FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT PAOLO MENGOZZI

föredraget den 17 februari 2011 [1]

1. Det överklagande som förevarande mål avser och som ingetts av Elf Aquitaine SA (nedan kallat Elf Aquitaine eller klaganden) riktar sig mot den dom genom vilken förstainstansrätten ogillade Elf Aquitaines talan om ogiltigförklaring av det beslut av den 19 januari 2005 [2] (nedan kallat beslutet) där kommissionen slog fast att ett visst antal företag, däribland det företag som består av klaganden och dess dotterbolag Arkema SA, tidigare Elf Atochem SA och därefter Atofina SA (nedan kallade Arkema, Elf Atochem och Atofina), hade överträtt artikel 81.1 EG (nu artikel 101 FEUF) och artikel 53.1 i EES-avtalet på grund av att de hade deltagit i en konkurrensbegränsande samverkan på marknaden för monoklorättiksyra (nedan kallad den överklagade domen). [3]

I — Bakgrunden till tvisten, den överklagade domen, förfarandet vid domstolen och parternas yrkanden

2. I enlighet med punkt 3 och följande punkter i den överklagade domen inleddes kommissionens undersökning av monoklorättiksyrekartellen i slutet av år 1999, efter anmälan av en av de företag som deltog i samverkan. Den 14 och den 15 mars 2000 utförde kommissionen kontroller i bland annat Elf Atochems lokaler. Den 7 och den 8 april 2004 sände kommissionen ett meddelande om invändningar till tolv bolag, däribland Elf Aquitaine och Atofina (punkterna 3–5 i den överklagade domen).

3. Kommissionen underkände i beslutet Elf Aquitaines motstridande argument och ansåg att den omständigheten att detta bolag innehade 98 procent av aktierna i Atofina var tillräckligt för att tillskriva det ansvaret för dotterbolagets agerande. Kommissionen ansåg dessutom att den omständigheten att Elf Aquitaine inte hade deltagit i framställningen och i marknadsföringen av monokloättiksyran inte hindrade att bolaget tillsammans med koncernens operativa enheter betraktades som en enda ekonomisk enhet (punkterna 9 och 12 i den överklagade domen). De böter som i beslutet ålades Elf Aquitaine och Arkema, som gemensamt och solidariskt

1 — Originalspråk: italienska.

2 — K(2004) 4876 slutlig, om ett förfarande enligt artikel 81 [EG] och artikel 53 i EES-avtalet (ärende COMP/E-1/37.773 – MCAA).

3 — Dom av den 30 september 2009 i mål T-174/05, Elf Aquitaine mot kommissionen (ej publicerad i rättsfallssamlingen, se upplysning, REG 2005, s. II-183*).

ansvariga, uppgår till 45 miljoner euro (artikel 2 c i beslutet och punkt 30 i den överklagade domen).

4. Den 27 april 2005 väckte Elf Aquitaine talan om ogiltigförklaring mot detta beslut. Elf Aquitaine har till stöd för sitt överklagande i första hand åberopat nio grunder. De avser ett åsidosättande av rätten till försvar, bristfällig motivering, motsägelser i domskälen, åsidosättande av de regler som styr moderbolagets ansvar för dotterbolagets överträdelser, åsidosättande av olika väsentliga principer som ingår som en integrerad del i gemenskapens rättsordning, åsidosättande av principen om god förvaltningssed, missuppfattning av bevisningen och maktmissbruk. Elf Aquitaine har dessutom i andra hand åberopat bristande koherens i kommissionens resonemang vid beräkningen av böterna och i tredje hand att böterna ska sättas ned till en lämplig nivå. Tribunalen ogillade i den överklagade domen talan såvitt avsåg samtliga grunder som åberopats såväl i första som i andra och tredje hand och förpliktade klaganden att ersätta rättegångskostnaderna.

5. Den 15 december 2009 inkom klaganden med överklagande av denna dom till domstolens kansli. Klaganden har yrkat att domstolen i första hand ska ogiltigförklara den överklagade domen och bifalla de yrkanden som framställts i första instans och som avser ogiltigförklaring av artiklarna 1 d, 2 c, 3 och 4.9 i beslutet. Klaganden har i andra hand yrkat att domstolen i enlighet med artikel 261 FEUF ska ogiltigförklara eller sätta ned bötesbeloppet om 45 miljoner euro som gemensamt och solidariskt ålagts Arkema och Elf Aquitaine enligt artikel 2 c i beslutet. Klaganden har under alla förhållanden yrkat att kommissionen ska förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Kommissionen har yrkat att domstolen ska ogilla överklagandet och förplikta klaganden att ersätta rättegångskostnaderna.

6. Företrädarna för parterna har yttrat sig vid förhandlingen den 25 november 2010.

II — Bedömning

A — *Överklagandet*

7. Elf Aquitaine har till stöd för sitt överklagande åberopat sex grunder, de första fem grunderna i första hand och den sjätte grunden i andra hand.

1. Den första grunden för överklagandet

8. Klaganden har med sin första grund för överklagandet gjort gällande att tribunalen inte dragit de vederbörliga konsekvenserna av att de böter som ålagts enligt artikel 101 FEUF är av straffrättslig art. Detta borde nämligen ha föranlett tribunalen att fullt ut tillämpa principen om personligt ansvar i brottmål, principen om att straff ska vara individuella och principen om oskuldspresumtion som stadfästs i artikel 6.1 och 6.2 i Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (nedan kallad Europakonventionen). [4] Tribunalen har i stället felaktigt endast tillämpat dessa principer på en enhet som saknar juridisk personlighet, företaget Atofina/Elf Aquitaine, och inte på de bolag som enligt dess bedömning utgjorde detta företag och var de enda rättssubjekten. Detta synsätt föranledde särskilt tribunalen att dels neka klaganden den förmån som följer av oskuldspresumtionen, eftersom den inte involverade klaganden i den inledande undersökningen, dels inte på klaganden tillämpa principen om personligt ansvar i brottmål och principen att straff ska vara individuella genom att avvisa de uppgifter som klaganden lagt fram för att visa att den inte alls hade med överträdelsen att göra samt att dess dotterbolag agerade självständigt på marknaden. Kommissionen har inledningsvis påpekat att frågan om arten av de böter som ålagts på grund av att konkurrensreglerna åsidosatts, vilken domstolen hittills har avstått från att uttryckligen ta ställning till, i förevarande fall kan lämnas öppen. De rättigheter som följer av en sådan kvalifikation, såsom rätten till försvar och oskuldspresumtionen, har nämligen erkänts och garanterats i rättspraxis.

9. I likhet med kommissionen anser jag att domstolen i förevarande fall inte är skyldig att uttryckligen ta ställning till frågan huruvida arten av de böter som ålagts på grund av att konkurrensreglerna överträtts, vilket jag erinrar om, uttryckligen har kvalificerats som icke straffrättsliga böter i artikel 23.5 i förordning nr 1/2003. [5] Klaganden har med sin första grund för överklagandet inte klandrat tribunalen för att den förnekade dessa böters straffrättsliga art, utan för att den åsidosatte de grundläggande rättigheter som klaganden åtnjuter i egenskap av juridisk person som hålls ansvarig för en överträdelse som enligt dess mening sanktionsåtgärder av straffrättslig karaktär är knutna till. Vid närmare påseende överlappar de särskilda anmärkningar som Elf Aquitaine framfört i denna grund i stor utsträckning de anmärkningar som framförts i de övriga grunderna för överklagandet. Detta gäller särskilt i den

4 — Undertecknad i Rom den 4 november 1950.

5 — Rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget (EGT L 1, 2003, s. 1). Enligt rättspraxis från Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna utesluter som bekant inte det förhållandet att en sanktionsåtgärd kvalificeras som icke straffrättslig i en konventionsstats rättsordning att denna sanktionsåtgärd ändå tillerkänns en straffrättslig karaktär för tillämpningen av bestämmelserna i Europakonventionen (se Europadomstolens dom av den 8 juni 1976, Engel m.fl., serie A nr 22). Utan att föra min analys längre påpekar jag att det mot bakgrund av denna rättspraxis förefaller osannolikt att de sanktionsåtgärder som vidtas på grundval av förordning nr 1/2003 inte kan ha straffrättslig karaktär i den mening som avses i konventionen.

andra grunden, i vilken det görs gällande att tribunalen åsidosatte rätten till försvar när den nekade klaganden rätten att bli involverad i den inledande undersökningen, och den femte grunden, i vilken det åberopats att principerna om personligt ansvar i brottmål, om att straff ska vara individuella och om oskuldspresumtion har åsidosatts till följd av att den presumtion som legat till grund för kommissionen när den fastställde Elf Aquitaines ansvar för Atofinas agerande i själva verket inte kan motbevisas. Härav följer att den första grunden för överklagandet inte är reellt självständig, utom såvitt den avser påståendet att tribunalen felaktigt har tillämpat de av klaganden åberopade grundläggande rättigheterna på det företag som utgörs av Elf Aquitaine och dess dotterbolag och inte enbart på klaganden. Såsom kommer att framgå tydligare i fortsättningen syftar dock även detta påstående till att göra gällande en allvarlig överträdelse av dessa rättigheter, vilket har upprepats i olika avsnitt av överklagandet.

10. På grundval av det ovanstående anser jag att den första grunden för överklagandet inte kräver någon undersökning som särskilt skiljer sig från undersökningen av den andra och den femte grunden. De anmärkningar som gjorts i dessa två grunder kommer att prövas med antagande av att klagandens utgångspunkt är riktig, det vill säga att sanktionsåtgärderna vid överträdelse av unionens konkurrensregler har straffrättslig karaktär.

2. Den andra grunden för överklagandet: Åsidosättande av klagandens rätt till försvar

11. Som andra grund har Elf Aquitaine åberopat att rätten till försvar har åsidosatts på grund av en felaktig tolkning av principerna om ett rättvist förfarande och jämlikhet i medel. Denna grund består av två delgrunder.

a) Den första delgrunden

12. Klaganden har först och främst klandrat tribunalen för att den inte har säkerställt skyddet för dess rätt till försvar redan under den inledande undersökningen, innan meddelandet om invändningar sändes. I detta skede av det administrativa förfarandet hördes klaganden inte av kommissionen och underrättades inte ens om misstankarna mot bolaget. Enligt klaganden var det i förevarande fall särskilt angeläget att dessa krav uppfylldes, eftersom klaganden inte deltog i överträdelsen och inte kände till att den ens ägt rum. Den försenade informationen (i det skede då meddelandet om invändningar sändes) om att det förelåg en undersökning med avseende på klaganden hade inte gett den möjlighet att vida nödvändiga åtgärder för att med framgång förbereda sitt försvar, särskilt när det gällde att bevara eventuell bevisning för att visa att dess dotterbolag agerade självständigt på marknaden. Att begränsa utövandet av rätten till försvar till enbart skedet efter det att meddelandet om invändningar sänts strider mot den straffrättsliga arten av de sanktionsåtgärder som vidtas enligt artikel 101 FEUF. Klaganden har

till stöd för sina argument i repliken särskilt hänvisat till kommissionens ”Best practices on the conduct of proceedings concerning Articles 101 and 102 TFEU”, som publicerades i januari 2010 (nedan kallade Best Practices).

13. Prövningen av denna delgrund kräver först och främst att det fastställs huruvida och i så fall i vilken utsträckning kommissionen, för att respektera rätten till försvar hos de företag som är inblandade i ett förfarande på grund av överträdelse av konkurrensreglerna, redan i det skede då den inledande undersökningen påbörjas, och således innan meddelandet om invändningar sänds, är skyldig att underrätta dessa företag om de misstankar som gäller dem.

14. Jag erinrar härvid om att enligt fast rättspraxis utgör rätten till försvar i varje förfarande som kan leda till sanktionsåtgärder, särskilt böter eller viten, såsom de böter eller viten som föreskrivs i förordning nr 1/2003, en grundläggande rättighet som ingår bland de allmänna rättsprinciper som domstolen ska säkerställa iakttagandet av. [6] Det ska dessutom erinras om att det administrativa förfarandet i den mening som avses i förordning nr 1/2003, som äger rum vid kommissionen sönderfaller i två särskilda och på varandra följande skeden som vart och ett har en egen intern logik. Den första perioden, som omfattar tiden fram till meddelandet om invändningar, börjar löpa den dag då kommissionen, vid utövandet av den behörighet den inom ramen för en inledande undersökning har enligt förordning nr 1/2003, vidtar åtgärder som innebär anklagelser om att en överträdelse skett och som får väsentliga följder för de misstänkta företagens situation. Denna period ska göra det möjligt för kommissionen att efter undersökningarna ta ställning till det fortsatta förfarandet. Den andra perioden sträcker sig från meddelandet om invändningar till antagandet av det slutliga beslutet. Denna period ska göra det möjligt för kommissionen att slutgiltigt ta ställning till den påtalade överträdelsen. [7] Det är först i början av denna andra period som det berörda företaget genom meddelandet om invändningar underrättas om alla väsentliga omständigheter som kommissionen stöder sig på och får en rätt till insyn i akten. [8] Enligt vad domstolen preciserade i domen i målet Dalmine är det endast efter det att nämnda meddelande skickats som det berörda företaget kan göra gällande sin rätt till försvar *fullt ut* [9] , och det är just det faktum att meddelandet om invändningar skickas, samt att mottagaren av meddelandet ges tillgång till akten, som

6 — Se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 7 januari 2004 i de förenade målen C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P och C-219/00 P, Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen (REG 2004, s. I-123), punkt 64, och av den 8 februari 2007 i mål C-3/06 P, Groupe Danone mot kommissionen (REG 2007, s. I-1331), punkt 68.

