningen av böterna inte kan motivera en selektiv ökning av bötesbeloppet för andra bolag.

30. Kommissionen har gjort gällande att förstainstansrätten hade rätt att slå fast att de bötesbelopp som ålades SDK kunde baseras på dess globala omsättning.

Bedömning

31. För att öka kunskapen om följderna av ett handlande som strider mot gemenska-

6 — Även i fråga om VAW (som också är medlem i kartellen) ansåg kommissionen att det var nödvändigt att justera böterna uppåt i avskräckande syfte. VAW överklagade inte det ifrågasatta beslutet.

7 — Se punkterna 247–249 i den överklagade domen.

pens konkurrensregler är den avskräckande funktionen, som nämnts redan inledningsvis, en viktig aspekt av kommissionens praxis i fråga om åläggande av böter. Kommissionen har således rätt att fastställa grundbeloppet i fråga om en bot till en tillräckligt avskräckande nivå.

32. Den avskräckande funktionen sammanhänger med överträdelsens allvar. Förevarande mål gäller en mycket allvarlig överträdelse och kommissionen fastställde grundbeloppet med hänsyn till detta. Kommissionen gjorde en differentierad bedömning. Kommissionen delade upp de företag som gjort sig skyldiga till överträdelsen i tre grupper för att rangordna dem med avseende på den faktiska påverkan på konkurrensen. Indelningen innebär inte att fullständig hänsyn tagits till att nivån skall vara tillräckligt avskräckande. För två av de åtta företag som gjort sig skyldiga till överträdelser var detta, på grund av deras storlek och samlade resurser, inte fallet.

33. SDK har förklarat att storleken berör den faktiska påverkan på konkurrensen och inte den avskräckande aspekten och att kommissionen beaktade storleken och den totala omsättningen redan när de tre kategorierna fastställdes. Detta är dock felaktigt.

34. Som nämnts ovan beaktade kommissionen den globala omsättningen och marknadsandelen för att göra differentieringen och grundade den avskräckande faktorn på

den globala omsättningen. Med avseende på differentieringen beaktades den globala omsättningen därför att varuomsättningen är en bättre indikation på det felande företags kapacitet att förorsaka skada och ett bättre underlag för att bedöma agerandets påverkan på konkurrensen. Den globala omsättningen användes som indikation på storleken för att säkerställa en tillräcklig avskräckande effekt. SDK har således fel i sitt påstående att den samlade globala omsättningen eller storleken redan har beaktats.

35. SDK:s påstående att kommissionen inte kan ta hänsyn till den globala omsättningen vid bedömningen av den avskräckande effekten kan således inte godtas.

36. Som förstainstansrätten påpekade⁸ följer det av fast rättspraxis att kommissionen när den fastställer ett företags böter kan beakta bland annat företags storlek och ekonomiska styrka. Det har dessutom i rättspraxis slagits fast att den totala omsättningen är relevant vid bedömningen av kartellmedlemmarnas finansiella styrka. Således kan den samlade globala omsättningen ge en indikation på de olika kartellmedlemmarnas storlek och samlade resurser.⁹

⁸ — Punkt 239 i den överklagade domen.

⁹ — Domen i målet *Musique diffusion française*, punkterna 119 och 121.

37. Sunt förnuft säger vidare att ett stort bolag med varierade resurser befinner sig i en annan situation än ett litet bolag som är beroende av en enda produkt för sin överlevnad. För ett stort, mångsidigt företag skulle ett bötesbelopp som endast var relaterat till den berörda marknaden alltid vara mindre i förhållande till dess samlade resurser, än ett bötesbelopp för ett företags samtliga produkter berörs av kartellöverenskommelsen. Således har ett lika stort bötesbelopp för samma överträdelse inte motsvarande avskräckande effekt.

38. Förstainstansrätten konstaterade i punkt 241 i domen att företagens olika finansiella resurser krävde olika stora bötesbelopp, därför att SDK lättare skulle kunna uppbringa de medel som behövdes för att betala böterna på grund av att det jämfört med de andra kartellmedlemmarna hade en enorm total omsättning. Förmågan att uppbringa medel, som varierar beroende på det berörda företagets storlek och ekonomiska styrka, kan således beaktas vid bedömningen av en lämplig grad av avskräckande effekt. Förstainstansrätten uttalade sig inte motsägelsefullt i nästa stycke, där den slog fast att endast ett företags storlek inte automatiskt återspeglar dess ekonomiska styrka. Även större företag kan nämligen ha ekonomiska svårigheter eller ett negativt kassaflöde. Förstainstansrätten konstaterade dock att SDK inte hade gjort gällande att företaget befann sig i en sådan situation, och SDK har inte klart angett var förstainstansrätten gjorde sig skyldig till en felaktig rättstillämpning.

