RETTENS DOM (Første Afdeling)

13. juli 2011 *

I sag T-42/07,

The Dow Chemical Company, Midland, Michigan (De Forenede Stater),

Dow Deutschland Inc., Schwalbach (Tyskland),

Dow Deutschland Anlagengesellschaft mbH, Schwalbach,

Dow Europe GmbH, Horgen (Schweiz),

først ved advokaterne D. Schroeder, P. Matthey og T. Graf, derefter ved advokaterne D. Schroeder og T. Graf,

sagsøgere,

* Processprog: engelsk.

mod

Europa-Kommissionen, først ved M. Kellerbauer, V. Bottka og J. Samnadda, derefter ved M. Kellerbauer, V. Bottka og V. Di Bucci, som befuldmægtigede,

sagsøgt,

angående en påstand om annullation af Kommissionens beslutning K(2006) 5700 endelig af 29. november 2006 om en procedure i henhold til artikel 81 [EF] og EØS-aftalens artikel 53 (sag COMP/F/38 638 — Butadiengummi og styrenbutadiengummi fremstillet ved emulsion polymerisation) for så vidt angår The Dow Chemical Company eller annullation af artikel 1 i nævnte beslutning for så vidt angår Dow Deutschland Inc. eller nedsættelse for så vidt angår samtlige sagsøgere af den bøde, der er blevet pålagt disse,

har

RETTEN (Første Afdeling)

sammensat af dommerne F. Dehousse (refererende dommer), som fungerende præsident, I. Wiszniewska-Białecka og N. Wahl,

justitssekretær: fuldmægtig K. Pocheć,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 13. oktober 2009,

afsagt følgende

Dom

Tvistens baggrund

1 Ved beslutning K(2006) 5700 endelig af 29. november 2006 (sag COMP/F/38 638 — Butadiengummi og styrenbutadiengummi fremstillet ved emulsionspolymerisation, herefter »den anfægtede beslutning«) fastslog Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber, at en række virksomheder havde overtrådt artikel 81, stk. 1, EF og artikel 53 i aftalen om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde (EØS) ved at deltage i et kartel på markedet for ovennævnte produkter.

2 Beslutningen er rettet til følgende virksomheder:

— Bayer AG, Leverkusen (Tyskland)

— The Dow Chemical Company, Midland, Michigan (De Forenede Stater) (herefter »Dow Chemical«)

— Dow Deutschland Inc., Schwalbach (Tyskland)

— Dow Deutschland Anlagengesellschaft mbH (tidligere Dow Deutschland GmbH & Co. OHG), Schwalbach

— Dow Europe, Horgen (Schweiz)

— Eni SpA, Rom (Italien)

— Polimeri Europa SpA, Brindisi (Italien) (herefter »Polimeri«)

— Shell Petroleum NV, Haag (Nederlandene)

— Shell Nederland BV, Haag

— Shell Nederland Chemie BV, Rotterdam (Nederlandene)

— Unipetrol a.s., Prag (Den Tjekkiske Republik)

— Kaučuk a.s., Kralupy nad Vltavou (Den Tjekkiske Republik)

— Trade-Stomil sp. z o.o., Łódź (Polen) (herefter »Stomil«).

3 Dow Deutschland, Dow Deutschland Anlagengesellschaft og Dow Europe kontrolleres fuldt ud, direkte eller indirekte, af Dow Chemical (16.-21. betragtning til den anfægtede beslutning).

4 Enis virksomhed inden for de berørte produkter blev oprindeligt varetaget af EniChem Elastomeri Srl, der blev kontrolleret indirekte af Eni gennem Enis datterselskab EniChem SpA (herefter »EniChem SpA«). Den 1. november 1997 blev EniChem Elastomeri integreret i EniChem SpA. Eni kontrollerede 99,97 % af EniChem SpA. Den 1. januar 2002 overdrog EniChem SpA sin strategiske kemivirksomhed (inklusive virksomheden vedrørende butadiengummi og styrenbutadiengummi fremstillet ved emulsionspolymerisation) til sit fuldt ud ejede datterselskab Polimeri. Eni har

kontrolleret Polimeri direkte og fuldt ud siden den 21. oktober 2002. Den 1. maj 2003 ændrede EniChem SpA navn til Syndial SpA (26.-32. betragtning til den anfægtede beslutning). I den anfægtede beslutning henviser Kommissionen til ethvert af Eni ejet selskab ved benævnelsen »EniChem« (herefter »EniChem«) (36. betragtning til den anfægtede beslutning).

5 Shell Nederland Chemie er et datterselskab af Shell Nederland, der selv kontrolleres fuldt ud af Shell Petroleum (herefter under ét »Shell«) (38.-40. betragtning til den anfægtede beslutning).

6 Kaučuk blev stiftet i 1997 efter fusionen mellem Kaučuk Group a.s. og Chemopetrol Group a.s. Den 21. juli 1997 overtog Unipetrol alle de fusionerede virksomheders aktiver, rettigheder og forpligtelser. Unipetrol ejer samtlige aktier i Kaučuk (45. og 46. betragtning til den anfægtede beslutning). Endvidere angives det i den anfægtede beslutning, at Kaučuk (og forgængeren Kaučuk Group) i forbindelse med eksport blev repræsenteret af Tavorex s.r.o. (herefter »Tavorex«), som var hjemmehørende i Den Tjekkiske Republik, fra 1991 til den 28. februar 2003. Det angives ligeledes i beslutningen, at Tavorex fra 1996 repræsenterede Kaučuk på møder i European Synthetic Rubber Association (49. betragtning til den anfægtede beslutning).

7 Ifølge den anfægtede beslutning blev den polske producent Chemical Company Dwory SA (herefter »Dwory«) i forbindelse med sin eksportvirksomhed repræsenteret af Stomil i ca. 30 år, i hvert fald indtil 2001. Ligeledes ifølge den anfægtede beslutning repræsenterede Stomil Dwory på møder i European Synthetic Rubber Association i perioden 1997-2000 (51. betragtning til den anfægtede beslutning).

8 Der blev fastslået følgende overtrædelsesperioder: for Bayer, Eni og Polimeri fra den 20. maj 1996 til den 28. november 2002, for Shell Petroleum, Shell Nederland og Shell Nederland Chemie fra den 20. maj 1996 til den 31. maj 1999, for Dow Chemical fra den 1. juli 1996 til den 28. november 2002, for Dow Deutschland fra den 1. juli 1996

til den 27. november 2001, for Unipetrol og Kaučuk fra den 16. november 1999 til den 28. november 2002, for Stomil fra den 16. november 1999 til den 22. februar 2000, for Dow Deutschland Anlagengesellschaft fra den 22. februar 2001 til den 28. februar 2002 og for Dow Europe fra den 26. november 2001 til den 28. november 2002 (476.-485. betragtning til den anfægtede beslutning og artikel 1 i dennes dispositive del).

9 Butadiengummi (herefter »BG«) og styrenbutadiengummi fremstillet ved emulsionspolymerisation (herefter »SBG«) er syntetiske gummier, der hovedsageligt anvendes inden for fremstillingen af dæk. De to produkter er indbyrdes substituerbare og kan ligeledes træde i stedet for andre syntetiske gummier og naturgummi (tredje og sjette betragtning til den anfægtede beslutning).

10 Ud over de producenter, som er omhandlet i den anfægtede beslutning, har andre producenter med hjemsted i Asien og Østeuropa solgt begrænsede mængder BG og SBG i EØS-området. Desuden fremstiller de store dækproducenter selv en væsentlig del af BG'en (54. betragtning til den anfægtede beslutning).

11 Den 20. december 2002 henvendte Bayer sig til Kommissionens tjenestegrene og udtrykte ønske om at samarbejde vedrørende BG og SBG i henhold til Kommissionens meddelelse om bødefritagelse eller bødenedsættelse i kartelsager (EFT 2002 C 45, s. 3, herefter »samarbejdsmeddelelsen«). Bayer afgav en mundtlig forklaring med en beskrivelse af kartellets virksomhed med hensyn til SBG. Denne mundtlige forklaring blev optaget på kassettebånd (67. betragtning til den anfægtede beslutning).

12 Den 14. januar 2003 afgav Bayer en mundtlig forklaring med en beskrivelse af kartellets virksomhed for så vidt angår BG. Denne mundtlige forklaring blev optaget på kassettebånd. Bayer fremlagde ligeledes referater af møder i BG-komitéen under European Synthetic Rubber Association (68. betragtning til den anfægtede beslutning).

13 Den 5. februar 2003 meddelte Kommissionen Bayer, at den havde besluttet at indrømme selskabet betinget bødeimmunitet (69. betragtning til den anfægtede beslutning).

14 Den 27. marts 2003 foretog Kommissionen et kontrolbesøg i Dow Deutschlands lokaler i henhold til artikel 14, stk. 3, i Rådets forordning (EØF) nr. 17 af 6. februar 1962: Første forordning om anvendelse af bestemmelserne i [artikel 81 EF og 82 EF] (EFT 1959-1962, s. 81) (70. betragtning til den anfægtede beslutning).

15 I perioden fra september 2003 til juli 2006 fremsatte Kommissionen i henhold til artikel 11 i forordning nr. 17 og artikel 18 i Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i [artikel 81 EF og 82 EF] (EFT 2003 L 1, s. 1) en række begæringer om oplysninger over for de virksomheder, som er omhandlet i den anfægtede beslutning (71. betragtning til den anfægtede beslutning).

16 Den 16. oktober 2003 mødtes Dow Deutschland og Dow Deutschland & Co. med Kommissionens tjenestegrene og udtrykte ønske om at samarbejde i henhold til samarbejdsmeddelelsen. På mødet blev der givet en mundtlig fremstilling af kartellets virksomhed med hensyn til BG og SBG. Den mundtlige fremstilling blev optaget. Der blev ligeledes fremlagt en samling dokumenter vedrørende kartellet (72. betragtning til den anfægtede beslutning).

17 Den 4. marts 2005 meddelte Kommissionen Dow Deutschland, at den agtede at indrømme selskabet en nedsættelse af bøden på mellem 30 og 50 % (73. betragtning til den anfægtede beslutning).

18 Den 7. juni 2005 indledte Kommissionen proceduren og tilsendte de virksomheder, hvortil den anfægtede beslutning er rettet — bortset fra Unipetrol — samt Dwory en

første klagepunktsmeddelelse. Den første klagepunktsmeddelelse var ligeledes rettet til Tavorex, men blev ikke meddelt selskabet, da det havde været under konkurs siden oktober 2004. Proceduren vedrørende Tavorex blev derfor afsluttet (49. og 74. betragtning til den anfægtede beslutning).

19 De berørte virksomheder indgav deres skriftlige bemærkninger til den første klagepunktsmeddelelse (75. betragtning til den anfægtede beslutning). De fik ligeledes indsigt i sagsakterne i form af en CD-ROM samt i de mundtlige forklaringer og de dermed forbundne dokumenter i Kommissionens lokaler (76. betragtning til den anfægtede beslutning).

20 Den 3. november 2005 anmodede Manufacture française des pneumatiques Michelin (herefter »Michelin«) om at måtte indtræde i sagen. Michelin indgav skriftlige bemærkninger den 13. januar 2006 (78. betragtning til den anfægtede beslutning).

21 Den 6. april 2006 udfærdigede Kommissionen endnu en klagepunktsmeddelelse rettet til adressaterne for den anfægtede beslutning. De berørte virksomheder indgav deres skriftlige bemærkninger hertil (84. betragtning til den anfægtede beslutning).

22 Den 12. maj 2006 indgav Michelin klage i henhold til artikel 5 i Kommissionens forordning (EF) nr. 773/2004 af 7. april 2004 om Kommissionens gennemførelse af procedurer i henhold til [artikel 81 EF og 82 EF] (EUT L 123, s. 18) (85. betragtning til den anfægtede beslutning).

23 Den 22. juni 2006 deltog de virksomheder, hvortil den anfægtede beslutning er rettet, bortset fra Stomil, samt Michelin i en høring for Kommissionen (86. betragtning til den anfægtede beslutning).

24 Da der ikke forelå tilstrækkelige beviser for Dworys deltagelse i kartellet, besluttede Kommissionen at afslutte proceduren for dette selskabs vedkommende (88. betragtning til den anfægtede beslutning). Kommissionen besluttede ligeledes at afslutte proceduren for så vidt angår Syndial (89. betragtning til den anfægtede beslutning).

25 Endvidere blev der oprindeligt anvendt to forskellige sagsnumre (et for BG og et for SBG — COMP/E-1/38 637 og COMP/E-1/38 638), men siden fremsendelsen af den første klagepunktsmeddelelse har Kommissionen kun anvendt et nummer (COMP/F/38 638) (90. og 91. betragtning til den anfægtede beslutning).

26 Den administrative procedure resulterede den 29. november 2006 i, at Kommissionen vedtog den anfægtede beslutning.

27 Ifølge artikel 1 i den anfægtede beslutnings dispositive del tilsidesatte følgende virksomheder artikel 81 EF og artikel 53 EØS ved i de anførte perioder at deltage i en samlet og kontinuerlig aftale, inden for hvis rammer de blev enige om at fastsætte prismål, dele kunderne gennem ikke-angrebsaftaler og udveksle følsomme oplysninger om priser, konkurrenter og kunder inden for BG-sektoren og SBG-sektoren:

a) Bayer fra den 20. maj 1996 til den 28. november 2002

b) Dow Chemical fra den 1. juli 1996 til den 28. november 2002, Dow Deutschland fra den 1. juli 1996 til den 27. november 2001, Dow Deutschland Anlagengesellschaft fra den 22. februar 2001 til den 28. februar 2002, Dow Europe fra den 26. november 2001 til den 28. november 2002

c) Eni fra den 20. maj 1996 til den 28. november 2002, Polimeri fra den 20. maj 1996 til den 28. november 2002

d) Shell Petroleum fra den 20. maj 1996 til den 31. maj 1999, Shell Nederland fra den 20. maj 1996 til den 31. maj 1999, Shell Nederland Chemie fra den 20. maj 1996 til den 31. maj 1999

e) Unipetrol fra den 16. november 1999 til den 28. november 2002, Kaučuk fra den 16. november 1999 til den 28. november 2002

f) Stomil fra den 16. november 1999 til den 22. februar 2000.

28 På grundlag af de faktuelle konstateringer og retlige vurderinger i den anfægtede beslutning pålagde Kommissionen de berørte virksomheder bøder udmålt efter den metode, der angives i retningslinjerne for beregningen af bøder i henhold til artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 og artikel 65, stk. 5, i EKSF-traktaten (EFT 1998 C 9, s. 3, herefter »retningslinjerne«) og samarbejdsmeddelelsen.