7 — Se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 15 oktober 2002 i de förenade målen C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P C-252/99 P och C-254/99 P, Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mot kommissionen (REG 2002, s. I-8375), punkterna 181–183, och av den 21 september 2006 i mål C-105/04 P, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied mot kommissionen (REG 2006, s. I-8725), punkt 38.

8 — Se, för ett liknande resonemang, domen i målet Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mot kommissionen (ovan fotnot 7), punkterna 315 och 316, och domen i målet Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen (ovan fotnot 6), punkterna 66 och 67.

9 — Se dom av den 25 januari 2007 i mål C-407/04 P, Dalmine mot kommissionen (REG 2007, s. I-829), punkt 59.

säkerställer rätten till försvar och rätten till en rättvis rättegång [10]. Domstolen påpekade för övrigt i samma dom att om företagens rätt till försvar utsträcktes till att omfatta det skede som föregår meddelandet om invändningar, ”skulle … effektiviteten i kommissionens utredning kunna äventyras, eftersom det ifrågavarande företaget redan under den inledande undersökningen skulle kunna fastställa vilken information som var känd av kommissionen och därigenom vilken information det fortfarande skulle kunna dölja för denna”. [11]

15. I förevarande fall har klaganden klandrat tribunalen för att den inte har slagit fast att kommissionen var skyldig att redan under den inledande undersökningen underrätta klaganden om de misstankar som förelåg mot bolaget. Den skyldighet som enligt klaganden har åsidosatts är således mer allmän i förhållande till överlämnandet av olika bevis som samlats under den inledande undersökningen och som avser informationen om den påstådda överträdelsen som är föremål för undersökning.

16. Domstolen har ännu inte uttryckligen tagit ställning till frågan huruvida det föreligger en sådan skyldighet. I domstolens rättspraxis ges dock visst underlag för bedömning. I domen i målet Hoechst mot kommissionen slog domstolen fast att det är nödvändigt att förhindra att rätten till försvar ”undergrävs på ett oåterkalleligt sätt i en undersöknings inledningsskede. Detta gäller särskilt undersökningar som kan ha en avgörande betydelse för införskaffande av bevis för ett företags rättsstridiga beteende.” [12] Enligt domstolen följer härav att även om vissa av försvarets rättigheter bara rör kontradiktoriska förfaranden som följer på ett meddelande om anmärkningar ska andra rättigheter, som exempelvis rätten till juridiskt biträde och rätten till sekretess för skriftväxlingen mellan advokat och klient, [13] eller också rätten att inte vittna mot sig själv, [14] iakttas redan under den inledande undersökningen. Vad avser principen om iakttagande av en rimlig tidsfrist har domstolen slagit fast att den omständigheten att den inledande undersökningen blir utdragen kan ha en inverkan på de berörda företagens framtida försvarsmöjligheter, särskilt genom att utgöra hinder för att skaffa fram bevis för att vederlägga ett påstående om att det har förekommit sådana beteenden som kan medföra ansvar för de berörda företagen. Domstolen har vidare funnit att ”[a]v detta skäl skall prövningen av huruvida utövandet av rätten till försvar eventuellt har hindrats inte inskränkas till själva det skede under

10 — Ibidem, punkt 58.

11 — Ibidem, punkt 60. Detta påstående ska dock betraktas i samband med den anmärkning som gjordes av Dalmine, som gjorde gällande att det inte före meddelandet om invändningar hade underrättats om att kommissionen förfogade över vissa protokoll som upprättats inom ramen för en nationell brottsmålsutredning. Dalmine bestred att dessa kunde upptas till prövning som bevisning i det förfarande som kommissionen hade inlett, punkterna 54, 55 och 60. En motsvarande anmärkning om att i det skede som föregick meddelandet om invändningar vissa bevis som kommissionen använt i förfarandets följande skede inte hade lämnats ut, tillbakavisades av förstainstansrätten i dom av den 8 juli 2008 i mål T-99/04, AC-Treuhand mot kommissionen (REG 2008, s. II-1501), punkt 49.

12 — Dom av den 21 september 1989 i de förenade målen 46/87 och 227/88, Hoechst mot kommissionen (REG 1989, s. 2859; svensk specialutgåva, volym 10, s. 133), punkt 15. Denna princip har nyligen bekräftats i domen i målet Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen (ovan fotnot 6), punkt 63.

13 — Fastslaget av domstolen i dom av den 18 maj 1982 i mål 155/79, AM & S mot kommissionen (REG 1982, s. 1575; svensk specialutgåva, volym 6, s. 405).

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

vilket denna rätt får full verkan, det vill säga det administrativa förfarandets andra skede", utan "skall omfatta hela förfarandet och avse dess sammanlagda tidsåtgång". [15]

17. I domen i målet AC-Treuhand mot kommissionen, som klaganden har hänvisat till, ansåg tribunalen att de i föregående punkt angivna övervägandena analogt var tillämpliga på den aktuella frågan. Tribunalen fann särskilt att "[d]et ifrågavarande företaget... visserligen inte [är] 'anklagat' i formell mening under [den inledande undersökningen] men den omständigheten att en undersökning inleds med avseende på företaget, bland annat genom att en utredningsåtgärd vidtas, kan i materiellt hänseende i allmänhet inte skiljas från att misstankar och därmed en underförstådd anklagelse föreligger..., vilket innebär att denna åtgärd är befogad". [16] Härav följer enligt tribunalen att kommissionen från och med den inledande undersökningen är skyldig att lämna det berörda företaget vissa upplysningar om föremålet för och ändamålet med utredningen. Jag håller med om denna slutsats. Förutom att denna slutsats följer av den centrala roll som domstolen tillerkänt rätten till försvar i förfaranden som kan leda till sanktionsåtgärder, [17] utgör den den logiska utvecklingen av vad domstolen redan har slagit fast när det gäller nödvändigheten av att säkerställa att denna rätt iakttas redan under den inledande undersökningen vid överträdelse av konkurrensreglerna.

18. När det gäller räckvidden av den ovannämnda skyldigheten har tribunalen i samma dom slagit fast att kommissionen "vid den tidpunkt då den *första åtgärden vidtas mot det ifrågavarande företaget* är skyldig att lämna upplysningar till detta företag om bland annat föremålet för och ändamålet med den pågående utredningen", utan att det görs någon åtskillnad beroende på om det är fråga om begäran av informella upplysningar (enligt artikel 11.2 i förordning nr 17/62, nu artikel 18.1 och 18.2 i förordning nr 1/2003), antagandet av ett beslut (enligt artikel 11.5 i förordning nr 17/62, nu artikel 18.1 och 18.3 i förordning nr 1/2003) eller beslut om inspektioner (i den mening som avses i artikel 14.3 i förordning nr 17/62, nu artikel 20 i förordning nr 1/2003). [18] Såsom kommissionen korrekt har visat i sina skrivelser har således skyldigheten att underrätta det berörda företaget (eller de juridiska personer

15 — Se domen i målet Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied mot kommissionen (ovan fotnot 7), punkterna 49 och 50.

16 — Punkt 52 (ovan fotnot 11).

17 — Se, exempelvis, dom av den 3 september 2009 i de förenade målen C-322/07 P, C-327/07 P och C-338/07 P, Papierfabrik August Koehler m.fl. mot kommissionen (REG 2009, s. I-7191), punkterna 34 och 37 samt följande punkter.

18 — Punkterna 53–56 (ovan fotnot 17). Min kursivering.

som detta företag består av) i domen i målet AC-Treuhand ansetts föreligga *från det att en av åtgärderna för bevisupptagning* enligt förordning nr 1/2003 *vidtas mot detta företag*. Det är nämligen genom denna åtgärd som anklagelsen, om än underförstådd, om en överträdelse för första gången riktas mot det aktuella företaget och som detta, även om det ännu inte antagit ställningen som ”anklagad”, erfar verkningarna av en sådan anklagelse.

19. Tvärtemot vad klaganden har hävdat är en sådan slutsats fullt förenlig med kraven enligt artikel 6 i Europakonventionen. Begreppet ”anklagelse för brott”, som förekommer i artikel 6.1 i Europakonventionen, är enligt Europadomstolens rättspraxis självständigt. [19] Det framgår dessutom av nämnda domstols rättspraxis, särskilt när det gäller förfarandets längd, att garantierna enligt artikel 6 i Europakonventionen gäller det straffrättsliga området från den tidpunkt då en person är officiellt ”anklagad”. [20] Detta begrepp hänför sig till den officiella delgivningen från den behöriga myndigheten om den påtalade straffrättsliga överträdelsen. [21] Enligt den grundläggande betydelse som i ett demokratiskt samhälle rätten till en opartisk rättegång har, [22] har Europadomstolen valt en ”materiell” och inte en ”formell” definition av begreppet anklagelse. [23] Europadomstolen undersöker utöver den formella uppgiften verkligheten i det aktuella förfarandet och fastställer den dag från och med vilken garantierna ska gälla för en opartisk rättegång till följd av att myndigheter antagit rättsakter som kan få ”betydande återverkningar på den misstänktes situation”, [24] som exempelvis en husrannsakan. [25]

20. I förevarande fall har Elf Aquitaine inte varit föremål för någon åtgärd för

19 — Europadomstolens dom av den 27 februari 1980 i målet Deweer mot Belgien, serie A nr 35, § 42.

20 — Europadomstolens dom av den 27 juni 1968 i målet Neumeister mot Österrike, serie A nr 8, § 18.

21 — Europadomstolens dom i målet Deweer mot Belgien (ovan fotnot 19), §§ 42 och 47, dom av den 15 juli 1982 i målet Eckle mot Tyskland, serie A nr 51, § 73, och av den 21maj 2003 i målet Janosevic mot Sverige, *Recueil des arrêts et décisions* 2002-VII, § 91, i vilka, för beräkningen av förfarandets längd, tidsperioden löpte ut vid den tidpunkt då skattemyndigheten meddelade den skattskyldige beslutet om beskattning med det skattetillägg som skulle betalas (se, för ett liknande resonemang, dom av den 21 maj 2003 i målet Västberga Taxi Aktiebolag och Vulic mot Sverige, § 103).

22 — Europadomstolens dom av den 9 oktober 1979 i målet Airey mot Irland, serie A nr 32, § 24.

23 — Europadomstolens dom i målet Deweer mot Belgien (ovan fotnot 19), § 42.

24 — Se Europadomstolens dom i målet Eckle mot Tyskland (ovan fotnot 21), § 73. När Europadomstolen i denna dom, för att avgöra förfarandets längd, fastställde den tidpunkt när tidsperioden löpte ut, uteslöt den att denna tidsperiod sammanföll dels med ingivandet av klagomålet, eftersom detta, även om det gav upphov till att en första förundersökning inleddes, senare avskrevs, ”inte hade föranlett några åtgärder för bevisupptagning”, dels med inledandet av en andra förundersökning, som inleddes med ”att ett antal vittnen hördes som tillfrågades om anklagelserna mot Eckle”. Europadomstolen kunde inte avgöra ”från vilken tidpunkt de berörda makarna Eckle officiellt [hade] fått kännedom om undersökningen och erfarit verkningarna av den” och fastställde därför en senare frist (omkring ett år) för inledandet av den första förundersökningen.

25 — Se Europadomstolens dom i målet Eckle mot Tyskland (ovan fotnot 21). I domen i målet Deewer (ovan fotnot 21) medgav Europadomstolen däremot inte att en undersökning som hade gjorts i klagandens affärslokaler innefattades i en anklagelse i den mening som avses i artikel 6.1 i Europakonventionen, eftersom den omfattas av de vanliga kontrollerna för att säkerställa att lagen följs.

bevisupptagning under de tre år som förflutit från den första begäran om upplysningar som riktade sig till dess dotterbolag Elf Atochem och meddelandet om invändningar.[26] De anklagelser som framförts till klaganden har således officiellt formaliserats enbart i meddelandet om invändningar. Det kan å andra sidan, såsom kommissionen har bekräftat vid förhandlingen, sannolikt antas att klagandens ansvar, som inte grundat sig på att dess direkta deltagande i den konkurrensbegränsande samverkan ifrågasattes först i ett senare skede av den inledande undersökningen, vid den tidpunkt då kommissionen, för att sända meddelandet om invändningar, borde ha identifierat de enheter som företagen bestod av och som enligt dess mening hade deltagit i överträdelsen.[27] Det är således först från och med meddelandet om invändningar som det kunde anses att en ”anklagelse för brott” i den mening som avses i artikel 6 i Europakonventionen hade formulerats gentemot klaganden – om det antas att anklagelserna om att gemenskapens konkurrensregler har överträtts ska definieras så (se ovan punkt 10) – och att de garantier som föreskrivs i denna artikel var tillämpliga på klaganden.