39. I fråga om de övriga argument som har framförts av SDK och som nämns i punkt 28 ovan, finns det ingenting i beslutet eller domen som tyder på att kommissionen höjde SDK:s bötesbelopp på grund av ekonomiska svårigheter hos vissa av de övriga kartellmedlemmarna. Det skulle de facto inte ha motiverat en höjning av SDK:s bötesbelopp. Att kommissionen inte är skyldig att ta hänsyn till en nedsatt betalningsförmåga, som kan beaktas i slutskedet av förfarandet för att fastställa bötesbeloppet, innebär inte heller att detsamma gäller i fråga om betalningsförmågan (förmågan att uppbringa medel), som beaktas i det första skedet av förfarandet för att fastställa bötesbeloppet.

40. SDK har vidare hänvisat till domen i målet Parker Pen,¹⁰ där förstainstansrätten konstaterade att "fastställandet av ett lämpligt bötesbelopp därför inte kan ske genom en enkel beräkning som grundas på den totala omsättningen". I ovannämnda dom varnade domstolen för att fästa alltför stor vikt vid den totala omsättning, såsom var fallet i domen i målet Musique Diffusion Française. I domen i målet Parker Pen gällde frågan dock slutbeloppet, medan förevarande mål gäller det grundbelopp som fastställs mot bakgrund av överträdelsens allvar. Som förstainstansrätten konstaterade¹¹ fastställde kommissionen inte det slutliga bötesbeloppet endast på grundval av den totala omsättningen, utan beaktade en mängd andra faktorer.

10 — Dom av den 14 juli 1994 i mål T-77/92, Parker Pen mot kommissionen (REG 1994, s. II-549), punkt 94.

11 — Se punkt 202 i den överklagade domen.

B — *Den andra grunden*

41. SDK har påpekat att förstainstansrätten inte angav något relevant skäl för att tillämpa en avskräckande faktor på SDK. Förstainstansrätten underlät i själva verket att ta hänsyn till en rad tillämpliga relevanta allmänna principer. SDK har i detta avseende delat upp grunden i fyra delgrunder.

42. Inom ramen för den första delgrunden har SDK gjort gällande att återhållsamhet skall råda i fråga om att höja bötesbeloppet i avskräckande syfte och att det endast skall ske om särskilda skäl talar för en höjning, särskilt med hänsyn till att den avskräckande funktionen inte nämns i förordning nr 17. SDK har påpekat att förstainstansrätten underlät att lämna en motivering eller förklaring i detta avseende.

43. Inom ramen för den andra delgrunden har SDK gjort gällande att multiplikationsfaktorn endast är berättigad mot bakgrund av företagets faktiska eller styrkta agerande, inte dess storlek. SDK har påpekat att inga omständigheter redovisades som motiverade att det skulle särbehandlas genom att påföras ett förhöjt bötesbelopp i avskräckande syfte.

44. Genom grundens tredje delgrund har SDK påpekat att en ekonomisk analys av den

avskräckande effekten bekräftar att den avskräckande faktorn är godtycklig och oberättigad.

45. SDK anser att om ett höjt bötesbelopp är motiverat i avskräckande syfte, kan bötesbeloppet för att uppnå den avskräckande effekten inte fastställas godtyckligt. Den skall i stället beräknas med hänvisning till: i) de fördelar eller den vinst som företaget kunde förväntas uppnå på grund av överträdelsen om det rättsstridiga handlandet förblivit oupptäckt (vilket är beroende av den del av företagets omsättning som berörs av överträdelsen), och ii) sannolikheten att det skall upptäckas.

46. SDK har anfört att förstainstansrätten, genom att underkänna dess påståenden i detta avseende, i punkt 242, underlät att ta hänsyn till att stora företag med många produkter — med eller utan "ekonomisk" styrka — inte är mindre känsliga för böter än företag som marknadsför en enda produkt. Enligt ekonomisk teoribildning är stora företag minst lika angelägna om att minimera kostnaderna på grund av rättsligt ansvar och andra kostnader som mindre företag.

47. SDK har gjort gällande att domen är oförenlig med kommissionens synsätt i andra fall, där den beloppsbestämde "mervinsten" och fastställde bötesbeloppet med hänsyn till denna.

