UNIONIN YLEISEN TUOMIOISTUIMEN TUOMIO (ensimmäinen jaosto)

13 päivänä heinäkuuta 2011 *

Asiassa T-42/07,

The Dow Chemical Company, kotipaikka Midland, Michigan (Yhdysvallat),

Dow Deutschland Inc., kotipaikka Schwalbach (Saksa),

Dow Deutschland Anlagengesellschaft mbH, kotipaikka Schwalbach,

Dow Europe GmbH, kotipaikka Horgen (Sveitsi),

edustajinaan aluksi asianajajat D. Schroeder, P. Matthey ja T. Graf, sittemmin asianajajat D. Schroeder ja T. Graf,

kantajina,

* Oikeudenkäyntikieli: englanti.

vastaan

Euroopan komissio, asiamiehinään aluksi M. Kellerbauer, V. Bottka ja J. Samnadda, sittemmin M. Kellerbauer, V. Bottka ja V. Di Bucci,

vastaajana,

jossa kantajat vaativat unionin yleistä tuomioistuinta kumoamaan [EY] 81 artiklan ja ETA-sopimuksen 53 artiklan soveltamisesta 29.11.2006 tehdyn komission päätöksen K (2006) 5700 lopullinen (asia COMP/F/38.638 – Butadieenikumi ja emulsiostyreeni-butadieenikumi), kumoamaan kyseisen päätöksen 1 artiklan Dow Deutschland Inc:tä koskevilta osin tai alentamaan kaikkien kantajien osalta niille määrättyä sakkoa,

UNIONIN YLEINEN TUOMIOISTUIN (ensimmäinen jaosto),

toimien kokoonpanossa: F. Dehousse (esittelevä tuomari), joka hoitaa jaoston puheenjohtajan tehtäviä, sekä tuomarit I. Wiszniewska-Białecka ja N. Wahl,

kirjaaja: hallintovirkamies K. Pocheć,

ottaen huomioon kirjallisessa käsittelyssä ja 13.10.2009 pidetyssä istunnossa esitetyn,

on antanut seuraavan

tuomion

Asian tausta

1 Euroopan yhteisöjen komissio totesi 29.11.2006 tekemässään päätöksessä K(2006) 5700 lopullinen (asia COMP/F/38.638 – Butadieenikumi ja emulsiopolymeroinnilla tuotettu styreenibutadieenikumi, jäljempänä riidanalainen päätös) useiden yritysten rikkoneen EY 81 artiklan 1 kohtaa ja Euroopan talousalueesta (ETA) tehdyn sopimuksen 53 artiklaa osallistumalla kartelliin edellä mainittujen tuotteiden markkinoilla.

2 Riidanalaisen päätöksen adressaatteja ovat seuraavat yritykset:

– Bayer AG, kotipaikka Leverkusen (Saksa)

– The Dow Chemical Company, kotipaikka Midland, Michigan (Yhdysvallat) (jäljempänä Dow Chemical)

– Dow Deutschland Inc., kotipaikka Schwalbach (Saksa)

– Dow Deutschland Anlagengesellschaft mbH (aiemmin Dow Deutschland GmbH & Co. OHG), kotipaikka Schwalbach

– Dow Europe, kotipaikka Horgen (Sveitsi)

– Eni SpA, kotipaikka Rooma (Italia)

– Polimeri Europa SpA, kotipaikka Brindisi (Italia) (jäljempänä Polimeri)

– Shell Petroleum NV, kotipaikka Haag (Alankomaat)

– Shell Nederland BV, kotipaikka Haag

– Shell Nederland Chemie BV, kotipaikka Rotterdam (Alankomaat)

– Unipetrol a.s., kotipaikka Praha (Tšekin tasavalta)

– Kaučuk a.s., kotipaikka Kralupy nad Vltavou (Tšekin tasavalta)

– Trade-Stomil sp. z o.o., kotipaikka Łódź (Puola) (jäljempänä Stomil).

3 Dow Deutschland, Dow Deutschland Anlagengesellschaft ja Dow Europe ovat kokonaan Dow Chemicalin määräysvallassa joko välittömästi tai välillisesti (jäljempänä yhteisesti Dow) (riidanalaisen päätöksen 16–21 perustelukappale).

4 Kyseisiä tuotteita valmisti Enin puolesta alun perin EniChem Elastomeri Srl, joka oli välillisesti Enin tytäryhtiön EniChem SpA:n (jäljempänä EniChem SpA) kautta Enin määräysvallassa. EniChem Elastomeri fuusioitui 1.11.1997 EniChem SpA:han. Enin määräysvallassa oli 99,97 prosenttia EniChem SpA:sta. EniChem SpA siirsi 1.1.2002 strategisen kemianalan liiketoimintansa (myös butadieenikumiin ja emulsiopolymeroinnilla tuotettuun styreenibutadieenikumiin liittyvän liiketoiminnan) sataprosenttisesti omistamalleen tytäryhtiölle Polimerille. Enillä on 21.10.2002 lähtien ollut

Polimeri kokonaan välittömässä määräysvallassaan. EniChem SpA muutti nimensä Syndial SpA:ksi 1.5.2003 (riidanalaisen päätöksen 26–32 perustelukappale). Komissio käyttää riidanalaisessa päätöksessä nimitystä EniChem kaikista Enin omistamista yrityksistä (jäljempänä EniChem) (riidanalaisen päätöksen 36 perustelukappale).

5 Shell Nederland Chemie on Shell Nederlandin tytäryhtiö; Shell Nederland on puolestaan kokonaan Shell Petroleumin määräysvallassa (jäljempänä yhteisesti Shell) (riidanalaisen päätöksen 38–40 perustelukappale).

6 Kaučuk perustettiin vuonna 1997, kun Kaučuk Group a.s. ja Chemopetrol Group fuusioituivat. Unipetrol osti 21.7.1997 fuusioituneiden yritysten kaikki varat, oikeudet ja velvollisuudet. Unipetrol omistaa 100 prosenttia Kaučukin osuuksista (riidanalaisen päätöksen 45 ja 46 perustelukappale). Riidanalaisen päätöksen mukaan Tavorex s.r.o. (jäljempänä Tavorex), jonka kotipaikka on Tšekin tasavallassa, edusti lisäksi Kaučukia (ja sen edeltäjää Kaučuk Groupia) vientitoiminnassa vuoden 1991 ja 28.2.2003 välisenä aikana. Edelleen riidanalaisen päätöksen mukaan Tavorex edusti Kaučukia vuodesta 1996 lähtien European Synthetic Rubber Associationin kokouksissa (riidanalaisen päätöksen 49 perustelukappale).

7 Riidanalaisen päätöksen mukaan Stomil edusti puolalaista Chemical Company Dwory S.A:ta (jäljempänä Dwory) sen vientitoiminnassa noin 30 vuoden ajan ainakin vuoteen 2001 saakka. Edelleen riidanalaisen päätöksen mukaan Stomil edusti Dworya European Synthetic Rubber Associationin kokouksissa vuosina 1997–2000 (riidanalaisen päätöksen 51 perustelukappale).

8 Rikkomisen katsottiin kestäneen 20.5.1996 ja 28.11.2002 välisen ajan (Bayer, Eni ja Polimeri), 20.5.1996 ja 31.5.1999 välisen ajan (Shell Petroleum, Shell Nederland ja Shell Nederland Chemie), 1.7.1996 ja 28.11.2002 välisen ajan (Dow Chemical), 1.7.1996 ja 27.11.2001 välisen ajan (Dow Deutschland), 16.11.1999 ja 28.11.2002 välisen ajan

(Unipetrol ja Kaučuk), 16.11.1999 ja 22.2.2000 välisen ajan (Stomil), 22.2.2001 ja 28.2.2002 välisen ajan (Dow Deutschland Anlagengesellschaft) sekä 26.11.2001 ja 28.11.2002 välisen ajan (Dow Europe) (riidanalaisen päätöksen 476–485 perustelukappale ja päätösosan 1 artikla).

9 Butadieenikumi (jäljempänä BR) ja emulsiopolymeroinnilla tuotettu styreenibutadieenikumi (jäljempänä ESBR) ovat synteettistä kumia, jota käytetään etenkin autonrenkaiden valmistuksessa. Nämä kaksi tuotetta ovat korvattavissa keskenään, muilla synteettisillä kumeilla tai luonnonkumilla (riidanalaisen päätöksen 3–6 perustelukappale).

10 Riidanalaisen päätöksen kohteena olevien valmistajien lisäksi muutkin Aasiassa ja Itä-Euroopassa sijaitsevat tuottajat ovat myyneet vähäisiä määriä BR:ää ja ESBR:ää ETA:n alueella. Myös autonrenkaiden suuret valmistajat tuottavat itse huomattavia määriä BR:ää (riidanalaisen päätöksen 54 perustelukappale).

11 Bayer otti yhteyttä komission yksiköihin 20.12.2002 ja ilmoitti halukkuutensa tehdä yhteistyötä sakoista vapauttamisesta ja sakkojen lieventämisestä kartelleja koskevissa asioissa annetun komission tiedonannon mukaisesti (EYVL 2002, C 45, s. 3; jäljempänä yhteistyötiedonanto) BR:n ja ESBR:n osalta. Bayer antoi ESBR:stä suullisen lausunnon, jossa se kuvasi kartellin toimintaa. Tämä suullinen lausunto nauhoitettiin (riidanalaisen päätöksen 67 perustelukappale).

12 Bayer antoi 14.1.2003 suullisen lausunnon BR:ää koskevan kartellin toiminnasta. Tämä suullinen lausunto nauhoitettiin. Bayer toimitti myös pöytäkirjoja European Synthetic Rubber Associationin BR-komitean kokouksista (riidanalaisen päätöksen 68 perustelukappale).

13 Komissio antoi 5.2.2003 Bayerille tiedoksi päätöksensä myöntää sille ehdollinen sakkoimmuniteetti (riidanalaisen päätöksen 69 perustelukappale).

14 Komissio teki 27.3.2003 6.2.1962 annetun neuvoston asetuksen N:o 17 ([EY 81] ja [EY 82] artiklan ensimmäinen täytäntöönpanoasetus) 14 artiklan 3 kohdan (EYVL 1962, 13, s. 204) mukaisen tarkastuskäynnin Dow Deutschland & Co:n toimitiloihin (riidanalaisen päätöksen 70 perustelukappale).

15 Syyskuun 2003 ja heinäkuun 2006 välisenä aikana komissio osoitti riidanalaisen päätöksen kohteena oleville yrityksille useita tietojensaantipyyntöjä asetuksen N:o 17 11 artiklan ja [EY] 81 ja [EY] 82 artiklassa vahvistettujen kilpailusääntöjen täytäntöönpanosta 16.12.2002 annetun neuvoston asetuksen (EY) N:o 1/2003 (EYVL 2003, L 1, s. 1) 18 artiklan mukaisesti (riidanalaisen päätöksen 71 perustelukappale).

16 Dow Deutschlandilla ja Dow Deutschland & Co:lla oli 16.10.2003 komission yksiköiden kanssa tapaaminen, jossa ne ilmoittivat halukkuutensa yhteistyötiedonannon mukaiseen yhteistyöhön. Kokouksessa esitettiin suullinen lausunto BR:ää ja ESBR:ää koskevasta kartellitoiminnasta. Tämä suullinen esitys nauhoitettiin. Komission yksiköille luovutettiin myös kartellia koskevia asiakirjoja (riidanalaisen päätöksen 72 perustelukappale).

17 Dow Deutschlandille ilmoitettiin 4.3.2005 komission aikomuksesta myöntää sille 30–50 prosentin alennus sakosta (riidanalaisen päätöksen 73 perustelukappale).

18 Komissio aloitti asiaa koskevan menettelyn 7.6.2005 ja osoitti ensimmäisen väitetiedoksiannon riidanalaisen päätöksen adressaatteina oleville yrityksille – lukuun

ottamatta Unipetrolia – sekä Dworylle. Ensimmäinen väitetiedoksianto koski myös Tavorexia, mutta sitä ei annettu tälle tiedoksi, koska Tavorex oli asetettu konkurssiin lokakuussa 2004. Menettely on siis sen osalta päätetty (riidanalaisen päätöksen 49 ja 74 perustelukappale).

19 Kyseiset yritykset esittivät kirjallisia huomautuksia ensimmäiseen väitetiedoksiantoon (riidanalaisen päätöksen 75 perustelukappale). Niillä oli myös komission toimitiloissa oikeus tutustua CD-ROM-muotoisiin asiakirjoihin sekä suullisiin lausuntoihin ja niihin liittyviin asiakirjoihin (riidanalaisen päätöksen 76 perustelukappale).

20 Manufacture française des pneumatiques Michelin (jäljempänä Michelin) ilmoitti 3.11.2005 haluavansa osallistua asian käsittelyyn. Se toimitti kirjallisia huomautuksia 13.1.2006 (riidanalaisen päätöksen 78 perustelukappale).

21 Komissio hyväksyi 6.4.2006 toisen väitetiedoksiannon, joka oli osoitettu riidanalaisen päätöksen adressaatteina oleville yrityksille. Kyseiset yritykset esittivät sitä koskevia kirjallisia huomautuksia (riidanalaisen päätöksen 84 perustelukappale).

22 Michelin teki 12.5.2006 kantelun [EY] 81 ja [EY] 82 artiklan mukaisten komission menettelyjen kulusta 7.4.2004 annetun komission asetuksen (EY) N:o 773/2004 (EUVL L 123, s. 18) 5 artiklan mukaisesti (riidanalaisen päätöksen 85 perustelukappale).

23 Riidanalaisen päätöksen adressaatteina olevat yritykset Stomilia lukuun ottamatta sekä Michelin osallistuivat 22.6.2006 komission järjestämään kuulemiseen (riidanalaisen päätöksen 86 perustelukappale).

24 Koska Dworyn osallistumisesta kartelliin ei ollut riittävää näyttöä, komissio päätti päättää sitä koskevan menettelyn (riidanalaisen päätöksen 88 perustelukappale). Komissio päätti päättää myös Syndialia koskevan menettelyn (riidanalaisen päätöksen 89 perustelukappale).

25 Aluksi oli käytetty kahta eri asianumeroa (COMP/E-1/38.637 ja COMP/E-1/38.638, joista yksi koski BR:ää ja toinen ESBR:ää), mutta ensimmäisen väitetiedoksiannon jälkeen komissio käytti vain yhtä (COMP/F/38.638) (riidanalaisen päätöksen 90 ja 91 perustelukappale).