21. Elf Aquitaine har i repliken och vid förhandlingen specifikt hänvisat till artikel 6.3 a i Europakonventionen. Enligt denna artikel har var och en som blivit anklagad för brott rätt ”att utan dröjsmål, på ett språk som han förstår och i detalj, underrättas om innebörden av och grunden för anklagelsen mot honom”. Det framgår av Europadomstolens praxis att garantierna enligt denna bestämmelse är en särskild aspekt av rätten till en opartisk rättegång, som allmänt garanteras i artikel 6.1, och att dessa garantier gäller från och med den tidpunkt då personen antar ställningen som ”anklagad”, ett begrepp som enligt konventionen på samma sätt ska förstås så, att det hänvisar till en materiell och inte rent formell situation.[28] Den rättspraxis som klaganden åberopat i repliken är härvid inte relevant i förevarande fall. I domen i målet Salduz påtalades en överträdelse av artikel 6.3 c i Europakonventionen på grund av att klaganden hade berövats rätten att utnyttja biträde av en advokat under ett anhållande av polis. I § 50 och följande punkter, särskilt § 54 i domen som klaganden särskilt åberopat, hänvisas det till situationen för en person som är föremål för en tvångsåtgärd -– som således klart hade ställningen som anklagad – och som underkastades förhör av polis i avsaknad av en

26 — Klaganden har för övrigt varken under det administrativa förfarandet eller vid tribunalen åberopat denna omständighet för att göra gällande att utredningen eventuellt är otillräcklig.

27 — Klaganden har gjort gällande att den var det enda i överträdelsen inblandade moderbolag som underrättades först vid det skede då meddelandet om invändningar sändes och har som exempel angett Akzo Nobel NV. Det sistnämnda bolaget var dock, såsom klaganden erinrat om, föremål för åtgärder för bevisupptagning under den inledande undersökningen (i det fallet begäran om upplysningar).

28 — Europadomstolens dom av den 27 april 2006 i målet Casse mot Luxemburg, §§ 29–33, 71 och 72. Europadomstolen slog i denna dom fast att klaganden skulle betraktas som ”anklagad” i den mening som avses i artikel 6.3 a i Europakonventionen vid den tidpunkt då det förordnades om en undersökning i lokalerna hos den bank vid vilken han var anställd. Det var nämligen vid den tidpunkten som ”samlade och överensstämmande indicier’ otvetydigt angav klagandens egenskap av ’misstänkt”, se § 33.

advokat. [29] Domen i målet Dayanan avsåg en motsvarande situation. [30]

22. När det gäller det argument som Elf Aquitaine hämtat från Best Practices räcker det att påpeka att det i dessa, med hänvisning till förstainstansrättens dom i målet AC-Treuhand, slås fast att företagen underrättas om att de är föremål för en inledande undersökning och om föremålet och syftet med denna ”vid den tidpunkt då den första utredningsåtgärden vidtas mot det ifrågavarande företaget”. [31] Kommissionen har, i punkt 5 i Best Practices, under alla förhållanden klargjort att de ”återspeglar den synpunkt som generaldirektoratet för konkurrens företrädde … vid tidpunkten för [deras] publikation och ska från och med den dag de publiceras tillämpas på pågående och framtida tvister”. I fotnot 10 preciseras ytterligare att ”såvitt avser de tvister som pågår vid den tidpunkt när Best Practices publiceras, ska de sistnämnda tillämpas på de pågående och inte på de redan avslutade skedena av förfarandet”. Härav följer att Best Practices av tidsmässiga skäl dock inte är tillämpliga på det förfarande som ledde till antagandet av beslutet.

23. Elf Aquitaine har slutligen påpekat att den omständigheten att bolaget under den inledande undersökningen inte underrättades om misstankarna mot detta negativt har påverkat utövandet av dess rätt till försvar i förfarandets följande kontradiktoriska skede. Det måste härvid, såsom kommissionen har gjort, konstateras att ett sådant påstående i varje fall begränsar sig till en allmän hänvisning till att eventuell bevisning för att dotterbolaget agerar självständigt på marknaden kan förstöras och stöds inte av någon bevisning.

24. Mot bakgrund av samtliga ovanstående överväganden kan enligt min mening överklagandet inte vinna bifall avseende den av klaganden åberopade andra grundens första del.

b) Den andra delgrunden

25. Klaganden har i denna delgrund för det första gjort gällande att tribunalen, genom att godta en ansvarspresumtion som gav kommissionen möjlighet att endast konstatera att Elf Aquitaine innehade nästan hela

29 — Europadomstolens dom av den 27 november 2008 i målet Salduz mot Turkiet. Jag hänvisar till den fullständiga texten i §§ 54 och 62 i denna dom, från vilken endast några utdrag har angetts i överklagandet.

30 — Europadomstolens dom av den 13 oktober 2009 i målet Dayanan mot Turkiet, § 31 och följande punkter, som klaganden har hänvisat till.

31 — Se punkt 14. De andra punkterna i Best Practices som klaganden har angett avser kommissionens möjlighet att organisera informella möten med parterna under undersökningsskedet (punkt 38), de så kallade State of Play Meetings (punkterna 54–60), trepartsmöten och möten med kommissionsledamoten eller generaldirektören (punkterna 61–64). samt dess möjlighet att få tillgång till en icke-konfidentiell version av anklagelsen. Även bortsett från anmärkningen att åtminstone bestämmelserna om State of Play Meetings inte i den aktuella versionen av Best Practices är tillämpliga på förfaranden om konkurrensbegränsande samverkan (se punkt 60), framgår av de ovannämnda punkterna kommissionens avsikt att såvitt möjligt genomföra en öppen och transparent undersökning, men inte en undersökning där den formellt åtar sig att i alla undersökningar genomföra de olika initiativ som beskrivs i dessa punkter.

aktiekapitalet i sitt dotterbolag och inte vidta några ytterligare undersökningsåtgärder avseende bolaget, inte levt upp till kravet på en opartisk undersökning, enligt vilket de behöriga myndigheterna samlar in bevisningen oavsett om denna är till fördel eller till nackdel för de företag som misstänks för att ha begått en överträdelse. Det räcker härvid att påpeka att syftet med en presumtion just är att göra det möjligt för den som är skyldig att bevisa en faktisk omständighet att fullgöra sin bevisbörda genom att endast lägga fram bevisning för den förutsättning som ligger till grund för presumtionen (i förevarande fall moderbolagets innehav av hela och nästan hela aktiekapitalet i dotterbolaget). Att påstå att användningen av en presumtion är oförenlig med kraven på en opartisk undersökning, eftersom den gör att den myndighet som utövar tillsyn över den kan bortse från att söka ytterligare bevis, till för- eller nackdel, innebär i princip att möjligheten att använda den förnekas. Klagandens argument omfattas därför av dess femte grund för överklagandet, genom vilken klaganden har bestritt att den presumtion som kommissionen har gjort gällande mot bolaget är lagenlig.

26. Klaganden har för det andra gjort gällande att det opartiska i kommissionens undersökning skadas av att befogenheten att göra undersökningar, att rikta anklagelser och att fatta beslut förenas hos denna institution, vilket är oförenligt med den straffrättsliga karaktären av de sanktionsåtgärder som vidtas på grund av överträdelse av konkurrensreglerna. Enligt klaganden måste ikraftträdandet av stadgan – i vilken kravet på ett opartiskt administrativt förfarande slås fast i artikel 41 – leda domstolen till att ändra sin praxis på området, detta för att ta hänsyn till Europadomstolens ståndpunkter, som innebär ett starkare skydd. Klaganden har till kommissionen, som invänt att detta argument är nytt och därför inte kan upptas till prövning, svarat att det endast är fråga om en utvidgning av de grunder som åberopats i första instans.

27. Jag vill härvid för det första påpeka att det genom det ovannämnda argumentet ställs en juridisk fråga som avser tvisten vid tribunalen i sak, och som inte har behandlats i den överklagade domen och inte i något skede av förfarandet i första instans har varit föremål för diskussion mellan parterna. Klaganden har varken i ansökan eller i repliken eller i något annat skriftligt yttrande väckt denna fråga. Det framgår inte heller av protokollet från förhandlingen vid tribunalen att denna fråga skulle ha framförts där. Jag vill dessutom påpeka att detta argument inte i sak har samband med något av domskälen i den överklagade domen, till skillnad från den delgrund som prövats ovan i punkterna 13–24. Även om denna delgrund har anförts i första instans har den sin bakgrund i några påståenden av tribunalen som särskilt återfinns i punkt 64 i den överklagade domen och därför kan upptas till sakprövning. Tvärtemot vad klaganden har gjort gällande anser jag slutligen inte att det ovannämnda argumentet kan betraktas som en utvidgning av de redan i första instans diskuterade grunderna, eftersom

det innebär att det till domstolen ställs en juridisk fråga som skiljer sig från de juridiska frågor som behandlats i dessa grunder. [32]

28. Det ankommer på domstolen i dess roll som överrätt att inom gränserna för dess behörighet i mål om överklagande kontrollera det sätt på vilket tribunalen har utövat sin domstolsprövning med beaktande av de grunder och argument som har varit föremål för dess prövning. Det ankommer däremot inte på domstolen att klandra tribunalen för att den inte har tagit ställning till en grund som parterna inte har åberopat, utom om den varit skyldig att pröva den ex officio. Så är enligt min mening dock inte fallet i förevarande mål. Kommissionens invändning om rättegångshinder ska enligt min mening därför bifallas.

29. De följande synpunkterna som avser prövningen i sak av Elf Aquitaines argument framläggs följaktligen i andra hand, för det fall domstolen, tvärtemot vad jag föreslagit, skulle anse att detta argument kan upptas till sakprövning.

30. Såsom kommissionen har påpekat vid upprepade tillfällen i sina inlagor har Europadomstolen i domen i målet Jussila som meddelades av Grande Chambre slagit fast vad som delvis redan kunde utläsas av vissa tidigare rättsfall, nämligen att, i förfaranden som leder till att sanktionsåtgärder vidtas som kan betraktas som straffrättsliga enligt artikel 6 i Europakonventionen, åtskillnad kan göras mellan förfaranden (och sanktionsåtgärder) som omfattas av den så kallade ”hårda kärnan” i straffrätten och förfaranden (och sanktionsåtgärder) som däremot befinner sig utanför denna. [33] Europadomstolen fastslog i § 43 i denna dom, efter att ha påpekat att antagandet av ”anklagelse för brott” som ett självständigt begrepp har inneburit att det straffrättsliga området i artikel 6 i Europakonventionen gradvis har utvidgats till att omfatta sektorer som ”formellt inte omfattas av de traditionella kategorierna av straffrätten”, såsom just ”ekonomiska sanktioner på grund av överträdelse av konkurrensrätten”, [34]

32 — Som i sak avser en invändning om rättsstridighet avseende förordning nr 1/2003.

33 — Europadomstolens dom av den 23 november 2006 i målet Jussila mot Finland. Den fråga som ställdes till Europadomstolen avsåg frågan huruvida underlåtenheten att hålla förhandling i ett överklagande avseende en skattehöjning som den finländska skattemyndigheten beslutat var förenlig med artikel 6 i Europakonventionen.

34 — Den vägledande förteckningen i den ovannämnda punkt 43 i domen i målet Jussila innefattade dessutom administrativa förseelser, disciplinära påföljder enligt straffrätten och böter som hade ålagts av finansdomstolar. Europarådets kommission för de mänskliga rättigheterna uttalade sig till förmån för den straffrättsliga arten av de sanktionsåtgärder som Conseil de la concurrence i Frankrike vidtog på grund av överträdelse av de nationella reglerna till skydd för konkurrens i målet Société Stenuit mot Frankrike, som domstolen strök ur registret genom avgörande av den 27 februari 1992. Se, för en motsatt uppfattning till den utvidgade invändningen i 43 i domen i målet Jussila mot gemenskapsförfaranden för överträdelse av konkurrensreglerna, Slater, Thomas, Waelbroeck, ”Competition Law Proceedings before the European Commission and the Right to a Fair Trial: no Need to Reform?” i *The Global Competition Law Centre Working Papers Series*, 04/08, s. 27.

att inom dessa sektorer måste de garantier som denna artikel ger ”inte… med nödvändighet tillämpas fullt ut”.[35] Detta synsätt förekom redan i synnerhet i domarna i målen Bendenoun och Janosevic,[36] som det uttryckligen hänvisats till i den ovannämnda punkten 43 i domen i målet Jussila. Europadomstolen slog i dessa domar fast att en konventionsstat har rätt att ge skattemyndigheten, ett administrativt organ som inte uppfyller kraven enligt artikel 6 i Europakonventionen,[37] uppgiften att lagföra och bestraffa de skatteöverträdelser för vilka det föreskrivs en skattehöjning som har karaktären av straffrättslig påföljd, under förutsättning att den skattskyldige kan väcka talan mot ett sådant beslut vid en domstol som ger de garantier som föreskrivs i artikel 6 i Europakonventionen,[38] det vill säga, enligt formuleringen i § 81 i domen i målet Janosevic, som återgetts i flera senare domar, ”ett rättsorgan med full prövningsrätt[39] som särskilt har befogenheten att, faktiskt eller rättsligt, på alla punkter ändra det överklagade beslutet”.

31. I enlighet med vad som angetts i § 43 i domen i målet Jussila kan den princip som fastställts i domarna i målen Bendenoun och Janosevic utvidgas till att omfatta förfarandena för överträdelse av konkurrensreglerna enligt förordning nr 1/2003. Det förhållandet att befogenheten att göra undersökningar, att rikta anklagelser och att fatta beslut förenas hos kommissionen inom ramen för sådana förfaranden strider därför i sig inte mot artikel 6 i Europakonventionen, dock under förutsättning att de företag som utsätts för detta har en rätt att väcka talan mot kommissionens beslut vid ett organ som uppfyller kraven enligt denna artikel. Det ska således granskas huruvida den kontroll som gemenskapsdomstolarna utövar över kommissionens beslut på grund av överträdelse av konkurrensreglerna uppfyller villkoren enligt § 81 i domen i målet Janosevic. Utan att uttömmande granska frågan ska jag endast ange de aspekter av denna kontroll som, mot bakgrund av Europadomstolens rättspraxis, riskerar att vara de mest problematiska.

