Rättsfallssamlingen

DOMSTOLENS DOM (första avdelningen)

den 18 juli 2013*

”Överklagande — Konkurrensbegränsande samverkan — Marknaden för butadiengummi och emulsionspolymeriserat styren-butadiengummi — Fastställande av målpriser, uppdelning av kundbasen genom avtal om icke-aggression och utbytande av känsliga affärsuppgifter — Ansvar för överträdelsen — Kommissionens utrymme för skönsmässig bedömning — Multiplikationsfaktor i avskräckande syfte — Likabehandling”

I mål C-499/11 P,

angående ett överklagande enligt artikel 56 i domstolens stadga, som ingavs den 26 september 2011,

The Dow Chemical Company, Midland (Förenta staterna),

Dow Deutschland Inc., Schwalbach (Förbundsrepubliken Tyskland),

Dow Deutschland Anlagengesellschaft mbH, Schwalbach,

Dow Europe GmbH, Horgen (Schweiz),

företrädda av D. Schroeder och T. Kuhn, Rechtsanwälte, och T. Graf, advokat,

klagande,

i vilket den andra parten är:

Europeiska kommissionen, företrädd av M. Kellerbauer och V. Bottka, båda i egenskap av ombud, med delgivningsadress i Luxemburg,

svarande i första instans,

meddelar

DOMSTOLEN (första avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden A. Tizzano samt domarna M. Berger (referent), A. Borg Barthet, E. Levits och J.J. Kasel,

generaladvokat: Y. Bot,

justitiesekreterare: handläggaren C. Strömholm,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 16 januari 2013,

* Rättegångsspråk: engelska.

med hänsyn till beslutet, efter att ha hört generaladvokaten, att avgöra målet utan förslag till avgörande,

följande

Dom

1 The Dow Chemical Company (nedan kallat Dow Chemical), Dow Deutschland Inc. (nedan kallat Dow Deutschland), Dow Deutschland Anlagengesellschaft mbH (nedan kallat Dow Deutschland Anlagengesellschaft) och Dow Europe GmbH (nedan kallat Dow Europe, och samtliga dessa bolag tillsammans kallade Dow), har yrkat att domstolen ska upphäva den dom som meddelades av Europeiska unionens tribunal den 13 juli 2011 i mål T-42/07, Dow Chemical m.fl. mot kommissionen (REU 2011, s. II-4531) (nedan kallad den överklagade domen). Genom denna dom ogillade tribunalen delvis den talan som väckts av Dow om ogiltigförklaring av kommissionens beslut K(2006) 5700 slutlig av den 29 november 2006 om ett förfarande enligt artikel 81 [EG] och artikel 53 i EES-avtalet (ärende COMP/F/38.638 – Butadiengummi och emulsionspolymeriserat styren-butadiengummi) (nedan kallat det omtvistade beslutet), såvitt avser Dow Chemical och nedsättning av de böter som Dow ålagts.

Bakgrund till tvisten och det omtvistade beslutet

2 Den 20 december 2002 tog Bayer AG (nedan kallat Bayer) kontakt med kommissionen och förklarade sig villigt att samarbeta i enlighet med kommissionens meddelande om immunitet mot böter och nedsättning av böter i kartellärenden (EGT C 45, 2002, s. 3) (nedan kallat meddelandet om förmånlig behandling) vad avsåg butadiengummi (nedan kallat BR) och emulsionspolymeriserat styren-butadiengummi (nedan kallat ESBR), det vill säga syntetgummi som huvudsakligen används för däcktillverkning.

3 Den 16 oktober 2003 träffade Dow Deutschland och Dow Deutschland & Co. kommissionens tjänstemän. Vid mötet uttryckte företagen sin önskan att samarbeta med stöd av meddelandet om förmånlig behandling. Den 4 mars 2005 informerades Dow Deutschland om kommissionens avsikt att bevilja bolaget nedsättning av böterna med mellan 30 och 50 procent.

4 Den 7 juni 2005 inledde kommissionen ett förfarande enligt artikel 81 EG och artikel 53 i avtalet om Europeiska ekonomiska samarbetsområdet av den 2 maj 1992 (EGT 1994, L 1, s. 3) (nedan kallat EES-avtalet) om marknaden för BR och ESBR. Kommissionen skickade ett första meddelande om invändningar till bland annat Dow.

5 Den 6 april 2006 antog kommissionen ett andra meddelande om invändningar.

6 Det administrativa förfarandet ledde till att det omtvistade beslutet antogs den 29 november 2006. Enligt artikel 1 i det omtvistade beslutet har Dow och övriga företag till vilka beslutet riktade sig, det vill säga Bayer, Versalis SpA (tidigare Polimeri Europa SpA) och Eni SpA (nedan tillsamman kallade Eni), Shell Petroleum NV, Shell Nederland BV och Shell Nederland Chemie BV (nedan tillsammans kallade Shell), Unipetrol a.s., Kaučuk a.s. (nedan kallat Kaučuk) och Trade-Stomil sp. z o.o. (nedan kallat Stomil), överträtt artikel 81 EG och artikel 53 i EES-avtalet, genom att under de angivna perioderna delta i en enda och fortlöpande överenskommelse inom ramen för vilken företagen fastställt målpriser, delat upp kundbasen genom avtal om icke-aggression och utbytt känsliga affärsuppgifter om priser, konkurrenter och kunder på området för BR och ESBR.

7 Den fastställda överträdelseperioden löper från den 1 juli 1996 till den 28 november 2002 såvitt avser Dow Chemical, från den 1 juli 1996 till den 27 november 2001 såvitt avser Dow Deutschland, från den 22 februari 2001 till den 28 februari 2002 såvitt avser Dow Deutschland Anlagengesellschaft och från den 26 november 2001 till den 28 november 2002 såvitt avser Dow Europe.

8 Enligt skälen 16–21 i det omtvistade beslutet kontrollerade Dow Chemical under den period Dow deltog i den aktuella överträdelsen helt, direkt eller indirekt Dow Deutschland, Dow Deutschland Anlagengesellschaft och Dow Europe.

9 De i det omtvistade beslutet ålagda böterna fastställdes i enlighet med 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).

10 Kommissionen klassificerade för det första överträdelsen som mycket allvarlig och gjorde, när den fastställde utgångsbeloppet för beräkningen av böterna, åtskillnad med avseende på försäljningen av BR och ESBR för vart och ett av de berörda företagen beträffande år 2001. Vad gäller Dow uppgick försäljningen av BR och ESBR enligt skäl 469 i det omtvistade beslutet till 126,936 miljoner euro för år 2001. Detta belopp medförde att Dow, vad gäller försäljning av BR och ESBR placerades i den andra kategorin av företag som var inblandade i överträdelsen. På denna grund fastställde kommissionen grundbeloppet för de böter som ålagts Dow till 41 miljoner euro.