48. SDK har även hävdats att det är fel att först göra en höjning i avskräckande syfte och därefter öka det på detta sätt ökade beloppet med hänvisning till varaktighet, försvårande omständigheter eller något annat. Enligt SDK skall frågan om en höjning i avskräckande syfte är nödvändig bedömas i beräkningens slutskede.

49. Genom fjärde delgrunden gör SDK slutligen gällande att beloppshöjningen var oproportionerlig. Företaget har i det avseendet hänvisat till sin ringa marknadsandel inom EES-området. Det har vidare gjort gällande att en analys av det justerade bötesbeloppet visar att det bötesbelopp som ålades SDK är oproportionerligt jämfört med det som ålades de övriga kartellmedlemmarna.

Bedömning

50. SDK har i huvudsak gjort gällande att det är obefogat att särbehandla ett företag enbart på grund av dess storlek. SDK har erinrat om att syftet med den allmänna avskräckande effekten är att säkerställa att kostnaderna och bötesbeloppet är tillräckligt höga för att avhålla från lagöverträdelser. SDK har gjort gällande att företag gör rationella val och faktiskt gör en utvärdering av för- och nackdelar, när de bryter mot lagen. Med andra ord: vilka är kostnaderna och vinsterna och hur stor är risken för upptäckt? Det bästa sättet att mäta den vinst ett företag kan förvänta sig är att titta på marknads storlek (hur mycket pengar

finns att vinna på att höja prisnivån på marknaden) och marknadsandelens storlek (hur mycket pengar kan det enskilda företaget räkna med att tjäna). Övriga verksamheter utanför den relevanta marknaden omfattas inte av den analysen. Dessa verksamheter skapar inte extra intäkter och det är således inte nödvändigt att väga dessa intäkter mot bötesbeloppet. SDK har även kritiserat kommissionens, liksom förstainstansrättens, påstådda bakomliggande resonemang att större företag är mindre känsliga och därför skall straffas hårdare. SDK har gjort gällande att företag med många olika verksamheter inte är okänsliga, eftersom alla små risker inom olika verksamhetsgrenar kan ackumuleras till stora penningbelopp.

51. SDK har i själva verket även förklarat att en stor företagsgrupp under vissa omständigheter skall påföras lägre bötesbelopp i avskräckande syfte än mindre företag, därför att ett större företag exempelvis med större sannolikhet än ett mindre företag kommer att drabbas av civilrättsliga skadeståndskrav och att behovet av att bötesbeloppet skall vara avskräckande därför inte är lika stort.

52. Detta argument skall lämnas helt utan avseende. Även om man antar att det är mer sannolikt att skadeståndskrav kommer att riktas mot större företag än mot mindre, så

är detta ytterligare en risk som de stora företagen löper på grund av att de inte följer konkurrensreglerna och det saknar således relevans för skyldigheten att följa reglerna.

53. I fråga om den första delgrunden tycks SDK göra skillnad mellan "allmän avskräckande verkan" (som SDK definierar som en åtgärd i syfte att avskräcka alla företag generellt, inbegripet tredje man och potentiella överträdare, från att begå den rättsstridiga handlingen) och "specifik avskräckande verkan" (för att avhålla en viss överträdare från att åsidosätta reglerna i framtiden) och att det endast kan bli aktuellt att tillämpa en avskräckande faktor i fråga om den specifikt avskräckande verkan. Någon sådan distinktion har dock inte gjorts vare sig i det ifrågasatta beslutet eller i den överklagade domen. SDK har inte särbehandlats i syfte att uppnå en specifik avskräckande verkan. Kommissionen tillämpade en multiplikationsfaktor på SDK och en annan kartellmedlem som ett uttryck för principen att skilda ekonomiska resurser förutsätter olika bötesbelopp för att den avskräckande verkan skall bli likvärdig.

54. Böter är som nämnts ovan ett viktigt instrument i kommissionens arbete när den skall säkerställa konkurrenspolitikens genomslagskraft. En bot har inte bara en bestraffande verkan, utan även en avskräckande verkan. Tanken bakom är att (alla) företag för framtiden skall avskräckas från att åsidosätta konkurrensreglerna.

55. Bötesbeloppets avskräckande verkan kan således inte bedömas enbart med utgångspunkt från situationen för de företag som åläggs en påföljdssanktion.