26 Hallinnollisen menettelyn päätteeksi komissio teki 29.11.2006 riidanalaisen päätöksen.

27 Riidanalaisen päätöksen päätösosan 1 artiklan mukaan seuraavat yritykset rikkoivat EY 81 artiklaa ja ETA-sopimuksen 53 artiklaa osallistumalla esitettyinä ajankohtina yhtenä kokonaisuutena pidettävään jatkettuun sopimukseen, jonka puitteissa ne sopivat tavoitehintojen asettamisesta, asiakkaiden jakamisesta tekemällä sopimuksia aggressiivisista kilpailutoimenpiteistä pidättymisestä sekä BR:n ja ESBR:n alan hintoja, kilpailijoita ja asiakkaita koskevien arkaluonteisten tietojen jakamisesta:

a) Bayer 20.5.1996–28.11.2002

b) Dow Chemical, 1.7.1996–28.11.2002, Dow Deutschland, 1.7.1996–27.11.2001, Dow Deutschland Anlagengesellschaft, 22.2.2001–28.2.2002, Dow Europe, 26.11.2001–28.11.2002

c) Eni 20.5.1996–28.11.2002 ja Polimeri 20.5.1996–28.11.2002

d) Shell Petroleum 20.5.1996–31.5.1999, Shell Nederland 20.5.1996–31.5.1999 ja Shell Nederland Chemie 20.5.1996–31.5.1999

e) Unipetrol 16.11.1999–28.11.2002 ja Kaučuk 16.11.1999–28.11.2002

f) Stomil 16.11.1999–22.2.2000.

28 Komissio määräsi riidanalaisessa päätöksessä tehtyjen tosiseikkoja koskevien toteamusten ja oikeudellisten arviointien perusteella asianomaisille yrityksille sakkoja, joiden määrä laskettiin soveltamalla menetelmää, joka esitetään asetuksen N:o 17 15 artiklan 2 kohdan ja EHTY:n perustamissopimuksen 65 artiklan 5 kohdan mukaisesti määrättävien sakkojen laskennassa sovellettavissa suuntaviivoissa (EYVL 1998, C 9, s. 3; jäljempänä suuntaviivat) sekä yhteistyötiedonannossa.

29 Riidanalaisen päätöksen päätösosan 2 artiklassa määrätään seuraavat sakot:

a) Bayer: 0 euroa

b) Dow Chemical: 64 575 000 euroa, josta

i) 60 270 000 euroa yhteisvastuullisesti Dow Deutschlandin kanssa

ii) 47 355 000 euroa yhteisvastuullisesti Dow Deutschland Anlagengesellschaftin ja Dow Europen kanssa

c) Eni ja Polimeri yhteisvastuullisesti: 272 250 000 euroa

d) Shell Petroleum, Shell Nederland ja Shell Nederland Chemie yhteisvastuullisesti: 160 875 000 euroa

e) Unipetrol ja Kaučuk yhteisvastuullisesti: 17 550 000 euroa

f) Stomil: 3 800 000 euroa.

30 Riidanalaisen päätöksen päätösosan 3 artiklassa määrätään 1 artiklassa mainitut yritykset lopettamaan samassa artiklassa kuvattu rikkominen välittömästi, jos näin ei ole jo tapahtunut, ja pidättymään vastedes 1 artiklassa kuvatusta toiminnasta ja toimenpiteistä, joilla on vastaavia tavoitteita tai vaikutuksia.

Menettely ja asianosaisten vaatimukset

31 Dow Chemical, Dow Deutschland, Dow Deutschland Anlagengesellschaft ja Dow Europe (jäljempänä yhteisesti Dow) nostivat nyt käsiteltävän kanteen unionin yleisen tuomioistuimen kirjaamoon 16.2.2007 toimittamallaan kannekirjelmällä.

32 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen presidentin 2.4.2009 tekemällä päätöksellä tuomari N. Wahl nimettiin täydentämään jaoston kokoonpanoa, koska yksi sen jäsenistä oli estynyt.

33 Unionin yleinen tuomioistuin (ensimmäinen jaosto) päätti esittelevän tuomarin kertomuksen perusteella aloittaa suullisen käsittelyn.

34 Asianosaisten lausumat ja vastaukset unionin yleisen tuomioistuimen esittämiin suullisiin kysymyksiin kuultiin 13.10.2009 pidetyssä istunnossa.

35 Dow Chemical vaatii, että unionin yleinen tuomioistuin kumoaa riidanalaisen päätöksen siltä osin kuin päätös on osoitettu Dow Chemicalille.

36 Dow Deutschland vaatii, että unionin yleinen tuomioistuin kumoaa riidanalaisen päätöksen 1 artiklan siltä osin kuin siinä katsotaan, että Dow Deutschland rikkoi EY 81 artiklaa ja ETA-sopimuksen 53 artiklaa 1.7.1996 lähtien.

37 Kaikki kantajat (ja Dow Chemical toissijaisesti) vaativat, että unionin yleinen tuomioistuin alentaa merkittävästi niille määrättyä sakkoa.

38 Kaikki kantajat vaativat, että unionin yleinen tuomioistuin

– velvoittaa komission korvaamaan kantajien oikeudenkäyntikulut ja muut tästä asiasta aiheutuvat kulut sekä kulut, jotka kantajille aiheutuivat pankkitakauksen asettamisesta niille riidanalaisella päätöksellä määrättyjen sakkojen määrän

kattamiseksi ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen antamaan ratkaisuun saakka, ja

– määrää kaikista muista asianmukaisina pitämistään toimista.

39 Komissio vaatii, että unionin yleinen tuomioistuin

– hylkää kanteen

– velvoittaa kantajat korvaamaan oikeudenkäyntikulut.

Oikeudellinen arviointi

40 Dow esitti vaatimustensa tueksi kolme perustetta. Ensimmäisessä kanneperusteessaan Dow riitauttaa sen, että komissio on todennut Dow Chemicalin syyllistyneen rikkomiseen. Toisessa kanneperusteessaan Dow katsoo, että komissio on tehnyt virheen määrittäessään Dow Deutschlandin rikkomiseen osallistumisen kestoa. Kolmannessa kanneperusteessaan Dow väittää, että komissio on tehnyt useita virheitä määrittäessään Dow'lle määrättyjen sakkojen suuruutta.

A *Vaatimukset riidanalaisen päätöksen osittaisesta kumoamisesta*

1. *Ensimmäinen kanneperuste, jonka mukaan Dow Chemical on joutunut lainvastaisesti rikkomisesta vastuuseen*

41 Dow'n ensimmäinen kanneperuste jakaantuu kolmeen osaan. Ensimmäisessä osassa Dow katsoo, että komissio on käyttänyt emoyhtiön vastuun arvioinnissa virheellistä arviointiperustetta. Toisessa osassa Dow katsoo, että Dow Chemical on joka tapauksessa kumonnut sitä koskevan olettaman. Kolmannessa osassa Dow väittää, että komissio teki virheen siinä, ettei se käyttänyt harkintavaltaansa määrittäessään, oliko riidanalainen päätös osoitettava Dow Chemicalille, ja siinä, ettei se perustellut päätöstä emoyhtiön katsomisesta vastuulliseksi käsiteltävässä asiassa.

a) Ensimmäinen osa, joka koskee virheellisen perusteen soveltamista emoyhtiön vastuuseen saattamiseen

42 Dow ilmoitti istunnon aikana peruuttavansa yhteisöjen tuomioistuimen asiassa C-97/08 P, Akzo Nobel NV ym. vastaan komissio, 10.9.2009 antaman tuomion (Kok., s. I-8237) johdosta ensimmäisen kanneperusteensa ensimmäisen osan, mikä on merkitty tiedoksi.

43 Näin ollen ei ole tarpeen lausua Dow'n ensimmäisen kanneperusteen ensimmäisestä osasta.

b) Toinen osa, joka koskee Dow Chemicalia koskenutta ja Dow Chemicalin kumoamaa olettamaa

Asianosaisten lausumat

44 Dow väittää, että Dow Chemical on kumonnut käsiteltävässä asiassa mahdollisen olettaman emoyhtiön ratkaisevasta vaikutuksesta täysin omistamaansa tytäryhtiöön. Dow korostaa tässä yhteydessä emoyhtiön voivan kumota sitä koskevan olettaman osoittamalla, ettei se ole vaikuttanut ratkaisevasti tytäryhtiönsä toimintaan. Emoyhtiöllä ei ole velvollisuutta todistaa, ettei sillä enää ollut mahdollisuutta vaikuttaa ratkaisevasti tytäryhtiöön. Oleellista olisi määrittää, noudattaako tytäryhtiö ”myyntipolitiikassaan” ”olennaisilta osin emoyhtiön sille antamia ohjeita” (asia C-286/98 P, Stora Kopparbergs Bergslags v. komissio, tuomio 16.11.2000, Kok., s. I-9925). Ilmaus ”olennaisilta osin” kattaisi sen, noudattaako tytäryhtiö kilpailusääntöjä vai rikkooko se niitä saadakseen korkeamman hinnan kuin se olisi markkinoilta normaalisti saanut. Komissio vahvisti tämän lähestymistavan kahdessa Dow’n mainitsemassa asiassa. Dow muistuttaa tässä yhteydessä, että kartellilainsäädännön rikkomisesta voidaan langettaa seuraamuksia vain, mikäli vahinko on aiheutettu tahallisesti tai tuottamuksellisesti (asetuksen N:o 1/2003 23 artiklan 2 kohta). Näin ollen emoyhtiön voidaan katsoa rikkoneen EY 81 artiklaa vain, jos se on toiminut tytäryhtiönsä rikkomisten suhteen vähintäänkin huolimattomasti.

45 Käsiteltävässä asiassa komissio olettaa virheellisesti ja täysin perusteettomasti, että Dow Chemicalin ja sen tytäryhtiöiden väliset vaikutussuhteet kattoivat kartellitoiminnan ja että Dow Chemical oli tietoinen kartellitoiminnasta.

46 Ensinnäkään komissio ei huomioinut sitä, että Dow Deutschland, Dow Deutschland Anlagengesellschaft ja Dow Europe toimivat itsenäisesti, kuten Dow on

väitetiedoksiantoon antamissaan vastauksissa ilmoittanut. Tässä yhteydessä Dow korostaa, että rikkomiseen osallistui ainoastaan muutamia näiden kolmen yhtiön työntekijöitä, että tämä työntekijöiden joukko on hyvin pieni ja että heidän asemansa yhtiöissä on suhteellisen alhainen. Ainoa johtavassa asemassa oleva työntekijä, joka oli tietoinen kartellitoiminnasta, on tuolloinen Dow Deutschlandin synteettisistä elastomeereistä vastannut myyntijohtaja. Myyntijohtaja on kuitenkin järjestelmällisesti kieltänyt olleensa tietoinen käsiteltävästä rikkomisesta, eikä päinvastaisia todisteita ole esitetty. Asianomaisista työntekijöistä Dow katsoo lisäksi, että kartelli ja sen löyhä organisaatio olivat jo todellisuutta Dow Deutschlandin liittyessä siihen. Missään vaiheessa ei tehty päätöstä käynnistää prosessia tai luoda rakenteita Dow Chemicalin kartelliin osallistumisen mahdollistamiseksi.

47 Dow Chemicalilla ei ollut mahdollisuutta saada automaattisesti tietoa mahdollisista kilpailunvastaisista toimista Dow Deutschlandin tullessa käsiteltäville markkinoille ja ryhtyessä Buna Sow Leuna Olefinverbund GmbH:n (jäljempänä BSL) jälleenmyyjäksi 1.7.1996. Kyseinen ala oli Dow'lle uusi liiketoiminnan ala, eikä Dow sisällyttänyt sitä aiempiin organisaatiorakenteisiinsa. Dow toteaa tässä yhteydessä erityisesti, että BSL oli Bundesanstalt für vereinigungsbedingte Sonderaufgabenin (BvS) täysin omistama tytäryhtiö 1.9.1999 asti, jolloin Dow osti BSL:n pääomasta 80 prosentin osuuden ja sai yhteisen määräysvallan yhtiöön. Ei myöskään ollut varmuutta siitä, että BSL jatkaisi BR:n ja ESBR:n tuotantoa. Dow'sta tuli BR:n ja ESBR:n tuottaja varsinaisesti vasta sen ostaessa Shellin synteettinen kumi -liiketoiminnan 1.6.1999.

48 Väite, jonka mukaan Dow Chemicalille ei ole tiedotettu hintoja koskevista keskusteluista, vastaa konsernin organisaatiorakennetta. Synteettiset elastomeerit -liiketoiminnan johto oli osa Dow Deutschlandia ja Dow Deutschland & Co:ta (josta on tullut, kuten edellä 2 kohdassa todetaan, Dow Deutschland Anlagengesellschaft). Tätä liiketoimintaa ei sisällytetty mihinkään olemassa olevaan organisaatiorakenteeseen, vaan se pysyi itsenäisenä toimintana. Dow Deutschlandin tuolloinen myyntijohtaja toimi

Dow Chemicalin henkilöstön alaisuudessa; heillä ei ollut kokemusta synteettisen kumin alalta, minkä vuoksi he eivät puuttuneet myyntijohtajan liiketoimintapäätöksiin. Tämän vuoksi Dow Chemicalin ja sen kyseisellä alalla toimivien tytäryhtiöiden väliset teolliset ja taloudelliset siteet eivät olleet yhtä tiiviitä kuin komissio olettaa riidanalaisen päätöksen 357 perustelukappaleessa. Se, että Dow Deutschlandin tuolloinen myyntijohtaja työskenteli Dow Chemicalin alaisuudessa, ei tarkoita, että yritys olisi ollut tietoinen kartellista tai että se olisi syyllistynyt huolimattomuuteen ollessaan tietämätön kartellin olemassaolosta.

49 Dow Chemicalilla ei ollut mahdollisuutta päättää muiden konserniin kuuluvien yhtiöiden osallistumista kartelliin, sillä se ei ollut tietoinen kartellista. Tässä mielessä käsiteltävä asia poikkeaa ratkaisevalla tavalla asiasta T-354/94, Stora Kopparbergs Bergslags vastaan komissio, tuomio 14.5.1998 (Kok., s. II-2111). Päinvastoin kaikki Dow'n kaupallisissa tehtävissä toimivat työntekijät saavat säännöllisesti kilpailulainsäädäntöä koskevaa koulutusta. Lisäksi kyseiset työntekijät olivat velvollisia noudattamaan Dow Chemicalin kaupallisia eettisiä sääntöjä, joihin sisältyi vuonna 1999 muun muassa "kilpailulainsäädännön noudattamista" koskevia sääntöjä, joihin Dow viittaa. Jos kyseiset työntekijät olisivat kääntyneet Dow'n lakimiehen puoleen, tämä olisi ryhtynyt kaikkiin tarvittaviin toimiin laittomien käytäntöjen lopettamiseksi välittömästi.