29 I artikel 2 i den anfægtede beslutnings dispositive del pålægges følgende bøder:

a) Bayer: 0 EUR

b) Dow Chemical: 64,575 mio. EUR, heraf:

i) 60,27 mio. EUR in solidum med Dow Deutschland

ii) 47,355 mio. EUR in solidum med Dow Deutschland Anlagengesellschaft og Dow Europe

c) Eni og Polimeri in solidum: 272,25 mio. EUR

d) Shell Petroleum, Shell Nederland og Shell Nederland Chemie in solidum: 160,875 mio. EUR

e) Unipetrol og Kaučuk in solidum: 17,55 mio. EUR

f) Stomil: 3,8 mio. EUR.

30 I artikel 3 i den anfægtede beslutnings dispositive del pålægges det de i artikel 1 angivne virksomheder omgående at bringe de overtrædelser, hvortil der henvises i samme artikel, til ophør, hvis de ikke allerede har gjort det, og for fremtiden at afstå fra enhver i artikel 1 beskrevet handling eller adfærd og fra enhver foranstaltning med tilsvarende formål eller virkning.

Retsforhandlinger og parternes påstande

31 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 16. februar 2007 har Dow Chemical, Dow Deutschland, Dow Deutschland Anlagengesellschaft og Dow Europe (herefter under ét »Dow«) anlagt den foreliggende sag.

32 Ved beslutning truffet af Rettens præsident den 2. april 2009 blev N. Wahl udpeget til at supplere afdelingen, da et af dens medlemmer havde forfald.

33 På grundlag af den refererende dommers rapport har Retten (Første Afdeling) besluttet at indlede den mundtlige forhandling.

34 Parterne har afgivet mundtlige indlæg og besvaret mundtlige spørgsmål fra Retten i retsmødet den 13. oktober 2009.

35 Dow Chemical har nedlagt påstand om annullation af den anfægtede beslutning, i det omfang den er rettet til selskabet.

36 Dow Deutschland har nedlagt påstand om annullation af den anfægtede beslutnings artikel 1, i den udstrækning det heri fastslås, at Dow Deutschland overtrådte artikel 81 EF og artikel 53 EØS fra den 1. juli 1996.

37 Alle sagsøgerne (Dow Chemical subsidiært) har nedlagt påstand om en væsentlig nedsættelse af den bøde, de blev pålagt.

38 Alle sagsøgerne har nedlagt følgende påstande:

— Det pålægges Kommissionen at betale alle sagsøgernes omkostninger og udgifter i forbindelse med den foreliggende sag samt de udgifter, de har afholdt med

henblik på at stille en bankgaranti til dækning af den bøde, de pålægges i den anfægtede beslutning, indtil Retten har truffet afgørelse i sagen.

— Der træffes sådanne andre forholdsregler, som Retten måtte finde fornødne.

39 Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse.

— Sagsøgerne betaler sagens omkostninger.

Retlige bemærkninger

40 Dow har påberåbt sig tre anbringender til støtte for sine påstande. Ved sit første anbringende har Dow anfægtet, at Kommissionen tilregnede Dow Chemical overtrædelsen. Ved sit andet anbringende har Dow hævdet, at Kommissionen begik en fejl, da den fastslog varigheden af Dow Deutschlands deltagelse i overtrædelsen. Ved sit tredje anbringende har Dow gjort gældende, at Kommissionen begik en række fejl, da den fastsatte størrelsen af de bøder, Dow blev pålagt.

A — *Påstandene om delvis annullation af den anfægtede beslutning*

1. *Det første anbringende: retsstridigheden af at tilregne Dow Chemical overtrædelsen*

41 Dows første anbringende består af tre led. Inden for rammerne af det første led har Dow gjort gældende, at Kommissionen anvendte et forkert kriterium til bedømmelse af et moderselskabs ansvar. Inden for rammerne af det andet led har Dow hævdet, at Dow Chemical under alle omstændigheder afkræftede den formodning, der hvilede på selskabet. Inden for rammerne af det tredje led har Dow gjort gældende, at Kommissionen begik en fejl ved ikke at gøre brug af sin skønsbeføjelse ved afgørelsen af, om den anfægtede beslutning skulle rettes til Dow Chemical, og ved ikke at begrunde beslutningen om at holde moderselskabet ansvarligt i det foreliggende tilfælde.

a) Første led: anvendelse af et forkert kriterium for, om overtrædelsen kunne tilregnes moderselskabet

42 Under retsmødet meddelte Dow, at selskabet på baggrund af Domstolens dom af 10. september 2009 (sag C-97/08 P, Akzo Nobel m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 8237) trak det første led af sit første anbringende tilbage, hvilket blev taget til efterretning.

43 Det er derfor ikke fornødent at tage stilling til det første led af Dows første anbringende.

b) Andet led: Dow Chemicals afkræftelse af den formodning, der hvilede på selskabet

Parternes argumenter

44 Dow har gjort gældende, at Dow Chemical, hvis der gælder en formodning om, at moderselskabet øver afgørende indflydelse på et datterselskab, som det ejer fuldt ud, afkræftede formodningen i det foreliggende tilfælde. Dow har i den forbindelse henvist til, at et moderselskab kan afkræfte den formodning, som hviler på det, ved at påvise, at det ikke har øvet afgørende indflydelse på datterselskabets adfærd. Det behøver ikke at bevise, at det ikke længere havde mulighed for at øve afgørende indflydelse på datterselskabet. Det kriterium, som skal anvendes, går ud på, om datterselskabet »i det væsentlige følger instrukser fra moderselskabet« i sin »handelspolitik« (Domstolens dom af 16.11.2000, sag C-286/98 P, Stora Kopparbergs Bergslags mod Kommissionen, Sml. I, s. 9925). Udtrykket »i det væsentlige« omfatter spørgsmålet om, hvorvidt datterselskabet overholder konkurrencereglerne eller overtræder dem med henblik på at opnå højere priser, end det normalt havde kunnet opnå på markedet. Kommissionen havde fulgt denne fremgangsmåde i de to sager, hvortil Dow har henvist. Dow har i den forbindelse påpeget, at en virksomhed kun pådrager sig ansvar for en overtrædelse af kartelretten, hvis den har udvist forsæt eller uagtsomhed (artikel 23, stk. 2, i forordning nr. 1/2003). Moderselskabet kan derfor kun anses for at have overtrådt artikel 81 EF, hvis det har handlet i det mindste uagtsomt i relation til datterselskabets overtrædelse.

45 I det foreliggende tilfælde formodede Kommissionen med urette og uden at have nogen beviser, at rapporteringsvejene mellem Dow Chemical og selskabets datterselskaber havde omfattet kartelaktiviteterne, og at Dow Chemical havde været underrettet om disse.

46 For det første tog Kommissionen ikke hensyn til, at Dow Deutschland, Dow Deutschland Anlagengesellschaft og Dow Europe havde handlet selvstændigt, således som det

anføres i Dows svar på klagepunktsmeddelelsen. Hvad dette angår har Dow fremhævet, at kun nogle få ansatte i de nævnte tre selskaber med en forholdsvis underordnet rang deltog i overtrædelsen. Den eneste ansatte med høj rang, som kan have haft kendskab til kartelaktiviteterne, er Dow Deutschlands daværende salgsdirektør for syntetiske elastomerer. Denne har imidlertid altid benægtet at have haft kendskab til overtrædelsen, og der er ikke bevis for det modsatte. Endvidere har Dow gjort gældende, idet Dow har henvist til de medarbejderes stilling, som er berørt af den foreliggende sag, at kartellet og dets svage organisation allerede var veletableret, da Dow Deutschland blev inddraget i det. Der blev ikke truffet nogen beslutning om at indlede en proces eller om at oprette strukturer, som kunne have ført til deltagelse af Dow Chemical.

47 Dow Chemical havde ikke mulighed for automatisk at blive underrettet om eventuelle konkurrencebegrænsende handlinger, da Dow Deutschland trådte ind på det omhandlede marked ved at blive distributør for Buna Sow Leuna Olefinverbund GmbH (herefter »BSL«) den 1. juli 1996. Den pågældende sektor repræsenterede en ny virksomhed for Dow, som ikke integrerede den i nogen af sine bestående organisationsstrukturer. Dow har i den forbindelse peget på, at BSL var et fuldt ud ejet datterselskab af Bundesanstalt für vereinigungsbedingte Sonderaufgaben (BvS) indtil den 1. september 1999, hvor Dow erhvervede en andel på 80 % af BSL's kapital og fælles kontrol med selskabet. Desuden var det ikke sikkert, at BSL ville fortsætte med at fremstille BG og SBG. Dow blev først fuldgyldig producent af BG og SBG, da selskabet erhvervede Shells virksomhed vedrørende syntetisk gummi den 1. juni 1999.

48 At Dow Chemical ikke blev underrettet om prisdrøftelserne, stemmer overens med koncernens organisationsstruktur. Ledelsen af virksomheden vedrørende syntetiske elastomerer var placeret i Dow Deutschland og Dow Deutschland & Co. (der, som angivet i præmis 2 ovenfor, ændrede navn til Dow Deutschland Anlagengesellschaft). Denne sektor blev ikke integreret i nogen af de eksisterende organisationsstrukturer og forblev en selvstændig virksomhed. Dow Deutschlands daværende salgsdirektør

var ansvarlig over for ansatte i Dow Chemical, som på grund af manglende erfaring inden for syntetisk gummi undlod at gribe ind i hans forretningsmæssige beslutninger. De industrielle og økonomiske forbindelser mellem Dow Chemical og selskabets datterselskaber inden for den omhandlede sektor var derfor ikke så stærke, som Kommissionen hævder i 357. betragtning til den anfægtede beslutning. At Dow Deutschlands daværende salgsdirektør var ansvarlig over for Dow Chemical, betyder ikke, at Dow Chemical havde kendskab til kartellet, eller at Dow Chemical udviste uagtsomhed ved ikke at opdage det.

49 Dow Chemical havde ikke mulighed for at bringe de øvrige koncernselskabers deltagelse i overtrædelsen til ophør, da Dow Chemical ikke havde kendskab til den. Dette udgør en væsentlig forskel mellem det foreliggende tilfælde og det, der førte til Rettens dom af 14. maj 1998 (sag T-354/94, Stora Kopparbergs Bergslags mod Kommissionen, Sml. II, s. 2111). Tværtimod modtog alle ansatte i Dow med ansvar inden for salg regelmæssig undervisning i konkurrenceret. Desuden var de pågældende medarbejdere alle forpligtet til at overholde Dow Chemicals kodeks for forretningsmæssig adfærd, som i 1999 bl.a. indeholdt regler om »overholdelse af konkurrenceretten«, hvortil Dow har henvist. Hvis de pågældende medarbejdere havde henvendt sig til en Dow-jurist, ville denne have truffet alle de nødvendige forholdsregler for omgående at bringe den retsstridige praksis til ophør.

50 For det andet hævder Kommissionen, at der fandtes »rapporteringsveje« mellem Dow Chemical og selskabets datterselskaber, og antager, at de »[...] omfattede alle væsentlige aspekter af virksomheden vedrørende BG og SBG«, at »[d]et omtvistede kartel uden tvivl var en væsentlig faktor i den forretningspolitik, der blev ført af de datterselskaber af Dow, som drev virksomhed inden for BG/SBG-sektoren, [og at] det ikke kan godtages, at de kunne drøfte deres virksomhed uden at nævne kartellets eksistens« (357. betragtning til den anfægtede beslutning). Kommissionen fremlægger imidlertid ikke noget bevis herfor.

51 I modsætning til hvad Kommissionen gør gældende i 357. betragtning til den anfægtede beslutning, fremsatte Dow ikke benægtelser af generel art, men udtalte, at der på trods af en grundig intern undersøgelse ikke var noget, der tydede på, at nogen hos Dow Chemical havde været underrettet om prisdrøftelserne. Efter Dows opfattelse er den omstændighed, at der findes en rapporteringsvej, som er bestemt til at omfatte alle væsentlige aspekter af en virksomhed, ikke ensbetydende med, at den pågældende rapporteringsvej anvendes til at rapportere om kartelaktiviteter til det overordnede niveau. Hvis det forhold, at der findes rapporteringsveje, i sig selv var tilstrækkeligt til, at moderselskabet kunne holdes ansvarligt for sine datterselskabers adfærd, ville det være umuligt at påvise, at datterselskaberne havde handlet selvstændigt. Et datterselskab kan handle selvstændigt, selv om nogle af dets ansatte rapporterer til personer, som beklæder stillinger i andre selskaber i koncernen. Dow har tilføjet, at det foreliggende tilfælde adskiller sig fra det, der førte til Rettens dom af 27. september 2006 (sag T-314/01, Avebe mod Kommissionen, Sml. II, s. 3085). I denne sag havde de ledende medarbejdere i den fælles virksomhed (datterselskabet) samtidig haft ledelsesfunktioner i moderselskaberne. Moderselskabernes repræsentanter havde enten været direkte impliceret i overtrædelsen eller havde ikke kunnet undgå at være vidende om den. Desuden var datterselskabet blevet stiftet under en særlig juridisk form.

52 For det tredje har Dow foreslået, at en række personer, som havde (eller kan have haft) mulighed for at give ansatte i Dow Chemical oplysninger om kartelaktiviteterne, afhøres som vidner og anmodes om at oplyse, om dette skete. Dow har ligeledes foreslået, at enten de personer, hvortil Kommissionen udtrykkeligt henviser i fodnote 218 til den anfægtede beslutning, eller de personer, som Kommissionen under henvisning til Dows skrivelse af 26. juli 2004 har udpeget som en del af de relevante rapporteringsveje, afhøres som vidner.

53 Kommissionen har påstået det første anbringendes andet led forkastet. Den finder i det væsentlige, at det af Dow anførte ikke er tilstrækkeligt til at afkræfte den formodning, som gælder i det foreliggende tilfælde.

Rettens bemærkninger

54 Kommissionen anfører i den anfægtede beslutning, at et moderselskab kan anses for ansvarligt for et datterselskabs ulovlige adfærd, når dette ikke selvstændigt bestemmer sin adfærd på markedet. Kommissionen har i den forbindelse bl.a. henvist til virksomhedsbegrebet inden for konkurrenceretten (333. og 334. betragtning til den anfægtede beslutning). Desuden anfører den, at den kan formode, at et fuldt ud ejet datterselskab i det væsentlige følger instrukser fra moderselskabet, uden at den behøver at undersøge, om moderselskabet rent faktisk har udøvet denne beføjelse. Det påhviler moderselskabet eller datterselskabet at afkræfte formodningen ved at fremlægge beviser for, at datterselskabet selvstændigt har bestemt sin adfærd på markedet i stedet for at følge instrukser fra moderselskabet, således at virksomhedsbegrebet ikke skal anvendes på selskaberne (335. betragtning til den anfægtede beslutning).