11 Kommissionen tillämpade därefter multiplikationsfaktorer i avskräckande syfte, baserade på de berörda företagens totala omsättning under år 2005. Kommissionen fann att ingen multiplikationsfaktor behövde tillämpas på Stomil (38 miljoner euro i omsättning) och inte heller på Kaučuk (2,718 miljarder euro i omsättning), medan en multiplikationsfaktor på 1,5 tillämpades på Bayer (27,383 miljarder euro i omsättning), en multiplikationsfaktor på 1,75 på Dow (37,211 miljarder euro), en multiplikationsfaktor på 2 på Eni och en multiplikationsfaktor på 3 på Shell (246,549 miljarder euro).

12 Vad vidare gäller Dow Chemical höjdes grundbeloppet för beräkning av böterna med 50 procent, bland annat på den grunden att bolaget hade deltagit i överträdelsen under sex år och fyra månader. Vad gäller Dow Deutschland uppgick denna höjning till 40 procent. Dow Deutschland Anlagengesellschaft och Dow Europe ålades en höjning på 10 procent, vilket motsvarade deras deltagande i det konkurrensbegränsande samarbetet.

13 Kommissionen gav slutligen Dow, som den ansåg var det andra företaget som vänt sig till kommissionen i enlighet med meddelandet om förmånlig behandling och det första att uppfylla villkoren i punkt 21 i meddelandet, en nedsättning av böterna med 40 procent jämfört med de böter som Dow skulle ha ålagts utan att ha bidragit till utredningen.

14 Följaktligen ålade kommissionen i artikel 2 b i det omtvistade beslutet Dow Chemical böter med 64,575 miljoner euro, därav 60,27 miljoner euro solidariskt med Dow Deutschland samt 47,355 miljoner euro solidariskt med Dow Deutschland Anlagengesellschaft och Dow Europe.

Talan vid tribunalen och den överklagade domen

15 Genom ansökan som inkom till förstainstansrättens (numera tribunalen) kansli den 16 februari 2007 väckte Dow talan mot det omtvistade beslutet och yrkade att beslutet skulle ogiltigförklaras i den mån det riktades till Dow. Vad gäller Dow Deutschland yrkades att artikel 1 i beslutet skulle ogiltigförklaras vad gäller fastställandet av Dow Deutschlands överträdelse av artiklarna 81 EG och 53 EES från den 1 juli 1996, och för samtliga klagande – Dow Chemical i andra hand – att tribunalen påtagligt skulle sätta ned det bötesbelopp som var och en av dem ålagts.

16 Klagandebolagen yrkade att tribunalen skulle förplikta kommissionen att ersätta samtliga rättegångskostnader och utlägg i samband med förevarande mål, liksom även deras kostnader för ställandet av en bankgaranti till säkerhet för de i det omtvistade beslutet ålagda bötesbeloppen under tribunalens prövning av förevarande mål, och vidta de andra åtgärder som tribunalen skulle finna vara lämpliga.

17 Den första grunden som åberopades av Dow avsåg att kommissionens beslut att tillskriva Dow Chemical ansvar för överträdelsen var rättsstridigt. Den andra grunden, avsåg felaktigt bestämmande av den tidsperiod under vilken Dow Deutschland deltagit i överträdelsen. Den tredje grunden, som hade nio delar, avsåg att kommissionen hade gjort ett flertal fel vid fastställandet av de böter som ålagts Dow.

18 Tribunalen slog fast att talan inte kunde vinna bifall såvitt avsåg den första grunden. I punkterna 74 och 75 slog tribunalen bland annat fast att Dow Chemical var koncernens moderbolag och att ”det inte har förnekats att bolaget, indirekt, kontrollera[de], hela aktiekapitalet i de bolag som deltagit direkt i överträdelsen”. Tribunalen slog vidare fast att ”tillskrivandet av ansvar för moderbolaget [utgjorde] en möjlighet som det är upp till kommissionen att bedöma om den ska använda sig av” och att ”enbart den omständigheten att kommissionen i sin tidigare beslutspraxis [hade] ansett att omständigheterna i ett ärende inte motiverar att ett dotterbolags uppträdande tillskrivs moderbolaget inte inneb[ar] att den är skyldig att göra samma bedömning i ett senare ärende”.

19 Tribunalen slog i punkt 76 i den överklagade domen fast att ”[n]är det gäller vad som anförts om att Dow Chemical på ett omotiverat sätt skulle [ha] förfördela[t]s genom att det angripna beslutet riktas mot bolaget, kan detta inte påverka beslutets laglighet”. Vad gäller påstådd bristande motivering slog tribunalen slutligen i punkt 77 i den överklagade domen fast att ”[k]ravet på motivering ska bedömas med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet” och att ”[d]et krävs inte att alla relevanta faktiska och rättsliga omständigheter anges i motiveringen, eftersom bedömningen av om motiveringen av ett beslut uppfyller kraven i artikel [296 FEUF] inte ska ske endast utifrån rättsaktens lydelse utan även utifrån det sammanhang i vilket det har antagits”. Kommissionen hade emellertid ”klart … angivit, i skälen 333–338 och 340–364 i det [omtvistade] beslutet, de omständigheter för bedömningen utifrån vilka den konstaterat att Dow Chemical ska hållas ansvarigt i förevarande mål” (se punkt 79 i den överklagade domen).

20 Vad avser den andra grunden slog tribunalen fast att kommissionen med avseende på Dow Deutschland inte hade lagt fram tillräckliga bevis för att det skulle kunna konstateras att detta bolag deltagit i en överträdelse mellan den 1 juli och den 2 september 1996.

21 Tribunalen erinrade, vad gäller den tredje grunden, i punkterna 123 och 124 i den överklagade domen först om att ”[d]et individuella bidraget från varje företag, utifrån faktisk ekonomisk kapacitet, till kartellens framgång … emellertid [skulle] särskiljas från den konkreta påverkan på marknaden som avses i punkt 1 A första stycket i riktlinjerna” och att ”kommissionen, även om överträdelsen inte lett till någon konkret mätbar påverkan, enligt punkt 1 A tredje, fjärde och sjätte styckena i riktlinjerna och efter att ha fastställt huruvida det rör sig om en mindre allvarlig, allvarlig eller mycket allvarlig överträdelse, [kunde] besluta att göra en sådan åtskillnad mellan berörda företag”.

22 I punkterna 126 och 127 i den överklagade domen slog tribunalen vidare fast att ”Dow … inom ramen för sin talan inte ha[de] ifrågasatt kartellens rättsstridiga syfte, vilket fastslagits i det [omtvistade] beslutet” och att ”[d]et … inte [var] felaktigt av kommissionen att fastslå att förfarandena i fråga i sig utgjorde allvarliga överträdelser, utan att därvid beakta den faktiska påverkan överträdelsen haft på marknaden”. Kommissionen hade vidare ”klart … angivit, i skäl 462 i det [omtvistade] beslutet, att den inte beaktat överträdelsens faktiska påverkan på marknaden vid fastställandet av bötesbeloppen”.