50 Toiseksi komissio katsoo riidanalaisessa päätöksessä, että Dow Chemicalin ja sen tytäryhtiöiden välillä vallitsi "riippuvuussuhteita", ja olettaa, että nämä suhteet "– – kattoivat kaikki BR- ja ESBR-toimintoihin liittyvät oleelliset seikat", että "riidanalainen kartelli oli todennäköisesti keskeinen osa BR:n ja ESBR:n alalla toimivien Dow'n tytäryhtiöiden liiketoimintapolitiikkaa ja [että] on epätodennäköistä, että nämä olisivat voineet keskustella liiketoiminnastaan mainitsematta kartellien olemassaoloa" (riidanalaisen päätöksen 357 perustelukappale). Komissio ei kuitenkaan ole esittänyt tältä osin mitään näyttöä.

51 Päinvastoin kuin komissio väittää, riidanalaisen päätöksen 357 perustelukappaleessa Dow ei kieltänyt asiaa yleisellä tasolla vaan ilmoitti, että huolimatta kattavasta sisäisestä tutkinnasta se ei ole löytänyt seikkoja, jotka osoittaisivat jonkun Dow Chemicalin edustajan olleen tietoinen hintoja koskevista keskusteluista. Dow katsoo, että liiketoiminnan keskeiset näkökohdat kattavan hierarkkisen rakenteen olemassaolo ei tarkoita, että tätä rakennetta käytettäisiin kartellitoiminnan raportoimiseksi ylemmälle tasolle. Jos pelkkä hierarkkisten suhteiden olemassaolo riittäisi tekemään emoyhtiöstä vastuullisen tytäryhtiöidensä toiminnasta, tytäryhtiöiden olisi mahdotonta osoittaa toimineensa itsenäisesti. Tytäryhtiö voi toimia itsenäisesti, vaikka jotkin sen työntekijöistä raportoivat konsernin muissa yhtiöissä toimiville työntekijöille. Dow toteaa lisäksi, että käsiteltävä asia poikkeaa asiasta T-314/01, Avebe vastaan komissio, tuomio 27.9.2006 (Kok., s. II-3085). Mainitussa asiassa yrityksen (tytäryhtiön) johtohenkilöt toimivat samanaikaisesti johtotehtävissä emoyhtiöissä. Emoyhtiöiden edustajat olivat joko suoraan osallisina rikkomiseen tai olivat välttämättä tietoisia siitä. Lisäksi tytäryhtiöllä oli erityinen oikeudellinen muoto.

52 Kolmanneksi Dow ehdottaa, että todistajina kuultaisiin useita henkilöitä, joilla oli mahdollisuus (tai oli todennäköisesti mahdollisuus) toimittaa kartellitoiminnasta tietoja Dow Chemicalin työntekijälle, ja että näiltä henkilöiltä kysyttäisiin, oliko näin tapahtunut. Dow ehdottaa, että todistajina kuultaisiin myös henkilöitä, joiden komissio on ilmoittanut kuuluvan kyseisiin hierarkkisiin rakenteisiin joko nimeämällä nämä henkilöt erikseen riidanalaisen päätöksen sivun 281 alaviitteessä tai viittaamalla Dow'n 26.7.2004 päivättyyn kirjeeseen.

53 Komissio vaatii ensimmäisen kanneperusteen toisen osan hylkäämistä. Se katsoo ensisijaisesti, etteivät Dow'n esittämät seikat riitä kumoamaan käsiteltävässä asiassa vallitsevaa olettamaa.

Unionin yleisen tuomioistuimen arviointi asiasta

54 Komissio toteaa riidanalaisessa päätöksessä, että emoyhtiö voidaan katsoa vastuulliseksi tytäryhtiön laittomasta toiminnasta, mikäli tytäryhtiö ei päätä itsenäisesti toiminnastaan markkinoilla. Komissio viittaa tässä yhteydessä muun muassa yhtiön käsitteeseen kilpailulainsäädännössä (riidanalaisen päätöksen 333 ja 334 perustelukappale). Lisäksi komissio toteaa voivansa olettaa, että emoyhtiön täysin omistama tytäryhtiö noudattaa pääsääntöisesti emoyhtiön sille antamia ohjeita, tarkistamatta, onko emoyhtiö todellisuudessa käyttänyt tätä valtaa. Komission mukaan on emoyhtiön tai tytäryhtiön tehtävä kumota tämä olettama esittämällä todisteita, jotka osoittavat tytäryhtiön päättäneen itsenäisesti toiminnastaan markkinoilla emoyhtiön ohjeiden noudattamisen sijaan siten, ettei se kuulu yhtiön käsitteen soveltamisalaan (riidanalaisen päätöksen 335 perustelukappale).

55 Lisäksi komissio katsoo yhä, että Dow Deutschland Anlagengesellschaft, Dow Deutschland ja Dow Europe ovat vastuussa välittömästä osallistumisesta rikkomiseen. Komissio toteaa, että rikkomisen aikana nämä yhtiöt olivat välittömästi tai välillisesti täysin Dow Chemicalin omistuksessa. Näin ollen komissio katsoo voivansa olettaa, että emoyhtiö saattoi vaikuttaa ratkaisevasti tytäryhtiöidensä toimintaan. Tätä olettamaa tukevat käsiteltävässä asiassa monet seikat. Komissio päätteli tämän perusteella, että riidanalainen päätös on osoitettava Dow Deutschland Anlagengesellschaftille, Dow Deutschlandille, Dow Europelle ja Dow Chemicalille, joiden on katsottava olevan yhteisvastuussa rikkomisesta (riidanalaisen päätöksen 340–364 perustelukappale).

56 Tässä yhteydessä on muistutettava, että siinä tapauksessa, että unionin kilpailusääntöjä rikkonut tytäryhtiö on täysin emoyhtiön omistuksessa, yhtäältä emoyhtiö voi vaikuttaa ratkaisevasti tytäryhtiön toimintaan ja toisaalta on olemassa kumottavissa oleva olettama, jonka mukaan kyseinen emoyhtiö tosiasiallisesti vaikuttaa ratkaisevasti

tytäryhtiönsä toimintaan. Tällöin riittää, että komissio osoittaa, että emoyhtiö omistaa täysin tytäryhtiön, voidakseen olettaa, että emoyhtiö käyttää ratkaisevaa vaikutusvaltaa kyseisen tytäryhtiön liiketoimintapolitiikassa. Tämän perusteella komissio voi katsoa, että emoyhtiö on yhteisvastuussa tytäryhtiölleen määrätyn sakon maksamisesta, ellei tämä emoyhtiö, jonka asiana on kumota tämä olettama, esitä riittäviä todisteita sen osoittamiseksi, että tytäryhtiö toimii itsenäisesti markkinoilla (ks. edellä 42 kohdassa mainittu asia Akzo Nobel NV ym. v. komissio, tuomion 60 ja 61 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

57 Dow on peruuttanut ensimmäisen kanneperusteensa ensimmäisen osan; näin ollen se ei siis kiistä komission voivan olettaa, että Dow Chemicalilla oli ratkaiseva vaikutus tytäryhtiöidensä käyttäytymiseen, koska se omistaa välittömästi tai välillisesti niiden koko pääoman.

58 Dow Chemicalin asiana siis oli kumota tämä olettama osoittamalla, että kyseiset tytäryhtiöt päättivät itsenäisesti liiketoimintapolitiikastaan siten, etteivät ne muodostaneet emoyhtiön kanssa yhtä ainoaa taloudellista yksikköä ja siten EY 81 artiklassa tarkoitettua yhtä ainoaa yritystä.

59 Dow Chemicalin oli erityisesti toimitettava kaikki tiedot, jotka liittyivät organisatorisiin, taloudellisiin ja oikeudellisiin yhteyksiin sen tytäryhtiöiden ja sen itsensä välillä ja joiden se katsoi osoittavan, että ne eivät muodostaneet yhtä ainoaa taloudellista yksikköä. Arviointia suorittaessaan unionin yleisen tuomioistuimen on nimittäin otettava huomioon kaikki toimitetut tiedot, joiden luonne ja merkitys voivat vaihdella kunkin yksittäistapauksen ominaispiirteiden mukaan (asia T-112/05, Akzo Nobel ym. v. komissio, tuomio 12.12.2007, Kok., s. II-5049, 65 kohta).

60 Dow väittää ensinnäkin, että koska se ei osallistunut rikkomiseen eikä ollut siitä tietoinen, sitä ei voida pitää vastuullisena siitä. Dow ilmoitti kuitenkin istunnon aikana, että edellä 42 kohdassa mainitussa asiassa C-97/08 P, Akzo Nobel NV ym. vastaan komissio, 10.9.2009 annettu tuomio huomioon ottaen se ei voi kumota sitä koskevaa olettamaa, sillä kyseisen tuomion perusteella emoyhtiön ratkaisevan vaikutusvallan ei tarvitse välttämättä koskea tytäryhtiön liiketoimintapolitiikkaa eikä ennen kaikkea rikkomista. Dow myöntää, etteivät sen perustelut tässä suhteessa voi asettaa riidanalaista päätöstä kyseenalaiseksi. Dow ilmoitti istunnon aikana peruuttavansa ensimmäisen kanneperusteensa toisen osan tätä seikkaa koskevat perustelut.

61 Toiseksi komissio esittää riidanalaisessa päätöksessä muita, toissijaisia seikkoja, joiden perusteella voidaan katsoa, että Dow Chemical vaikutti tytäryhtiöidensä toimintaan ratkaisevasti. Komissio toteaa erityisesti, että rikkomiseen osallistuneet työntekijät raportoivat Dow Deutschlandin myyntijohtajalle (synteettinen kumi), joka puolestaan raportoi alan vastuuhenkilöille Dow Chemicalissa, ja nämä puolestaan raportoivat pääjohtajalle (riidanalaisen päätöksen 344–352 perustelukappale). Dow ei kiistä näitä tietoja. Se kuitenkin katsoo, etteivät nämä seikat osoita Dow Chemicalin olleen tosiasiallisesti tietoinen kartellista tai syyllistyneen huolimattomuuteen pysyessään tietämättömänä sen olemassaolosta. Edellisessä kohdassa esitettyjen syiden vuoksi nämä perustelut eivät kuitenkaan voi kumota Dow Chemicalia koskevaa olettamaa, minkä Dow myönsi itse istunnossa.

62 Dow ilmoitti kuitenkin istunnon aikana, että riidanalaisen päätöksen 357 perustelukappaleessa esitetty komission näkemys, jonka mukaan Dow Chemical oli tietoinen kartellitoiminnasta, on virheellinen. Dow katsoo, että jos komission väite pitäisi paikkansa, Dow Chemical olisi osallistunut kartelliin suoraan. Tämä väite menee kuitenkin pidemmälle kuin näkemys tytäryhtiön täysin omistavan emoyhtiön vastuusta.

Komissio ei ole esittänyt tältä osin mitään näyttöä. Dow viittaa yhdistetyissä asioissa C-322/07 P, C-327/07 P ja C-338/07 P, Papierfabrik August Koehler vastaan komissio, 3.9.2009 annettuun tuomioon (Kok., s. I-7191), jonka se katsoo olevan käsiteltävän asian kaltainen, ja pitää riidanalaista päätöstä tässä suhteessa virheellisenä.

63 Siihen, voidaanko Dow'n istunnossa esittämät perustelut ottaa tutkittavaksi, ei ole tarpeen ottaa kantaa; riittää, kun todetaan, että kyseiset perustelut pohjautuvat oletukseen, jonka mukaan komissio katsoo riidanalaisen päätöksen 357 perustelukappaleessa mainittujen seikkojen perusteella myös Dow Chemicalin olevan vastuussa välittömästä osallistumisesta rikkomiseen ja jonka perusteella käsiteltävä tilanne olisi verrattavissa edellä 62 kohdassa mainittuun asiaan Papierfabrik August Koehler vastaan komissio. Riidanalaisen päätöksen 340–343 perustelukappaleesta ilmenee kuitenkin kiistatta, että Dow Chemicalia pidetään vastuullisena ainoastaan siitä syystä, että se ohjasi välittömästi tai välillisesti rikkomiseen välittömästi osallistuneita yhtiöitä, toisin sanoen Dow Deutschland Anlagengesellschaftia, Dow Deutschlandia ja Dow Europea. Dow'n oletus on siis virheellinen.

64 Edellä esitettyjen seikkojen perusteella Dow'n lausumat eivät näin ollen aseta kyseenalaiseksi sitä, että Dow Chemical tytäryhtiöineen voidaan katsoa yhdeksi taloudelliseksi yksiköksi. Näin ollen tuomioistuin pitää tarpeettomana määrätä Dow'n pyytämiä prosessinjohtotoimia.

65 Edellä esitetyn perusteella Dow'n ensimmäisen kanneperusteen toinen osa on hylättävä perusteettomana.

c) Kolmas osa, joka koskee komission virhettä harkintavallan käytössä sekä perusteluiden puuttumista

Asianosaisten lausumat

66 Dow korostaa komission joka tapauksessa toteavan, että ”osoittaessaan päätöksen varsinaisille emoyhtiöille komissio noudattaa vakiintuneessa oikeuskäytännössä vahvistettua yleisperiaatetta – –, josta komissio ei näe mitään pakottavaa syytä poiketa” (riidanalaisen päätöksen 362 perustelukappale).

67 Unionin yleisen tuomioistuimen ja unionin tuomioistuimen oikeuskäytännöstä, johon riidanalaisen päätöksen 333–336 perustelukappaleessa viitataan, ei löydy minkäänlaista tukea komission yleiselle käytännölle, joka koskee päätöksen osoittamista konsernin emoyhtiölle. Oikeuskäytännöstä ilmenee ainoastaan, että mikäli on olemassa kumottavissa oleva olettama, jonka mukaan emoyhtiö tosiasiallisesti vaikuttaa ratkaisevasti täysin omistamansa tytäryhtiön käyttäytymiseen, ja mikäli emoyhtiö ei pysty kumoamaan olettamaa, komissio voi pitää (muttei ole velvollinen pitämään) emoyhtiötä vastuullisena tytäryhtiön käyttäytymisestä.

68 Lisäksi Dow esittää joihinkin komission päätöksiin viitaten, ettei komissio ole eräissä muissa asioissa pitänyt emoyhtiötä vastuullisena eikä langettanut sille sakkoja perustelematta sakottamatta jättämistä.