32. För det första utövar gemenskapsdomstolarna på kommissionens beslut på konkurrensområdet en typisk laglighet. Den innebär en potentiellt fullständig prövning av alla de faktiska och rättsliga grunder som klaganden har åberopat, samt eventuella hänsyn till allmän ordning som gemenskapsdomstolarna kan pröva på eget initiativ. Tribunalen har förutom på bötesområdet inte någon befogenhet att ändra kommissionens beslut, utan kan endast ogiltigförklara detta. Jag vill härvid

35 — Samma resonemang återfinns i Europadomstolens dom av den 4 mars 2008 i målet Hüseyin Turan mot Turkiet, § 32.

36 — Europadomstolens dom av den 24 februari 1994 i målet Bendenoun mot Frankrike, serie A nr 284, och domen i målet Janosevic mot Sverige (ovan fotnot 21).

37 — Se domen i målet Janosevic (ovan fotnot 21), punkt 81.

38 — Se domen i målet Bendenoun (ovan fotnot 36), § 46, och domen i målet Janosevic (ovan fotnot21), § 81. Se, för ett liknande resonemang, dom av den 23 oktober 1995 i målet Umlauft mot Österrike, Serie A nr 328-B, §§ 37–39. Med denna ståndpunkt återges i huvudsak den av Europadomstolen redan tidigare angivna ståndpunkten såvitt avser tillämpningen av artikel 6 i Europakonventionen utanför det straffrättsliga området (se, exempelvis, dom av den 10 februari 1983 i målet Albert och Le Compte mot Belgien, serie A nr 58, § 29) och i fråga om mindre straffrättsliga överträdelser (sådana överträdelser som avser vägtrafiklagstiftningen, se dom av den 23 oktober 1984 i målet Öztürk mot Tyskland, § 29).

39 — Denna fotnot avser delvis endast den italienska versionen. Det är enligt generaladvokaten inte klart huruvida Europadomstolen i det återgivna avsnittet faktiskt hänvisar till en domstol som går utöver en ren laglighetsprövning. Övers. anm.

för det första påpeka att Europadomstolen i den franska texten av domen i målet Janosevic visserligen använt uttrycket ”pouvoir de réformer”, men att den i den engelska texten använt det allmännare verbet ”to quash” som i stället hänför sig till befogenheten att ogiltigförklara den överklagade rättsakten. Europadomstolen har i samma dom dessutom funnit att de förvaltningsdomstolar som enligt svensk rätt är behöriga att pröva överklaganden av beslut genom vilka skattemyndigheten föreskriver skattetillägg som har karaktär av straffrättsliga påföljder är domstolar som ger de garantier som föreskrivs i artikel 6 i Europakonventionen, även om de ”vid oenighet med skattemyndighetens slutsatser” endast har rätt att ogiltigförklara det överklagade beslutet. [40] Europadomstolen har uttalat sig på samma sätt i flera andra rättsfall. [41]

33. Rättspraxis är dock skiftande i denna fråga. Så har det exempelvis i domen i det ovannämnda målet Umlauft ansetts att den österrikiska förvaltningsdomstolen inte gav de garantier som föreskrivs i artikel 6 i Europakonventionen. Vid nämnda domstol hade en åtgärd överklagats genom vilken en ekonomisk sanktionsåtgärd som ansågs vara av straffrättslig art hade vidtagits mot klaganden på grund av överträdelse av vägtrafiklagen. Den österrikiska förvaltningsdomstolen hade behörighet att utöva en kontroll av lagenligheten och var dessutom bunden av de administrativa myndigheternas konstateranden rörande de faktiska omständigheterna. I domen i målet Tsfayo tillerkände Europadomstolen inte Förenade kungarikets High Court ”full prövningsrätt”, eftersom nämnda domstol, såvitt den hade befogenheten att ogiltigförklara det överklagade beslutet om den ansåg att den bevisning som låg till grund för detta var otillräcklig eller felaktig, inte hade behörighet att ompröva bevisningen eller att ersätta de kritiserade bedömningarna med sina egna bedömningar i fråga om klagandens trovärdighet. [42] I domen i målet Kyprianou ansåg Europadomstolen att den bristande opartiskheten hos domstolen i första instans som hade ådömt klaganden ett frihetsstraff för brottet ”contempt of court” inte avhjälptes av den högsta domstolen vid överklagandet, eftersom den sistnämnda domstolen inte hade

40 — I punkt 82 i domen har Europadomstolen påpekat att förvaltningsdomstolarna ”kan ha kännedom om alla aspekter av de frågor som ställts till dem. Undersökningen av dessa begränsas inte till rättsfrågor utan kan även omfatta de faktiska frågorna såsom bevisvärderingen...”

41 — Se exempelvis dom av den 31 augusti 2007 i målet Bistrovic mot Kroatien, punkt 53, avseende de kroatiska ”County Courts”, av den 21 september 1993 i målet Zumtobel mot Österrike, serie A, nr 268-A, §§ 27–32, med hänvisning till den kontroll som i det fallet utövas av den österrikiska förvaltningsdomstolen, och av den 25 oktober 1995 i målet Bryan mot Förenade kungariket, serie A nr 335-A, 44–47. Dessa rättsfall avser dock inte det straffrättsliga området.

42 — Europadomstolens dom av den 14 november 2006 i målet Tsfayo mot Förenade kungariket, § 48.

gjort en förnyad prövning av målet.[43] I domen i målet Silvester's Horeca ansåg Europadomstolen slutligen att klagandebolaget inte hade haft tillträde till en "domstol" i den mening som avses i artikel 6 i Europakonventionen, eftersom appellationsdomstolen i Bryssel, vid vilken klagandebolaget väckt talan mot den administrativa åtgärd genom vilken bolaget ålagts böter på grund av överträdelse av mervärdesskattelagen, inte hade befogenhet att frita den skattskyldige från lagligen föreskrivna skyldigheter enbart av lämplighetsskäl eller billighetsskäl.[44] Det ska i detta sammanhang dock erinras om att i tvister om överträdelser av artiklarna 101 FEUF och 102 FEUF har gemenskapsdomstolarna en obegränsad behörighet att även pröva beslut om böter, enligt artikel 261 FEUF och artikel 31 i förordning nr 1/2003, och de är "[u]töver en kontroll av påföljdens laglighet... [således] behöriga att ersätta kommissionens bedömning med sin egen bedömning" och får därvid upphäva, sätta ned eller till och med höja det bötesbelopp som ålagts av kommissionen när frågan om detta belopp har väckts.[45] Denna behörighet ger gemenskapsdomstolarna rätt att ändra den kritiserade rättsakten, även då den inte ogiltigförklarats.[46]

34. En andra känslig aspekt som klaganden påpekat rör den begränsade prövning – det vill säga att domstolen begränsar sin prövning till att undersöka om förfaranderegelerna följts, om motiveringen är tillräcklig, om de faktiska omständigheterna är materiellt korrekta samt till att undersöka att det inte föreligger någon uppenbart felaktig bedömning och att det inte föreligger maktmissbruk – som gemenskapsdomstolarna, enligt fast praxis,[47] tillämpar på de komplicerade ekonomiska bedömningar som kommissionen gjort.[48]

43 — Europadomstolens dom av den 27 januari 2004 i målet Kyprianou mot Cypern. Domstolen slog särskilt fast att "en tant qu'instance d'appel, celle-ci n'avait pas pleine juridiction pour examiner à nouveau l'affaire, mais pouvait seulement contrôler s'il y avait dans le jugement de première instance des erreurs manifestes de droit ou de fait. Elle n'a pas procédé à nouveau à un examen indépendant de l'accusation en matière pénale portée contre le requérant pour *contempt* devant la cour d'assises. En outre, la Cour suprême a estimé qu'elle ne pouvait pas intervenir dans le jugement de la cour d'assises en reconnaissant la marge d'appréciation de cette dernière quant à infliger une peine au requérant." Domstolen tillade dock även att "en réalité, la Cour suprême a refusé d'annuler la décision litigieuse au motif que la composition de la cour d'assises n'était pas de nature à garantir son impartialité, alors qu'elle avait le pouvoir de le faire". I dom av den 15 december 2005 i samma mål beaktade Grande Chambre, även om den kom till samma slutsats, framför allt den omständigheten att den högsta domstolen under alla förhållanden, även om den hade sådan behörighet, inte hade ogiltigförklarat beslutet från lägre instans.

44 — Europadomstolens dom av den 4 mars 2004 i målet Silvester's Horeca Service mot Belgien, §§ 26 och 27.

45 — Domen i målet Groupe Danone mot kommissionen (ovan fotnot 6), punkterna 61 och 62. Se även generaladvokaten Kokotts förslag till avgörande av den 8 december 2005 i mål C-113/04 P, Technische Unie mot kommissionen, där domstolen meddelade dom den 21 september 2006 (REG 2006, s. I-8831), punkt 132, och generaladvokaten Poiares Maduros förslag till avgörande av den 16 november 2006 i målet Groupe Danone mot kommissionen (ovan fotnot 6), punkterna 45 och 48.

46 — Domen i målet Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mot kommissionen (ovan fotnot 7), punkt 692. I denna fråga hänvisar jag till Mengozzi, P., "La compétence de pleine juridicition du juge communautaire", i *Liber amicorum en l'honneur de Bo Vesterdorf*, 2007, s. 219.

47 — Se, för ett liknande resonemang, när det gäller artikel 85 i EG-fördraget, dom av den 11 juli 1985 i mål 42/84, Remia m.fl. mot kommissionen (REG 1985, s. 2545; svensk specialutgåva, volym 8, s. 277), punkt 34, och av den 17 november 1987 i de förenade målen 142/84 och 156/84, BAT och Reynolds mot kommissionen (REG 1987, s. 4487; svensk specialutgåva, volym 9, s. 247), punkt 62, och av den 2 oktober 2003 i mål C-194/99 P, Thyssen Stahl mot kommissionen (REG 2003, s. I-10821), punkt 78.

48 — Jag vill härvid påpeka att Europadomstolen, utanför det straffrättsliga området, godkänner möjligheten att domstolsprövningen av administrativa åtgärder på vissa områden kan begränsas till uppenbara fel. Se domen i målet Bryan (ovan fotnot 41), §§ 44–47. Europadomstolen har särskilt i § 47 angett följande. "Här kan man rimligtvis förvänta sig att en appellationsdomstol förfar på detta sätt inom specialiserade rättsområden, såsom rättsområdet i förevarande mål, särskilt när de faktiska omständigheterna tidigare har fastställts under ett förfarande som har närmast domstolskaraktär och som garanterar att de många krav som föreskrivs i artikel 6.1 i Europakonventionen uppfylls." Se även domen i målet Tsfayo (ovan fotnot 42), § 46.

35. För det tredje och slutligen utför gemenskapsdomstolarna, även om de får ompröva den bevisning till för- och nackdel som handlingarna i det administrativa förfarandet innehåller, sin laglighetsprövning inom ramen för en ogiltighetstalan på grundval av de faktiska och rättsliga omständigheter som förelåg vid den tidpunkt då rättsakten antogs. [49] Deras roll består således i att bedöma huruvida bevisningen och övriga omständigheter som kommissionen gjort gällande i sitt beslut räcker för att styrka den omtvistade överträdelsen. [50] Om gemenskapsdomstolarna anser att bevisningen inte är övertygande får de endast ogiltigförklara detta beslut på grund av ofullständig handläggning.

36. Trots de ovan påpekade begränsningarna utesluter jag inte att den domstolsprövning som görs av kommissionens beslut, i vilka böter åläggs på grund av överträdelse av konkurrensreglerna, totalt sett, enligt det flexiblare synsätt som antagits av Europadomstolens Grande Chambre i domen i målet Janosevic, uppfyller kraven i artikel 6.1 i Europakonventionen på det straffrättsliga området.

37. Denna fråga kan i förevarande fall dock lämnas öppen. Europadomstolens rättspraxis medger ett synsätt för att kontrollera att kraven enligt artikel 6.1 i Europakonventionen uppfylls i det enskilda fallet, även oberoende av den allmännare frågan huruvida den struktur i vilken det ingår är förenlig med denna bestämmelse. [51] Det framgår däremot av den överklagade domen att tribunalen, i fråga om var och en av de aspekter som den skulle pröva, har gjort en fullständig prövning av huruvida förutsättningarna förelegat för att tillämpa artikel 101 FEUF. Räckvidden av en sådan kontroll kan inte anses vara begränsad endast på grund av att ett presumtivt resonemang ligger till grund för det förhållandet

49 — Se, för ett liknande resonemang, dom av den 13 juni 1972 i de förenade målen 9/71 och 11/71, Compagnie d'approvisionnement, de transport et de crédit et Grands Moulins de Paris mot kommissionen (REG 1972, s. 391). I synnerhet ska kommissionens komplicerade bedömningar bedömas enbart mot bakgrund av de upplysningar som kommissionen hade tillgång till när den gjorde bedömningarna. Se domstolens dom av den 5 oktober 2000 i mål C-288/96, Tyskland mot kommissionen (REG 2000, s. I-8237), punkt 34, och förstainstansrättens dom av den 25 juni 1998 i de förenade målen T-371/94 och T-394/94, British Airways m.fl. och British Midland Airways mot kommissionen (REG 1998, s. II-2405), punkt 81.