23 Vad gäller det påstådda åsidosättandet av Dows rätt att yttra sig slog tribunalen i punkt 128 i den överklagade domen fast att ”kommissionen [uppfyllde] sin skyldighet att iaktta företagens rätt att yttra sig genom att i sitt meddelande om invändningar uttryckligen ange att den ha[de] för avsikt att undersöka huruvida de berörda företagen sk[ulle] åläggas böter och de huvudsakliga faktiska och rättsliga grunder som k[unde] medföra att böter ål[ades]”. I det aktuella fallet hade kommissionen ”inte … beaktat kartellens påverkan på marknaden när den fastställde överträdelsens allvar (skäl 462 i det [omtvistade] beslutet)”. Enligt tribunalen hade ”Dows rätt att yttra sig … mot denna bakgrund inte åsidosatts”.

24 Tribunalen slog i punkt 146 i den överklagade domen, vad gäller den rättsstridiga tillämpningen av en multiplikationsfaktor i avskräckande syfte som Dow gjort gällande med den tredje grundens sjunde del, fast att den ”vila[de] … på samma argument som lagts fram inom ramen för den första grunden. Då det ovan fastslagits att dessa argument ska[ulle] lämnas utan avseende [kunde] talan följaktligen inte bifallas på den sjunde delen av Dows tredje grund”.

25 Tribunalen erinrade vidare i punkterna 147 och 149 i den överklagade domen om att det ”[var] nödvändigt att beakta de överträdande företagens ekonomiska kapacitet att vålla andra aktörer, särskilt konsumenterna, betydande skada och att fastställa bötesbeloppet till en nivå som säkerstäl[de] att böterna [var] tillräckligt avskräckande (punkt 1 A fjärde stycket i riktlinjerna)” och att ”bötesbeloppet sk[ulle] anpassas så att den eftersträvade effekten hos det företag som ska sanktioneras uppnås”. I punkt 150 i den överklagade domen tillade tribunalen att ”det vid fastställandet av böternas storlek i synnerhet var viktigt att beakta storleken på den [totala] omsättningen hos vart och ett av de företag som deltagit i en konkurrensbegränsande samverkan”.

26 Enligt tribunalen hade det inte skett något åsidosättande av principen om likabehandling. Tribunalen slog i punkt 153 i den överklagade domen härvidlag fast att ”Dow … inte [hade] bestritt den omsättning som kommissionen angett i det [omtvistade] beslutet” och att ”Dow … i synnerhet inte [hade] bestritt att bolaget år 2005 [hade varit] ett större företag än Bayer och ett mindre företag än EniChem [nämligen enligt definitionen av detta begrepp i skäl 36 i det omtvistade beslutet, samtliga företag som ägdes av EniSpA]”. Det [var] således följdriktigt och objektivt motiverat att den multiplikationsfaktor i avskräckande syfte som tillämpats på de böter som Dow ålagts [var] större än den som tillämpats för Bayers böter och mindre än den som tillämpats för EniChems böter”.

27 Tribunalen drog i punkt 154 i den överklagade domen härav slutsatsen att ”omsättningen [för hela världen] år 2005 var 27,383 miljarder euro för Bayer och 37,221 miljarder euro för Dow (det vill säga 35,93 procent högre än för Bayer). Det förhållandet att multiplikationsfaktorn för Dows böter var 16,66 procent högre än den som tillämpats vid fastställande av böterna för Bayer (1,75 respektive 1,5) kan mot denna bakgrund inte anses innefatta ett åsidosättande av likabehandlingsprincipen”. Enligt tribunalen ”framg[ick] det av det angripna beslutet att den multiplikationsfaktor som tillämpats för Dow ha[de] fastställts utifrån den faktor som tillämpats för Bayer och inte utifrån de faktorer som tillämpats för EniChem eller Shell”. Tribunalen erinrade även om att ”kommissionen förfoga[de] över ett utrymme för skönsmässig bedömning vid fastställandet av bötesbelopp och att den inte [var] skyldig att tillämpa någon exakt matematisk formel”.

28 Tribunalen slog slutligen, i punkt 155 i den överklagade domen, fast att ”Dow inte lagt fram någon preciserad uppgift som kan föranleda att den multiplikationsfaktor som tillämpats mot bolaget anses vara oproportionerlig i förhållande till överträdelsens allvar och syftet att säkerställa böternas avskräckande verkan”.

29 Tribunalen slog fast att talan skulle vinna bifall såvitt avsåg Dow Deutschlands andra grund och att artikel 1 i det omtvistade beslutet skulle ogiltigförklaras i den mån det däri angavs att bolaget deltagit i den ifrågavarande överträdelsen från den 1 juli 1996 i stället för från den 2 september 1996. Tribunalen fann likväl att bötesbeloppet inte skulle sättas ned. Dows övriga grunder underkändes. I

den mån dessa grunder åberopats till stöd för yrkandena om nedsättning av böterna fann tribunalen att talan inte kunde vinna bifall såvitt avsåg dessa grunder. Detsamma gäller Dows yrkanden om att kommissionen skulle förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna.

Parternas yrkanden

30 Dow Chemical har yrkat att domstolen ska

— upphäva den överklagade domen, i den mån dess talan om ogiltigförklaring av det omtvistade beslutet vad avser Dow Chemical ogillades, och

— ogiltigförklara det omtvistade beslutet i den mån det avser Dow Chemical.

31 Klagandena har yrkat att domstolen ska

— upphäva den överklagade domen i den mån deras yrkande om att ålagda böter skulle sättas ned påtagligt ogillades,

— påtagligt sätta ned det bötesbelopp som de ålagts, och

— förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna och vidta varje annan åtgärd som domstolen finner nödvändig.

32 Kommissionen har yrkat att domstolen ska

— ogilla överklagandet, och

— förplikta Dow att ersätta rättegångskostnaderna.

Prövning av överklagandet

33 Dow har till stöd för sina yrkanden anfört fyra grunder. Den första grunden avser att tribunalen har gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning, genom att slå fast att kommissionen inte har någon skyldighet att utöva sitt utrymme för skönsmässig bedömning på ett riktigt sätt och genom att inte fullt ut utföra sin prövning med avseende på kommissionens utövande av detta utrymme vid fastställandet av Dow Chemicals ansvar. Som andra grund har det gjorts gällande att tribunalen har gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning genom att tillämpa olika grundbelopp för böterna. Som tredje grund har det anförts att tribunalen har gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning genom att fastställa att det var befogat av kommissionen att beakta Dow Chemicals omsättning. Med den fjärde grunden har det hävdats att tribunalen har gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning genom att fastställa att kommissionen inte har tillämpat den avskräckande multiplikationsfaktorn på ett diskriminerande sätt.