55 Endvidere finder Kommissionen, at Dow Deutschland Anlagengesellschaft, Dow Deutschland og Dow Europe er ansvarlige for deres direkte deltagelse i overtrædelsen. Kommissionen anfører nærmere, at de nævnte selskaber blev ejet fuldt ud, direkte eller indirekte, af Dow Chemical, mens overtrædelsen fandt sted. Ifølge Kommissionen kan det derfor formodes, at moderselskabet øvede afgørende indflydelse på sine datterselskabs adfærd. Formodningen styrkes i det foreliggende tilfælde af en række faktorer. Kommissionen udledte heraf, at den anfægtede beslutning skulle rettes til Dow Deutschland Anlagengesellschaft, Dow Deutschland, Dow Europe og Dow Chemical, som måtte holdes solidarisk ansvarlige for overtrædelsen (340.-364. betragtning til den anfægtede beslutning).

56 Hvad dette angår bemærkes med hensyn til det særlige tilfælde, hvor et moderselskab besidder 100 % af kapitalen i et datterselskab, som har begået en overtrædelse af Fællesskabets konkurrenceregler, dels at moderselskabet kan øve afgørende indflydelse på datterselskabets adfærd, dels at der foreligger en afkræftelig formodning for, at moderselskabet faktisk øver afgørende indflydelse på datterselskabets adfærd.

Det er under disse omstændigheder tilstrækkeligt, at Kommissionen beviser, at hele kapitalen i et datterselskab ejes af moderselskabet, for at formode, at moderselskabet udøver en afgørende indflydelse på dette datterselskabs handelspolitik. Kommissionen vil derefter være i stand til at anse moderselskabet for solidarisk ansvarligt for betaling af den bøde, som er pålagt datterselskabet, medmindre dette moderselskab, som det påhviler at afkræfte den pågældende formodning, fører tilstrækkelige beviser med henblik på at bevise, at dets datterselskab optræder selvstændigt på markedet (jf. dommen i sagen Akzo Nobel m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 42 ovenfor, præmis 60 og 61 og den deri nævnte retspraksis).

57 Da Dow har trukket det første led af sit første anbringende tilbage, har selskabet ikke bestridt, at Kommissionen kunne formode, at Dow Chemical havde øvet afgørende indflydelse på sine datterselskabers adfærd, fordi Dow Chemical direkte eller indirekte havde ejet hele deres kapital.

58 Det påhvilede derfor Dow Chemical at afkræfte formodningen ved at påvise, at de nævnte datterselskaber havde bestemt deres handelspolitik selvstændigt, således at de ikke sammen med Dow Chemical havde udgjort én enkelt økonomisk enhed og dermed én virksomhed i artikel 81 EF's forstand.

59 Nærmere bestemt skulle Dow Chemical have angivet alle forhold vedrørende de organisatoriske, økonomiske og retlige forbindelser mellem Dow Chemicals datterselskaber og Dow Chemical, som ifølge denne kunne vise, at virksomhederne ikke udgjorde én enkelt økonomisk enhed. Retten skal således ved vurderingen tage hensyn til samtlige de elementer, der er forelagt den, og hvis art og betydning kan variere, afhængig af de særlige forhold i de konkrete sager (Rettens dom af 12.12.2007, sag T-112/05, Akzo Nobel m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 5049, præmis 65).

60 For det første har Dow ved sine argumenter i det væsentlige gjort gældende, at Dow ikke bør holdes ansvarlig for overtrædelsen, da selskabet ikke var impliceret i den og heller ikke havde kendskab til den. Imidlertid anførte Dow under retsmødet, at selskabet på baggrund af dommen af 10. september 2009 i sagen Akzo Nobel m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 42 ovenfor, ikke kunne tilbagevise den formodning, som hvilede på dette i denne henseende, eftersom det fremgår af den nævnte dom, at den afgørende indflydelse, moderselskabet har øvet, ikke nødvendigvis behøver at vedrøre datterselskabets handelspolitik, endsige overtrædelsen. Dow har således medgivet, at selskabets argumenter ikke kan anfægte den anfægtede beslutnings retmæssighed på dette punkt. Desuden meddelte Dow under retsmødet, at Dow trak de argumenter inden for rammerne af det første anbringendes andet led tilbage, som drejede sig om dette spørgsmål.

61 For det andet henviser, for fuldstændighedens skyld, Kommissionen i den anfægtede beslutning til andre omstændigheder, som giver grundlag for at antage, at Dow Chemical øvede afgørende indflydelse på sine datterselskabers adfærd. Kommissionen peger navnlig på, at de medarbejdere, der deltog i overtrædelsen, rapporterede til Dow Deutschlands salgsdirektør for syntetisk gummi, som selv rapporterede til de ansvarlige for denne sektor hos Dow Chemical, der i sidste instans informerede den administrerende direktør (344.-352. betragtning til den anfægtede beslutning). Dow har ikke bestridt disse faktiske oplysninger, men finder ikke, at de nævnte omstændigheder viser, at Dow Chemical rent faktisk havde kendskab til kartellet, eller at selskabet udviste uagtsomhed ved ikke at opdage det. Imidlertid er disse argumenter af de grunde, der anføres i den foregående præmis, ikke egnede til at afkræfte den formodning, som hviler på Dow Chemical, hvilket Dow selv medgav under retsmødet.

62 Dow gjorde dog gældende under retsmødet, at det var fejlagtigt, når Kommissionen i 357. betragtning til den anfægtede beslutning fastslog, at Dow Chemical havde haft kendskab til kartelaktiviteterne. Hvis Kommissionens påstand havde været rigtig, ville Dow Chemical efter Dows opfattelse have været direkte impliceret i kartellet. Påstanden går imidlertid ud over det ansvar, moderselskabet har, når det ejer hele datterselskabets kapital. Kommissionen har ikke fremlagt noget bevis i denne henseende. Dow

har henvist til Domstolens dom af 3. september 2009 (forenede sager C-322/07 P, C-327/07 P og C-338/07 P, Papierfabrik August Koehler mod Kommissionen, Sml. I, s. 7191), idet Dow finder, at den foreliggende sag er sammenlignelig med den, som gav anledning til denne dom, og har udledt heraf, at den anfægtede beslutning er retsstridig på dette punkt.

63 Idet det er ufornødent at tage stilling til, om de argumenter, Dow påberåbte sig under retsmødet, kan antages til realitetsbehandling, er det tilstrækkeligt at bemærke, at de bygger på den forudsætning, at Kommissionen på grund af de omstændigheder, hvortil der henvises i 357. betragtning til den anfægtede beslutning, ligeledes fandt Dow Chemical ansvarlig for at have deltaget direkte i overtrædelsen, og at den foreliggende situation derfor er sammenlignelig med den, der førte til dommen i sagen Papierfabrik August Koehler mod Kommissionen, nævnt i præmis 62 ovenfor. Det fremgår imidlertid klart af 340.-343. betragtning til den anfægtede beslutning, at Dow Chemical kun blev fundet ansvarlig, fordi selskabet direkte eller indirekte havde kontrolleret de virksomheder, som deltog direkte i overtrædelsen, dvs. Dow Deutschland Anlagengesellschaft, Dow Deutschland og Dow Europe. Dows forudsætning er derfor fejlagtig.

64 Det følger af det ovenstående, at Dows argumenter ikke er egnede til at anfægte, at Dow Chemical og selskabets datterselskaber kunne anses for at udgøre én enkelt økonomisk enhed. På den baggrund finder Retten det ufornødent at træffe de af Dow begærede foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse.

65 På baggrund af det ovenstående må det andet led af Dows første anbringende forkastes.

c) Tredje led: fejl ved Kommissionens udøvelse af sin skønsbeføjelse og mangel på begrundelse

Parternes argumenter

66 Dow har peget på, at Kommissionen under alle omstændigheder anfører, at den, »når den retter en beslutning til endelige moderselskaber, følger et almindeligt princip, som er blevet bekræftet i fast retspraksis [...], og som den ikke ser nogen tvingende grund til at fravige« (362. betragtning til den anfægtede beslutning).

67 Den retspraksis ved Retten og Domstolen, hvortil der henvises i 333.-336. betragtning til den anfægtede beslutning, bekræfter imidlertid ikke, at det er Kommissionens generelle politik at rette en beslutning til moderselskabet i en koncern. Det angives kun i den nævnte retspraksis, at Kommissionen, når der foreligger en simpel formodning om, at moderselskabet faktisk har øvet afgørende indflydelse på et fuldt ud ejet datterselskab, og det ikke er lykkedes moderselskabet at afkræfte denne formodning, kan (men ikke er forpligtet til at) holde moderselskabet ansvarligt for datterselskabets adfærd.

68 Endvidere har Dow henvist til en række kommissionsbeslutninger og peget på, at Kommissionen i andre sager ikke har holdt moderselskabet ansvarligt, selv om det ejede en andel på 100 % af datterselskabets kapital, uden at angive, hvorfor den ikke har pålagt moderselskabet bøden.

69 På baggrund af disse omstændigheder har Dow gjort gældende, at Kommissionen bør udøve sin skønsbeføjelse fra sag til sag. Det undlod den imidlertid at gøre i det foreliggende tilfælde, uden at give nogen nærmere forklaring, således som det navnlig fremgår af 362 betragtning til den anfægtede beslutning. Dow har tilføjet, at der er forskel på en generel politik, som består i at gribe ind over for overtrædelser af Fællesskabets konkurrenceret og forfølge de overtrædende virksomheder, og en generel politik, der består i til enhver tid at anse moderselskabet for ansvarligt.

70 Dow har erindret om, at selskabet under den administrative procedure pegede på, at det uretmæssigt ville blive tilføjet skade, hvis Kommissionen gjorde Dow Chemical til adressat for den beslutning, den agtede at vedtage, da dette sandsynligvis ville føre til et uberettiget erstatningssøgsmål i USA. Hvad dette angår har Dow påpeget, at Dow Chemical nogle få dage efter meddelelsen om vedtagelsen af den anfægtede beslutning blev indstævnet for flere domstole i USA i forbindelse med kollektive søgsmål. Endvidere har Dow Chemical bemærket, at det ikke er i overensstemmelse med Kommissionens samarbejdspolitik at rette den anfægtede beslutning til selskabet, eftersom virksomheder vil være mindre tilbøjelige til at samarbejde, hvis deres samarbejde i højere grad udsætter dem for erstatningssøgsmål anlagt af tredjemand. Kommissionen anerkender udtrykkeligt dette forhold i punkt 6 i sin meddelelse af 8. december 1996 om bødefritagelse eller bødenedsættelse i kartelsager (EFT C 298, s. 17).

71 Dow har afslutningsvis anført, at Kommissionen ikke i tilstrækkelig grad tog hensyn til disse argumenter, men indskrænkede sig til at bemærke, at de var »af meget politisk art«. Kommissionen havde tværtimod pligt til at tage hensyn til dem og afveje dem mod eventuelle argumenter for at rette den anfægtede beslutning til Dow Chemical. Det gjorde den imidlertid ikke.

72 Under alle omstændigheder er den anfægtede beslutning behæftet med en mangel på begrundelse, eftersom Kommissionen ikke i beslutningen angiver grundene til,

at den under den foreliggende sags omstændigheder i sidste instans valgte at rette beslutningen til moderselskabet. Det er ikke nødvendigt, at Kommissionen forklarer, hvorfor den ikke finder, at et moderselskab er ansvarligt for et af dets datterselskabers adfærd, eftersom en sådan beslutning ikke skader nogen. Det er derimod nødvendigt, at Kommissionen vurderer de forskellige argumenter vedrørende dette spørgsmål og angiver grundene til sin beslutning, når den pålægger et moderselskab en bøde på grund af overtrædelser, som et af dets datterselskaber har begået.

73 Kommissionen har påstået det første anbringendes tredje led forkastet. Den finder i det væsentlige, at den, når de fastslåede betingelser for at tilregne moderselskabet datterselskabernes adfærd er opfyldt, ikke har pligt til at redegøre nærmere for valget af adressater for sin beslutning.

Rettens bemærkninger

74 Som tidligere nævnt kan Kommissionen af de grunde, der blev anført inden for rammerne af det første anbringendes andet led, pålægge moderselskabet ansvaret for en overtrædelse, som et datterselskab har begået, når det pågældende datterselskab ikke selvstændigt bestemmer sin adfærd på markedet. I det foreliggende tilfælde fremgår det af de ovenstående betragtninger, at Kommissionen ikke begik nogen fejl i denne henseende. At Dow Chemical er moderselskabet i koncernen, kan ikke ændre denne konklusion, da det er ubestridt, at Dow Chemical kontrollerer, om end kun indirekte, hele kapitalen i de selskaber, der deltog direkte i overtrædelsen, dvs. Dow Deutschland Anlagengesellschaft, Dow Deutschland og Dow Europe (jf. i denne retning Rettens dom af 30.9.2003, sag T-203/01, Michelin mod Kommissionen, Sml. II, s. 4071,

præmis 290). Desuden kontrollerer Dow Chemical direkte hele kapitalen i Dow Europe, som Kommissionen fandt ansvarlig for dette selskabs direkte deltagelse i overtrædelsen, hvilket ikke er blevet anfægtet inden for rammerne af den foreliggende tvist.

75 For så vidt angår den påståede mangel på overensstemmelse med Kommissionens beslutningspraksis, og eftersom Dow har gjort gældende, at ligebehandlingsprincippet blev overtrådt, kan den adfærd, som udvises af et datterselskab, der overtræder konkurrencereglerne, som nævnt af de grunde, hvortil der henvises i præmis 56 ovenfor, tilregnes moderselskabet. At tilregne moderselskabet overtrædelsen er, endvidere, en mulighed, som Kommissionen kan benytte efter sit skøn (jf. i denne retning Domstolens dom af 24.9.2009, forenede sager C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P og C-137/07 P, Erste Bank der österreichischen Sparkassen mod Kommissionen, Sml. I, s. 8681, præmis 82, og Rettens dom af 14.12.2006, forenede sager T-259/02 — T-264/02 og T-271/02, Raiffeisen Zentralbank Österreich m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 5169, præmis 331). På den baggrund må det fastslås, at det forhold alene, at Kommissionen i sin tidligere beslutningspraksis har fundet, at omstændighederne i en sag ikke gav grundlag for at tilregne moderselskabet et datterselskabs adfærd, ikke indebærer, at den er forpligtet til at anlægge den samme vurdering i en senere beslutning (jf. i denne retning Rettens dom af 20.4.1999, forenede sager T-305/94 — T-307/94, T-313/94 — T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 og T-335/94, Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mod Kommissionen, »PVC II-dommen«, Sml. II, s. 931, præmis 990). For fuldstændighedens skyld bemærkes, at en virksomhed, når den har handlet i strid med artikel 81, stk. 1, EF, ikke kan undgå enhver sanktion med den begrundelse, at en anden erhvervsdrivende ikke er blevet pålagt nogen bøde, såfremt denne erhvervsdrivende overhovedet ikke er inddraget i sagen for Retten (jf. PVC II-dommen, præmis 1237 og den deri nævnte retspraksis).