50 — Se förstainstansrättens dom av den 8 juli 2004 i de förenade målen T-67/00, T-68/00, T-71/00 och T-78/00, JFE Engineering mot kommissionen (REG 2004, s. II-2501), punkterna 174 och 175, och av den 20 april 1999 i de förenade målen T-305/94-T-307/94, T-313/94-T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 och T-335/94, Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mot kommissionen (REG 1999, s. II-931), punkt 891.

51 — Se, för några exempel, domen i målet Zumtobel (ovan fotnot 41), § 31 och följande punkter, och domen i målet Janosevic (ovan fotnot 21).

att klaganden tillskrivits ansvar. Det framgår dessutom av samma dom att tribunalen har undersökt samtliga omständigheter som Elf Aquitaine har framlagt för att visa att dotterbolaget agerat självständigt på marknaden, och att den på grundval även av en, i förhållande till kommissionens motivering i det angripna beslutet, tilläggsmotivering därvid inte befunnit dem relevanta eller tillräckliga. Även om klaganden i sina skriftliga och muntliga yttranden allmänt påtalat att gemenskapsdomstolens prövning av kommissionens beslut på grund av överträdelse av konkurrensreglerna avseende kraven i artikel 6 i Europakonventionen är otillräcklig, har bolaget å andra sidan dock inte framfört argument för att visa att det i förevarande fall föreligger en sådan brist. Jag anser därför att argumentet om det administrativa förfarandets bristande opartiskhet på grund av att befogenheten att göra undersökningar, att rikta anklagelser och att fatta beslut förenas hos kommissionen förutom att det inte kan upptas till sakprövning även är ogrundat i sak. [52]

38. Mot bakgrund av samtliga ovanstående överväganden kan enligt min mening överklagandet inte heller vinna bifall avseende den andra grundens andra del.

52 — Jag menar inte att enbart den omständigheten att tribunalen i det överklagade avgörandet har uteslutit att sätta ned böterna såsom sökanden yrkat på den grunden att sökanden inte lagt fram argument eller faktiska omständigheter som skulle motivera att tribunalen utnyttjade sin behörighet att även överpröva bötesbeloppet kan leda till en annan slutsats.

c) Slutsats rörande den andra grunden för överklagandet

39. Mot bakgrund av den ovan gjorda bedömningen anser jag att överklagandet inte kan vinna bifall såvitt avser den andra grunden för överklagandet, eftersom den i vissa delar saknar stöd och eftersom den i övriga delar inte kan tas upp till sakprövning.

3. Den tredje grunden för överklagandet: Fel avseende räckvidden av kommissionens motiveringsskyldighet och bristfällig motivering av den överklagade domen

40. Även denna grund för överklagandet består av två delgrunder.

a) Den första delgrunden

41. Med den tredje grundens första del har klaganden för det första gjort gällande att tribunalen har grundat sig på en ”felaktig uppfattning” om kommissionens skyldighet att motivera meddelandet om invändningar, eftersom den ansåg att en sådan skyldighet endast uppfylls genom att de principer som styr moderbolagens ansvar och som anger omfattningen av moderbolagets andel av dotterbolagets aktiekapital åberopas. Jag vill härvid

påpeka att punkt 58 och följande punkter i den överklagade domen, av vilka det enligt klaganden framgår att det fel som tribunalen begått, i själva verket motsvarar de påståenden som klaganden anfört i sin första grund för talan och som syftar till att påtala ett åsidosättande av dess rätt till försvar och inte ett åsidosättande av motiveringsskyldigheten, som däremot åberopats i den andra grunden för talan. Jag noterar dessutom att även om klaganden har påtalat att ”samtliga väsentliga omständigheter som legat till grund för kommissionen när den ifrågasatte Elf Aquitaine” återfinns i meddelandet om invändningar, har klaganden dock inte preciserat vilka omständigheter, förutom de omständigheter som anges i punkterna 58 och 59 i den överklagade domen (redogörelse för reglerna för att tillskriva moderbolaget ansvaret för dotterbolagets olagliga agerande, upplysning om innehållet i den presumtion som grundar sig på att moderbolaget äger hela aktiekapitalet i sina dotterbolag samt angivandet av att klaganden äger nästan hela aktiekapitalet i Atofina), som konkret borde ha förekommit i meddelandet om invändningar. Eftersom klaganden vill hänvisa till ytterligare bevis till sin fördel i förhållande till de bevis som syftade till att visa att de faktiska förutsättningarna föreligger för den presumtion som legat till grund för kommissionen, sammanfaller dess argument med de argument som syftar till att bestrida att en sådan presumtion kan användas, vilket kommer att undersökas i sin helhet i samband med den femte grunden för överklagandet. Härav följer att klaganden inte har bevisat det påstådda fel vid tolkningen av räckvidden av skyldigheten att motivera meddelandet om invändningar som den har tillskrivit tribunalen. Mot denna bakgrund kan talan således enligt min mening inte bifallas såvitt avser den tredje grundens första del.

42. Klaganden har i andra hand klandrat tribunalen för att den har bildat sig en ”felaktig uppfattning” av kommissionens skyldighet att motivera beslutet. Klagandens argument avser närmare bestämt den del av den överklagade domen i vilken tribunalen fann att den motivering var tillräcklig med vilken, i beslutet, de omständigheter som Elf Aquitaine framlagt för att visa sitt dotterbolag Atofinas självständiga agerande på marknaden hade underkänts. Denna motivering, som tribunalen enligt klaganden felaktigt betecknat som ”kortfattad”, men som i själva verket var totalt obefintlig, har inte gett klaganden möjlighet att kontrollera huruvida beslutet är välgrundat och har hindrat tribunalen från att utöva sin kontroll av lagenligheten.

43. Jag vill härvid påpeka att tribunalen i punkt 79 i den överklagade domen har hänvisat till rättspraxis enligt vilken den motivering som föreskrivs i artikel 253 EG ska vara anpassad till den aktuella rättsaktens beskaffenhet. Av motiveringen ska klart och tydligt framgå hur den institution som har antagit rättsakten har resonerat, så att de som berörs därav kan få kännedom om skälen för den vidtagna åtgärden och så att domstolen ges möjlighet att utöva sin prövningsrätt. Tribunalen har dessutom erinrat om att kravet på motivering ska bedömas med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet, särskilt rättsaktens innehåll, de anförda skälens karaktär och det intresse som de till vilka rättsakten riktar sig, eller andra personer som

direkt eller personligen berörs av den, kan ha av att få förklaringar. Tribunalen har vidare erinrat om att det dock inte krävs att alla relevanta faktiska och rättsliga omständigheter anges i motiveringen, eftersom bedömningen av om motiveringen av en rättsakt uppfyller kraven i artikel 253 EG inte enbart ska ske utifrån rättsaktens ordalydelse, utan även utifrån sammanhanget och reglerna på det ifrågavarande området. [53] I punkt 79 sista meningen slutligen har tribunalen hänvisat till sin praxis enligt vilken det ankommer på kommissionen att göra sitt resonemang tydligt när den inom ramen för sin beslutspraxis antar ett beslut som väsentligt avviker från tidigare fall. [54] I punkt 80 har tribunalen erinrat om att när ett beslut om att tillämpa artikel 81 EG avser flera mottagare och väcker en fråga om ansvaret för överträdelsen ska det innehålla en tillräcklig motivering för var och en av mottagarna, särskilt för de mottagare som enligt detta beslut ska bära följderna av överträdelsen. I punkt 84 och följande punkter har tribunalen prövat Elf Aquitaines påstående att beslutet inte är tillräckligt motiverat i den del i vilken de argument som bolaget framfört för att upphäva presumtionen som legat till grund för kommissionen underkänts. Tribunalen har i detta syfte prövat punkterna 258–261 i beslutet och särskilt påpekat att kommissionen har underkänt dessa argument, eftersom de endast är ”påståenden” (som inte stöds av några bevis) och att de dokument som Elf Aquitaine lämnat endast ger ”en allmän upplysning om bolagets affärsverksamhet”. Tribunalen drog i punkt 89 slutsatsen att ”ett sådant svar på Elf Aquitaines argument, såvitt det är kortfattat, gör det möjligt att förstå skälen till att kommissionen har underkänt dem” och att kommissionen svarade ”på de väsentliga frågorna i Elf Aquitaines argument genom att beakta samtliga bevis som detta bolag lade fram”. Läsningen av punkterna 84–90 i den överklagade domen, vars innehåll det ovan i stora drag redogjorts för, gör enligt min mening inte att man, i likhet med klaganden, kan anse att tribunalen felaktigt har tolkat kommissionens motiveringsskyldighet genom att grunda sig på en felaktig uppfattning av denna skyldighet. Det framgår för övrigt av de ovan åberopade avsnitten i den överklagade domen, samt av de relevanta punkterna i beslutet, att, tvärtemot vad klaganden har påstått, kommissionen har förklarat skälen till att klagandens argument inte har ansetts vara tillräckliga för att upphäva den aktuella presumtionen (eftersom de består av påståenden som inte stöds av bevisning och av handlingar som saknar relevans). En fullständig brist på motivering kan därför inte åberopas i denna fråga, även om samma skäl generellt har tillämpats för att underkänna samtliga argument och handlingar som klaganden lagt fram för kommissionen.

53 — Se särskilt dom av den 2 april 1998 i mål C-367/95 P, kommissionen mot Sytraval och Brink’s France (REG 1998, s. I-1719), punkt 63 och där angiven rättspraxis, samt av den 15 juli 2004 i mål C-501/00, Spanien mot kommissionen (REG 2004, s. I-6717), punkt 73.

54 — Förstainstansrättens dom av den 22 oktober 1997 i de förenade målen T-213/95 och T-18/96, SCK och FNK mot kommissionen (REG 1997, s. II-1739), punkt 226.

44. Klaganden har dessutom klandrat tribunalen för att den felaktigt har tolkat styrkan i

beslutets motivering som gjorde sig gällande mot bakgrund av de specifika omständigheterna i förevarande fall. Denna motivering borde ha varit desto noggrannare eftersom i) klaganden inte hade underrättats om förfarandet till sin fördel innan den mottog meddelandet om invändningar, ii) kommissionen har avvikit från sin tidigare beslutspraxis och iii) beslutet innebar ett ifrågasättande av klagandens olika grundläggande rättigheter och klaganden genom detta ålades sanktioner av straffrättslig karaktär. Klaganden har för övrigt påpekat att efter ikraftträdandet av stadgan om de grundläggande rättigheterna ska unionsinstitutionernas motiveringsskyldighet enligt artikel 41.2 i denna, på grundval av den följande artikel 52.3, tolkas enligt de strängare kriterier som Europadomstolen antagit vid tolkningen av artikel 6.3 a i Europakonventionen.

45. Inget av de argument som klaganden har åberopat kan enligt min mening vinna framgång. För det första är det svårt att förstå – klaganden har inte heller lämnat några klargöranden härvidlag – hur den omständigheten att Elf Aquitaine underrättades om anklagelserna mot bolaget först genom meddelandet om invändningar påverkar styrkan i skyldigheten att motivera beslutet. För det andra har kommissionen, utan att klaganden har klandrat den i denna fråga, påpekat att de principer om moderbolags ansvar som tillämpats på Elf Aquitaine, däribland presumtionen som grundar sig på innehavet av hela aktiekapitalet, har ingått som en integrerad del i dess beslutspraxis från och med åren 2002–2003. Eftersom meddelandet om invändningar sändes till klaganden den 7 april 2004 och beslutet antogs den 19 januari 2005, innebär detta beslut inte någon avvikelse från kommissionens tidigare praxis. När det slutligen gäller den tredje punkten (se föregående punkt under iii)) räcker det att påpeka dels att klagandens argument förutsätter att det åsidosättande av de grundläggande rättigheterna som klaganden har åberopat har fastställts, vilket tribunalen däremot har uteslutit, dels att en mer detaljerad motivering av beslutet under alla förhållanden inte skulle ha motiverat ett sådant åsidosättande, om det hade fastställts. Den omständigheten att klaganden genom beslutet ålagts sanktioner av straffrättlig karaktär kräver för övrigt inte en mer omfattande motivering än den övergripande motivering som åligger gemenskapsinstitutionerna enligt artikel 253 EG, såsom gemenskapsdomstolarna har tolkat den. Enligt denna ska motiveringen vara anpassad till rättsaktens beskaffenhet, och av motiveringen ska det klart och tydligt framgå hur den institution som har antagit rättsakten har resonerat, så att de som berörs därav kan få kännedom om skälen för den vidtagna åtgärden och den behöriga domstolen ges möjlighet att utöva sin prövningsrätt. [55]

55 — Se, exempelvis, dom av den 2 oktober 2003 i mål C-199/99 P, Corus UK (REG 2003, s. I-11177), punkt 145, som klaganden har hänvisat till.

46. När det gäller det argument som klaganden har hämtat från bestämmelserna i artikel 41.2 jämförd med artikel 52.3 i stadgan, måste det, även om det antas att dessa bestämmelser av tidsmässiga skäl är tillämpliga på beslutet, [56] konstateras att den praxis från Europadomstolen som klaganden har åberopat inte är relevant, eftersom den hänför sig till domstolsavgöranden. Såvitt för det första avser kravet som Europadomstolen har slagit fast att de avgöranden som avviker från en tidigare fast rättspraxis i väsentlig utsträckning motiverar skälen till en sådan ”revirement”, [57] räcker det under alla omständigheter att påpeka att den överklagade domen är i linje med en rättspraxis som inleddes år 2000 med domen i målet Stora [58] och som nyligen bekräftades av domen i målet Akzo Nobel. [59] När det gäller den dom som Europadomstolen meddelade i fallet Helle, som klaganden också har åberopat, [60] vill jag endast påpeka att tribunalen, såsom kommer att framgå närmare vid prövningen av förevarande grunds andra del, i den överklagade domen har gjort en fullständig omprövning av de argument som klaganden framförde under det administrativa förfarandet. Tribunalen har därför inte begränsat sig till att upprepa kommissionens slutsatser utan att pröva de väsentliga frågor som förelagts den. Såvitt slutligen avser hänvisningen till Europadomstolens rättspraxis, enligt vilken det vidtas sanktionsåtgärder avseende otillräcklig motivering av beslut i vilka de väsentliga begrepp som ligger till grund för dessa beslut inte anges, [61] har klaganden inte klargjort vilka, i förevarande fall, de begrepp är som tribunalen grundat sig på utan att ha klargjort deras innebörd.