Den första grunden: Felaktig rättstillämpning vid tribunalens prövning av det sätt på vilket kommissionen utövat sitt utrymme för skönsmässig bedömning när den fann att Dow Chemical var ansvarigt för överträdelsen.

Parternas argument

34 Dow har med sin första grund gjort gällande att tribunalen när den underkände den första grunden till stöd för talan i första instans har gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning, dels genom att slå fast att kommissionen inte hade någon skyldighet att utöva sitt utrymme för skönsmässig bedömning på ett riktigt sätt, dels genom att inte fullt ut utföra sin prövning med avseende på kommissionens utövande av detta utrymme när den tillskrev Dow Chemical ansvar för dess dotterbolags beteende. Tribunalen slog endast fast att kommissionen hade rätt att tillskriva Dow Chemical ansvaret, utan att pröva frågan om och hur kommissionen utövat sitt utrymme för skönsmässig bedömning.

35 Dow har preciserat att de i ansökan i första instans gjorde gällande att kommissionen inte hade gjort en avvägning mellan de argument som rörde Dow Chemicals ansvar och att det omtvistade beslutet inte innehöll någon motivering i detta avseende. Enligt Dow ska kommissionen, när den fattar ett beslut inom ramen för sitt utrymme för skönsmässig bedömning, beakta samtliga relevanta rättsliga och faktiska omständigheter och den har i synnerhet en skyldighet att motivera sitt beslut. I skäl 362 i det omtvistade beslutet begränsade sig emellertid kommissionen till att åberopa en allmän policy som består i att tillskriva moderbolaget till det företag som deltagit i den aktuella överträdelsen ansvaret för denna. Kommissionen underkände Dows argument och ansåg att de var ”av politisk art”.

36 Då kommissionen anser att den inte är skyldig att förklara sitt val av adressater för sitt beslut, har den, enligt Dow, inte beaktat att den, genom att rikta beslutet till Dow Chemical, har utsatt detta företag för risken att drabbas av en obefogad skadeståndstalan i Förenta staterna. Mot bakgrund av att Dow Chemical ansökt om förmånlig behandling stod detta agerande inte i överenstämmelse med kommissionens politik vad gäller förmånlig behandling, eftersom en sådan praxis skulle leda till att företag avhålls från att ansöka om att omfattas av programmet för förmånlig behandling. Kommissionen har under alla omständigheter inte förklarat varför dessa omständigheter inte beaktades i det omtvistade beslutet.

37 Dow har påpekat att kommissionen inte begränsas av en allmän policy som den som åberopats i skäl 362 i det omtvistade beslutet och att det finns många beslut i vilka kommissionen inte tillskrivit moderbolaget ansvar trots att detta innehade 100 procent av aktiekapitalet i det överträdande dotterbolagaget.

38 Enligt Dow var det således fel av tribunalen att i punkt 76 i den överklagade domen slå fast att ”[n]är det gäller vad som anförts om att Dow Chemical på ett omotiverat sätt skulle förfördelas genom att det [omtvistade] beslutet riktas mot bolaget, kan detta inte påverka beslutets laglighet, eftersom kommissionen … får tillskriva Dow Chemical ansvaret för förevarande överträdelse”. Tribunalen slog visserligen i punkt 75 i den överklagade domen fast att kommissionen hade rätt att rikta det omtvistade beslutet till Dow Chemical, eftersom ”tillskrivandet av ansvar för moderbolaget [utgjorde] en möjlighet som det är upp till kommissionen att bedöma om den ska använda sig av”. Tribunalen kontrollerade emellertid inte huruvida kommissionen använt sig av sitt utrymme för skönsmässig bedömning och om den i så fall gjort detta utan att göra någon felaktig rättstillämpning eller uppenbart oriktig bedömning.

39 Dow har hävdat att det faktiskt inte finns någon allmän policy att tillskriva moderbolaget ansvar och att dess oro för att utsättas för ett möjligt skadeståndsmål i Förenta staterna inte är ”av politisk art”. De skäl i det omtvistade beslutet som tribunalen hänvisat till i punkt 79 i den omtvistade domen avser

enligt Dow inte kommissionens motivering till att Dow Chemical skulle anses ansvarigt för dess dotterbolags rättsstridiga beteende. Tribunalen har gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning genom att underlåta att undersöka och pröva huruvida det omtvistade beslutet var bristfälligt motiverat.

40 Vid förhandlingen lade Dow fram en handling med vissa uppgifter om rättsläget vad gäller de nationella myndigheternas praxis vad gäller utrymmet för skönsmässig bedömning i tysk, spansk, italiensk och österrikisk rätt.

41 Kommissionen anser att överklagandet inte kan vinna bifall såvitt avser den första grunden. Enligt kommissionen har tribunalen tillfullo utövat sin kontroll. Det framgår av tribunalens fasta praxis att den inte är skyldig att lämna en uttömmande redogörelse för vart och ett av de resonemang som parterna i tvisten fört. Ett företag som överträder konkurrensreglerna i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt har enligt kommissionen inte rätt att förvänta sig att kommissionen ska väga skälen för och emot när den tillskriver företaget ansvar för dess överträdelse. Risken att utsättas för civilrättsliga åtgärder är dessutom i allmänhet en önskvärd följd av ett rättsstridigt beteende.

42 Kommissionen har vidare yrkat att domstolen inte ska ta hänsyn till den handling som Dow ingav avseende utövandet av utrymmet för skönsmässig bedömning i andra nationella rättssystem, eftersom denna handling gavs in för sent.

Domstolens bedömning

43 Det ska inledningsvis erinras om att i enlighet med artikel 23.2 a i rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna [101 FEUF] och [102 FEUF] (EGT L 1, 2003, s. 1) ”får” kommissionen genom beslut ålägga företag böter, om de uppsåtligen eller av oaktsamhet överträder artikel 101 FEUF.

44 Det följer av denna bestämmelses ordalydelse, dels att kommissionen har ett utrymme för skönsmässig bedömning vad gäller att ålägga ett företag som gjort sig skyldigt till en sådan överträdelse böter eller inte, dels att de eventuella gränserna för detta utrymme för skönsmässig bedömning enbart regleras av unionsrätten. I artikel 23.2 i förordning nr 1/2003 finns ingen hänvisning till medlemsstaternas rättssystem.

45 Det är i förevarande fall således uppenbart att den sammanställning av rättspraxis från flera nationella rättssystem som finns i den handling som Dow gett in till domstolen vid den muntliga förhandlingen, är utan betydelse. Det saknas härvidlag anledning att pröva huruvida den ingetts för sent eller ej.