76 Med hensyn til at det uretmæssigt ville skade Dow Chemical at være adressat for den anfægtede beslutning, kan dette ikke anfægte beslutningens retmæssighed, eftersom Kommissionen af de ovenfor anførte grunde kunne pålægge Dow Chemical ansvaret for den omhandlede overtrædelse.

77 Hvad endelig angår den påståede mangel på begrundelse skal begrundelsen for en individuel beslutning klart og utvetydigt angive de betragtninger, som den institution, der har udstedt den anfægtede retsakt, har lagt til grund, således at de berørte parter kan få kendskab til grundlaget for den trufne foranstaltning, og således at den kompetente ret kan udøve sin prøvelsesret. Det nærmere indhold af begrundelseskravet skal fastlægges i lyset af den konkrete sags omstændigheder. Det kræves ikke, at begrundelsen angiver alle de forskellige relevante faktiske og retlige momenter, da spørgsmålet, om en beslutnings begrundelse opfylder kravene efter artikel 253 EF, ikke blot skal vurderes i forhold til ordlyden, men ligeledes til den sammenhæng, hvori den indgår (Domstolens dom af 2.4.1998, sag C-367/95 P, Kommissionen mod Sytraval og Brink's France, Sml. I, s. 1719, præmis 63).

78 Kravene i henhold til den væsentlige formforskrift, som begrundelsespligten udgør, er opfyldt, såfremt Kommissionen i sin beslutning giver oplysninger om de hensyn, der har givet grundlag for at bedømme overtrædelsens grovhed og dens varighed (Domstolens dom af 16.11.2000, sag C-291/98 P, Sarrió mod Kommissionen, Sml. I, s. 9991, præmis 73, og af 15.10.2002, forenede sager C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P — C-252/99 P og C-254/99 P, Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 8375, præmis 463).

79 I det foreliggende tilfælde er det tilstrækkeligt at bemærke, at Kommissionen i 333.-338. og 340.-364. betragtning til den anfægtede beslutning klart angav, hvilke omstændigheder der gav den grundlag for at finde Dow Chemical ansvarlig i den foreliggende sag. Disse omstændigheder har Dow i øvrigt anfægtet inden for rammerne af nærværende sag. På den baggrund kan Dows påstand om mangel på begrundelse ikke tages til følge.

80 På baggrund af det ovenstående må det tredje led af Dows første anbringende, og dermed det første anbringende i det hele, forkastes.

2. *Det andet anbringende: fejlagtig fastslåelse af varigheden af Dow Deutschlands deltagelse i overtrædelsen*

a) Parternes argumenter

Dows argumenter

81 I den anfægtede beslutning fastsætter Kommissionen begyndelsestidspunktet for en virksomheds deltagelse i overtrædelsen som den dato, hvorpå en ansat i den pågældende virksomhed for første gang deltog i et af møderne i European Synthetic Rubber Associations underkomité. Således blev begyndelsestidspunktet for Dow Deutschland Anlagengesellschafts og Dow Europes deltagelse i overtrædelsen fastsat til henholdsvis den 22. februar 2001 og den 26. november 2001 (450. betragtning til den anfægtede beslutning).

82 Selv om BSL havde stillet en af sine medarbejdere til rådighed for Dow Deutschland allerede den 1. juli 1996 (100. betragtning til den anfægtede beslutning), deltog den pågældende dog først i sit første møde på vegne af Dow Deutschland den 2. og 3. september 1996 (167. betragtning til den anfægtede beslutning). Det fremgår ikke af noget i beslutningen, at den nævnte ansatte var i kontakt med repræsentanter for de øvrige kartelparter mellem den 1. juli 1996 og mødet den 2. og 3. september 1996. Kommissionens fremgangsmåde medfører, at Dow findes ansvarlig med tilbagevirkende kraft for den ansattes deltagelse i mødet den 20. og 21. maj 1996. Dermed stiller Kommissionen Dow Deutschland ringere end de øvrige adressater for den anfægtede beslutning. Eftersom Dow Chemicals (eventuelle) overtrædelse er begrænset til datterselskabernes overtrædelse, gælder det samme for Dow Chemical som helhed.

83 Desuden forklarer Kommissionen ikke i den anfægtede beslutning, hvorfor den fulgte en anden fremgangsmåde for Dow Deutschlands vedkommende, hvilket udgør en mangel på begrundelse.

Kommissionens argumenter

84 Ifølge Kommissionen bygger Dows andet anbringende på den fejlagtige antagelse, at den generelt valgte datoen for deltagelse i en af European Synthetic Rubber Associations underkomitéer som begyndelsestidspunktet for deltagelsen i overtrædelsen. Kommissionen fulgte imidlertid tværtimod sin sædvanlige fremgangsmåde, dvs. valgte den dato, hvorpå en ansat i virksomheden for første gang havde deltaget i kartelaktiviteterne (444. betragtning til den anfægtede beslutning).

85 For så vidt angår Dow Deutschland (og dermed Dow Chemical) fandt Kommissionen i den anfægtede beslutning korrekt, at selskabets deltagelse i overtrædelsen begyndte den dato, hvorpå en medarbejder i BSL, som allerede deltog i kartelaktiviteterne, blev stillet til rådighed for selskabet. Dow Deutschland må derfor anses for ansvarlig for sin ansattes deltagelse fra denne dato. Dow anfægtede ikke beviserne for, at den medarbejder, som var stillet til rådighed for Dow Deutschland, allerede deltog i kartelaktiviteterne. Desuden fortsatte medarbejderen med at deltage i disse efter at være blevet stillet til rådighed for Dow Deutschland (166., 167. og 169.-182. betragtning til den anfægtede beslutning).

86 Dow har heller ikke bestridt, at kartellet forblev i kraft i perioden fra den 1. juli 1996 til det følgende møde i European Synthetic Rubber Association. Kommissionen har navnlig gjort gældende, at deltagelsen i de løbende kartelaktiviteter ikke blev afbrudt i den periode, hvori der ikke var planlagt afholdelse af noget kartelmøde eller nogen

gennemførelse af kartelbeslutninger. For at bringe sin deltagelse i et vedvarende kartel til ophør skal deltageren vise, at denne klart har taget afstand fra kartellet, på en måde, som ikke efterlader nogen tvivl hos de øvrige deltagende selskaber om, at deltageren har forladt kartellet (Rettens dom af 17.12.1991, sag T-7/89, Hercules Chemicals mod Kommissionen, Sml. II, s. 1711, præmis 232, af 10.3.1992, sag T-12/89, Solvay mod Kommissionen, Sml. II, s. 907, præmis 98, og af 11.12.2003, sag T-56/99, Marlines mod Kommissionen, Sml. II, s. 5225, præmis 56).

87 Med hensyn til den begrundelsesmangel, Dow har påberåbt sig, har Kommissionen henvist til 444. betragtning til den anfægtede beslutning og med hensyn til den faktuelle baggrund herfor til 19. betragtning til beslutningen.

b) Rettens bemærkninger

88 For så vidt angår beviset for en overtrædelse af artikel 81, stk. 1, EF skal Kommissionen føre bevis for de fastslåede overtrædelser og for, at de omstændigheder, som udgør overtrædelsen, faktisk foreligger (Domstolens dom af 17.12.1998, sag C-185/95 P, Baustahlgewebe mod Kommissionen, Sml. I, s. 8417, præmis 58, og af 8.7.1999, sag C-49/92 P, Kommissionen mod Anic Partecipazioni, Sml. I, s. 4125, præmis 86). Er Retten i tvivl, skal dette komme den virksomhed til gode, hvortil den beslutning er rettet, hvori der fastslås en overtrædelse. Retten kan derfor ikke konkludere, at Kommissionen har ført fornødent bevis for den pågældende overtrædelse, hvis den fortsat nærer tvivl vedrørende dette spørgsmål (Rettens dom af 25.10.2005, sag T-38/02, Groupe Danone mod Kommissionen, Sml. II, s. 4407, præmis 215).

89 Endvidere påhviler det Kommissionen at bevise, ikke alene at der foreligger en konkurrencebegrænsende aftale, men også dennes varighed (Rettens dom af 7.7.1994, sag T-43/92, Dunlop Slazenger mod Kommissionen, Sml. II, s. 441, præmis 79, af 13.12.2001, sag T-48/98, Acerinox mod Kommissionen, Sml. II, s. 3859, præmis 55, og af 29.11.2005, sag T-62/02, Union Pigments mod Kommissionen, Sml. II, s. 5057, præmis 36). Ved beregningen af varigheden af en overtrædelse, som har til formål at begrænse konkurrencen, skal det fastslås, hvor længe aftalen har eksisteret, dvs. hvilket tidsrum der er forløbet fra aftalens indgåelse til dens ophør (Rettens dom af 27.7.2005, forenede sager T-49/02 - T-51/02, Brasserie nationale m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 3033, præmis 185, og af 5.12.2006, sag T-303/02, Westfalen Gassen Nederland mod Kommissionen, Sml. II, s. 4567, præmis 138). I mangel af beviser, der gør det muligt at foretage en direkte fastlæggelse af en overtrædelses varighed, skal Kommissionen i det mindste støtte sig på beviser, der vedrører faktiske omstændigheder, som tidsmæssigt ligger indbyrdes så nær, at det med rimelighed kan medgives, at denne overtrædelse er forløbet uafbrudt mellem to specifikke datoer (dommen i sagen Dunlop Slazenger mod Kommissionen, præmis 79, og Rettens dom af 16.11.2006, sag T-120/04, Peróxidos Orgánicos mod Kommissionen, Sml. II, s. 4441, præmis 51).

90 I det foreliggende tilfælde fastslår Kommissionen, at Dow Deutschland deltog i overtrædelsen fra den 1. juli 1996 (artikel 1 i den anfægtede beslutnings dispositive del). Nærmere bestemt henviser Kommissionen til, at BSL stillede N. til rådighed for Dow Deutschland fra den 1. juli 1996, før N. blev ansat i Dow den 1. oktober 1997 (100. betragtning til den anfægtede beslutning). Kommissionen bemærker ligeledes, at BSL deltog i sit første kartelmøde i maj 1996, men at Dow ikke kan holdes ansvarlig for BSL's adfærd i perioden før ikrafttrædelsen af markedsføringsaftalen mellem BSL og Dow, dvs. den 1. juli 1996. Endelig anfører Kommissionen, at Dow »fortsatte« med at deltage i kartellet efter ikrafttrædelsen af markedsføringsaftalen mellem BSL og Dow. Kommissionen bemærker i den forbindelse, at N. repræsenterede både BSL og Dow på kartelmødet den 2. og 3. september 1996. Kommissionen drager den konklusion heraf, at Dows deltagelse i overtrædelsen begyndte senest den 1. juli 1996 (444. betragtning til den anfægtede beslutning).

91 Det skal bemærkes, at Kommissionen ud over den omstændighed, at N. blev stillet til rådighed af BSL, ikke henviser til noget, som giver grundlag for at finde, at Dow Deutschland deltog i overtrædelsen fra den 1. juli til den 2. september 1996. Nærmere bestemt anfører Kommissionen ikke noget konkret, hvoraf det kan udledes, at der forelå en samstemmende vilje mellem Dow Deutschland og de øvrige kartelmedlemmer fra den 1. juli til den 2. september 1996.

92 Endvidere fremgår det ikke af de dokumenter, som er blevet fremlagt under retsforhandlingerne, at et medlem af kartellet henvendte sig til Dow Deutschland i en konkurrencebegrænsende hensigt.

93 Den blotte omstændighed, at en medarbejder i et selskab, som har deltaget i et kartel, stilles til rådighed for et andet selskab, er ikke i sig selv ensbetydende med, at sidstnævnte selskab automatisk bliver medlem af kartellet. Under de nævnte omstændigheder kan det nemlig ikke udelukkes, at den pågældende medarbejder beslutter ikke at inddrage det selskab, han er stillet til rådighed for, i konkurrencebegrænsende praksis, eller at dette selskab træffer foranstaltninger, som gør det muligt at undgå denne form for praksis.

94 Endvidere er Kommissionens bemærkning om, at Dow »fortsatte« med at deltage i kartellet efter den 1. juli 1996, forkert, eftersom det er ubestridt, at Dow under alle omstændigheder ikke deltog i overtrædelsen før dette tidspunkt.

95 Desuden har Kommissionen ikke bevist, at Dow Deutschland i perioden fra den 1. juli til den 2. september 1996 gennemførte de aftaler, der var blevet indgået inden for rammerne af kartellet, som følge af de oplysninger, N. var kommet i besiddelse af i forbindelse med sin tidligere stilling, og derfor ikke optrådte selvstændigt på markedet. Selv om det, hvad dette angår, fra tid til anden er blevet anerkendt i retspraksis, at besiddelse af oplysninger fra konkurrenter kan give anledning til at finde, at den

pågældende virksomhed ikke har ført en selvstændig politik på markedet, selv mens den angiveligt har været udtrådt kartellet, har der været tale om tilfælde, hvor virksomheden allerede havde deltaget i dette (jf. bl.a. dommen i sagen Union Pigments mod Kommissionen, nævnt i præmis 89 ovenfor, præmis 39 og den deri nævnte retspraksis).

96 Heraf følger, at Kommissionen hvad Dow Deutschland angår ikke har ført tilstrækkeligt bevis for, at der i perioden fra den 1. juli til den 2. september 1996 forelå omstændigheder, som udgør en overtrædelse. Derimod har Dow ikke bestridt, at Dow Deutschland deltog i overtrædelsen fra den 2. september 1996.

97 Kommissionens øvrige argumenter kan ikke anfægte denne konklusion.

98 Med hensyn til 166., 167. og 169.-182. betragtning til den anfægtede beslutning, hvortil Kommissionen har henvist i sine skriftlige indlæg, angives det heri, at N. deltog i kartelmøder fra den 2.-3. september 1996 som repræsentant for Dow Deutschland og BSL. De nævnte betragtninger viser ikke, at N. deltog i kartellets aktiviteter på Dow Deutschlands vegne fra den 1. juli til den 2. september 1996.

99 Den retspraksis, som Kommissionen har påberåbt sig, og hvorefter deltagelsen i de løbende kartelaktiviteter ikke afbrydes i den periode, hvori der ikke er planlagt afholdelse af noget kartelmøde eller nogen gennemførelse af kartelbeslutninger, gælder, når den pågældende virksomhed allerede har deltaget i kartelaktiviteterne, hvilket ikke er tilfældet for så vidt angår Dow Deutschland før mødet den 2. og 3. september 1996. Dow Deutschland kan derfor ikke beskyldes for ikke at have lagt afstand til et kartel, som selskabet endnu ikke havde deltaget i.