56 — Jag vill påpeka att i ett nyligen meddelat förhandsavgörande ansåg domstolen att stadgan var tillämplig även avseende faktiska omständigheter som inträffat före Lissabonfördragets ikraftträdande. Se dom av den 22 december 2010 i mål C-279/09, DEB (REU 2010, s. I-13849).

57 — Klaganden har härvid hänvisat till Europadomstolens dom av den 14 januari 2010 i målet Atanasovski mot f.d. jugoslaviska republiken Makedonien.

58 — Dom av den 16 november 2000 i mål C-286/98 P, Stora Kopparbergs Bergslags mot kommissionen (REG 2000, s. I-9925).

59 — Dom av den 10 september 2009 i mål C-97/08 P, Akzo Nobel m.fl. mot kommissionen (REG 2009, s. I-8237).

60 — Europadomstolens dom av den 19 december 1997 i målet Helle mot Finland. Jag vill dessutom påpeka att denna dom, mer än styrkan i motiveringsskyldigheten, rör kravet på en grundläggande undersökning av de väsentliga omständigheter som ska underkastas en domstolskontroll. I § 60 i denna dom som klaganden har citerat har Europadomstolen angett följande: ”Eu égard à ces considérations, la Cour souligne que la notion de procès équitable requiert qu'une juridiction interne qui n'a que brièvement motivé sa décision, que ce soit en incorporant les motifs fournis par une juridiction inférieure ou autrement, ait réellement examiné les questions essentielles qui lui ont été soumises et qu'elle ne se soit pas contentée d'entériner purement et simplement les conclusions d'une juridiction inférieure.”

61 — Elf Aquitaine har särskilt åberopat Europadomstolens dom av den 28 oktober 1987 i målet H mot Belgien, § 53, och av den 25 april 1997 i målet Georgiadis mot Grekland, § 43.

47. Mot bakgrund av samtliga ovanstående överväganden kan överklagandet enligt min mening inte vinna bifall avseende den tredje grundens första del.

b) Den andra delgrunden

48. I sin andra delgrund har klaganden först och främst påtalat att motiveringen i den överklagade domen är motsägelsefull, obegriplig och otillräcklig. Klaganden har särskilt hänfört sig till tribunalens påstående att Elf Aquitaine och dess dotterbolag utgör ett enda företag – där kommissionen tvärtemot betraktade den som en självständig enhet – samt den upprepade förväxlingen i olika avsnitt av den överklagade domen av begreppen företag och bolag. Elf Aquitaine anser att det dessutom föreligger en motsägelse mellan den första och den sista meningen i punkt 105 i den överklagade domen.

49. Det räcker härvid att påpeka för det första att, såsom kommissionen enligt min mening med rätta har understrukit, konstaterandet att de två bolagen utgör ett enda företag inte är oförenligt med vare sig att olika meddelanden om invändningar sänts till dem, vilket var nödvändigt för att underrätta båda bolagen om anklagelserna gentemot dem, eller med att separata böter tillämpats, vars belopp skulle beräknas i förhållande till varje bolags egenskaper. Tvärtemot vad klaganden har påstått föreligger det därför inte någon motsägelse mellan detta konstaterande och den omständigheten att kommissionen i det administrativa förfarandet för att sända meddelandet om invändningar och fastställa böterna tog hänsyn till att Elf Aquitaine och Atofina utgjorde självständiga juridiska rättssubjekt. För det andra anser jag inte heller att det finns grund för argumentet att den påstådda förväxlingen mellan begreppen bolag och företag, särskilt i punkterna 8, 17, 18, 107 och 123 i den överklagade domen, gör att motiveringen av denna är kontradiktorisk och obegriplig. Punkterna 8, 17 och 18 ingår i beskrivningen av den faktiska bakgrunden till tvisten och upprepar endast beslutets innehåll. Punkt 107 innehåller endast en hänvisning till domstolens praxis. I punkt 123 slutligen har tribunalen med angivande av en tidigare rättspraxis dragit slutsatsen att när en bolagskoncern utgörs av ett enda företag har kommissionen rätt att tillskriva ansvaret för en överträdelse som detta företag har begått det bolag som är ansvarigt för koncernens verksamhet och ålägga detta bolag böter. Oavsett om de ovannämnda punkterna betraktas var och en särskilt eller i förening, eller så att de ingår i tribunalens hela resonemang, finns det inget som visar någon motsägelse som, såsom klaganden har gjort gällande, gör att motiveringen av den överklagade domen är olämplig eller obegriplig. Vad därefter för det tredje avser den påstådda motsägelsen i punkt 105 i den överklagade domen räcker det att härvid påpeka att tribunalen endast förklarat att kommissionen i beslutet på så sätt gör anspråk på ett utrymme för skönsmässig bedömning i fall som motsvarar klagandens fall. Tribunalen har vidare

förklarat att ett sådant utrymme för skönsmässig bedömning dock endast används vid den tidpunkt då kommissionen, efter att ha visat att det finns förutsättningar för att tillskriva vart och ett av de bolag som tillhör en koncern ansvaret, bedömer huruvida detta ansvar ska tillskrivas koncernens alla bolag eller endast de bolag som direkt har deltagit i överträdelsen. Det finns därför ingen motsägelse mellan den första och den sista meningen i denna punkt.

50. Klaganden har vidare bestritt tribunalens påstådda cirkelresonemang, vilket enligt dess mening utgår från tesen att Elf Aquitaine och Atofina utgör ett enda företag för att avfärda att de omständigheter är relevanta som i tidigare rättspraxis däremot betraktats som indicier på att det föreligger skilda företag (exempelvis att moderbolaget inte har kännedom om överträdelsen). Tribunalen har inte, såsom kommissionen med rätta har påpekat, utgått från någon tes, utan har endast ansett att kommissionen hade rätt att använda den presumtion som gjorde det möjligt att tillskriva Elf Aquitaine ansvaret för den överträdelse som dess dotterbolag begick, även om detta skedde utan en utredningsrapport eller utan att bolaget var direkt inblandat i överträdelsen, samt att fastställa att det förelåg faktiska förutsättningar som tillät att en sådan presumtion användes. Det är i detta sammanhang helt logiskt att, såsom tribunalen har gjort, finna att även det förhållandet att Elf Aquitaine eventuellt var ovetande om överträdelsen inte var sådant att grunden för ett sådant ansvar kunde ifrågasättas. Tribunalens påstådda cirkelresonemang är inte något annat än följden av att tribunalen har godkänt att den ovannämnda presumtionen användes och är på intet sätt ett tecken på en bristande motivering.

51. Mot bakgrund av ovanstående överväganden anser jag att överklagandet inte heller kan vinna bifall avseende den tredje grundens andra del.

c) Slutsats rörande den tredje grunden för överklagandet

52. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen slår fast att överklagandet inte kan vinna bifall avseende den tredje grunden i någon del.

4. Den fjärde grunden för överklagandet: Åsidosättande av artikel 263 FEUF

53. Klaganden har gjort gällande att tribunalen har överskridit gränserna för laglighetsprövningen genom att ersätta sin egen bedömning med kommissionens bristande bedömning, särskilt såvitt avser kommissionens underkännande av indicier som klaganden har lagt fram för att upphäva den presumtion som gjorde det möjligt att tillskriva Elf Aquitaine ansvaret för den överträdelse som dess dotterbolag begått.

54. Jag vill härvid först och främst påpeka att klagandens argument utgår från förutsättningen att beslutets motivering är bristande, en brist som dock inte framgår av prövningen av den tredje grundens första del (se ovan, punkterna 42–46). I domen i målet DIR International har domstolen, efter att ha erinrat om att gemenskapsdomstolarna i samband med prövningen av lagenligheten enligt artikel 230 EG (nu artikel 263 FEUF) inte kan ersätta den motivering som upphovsmannen lämnat till den överklagade rättsakten med sin egen, angett att ”[ä]ven om förstainstansrätten i ett mål om ogiltigförklaring kan ha anledning att tolka motiveringen till den omtvistade rättsakten annorlunda än dennas upphovsman, eller till och med förkasta den motivering som formellt angetts av denne”, är detta inte möjligt ”då det inte finns någon som helst faktisk omständighet som motiverar detta”.[62] Tribunalens handlingsutrymme är inom gränserna för dess prövning av lagenligheten således mer omfattande än vad klaganden har påstått. Tribunalen har, vid underkännandet i punkt 160 och följande punkter i den överklagade domen av de omständigheter som Elf Aquitaine lagt fram för att visa att dess dotterbolag agerar självständigt på marknaden, endast lämnat en motivering som visserligen är mer detaljerad än den motivering som förekommer i beslutet, men som dock överensstämmer med denna. Härav följer att tribunalen inte på något sätt har ändrat domskälen.

55. Mot bakgrund av det ovan anförda kan överklagandet enligt min mening inte vinna bifall på den fjärde grunden för överklagandet, avseende åsidosättande av artikel 263 FEUF.

5. Den femte grunden: Åsidosättande av reglerna om tillskrivande av ansvar

56. Innan jag prövar de anmärkningar som anförts inom ramen för denna grund vill jag erinra om att Elf Aquitaine har hållits ansvarigt för den överträdelse som dess dotterbolag Atofina begått på grundval av ett presumtivt resonemang som kommissionen

62 — Dom av den 27 januari 2000 i mål C-164/98 P, DIR International Film m.fl. mot kommissionen (REG 2000, s. I-447), punkterna 38 och 42.

under senare år allt oftare använder vid bekämpning av sådan konkurrensbegränsande samverkan i vilken bolag som tillhör stora industrikoncerner är inblandade. Detta resonemang grundar sig på uppfattningen att det, eftersom det förhållandet att moderbolaget helt (eller som i förevarande fall nästan helt) äger aktiekapitalet i dotterbolaget i princip ger moderbolaget möjlighet att på ett avgörande sätt utöva inflytande på dotterbolagets affärspolitik, [63] är befogat att anta, om det inte finns bevis som talar för motsatsen, att ett sådant inflytande faktiskt har utövats och att dotterbolaget följaktligen inte självständigt har avgjort sitt agerande på marknaden. I domen i det ovannämnda målet Stora fastslog domstolen, såsom tidigare tribunalen, att ett sådant resonemang lagligen kunde användas. Domstolen angav att i detta sammanhang framgick moderbolagets ansvar inte endast av det hundraprocentiga innehavet av dotterbolagets aktiekapital, utan av en kombination av denna faktiska omständighet och det faktum att det inte fanns några omständigheter som kunde bestrida moderbolagets möjlighet att på ett avgörande sätt utöva inflytande över dotterbolagets affärspolitik eller för att visa att detta agerade självständigt på marknaden. [64] Trots denna precisering lämnade domen i målet Stora utrymme för en tolkning, enligt vilken presumtionen om faktisk kontroll, i förening med att det inte finns bevis som talar för motsatsen, inte i sig var tillräcklig för att göra det möjligt att tillskriva moderbolaget ansvaret för den överträdelse som dotterbolaget begått, utan måste vinna stöd av ytterligare omständigheter som kan stärka uppfattningen att de två bolagen hade en och samma avsikt (i det fallet hade domstolen särskilt hänvisat till att moderbolaget under det administrativa förfarandet hade uppgetts som kommissionens enda motpart i fråga om Storakoncernens bolag). [65] Som bekant underkände domstolen denna tolkning i domen i det ovannämnda målet Akzo Nobel, [66] som kommer att behandlas mer utförligt i det följande. Tillämpningsområdet för den aktuella presumtionen har nyligen utsträckts till att även omfatta de fall där kontroll innehas av ett bolag som i sin tur är helägt. [67]

57. Även om gemenskapsdomstolarna vid upprepade tillfällen har slagit fast att det är lagenligt att använda den aktuella presumtionen, [68] som för övrigt har sin bakgrund i en tidigare dom, [69] överklagar de bolag

63 — Se, för ett liknande resonemang, dom av den 14 juli 1972 i mål 48/69, ICI mot kommissionen (REG 1972, s. 619; svensk specialutgåva, volym 2, s. 25), punkterna 136 och 137.

64 — Punkt 28. Se, för ett liknande resonemang, även förstainstansrättens dom av den 15 september 2005 i mål T-325/01, DaimlerChrysler mot kommissionen (REG 2005, s. II-3319), punkterna 218–220.

65 — Punkt 29. Generaladvokaten Mischo uttalade sig på detta sätt i sitt förslag till avgörande i målet Stora Kopparbergs Bergslags mot kommissionen, punkterna 17–62. Se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 26 april 2007 i de förenade målen T-109/02, T-118/02, T-122/02, T-125/02, T-126/02, T-128/02, T-129/02, T-132/02 och T-136/02, Bolloré mot kommissionen (REG 2007, s. II-947), punkt 132.