56. Detta leder mig till frågan om ett företags storlek och den avskräckande effekten.

57. Enligt ekonomisk teori kan det stämma att den uppkomna skadan eller den erhållna vinsten, i kombination med risken för upptäckt, är relevanta faktorer för att fastställa en optimal avskräckande verkan. Faktum är dock att ekonomiska teorier om optimal avskräckande verkan är svåra att tillämpa i verkligheten, både för överträdarna och för kommissionen i dess dagliga verksamhet. För det första kan beräkningen av bötesbeloppet med utgångspunkt från den "erhållna vinsten" bara ha en avskräckande effekt om denna kan fastställas med absolut exakthet. Kommissionen har helt enkelt inte den information som krävs för att beräkna bötesbeloppet i den meningen. Detsamma gäller i fråga om risken för upptäckt och lagföring. Som kommissionen har påpekat kommer det också att vara ytterst svårt för en kartellmedlem att göra en kvantitativ uppskattning av risken för upptäckt. Beräkningen av den (förväntade) vinsten och förlusten när ett företag överväger att gå med i en kartell kan bara bli ungefärlig.

58. Även om det vore möjligt att göra en mer exakt beräkning skulle den i alla händelser bara utgöra ett golv under vilket bötesbeloppet med säkerhet saknar avskräckande effekt. Det är således troligen nödvändigt att göra en justering uppåt för att inte riskera att den avskräckande effekten blir alltför låg.

59. Den här berörda kartellen fastställde dessutom inte bara priser, utan delade upp marknader och gjorde andra typer av överenskommelser (se punkt 13). Detta kan försvåra bedömningen av den förväntade vinsten och risken för upptäckt.

60. Jag vill i förbigående påpeka att de mycket fåtaliga beslut i vilka kommissionen har hänvisat till den "vinst som erhålls" av överträdaren visar på svårigheterna i detta avseende. Det framgår av riktlinjerna att den erhållna vinsten saknar betydelse med avseende på grundbeloppet. Enligt riktlinjerna kan kommissionen beakta vinsten som en försvårande omständighet ("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"),¹² samt som en möjlig faktor att ta hänsyn till med avseende på bötesberäk-

ningens slutresultat ("den eventuella ekonomiska eller finansiella fördel som den som begått överträdelsen fått").¹³ Detta är inte fallet vid beräkningen av grundbeloppet.

61. För det andra avser den teori som SDK¹⁴ hänvisat till en enskild överträdare. Denne överträdare beräknar kostnaderna, fördelarna och riskerna för böter eller andra påföljdssanktioner. Såsom kommissionen påpekade vid förhandlingen tar teorin inte hänsyn till de komplicerade processerna i samband med en kollektiv överträdelse. Gruppdynamiken kräver ett annat sätt att se på den avskräckande effekten. Det kan exempelvis vara tillräckligt att bara avskräcka en av de (större) aktörerna för att avskräcka kartellen. Till skillnad från i fråga om en överträdelse som begås av en enskild överträdare skall kommissionen vidare i fråga om en kollektiv överträdelse som begås av en kartell bedöma effekterna av bötesbeloppen i ett senare skede och därvid beakta enskilda företags storlek.¹⁵

62. Vad slutligen avser argumentet att större företag inte är mindre känsliga för små belopp än små företag, så förutsätts i

13 — Punkt 5 b i riktlinjerna.

14 — SDK hänvisar till de ekonomiska teorier om brott och straff som utvecklats av G. S. Becker.

15 — Det exempel som nämns av kommissionen är en kartell bestående av en stor aktör och flera mindre aktörer. Den stora aktören samarbetar med kommissionen och beviljas immunitet enligt meddelandet om samarbete. I ett sådant fall kan mycket höga bötesbelopp slå ut mindre aktörer från marknaden, vilket skulle innebära att kommissionens ingripande skapar ett monopol.

12 — Punkt 2, femte strecksatsen i riktlinjerna.

argumentet för det första fullständig information och fullständig rationalitet. Detta är svårt att åstadkomma för en individ som beräknar den risk som sammanhänger med en lagöverträdelse och det är även svårt för ett företag som ingår i en kartell. Det kan inte heller förnekas att det är skillnad mellan stora och små företag så till vida att ett lågt bötesbelopp kan passera utan att uppmärksammas av moderbolagets styrelse, vilket inte är möjligt om beloppet är högt. Ett högt bötesbelopp kommer sannolikt att dra till sig styrelsens uppmärksamhet och därmed troligen främja en framtida efterlevnad av konkurrensreglerna.