46 Vad gäller gränserna för kommissionens utrymme för skönsmässig bedömning inom unionsrätten så är kommissionen, i likhet med vad denna institution angav vid den muntliga förhandlingen, enligt artikel 105.1 FEUF skyldig att säkerställa tillämpningen av de principer som anges i bland annat artikel 101 FEUF.

47 Det är ställt utom allt tvivel att åläggande av böter till företag som slutit ett konkurrensbegränsande avtal med stöd av artikel 23.2 i förordning nr 1/2003 omfattas av dessa principer. Detta medför att kommissionen, när den – undantagsvis – beslutar att inte ålägga ett företag böter trots att företaget överträtt Europeiska unionens konkurrensregler måste grunda detta beslut på objektiva skäl som kan motivera ett sådant undantag från de principer som anges i artikel 101 FEUF. Sådana objektiva skäl kan bland annat vara att kommissionen i ett specifikt fall inte kan bevisa att moderbolaget har utövat ett avgörande inflytande över sitt dotterbolag, vilket är direkt inblandat i överträdelsen. Bevisningen kan för övrigt i enlighet med fast rättspraxis underlättas avsevärt om moderbolaget innehar 100 procent av aktiekapitalet i dotterbolaget (se, för ett liknade resonemang, bland annat dom av den 10 september 2009 i mål C-97/08 P, Akzo Nobel m.fl. mot kommissionen, REG 2009, s. I-8237, punkt 60 och där angiven rättspraxis).

48 Enligt fast rättspraxis förutsätter möjligheten att ålägga ett moderbolag till ett dotterbolag som deltagit direkt i en överträdelse av konkurrensrätten i unionen att dotterbolaget inte självständigt bestämmer sitt beteende på marknaden, utan i huvudsak tillämpar instruktioner som det får av moderbolaget, särskilt mot bakgrund av de ekonomiska, organisatoriska och rättsliga band som förenar dessa båda juridiska personer. I en sådan situation tillhör dessutom moderbolaget och dotterbolaget samma ekonomiska enhet och utgör således ett företag i den mening som avses i rättspraxis (se, bland annat, domen i det ovannämnda målet Akzo Nobel m.fl. mot kommissionen, punkterna 58 och 59 och där angiven rättspraxis).

49 Således utgör moderbolaget och dotterbolaget, i det fall som angetts i punkten ovan, ett enda företag. Den skyldighet som åvilar kommissionen enligt artikel 105.1 FEUF att när den beslutar om att ålägga böter eller ej, säkerställa tillämpningen av de principer som anges i bland annat artikel 101 FEUF ska tillämpas på samma sätt oavsett om det gäller moderbolaget i fråga eller dess dotterbolag. Såsom domstolen redan slagit fast, finns det ingen skyldighet att välja det ena eller det andra av dessa företag när kommissionen ålägger böter (se, analogt, dom av den 24 september 2009 i de förenade målen C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P och C-137/07 P, Erste Group Bank m.fl. mot kommissionen, REG 2009, s. I-8681, punkterna 81 och 82).

50 Den omständigheten att kommissionen när den tillämpar en särskild metod vid fastställandet av huruvida moderbolag vars dotterbolag deltagit i överträdelser ska hållas ansvariga, ska grunda sig på samma kriterier för alla dessa moderbolag, såvida det inte föreligger särskilda skäl, utgör också en av de principer som anges i punkt 46 i förevarande dom (se, för ett liknande resonemang, dom av den 19 juli 2012 i de förenade målen C-628/10 P och C-14/11 P, Alliance One International och Standard Commercial Tobacco mot kommissionen och kommissionen mot Alliance One International m.fl., punkterna 57 och 59).

51 I förevarande fall skulle kommissionen endast ha haft rätt att avstå från att ålägga även Dow böter om det förelåg objektiva skäl som kunde motivera ett undantag från de principer som anges i artikel 101 FEUF, och om ett sådant beslut inte skulle ha lett till att Dow Chemical hade getts en förmånlig behandling i förhållande till andra moderbolag som varit inblandade i den aktuella överträdelsen. Dessa villkor var emellertid inte uppfyllda för kommissionen i förevarande fall.

52 För det första står det klart att enbart den omständigheten att Dow Chemical riskerade att bli inblandat i ett skadeståndsmål i Förenta staterna inte kan utgöra en godtagbar motivering för kommissionen att avstå från att ålägga detta företag böter. Risken för skadeståndsanspråk berör på samma sätt även dess dotterbolag, liksom för övrigt samtliga de företag till vilka det omtvistade beslutet riktar sig. Denna risk beror nämligen i sak endast på att Dow Chemical var inblandat i ett konkurrensbegränsande beteende, och inte på att kommissionen formellt konstaterat detta beteende.

53 Det är vidare uppenbart att påståendet att ett sådant skadeståndsmål vad avser Dow Chemical kunde äga rum i Förenta staterna saknar betydelse, eftersom företaget har sitt säte där.

54 Det framgår för det andra av det omtvistade beslutet att kommissionen tillskrivit samtliga moderbolag i de koncerner som varit inblandade i den aktuella överträdelsen ansvar, eftersom dessa innehade 100 procent eller nästan 100 procent av aktiekapitalet i sina dotterbolag, utan att den kontrollerat huruvida den omständigheten att det omtvistade beslutet riktades till dessa bolag kunde leda till annan ekonomisk skada än vad som följer av att betala ålagda böter. Kommissionen kunde således inte beakta påståenden om sådan skada enbart i Dow Chemicals fall utan att åsidosätta likabehandlingsprincipen.

55 Härav följer att det var rätt av tribunalen att i punkt 76 i den överklagade domen slå fast att kommissionen hade rätt att tillskriva Dow Chemical ansvaret för överträdelsen.

56 Vad slutligen gäller påståendet att den överklagade domen skulle vara bristfälligt motiverad framgår av domstolens fasta praxis att motiveringsskyldigheten inte innebär att tribunalen är skyldig att lämna en uttömmande redogörelse för vart och ett av de resonemang som parterna i tvisten fört. Motiveringen kan således vara underförstådd under förutsättning att den ger de berörda personerna möjlighet att få reda på skälen till varför tribunalen inte ansåg att det fanns fog för deras argument, och att den behöriga domstolen kan få tillräckligt underlag för att utöva sin kontroll (se, bland annat, beslut av den 13 december 2012 i mål C-593/11 P, Alliance One International mot kommissionen, punkt 28 och där angiven rättspraxis).