66 — Punkt 62 (ovan fotnot 59).

67 — Se förstainstansrättens dom av den 18 december 2008 i mål T-85/06, General Química m.fl. mot kommissionen (ej publicerad i rättsfallssamlingen), som fastställdes efter överklagande genom dom av den 20 januari 2011 i mål C-90/09 P, General Química m.fl. mot kommissionen (REU 2011, s. I-1).

68 — Se, förutom domstolens domar i de ovannämnda målen Stora, Akzo Nobel och General Química och förstainstansrättens dom i målet General Química, förstainstansrättens dom av den 12 december 2007 i mål T-112/05, Akzo Nobel m.fl. mot kommissionen (REG 2007, s. II-5049).

69 — Se dom av den 25 oktober 1983 i mål 107/82, AEG-Telefunken mot kommissionen (REG 1983, s. 3151; svensk specialutgåva, volym 7, s. 287), punkt 50.

vars ansvar fastställs genom denna presumtion allt oftare de beslut genom vilka de åläggs böter för sina dotterbolags konkurrensbegränsande beteenden och kritiserar kommissionens sätt för tillskrivande av ansvar med i stor utsträckning överensstämmande skäl. [70] I förevarande fall består den femte grunden till stöd för Elf Aquitaines överklagande av fyra delgrunder.

a) Den första delgrunden

58. Klaganden har i den första delgrunden för det första gjort gällande att användningen av den aktuella presumtionen innebär ett åsidosättande av reglerna om bevisbördan och särskilt av artikel 2 i förordning nr 1/2003, enligt vilken ”bevisbördan [ska] åvila den part eller myndighet som gör gällande att artikel [101].1 eller artikel [102] i fördraget har överträtts”. Jag anser inte att ett sådant argument kan vinna framgång. Att ge kommissionen rätt att föra ett logiskt-deduktivt resonemang grundat på en sedvaneregel (baserad på vad som vanligen sker, *id quod plerumque accidit*) – vars berättigande, sett till det logiska resonemangets riktighet och sannolikhet, klaganden inte i sig har bestritt – utgör inte någon förändring av reglerna om bevisbördans fördelning, utan ger endast, under särskilda omständigheter, tillgång till ett särskilt bevismedel. [71]

59. Klaganden har för det andra gjort gällande att den straffrättsliga karaktären av de sanktioner som ålagts på grund av överträdelse av artikel 101 FEUF samt de förenade befogenheterna hos kommissionen borde ha föranlett tribunalen att ogiltigförklara användningen av den presumtion som tillämpats på Elf Aquitaine med åsidosättande av den princip om oskuldspresumtion som finns angiven i artikel 6.2 i Europakonventionen.

60. Jag erinrar härvid först och främst om att Europakonventionen inte innebär ett förbud mot att på det straffrättsliga området använda presumtioner om faktiska eller rättsliga omständigheter. Det krävs dock att de ges ”skäliga begränsningar” med hänsyn tagen till betydelsen av de intressen som står på spel och nödvändigheten av att bevara rätten till försvar. [72] Det framgår av Europadomstolens

70 — Se exempelvis det vid tribunalen anhängiga målet T-185/06, Air Liquide mot kommissionen.

71 — Å andra sidan, eftersom klagandens påstådda överträdelse tycks avse att bevisningen för antagandet har karaktär av indicier snarare än trovärdigheten hos den slutsats som presumtionen om El Aquitaines väsentliga inflytande grundar sig på, räcker det inte, för att styrka en sådan överträdelse, att som klaganden har föreslagit ålägga kommissionen att ”stärka” nämnda presumtion genom att lägga fram ytterligare indicier för att företaget utövat ett sådant inflytande, då detta inte skulle förändra det faktum att bevisningen för bolagets ansvar i en situation som den förevarande har karaktär av indicier.

72 — Se särskilt Europadomstolens dom av den 7 oktober 1988 i målet Salabiaku mot Frankrike, § 28. Domstolen har återgett denna rättspraxis i dom av den 23 december 2009 i mål C-45/08, Spector Photo Group och Van Raemdonck (REG 2009, s. I-12073), punkt 43.

rättspraxis att dessa begränsningar i princip anses iakttas i det fallet att det rättssubjekt på vilket presumtionen tillämpas ges möjlighet att lämna bevis som talar för motsatsen, och detta även inom det område som Europadomstolen definierar som den ”hårda kärnan” i straffrätten. Så har Europadomstolen exempelvis i domen i målet Pham Hoang ansett att en presumtion om ansvar i samband med narkotikainnehav enligt den franska tullagen är förenlig med principen om oskuldspresumtion och mer allmänt med reglerna om en opartisk rättegång. Dock ska den anklagade ha getts möjlighet att visa att han har agerat på grund av nödläge eller till följd av ett oundvikligt misstag. [73] Det har på motsvarande sätt inte ansetts att presumtionen om ansvar i samband med den anklagades arbetsledande ställning i domen i målet Radio France [74] eller presumtionen att de tillgångar som förvärvats av ett rättssubjekt som dömts enligt den i Förenade kungariket under sex år före brottets begående gällande narkotikalagen utgör inkomster från narkotikahandeln och därför kan konfiskeras, [75] innebär ett åsidosättande av principen om oskuldspresumtion. I båda fallen var det fråga om presumtioner som kunde upphävas genom bevis som talade för motsatsen. Mer allmänt har Europadomstolen i domen i det ovannämnda målet Janosevic, efter att ha angett att tillämpningen av presumtioner i straffrätten ska vara anpassad till de eftersträvade målen, slagit fast att en presumtion som det är svårt att motbevisa, men mot vilken det dock är möjligt att lägga fram bevisning som talar för motsatsen, omfattas av vad som är skäligt. [76]

61. Mot denna bakgrund erinrar jag om att domstolen och tribunalen vid upprepade tillfällen har slagit fast att presumtionen om att moderbolaget faktiskt utövar ett avgörande inflytande på dotterbolagets affärspolicy är en ”enkel” presumtion som kan motbevisas. [77] Klaganden anser dock att denna presumtion *i praktiken* inte går att motbevisa. Klaganden har till stöd för denna uppfattning angett tre omständigheter, nämligen i) den omständigheten att det totala innehavet av dotterbolagets aktiekapital räcker för att leda till att presumtionen tillämpas, ii) tribunalens påstående i punkt 105 i den överklagade domen att kommissionen kan företa en skönsmässig bedömning för att tillskriva moderbolaget ansvaret för överträdelsen även då andelen av dotterbolagets aktiekapital uppgår till minst 98 procent, och iii) tribunalens bedömning av de indicier som klaganden har lagt fram.

73 — Europadomstolens dom av den 25 september 1992 i målet Pham Hoang mot Frankrike, § 34. Se, för ett liknande resonemang, domen i målet Salabiaku (ovan fotnot 72).

74 — Europadomstolens dom av den 30 mars 2004 i målet Radio France m.fl. mot Frankrike, § 24.

75 — Se Europadomstolens dom av den 12 december 2001 i målet Phillips mot Förenade kungariket, § 43, och dom av den 23 december 2008 i målet Grayson och Barnham mot Förenade kungariket, punkterna 46–49. I dessa båda fall hade den aktuella presumtionen dock inte tillämpats för att göra det möjligt att åtala klaganden, utan endast för att kunna fastställa innehållet i beslutet om beslag.

76 — Punkterna 101–105.

77 — Se exempelvis domstolens dom i målet Akzo Nobel (ovan fotnot 59), punkt 60.

62. När det gäller den första omständigheten har visserligen innehavet av hela eller nästan hela aktiekapitalet varit tillräckligt för att använda den aktuella presumtionen, men presumtionen avser dock det faktiska utövandet av den kontrollbefogenhet som detta innehav ger på ett sådant sätt att det påverkar dotterbolagets agerande på marknaden. Det med stöd av denna presumtion anklagade moderbolaget har således möjlighet att invända mot att den används genom att exempelvis bevisa att andelen, trots omfattningen av denna, på grund av rättsliga eller faktiska hinder inte gör det möjligt att utöva en faktisk kontroll över dotterbolagets affärspolitik, eller att denna kontroll trots att den kan genomföras konkret inte har utövats, eller också att dotterbolaget, trots moderbolagets försök att utöva inflytande över dess agerande på marknaden dock har agerat självständigt (och i det fallet således har brutit mot moderbolagets instruktioner [78]). Såsom kommissionen med rätta har påpekat innebär den omständigheten att det är svårt att motbevisa en presumtion inte i sig att så inte kan ske. Såsom Europadomstolen har slagit fast (se ovan, punkt 60) är en presumtion, även om den är svår att motbevisa, godtagbar så länge det finns en möjlighet att lägga fram motbevis.

63. Vad avser den andra omständigheten som klaganden har åberopat till stöd för uppfattningen att den aktuella presumtionen faktiskt inte kan motbevisas, vill jag påpeka att den omständigheten att kommissionen bibehåller ett utrymme för skönsmässig bedömning när den avgör huruvida den även ska tillskriva det moderbolag som innehar hela eller nästan hela dotterbolagets aktiekapital överträdelsen inte påverkar denna presumtions relativa karaktär, åtminstone i den utsträckning det inte har ifrågasatts att denna inte kan användas om det bevisas att moderbolaget inte har utövat något avgörande inflytande över dotterbolagets affärspolitik. För övrigt noterar jag endast, såsom Europadomstolen har påpekat, att den omständigheten att en presumtion inte verkar automatiskt i princip bidrar till att tillämpningen av den hålls inom skäliga begränsningar. [79]

64. Klaganden har i fråga om tribunalens bedömning av bevisen slutligen gjort gällande att tribunalen kräver en negativ bevisning på att det inte skett någon inblandning i dotterbolagets agerande på marknaden, vilket är ett slags krav på att bevisa något som inte kan

78 — Se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom i målet Akzo Nobel m.fl. mot kommissionen (ovan fotnot 68), punkt 62.

79 — Se, för ett liknande resonemang, Europadomstolens dom i målet Phillips mot Förenade kungariket (ovan fotnot 75), 43 §. I denna dom påpekades att domstolen hade en befogenhet att företa en skönsmässig bedömning vid tillämpningen av presumtionen som gav den möjlighet att inte tillämpa den om detta skulle medföra en allvarlig risk för orättvis behandling.

bevisas och som är oförenligt med rätten till tillträde till domstol och till en effektiv domstolsprövning. Jag vill härvid påpeka att mot bakgrund av presumtionens art, som genom en logiskt-deduktiv operation ger möjlighet att från en känd faktisk omständighet bevisa en okänd faktisk omständighet, är det logiskt att det rättssubjekt mot vilket den verkar i princip ska lägga fram en negativ bevisning för den faktiska omständighet som fastställts rent presumtivt. Endast den omständigheten att det krävs en sådan bevisning gör inte att man, såsom klaganden har gjort, kan dra slutsatsen att presumtionen inte kan motbevisas. Detta gäller särskilt där, såsom i förevarande fall, denna bevisning ska sökas hos det rättssubjekt mot vilket presumtionen verkar. Å andra sidan strider denna omständighet, mot bakgrund av såväl domstolens [80] som Europadomstolens rättspraxis [81] inte i sig mot principen om oskuldspresumtionen.

65. Klaganden har i repliken till stöd för sina påståenden hänvisat till den nyligen meddelade domen i målet Spector Photo Group. [82] Domstolen fann i denna dom att principen om oskuldspresumtionen inte utgör något hinder mot presumtionen i artikel 2.1 i direktiv 2003/6/EG, [83] där avsikten hos den som bedriver insiderhandel implicit utläses av de sakomständigheter som utgör överträdelsen, ”eftersom denna presumtion kan motbevisas och rätten till försvar garanteras”. [84] Detta påpekande överensstämmer med den hittills gjorda bedömningen och innebär inte att det anförs argument till förmån för klagandens uppfattning.

66. Enligt klaganden angav domstolen i punkt 55 och följande punkter i domen i målet Spector Photo Group gränserna för att tillämpa presumtionerna i ekonomisk rätt och fann att de inte kunde tillämpas automatiskt samt påpekade att det var nödvändigt att den behöriga myndigheten gjorde en noggrann undersökning av de faktiska omständigheterna, en undersökning som tribunalen inte har gjort i fallet Elf Aquitaine. Klaganden ger enligt min mening de ovannämnda punkterna i domen i målet Spector Photo Group en allmän räckvidd som de inte har. Vidare har domstolen i dessa punkter, tvärtemot klagandens tolkning av dem, endast tolkat begreppet att ”utnyttja insiderinformation” i den mening som avses i artikel 2.1 i direktiv nr 2003/6 mot bakgrund av direktivets syften. Domstolen förelade de

80 — Se dom av den 16 juli 2009 i mål C-344/08, Rubach (REG 2009, s. I-7033), punkterna 31–33.

81 — Se, exempelvis, domarna i målen Phillips mot Förenade kungariket (ovan fotnot 75), punkt 43, och Grayson och Barnham mot Förenade kungariket (ovan fotnot 75), punkt 49.

82 — Ovan fotnot 72.

83 — Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/6/EG av den 28 januari 2003 om insiderhandel och otillbörlig marknadspåverkan (marknadsmissbruk) (EUT L 96, s. 16).