100 På baggrund af det ovenstående må det andet anbringende tiltrædes og, i overensstemmelse med Dow Deutschlands påstand herom, den anfægtede beslutnings artikel 1 annulleres, i den udstrækning det heri fastslås, at selskabet deltog i den omhandlede overtrædelse fra den 1. juli 1996 i stedet for fra den 2. september 1996.

3. *Det tredje anbringende: fejlagtig fastsættelse af størrelsen af de bøder, sagsøgerne blev pålagt*

101 Dows tredje anbringende består af ni led. Inden for rammerne af det første led har Dow gjort gældende, at Kommissionen begik en række fejl ved bestemmelsen af overtrædelsens grovhed. Andet til sjette led drejer sig om den differentierede behandling, der blev foretaget med hensyn til grundbeløbene for bøderne. Syvende og ottende led vedrører anvendelsen af en multiplikationsfaktor med henblik på afskrækkelse. Inden for rammerne af det niende led har Dow hævdet, at Kommissionen begik en fejl ved fastslåelsen af overtrædelsens varighed.

a) Første led: fejlagtig bestemmelse af overtrædelsens grovhed

Parternes argumenter

102 Dow har ikke bestridt Kommissionens konklusion om, at overtrædelsen kan kvalificeres som meget alvorlig i retningslinjernes forstand. Princippet om forbud mod forskelsbehandling forpligter imidlertid Kommissionen til at foretage en detaljeret bedømmelse af overtrædelsens art, når den fastsætter udgangsbeløbet for bøden inden for kategorien af meget alvorlige overtrædelser.

103 I det foreliggende tilfælde tog Kommissionen ikke hensyn til, at overtrædelsen ikke var en konsekvens af en omhyggeligt udarbejdet og meget detaljeret aftale. Deltagerne i kartellet mødtes blot uformelt indtil fire gange om året i forbindelse med møderne i underkomitéer under European Synthetic Rubber Association (94. og 95. betragtning til den anfægtede beslutning). Ingen af de foranstaltninger, som ofte er forbundet med meget detaljerede karteller, såsom foranstaltninger vedrørende kontrol og systematiske repressalier, forekom i det foreliggende tilfælde. Kommissionen vurderede selv, at der ikke havde været nogen systematisk aftale om priserne (270. og 272. betragtning til den anfægtede beslutning). Disse omstændigheder, som Kommissionen ikke tog hensyn til i 461. betragtning til den anfægtede beslutning, taler for et lavere grundbeløb for bøden end det, som Kommissionen fastsatte. Dow har peget på, at Retten i dommen i sagen Groupe Danone mod Kommissionen, nævnt i præmis 88 ovenfor (præmis 393), bemærkede, at det i henhold til retningslinjerne bør tages i betragtning i forbindelse med overtrædelsens grovhed, at der ikke har været nogen gennemførelsesforanstaltninger.

104 Dow har tilføjet, at Kommissionen ifølge retningslinjernes punkt 1 A, tredje led, kan behandle virksomhederne forskelligt alt efter arten af den overtrædelse, de har begået, inden for kategorien af meget alvorlige overtrædelser. Kommissionen skal derfor tage hensyn til de særlige omstændigheder i det konkrete tilfælde.

105 Kommissionen har påstået det tredje anbringendes første led forkastet. Den har navnlig fremhævet, at udgangsbeløbet for bøden blev fastsat på grundlag af produktmarkedets størrelse og overtrædelsens art.

Rettens bemærkninger

106 Overtrædelsernes grovhed skal fastslås på grundlag af en lang række forhold, herunder sagens særlige omstændigheder, dens sammenhæng og bødernes afskrækkende

virkning, uden at der er opstillet en bindende eller udtømmende liste over de kriterier, som obligatorisk skal tages i betragtning (dommen i sagen Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 78 ovenfor, præmis 465, og Domstolens dom af 28.6.2005, forenede sager C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P — C-208/02 P og C-213/02 P, Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 5425, præmis 241).

107 De elementer, der indgår i vurderingen af overtrædelsernes grovhed, omfatter bl.a. de enkelte virksomheders adfærd og rolle ved oprettelsen af kartellet, det udbytte, som virksomhederne har kunnet opnå af kartellet, deres størrelse og værdien af de omhandlede varer samt den risiko, som overtrædelser af denne art indebærer for gennemførelsen af Fællesskabets mål (jf. Domstolens dom af 25.1.2007, sag C-407/04 P, Dalmine mod Kommissionen, Sml. I, s. 829, præmis 130 og den deri nævnte retspraksis).

108 Endvidere bestemmes det i retningslinjerne bl.a., at der ved vurderingen af overtrædelsens grovhed skal tages hensyn til overtrædelsens art, overtrædelsens konkrete indvirkning på markedet — når den kan måles — og det berørte markeds udstrækning. Overtrædelserne klassificeres således i tre kategorier, idet der skelnes mellem lidet alvorlige, alvorlige og meget alvorlige overtrædelser (retningslinjernes punkt 1 A, første og andet afsnit).

109 I det foreliggende tilfælde fastslår Kommissionen indledningsvis i den anfægtede beslutning, at de berørte virksomheder har indgået aftaler om prismål og om deling af markedet, og at de har udvekslet følsomme forretningsoplysninger. Ifølge Kommissionen udgør disse former for adfærd på grund af deres karakter meget alvorlige overtrædelser (461. betragtning til den anfægtede beslutning og artikel 1 i dennes dispositive del). Derpå anfører Kommissionen, at det ikke er muligt at måle den konkrete indvirkning, kartellet har haft på markedet i EØS. Kommissionen tilføjer ligeledes, at skønt det ikke er muligt at måle kartellets konkrete indvirkning, har de berørte virksomheder gennemført de omhandlede aftaler, som derfor har haft indvirkning på markedet. Kommissionen anfører afslutningsvis, at den ved fastsættelsen af bøderne

ikke vil tage hensyn til indvirkningen på markedet (462. betragtning til den anfægtede beslutning). Endelig peger Kommissionen på, at overtrædelsen har omfattet hele EØS-området (463. betragtning til den anfægtede beslutning). Den finder af de nævnte grunde, at den omhandlede overtrædelse kan kvalificeres som meget alvorlig (464. betragtning til den anfægtede beslutning).

110 Desuden foretager Kommissionen en differentieret behandling af de berørte virksomheder på grundlag af deres samlede omsætning af BG og SBG i det sidste fulde år, hvori overtrædelsen fandt sted, nemlig 2001, undtagen for Shell (1998) og Stomil (1999). Kommissionen inddeler virksomhederne i fem kategorier, idet Dow henføres til den anden (med et udgangsbeløb for bøden på 41 mio. EUR) (465.-473. betragtning til den anfægtede beslutning).

111 Dow har ikke anfægtet Kommissionens konklusion om, at den foreliggende overtrædelse kan kvalificeres som meget alvorlig i retningslinjernes forstand, men har derimod anfægtet udgangsbeløbet for bøden, idet Dow navnlig har gjort gældende, at det omhandlede kartel kun var formaliseret i ringe grad.

112 Hvad dette angår er, for det første, den påregnelige beløbsramme for en meget alvorlig overtrædelse ifølge retningslinjernes punkt 1 A 20 mio. EUR og derover, og udgangsbeløbet for den for Dow fastsatte bøde følger af en række faktorer, herunder det beløb, Dows salg af BG og SBG i EØS-området repræsenterede i 2001 (126,93 mio. EUR — 469. betragtning til den anfægtede beslutning).

113 For det andet har Dow inden for rammerne af sit søgsmål ikke bestridt, at overtrædelsen havde et retsstridigt formål, således som det angives i den anfægtede beslutning, navnlig i artikel 1 i dennes dispositive del, nemlig fastsættelse af prismål, deling af markedet og udveksling af følsomme forretningsoplysninger. I betragtning af mangfoldigheden og samtidigheden af de mål, kartellet skulle opfylde, og selv om det kun i ringe grad var formaliseret, vidnede det derfor ikke desto mindre om en høj detaljeringsgrad (jf. i denne retning dommen i sagen Groupe Danone mod Kommissionen, nævnt i præmis 88 ovenfor, præmis 149). Hvad navnlig angår argumentet om, at der ikke var nogen tvangsforanstaltninger, som kunne sikre, at aftalen blev overholdt og gennemført i praksis — og forudsat at Dows påstand herom var korrekt og kunne tages i betragtning — har Dow ikke anfægtet Kommissionens konklusion om, at den omhandlede overtrædelse kan kvalificeres som meget alvorlig i retningslinjernes forstand. Hvad dette angår havde de berørte virksomheder aftalt at fastsætte prismål, dele kunder gennem ikke-angrebsaftaler og udveksle følsomme oplysninger om priser, konkurrenter og kunder. Desuden omfattede kartellet hele EØS-området. Endvidere overstiger den for Dow fastsatte bøde ikke det loft på 10 % af virksomhedens samlede omsætning i det foregående regnskabsår, som fastsættes i artikel 23, stk. 2, i forordning nr. 1/2003, og som har til formål at undgå, at det gøres umuligt for den berørte virksomhed at betale den pågældende bøde (jf. i denne retning Domstolens dom af 7.6.1983, forenede sager 100/80-103/80, Musique Diffusion française m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 1825, præmis 119). Desuden skal overtrædelsens grovhed underkastes en helhedsvurdering, hvorved samtlige de faktorer, som er relevante for det konkrete tilfælde, tages i betragtning. I den foreliggende sag finder Retten under hensyn til de omstændigheder, Kommissionen anførte i den anfægtede beslutning, at den af Dow påberåbte omstændighed, selv hvis den kan påvises, ikke har betydning for størrelsen af det udgangsbeløb for bøden, som Kommissionen fastsatte.

114 På baggrund af det ovenstående må det første led af Dows tredje anbringende forkastes.

b) Andet til sjette led: fejlagtig differentieret behandling for så vidt angår grundbeløbene for bøderne

Parternes argumenter

115 Inden for rammerne af det tredje anbringendes andet led har Dow henvist til, at Kommissionen foretog en differentieret behandling med hensyn til grundbeløbene for bøderne for at »tage hensyn til hver enkelts virksomheds specifikke vægt og dermed de faktiske konsekvenser af dens retsstridige adfærd for konkurrencen« (466. betragtning til den anfægtede beslutning). Imidlertid anfører Kommissionen i 462. betragtning til beslutningen, at »det ikke er muligt at måle de faktiske konsekvenser for EØS-markedet af det kompleks af aftaler, overtrædelsen består i«. Kommissionens bemærkninger er således selvmodsigende. Når konsekvenserne af en overtrædelse ikke kan måles, hvilket er tilfældet i den foreliggende sag, er der ikke nogen grund til at basere de individuelle bøder på de angivelige »muligheder« for at påføre skade, således som Kommissionen har gjort gældende i sine skriftlige indlæg. I den henseende skal retningslinjernes punkt 1 A, fjerde afsnit, sammenholdes med sjette afsnit i samme punkt. Dow har tilføjet, at det i de sager, der førte til Rettens dom af 9. juli 2003, Daesang og Sewon Europe mod Kommissionen (sag T-230/00, Sml. II, s. 2733), og af 27. september 2006, Archer Daniels Midland mod Kommissionen (sag T-329/01, Sml. II, s. 3255), og hvortil Kommissionen har henvist i sine skriftlige indlæg, var blevet fastslået, at der havde været konsekvenser for markedet.

116 Inden for rammerne af det tredje anbringendes tredje led har Dow gjort gældende, at Kommissionen i henhold til retningslinjernes punkt 1 A skal vurdere overtrædelsens »konkrete indvirkning« på markedet (når den kan måles). Denne forpligtelse blev bekræftet i Rettens dom af 9. juli 2003, Archer Daniels Midland og Archer Daniels Midland Ingredients mod Kommissionen (sag T-224/00, Sml. II, s. 2597), og af 5. april 2006, Degussa mod Kommissionen (sag T-279/02, Sml. II, s. 897). I det foreliggende

tilfælde kunne Kommissionen ikke måle overtrædelsens faktiske indvirkning på markedet (462. betragtning til den anfægtede beslutning). Den drager imidlertid i samme betragtning den konklusion, at »overtrædelsen faktisk har haft indvirkning på markedet, selv om det er vanskeligt at måle den konkrete indvirkning«. I Rettens dom af 18. juli 2005, Scandinavian Airlines System mod Kommissionen (sag T-241/01, Sml. II, s. 2917), og dommen i sagen Groupe Danone mod Kommissionen, nævnt i præmis 88 ovenfor, hvortil der henvises i den anfægtede beslutning, angives det, at Kommissionen kan fastslå en overtrædelses konkrete indvirkning ved simpelthen at skønne, hvor sandsynligt det er, at der har været en indvirkning, eller ved at bevise, at overtrædelsen blev gennemført. I det foreliggende tilfælde skønner Kommissionen ikke, hvor sandsynligt det er, at der var en indvirkning, og beviser heller ikke, at der blev gennemført en konkurrencebegrænsende aftale (om end den i den første klagepunktsmeddelelse forsøgte at bevise, at overtrædelsen var blevet gennemført). Kommissionens påstand i 462. betragtning til den anfægtede beslutning om, at »de europæiske producenter gennemførte de konkurrencebegrænsende aftaler«, underbygges ikke af noget bevis. Der påvises ikke på nogen måde i 148. og 203. betragtning til den anfægtede beslutning, hvortil Kommissionen har henvist i sine skriftlige indlæg, nogen form for gennemførelse, men kun forgæves forsøg, hvoraf et blev foretaget sammen med en virksomhed, over for hvilken proceduren blev afsluttet (Dwory).

117 Inden for rammerne af det tredje anbringendes fjerde led har Dow hævdet, at selskabets ret til at blive hørt blev tilsidesat, og har i den forbindelse gjort gældende, at Kommissionens første klagepunktsmeddelelse indeholdt en række »økonomiske beviser« for kartelaktiviteternes virkninger. Kommissionen trak imidlertid meddelelsen tilbage, efter at nogle af de berørte virksomheder, herunder Dow, havde anfægtet værdien af de pågældende beviser. Den anden klagepunktsmeddelelse, som den anfægtede beslutning er baseret på, indeholder ikke noget bevis i denne henseende. Den indeholder heller ikke noget, der viser, at en gennemførelse af de konkurrencebegrænsende aftaler havde indvirkning på markedet. De punkter i den anden klagepunktsmeddelelse, hvortil Kommissionen har henvist i sine skriftlige indlæg, er ikke relevante i denne forbindelse. Dow havde derfor ikke lejlighed til at gøre sine synspunkter gældende vedrørende kartellets eventuelle indvirkning på markedet. Alligevel antog

Kommissionen, at kartellet havde haft indvirkning på markedet, da den foretog en differentieret behandling af adressaterne for den anfægtede beslutning.