63. Förstainstansrätten gjorde sig sammanfattningsvis inte skyldig till en felaktig rättstillämpning genom uttalandet i punkt 242 i domen att "SDK har hävdat att ett rättvist bötesbelopp endast skall vara avsett som kompensation för den skada som åsamkats den fria konkurrensen och att det därför skall göras en bedömning av sannolikheten av att kartellen upptäckts och av de vinster som kartellmedlemmarna räknar med. Dessa faktorer är emellertid hypotetiska och alltför osäkra för att ett företags verkliga finansiella resurser skall kunna uppskattas".

64. Som konstaterats ovan följer det av fast rättspraxis att kommissionen har rätt att beakta det berörda företags storlek och ekonomiska styrka och att den samlade globala omsättningen kan ge en indikation på kartellmedlemmarnas storlek och samlade resurser. Förstainstansrätten fastslog därför

med rätta att kommissionen hade rätt att tillämpa en multiplikationsfaktor för att bötesbeloppet skulle få tillräckligt avskräckande effekt.

65. SDK har vidare gjort gällande att multiplikationsfaktorn endast är berättigad mot bakgrund av företagets faktiska och styrkta agerande. Det hade inte en ledande roll, det utövade inte påtryckningar på andra att delta i överenskommelsen, det hade ingen strategi för att undanröja konkurrens, det gjorde inga ansträngningar för att dölja överenskommelsen och så vidare. Dessa argument saknar betydelse i detta sammanhang, eftersom agerandet beaktas som en försvärande omständighet i ett senare skede av bötesberäkningsförfarandet. Argumenten är irrelevanta vid bedömningen av överträdelsens allvar.

66. SDK:s argument att bötesbeloppet först skall höjas med avseende på varaktighet, försvärande omständigheter eller någonting annat och att bötesbeloppet endast därefter kan höjas för att garantera att det får en tillräckligt avskräckande effekt, skall underkännas med hänvisning till artikel 113.2 i rättegångsreglerna. Argumentet behandlades inte under förfarandet vid förstainstansrätten.

67. Genom den fjärde delgrunden har SDK förklarat att ökningens belopp var oproportionerligt mot bakgrund av bolagets ringa marknadsandel inom EES-området. SDK har vidare gjort gällande att en analys av det justerade bötesbeloppet visar att det bötesbelopp som ålades SDK är oproportionerligt jämfört med det som ålades de övriga kartellmedlemmarna.

Därmed hindrade de japanska sökandena, inklusive SDK, konkurrensen inom EES-området oberoende av deras faktiska omsättning.¹⁶

C — Den tredje grunden

68. Som kommissionen också påpekat bygger det påståendet på en jämförelse med de justerade beloppen för de övriga kartellmedlemmarna och SDK:s årliga omsättning inom EES-området. Dessa jämförelser är irrelevanta. De presenterade beräkningarna baseras helt och hållet på den felaktiga förutsättningen att SDK:s ekonomiska styrka skulle ha bedömts på grundval av dess omsättning på den relevanta produktmarknaden inom EES-området.

70. SDK har gjort gällande att förstainstansrätten inte hade stöd för konstatandet att kommissionen, för det första, kunde hänvisa till den globala omsättningen vid beräkningen av grundbeloppet och den avskräckande faktorn och, för det andra, inte beakta den omständigheten att SDK redan stämts i Förenta staterna, Kanada och Japan och bötfällts i dessa länder.

69. Om kommissionen, såsom förstainstansrätten konstaterade, hade beräknat grundbeloppet på grundval av SDK:s låga omsättning av den relevanta produkten inom EES-området, skulle den ha belönat de japanska producenterna, inklusive SDK, för att ha uppfyllt en av kartellens grundprinciper och för att ha samtyckt till att inte konkurrera på EES-marknaden, samtidigt som den omständighet att de agerade i enlighet med den principen inom kartellen gjorde det möjligt för hemmaproducenterna i Europa att ensidigt fastställa priserna inom EES-området.

71. Företaget anser att om den globala omsättningen vore relevant med avseende på den avskräckande effekten skulle en konsekvent tillämpning kräva att böter och kostnader som utdöms eller uppkommer i andra länder beaktas för att fastställa vilket ytterligare bötesbelopp som krävs för att

¹⁶ — Se punkt 198 i den överklagade domen.

uppnå en tillräcklig avskräckande effekt. Den avskräckande verkan beror på den totala kostnaden för det rättsstridiga agerandet och denna inbegriper inte endast bötesbelopp som utdöms i EES-området, utan också bötesbelopp som utdöms på annat håll.