69 Nämä seikat huomioon ottaen Dow katsoo edelleen, että komission on käytettävä harkintavaltaansa tapauskohtaisesti. Käsiteltävässä asiassa komissio ei ole Dow'n mukaan kuitenkaan käyttänyt harkintavaltaa eikä perustellut sitä, kuten erityisesti riidanalaisen päätöksen 362 perustelukappaleesta käy ilmi. Dow lisää, että yleinen politiikka, jonka tavoitteena on torjua unionin kilpailulainsäädännön rikkomisia ja ryhtyä toimiin lakia rikkovia yhtiöitä vastaan, sekä yleinen politiikka, jonka mukaan emoyhtiö katsotaan aina vastuulliseksi, ovat kaksi erillistä asiaa.

70 Dow muistuttaa vakuuttaneensa hallinnollisen menettelyn aikana, että mikäli komissio aikomallaan tavalla osoittaa Dow Chemicalille päätöksen, Dow'lle aiheutuu tarpeetonta vahinkoa, sillä päätös johtaisi todennäköisesti perusteettoman yksityisoikeudellisen kanteen nostamiseen Yhdysvalloissa. Dow korostaa tässä yhteydessä, että muutaman päivän sisällä riidanalaisen päätöksen julkistamisesta useat yhdysvaltalaiset tuomioistuimet haastoivat Dow Chemicalin vastaamaan ryhmäkanteisiin. Lisäksi Dow Chemical on todennut, että riidanalaisen päätöksen osoittaminen sille on vastoin komission yhteistyöpolitiikkaa, sillä yritykset suostuvat epätodennäköisemmin yhteistyöhön, mikäli se altistaa ne kolmansien osapuolten vahingonkorvausvaateille. Dow'n mukaan komissio myöntää tämän sakoista vapauttamisesta ja sakkojen lieventämisestä kartelleja koskevissa asioissa 8.12.2006 antamansa tiedonannon 6 kohdassa (EUVL C 298, s. 17).

71 Dow katsoo näin ollen, ettei komissio ole huomioinut näitä perusteluita riittävästi vaan on tyytynyt toteamaan niiden olevan "luonteeltaan selvästi poliittisia". Dow'n mukaan komissiolla on kuitenkin velvollisuus huomioida ne ja tarkastella niitä suhteessa sellaisiin mahdollisiin perusteluihin, jotka puoltavat riidanalaisen päätöksen ilmoittamista Dow Chemicalille. Tätä komissio ei ole kuitenkaan tehnyt.

72 Joka tapauksessa riidanalaisen päätöksen perustelut ovat puutteelliset, sillä komissio ei ilmoita, millä perusteella se päätti osoittaa päätöksen käsiteltävässä asiassa

emoyhtiölle. Mikäli komissio katsoo jossain asiassa, että emoyhtiö ei ole vastuullinen tytäryhtiönsä toiminnasta, sen ei ole tarpeen perustella tätä päätöstä, sillä päätös ei ole vahingoksi kenellekään. Mikäli komissio sen sijaan päättää langettaa emoyhtiölle sakkoja sen tytäryhtiön tekemistä rikkomisista, komission on syytä arvioida asiassa esitetyt väitteet ja päätöksensä perusteet.

73 Komissio vaatii ensimmäisen kanneperusteen kolmannen osan hylkäämistä. Komissio katsoo, että mikäli edellytykset emoyhtiön katsomiseksi vastuulliseksi tytäryhtiön toimista täyttyvät, sillä ei ole velvollisuutta perustella päätöstään osoittaa päätös kyseisille vastaanottajille.

Unionin yleisen tuomioistuimen arviointi asiasta

74 On syytä huomauttaa, että ensimmäisen kanneperusteen toisen osan yhteydessä esitettyjen syiden vuoksi komissio voi katsoa emoyhtiön olevan vastuussa tytäryhtiön rikkomisista, mikäli tytäryhtiö ei päätä itsenäisesti toiminnastaan markkinoilla. Käsiteltävässä asiassa komissio ei ole edellä esitettyjen seikkojen perusteella tehnyt virhettä tässä suhteessa. Se, että Dow Chemical on konsernin emoyhtiö, ei vaikuta tähän päätelmään, sillä ei ole voitu kiistää sitä, että Dow Chemical omistaa välillisesti tai välittömästi rikkomiseen osallistuneiden yhtiöiden koko pääoman; nämä yhtiöt ovat Dow Deutschland Anlagengesellschaft, Dow Deutschland ja Dow Europe (ks. vastaavasti asia T-203/01, Michelin v. komissio, tuomio 30.9.2003, Kok., s. II-4071,

290 kohta). Lisäksi on syytä korostaa, että Dow Chemical omistaa suoraan koko Dow Europen pääoman, ja komissio on todennut tämän osallistuneen suoraan rikkomiseen, mitä ei ole kiistetty käsiteltävässä asiassa.

75 Tarkasteltaessa väitettä riidanalaisen päätöksen ristiriitaisuudesta komission päätöksentekokäytäntöjen kanssa, ja sikäli kuin Dow vetoaa yhdenvertaisen kohtelun periaatteen rikkomiseen, on syytä muistuttaa ensinnäkin, että edellä 56 kohdassa esitettyjen syiden vuoksi emoyhtiö voidaan katsoa vastuulliseksi tytäryhtiön kilpailulainsäädännön vastaisesta käytöksestä. Lisäksi on syytä huomauttaa, että emoyhtiön saattaminen vastuuseen rikkomisesta on komission harkinnassa oleva mahdollisuus (ks. vastaavasti yhdistetyt asiat C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P ja C-137/07 P, Erste Bank der österreichischen Sparkassen v. komissio, tuomio 24.9.2009, Kok., s. I-8681, 82 kohta ja yhdistetyt asiat T-259/02-T-264/02 ja T-271/02, Raiffeisen Zentralbank Österreich ym. v. komissio, tuomio 14.12.2006, Kok., s. II-5169, 331 kohta). Näissä olosuhteissa on katsottava, että pelkästään se, että komissio on aiemmassa päätöskäytännössään katsonut, että asian olosuhteet eivät oikeuta sitä saattamaan emoyhtiötä vastuuseen sen tytäryhtiön toiminnasta, ei velvoita komissiota tekemään samaa arviota myöhemmässä päätöksessään (ks. vastaavasti yhdistetyt asiat T-305/94-T-307/94, T-313/94–T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 ja T-335/94, Limburgse Vinyl Maatschappij ym. v. komissio, tuomio 20.4.1999, Kok., s. II-931, 990 kohta, ns. PVC II -tapaus). Toissijaisesti voidaan todeta, että yhtiötä, joka on rikkonut EY 81 artiklan 1 kohtaa, ei voida vapauttaa seuraamuksista sillä perusteella, että jollekin toiselle taloudelliselle toimijalle ei ole langetettu sakkoja asiassa, jota ei ole edes saatettu unionin yleisen tuomioistuimen käsiteltäväksi (ks. ns. PVC II -tapaus, tuomion 1237 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

76 Väite, jonka mukaan Dow Chemicalille aiheutuu tarpeetonta vahinkoa komission osoittaessa päätöksen sille, ei voi asettaa kyseenalaiseksi päätöksen oikeudellisuutta, sillä edellä esitettyjen syiden vuoksi komissio voi katsoa Dow Chemicalin olevan vastuussa käsiteltävästä rikkomisesta.

77 Perusteluiden väitetystä puuttumisesta on huomautettava, että yksittäispäätöksen perusteluissa on selkeästi ja yksiselitteisesti ilmaistava unionin toimielimen toimenpiteen perustelut siten, että henkilöille, joita toimenpide koskee, selviävät sen syyt, ja siten, että toimivaltainen tuomioistuin voi valvoa toimenpiteen laillisuutta. Perusteluvelvollisuuden noudattamista on arvioitava asiaan liittyvien olosuhteiden perusteella. Perusteluissa ei tarvitse esittää kaikkia asiaan liittyviä tosiseikkoja ja oikeudellisia seikkoja, koska sitä, ovatko päätöksen perustelut EY 253 artiklan mukaisia, tutkitaan paitsi päätöksen sanamuodon myös asiayhteyden mukaan (asia C-367/95 P, komissio v. Sytraval ja Brink's France, tuomio 2.4.1998, Kok., s. I-1719, 63 kohta).

78 Perusteluvelvollisuutta koskevan olennaisen muotomääräyksen vaatimukset täyttyvät näin ollen, jos komissio ilmoittaa päätöksessään ne arvioinnissa huomioon ottamansa seikat, joiden avulla se on määrittänyt rikkomisen vakavuuden ja keston (asia C-291/98 P, Sarrió v. komissio, tuomio 16.11.2000, Kok., s. I-9991, 73 kohta ja yhdistetyt asiat C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P-C-252/99 P ja C-254/99 P, Limburgse Vinyl Maatschappij ym. v. komissio, tuomio 15.10.2002, Kok., s. I-8375, 463 kohta).

79 Käsiteltävässä asiassa riittää, että komissio on ilmoittanut riidanalaisen päätöksen 333–338 ja 340–364 perustelukappaleessa selvästi ne arvioinnissa huomioon ottamansa seikat, joiden avulla se on tässä asiassa katsonut Dow Chemicalin vastuulliseksi rikkomisista. Dow kiistää nämä seikat käsiteltävän kanteen yhteydessä. Näissä olosuhteissa Dow'n väitettä perusteluiden puuttumisesta ei voida ottaa tutkittavaksi.

80 Edellä esitetyn perusteella Dow'n ensimmäisen kanneperusteen kolmas osa ja siten koko ensimmäinen kanneperuste on hylättävä perusteettomana.

2. *Toinen kanneperuste, jonka mukaan Dow Deutschlandin rikkomiseen osallistumisen kesto on määritetty virheellisesti*

a) Asianosaisten lausumat

Dow'n lausumat

81 Riidanalaisessa päätöksessä komissio katsoo yrityksen osallistumisen rikkomiseen alkaneen sinä päivänä, jona kyseisen yrityksen työntekijä on ensimmäistä kertaa osallistunut European Synthetic Rubber Associationin alakomitean kokoukseen. Tämän perusteella Dow Deutschland Anlagengesellschaftin rikkomiseen osallistumisen aloituspäivämääräksi on määritetty 22.2.2001 ja Dow Europen aloituspäivämääräksi 26.11.2001 (riidanalaisen päätöksen 450 perustelukappale).

82 Vaikka BSL asetti yhden työntekijöistään Dow Deutschlandin käytettäväksi 1.7.1996 (riidanalaisen päätöksen 100 perustelukappale), tämä kuitenkin osallistui ensimmäiseen kokoukseensa Dow Deutschlandin nimissä vasta 2.–3.9.1996 (riidanalaisen päätöksen 167 perustelukappale). Riidanalaisessa päätöksessä mikään ei viittaa siihen, että kyseinen työntekijä olisi ollut yhteydessä kartellin muiden osapuolten edustajiin 1.7.1996 ja 2.–3.9.1996 välisenä aikana. Komission menetelmän perusteella voidaan ajatella Dow'n olevan taannehtivasti vastuussa tämän työntekijän osallistumisesta 20.–21.5.1996 pidettyyn kokoukseen. Näin ollen komissio asettaa Dow Deutschlandin muita riidanalaisen päätöksen adressaatteja heikompaan asemaan. Koska Dow Chemicalin (mahdollinen) rikkominen rajoittuu sen tytäryhtiöiden rikkomisiin, tämä koskee myös Dow Chemicalia kokonaisuudessaan.

83 Komissio ei Dow'n mukaan myöskään erittele riidanalaisessa päätöksessä, mistä syystä se sovelsi Dow Deutschlandiin eri menetelmää; näin ollen perustelut ovat puutteelliset.

Komission lausumat

84 Komissio katsoo Dow'n toisen kanneperusteen pohjautuvan virheelliseen oletukseen, jonka mukaan komissio olisi valinnut rikkomiseen osallistumisen aloitusajankohdaksi yleensä ottaen päivämäärän, jolloin Dow'n edustaja osallistui European Synthetic Rubber Associationin alakomitean kokoukseen. Komissio katsoo kuitenkin toimineensa tavanomaiseen tapaan, toisin sanoen se määritti ajankohdaksi päivän, jolloin yhtiön työntekijä on osallistunut ensimmäistä kertaa kartellitoimintaan (riidanalaisen päätöksen 444 perustelukappale).

85 Dow Deutschlandin (ja siten Dow Chemicalin) tapauksessa komissio katsoo riidanalaisessa päätöksessä perustellusti, että sen osallistuminen rikkomiseen alkoi päivänä, jona kartellitoimintaan jo tuolloin osallistuneen BSL:n työntekijä asetettiin sen palvelukseen. Dow Deutschlandin on siis katsottava olevan vastuussa työntekijänsä osallistumisesta tästä päivästä lähtien. Dow ei ole kiistänyt todisteita, joiden mukaan Dow Deutschlandin palvelukseen siirretty työntekijä osallistui jo kartellitoimintaan. Lisäksi kyseinen työntekijä jatkoi kartellitoimintaan osallistumista yhä Dow Deutschlandin palvelukseen siirtymisensä jälkeen (riidanalaisen päätöksen 166, 167 ja 169–182 perustelukappale).

86 Dow ei kiistä myöskään sitä, että kartelli pysyi voimassa ajanjakson, joka sijoittui 1.7.1996 ja sitä seuranneen European Synthetic Rubber Associationin kokouksen välille. Komissio korostaa erityisesti, että kartellitoimintaan osallistuminen jatkui keskeytyksettä aikana, jolloin suunnitteilla ei ollut yhtäkään kartellia koskevaa kokousta

tai päätöksen täytäntöönpanoa. Jotta osallistumisen kartellitoimintaan voidaan katsoa loppuneen, osallistujan on osoitettava irtautuneensa kartellista selvästi tavalla, joka ei jätä muille kartelliin osallistuville yrityksille epäilyksen varaa osallistujan päätöksestä poistua kartellista (asia T-7/89, Hercules Chemicals v. komissio, tuomio 17.12.1991, Kok., s. II-1711, Kok. Ep. XI, s. II-79, 232 kohta; asia T-12/89, Solvay v. komissio, tuomio 10.3.1992, Kok., s. II-907, 98 kohta ja T-56/99, Marlines v. komissio, tuomio 11.12.2003, Kok., s. II-5225, 56 kohta).