118 På baggrund af de argumenter, der er blevet fremsat inden for rammerne af det tredje anbringendes andet til fjerde led, har Dow udledt, at Kommissionen ikke havde grundlag for at fastsætte forskellige grundbeløb for de bøder, der skulle pålægges de berørte virksomheder. Den burde i det foreliggende tilfælde have fastsat et ensartet grundbeløb. Eftersom grundbeløbet for Stomils bøde blev fastsat til 5,5 mio. EUR, og dette beløb har til formål at afspejle kartellets objektive grovhed, er der ikke nogen grund til at fastsætte et højere grundbeløb for Dow.

119 Inden for rammerne af det tredje anbringendes femte led, der er fremsat subsidiært, har Dow gjort gældende, at hvis det fastslås, at Kommissionen havde grundlag for at foretage en differentieret behandling af adressaterne for den anfægtede beslutning for at tage hensyn til den konkrete indvirkning på konkurrencen, var det fejlagtigt, at den lagde Dows omsætning ved salget af BG og SBG i 2001 til grund. Derved undlod Kommissionen at tage hensyn til, at Dows omsætning først steg væsentligt i juni 1999 som følge af erhvervelsen af Shells virksomhed vedrørende syntetisk gummi. I omkring halvdelen af den periode, hvori overtrædelsen fandt sted, var Dows markedsposition klart svagere. Dow har peget på, at Kommissionen i 479. betragtning til den anfægtede beslutning tog hensyn til, at Dow ikke havde ejet Shells virksomhed vedrørende BG og SBG i de første år af overtrædelsesperioden, da den beregnede forhøjelsen for overtrædelsens varighed, hvilket dog er et særskilt spørgsmål. Dow har tilføjet, at selskabet ikke havde kendskab til overtrædelsen, da det overtog Shells virksomhed, og at det derfor ikke bør pålægges et større ansvar. Desuden påpegede Domstolen i dommen i sagen Stora Kopparbergs Bergslags mod Kommissionen, nævnt i præmis 44 ovenfor, at et selskab ikke kan pålægges ansvaret for overtrædelser begået af et selskab, det har erhvervet, når overtrædelserne har fundet sted før erhvervelsen, blot fordi erhververen selv deltog i kartellet på det pågældende tidspunkt. Heraf har

Dow udledt, at Kommissionen også burde have taget hensyn til udviklingen i salget, da den beregnede grundbeløbet for bøden, ved at lægge Dows salg i 1998 og 2001 til grund og derpå beregne gennemsnittet. Dow har i den forbindelse peget på, at selskabets salg i 1998 var væsentligt mindre end Shells. Ved at lægge Dows salg i 2001 til grund for hele overtrædelsesperioden forskelsbehandlede Kommissionen Dow i forhold til Shell. Under hensyn til omsætningen i 1998 og den metode, Dow finder skal anvendes, har Dow draget den konklusion, at grundbeløbet for bøden for Dows vedkommende bør fastsættes til 32,4 mio. EUR.

120 Inden for rammerne af det tredje anbringendes sjette led har Dow gjort gældende, at det, hvis det fastslås, at Kommissionen havde grundlag for at foretage en differentieret behandling af adressaterne for den anfægtede beslutning for at tage hensyn til den konkrete indvirkning på konkurrencen, ikke desto mindre bør konstateres, at den tillagde denne faktor for stor vægt. Således som Kommissionen selv medgiver i 461. betragtning til den anfægtede beslutning, er den faktor, der betyder mest ved fastsættelsen af grundbeløbet for en bøde, overtrædelsens objektive grovhed (eller art). I det foreliggende tilfælde fastsatte Kommissionen et grundbeløb for Dows bøde, der var seks gange større end det, der blev fastsat for Stomils, med den angiveligt forskellige konkrete indvirkning af Dows deltagelse i overtrædelsen som eneste begrundelse. Dette aspekt overskygger fuldstændig overtrædelsens grovhed som en faktor i bødeberegningen, skønt den konkrete indvirkning må være den samme for alle virksomhederne, medmindre en af deltagerne har spillet en særlig rolle. Dow har tilføjet, at det sjette led af selskabets tredje anbringende ikke tager sigte på anvendelsen af multiplikationsfaktorer med henblik på afskrækkelse, således som Kommissionen har ladet forstå i sine skriftlige indlæg.

121 Kommissionen har påstået det tredje anbringendes andet til sjette led forkastet. Den har i det væsentlige gjort gældende, at den ikke begik nogen fejl, da den foretog en differentieret behandling for så vidt angår grundbeløbene for bøderne.

Rettens bemærkninger

— Det tredje anbringendes andet til fjerde led

122 I retningslinjerne sondres der mellem lidet alvorlige, alvorlige og meget alvorlige overtrædelser (retningslinjernes punkt 1 A, første og andet afsnit). Endvidere består den differentiering, der foretages af virksomhederne, i at fastslå — i overensstemmelse med retningslinjernes punkt 1 A, tredje, fjerde og sjette afsnit — hvilket individuelt bidrag hver enkelt virksomhed har ydet til kartellets resultater, målt på virksomhedens faktiske økonomiske muligheder, således at virksomheden kan henføres til den korrekte kategori (jf. i denne retning Rettens dom af 15.6.2005, forenede sager T-71/03, T-74/03, T-87/03 og T-91/03, Tokai Carbon m.fl. mod Kommissionen, ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 225; jf. ligeledes Rettens dom af 18.6.2008, sag T-410/03, Hoechst mod Kommissionen, Sml. II, s. 881, præmis 360).

123 Der skal imidlertid sondres mellem de enkelte virksomheders individuelle bidrag, målt på deres faktiske økonomiske muligheder, til kartellets resultater og den konkrete indvirkning af overtrædelsen, hvortil der henvises i retningslinjernes punkt 1 A, første afsnit. I sidstnævnte tilfælde tages der hensyn til den konkrete indvirkning af overtrædelsen, når den kan måles, med henblik på at klassificere overtrædelsen som lidet alvorlig, alvorlig eller meget alvorlig. De enkelte virksomheders individuelle bidrag tages i betragtning for at variere de beløb, som er fastsat på grundlag af overtrædelsens grovhed.

124 Selv hvis den konkrete indvirkning af overtrædelsen ikke kan måles, kan Kommissionen derfor i henhold til retningslinjernes punkt 1 A, tredje, fjerde og sjette afsnit, og efter at have klassificeret overtrædelsen som lidet alvorlig, alvorlig eller meget alvorlig, foretage en differentiering af de berørte virksomheder.

125 De argumenter, som Dow har fremført inden for rammerne af andet til fjerde led af det tredje anbringende, kan derfor ikke anfægte den inddeling, som Kommissionen foretog inden for den fastslåede kategori, nemlig kategorien af meget alvorlige overtrædelser.

126 Under alle omstændigheder har Dow, således som det bemærkes i præmis 113 ovenfor, ikke inden for rammerne af sit søgsmål bestridt, at kartellet havde et retsstridigt formål, således som det fastslås i den anfægtede beslutning, navnlig i artikel 1 i dens dispositive del. I denne henseende fremgår det af beskrivelsen af meget alvorlige overtrædelser i retningslinjerne, at aftaler eller samordnet praksis, der, som i den foreliggende sag, har til formål at fastsætte prismål eller fordele markedsandele, alene på grund af deres art kan føre til kvalifikationen »meget alvorlig«, uden at Kommissionen skal godtgøre overtrædelsens konkrete indvirkning på markedet (jf. i denne retning Domstolens dom af 3.9.2009, sag C-534/07 P, Prym og Prym Consumer mod Kommissionen, Sml. I, s. 7415, præmis 75; jf. ligeledes dommen i sagen Brasserie nationale m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 89 ovenfor, præmis 178, og dommen i sagen Hoechst mod Kommissionen, nævnt i præmis 122 ovenfor, præmis 345). Det er ligeledes fast retspraksis, at horisontale prisaftaler hører til de alvorligste overtrædelser af Fællesskabets konkurrenceregler og derfor alene som sådanne kan kvalificeres som meget alvorlige (jf. i denne retning Rettens dom af 12.7.2001, forenede sager T-202/98, T-204/98 og T-207/98, Tate & Lyle m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 2035, præmis 103, og dommen i sagen Groupe Danone mod Kommissionen, nævnt i præmis 88 ovenfor, præmis 147).

127 Kommissionen begik derfor ikke en fejl, da den fastslog, at den omhandlede praksis på grund af sin art udgjorde en meget alvorlig overtrædelse. Det skal i denne forbindelse bemærkes, at Kommissionen, i modsætning til hvad Dow i det væsentlige har gjort gældende, klart angav i 462. betragtning til den anfægtede beslutning, at den ikke ville tage overtrædelsens konkrete indvirkning på markedet i betragtning ved fastsættelsen af bøderne.

128 Med hensyn til argumentet om, at Dows ret til at blive hørt blev tilsidesat, følger det navnlig af dette princip, at meddelelsen af klagepunkter, som Kommissionen adresserer til en virksomhed, som den påtænker at pålægge en bøde for overtrædelse af konkurrencereglerne, skal indeholde de væsentlige faktiske forhold, der gøres gældende over for denne virksomhed, såsom de påtalte faktiske omstændigheder, hvorledes disse kvalificeres, og de beviser, Kommissionen støtter sig på, således at virksomheden er i stand til effektivt at gøre sine argumenter gældende under den administrative procedure, der er indledt mod den (jf. Domstolens dom af 2.10.2003, sag C-176/99 P, Arbed mod Kommissionen, Sml. I, s. 10687, præmis 20 og den deri nævnte retspraksis). Hvad nærmere angår beregningen af bøderne opfylder Kommissionen sin forpligtelse til at overholde virksomhedernes ret til at blive hørt, når den i meddelelsen af klagepunkter udtrykkeligt anfører, at den vil undersøge, om der bør pålægges de berørte virksomheder bøder, og den anfører de væsentlige faktiske og retlige momenter, som kan medføre en bøde, herunder den formodede overtrædelses grovhed og varighed samt spørgsmålet om, hvorvidt den er begået »forsætligt eller uagtsomt«. Den giver dem herved de fornødne oplysninger til, at de kan tage til genmæle, ikke blot for så vidt angår konstateringen af, at der foreligger en overtrædelse, men også for så vidt angår den omstændighed, at de er blevet pålagt en bøde (dommen i sagen Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 106 ovenfor, præmis 428; jf. Rettens dom af 20.3.2002, sag T-23/99, LR AF 1998 mod Kommissionen, Sml. II, s. 1705, præmis 199 og den deri nævnte retspraksis, og dommen i sagen Tokai Carbon m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 122 ovenfor, præmis 139). I det foreliggende tilfælde er det tilstrækkeligt at bemærke, at Kommissionen ikke tog kartellets indvirkning på markedet i betragtning, da den fastslog overtrædelsens grovhed (462. betragtning til den anfægtede beslutning). Der kan derfor ikke være sket nogen tilsidesættelse af Dows ret til at blive hørt i denne henseende.

129 De argumenter, Dow har fremført inden for rammerne af det tredje anbringendes andet til fjerde led, må følgelig forkastes.

130 På baggrund af det ovenstående må andet til fjerde led af Dows tredje anbringende forkastes.

— Det tredje anbringendes femte, subsidiært påberåbte, led

131 Den differentiering, der foretages af virksomhederne, består i at fastslå i overensstemmelse med retningslinjernes punkt 1 A, tredje, fjerde og sjette afsnit, hvilket individuelt bidrag hver enkelt virksomhed har ydet til kartellets resultater, målt på virksomhedens faktiske økonomiske muligheder, således at virksomheden kan henføres til den korrekte kategori (jf. i denne retning dommen i sagen Tokai Carbon m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 122 ovenfor, præmis 225; jf. ligeledes dommen i sagen Hoechst mod Kommissionen, nævnt i præmis 122 ovenfor, præmis 360). Mere specifikt giver retningslinjernes punkt 1 A, sjette afsnit, mulighed for at tage højde for »den specifikke vægt og dermed de faktiske konkurrencemæssige konsekvenser af den rolle, som hver enkelt virksomhed har spillet som led i overtrædelsen, navnlig når der er tale om betydelige størrelsesforskelle mellem virksomheder, der har begået en overtrædelse af samme art«. Når Kommissionen i denne forbindelse inddeler virksomhederne i kategorier, skal den overholde ligebehandlingsprincippet, som forbyder, at ensartede situationer behandles forskelligt, og at forskellige situationer behandles ens, medmindre en sådan behandling er objektivt begrundet (Rettens dom af 19.3.2003, sag T-213/00, CMA CGM m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 913, præmis 406, og af 29.4.2004, forenede sager T-236/01, T-239/01, T-244/01 — T-246/01, T-251/01 og T-252/01, Tokai Carbon m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 1181, præmis 219, samt dommen i sagen Degussa mod Kommissionen, nævnt i præmis 116 ovenfor, præmis 324). Endvidere skal bødernes størrelse ifølge retspraksis mindst stå i rimeligt forhold til de faktorer, der indgår i vurderingen af overtrædelsens grovhed (dommen i sagen Tate & Lyle m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 126 ovenfor, præmis 106, dommen af 29.4.2004 i sagen Tokai Carbon m.fl. mod Kommissionen, præmis 219, og dommen i sagen Degussa mod Kommissionen, nævnt i præmis 116 ovenfor, præmis 324). Følgelig skal, når Kommissionen inddeler de berørte virksomheder i grupper med henblik på bødeudmålingen, fastlæggelsen af tærsklerne for hver af de således definerede grupper være sammenhængende og objektivt begrundet (dommen i sagen CMA CGM m.fl. mod Kommissionen, præmis 416, og i sagen Degussa mod Kommissionen, nævnt i præmis 116 ovenfor, præmis 325). Endelig er det fast retspraksis, at de faktorer, der skal tages hensyn til ved bedømmelsen af en overtrædelses grovhed, alt efter tilfældet kan være antallet og værdien af de varer, som overtrædelsen omfatter, virksomhedens størrelse og dens økonomiske betydning

og dermed den indflydelse, den har kunnet udøve på markedet. Dels følger det heraf, at det er lovligt, at Kommissionen ved fastsættelsen af bøden tager hensyn til såvel virksomhedens samlede omsætning, der giver et — om end omtrentligt og ufuldstændigt — indtryk af dens størrelse og økonomi, som til den del af omsætningen, der vedrører de varer, som er genstand for overtrædelsen, og som altså kan indikere omfanget af overtrædelsen. Dels fremgår det, at der ikke skal tillægges en enkelt af disse faktorer en uforholdsmæssig betydning i forhold til de andre skønsfaktorer, og en passende bøde kan følgelig ikke fastsættes ud fra en simpel beregning på grundlag af den samlede omsætning (jf. Rettens dom af 30.9.2009, sag T-175/05, Akzo Nobel m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 184, præmis 139 og den deri nævnte retspraksis).