57 I förevarande fall undersökte emellertid tribunalen, i punkterna 74–80 i den överklagade domen, frågorna avseende ett påstått fel från kommissionens sida vid dess utövande av sitt utrymme för skönsmässig bedömning samt bristande motivering i detta hänseende. Vad gäller innehållet i denna grund angav tribunalen i punkt 76 i den överklagade domen att ”[n]är det gäller vad som anförts om att Dow Chemical på ett omotiverat sätt skulle förfördelas genom att det [omtvistade] beslutet riktas mot bolaget, kan detta inte påverka beslutets laglighet”. Vad avser kommissionens motiveringsskyldighet hänvisade tribunalen i punkt 79 i den överklagade domen till skälen 333–338 och 340–364 i det omtvistade beslutet och slog fast att kommissionen däri på ett tydligt sätt angett de omständigheter som legat till grund för dess bedömning och gjort det möjligt att tillskriva Dow Chemical ansvar.

58 Denna motivering i den överklagade domen kan visserligen förefalla kortfattad vad gäller frågan huruvida kommissionen mot bakgrund av en eventuell risk för ett skadeståndsmål i Förenta staterna för Dow Chemical inte i det omtvistade beslutet borde ha tillskrivit detta bolag ansvar. Det framgår emellertid att detta bolag kunde förstå att tribunalen delade kommissionens uppfattning i bland annat skäl 362 i det omtvistade beslutet att detta argument, som var ”av politisk art”, inte kunde påverka det omtvistade beslutets lagenlighet.

59 Mot denna bakgrund ska det konstateras att den överklagade domen inte innebär att tribunalen har gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning och inte heller att den är bristfälligt motiverad i detta hänseende. Det är heller inte fråga om ett åsidosättande av artikel 47 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, vilket Dow har gjort gällande vid förhandlingen.

60 Inget av de argument som framförts av Dow kan godtas till stöd för den första grunden. Överklagandet kan således inte vinna bifall såvitt avser denna grund.

Den andra grunden: Felaktig rättstillämpning vad gäller åtskillnaden i behandling avseende böternas grundbelopp

Parternas argument

61 Dow har till stöd för sin andra grund gjort gällande att kommissionen enligt skäl 466 i det angripna beslutet gjort en åtskillnad i behandling avseende böternas utgångsbelopp genom att ”ta hänsyn till den särskilda vikt som varje företag hade och därmed till hur dess rättsstridiga beteende konkret påverkar konkurrensen”. Kommissionen motsade emellertid detta uttalande i skäl 462 i det angripna beslutet om att det inte är möjligt att fastställa den konkreta påverkan på marknaden inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES) och att den därmed inte skulle ”ta hänsyn till denna inverkan på marknaden vid fastställandet av de tillämpliga böterna i förevarande fall”.

62 Vidare har kommissionen inte undersökt vilken konkret påverkan det konkurrensbegränsande samarbetet haft på marknaden, trots att denna är mätbar. Enligt Dow har kommissionen vare sig bedömt sannolikheten för en sådan påverkan eller visat att den aktuella överträdelsen har genomförts.

Kommissionen har för övrigt åsidosatt Dows rätt att yttra sig genom att inte ge Dow möjlighet att ge sin syn på hur kommissionen avsåg beakta den konkreta påverkan på konkurrensen som varje företags rättsstridiga beteende hade.

63 Dow har anfört att tribunalen underkände dessa argument genom att i punkt 124 i den överklagade domen slå fast att ”kommissionen [kunde], även om överträdelsen inte lett till någon konkret mätbar påverkan, enligt punkt 1 A tredje, fjärde och sjätte styckena i riktlinjerna … besluta att göra en sådan åtskillnad mellan berörda företag”. Enligt Dow kunde det emellertid inte ha funnits någon konkret påverkan på konkurrensen om det inte fanns någon konkret påverkan på marknaden och kommissionen kunde således inte beakta denna påverkan för att göra en åtskillnad när den fastställde böternas grundbelopp. Kommissionen har genom att återkalla det första meddelandet och ersätta det med ett andra meddelande, i vilket vare sig den konkreta påverkan på marknaden eller den verkliga påverkan på konkurrensen togs upp, även åsidosatt Dows rätt att yttra sig.

64 Följaktligen ska enligt Dow det grundbelopp för böterna som fastställts för klagandena inte överstiga vad som fastställts för övriga berörda företag. Beloppet ska således minskas till 5,5 miljoner euro vilket leder till ett bötesbelopp om 8 662 500 euro för Dow Chemical, 8 085 000 euro för Dow Deutschland och 6 352 000 euro för Dow Deutschland Anlagengesellschaft samt för Dow Europe.

65 Det var enligt kommissionen rätt av tribunalen att i punkterna 127 och 128 i den överklagade domen slå fast att det inte fanns något behov av att höra Dow vad avser överträdelsens konkreta påverkan och att Dows rätt att yttra sig i detta avseende inte hade åsidosatts. Kommissionen är av uppfattningen att den i skäl 462 i det omtvistade beslutet visat att det konkurrensbegränsande samarbetet genomförts, även om detta genomförande inte beaktades vid beräkningen av bötesbeloppet. Genom att i meddelandet om invändningar uttryckligen ange att den hade för avsikt att undersöka huruvida de berörda företagen skulle åläggas böter och tillkännage de huvudsakliga faktiska och rättsliga grunder som kan medföra att böter åläggs, anser kommissionen att den i det andra meddelandet iakttagit företagens rätt att yttra sig.

66 Vad slutligen gäller det konkurrensbegränsande samarbetets konkreta påverkan framgår det av skäl 465 i det omtvistade beslutet att den åtskillnad i behandling som gjordes vilar på den ekonomiska kapaciteten att snedvrida konkurrensen och att det följaktligen inte var nödvändigt att bedöma överträdelsens konkreta påverkan på marknaden. Detta synsätt står i överensstämmelse med riktlinjerna och med såväl domstolens som tribunalens praxis.

Domstolens bedömning

67 Vad för det första avser Dows påstående att kommissionen inte bedömt sannolikheten för att den aktuella överträdelsen skulle ha en verklig påverkan på marknaden och inte heller visat att denna överträdelse genomförts, är detta påstående inte riktigt. Kommissionen har nämligen i skäl 462 i det omtvistade beslutet uttryckligen angett att ”vad gäller EES har de konkurrensbegränsande avtalen genomförts av de europeiska tillverkarna och detta genomförande har faktiskt haft en påverkan på marknaden, även om denna påverkan är svår att mäta”. Dow har inte lagt fram några argument som grundar sig på rättsliga eller faktiska omständigheter för att motbevisa detta konstaterande.

68 Dows påstående att det ”inte kunde ha funnits någon verklig påverkan på konkurrensen om det inte fanns någon konkret påverkan på marknaden och kommissionen kunde således inte beakta denna påverkan för att göra en åtskillnad när den fastställde böternas grundbelopp” är, eftersom det fastställts att den aktuella överträdelsen haft en verklig påverkan på marknaden – om än svår att mäta – verkningslöst.