72. Genom att bortse från bötesbelopp och skadestånd som sökanden var skyldig att betala i Förenta staterna och samtidigt basera den avskräckande faktorn på den globala omsättningen påförde förstainstansrätten ett bötesbelopp som innebar en dubbel beräkning och som inte står i proportion till någon berättigad avskräckande faktor.

73. Kommissionen har förklarat att principen *ne bis in idem* inte har åsidosatts.

Bedömning

74. Som jag redan påpekat i mitt förslag till avgörande i mål C-308/04 avser bötesbelopp som utdöms i tredje land ett åsidosättande av konkurrenslagstiftningen i dessa länder, medan bötesbelopp som utdöms av kommissionen avser överträdelse av gemenskapens konkurrensregler. Rättsordningarna överlappar inte varandra.

75. Kommissionen är således inte heller skyldig att med avseende på bötesbeloppets avskräckande effekt ta hänsyn till bötesbelopp som tidigare dömts ut i tredje land.

D — *Den fjärde grunden: den grundläggande rätten till en opartisk rättegång*

76. Inom ramen för denna grund har Showa Denka gjort gällande att förstainstansrätten, i punkt 240 i den överklagade domen, felaktigt underkände sökandens argument angående möjligheten att yttra sig inför kommissionen om kommissionens avsikt att särbehandla SDK och tillämpa en avskräckande faktor. Förstainstansrätten lämnade inte heller någon motivering eller förklaring härvidlag.

77. Kommissionen har hävdats att förstainstansrätten inte underlät att beakta sökandens rätt till försvar och att den lämnade en tillfredsställande motivering för att multiplikationsfaktorn tillämpades på bötesbeloppet.

Bedömning

78. I den punkt i den överklagade domen som SDK har hänvisat till underkände

förstainstansrätten SDK:s kritik, därför att kommissionen tidigare uttalat att den avsåg att ”fastställa böterna till en nivå som är tillräckligt avskräckande”, att det var ”uppenbart att SDK kände till ... artikel 15.2 i förordning nr 17 och att företaget var medvetet om att det hade en hög omsättning” och att SDK ”[m]ed ledning av [ABB-beslutet av den 21 oktober 1998], i vilket kommissionen hade tillämpat en multiplikationsfaktor på jus. 2,5 i fråga om [ABB], kunde ... förstå att det inte var uteslutet att kommissionen skulle tillämpa en liknande faktor i det aktuella ärendet”. Förstainstansrätten fastslog att det inte fanns något som hindrade SDK från att, under det administrativa förfarandet, hänvisa till sin storlek och ekonomiska styrka eller att framföra sina synpunkter på den avskräckande effekten av de böter som kommissionen planerade att påföra bolaget.

79. Jag anser att det är uppenbart att det inte i sig kan betraktas som en ny praxis att ta hänsyn till den avskräckande effekten och att i förekommande fall tillämpa en multiplikationsfaktor för att fastställa ett bötesbelopp med tillräckligt avskräckande effekt. Förstainstansrätten hänvisade mycket riktigt till lydelsen av artikel 15.2 i förordning nr 17. Det innebär även en hänvisning till hur bestämmelsen tillämpas i rättspraxis. Det är sedan domen i målet *Musique diffusion française* vedertaget att kommissionen alltid är skyldig att, inom de ramar som fastställs i

förordning nr 17, justera bötesbeloppets nivå efter de krav som tillämpningen av gemenskapens konkurrensregler ställer.

80. Av förstainstansrättens dom framgår att SDK kände till att kommissionen i sitt meddelande om anmärkningar angett att den planerade att fastställa ett tillräckligt högt bötesbelopp för att säkerställa den avskräckande effekten. Den uppgiften är i sig tillräcklig, eftersom det inte hade varit lämpligt för kommissionen att uppge exakt vilket bötesbelopp den hade för avsikt att fastställa.¹⁷

81. Betydelsen av böternas avskräckande effekt betonas dessutom i riktlinjerna, liksom i rättspraxis från gemenskapens domstolar.

82. Förstainstansrätten har således inte åsidosatt SDK:s rätt till försvar genom att underkänna företagens invändningar.

¹⁷ — Dom av den 9 november 1983 i mål 322/81, *Michelin* mot kommissionen (REG 1983, s. 3461; svensk specialutgåva, volym 7, s. 351), punkt 19. Se även domen i målet *Musique diffusion française*.

VIII — Förslag till avgörande

83. Mot bakgrund av vad som anförts ovan föreslår jag att domstolen skall

- ogilla överklagandet,

- förplikta SDK att ersätta rättegångskostnaderna.