132 Dow har specifikt anfægtet anvendelsen af Dows omsætning vedrørende BG og SBG i 2001. Dow har i det væsentlige gjort gældende, at denne omsætning er uegnet, fordi Dows omsætning på de berørte markeder steg betydeligt efter købet af Shells virksomhed på disse markeder i 1999.

133 Hvad dette angår er det i det omfang, der med henblik på fastlæggelsen af forholdet mellem de bøder, som skal pålægges virksomheder, som har medvirket i samme overtrædelse, skal tages udgangspunkt i omsætningen, nødvendigt at afgrænse den periode, som skal lægges til grund, således at de fremkomne tal er så sammenlignelige som muligt. Det følger heraf, at en bestemt virksomhed ikke kan kræve, at Kommissionen i forhold til den baserer sig på en anden periode end den, der generelt anvendes, medmindre virksomheden godtgør, at dens omsætning i sidstnævnte periode som følge af dens særlige forhold hverken er udtryk for dens faktiske størrelse, dens økonomiske betydning eller omfanget af den overtrædelse, den har begået (dommen af 30.9.2009 i sagen Akzo Nobel m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 131 ovenfor, præmis 142).

134 Imidlertid har Dow, bortset fra en vis udvikling i dennes omsætning fra 1999 til 2001, intet nærmere anført for at godtgøre, at selskabets omsætning vedrørende BG og SBG i 2001 ikke udgør et udtryk for dets faktiske størrelse, dets økonomiske betydning eller omfanget af den overtrædelse, det begik.

135 For fuldstændighedens skyld er det på baggrund af de oplysninger, som er fremlagt for Retten, usikkert, hvordan købet af Shells virksomhed vedrørende BG og SBG reelt påvirkede Dows omsætning. Bl.a. fremgår det af tabel 3 i 65. betragtning til den anfægtede beslutning, at Dows omsætning vedrørende BG og SBG steg med 32 mio. EUR fra 1998 til 2000, mens Shells omsætning androg 86 mio. EUR i 1999. I samme periode steg den omsætning, som Bayer, der ikke havde overtaget noget andet selskabs virksomhed, opnåede vedrørende BG og SBG, med næsten 20 mio. EUR. Endvidere steg Dows omsætning vedrørende BG og SBG med over 23 mio. EUR fra 2000 til 2001, dvs. efter at købet af Shells virksomhed blev effektivt.

136 Ydermere medførte stigningen i Dows omsætning efter købet af Shells virksomhed vedrørende BG og SBG i 1999 ikke nogen ændring i Dows position i forhold til de øvrige konkurrenter. I 2000 og 2001 befandt Dow sig således fortsat på tredjepladsen efter EniChem og Bayer hvad angår omsætning. Det gælder også, hvis man anvender den metode, Dow gjorde sig til talsmand for under retsmødet, nemlig gennemsnittet af omsætningen i 1998 og 2001. I så fald vil Dow nemlig stadig være placeret efter EniChem og Bayer og foran Shell.

137 Desuden tog Kommissionen rent faktisk den særlige situation, Dow har påberåbt sig, i betragtning i forbindelse med den forhøjelse, som blev foretaget for at tage hensyn til overtrædelsens varighed. Kommissionen anførte nærmere bestemt i 479. betragtning til den anfægtede beslutning, at Dow Chemical burde holdes ansvarlig for overtrædelsen for så vidt angår perioden fra den 1. juli 1996 til den 28. november 2002, dvs. en periode på seks år og fire måneder. Denne varighed af overtrædelsen burde have ført til en forhøjelse af udgangsbeløbet for bøden på 60 %. Imidlertid besluttede

Kommissionen i samme betragtning til den anfægtede beslutning kun at forhøje udgangsbeløbet for Dow Chemical med 50 % for at tage hensyn til, at Dow ikke havde ejet Shells virksomhed vedrørende BG og SBG i overtrædelsens tre første år, og at Shell også var ansvarlig for overtrædelsen for så vidt angår denne periode. Kommissionen tog hensyn til de samme omstændigheder, da den nedsatte den forhøjelse, der skulle foretages for at tage hensyn til overtrædelsens varighed, for Dow Deutschland fra 50 til 40 % (480. betragtning til den anfægtede beslutning). Dow har intet fremlagt, som giver grundlag for at finde, at Kommissionen begik en åbenbar fejl ved at vælge denne fremgangsmåde.

138 På baggrund af det ovenstående må det femte led af Dows tredje anbringende forkastes.

— Det tredje anbringendes sjette led

139 Selv om Dows argumenter er noget uklare, kan det udledes af Dows skriftlige indlæg, at Dow i det væsentlige finder, at Kommissionen tillagde den »specifikke vægt« af de virksomheder, som havde været medlemmer af kartellet, for stor betydning i forhold til overtrædelsens »grovhed«. Det var derfor ikke berettiget at differentiere mellem de berørte virksomheder, da overtrædelsens grovhed var den samme for dem alle.

140 Dow har i realiteten gjort gældende, at ligebehandlingsprincippet blev tilsidesat. Dow har imidlertid ikke bestridt, at der i de år, Kommissionen lagde til grund, var, i visse tilfælde endog betydelige, forskelle mellem de berørte virksomheder hvad angår deres

omsætning vedrørende BG og SBG. Desuden fremgår det klart af retningslinjernes punkt 1 A, sjette afsnit, at Kommissionen kan variere bødebeløbet for at tage højde for den specifikke vægt af hver enkelt virksomheds retsstridige adfærd.

141 Ved at fastsætte udgangsbeløbet for bøden på et højere niveau for de virksomheder, der havde en forholdsvis større betydning end de øvrige på det pågældende marked, tog Kommissionen derfor hensyn til den faktiske indflydelse, virksomheden havde øvet på markedet. Dette element er udtryk for, at virksomheder, der har en forholdsvis større markedsandel end de andre på det pågældende marked, har et større ansvar for at skade konkurrencen og i sidste ende forbrugerne ved at indgå i et hemmeligt kartel (Rettens dom af 27.9.2006, sag T-43/02, Jungbunzlauer mod Kommissionen, Sml. II, s. 3435, præmis 230).

142 På baggrund af det ovenstående må det sjette led af Dows tredje anbringende forkastes.

c) Syvende og ottende led: uretmæssig anvendelse af en multiplikationsfaktor med henblik på afskrækkelse

Parternes argumenter

143 Inden for rammerne af det tredje anbringendes syvende led har Dow gjort gældende, at eftersom den anfægtede beslutning ikke burde have været rettet til Dow Chemical (første anbringende), burde Kommissionen ikke have taget dette selskabs omsætning i betragtning ved fastsættelsen af multiplikationsfaktoren med henblik

på afskrækkelse, men kun omsætningen i de datterselskaber af Dow Chemical, som havde deltaget direkte i overtrædelsen. Dow har udledt heraf, at Kommissionen for Dow burde have anvendt en multiplikationsfaktor tæt på 1. De bøder, de tre selskaber i koncernen blev pålagt, bør nedsættes i overensstemmelse hermed.

144 Inden for rammerne af det tredje anbringendes ottende led har Dow hævdet, at den af Kommissionen valgte multiplikationsfaktor på 1,75 er urimelig, selv hvis Dow Chemicals omsætning skal lægges til grund. Sammenlignet med den multiplikationsfaktor, som blev anvendt for EniChem (2), og den, der blev anvendt for Shell (3), bør den for Dow anvendte multiplikationsfaktor være lavere i betragtning af den klart større omsætning i ovennævnte to selskaber. Dow har navnlig fremhævet, at der mellem den multiplikationsfaktor, som Kommissionen anvendte for Shell, og den, der blev anvendt for Dow, var fem gange så stor forskel som mellem multiplikationsfaktorerne for Dow og Bayer. Forskellen mellem Shells og Dows omsætning var imidlertid 20 gange større end forskellen mellem Dows og Bayers. Endvidere har Dow under henvisning til dommen af 29. april 2004 i sagen Tokai Carbon m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 131 ovenfor, og dommen i sagen Degussa mod Kommissionen, nævnt i præmis 116 ovenfor, hævdet, at proportionalitetsprincippet ikke blev iagttaget, idet der kun var en forskel på 0,25 mellem den for Dow fastsatte multiplikationsfaktor og den, der blev fastsat for EniChem, selv om dette selskabs omsætning var omkring dobbelt så stor som Dow Chemicals. Til sammenligning var multiplikationsfaktoren for Dow 0,25 point større end for Bayer, skønt Dow Chemicals omsætning ikke var dobbelt så stor som Bayers. Multiplikationsfaktoren for Dow burde følgelig have været tættere på multiplikationsfaktoren for Bayer, dvs. tættere på 1,5. Også i dette tilfælde bør de bøder, Dow blev pålagt, nedsættes i overensstemmelse hermed.

145 Kommissionen har påstået det tredje anbringendes syvende og ottende led forkastet. Den har gjort gældende, at den ikke begik nogen fejl, da den anvendte en multiplikationsfaktor med henblik på afskrækkelse.

Rettens bemærkninger

146 Det syvende led af Dows tredje anbringende bygger på de argumenter, der blev fremført inden for rammerne af det første anbringende. Da det første anbringende må forkastes, må det syvende led af Dows tredje anbringende følgelig ligeledes forkastes.

147 Med hensyn til det ottende led af Dows tredje anbringende bestemmes det i retningslinjerne, at der ud over overtrædelsens art, dens konkrete indvirkning på markedet og det berørte markeds udstrækning skal tages hensyn til de overtrædende virksomheders faktiske økonomiske muligheder for at påføre andre økonomiske beslutningstagere, herunder forbrugerne, alvorlig skade, og at bødens størrelse skal fastsættes på et niveau, der har en tilstrækkelig afskrækkende virkning (retningslinjernes punkt 1 A, fjerde afsnit).

148 Kommissionens kompetence til at pålægge de virksomheder bøder, som forsætligt eller uagtsomt overtræder artikel 81 EF, er et af de midler, som Kommissionen har fået tildelt, for at den kan udføre sin tilsynsopgave ifølge fællesskabsretten, som også omfatter en pligt til at føre en generel politik med det formål, at der på konkurrenceområdet anvendes de i traktaten fastlagte principper, og at virksomhedernes adfærd påvirkes i denne retning. Følgelig bør Kommissionen, når karakteren af en overtrædelse fastslås med henblik på at fastsætte bødens størrelse, påse, at den trufne forholdsregel er af tilstrækkelig forebyggende karakter, især for så vidt angår den type overtrædelser, som i særlig grad kan bringe gennemførelsen af Fællesskabets formål i fare (dommen i sagen Musique Diffusion française m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 113 ovenfor, præmis 105 og 106, Rettens dom af 20.3.2002, sag T-31/99, ABB Asea Brown Boveri mod Kommissionen, Sml. II, s. 1881, præmis 166, og dommen i sagen Groupe Danone mod Kommissionen, nævnt i præmis 88 ovenfor, præmis 169).

149 Dette kræver, at bødens størrelse tilpasses under hensyn til den tilsigtede virkning på den virksomhed, den pålægges, således at bøden — i overensstemmelse med de krav, der følger dels af nødvendigheden af at sikre, at bøden er effektiv, dels af overholdelsen af proportionalitetsprincippet — ikke bliver ubetydelig eller tværtimod uforholdsmæssigt stor, navnlig i forhold til den pågældende virksomheds økonomiske kapacitet. En stor virksomhed, der råder over betydelige ressourcer i forhold til de øvrige medlemmer af et kartel, har lettere ved at fremskaffe de nødvendige midler til betaling af bøden, og det gør det berettiget med henblik på at sikre bøden en tilstrækkeligt afskrækkende virkning at pålægge denne virksomhed en forholdsmæssigt større bøde for den samme overtrædelse end en virksomhed, som ikke råder over sådanne ressourcer, f.eks. ved at anvende en multiplikationsfaktor (jf. i denne retning Rettens dom af 29.4.2004, forenede sager T-236/01, T-239/01, T-244/01 — T-246/01, T-251/01 og T-252/01, Tokai Carbon m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 1181, præmis 241 og 243; jf. ligeledes dommen i sagen ABB Asea Brown Boveri mod Kommissionen, nævnt i præmis 148 ovenfor, præmis 170, og Rettens dom af 15.3.2006, sag T-15/02, BASF mod Kommissionen, Sml. II, s. 497, præmis 235).

150 Det skal tilføjes, at Domstolen navnlig har understreget, at det er relevant at tage hensyn til den samlede omsætning for hver virksomhed, som er en del af kartellet, ved fastsættelsen af bødens størrelse (jf. i denne retning dommen i sagen Sarrió mod Kommissionen, nævnt i præmis 78 ovenfor, præmis 85 og 86, og Domstolens dom af 14.7.2005, sag C-57/02 P, Acerinox mod Kommissionen, Sml. I, s. 6689, præmis 74 og 75; jf. ligeledes Domstolens dom af 29.6.2006, sag C-289/04 P, Showa Denko mod Kommissionen, Sml. I, s. 5859, præmis 17).

151 Endelig tilsigter det afskrækkende formål, som Kommissionen har ret til at forfølge ved fastsættelsen af en bødes størrelse, at sikre, at virksomhederne overholder de i traktaten fastsatte konkurrenceregler for den måde, hvorpå de udøver deres aktivitet i Fællesskabet eller EØS. Heraf følger, at den afskrækkende faktor, som kan indgå i beregningen af en bøde, vurderes ud fra en række forhold og ikke alene ud fra den omhandlede virksomheds særlige situation. Dette princip finder bl.a. anvendelse, når Kommissionen har fastsat en »afskrækkelsesfaktor«, som er anvendt på den bøde, der er pålagt en virksomhed (jf. i denne retning dommen i sagen Showa Denko mod Kommissionen, nævnt i præmis 150 ovenfor, præmis 23 og 24).

152 I det foreliggende tilfælde anførte Kommissionen, at skalaen af sanktioner inden for kategorien meget alvorlige overtrædelser gjorde det muligt at fastsætte bøderne under hensyn til hver enkelt virksomheds størrelse på et niveau, der sikrede, at de var tilstrækkeligt afskrækkende. Kommissionen fastslog på grundlag af de berørte virksomheders globale omsætning i 2005, at der var en betydelig størrelsesforskel mellem på den ene side Kaučuk (omsætning 2,718 mia. EUR) og Stomil (omsætning 38 mio. EUR) og på den anden side de øvrige berørte virksomheder, navnlig Bayer (omsætning 27,383 mia. EUR) — den største af de store virksomheder, som er omhandlet i den anfægtede beslutning. På dette grundlag, og under hensyn til sagens omstændigheder, fandt Kommissionen, at Kaučuk og Stomil ikke skulle pålægges anvendelse af en multiplikationsfaktor med henblik på afskrækkelse, og at en multiplikationsfaktor på 1,5 var passende for Bayer. Endelig fastsatte Kommissionen, ligeledes på det nævnte grundlag og under hensyn til sagens omstændigheder, en multiplikationsfaktor på 1,75 for Dow (omsætning 37,221 mia. EUR), på 2 for EniChem (omsætning 73,738 mia. EUR) og på 3 for Shell (omsætning 246,549 mia. EUR) (474. betragtning til den anfægtede beslutning).