84 — Punkt 44.

behöriga myndigheterna att kontrollera huruvida ett sådant utnyttjande faktiskt var ett otillbörligt utnyttjande som direktivet syftar till att förbjuda för att garantera finansmarknadernas integritet och höja investerarnas förtroende för dem. [85] Om en sådan otillbörlig karaktär inte kan fastställas, eftersom det faktiska utnyttjandet av insiderinformationen inte strider mot direktivets syften, [86] föreligger inte de omständigheter som utgör brottet insiderhandel och *följaktligen* kan det subjektiva rekvisitet för en sådan överträdelse inte presumeras. Med andra ord avser de behöriga myndigheternas skyldighet att göra en noggrann undersökning av transaktionens faktiska omständigheter inte föremålet för presumtionen, det vill säga uppsåtet, utan endast överträdelsens materiella omständigheter, av vilka slutsatsen kan dras om uppsåtet. Domen i målet Spector Photo Group utgör således på intet sätt något stöd för klagandens uppfattning att den presumtion som legat till grund för kommissionen för att tillskriva bolaget ansvaret för den överträdelse som dess dotterbolag begått borde ha styrkts av ytterligare bevis. Såsom kommissionen med rätta har påpekat har tribunalen under alla förhållanden faktiskt prövat samtliga omständigheter som klaganden lagt fram för att motbevisa den presumtion som tillämpats på bolaget.

67. I klagandens argument i den aktuella delgrunden dyker för övrigt vissa av de argument upp som redan diskuterats vid bedömningen av den tredje grunden för överklagandet. Det räcker härvid att påpeka att tvärtemot vad klaganden har påstått fastställde tribunalen inte någon ”standardbevisning” när den fann att de av klaganden framförda bevisen inte var relevanta eller var otillräckliga, utan höll sig till en prövning av dessa omständigheter betraktade separat och i sin helhet (punkterna 160–173 i den överklagade domen). Om denna analys drivs vidare finns det risk för att tribunalens bedömning av bevisningen ifrågasätts, trots att klaganden inte åberopat några omständigheter till stöd för att denna skulle ha missuppfattats.

b) Den andra delgrunden

68. Med den femte grundens andra del har klaganden gjort gällande att det strider mot principen om en juridisk persons självständighet, som är grunden för medlemsstaternas bolagsrätt, att tribunalen, med åsidosättande av subsidiaritetsprincipen, försvarat användningen av den presumtion som kommissionen grundat sig på. Detta innebär att den juridiska personen fråntas sin rätt till försvar, rätten till oskuldspresumtionen och rätten till att principen om att straff ska vara individuella iakttas.

69. Jag vill härvid påpeka att, tvärtemot vad klaganden har påstått, innebär den presumtion på grundval av vilken klaganden har

85 — Se punkt 55.
86 — Se punkt 61.

hållits ansvarig för den överträdelse som dess dotterbolag Atofina begått inte i sig ett åsidosättande av principen om juridiska personers självständighet inom en bolagskoncern, såsom den erkänts i fransk rätt. Såsom framgått ovan är föremålet för en sådan presumtion moderbolagets utövande av ett avgörande inflytande på dotterbolagets affärspolitik som möjliggjorts genom att moderbolaget innehar hela eller nästan hela aktiekapitalet i dotterbolaget och, om inte annat visas, är ett faktiskt utövande. Det är således inte den aktuella presumtionen i sig som påverkar principen om de juridiska personernas självständighet, utan snarare uppfattningen att om ett sådant inflytande fastställs, oavsett om det sker genom presumtion, utgör moderbolaget och dotterbolaget en ekonomisk enhet, och således ett enda företag för tillämpningen av fördragets konkurrensregler. Denna konstruktion, som sedan länge godtagits i unionsdomstolarnas praxis, [87] har som bekant gjort det möjligt att utvidga begreppet företag, som ligger till grund för dessa bestämmelser, till att även omfatta rättssubjekt som inte direkt ingriper på marknaden och ålägga dem böter trots att de inte personligen har deltagit i överträdelsen. Mot denna bakgrund är inte heller en sådan konstruktion oförenlig med den princip som klaganden har åberopat.

70. För det första innebär, för tillämpningen av konkurrensreglerna, slutsatsen att moderbolaget utövar ett sådant avgörande inflytande på dotterbolagets affärspolitik att dotterbolagets agerande på marknaden inte kan anses vara självständigt – oavsett om denna slutsats endast framgår av de äganderättsliga band som finns mellan de två rättssubjekten eller om den stöds av särskilda bevis – inte ett ifrågasättande av dessa rättssubjekts juridiska självständighet. Såsom har framgått anses de nämligen vara separata, såväl vad avser utövandet av deras rätt till försvar (sändande av meddelande om invändningar, möjlighet att inge yttrande och att bli hörd, rätt till ett rättsmedel) som för fastställandet av böterna. I detta avseende utgör inte, tvärtemot vad klaganden har påstått, moderbolagets ansvar för dotterbolagens agerande ett fall av strikt ansvar för annans handlande, utan grundar sig på den presumerade eller bevisade förekomsten av en blandning av moderbolagets fastställande av riktlinjerna för dotterbolagets affärspolitik och dotterbolagets agerande på marknaden. [88] För det andra är inte heller i fransk rätt principen om de juridiska personernas självständighet inom en koncern ovillkorlig, eftersom det i vissa situationer – exempelvis i det fall då tillgångarna inte hålls åtskilda – och inom särskilda områden, särskilt skatterätt och bokföringsjuridik, medges

87 — Se exempelvis den rättspraxis som anges i punkterna 58 och 59 i domen i målet Akzo Nobel (ovan fotnot 59).

88 — Se, för ett liknande resonemang, domen i målet Akzo Nobel (ovan fotnot 59), punkt 77.

att den kan förefinnas tillsammans med uppfattningen om koncernens ekonomiska enhet. [89]

71. Elf Aquitaine har i den aktuella delgrunden dessutom gjort gällande att tribunalen, genom att påstå att kommissionen inte behövde lägga fram konkreta indicier på att Atofina inte agerade självständigt på marknaden, gick emot en fast rättspraxis som åtminstone kräver ett samband mellan presumtionen och föremålet för samverkan eller den relevanta marknaden. Jag hänvisar härvid endast till vad som angetts ovan i punkt 56 i fråga om domstolens dom i målet Akzo Nobel och den tolkning som denna har gjort av tidigare rättspraxis.

72. Mot bakgrund av samtliga ovanstående överväganden kan enligt min mening överklagandet inte vinna bifall avseende den femte grundens andra del.

c) Den tredje delgrunden

73. Enligt klaganden har tribunalen tillerkänt kommissionen ett utrymme för skönsmässig bedömning när den tillskriver moderbolag ansvaret för överträdelser som dotterbolagen begår. En sådan skönsmässig bedömning kränker legalitetsprincipen och rättssäkerhetsprincipen. Kommissionens praxis på området är enligt klaganden inkonsekvent, och denna inkonsekvens följer särskilt av att bolaget har hållits ansvarigt för sitt dotterbolag Atofinas agerande i förevarande fall och inte i ett föregående fördragsbrottsförfarande.

74. Det framgår särskilt av punkt 105 i den överklagade domen att tribunalen inte fann att det utrymme för skönsmässig bedömning som kommissionen i punkt 260 i beslutet hävdat sin rätt till avsåg det förhållandet att ett bolag tillskrivs ansvaret för överträdelser som ett annat bolag begått. Enligt vad tribunalen påpekade i denna punkt klargjorde kommissionen, vid förhandlingen och i sitt skriftliga yttrande, att detta utrymme för skönsmässig bedömning endast avser beslutet att vidta eller inte vidta sanktionsåtgärder mot samtliga bolag som tillhör en koncern, sedan det väl fastställts att förutsättningarna föreligger för att tillskriva ett av dessa bolag ansvaret. Förevarande delgrund saknar således stöd. Överklagandet kan följaktligen inte vinna bifall på denna delgrund.

d) Den fjärde delgrunden

75. Med den femte grundens fjärde del har klaganden slutligen påtalat ett åsidosättande av likabehandlingsprincipen. Delgrunden avser punkt 175 i den överklagade domen, i

89 — Se, i fråga om begränsningarna av denna princip, exempelvis generaladvokaten Warners förslag till avgörande i de förenade målen 6/73 och 7/73, Istituto Chemioterapico Italiano och Commercial Solvents mot kommissionen, där dom meddelades den 6 mars 1974 (REG 1974, s. 223; svensk specialutgåva, volym 2, s. 229).

vilken tribunalen har godkänt kommissionens skillnad i behandling av klaganden – för att tillskriva denna ansvaret ansågs det äganderättsliga sambandet med Atofina vara tillräckligt – och de andra moderbolagen som var inblandade i avtalet. Detta gällde särskilt moderbolagen i koncernen Akzo Nobel och koncernen Clariant, för vilka kommissionen däremot hade lämnat ytterligare indicier på att de respektive dotterbolagen inte agerade självständigt. Kommissionen har härvid påpekat att den i fallet med dessa bolag förfogade över de ovannämnda indicierna och nämnde dem därför för fullständighetens skull i beslutet. Jag instämmer med kommissionen när den anser att enbart denna omständighet inte i sig kan leda till slutsatsen att likabehandlingsprincipen har åsidosatts. Överklagandet kan enligt min mening därför inte heller vinna bifall avseende den femte grundens fjärde del.

e) Slutsats rörande den femte grunden för överklagandet

76. Mot bakgrund av samtliga ovanstående överväganden anser jag att överklagandet inte ska bifallas i någon del såvitt avser den femte grunden för överklagandet.

6. Den sjätte grunden för överklagandet

77. Med den sjätte grunden för överklagandet, som åberopats i andra hand, har klaganden gjort gällande att den felaktiga rättstillämpning och de åsidosättanden av unionsrätten som den överklagade domen är behäftade med åtminstone ska leda till att bötesbeloppet ogiltigförklaras eller sätts ned. Eftersom jag på grundval av ovanstående analys har kommit till slutsatsen att klagandens samtliga grunder saknar grund, anser jag att denna grund, även bortsett från dess oklara formulering, som kommissionen har betonat, under alla förhållanden ska underkännas. Klaganden har i repliken inom ramen för denna grund dessutom åberopat ett åsidosättande av principen att straffet ska vara proportionerligt. Bortsett från att det är tveksamt huruvida denna grund kan upptas till sakprövning, särskilt mot bakgrund av att den anförts för sent, [90] anser jag att de

90 — Lissabonfördraget som legat till grund för klagandens delgrund trädde i kraft innan, om än kort innan, överklagandet ingavs. Jag vill dessutom påpeka att klaganden inte i första instans har åberopat någon grund eller något argument avseende ett påstått åsidosättande av proportionalitetsprincipen. Tribunalen och domstolen har emellertid, såsom kommissionen med rätta har påpekat, även före Lissabonfördragets ikraftträdande kontrollerat att denna princip iakttagits på bötesområdet. Det är således tveksamt huruvida den aktuella delgrunden kan upptas till sakprövning även av det skälet att den åberopats för första gången i överklagandet (se senast dom av den 17 juni 2010 i mål C-413/08 P, Lafarge mot kommissionen (REU 2010, s. I-5361), punkt 52.

omständigheter som klaganden har åberopat, särskilt den omständigheten att klaganden inte deltog i överträdelsen, att den inte hade kännedom därom och att den inte kunde dra någon fördel av denna, eftersom den inte var direkt verksam på den aktuella marknaden, begränsas till allmänna påståenden – än en gång i huvudsak i syfte att ifrågasätta huruvida de uppgifter som legat till grund för att tillskriva klaganden ansvaret är rättsenliga – som inte gör det möjligt att på allvar bestrida proportionaliteten i det av kommissionen ålagda bötesbeloppet.

78. Eftersom klaganden i denna grund har hänvisat till att domstolen utövar sin fulla prövningsrätt även enligt artikel 261 FEUF, erinrar jag om att det enligt fast rättspraxis inte ankommer på domstolen att, när den uttalar sig om rättsfrågor inom ramen för ett överklagande, av skälighetsskäl sätta sin bedömning i stället för den bedömning som tribunalen, i sin fulla prövningsrätt, har gjort avseende beloppet av de böter som har ålagts företag på grund av deras åsidosättande av gemenskapsrätten. [91] Klaganden har för övrigt inte bestritt de villkor som tribunalen i den överklagade domen ställt upp för att även utöva sin fulla prövningsrätt (eller inte göra det). [92]

79. Överklagandet ska enligt min mening därför inte bifallas i någon del såvitt avser den sjätte grunden för överklagandet, vilken anförts i andra hand.

B — *Rättegångskostnader*

80. Enligt artikel 69.2 i rättegångsreglerna ska tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Eftersom jag föreslår att överklagandet ska ogillas och eftersom kommissionen har yrkat att klaganden ska förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, anser jag att klaganden ska förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna i förevarande instans.

91 — Se exempelvis dom av den 17 juli 1997 i mål C-219/95 P, Ferriere Nord mot kommissionen (REG 1997, s. I-4411), punkt 31, och av den 17 december 1998 i mål C-185/95 P, Baustahlgewebe mot kommissionen (REG 1998, s. I-8417), punkt 129, samt domen i målet Technische Unie mot kommissionen (ovan fotnot 45), punkt 210.

92 — Såsom nämnts ovan i fotnot 52, fann tribunalen att klaganden inte hade framlagt sådana omständigheter att tribunalen kunde ifrågasätta det ålagda bötesbeloppet och utöva sin fulla prövningsrätt (punkt 242 i den överklagade domen).

III — Förslag till avgörande

81. Mot bakgrund av samtliga ovanstående överväganden föreslår jag att domstolen ogillar överklagandet och förpliktar klaganden att ersätta rättegångskostnaderna.