87 Dow'n esittämän perusteluiden puutteen yhteydessä komissio viittaa riidanalaisen päätöksen 444 perustelukappaleeseen ja 19 perustelukappaleeseen sen tosiasiallisen asiayhteyden suhteen.

b) Unionin yleisen tuomioistuimen arviointi asiasta

88 On muistettava, että kun on kysymys EY 81 artiklan 1 kohdan rikkomisen toteen näyttämisestä, komission on esitettävä selvitys niistä kilpailusääntöjen rikkomisista, jotka se on katsonut tapahtuneeksi, ja oikeudellisesti riittävä näyttö kilpailusääntöjen rikkomisen muodostavista seikoista (asia C-185/95 P, Baustahlgewebe v. komissio, tuomio 17.12.1998, Kok., s. I-8417, 58 kohta ja asia C-49/92 P, komissio v. Anic Partecipazioni, tuomio 8.7.1999, Kok., s. I-4125, 86 kohta). Jos tuomioistuin on epätietoinen, ratkaisu on tehtävä sen yrityksen hyväksi, jolle päätös, jossa rikkominen on todettu, on osoitettu. Tuomioistuin ei siis saa katsoa, että komissio on näyttänyt kyseisen rikkomisen toteen oikeudellisesti riittävällä tavalla, jos se on tästä vielä epätietoinen (asia T-38/02, Groupe Danone v. komissio, tuomio 25.10.2005, Kok., s. II-4407, 215 kohta).

89 Lisäksi oikeuskäytännöstä ilmenee, että komission asiana on todistaa paitsi kartellin olemassaolo myös sen kesto (asia T-43/92, Dunlop Slazenger v. komissio, tuomio 7.7.1994, Kok., s. II-441, 79 kohta; asia T-48/98, Acerinox v. komissio, tuomio 13.12.2001, Kok., s. II-3859, 55 kohta ja asia T-62/02, Union Pigments v. komissio, tuomio 29.11.2005, Kok., s. II-5057, 36 kohta). Kun lasketaan, kuinka kauan kilpailusääntöjen rikkominen, jonka tarkoituksena on kilpailun rajoittaminen, on kestänyt, on määritettävä, miten kauan sopimus on ollut olemassa, eli ajanjakso sen tekemisen ja päättymisen välillä (yhdistetyt asiat T-49/02–T-51/02, Brasserie nationale ym. v. komissio, tuomio 27.7.2005, Kok., s. II-3033, 185 kohta ja asia T-303/02, Westfalen Gassen Nederland v. komissio, tuomio 5.12.2006, Kok., s. II-4567, 138 kohta). Ellei ole olemassa näyttöä, jolla voidaan osoittaa suoraan rikkomisen kesto, komission on tukeuduttava ainakin näyttöön, joka liittyy ajallisesti riittävän lähellä toisiaan oleviin tosiseikkoihin, joiden perusteella voidaan kohtuudella päätellä, että rikkominen on jatkunut keskeytyksettä tietyn kahden ajankohdan välillä (em. asia Dunlop Slazenger v. komissio, tuomion 79 kohta ja asia T-120/04, Peróxidos Orgánicos v. komissio, tuomio 16.11.2006, Kok., s. II-4441, 51 kohta).

90 Käsiteltävässä asiassa komissio katsoo, että Dow Deutschland on osallistunut rikkomiseen 1.7.1996 lähtien (riidanalaisen päätöksen päätösosan 1 artikla). Komissio tarkentaa, että BSL asetti M. N:n Dow Deutschlandin käyttöön 1.7.1996 alkaen ja että hänestä tuli Dow'n työntekijä 1.10.1997 (riidanalaisen päätöksen 100 perustelukappale). Komissio lisää vielä, että BSL osallistui ensimmäiseen kartellikokoukseensa toukokuussa 1996 mutta että Dow'ta voidaan pitää vastuullisena BSL:n toiminnasta vasta BSL:n ja Dow'n välisen kauppasopimuksen voimaantulosta lähtien, toisin sanoen 1.7.1996 lähtien. Komissio toteaa myös, että BSL:n ja Dow'n välisen kauppasopimuksen voimaantulon jälkeen Dow on "jatkanut" kartelliin osallistumista. Tässä yhteydessä komissio huomauttaa, että 2.–3.9.1996 pidetyssä kartellikokouksessa M. N. edusti samanaikaisesti sekä BSL:ää että Dow'ta. Komissio on tämän perusteella todennut, että Dow'n osallistuminen rikkomiseen alkoi viimeistään 1.7.1996 (riidanalaisen päätöksen 444 perustelukappale).

91 On huomautettava, että lukuun ottamatta M.N:n siirtymistä BSL:ltä Dow'n palvelukseen komissio ei tuo esiin seikkoja, joiden perusteella voitaisiin katsoa, että Dow Deutschland on osallistunut rikkomiseen 1.7.1996 ja 2.9.1996 välisenä aikana. Tarkemmin ottaen komissio ei esitä konkreettisia seikkoja, joiden perusteella voitaisiin todeta, että Dow Deutschlandin ja kartellin muiden jäsenten välillä vallitsi yhteisymmärrys 1.7.1996 ja 2.9.2996 välisenä aikana.

92 Keskusteluissa käsitellyistä asiakirjoista ei myöskään ilmene, että jokin kartellin jäsenistä olisi tosiasiallisesti esittänyt Dow Deutschlandille kilpailunvastaisen tahdonilmaisun.

93 Pelkästään se, että kartelliin osallistuneen yhtiön työntekijä siirretään jonkin toisen yhtiön palvelukseen, ei voi sinänsä merkitä sitä, että jälkimmäisestä yhtiöstä tulisi automaattisesti kartellin jäsen. Ei nimittäin voida sulkea pois sitä mahdollisuutta, että näissä olosuhteissa kyseinen työntekijä päättää olla sitouttamatta jälkimmäistä yhtiötä kilpailunvastaiseen toimintaan tai että kyseinen yhtiö toteuttaa toimenpiteitä kilpailunvastaisten toimien estämiseksi.

94 Komission väite, jonka mukaan Dow "jatkoi" kartelliin osallistumista 1.7.1996 jälkeen, on virheellinen, sillä Dow ei missään tapauksessa osallistunut rikkomiseen ennen tätä ajankohtaa.

95 Komissio ei ole myöskään osoittanut, että Dow Deutschland olisi 1.7.1996 ja 2.9.1996 välisenä aikana M. N:n aiemmissa tehtävissään hankkimien tietojen ansiosta pannut täytäntöön kartellin yhteydessä tehtyjä sopimuksia ja ettei se olisi näin ollen toiminut markkinoilla itsenäisesti. Tässä suhteessa on huomautettava, että oikeuskäytännössä on kyllä tapauksia, joissa kilpailijoita koskevien tietojen hallussapidon on katsottu viittaavan siihen, että kyseinen yritys ei toimi markkinoilla itsenäisesti, edes väitetyn

kartellista vetäytymisen aikana, mutta näissä tapauksissa on kyse yrityksistä, jotka ovat jo osallistuneet kartelliin (ks. mm. edellä 89 kohdassa mainittu asia Union Pigments v. komissio, tuomion 39 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

96 Näin ollen komissio ei ole esittänyt Dow Deutschlandin osalta oikeudellisesti riittävää näyttöä kilpailusääntöjen rikkomisen muodostavista seikoista ajanjaksolla 1.7.1996–2.9.1996. Dow puolestaan ei kiistä Dow Deutschlandin osallistumista rikkomiseen 2.9.1996 lähtien.

97 Muut komission esittämät väitteet eivät voi asettaa tätä toteamusta kyseenalaiseksi.

98 Riidanalaisen päätöksen 166, 167 ja 169–182 perustelukappaleessa, joihin komissio viittaa, todetaan, että M. N. osallistui Dow Deutschlandin ja BSL:n edustajana kartellikokouksiin 2.–3.9.1996 lähtien. Näissä perustelukappaleissa ei osoiteta, että M. N. olisi osallistunut kartellitoimintaan Dow Deutschlandin nimissä 1.7.1996 ja 2.9.1996 välisenä aikana.

99 Tarkasteltaessa oikeuskäytäntöä, johon komissio viittaa ja jonka mukaan osallistuminen päivittäisiin kartellitoimiin jatkui keskeytyksettä ajanjaksolla, jolloin kartellikokouksia ei pidetty ja kartellipäätöksiä ei pantu täytäntöön, on huomattava, että kyseistä oikeuskäytäntöä sovelletaan, kun yritys on jo osallistunut kartellitoimintaan; näin ollen sitä ei voida soveltaa Dow Deutschlandin tapaukseen ennen 2.–3.9.1996 pidettyä kokousta. Dow Deutschlandia ei siis voida moittia siitä, ettei se irtautunut kartellista, sillä se ei ollut vielä osallistunutkaan siihen.

100 Edellä esitettyjen seikkojen perusteella on syytä hyväksyä toinen kanneperuste ja, Dow Deutschlandin tässä yhteydessä esittämien päätelmien mukaisesti, kumota riidanalaisen päätöksen päätösosan 1 artikla, siltä osin kuin siinä todetaan kyseisen rikkomiseen osallistumisen alkaneen 1.7.1996 eikä 2.9.1996.

3. *Kolmas kanneperuste, jonka mukaan kantajille määrättyjen sakkojen suuruus on määritetty virheellisesti*

101 Dow'n kolmas kanneperuste muodostuu yhdeksästä osasta. Ensimmäisessä osassa Dow katsoo, että komissio on tehnyt virheen määrittäessään rikkomisen vakavuutta. Osat toisesta kuudenteen koskevat eriytetyn kohtelun soveltamista sakkojen perusmäärään. Seitsemäs ja kahdeksas osa koskevat korotuskertoimen käyttöä varoittavassa tarkoituksessa. Yhdeksännessä osassa Dow katsoo, että komissio on tehnyt virheen määrittäessään rikkomisen kestoa.

a) Ensimmäinen osa, joka koskee rikkomisen vakavuuden virheellistä määrittämistä

Asianosaisten lausumat

102 Dow ei kiistä komission päätelmää, jonka mukaan rikkomista voidaan pitää suuntaviivoissa tarkoitetussa merkityksessä erittäin vakavana. Syrjintäkiellon periaate velvoittaa komission kuitenkin arvioimaan rikkomisen luonteen perusteellisesti määrittäessään sakkojen perusmäärää erittäin vakavien rikkomisten luokassa.

103 Tässä asiassa komissio ei ole huomioinut sitä, ettei rikkominen ollut seurausta huolellisesti valmistellusta ja tarkkaan tutkitusta sopimuksesta. Kartellin osallistujat tapasivat ainoastaan epävirallisesti korkeintaan neljä kertaa vuodessa European Synthetic Rubber Associationin alakomitean kokousten yhteydessä (riidanalaisen päätöksen 94 ja 95 perustelukappale). Asiassa ei ole todettu ainuttakaan niistä mekanismeista, joita tavataan yleisesti hyvin pitkälle viedyissä kartelleissa; tällaisia ovat muun muassa valvontaan ja systemaattiseen painostukseen liittyvät mekanismit. Komissio itse katsoo, ettei hinnoista ole sovittu järjestelmällisesti (riidanalaisen päätöksen 270 ja 272 perustelukappale). Nämä seikat, joita komissio ei ole huomioinut riidanalaisen päätöksen 461 perustelukappaleessa, puoltavat komission määräämän sakkojen perusmäärän laskemista. Dow huomauttaa, että unionin yleinen tuomioistuin on todennut edellä 88 kohdassa mainitussa asiassa Groupe Danone v. komissio antamansa tuomion 393 kohdassa, että täytäntöönpanomekanismien puuttuminen on suuntaviivojen nojalla huomioitava rikkomisen vakavuuden arvioinnissa.

104 Dow lisää, että suuntaviivojen 1 A kohdan kolmannen luetelmakohdan nojalla komissio voi kohdella yrityksiä eri tavoin erittäin vakavien rikkomisten luokan sisällä kunkin yrityksen rikkomisen luonteen mukaan. Komission pitää näin ollen huomioida asian erityisolosuhteet.

105 Komissio vaatii kolmannen kanneperusteen ensimmäisen osan hylkäämistä. Se korostaa erityisesti, että sakkojen perusmäärä on määritetty tuotteiden markkinoiden koon ja rikkomisen luonteen huomioon ottaen.

Unionin yleisen tuomioistuimen arviointi asiasta

106 Kilpailusääntöjen rikkomisten vakavuus on määritettävä erittäin monien seikkojen, kuten asian ominaispiirteiden, asiayhteyden ja sakkojen ennalta ehkäisevän

vaikutuksen perusteella, vaikka huomioon otettavista arviointiperusteista ei ole vahvistettu sitovaa tai tyhjentävää luetteloa (ks. edellä 78 kohdassa mainitut yhdistetyt asiat Limburgse Vinyl Maatschappij ym. v. komissio, tuomion 465 kohta ja yhdistetyt asiat C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P–C-208/02 P ja C-213/02 P, Dansk Rørindustri ym. v. komissio, tuomio 28.6.2005, Kok., s. I-5425, 241 kohta).

107 Tekijöitä, jotka voivat vaikuttaa kilpailusääntöjen rikkomisten vakavuuden arviointiin, ovat kunkin yrityksen käyttäytyminen, kunkin yrityksen osuus yhteistoimintajärjestelyn luomisessa, se hyöty, jonka ne ovat saaneet näistä menettelytavoista, yritysten koko, kyseisten tavaroiden arvo sekä se vaara, joka tällaisista kilpailusääntöjen rikkomisista aiheutuu yhteisön tavoitteiden toteuttamiselle (ks. asia C-407/04 P, Dalmine v. komissio, tuomio 25.1.2007, Kok., s. I-829, 130 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

108 On huomautettava, että suuntaviivoissa todetaan muun muassa, että kilpailusääntöjen rikkomisen vakavuuden arvioinnissa on otettava huomioon rikkomisen luonne, sen todellinen vaikutus markkinoihin, jos se on mitattavissa, ja asian kannalta merkityksellisten maantieteellisten markkinoiden laajuus. Kilpailusääntöjen rikkomiset voidaan jakaa kolmeen luokkaan, nimittäin vakavaa vähäisempiin, vakaviin ja erittäin vakaviin rikkomisiin (suuntaviivojen 1 A kohdan ensimmäinen ja toinen alakohta).