153 I den udstrækning Dow ved sine argumenter har påberåbt sig en tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet, fremgår det af den anfægtede beslutning, at de multiplikationsfaktorer med henblik på afskrækkelse, som Kommissionen lagde til grund, blev fastsat på grundlag af de berørte virksomheders relative størrelse. Dow har ikke bestridt de omsætningstal, Kommissionen angiver i den anfægtede beslutning. Navnlig har Dow ikke bestridt, at denne i 2005 var en større virksomhed end Bayer og en mindre virksomhed end EniChem. Det er derfor konsekvent og objektivt begrundet, at den multiplikationsfaktor med henblik på afskrækkelse, der blev fastsat for beregningen af de bøder, Dow blev pålagt, var større end den, der blev fastsat for beregningen af den bøde, Bayer blev pålagt, og mindre end den, der blev fastsat for beregningen af EniChems bøde.

154 Endvidere androg Bayers globale omsætning i 2005 27,383 mia. EUR og Dows 37,221 mia. EUR (dvs. 35,93 % mere end Bayers). På den baggrund kan det ikke udgøre en tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet, at multiplikationsfaktoren for Dows

bøder blev forhøjet med 16,66 % i forhold til den, der blev lagt til grund ved fastsættelsen af Bayers bøde (1,75 mod 1,5). Tværtimod kunne Kommissionen på det nævnte grundlag have fastsat en endnu højere multiplikationsfaktor for Dow. Derudover, og i den udstrækning Dow ved sine argumenter har anmodet Retten om at efterprøve retmæssigheden af de bødebeløb, der blev fastsat for de store virksomheder, hvormed Dow har draget sammenligninger, navnlig med hensyn til den for EniChem fastsatte multiplikationsfaktor, fremgår det af den anfægtede beslutning, at den for Dow fastsatte multiplikationsfaktor blev beregnet på grundlag af den, som var blevet fastsat for Bayer, og ikke på grundlag af de multiplikationsfaktorer, der var blevet fastsat for EniChem eller Shell. Dows argumenter er derfor irrelevante i denne henseende. Desuden har Kommissionen et skøn ved fastsættelsen af bøden og er ikke forpligtet til at anvende en bestemt matematisk formel (jf. Rettens dom af 4.7.2006, sag T-304/02, Hoek Loos mod Kommissionen, Sml. II, s. 1887, præmis 68 og den deri nævnte retspraksis). I det foreliggende tilfælde foretog Kommissionen derfor ikke nogen åbenbart fejlagtig vurdering, da den ved valget af de multiplikationsfaktorer, den anvendte, tog hensyn til forskellen mellem de berørte virksomheders økonomiske kapacitet (jf. i denne retning dommen af 30.9.2009 i sagen Akzo Nobel m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 131 ovenfor, præmis 155).

155 Endelig har Dow, i den udstrækning denne ved sine argumenter har påberåbt sig en tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet, ikke henvist til nogen nærmere omstændigheder, som giver grundlag for at finde, at den multiplikationsfaktor, der blev fastsat for Dow, var uforholdsmæssig i forhold til overtrædelsens grovhed og det tilsigtede formål, nemlig at sikre, at bøderne havde et afskrækkende niveau.

156 På baggrund af det ovenstående må det ottende led af Dows tredje anbringende forkastes.

d) Niende led: fejl ved forhøjelsen for overtrædelsens varighed

Parternes argumenter

157 Inden for rammerne af det tredje anbringendes niende led har Dow henvist til, at Kommissionen ved beregningen af forhøjelsen for overtrædelsens varighed tog hensyn til, at Dow ikke havde ejet Shells virksomhed vedrørende BG og SBG i overtrædelsens tre første år. Kommissionen foretog derfor en forhøjelse for en overtrædelse af lang varighed på 50 % i stedet for på 60 % for Dow Chemical og på 40 % i stedet for på 50 % for Dow Deutschland (479. og 480. betragtning til den anfægtede beslutning).

158 Dow har imidlertid gjort gældende, at Kommissionen burde have anvendt endnu lavere procentsatser. Når det forudsættes, at hvert år af overtrædelsen begrundede en forhøjelse på 10 %, og der tages hensyn til, at Dows virksomhed vedrørende syntetisk gummi efter ca. tre år var blevet mere end dobbelt så stor som følge af erhvervelsen af Shells virksomhed, burde Kommissionen have foretaget en nedsættelse på 5 % pr. år for hvert af de omhandlede tre år, dvs. en samlet nedsættelse på 15 %. Eftersom Kommissionen normalt skulle have forhøjet Dow Chemicals bøde med 60 % og Dow Deutschlands bøde med 50 %, ville den korrekte forhøjelse for en overtrædelse af lang varighed have været på 45 % for Dow Chemical og på 35 % for Dow Deutschland. De bøder, det blev pålagt Dow Chemical og Dow Deutschland at betale, bør nedsættes i overensstemmelse hermed.

159 Med hensyn til Kommissionens bemærkning i dens skriftlige indlæg for Retten om, at den drog en sammenligning mellem Dow Chemicals omsætning i henholdsvis 1998 og 2000, har Dow gjort gældende, at der ved denne sammenligning ikke blev taget hensyn til, at omsætningen ved Dows virksomhed vedrørende syntetisk gummi faldt i 1999 og 2000. Forøgelsen af omsætningen i 2000 som følge af erhvervelsen af Shells

virksomhed vedrørende syntetisk gummi var derfor større end forskellen på 30 % mellem omsætningen i henholdsvis 1998 og 2000. I realiteten mere end fordoblede Dow sin omsætning af de omhandlede produkter ved at erhverve Shells virksomhed vedrørende syntetisk gummi. Dow har navnlig henvist til den omsætning, Dow og Shell opnåede vedrørende de omhandlede produkter i 1998. I stedet for at forhøje bøden med 7 % for hvert af overtrædelsens tre første år, således som Kommissionen har anført i sine skriftlige indlæg, burde den derfor have forhøjet bøden med højst 5 % for hvert af disse år.

160 Kommissionen har påstået det tredje anbringendes niende led forkastet. Den har navnlig gjort gældende, at den fremgangsmåde, som blev fulgt med henblik på at tage hensyn til ændringerne i Dows struktur, var konsekvent og logisk.

Rettens bemærkninger

161 I henhold til artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 er overtrædelsens varighed en af de faktorer, der skal tages hensyn til ved fastsættelsen af størrelsen af den bøde, der skal pålægges virksomheder, som er skyldige i overtrædelse af konkurrencereglerne.

162 Med hensyn til den faktor, overtrædelsens varighed udgør, skelnes der i retningslinjerne mellem overtrædelser af kort varighed (almindeligvis under et år), for hvilke det under hensyn til grovheden fastsatte udgangsbeløb ikke bør forhøjes, overtrædelser af mellemlang varighed (almindeligvis mellem et og fem år), for hvilke dette beløb kan forhøjes med indtil 50 %, og overtrædelser af lang varighed (almindeligvis over fem år), for hvilke beløbet kan forhøjes med indtil 10 % pr. år (retningslinjernes punkt 1 B, første afsnit, første til tredje led).

163 Som nævnt i præmis 137 ovenfor, tog Kommissionen i det foreliggende tilfælde i forbindelse med den forhøjelse, der blev foretaget for at tage hensyn til overtrædelsens varighed, den særlige situation, som Dows køb af Shells virksomhed vedrørende BG og SBG i 1999 havde medført, i betragtning. Dow har ikke anfægtet den metode, Kommissionen valgte for at tage hensyn til denne særlige situation. Dows argumenter har i det væsentlige til formål at påvise, at den nævnte særlige situation burde have medført en mindre forhøjelse for at tage hensyn til overtrædelsens varighed. Selv hvis der rent faktisk kan tages hensyn til Dows argumenter i forbindelse med Kommissionens beregning, bygger de dog på faktuelle forudsætninger, som enten er usikre eller endog fejlagtige, eller som ikke er underbygget af beviser. Dow har således gjort gældende, at dennes virksomhed vedrørende syntetisk gummi efter ca. tre år var blevet over dobbelt så stor som følge af erhvervelsen af Shells virksomhed. Bortset fra at dette argument ikke bygger på nogen udførlige oplysninger, blev Dows omsætning vedrørende BG og SBG, således som den fremgår af den anfægtede beslutning, ikke fordoblet fra 1998 til 2001. Endvidere underbygges Dows argument om, at omsætningen ved selskabets virksomhed vedrørende syntetisk gummi faldt i 1999 og 2000, ikke af noget bevis.

164 På den baggrund er Dows argumenter ikke egnede til anfægte retmæssigheden af den anfægtede beslutning i denne henseende.

165 På baggrund af det ovenstående må det niende led af Dows tredje anbringende og dermed det tredje anbringende i det hele forkastes.

166 Det følger af de foregående præmisser som helhed, at det andet anbringende må tiltrædes, og den anfægtede beslutnings artikel 1 følgelig annulleres, i den udstrækning det fastslås heri, at Dow Deutschland deltog i den omhandlede overtrædelse fra den 1. juli 1996 i stedet for fra den 2. september 1996, og at de øvrige påstande om delvis annullation af den anfægtede beslutning må forkastes.

B — *Påstandene om ændring af bødens størrelse*

167 I den udstrækning Dows anbringender er blevet fremført til støtte for Dows påstande om ændring af bødens størrelse, er det for så vidt angår det andet anbringende, som må tiltrædes, ikke nødvendigt at ændre den pågældende bødes størrelse, eftersom — således som Dow i øvrigt medgav under retsmødet — Kommissionens fejl ikke kan have haft nogen betydning for den forhøjelse, der blev foretaget for at tage hensyn til overtrædelsens varighed.

168 Med hensyn til de øvrige anbringender, som Dow har påberåbt sig, er det tilstrækkeligt at bemærke, at de — således som det fremgår af det ovenstående — savner grundlag, og at de følgelig ikke kan føre til en nedsættelse af bøden.

169 Påstandene om ændring af bødens størrelse må derfor forkastes.

Sagens omkostninger

170 Ifølge artikel 87, stk. 2, i Rettens procesreglementet pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. I henhold til samme bestemmelses stk. 3, første afsnit, kan Retten fordele sagens omkostninger, hvis hver af parterne henholdsvis taber eller vinder på et eller flere punkter.

171 Da sagen i det væsentlige er blevet afvist, finder Retten under hensyn til dens omstændigheder, at sagsøgerne bør bære deres egne omkostninger og ni tiendedele af Kommissionens omkostninger, og at Kommissionen bør bære en tiendedel af sine egne omkostninger.

172 Med hensyn til sagsøgernes påstand om, at det pålægges Kommissionen at betale de udgifter, de har afholdt med henblik på at stille en bankgaranti til dækning af den bøde, de er blevet pålagt, udgør de nævnte udgifter ikke nødvendige udgifter, som parterne har afholdt med henblik på sagens behandling, og hører derfor ikke til de udgifter, der kan kræves erstattet, som omhandlet i procesreglementets artikel 91. Sagsøgernes påstand i denne henseende må derfor afvises.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Første Afdeling):

1) Artikel 1, litra b), i Kommissionens beslutning K(2006) 5700 endelig af 29. november 2006 om en procedure i henhold til artikel 81 [EF] og EØS-aftalens artikel 53 (sag COMP/F/38 638 — Butadiengummi og styrenbutadiengummi fremstillet ved emulsionspolymerisation) annulleres, for så vidt som den fastslår Dow Deutschland Inc.'s deltagelse i den pågældende overtrædelse fra den 1. juli 1996 til den 27. november 2001 i stedet for fra den 2. september 1996 til den 27. november 2001.

2) I øvrigt frifindes Europa-Kommissionen.

3) The Dow Chemical Company, Dow Deutschland, Dow Deutschland Anlagengesellschaft mbH og Dow Europe GmbH bærer deres egne omkostninger og betaler ni tiendedele af Kommissionens omkostninger.

4) Kommissionen bærer en tiendedel af sine egne omkostninger.

Dehousse Wiszniewska-Białecka Wahl

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 13. juli 2011.

Indhold

Tvistens baggrund ..... II - 4540

Retsforhandlinger og parternes påstande ..... II - 4548

Retlige bemærkninger ..... II - 4550

A — Påstandene om delvis annullation af den anfægtede beslutning ..... II - 4551

1. Det første anbringende: retsstridigheden af at tilregne Dow Chemical overtrædelsen ..... II - 4551

a) Første led: anvendelse af et forkert kriterium for, om overtrædelsen kunne tilregnes moderselskabet ..... II - 4551

b) Andet led: Dow Chemicals afkræftelse af den formodning, der hvilede på selskabet ..... II - 4552

Parternes argumenter ..... II - 4552

Rettens bemærkninger ..... II - 4556

c) Tredje led: fejl ved Kommissionens udøvelse af sin skønsbeføjelse og mangel på begrundelse ..... II - 4560

Parternes argumenter ..... II - 4560

Rettens bemærkninger ..... II - 4562

2. Det andet anbringende: fejlagtig fastslåelse af varigheden af Dow Deutschlands deltagelse i overtrædelsen ..... II - 4565

a) Parternes argumenter ..... II - 4565

Dows argumenter ..... II - 4565

Kommissionens argumenter ..... II - 4566

b) Rettens bemærkninger ..... II - 4567

3. Det tredje anbringende: fejlagtig fastsættelse af størrelsen af de bøder, sagsøgerne blev pålagt ..... II - 4571

a) Første led: fejlagtig bestemmelse af overtrædelsens grovhed ..... II - 4571

Parternes argumenter ..... II - 4571

Rettens bemærkninger ..... II - 4572

b) Andet til sjette led: fejlagtig differentieret behandling for så vidt angår grundbeløbene for bøderne ..... II - 4576

Parternes argumenter ..... II - 4576

Rettens bemærkninger ..... II - 4580

— Det tredje anbringendes andet til fjerde led ..... II - 4580

— Det tredje anbringendes femte, subsidiært påberåbte, led ..... II - 4583

— Det tredje anbringendes sjette led ..... II - 4586

c) Syvende og ottende led: uretmæssig anvendelse af en multiplikationsfaktor med henblik på afskrækkelse ..... II - 4587

Parternes argumenter ..... II - 4587

Rettens bemærkninger ..... II - 4589

d) Niende led: fejl ved forhøjelsen for overtrædelsens varighed ..... II - 4593

Parternes argumenter ..... II - 4593

Rettens bemærkninger ..... II - 4594

B — Påstandene om ændring af bødens størrelse ..... II - 4596

Sagens omkostninger ..... II - 4596