69 Av vad som ovan anförts framgår vidare att Dows påstående att skälen 462 och 466 i det omtvistade beslutet skulle motsäga varandra inte är riktigt. Skäl 462 i vilket kommissionen preciserade att den inte skulle ”ta hänsyn till denna inverkan på marknaden vid fastställandet av de tillämpliga böterna i förevarande fall” återfinns nämligen i punkt 9.1 i det omtvistade beslutet med rubriken ”[den aktuella överträdelsens] allvar” och avser enbart den omständigheten att överträdelsen kvalificerats som ”mycket allvarlig”. Skäl 466 återfinns däremot i punkt 9.2 i det omtvistade beslutet med rubriken ”Åtskillnad i behandling” och detta skäl avser enbart åtskillnad vad gäller böternas utgångsbelopp med hänsyn till varje berört företags verkliga ekonomiska kapacitet att begränsa konkurrensen. Denna åtskillnad kan grundas, som i förevarande fall, på vart och ett av de berörda företagens försäljning av de varor som den aktuella överträdelsen avser, även om påverkan på marknaden inte är mätbar.

70 Dow kan slutligen inte heller vinna framgång med sitt argument att dess rätt att yttra sig har åsidosats. Enligt domstolens fasta praxis uppfyller kommissionen sin skyldighet att iaktta företagens rätt att yttra sig genom att i sitt meddelande om invändningar uttryckligen ange att den har för avsikt att undersöka huruvida de berörda företagen ska åläggas böter och tillkännage de huvudsakliga faktiska och rättsliga grunder som kan medföra att böter åläggs, såsom hur allvarlig den påstådda överträdelsen varit och hur länge den pågått, samt huruvida den begåtts ”uppsåtligen eller av oaktsamhet”. Genom att göra detta ger nämligen kommissionen företagen de upplysningar som är nödvändiga för att de ska kunna försvara sig, inte bara mot ett konstaterande av överträdelsen, utan även mot åläggandet av böter (se, bland annat, 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, punkt 428 och där angiven rättspraxis).

71 Det ska vidare för fullständighets skull anges att kommissionen i punkt 425 i det andra meddelandet preciserade att den avsåg att beakta ”[överträdelsens] konkreta påverkan på marknaden, om den är mätbar”. I punkt 430 tredje strecksatsen i skälen till detta meddelande angav kommissionen vidare att den i det omtvistade beslutet hade för avsikt att beakta ”den faktiska påverkan på konkurrensen, av varje företags förfarande i samband med överträdelsen”. Dows rätt att yttra sig har således inte åsidosatts.

72 Det var mot denna bakgrund inte fel av tribunalen att i punkt 124 i den överklagade domen slå fast att kommissionen, även om överträdelsen i fråga inte lett till någon konkret mätbar påverkan kunde besluta att göra åtskillnad mellan berörda företag.

73 Överklagandet kan således, mot denna bakgrund inte vinna bifall såvitt avser den andra grunden.

Den tredje grunden: Felaktig rättstillämpning av tribunalen när den slog fast att kommissionen hade rätt att beakta Dow Chemicals omsättning

Parternas argument

74 Dow har med sin tredje grund gjort gällande att det omtvistade beslutet, av skäl som angetts inom ramen för överklagandets första grund, inte borde ha riktats till Dow Chemical och att kommissionen således gjorde fel som beaktade detta företags omsättning för att fastställa en multiplikationsfaktor i avskräckande syfte. Enligt Dow underkände tribunalen i punkt 146 i den överklagade domen den sjunde delen av Dows tredje grund som vilade på samma argument som lagts fram inom ramen för den första grunden och som avsåg att Dow Chemical rättsstridigt tillskrivits ansvar för överträdelsen, eftersom det fastslagits att dessa argument skulle lämnas utan avseende.

75 Tribunalen gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning när den inte godtog den första grunden och har därför gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning även när den inte godtog argumentet avseende att Dow Chemicals omsättning hade beaktats. Dow har härav dragit slutsatsen att de böter som ålagts Dow Chemical ska undanröjas.

76 Enligt kommissionen kan förevarande grund inte leda till bifall till överklagandet, eftersom Dows första grund inte kunde godtas.

Domstolens bedömning

77 Dows tredje grund vilar på antagandet att det omtvistade beslutet inte skulle ha riktats till Dow Chemical i egenskap av moderbolag i Dowkoncernen. Detta argument omfattas av överklagandets första grund.

78 Detta antagande är, såsom framgår av punkterna 43 och följande punkter i förevarande dom, felaktigt och domstolen konstaterar i punkt 60 i förevarande dom att överklagandet inte kan vinna bifall såvitt avser denna grund. Följaktligen kan inte heller den tredje grunden leda till bifall till överklagandet.

Den fjärde grunden: Tribunalen ska ha gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning genom att fastställa att kommissionen inte har tillämpat multiplikationsfaktorn i avskräckande syfte på ett diskriminerande sätt

Parternas argument

79 Dow har med sin fjärde grund, som även åberopats vid tribunalen, gjort gällande att den multiplikationsfaktor i avskräckande syfte på 1,75 procent som tillämpades på Dow var överdriven och diskriminerande. Tribunalen underkände motsvarande grund med motiveringen att mot bakgrund av förhållandet mellan Dows och Bayers omsättning utgjorde den multiplikationsfaktor som tillämpades på Dow inte ett åsidosättande av principen om likabehandling.

80 Tribunalen slog med avseende på jämförelsen mellan den multiplikationsfaktor i avskräckande syfte som tillämpades på Dow och den som tillämpades på EniChem och Shell i punkt 154 i den överklagade domen fast att ”den multiplikationsfaktor som tillämpats för Dow [1,75] har fastställts utifrån den faktor som tillämpats för Bayer [1,5] och inte utifrån de faktorer som tillämpats för EniChem [2] eller Shell [3]”. Dow anser att tribunalen genom att jämföra Dow enbart med Bayer i stället för att jämföra även med EniChem och Shell har gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning.

81 Dow anser att det är uppenbart diskriminerande att tillämpa samma höjning på två företag med en skillnad i omsättning på 36 procent, nämligen Bayer, vars omsättning vid den aktuella tidpunkten uppgick till 27,383 miljarder euro, och Dow, vars omsättning vid samma tidpunkt uppgick till 37,221 miljarder euro, och två företag där skillnaden i omsättning var 100 procent, nämligen Dow och EniChem, där det sistnämnda företaget hade en omsättning på 73,738 miljarder euro.

82 Dow gav vid förhandlingen in en handling till domstolen med en matematisk formel som, i förekommande fall, gjorde det möjligt att beräkna en multiplikationsfaktor i avskräckande syfte som medförde, dels att det inte blev någon diskriminering mellan de företag till vilka det omtvistade beslutet riktades, dels att en multiplikationsfaktor överstigande 3 inte behövde tillämpas. Enligt denna formel skulle en multiplikationsfaktor på cirka 1,3 ha tillämpats på Dow.