109 Käsiteltävässä asiassa komissio katsoo riidanalaisessa päätöksessä ensinnäkin, että kyseiset yritykset ovat tehneet sopimuksia, jotka koskevat tavoitehintoja ja markkinoiden jakamista, ja ovat vaihtaneet keskenään arkaluontoisia kaupallisia tietoja. Komissio pitää näitä toimia luonteeltaan erittäin vakavina rikkomisina (riidanalaisen päätöksen 461 perustelukappale ja päätösosan 1 artikla). Tämän jälkeen komissio toteaa, ettei kartellin todellinen vaikutus ETA-alueen markkinoihin ole mitattavissa. Komissio lisää myös, että vaikka kartellin todellista vaikutusta ei voida mitata, kyseiset yritykset ovat panneet käsiteltävät sopimukset täytäntöön ja tämä on aiheuttanut vaikutuksia markkinoilla. Komissio toteaa, ettei se huomioi sakkojen suuruutta

määrittäessään markkinoille aiheutuvia vaikutuksia (riidanalaisen päätöksen 462 perustelukappale). Komissio huomauttaa, että rikkominen kattaa koko ETA-alueen (riidanalaisen päätöksen 463 perustelukappale). Näistä syistä komissio katsoo, että käsiteltävää rikkomista voidaan pitää erittäin vakavana (riidanalaisen päätöksen 464 perustelukappale).

110 Komissio noudattaa eriyttävää kohtelua yritysten välillä sen mukaan, mikä niiden BR- ja ESBR-toimintojen liikevaihto oli vuonna 2001, joka oli rikkomisen viimeinen kokonainen vuosi muille kuin Shellille (1998) ja Stomilille (1999). Komissio jakaa yritykset viiteen luokkaan, joista Dow kuuluu järjestyksessä toiseen (sakkojen perusmäärä 41 000 000 euroa) (riidanalaisen päätöksen 465–473 perustelukappale).

111 Dow ei kiistä komission päätelmää, jonka mukaan käsiteltävää rikkomista voidaan pitää suuntaviivoissa tarkoitetussa merkityksessä erittäin vakavana. Dow kuitenkin riitauttaa sakkojen perusmäärän katsoen erityisesti, että käsiteltävälle kartellille oli tunnusomaista vähäinen muodollisuus.

112 Tässä yhteydessä on ensinnäkin muistutettava, että suuntaviivojen 1 A kohdan nojalla erittäin vakavasta rikkomisesta määrättävän sakon määrä on yli 20 000 000 euroa, ja huomattava, että Dow'lle määrätyn sakon perusmäärä on määritetty useiden seikkojen perusteella, ennen kaikkea Dow'n ETA-alueella vuonna 2001 toteuttaman BR:n ja ESBR:n myynnin arvon – 126 930 000 euroa – perusteella (riidanalaisen päätöksen 469 perustelukappale).

113 Toiseksi on huomattava, ettei Dow kanteessaan kiistä kartellin kilpailusääntöjen vastaista tarkoitusta, joka on esitetty riidanalaisessa päätöksessä ja erityisesti sen päätösosan 1 artiklassa, toisin sanoen tavoitehintojen asettamista, markkinoiden jakamista ja arkaluontoisten kaupallisten tietojen vaihtamista. Näin ollen kartellilla tavoiteltujen päämäärien moninaisuuden ja samanaikaisuuden perusteella voidaan katsoa, että kartelli oli pitkälle kehittynyt, vaikka vähäinen muodollisuus olikin sille tunnusomaista (ks. vastaavasti edellä 88 kohdassa mainittu asia Groupe Danone v. komissio, tuomion 149 kohta). Erityisesti kun tarkastellaan perustelua, joka koskee sopimuksen täytäntöönpanoa ja noudattamista edistävien pakottamismekanismien puuttumista, ja oletetaan, että Dow'n tätä koskeva väite voidaan osoittaa todeksi ja ottaa huomioon, on huomattava, ettei väite kyseenalaista komission päätelmää, jonka mukaan käsiteltävää rikkomista voidaan pitää suuntaviivoissa tarkoitetussa merkityksessä erittäin vakavana. Tässä suhteessa on korostettava, että kyseiset yritykset ovat sopineet tavoitehintojen asettamisesta, asiakkaiden jakamisesta tekemällä sopimuksia aggressiivisista kilpailutoimenpiteistä pidättymisestä sekä hintoja, kilpailijoita ja asiakkaita koskevien arkaluonteisten tietojen jakamisesta. Lisäksi käsiteltävä kartelli kattoi koko ETA-alueen. On huomattava, ettei Dow'ta koskevan sakon määrä ylitä asetuksen N:o 1/2003 23 artiklan 2 kohdassa säädettyä ylärajaa eli enintään kymmentä prosenttia sen edellisen tilikauden kokonaisliikevaihdosta; kyseisen ylärajan tarkoituksena on estää se, ettei asianomainen yritys kykene maksamaan kyseessä olevaa sakkoa (ks. vastaavasti yhdistetyt asiat 100/80–103/80, Musique Diffusion française ym. v. komissio, tuomio 7.6.1983, Kok., s. 1825, Kok. Ep. VII, s. 133, 119 kohta). Lisäksi on huomattava, että rikkomisen vakavuutta arvioitaessa asiaa on tarkasteltava kokonaisvaltaisesti huomioiden kaikki siihen liittyvät oleelliset seikat. Käsiteltävässä asiassa unionin yleinen tuomioistuin katsoo komission riidanalaisessa päätöksessä esittämät seikat huomioon ottaen, että Dow'n väittämät olosuhteet – vaikka ne näytettäisiinkin toteen – eivät vaikuta komission määrittämään sakkojen perusmäärään.

114 Näiden seikkojen vuoksi Dow'n kolmannen kanneperusteen ensimmäinen osa on hylättävä perusteettomana.

b) Osat toisesta kuudenteen, jotka koskevat eriytetyn kohtelun soveltamista sakkojen perusmäärään

Asianosaisten lausumat

115 Kolmannen kanneperusteensa toisessa osassa Dow huomauttaa, että komissio soveltaa sakkojen perusmäärään eriytettyä kohtelua voidakseen ”huomioida kunkin yrityksen erityisen painoarvon ja siten kunkin yrityksen sääntöjenvastaisen toiminnan todellisen vaikutuksen kilpailuun” (riidanalaisen päätöksen 466 perustelukappale). Riidanalaisen päätöksen 462 perustelukappaleessa komissio kuitenkin toteaa, että ”on mahdotonta mitata todellista vaikutusta, joka rikkomisen muodostavilla monimutkaisilla sopimuksilla on ETA-alueen markkinoihin”. Komission lausunnot ovat näin ollen ristiriitaisia. Kun rikkomisen vaikutuksia ei voida mitata, kuten käsiteltävässä asiassa, ei ole mitään syytä käyttää yksittäisten sakkojen perustana väitettyä kykyä aiheuttaa vahinkoa, kuten komissio väittää kirjelmissään. Tässä suhteessa suuntaviivojen 1 A kohdan neljättä alakohtaa on tulkittava yhdessä saman kohdan kuudennen alakohdan kanssa. Dow lisää, että asiassa T-230/00, Daesang ja Sewon Europe v. komissio, 9.7.2003 annetussa tuomiossa (Kok., s. II-2733) ja asiassa T-329/01, Archer Daniels Midland v. komissio, 27.9.2006 annetussa tuomiossa (Kok., s. II-3255), joihin komissio viittaa kirjelmissään, todettiin toimien vaikuttaneen markkinoihin.

116 Kolmannen kanneperusteensa kolmannessa osassa Dow toteaa, että suuntaviivojen 1 A kohdan nojalla komission on arvioitava kilpailusääntöjen rikkomisen ”todellinen vaikutus” markkinoihin, mikäli se on mitattavissa. Unionin yleinen tuomioistuin on vahvistanut tämän velvoitteen asiassa T-224/00, Archer Daniels Midland ja Archer Daniels Midland Ingredients v. komissio, 9.7.2003 antamassaan tuomiossa (Kok., s. II-2597) sekä asiassa T-279/02, Degussa v. komissio, 5.4.2006 antamassaan tuomiossa (Kok., s. II-897). Käsiteltävässä asiassa komissio ei ole arvioinut rikkomisen todellista vaikutusta markkinoihin (riidanalaisen päätöksen 462 perustelukappale). Komissio

toteaa kuitenkin samassa perustelukappaleessa, että rikkominen ”on tosiasiallisesti vaikuttanut markkinoihin, vaikka sen todellinen vaikutus on vaikeasti mitattavissa”. Unionin yleisen tuomioistuimen asiassa T-241/01, Scandinavian Airlines System v. komissio, 18.7.2005 antamassa tuomiossa (Kok., s. II-2917) sekä edellä 88 kohdassa mainitussa asiassa Groupe Danone v. komissio annetussa tuomiossa, joihin riidanalaisessa päätöksessä viitataan, todetaan, että komissio voi määrittää rikkomisen todellisen vaikutuksen yksinkertaisesti arvioimalla vaikutusten todennäköisyyden tai osoittamalla, että rikkominen on pantu täytäntöön. Käsiteltävässä asiassa komissio ei arvioi vaikutusten todennäköisyyttä eikä myöskään todista, että kilpailunvastaista sopimusta olisi pantu täytäntöön (vaikka se yritti osoittaa rikkomisen täytäntöönpanon ensimmäisessä väitetiedoksiannossa). Komission riidanalaisen päätöksen 462 perustelukappaleessa esittämälle väitteelle, jonka mukaan ”eurooppalaiset tuottajat ovat panneet täytäntöön kilpailunvastaisia sopimuksia”, ei ole esitetty mitään todisteita. Riidanalaisen päätöksen 148 ja 203 perustelukappale, joihin komissio viittaa kirjelmissään, eivät todista millään tavoin täytäntöönpanon toteutumista vaan ainoastaan hedelmättömiä yrityksiä; niistä yksi on tehty sellaisen yrityksen kanssa, jonka osalta menettely on jo päätetty (Dwory).

117 Kolmannen kanneperusteensa neljännessä osassa Dow katsoo, että sen oikeutta tulla kuulluksi on rikottu, ja korostaa tästä, että komission ensimmäinen väitetiedoksianto sisälsi joitain ”taloudellisia todisteita”, jotka koskivat kartellitoiminnan vaikutuksia. Komissio kuitenkin peruutti kyseisen tiedonannon sen jälkeen, kun osa yrityksistä, muun muassa Dow, oli kiistänyt näiden todisteiden uskottavuuden. Toinen väitetiedoksianto, johon riidanalainen päätös perustuu, ei sisällä minkäänlaisia todisteita tästä. Se ei sisällä myöskään seikkoja, jotka osoittaisivat kilpailunvastaisten sopimusten vaikuttaneen markkinoihin. Toisen väitetiedoksiannon kohdat, joihin komissio viittaa kirjelmissään, eivät ole tässä suhteessa merkityksellisiä. Näin ollen Dow’lla ei ole ollut mahdollisuutta esittää näkemystään kartellin mahdollisista vaikutuksista

markkinoihin. Komissio kuitenkin oletti, että kartelli oli vaikuttanut markkinoihin, koska riidanalaisen päätöksen vastaanottajia kohdeltiin eri tavalla.

118 Kolmannen kanneperusteensa neljännessä osassa esitettyjen perusteluiden perusteella Dow katsoo, ettei komissio voinut määrittää kyseisiä yrityksiä koskeville sakoille erilaisia perusmääriä. Käsiteltävässä asiassa komission olisi pitänyt määrittää yhteinen sakon perusmäärä. Stomilille määrätty sakon perusmäärä on 5 500 000 euroa, ja tämän summan pitäisi vastata kartellin objektiivista vakavuutta; näin ollen ei ole mitään syytä määrätä Dow'lle tätä korkeampaa sakon perusmäärää.

119 Kolmannen kanneperusteensa viidennessä osassa, johon on vedottu toissijaisesti, Dow katsoo, että jos oletetaan komission voivan soveltaa riidanalaisen päätöksen eri vastaanottajiin eriyttävää kohtelua kilpailuun kohdistuvaa todellista vaikutusta arvioidessaan, komissio on käyttänyt virheellisesti lähtökohtana Dow'n vuonna 2001 BR:n ja ESBR:n myynnin liikevaihtoa. Komissio ei ole tietoinen siitä, että Dow'n liikevaihto alkoi kasvaa merkittävästi vasta kesäkuussa 1999, jolloin se osti Shellin synteettinen kumi -liiketoiminnan. Dow'n asema markkinoilla oli huomattavasti tätä heikompi suurin piirtein rikkomisen keston ensimmäisen puoliskon ajan. Dow korostaa, että riidanalaisen päätöksen 479 perustelukappaleessa komissio huomioi sen, ettei Dow omistanut Shellin BR- ja ESBR-toimintoja rikkomisen alkuvuosina, laskiessaan rikkomisen kestoon liittyvää korotusta; tämä on kuitenkin erillinen kysymys. Dow lisää, että kun se otti Shellin toiminnot haltuunsa, sille ei ilmoitettu rikkomisesta ja että näin ollen sille ei pitäisi sälyttää suurempaa vastuuta. Lisäksi unionin tuomioistuin totesi edellä 44 kohdassa mainitussa asiassa Stora Kopparbergs Bergslags v. komissio annetussa tuomiossa, ettei yritystä voida pitää vastuullisena rikkomisista, joihin sen ostama yritys on syyllistynyt ennen yrityskauppaa, yksinomaan sillä perusteella, että ostaja osallistui tänä aikana itse kartelliin. Dow katsoo tämän perusteella,

että komission olisi pitänyt huomioida myynnin kasvu myös sakkojen perusmäärän laskennassa käyttäen perustana Dow'n vuosien 1998 ja 2001 myyntiä ja laskemalla näiden keskiarvo. Dow huomauttaa tässä yhteydessä, että sen myynti vuonna 1998 oli selvästi Shellin myyntiä vähäisempi. Käyttämällä Dow'n vuoden 2001 myyntiä laskentaperusteena koko rikkomisen ajanjaksolle komissio syrjii Dow'ta suhteessa Shelliin. Dow katsoo, että vuoden 1998 liikevaihdon ja edellä esitetyn laskentamenetelmän perusteella sakkojen perusmääräksi pitäisi määrittää sen osalta 32 400 000 euroa.

120 Kolmannen kanneperusteensa kuudennessa osassa Dow katsoo, että vaikka oletetaankin komission voivan soveltaa riidanalaisen päätöksen eri vastaanottajiin erilaista kohtelua kilpailuun kohdistuvaa todellista vaikutusta arvioidessaan, on kuitenkin korostettava, että komissio on antanut tälle seikalle liikaa painoarvoa. Kuten komissio myöntää riidanalaisen päätöksen 461 perustelukappaleessa, tärkein tekijä sakkojen perusmäärän määrittämisessä on rikkomisen objektiivinen vakavuus (tai luonne). Käsiteltävässä asiassa komissio määritti Dow'n sakkojen perusmäärän kuusi kertaa Stomilin perusmäärää suuremmaksi yksinomaan sillä perusteella, että Dow'n osallistumisella rikkomiseen olisi suurempi todellinen vaikutus. Tämä näkökohta jättää sakkojen laskemisessa huomioitavien tekijöiden joukossa täysin varjoon rikkomisen vakavuuden, vaikka todellisen vaikutuksen pitäisi olla sama kaikille yrityksille, ellei jokin osallistujista ole toiminut erityisessä roolissa. Dow huomauttaa lisäksi, että kolmannen kanneperusteen kuudennella osalla se ei kannata korostuskertoimien käyttöä varoittavassa tarkoituksessa, toisin kuin komission kirjelmistä voi ymmärtää.