83 Kommissionen har genmält att den multiplikationsfaktor som valts för att fastställa böternas grundbelopp endast ska ge en ungefärlig återspegling av de matematiska proportionerna. I det aktuella fallet var det stor skillnad i storlek mellan de företag som deltagit i överträdelsen. Enligt kommissionen var det således orealistiskt och matematiskt omöjligt att tillämpa en multiplikationsfaktor som var helt proportionell i förhållande till samtliga berörda företags omsättning.

84 Kommissionen har angett att den därför beslutat att använda sig av multiplikationsfaktorer som utgick från de minsta företagen och som säkerställde att den multiplikationsfaktor som tillämpades på vart och ett av dem skulle vara mer eller mindre proportionell i förhållande till omsättningen för det närmast efterföljande företaget. Som tribunalen slog fast, hade kommissionen på denna grund kunnat tillämpa en än högre multiplikationsfaktor på Dow.

85 Kommissionen anser vidare att den handling som ingetts vid förhandlingen ska avvisas, eftersom den ingetts efter det att det skriftliga förfarandet avslutats.

Domstolens bedömning

86 Enligt fast rättspraxis är syftet med en multiplikationsfaktor i avskräckande syfte och med att det berörda företagets storlek och sammanlagda resurser i detta sammanhang ska beaktas, den effekt man önskar uppnå på företaget. Sanktionen får därför inte vara försumbar i förhållande till, bland annat företagets finansiella styrka (se, för ett liknande resonemang, bland annat dom av den 17 juni 2010 i mål C-413/08 P, Lafarge mot kommissionen, REU 2010, s. I-5361, punkterna 104 och 105, samt beslut av den 7 februari 2012 i mål C-421/11 P, Total och Elf Aquitaine mot kommissionen, punkt 82). Domstolen har emellertid även slagit fast att omsättningen inte får ges en oproportionerlig betydelse (se beslutet i det ovannämnda målet Total och Elf Aquitaine mot kommissionen, punkt 80).

87 Vid beräkningen av böterna för de företag som deltagit i en konkurrensbegränsande samverkan, ligger det således i sakens natur att de berörda företagen behandlas olika när kommissionen utövar sina befogenheter på området. Kommissionen ska nämligen använda sitt utrymme för skönsmässig bedömning för att fastställa sanktionerna individuellt utifrån respektive företags uppträdande och specifika egenskaper, för att säkerställa att unionens konkurrensregler ges full verkan i varje enskilt fall (se dom av den 12 november 2009 i mål C-564/08 P, SGL Carbon mot kommissionen, REG 2009, punkt 43 och där angiven rättspraxis).

88 Enligt ovan i punkt 86 nämnda rättspraxis ska kommissionen i synnerhet se till att ålagda sanktioner inte är ”försumbara”, med hänsyn tagen bland annat till de berörda företagens finansiella styrka. Detta fordrar dock inte att ett företag med en klart högre omsättning än övriga kartellmedlemmar måste åläggas böter som är strikt proportionella mot omsättningen jämfört med de andra företagen. Om så var fallet, torde de böter som åläggs de största företagen och höjs enligt en sådan rent matematisk metod förvisso vara tillräckligt avskräckande. De skulle dock riskera att vara oproportionerliga i förhållande till den konkreta överträdelsens allvar, särskilt om det såsom i förevarande fall är en betydande skillnad mellan omsättningen för de olika berörda företagen (se dom av den 13 juni 2013 i mål C-511/11 P, Versalis mot kommissionen, punkt 105).

89 Det framgår också av fast rättspraxis att tribunalen vid utövandet av sin obegränsade behörighet när den fastställer bötesbeloppet inte kan avsäga sig sin befogenhet att göra skönsmässiga bedömningar genom att uteslutande och rutinmässigt hänvisa till en rent matematisk beräkning baserad enbart på det berörda företagets omsättning (se, för ett liknande resonemang, bland annat 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 121, svensk specialutgåva, volym 7, s. 133, av den 16 november 2000 i mål C-283/98 P, Mo och Domsjö mot kommissionen, REG 2000, s. I-9855, punkt 47, och domen i det ovannämnda målet Dansk Rørindustri m.fl. mot kommissionen, punkt 243).

90 Mot denna bakgrund kan tribunalen inte klandras för att ha bekräftat kommissionens tillvägagångssätt när den fastställde en multiplikationsfaktor i avskräckande syfte till 1,75 för Dow och till 2 för Enichem samt till 3 för Shell. Syftet var nämligen dels att säkerställa att de böter som varje företag ålades inte var försumbara i förhållande till dess finansiella kapacitet, dels att inte tillämpa oproportionerligt höga

multiplikationsfaktorer på de största företagen, även om de företagen med hänsyn till det matematiska förhållandet mellan deras omsättning och omsättningen för de mindre företagen teoretiskt sett hade kunnat åläggas klart högre multiplikationsfaktorer.

91 Den omständigheten att det av den handling som ingetts av Dow vid förhandlingen framgår att det är matematiskt möjligt att göra en beräkning av multiplikationsfaktorerna i avskräckande syfte för vart och ett av företagen enbart på grundval av dessa företags omsättning, samtidigt som den maximala multiplikationsfaktorn är 3, saknar betydelse. Det finns således inte anleding att pröva huruvida denna handling ska avvisas eller ej. En sådan enbart matematisk beräkning skulle nämligen förhindra kommissionen att uppfylla sin skyldighet, såsom den framgår av bland annat i punkterna 86–89 i förevarande dom nämnd rättspraxis, att ålägga böter som för vart och ett av företagen är varken försumbara eller oproportionerliga.

92 Överklagandet kan mot denna bakgrund inte vinna bifall såvitt avser Dows fjärde grund.

93 Överklagandet kan följaktligen inte vinna bifall såvitt avser någon av de grunder som Dow har gjort gällande. Således ska överklagandet ogillas.

Rättegångskostnader

94 Enligt artikel 184.2 i domstolens rättegångsregler ska domstolen, när överklagandet ogillas, besluta om rättegångskostnaderna. Enligt artikel 138.1 i rättegångsreglerna, som enligt artikel 184.1 i rättegångsreglerna ska gälla i mål om överklagande, ska tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Kommissionen har yrkat att Dow ska förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom Dow har tappat målet, ska kommissionens yrkande bifallas.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (första avdelningen) följande:

1) Överklagandet ogillas.

2) The Dow Chemical Company, Dow Deutschland Inc., Dow Deutschland Anlagengesellschaft mbH och Dow Europe GmbH ska bära sina rättegångskostnader och ersätta Europeiska kommissionens rättegångskostnader.

Underskrifter