121 Komissio vaatii kolmannen kanneperusteen toisen, kolmannen, neljännen, viidennen ja kuudennen osan hylkäämistä. Komissio katsoo, ettei se ole tehnyt virhettä soveltaessaan eriytettyä kohtelua sakkojen perusmääriin.

Unionin yleisen tuomioistuimen arviointi asiasta

– Kolmannen kanneperusteen toinen, kolmas ja neljäs osa

122 Suuntaviivoissa erotetaan toisistaan vakavaa vähäisemmät, vakavat ja erittäin vakavat rikkomiset (suuntaviivojen 1 kohdan A alakohdan ensimmäinen ja toinen alakohta). Yritysten välinen erottelu toteutetaan suuntaviivojen 1 kohdan A alakohdan kolmannen, neljännen ja kuudennen alakohdan mukaisesti määrittämällä kunkin yrityksen todellisen taloudellisen kapasiteetin perusteella sen myötävaikutus kartellin menestymiseen sen luokittelemiseksi asianmukaiseen ryhmään (ks. vastaavasti yhdistetyt asiat T-71/03, T-74/03, T-87/03 ja T-91/03, Tokai Carbon ym. v. komissio, tuomio 15.6.2005, 225 kohta, ei julkaistu oikeustapauskokoelmassa; ks. myös asia T-410/03, Hoechst v. komissio, tuomio 18.6.2008, Kok., s. II-881, 360 kohta).

123 Se, miten kukin yritys todellisen taloudellisen kapasiteettinsa perusteella myötävaikuttaa kartellin menestymiseen, on erotettava suuntaviivojen 1 kohdan A alakohdan ensimmäisessä alakohdassa tarkoitetusta rikkomisen todellisesta vaikutuksesta. Tässä viimeksi mainitussa tapauksessa rikkomisen todellinen vaikutus otetaan huomioon, jos se on arvioitavissa, jotta rikkominen voidaan luokitella vakavaa vähäisemmäksi, vakavaksi tai erittäin vakavaksi. Kunkin yrityksen erillinen osuus puolestaan otetaan huomioon, jotta määritettyjen sakkojen määrät voidaan suhteuttaa rikkomisen vakavuuteen.

124 Vaikka rikkomisen todellinen vaikutus ei olisikaan arvioitavissa, komissio voi siis ratkaista asian suuntaviivojen 1 kohdan A alakohdan kolmannen, neljännen ja kuudennen alakohdan mukaisesti ja tehdä eron asianomaisten yritysten välille luokiteltuaan rikkomisen vakavaa vähäisemmäksi, vakavaksi tai erittäin vakavaksi.

125 Tästä syystä Dow'n kolmannen kanneperusteensa toisessa, kolmannessa ja neljännessä osassa esittämät perustelut eivät vaikuta luokitteluun, jonka komissio on tehnyt valitun luokan – toisin sanoen erittäin vakavien rikkomisten – sisällä.

126 Joka tapauksessa, kuten edellä 113 kohdassa on jo mainittu, Dow ei kanteessaan kiistä kartellin kilpailusääntöjen vastaista tarkoitusta, joka on esitetty riidanalaisessa päätöksessä ja erityisesti sen päätösosan 1 artiklassa. Tältä osin suuntaviivoissa esitetystä kilpailusääntöjen erittäin vakavien rikkomisten kuvauksesta ilmenee, että sopimukset ja yhdenmukaistetut menettelyt, joilla pyritään, kuten käsiteltävässä tapauksessa, tavoitehintojen vahvistamiseen tai markkinaosuuksien jakamiseen, voidaan jo niiden laadun perusteella määritellä "erittäin vakaviksi" rikkomisiksi, ilman että komission pitäisi osoittaa kilpailusääntöjen rikkomisen todellinen vaikutus markkinoihin (ks. vastaavasti asia C-534/07 P, Prym ja Prym Consumer v. komissio, tuomio 3.9.2009, Kok., s. I-7415, 75 kohta; ks. myös edellä 89 kohdassa mainittu asia Brasserie nationale ym. v. komissio, tuomion 178 kohta ja edellä 122 kohdassa mainittu asia Hoechst v. komissio, tuomion 345 kohta). Vakiintuneessa oikeuskäytännössä on kuitenkin katsottu, että hintojen vahvistamista koskevat horisontaaliset kartellit kuuluvat kaikkein vakavimpiin yhteisön kilpailuoikeuden rikkomisiin, joten niitä voidaan jo sinänsä pitää erittäin vakavina (ks. vastaavasti yhdistetyt asiat T-202/98, T-204/98 ja T-207/98, Tate & Lyle ym. v. komissio, tuomio 12.7.2001, Kok., s. II-2035, 103 kohta ja edellä 88 kohdassa mainittu asia Groupe Danone v. komissio, tuomion 147 kohta).

127 Komissio ei siis ole tehnyt virhettä katsoessaan, että kyseiset käytännöt olivat luonteeltaan erittäin vakavia rikkomisia, huomioimatta rikkomisen todellista vaikutusta markkinoihin. Tässä yhteydessä on huomattava, että toisin kuin Dow väittää, komissio ilmoittaa selvästi riidanalaisen päätöksen 462 perustelukappaleessa, ettei se huomioi rikkomisen todellista vaikutusta markkinoihin sakkojen määrittelyssä.

128 Kun tarkastellaan Dow'n väitettä, jonka mukaan sen oikeutta tulla kuulluksi on loukattu, on huomattava, että tämän periaatteen mukaan komission sellaiselle yritykselle, jolle se aikoo määrätä seuraamuksen kilpailusääntöjen rikkomisesta, osoittamaan väitetiedoksiantoon on sisällytettävä kyseistä yritystä vastaan esitetyt olennaiset seikat, kuten tosiseikat, joista yritystä moititaan, niiden oikeudellinen luonnehdinta ja todistusaineisto, johon komissio tukeutuu, jotta yritys voisi esittää hyödyllisesti väitteensä ja perustelunsa sitä vastaan käydyssä hallinnollisessa menettelyssä (ks. asia C-176/99 P, Arbed v. komissio, tuomio 2.10.2003, Kok., s. I-10687, 20 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen). Erityisesti sakon laskemisen osalta komissio täyttää velvoitteensa kunnioittaa yritysten oikeutta tulla kuulluksi silloin, kun se ilmoittaa väitetiedoksiannossa nimenomaisesti aikovansa tutkia, onko kyseessä oleville yrityksille määrättävä sakkoja, ja kun se ilmoittaa ne tärkeimmät tosiseikat ja oikeudelliset seikat, jotka voivat johtaa sakon määräämiseen, kuten oletetun rikkomisen vakavuuden ja keston sekä sen, että rikkomiseen on syyllistytty "tahallaan tai tuottamuksesta". Tällöin se antaa yrityksille tiedot, jotka ovat tarpeen, jotta ne voivat puolustautua paitsi sitä vastaan, että niiden vahvistetaan rikkoneen kilpailusääntöjä, myös sakkojen määräämistä vastaan (edellä 106 kohdassa mainitut yhdistetyt asiat Dansk Rørindustri ym. v. komissio, tuomion 428 kohta; ks. asia T-23/99, LR AF 1998 v. komissio, tuomio 20.3.2002, Kok., s. II-1705, 199 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen ja edellä 122 kohdassa mainitut yhdistetyt asiat Tokai Carbon ym. v. komissio, tuomion 139 kohta). Käsiteltävässä asiassa voidaan yksinkertaisesti todeta, ettei komissio huomioinut rikkomisen vaikutusta markkinoihin rikkomisen vakavuuden määrittelyssä (riidanalaisen päätöksen 462 perustelukappale). Näin ollen Dow'n oikeutta tulla kuulluksi ei ole loukattu.

129 Dow'n kolmannen kanneperusteensa toisessa, kolmannessa ja neljännessä osassa esittämät perustelut ovat siis täysin perusteettomia.

130 Edellä esitetyn perusteella Dow'n kolmannen kanneperusteen toinen, kolmas ja neljäs osa on hylättävä perusteettomina.

– Kolmannen kanneperusteen viides osa, johon on vedottu toissijaisesti

131 Yritysten välinen erottelu toteutettiin suuntaviivojen 1 A kohdan kolmannen, neljännen ja kuudennen alakohdan mukaisesti määrittämällä kunkin yrityksen todellisen taloudellisen kapasiteetin perusteella sen myötävaikutus kartellin menestymiseen, jotta se on voitu luokitella asianmukaiseen ryhmään (ks. vastaavasti edellä 122 kohdassa mainitut yhdistetyt asiat Tokai Carbon ym. v. komissio, tuomion 225 kohta; ks. myös edellä 122 kohdassa mainittu asia Hoechst v. komissio, tuomion 360 kohta). Suuntaviivojen 1 A kohdan kuudennessa alakohdassa mainitaan, että ”voi tietyissä tapauksissa olla tarpeen vaihdella – – määritettyjä määriä, jotta voitaisiin ottaa huomioon rikkomusten tapauskohtainen painoarvo ja siten kunkin yrityksen rikkomisen todellinen vaikutus kilpailuun erityisesti, kun samanlaisiin rikkomuksiin syyllistyneet yritykset ovat huomattavan erikokoisia”. Kun komissio tässä yhteydessä jakaa yrityksiä ryhmiin, sen on noudatettava yhdenvertaisuusperiaatetta, jonka mukaan toisiinsa rinnastettavia tapauksia on kiellettyä kohdella eri tavalla ja erilaisia tapauksia on kiellettyä kohdella samalla tavalla, ellei tällainen kohtelu ole objektiivisesti perusteltua (asia T-213/00, CMA CGM ym. v. komissio, tuomio 19.3.2003, Kok., s. II-913, 406 kohta; yhdistetyt asiat T-236/01, T-239/01, T-244/01–T-246/01, T-251/01 ja T-252/01, Tokai Carbon ym. v. komissio, tuomio 29.4.2004, Kok., s. II-1181, 219 kohta ja edellä kohdassa 116 mainittu asia Degussa v. komissio, tuomion 324 kohta). Lisäksi oikeuskäytännön mukaan sakkojen määrän on oltava ainakin oikeassa suhteessa kilpailusääntöjen rikkomisen vakavuuden arvioimisen osalta huomioon otettaviin seikkoihin nähden (edellä 126 kohdassa mainitut yhdistetyt asiat Tate & Lyle ym. v. komissio, 106 kohta; em. yhdistetyt asiat Tokai Carbon ym. v. komissio, tuomio 29.4.2004, 219 kohta ja edellä 116 kohdassa mainittu asia Degussa v. komissio, tuomion 324 kohta). Niinpä silloin, kun komissio jakaa kyseiset yritykset eri luokkiin sakkojen suuruuden määrittämiseksi, kuhunkin tällä tavoin yksilöityyn luokkaan sovellettavan kynnysluvun on oltava johdonmukainen ja objektiivisesti perusteltu (em. asia CMA CGM ym. v. komissio, tuomion 416 kohta ja edellä 116 kohdassa mainittu asia Degussa v. komissio, tuomion 325 kohta). Vakiintuneessa oikeuskäytännössä on lisäksi katsottu, että rikkomisen vakavuuden arvioinnissa huomioon otettaviin seikkoihin voivat tapauksen mukaan kuulua kilpailusääntöjen rikkomisen kohteena olevien tavaroiden määrä ja arvo, yrityksen koko ja taloudellinen vahvuus ja näin ollen myös se vaikutusvalta, jota yritys on voinut käyttää markkinoilla. Tästä seuraa yhtäältä, että komissio voi sakon suuruuden määrittämiseksi ottaa huomioon

yhtä hyvin yrityksen kokonaisliikevaihdon, joka osoittaa – vaikkakin vain likimääräisesti ja epätäydellisesti – yrityksen kokoa ja taloudellista vahvuutta, kuin sen osan liikevaihdosta, joka kertyy kilpailusääntöjen rikkomisen kohteena olevien tavaroiden myynnistä ja joka on näin ollen omiaan osoittamaan rikkomisen laajuutta. Tästä seuraa toisaalta, ettei kummallekaan näistä luvuista pidä antaa sellaista merkitystä, joka olisi suhteeton verrattuna muihin arvioinnissa huomioon otettaviin seikkoihin, ja että sakon asianmukaisen määrän vahvistaminen ei näin ollen voi olla pelkän kokonaisliikevaihtoon perustuvan laskelman tulos (ks. asia T-175/05, Akzo Nobel ym. v. komissio, tuomio 30.9.2009, 139 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen, ei vielä julkaistu oikeustapauskokoelmassa).

132 Dow kyseenalaistaa erityisesti sen BR- ja ESBR-toimintojen vuoden 2001 liikevaihdon käyttämisen. Dow katsoo, että tämän liikevaihdon käyttäminen on epätarkoituksenmukaista siinä mielessä, että sen liikevaihto kyseisillä markkinoilla on kasvanut huomattavasti sen jälkeen, kun se vuonna 1999 osti Shellin toiminnat kyseisillä markkinoilla.

133 Tässä suhteessa silloin, kun määrättävien sakkojen suhteuttamiseksi toisiinsa on käytettävä perusteena useiden samaan kilpailusääntöjen rikkomiseen osallistuneiden yritysten liikevaihtoa, huomioon otettava ajanjakso on rajattava siten, että saadut luvut ovat mahdollisimman vertailukelpoisia. Tästä seuraa, että yritys voi vaatia, että komissio käyttää sen kohdalla perusteena muuta kuin yleisesti käytettyä ajanjaksoa, ainoastaan sillä edellytyksellä, että yritys näyttää toteen, että sen viimeksi mainittuna ajanjaksona saama liikevaihto ei erityisesti tähän yritykseen liittyvistä syistä osoita sen todellista kokoa ja taloudellista vahvuutta eikä kilpailusääntöjen rikkomisen laajuutta sen osalta (edellä 131 kohdassa mainittu asia Akzo Nobel ym. v. komissio, tuomio 30.9.2009, 142 kohta).

134 Dow ei ole kuitenkaan esittänyt mitään yksityiskohtaista seikkaa, lukuun ottamatta sen liikevaihdon jonkinlaista kasvua vuosina 1999–2001, osoittaakseen, ettei sen BR- ja ESBR-toimintojen vuoden 2001 liikevaihto osoita sen todellista kokoa ja taloudellista vahvuutta eikä kilpailusääntöjen rikkomisen laajuutta sen osalta.

135 Toissijaisesti on huomattava, että Shellin BR- ja ESBR-toimintojen ostamisen todellinen vaikutus Dow'n liikevaihtoon ei ole kiistaton unionin yleiselle tuomioistuimelle esitettyjen seikkojen valossa. Riidanalaisen päätöksen 65 perustelukappaleen taulukosta 3 käy ilmi, että Dow'n BR- ja ESBR-toimintojen liikevaihto kasvoi 32 000 000 vuosina 1998–2000, kun Shellin liikevaihto vuonna 1999 oli 86 000 000 euroa. Samaan aikaan Bayerin, joka ei ole ostanut toisen yrityksen toimintoja, BR- ja ESBR-toimintojen liikevaihto kasvoi lähes 20 000 000 euroa. Lisäksi Dow'n BR- ja ESBR-toimintojen liikevaihto kasvoi myös yli 23 000 000 euroa vuosina 2000–2001, toisin sanoen Shellin toimintojen oston jälkeen.

136 Dow'n liikevaihdon kasvu vuonna 1999 tehdyn Shellin BR- ja ESBR-toimintojen oston jälkeen ei ole muuttanut sen asemaa suhteessa kilpailijoihin. Dow pysyikin vuosina 2000 ja 2001 liikevaihdon perusteella katsottuna kolmannella sijalla, EniChemin ja Bayerin jälkeen. Lopputulos olisi sama, jos tarkastelussa käytettäisiin Dow'n istunnossa esittämää menetelmää, toisin sanoen vuosien 1998 ja 2001 liikevaihtojen keskiarvoa. Myös tässä tapauksessa Dow sijoittuisi EniChemin ja Bayerin taakse ja Shellin edelle.

137 Lisäksi on huomattava, että komissio on kuitenkin huomioinut Dow'n esiin tuoman erityistilanteen määrittäessään rikkomisen keston mukaisia korotuksia. Komissio huomautti riidanalaisen päätöksen 479 perustelukappaleessa, että Dow Chemicalia on pidettävä vastuullisena rikkomisesta ajanjaksolla 1.7.1996–28.11.2002, toisin sanoen kuuden vuoden ja neljän kuukauden ajan. Tällaisen rikkomisen keston pitäisi

johtaa sakkojen perusmäärän 60 prosentin korotukseen. Ottaakseen kuitenkin huomioon sen, ettei Dow omistanut Shellin BR- ja ESBR-toimintoja rikkomisen kolmena ensimmäisenä vuonna, ja sen, että myös Shell oli vastuussa rikkomisesta tänä aikana, komissio päätti riidanalaisen päätöksen samassa perustelukappaleessa korottaa Dow Chemicalin sakkojen perusmäärää ainoastaan 50 prosenttia. Komissio on huomioinut samat olosuhteet laskemalla sovellettavaa korotusta Dow Deutschlandin osalta rikkomisen keston huomioon ottamiseksi 50 prosentista 40 prosenttiin (riidanalaisen päätöksen 480 perustelukappale). Dow ei ole esittänyt mitään seikkaa, jonka perusteella voitaisiin katsoa, että komissio olisi tehnyt ilmeisen virheen valitessaan tämän menetelmän.

138 Edellä esitetyn perusteella Dow'n kolmannen kanneperusteen viides osa on hylättävä perusteettomana.

– Kolmannen kanneperusteen kuudes osa

139 Vaikka Dow'n esittämät perustelut ovat varsin epäselviä, sen kirjelmistä voidaan kuitenkin todeta sen katsovan, että komissio on antanut liikaa merkitystä kartelliin osallistuneiden yritysten "tapauskohtaiselle painoarvolle" suhteessa rikkomisen "vakavuuteen". Näin ollen komission kyseisten yritysten välillä tekemä erottelu ei ollut perusteltu, sillä rikkomisen vakavuus oli kaikkien kohdalla sama.

140 On syytä olettaa Dow'n katsovan, että yhdenvertaisuusperiaatetta on loukattu. Dow ei kuitenkaan kiistä erojen, joiltain osin jopa huomattavien erojen, olemassaoloa kyseisten yritysten välillä BR- ja ESBR-toimintojen liikevaihdossa komission määrittäminä vuosina. Suuntaviivojen 1 A kohdan kuudennen alakohdan nojalla on selvää,

että komissio voi painottaa sakkojen määrää huomioidakseen kunkin yrityksen rikkomisen tapauskohtaisen painoarvon.

141 Näin ollen määrittämällä korkeamman sakkojen perusmäärän yrityksille, joilla on muita tärkeämpi asema kyseisillä markkinoilla, komissio huomioi yrityksen todellisen vaikutuksen markkinoihin. Tämä kuvastaa sitä, että kyseisillä markkinoilla muita merkittävämmillä yrityksillä on muita suurempi vastuu kilpailulle ja viime kädessä kuluttajille aiheutuvista haitoista, jotka ovat seurausta niiden salaisesta kartellista (asia T-43/02, Jungbunzlauer v. komissio, tuomio 27.9.2006, Kok., s. II-3435, 230 kohta).

142 Edellä esitetyn perusteella Dow'n kolmannen kanneperusteen kuudes osa on hylättävä perusteettomana.

c) Seitsemäs ja kahdeksas osa, jotka koskevat korotuskertoimen lainvastaista käyttöä varoittavassa tarkoituksessa

Asianosaisten lausumat

143 Kolmannen kanneperusteensa seitsemännessä osassa Dow väittää – olettaen, että riidanalaista päätöstä ei olisi pitänyt osoittaa Dow Chemicalille (ensimmäinen kanneperuste) –, ettei komission olisi pitänyt huomioida Dow Chemicalin liikevaihtoa määrittäessään varoittavassa tarkoituksessa käytettävää korotuskerrointa vaan että

sen olisi pitänyt huomioida ainoastaan rikkomiseen suoraan osallistuneiden Dow Chemicalin tytäryhtiöiden liikevaihto. Dow katsoo tämän perusteella, että komission olisi pitänyt soveltaa siihen korotuskerrointa, joka on lähellä yhtä. Sen konserniin kuuluville kolmelle yritykselle määrättyjä sakkoja olisi näin ollen alennettava.

144 Kolmannen kanneperusteensa kahdeksannessa osassa Dow katsoo, että vaikka Dow Chemicalin liikevaihto otetaan huomioon, komission valitsema korotuskerroin 1,75 on kohtuuton. EniChemille (2) ja Shellille (3) määrättyihin korotuskertoimiin nähden Dow'lle määrätty korotuskerroin on liian korkea ottaen huomioon, että edellä mainittujen yritysten liikevaihto on huomattavasti korkeampi. Dow korostaa erityisesti, että komissio on soveltanut Shelliin korotuskerrointa, jonka erotus Dow'n korotuskertoimeen nähden on viisi kertaa suurempi kuin Dow'n ja Bayerin korotuskerrointen välinen erotus. Shellin ja Dow'n liikevaihtojen välinen erotus on kuitenkin yli 20 kertaa suurempi kuin Dow'n ja Bayerin liikevaihtojen välinen erotus. Dow viittaa edellä 131 kohdassa mainituissa yhdistetyissä asioissa Tokai Carbon ym. v. komissio, 29.4.2004 annettuun tuomioon ja edellä 116 kohdassa mainitussa asiassa Degussa v. komissio annettuun tuomioon ja väittää, ettei suhteellisuusperiaatetta ole noudatettu, sillä Dow'lle ja EniChemille määrätyn korotuskertoimen välinen ero on vain 0,25; EniChemin liikevaihto on noin kaksinkertainen Dow Chemicalin liikevaihtoon nähden. Vertailun vuoksi Dow toteaa, että sen korotuskerroin on 0,25 pistettä korkeampi kuin Bayerin, vaikka Dow Chemicalin liikevaihto ei ole kaksinkertainen Bayerin liikevaihtoon nähden. Näin ollen Dow'n korotuskertoimen pitäisi olla lähempänä Bayerin korotuskerrointa, toisin sanoen lähempänä 1,5:tä pistettä. Tässä tapauksessa myös Dow'lle määrättyjä sakkoja pitäisi alentaa vastaavasti.

145 Komissio vaatii kolmannen kanneperusteen seitsemännen ja kahdeksannen osan hylkäämistä. Komissio katsoo, ettei se ole tehnyt virhettä soveltaessaan varoittavassa tarkoituksessa käytettävää korotuskerrointa.

Unionin yleisen tuomioistuimen arviointi asiasta

146 Dow'n kolmannen kanneperusteen seitsemäs osa pohjautuu ensimmäisessä kanneperusteessa esitettyihin perusteluihin. Koska ensimmäinen kanneperuste on hylättävä perusteettomana, myös Dow'n kolmannen kanneperusteen seitsemäs osa on siten hylättävä perusteettomana.

147 Dow'n kolmannen kanneperusteen kahdeksannen osan yhteydessä voidaan viitata suuntaviivoihin, joissa todetaan, että rikkomisen luonteen, sen todellisten markkinavaikutusten ja maantieteellisten markkinoiden koon lisäksi on tarpeen ottaa huomioon yritysten todellinen taloudellinen kapasiteetti aiheuttaa vakavaa vahinkoa muille talouden toimijoille ja erityisesti kuluttajille ja määrittää sakon määrä tasolle, joka on riittävän varoittava (1 A kohdan neljäs alakohta).

148 Komission valta määrätä sakkoja yrityksille, jotka tahallaan tai tuottamuksesta rikkovat EY 81 artiklaa, on yksi niistä komissiolle annetuista keinoista, joiden avulla sen on mahdollista täyttää sille yhteisön oikeudessa annettu valvontatehtävä, johon kuuluu velvollisuus noudattaa sellaista yleistä politiikkaa, jolla pyritään kilpailuasioiden osalta soveltamaan perustamissopimuksessa vahvistettuja periaatteita ja ohjaamaan yritysten toimintaa näiden periaatteiden mukaisesti. Tästä seuraa, että kun komissio arvioi kilpailusääntöjen rikkomisen vakavuutta sakon suuruuden määrittämistä varten, sen on huolehdittava siitä, että sen toiminnalla on varoittava vaikutus erityisesti sellaisten kilpailusääntöjen rikkomisen muotojen osalta, jotka ovat erityisen haitallisia yhteisön tavoitteiden toteuttamisen kannalta (edellä 113 kohdassa mainitut yhdistetyt asiat Musique Diffusion française ym. v. komissio, tuomion 105 ja 106 kohta; asia T-31/99, ABB Asea Brown Boveri v. komissio, tuomio 20.3.2002, Kok., s. II-1881, 166 kohta ja edellä 88 kohdassa mainittu asia Groupe Danone v. komissio, tuomion 169 kohta).

149 Tämä edellyttää, että sakon määrä mukautetaan niin, että voidaan ottaa huomioon sakon tavoiteltu vaikutus sen kohteena olevalle yritykselle, jotta sakko ei ole merkityksetön tai päinvastoin liiallinen muun muassa kyseisen yrityksen taloudelliseen kykyyn nähden, niiden vaatimusten mukaisesti, jotka perustuvat yhtäältä tarpeeseen varmistaa sakon tehokkuus ja toisaalta suhteellisuusperiaatteen noudattamiseen. Suuryritys, jolla on kartellin muihin jäseniin verrattuna käytettävissään huomattavan suuria taloudellisia resursseja, voi helpommin hankkia sakkojen maksamiseen tarvittavat varat, mikä oikeuttaa – jotta sakkojen riittävä varoittava vaikutus kyseisen yrityksen suhteen toteutuisi – määräämään sille muun muassa korotuskerrointa käyttämällä suhteellisesti korkeampia sakkoja kuin samaan rikkomiseen syyllistyneelle yritykselle, jolla ei ole käytettävissään kyseisenlaisia resursseja (ks. vastaavasti edellä 131 kohdassa mainitut yhdistetyt asiat Tokai Carbon ym. v. komissio, tuomio 29.4.2004, 241 ja 243 kohta; ks. myös edellä 148 kohdassa mainittu asia ABB Asea Brown Boveri v. komissio, tuomion 170 kohta ja asia T-15/02, BASF v. komissio, tuomio 15.3.2006, Kok., s. II-497, 235 kohta).

150 Lisäksi on todettava, että unionin tuomioistuin on korostanut erityisesti sen merkityksellisyyttä, että kunkin kartelliin kuuluvan yrityksen kokonaisliikevaihto otetaan huomioon sakon määrää vahvistettaessa (ks. vastaavasti edellä 78 kohdassa mainittu asia Sarrió v. komissio, tuomion 85 ja 86 kohta ja asia C-57/02 P, Acerinox v. komissio, tuomio 14.7.2005, Kok., s. I-6689, 74 ja 75 kohta; ks. myös asia C-289/04 P, Showa Denko v. komissio, tuomio 29.6.2006, Kok., s. I-5859, 17 kohta).

151 Lopuksi on syytä korostaa, että varoittavuudella, jota komissiolla on oikeus tavoitella sakon määrää vahvistaessaan, pyritään varmistamaan se, että yritykset noudattavat perustamissopimuksen kilpailusääntöjä harjoittaessaan toimintaansa yhteisön alueella tai Euroopan talousalueella. Näin ollen varoittavan vaikutuksen tekijää, joka voidaan sisällyttää sakon laskentaan, arvioidaan ottaen huomioon useita seikkoja eikä pelkästään kyseessä olevan yrityksen erityistilannetta. Kyseistä periaatetta sovelletaan erityisesti silloin, kun komissio on määrittänyt ”varoittavan vaikutuksen kertoimen”, jota sovelletaan yritykselle määrättyyn sakkoon (ks. vastaavasti edellä 150 kohdassa mainittu asia Showa Denko v. komissio, tuomion 23 ja 24 kohta).

152 Käsiteltävässä asiassa komissio katsoo, että erittäin vakavien rikkomisten luokassa rangaistusasteikko mahdollisti sakon määrän määrittämisen tasolle, joka on riittävän varoittava kunkin yrityksen koon huomioiden. Kyseisten yritysten vuoden 2005 maailmanlaajuisten liikevaihtojen perusteella komissio on todennut suuren kokoeron toisaalta Kaučukin (liikevaihto 2 718 000 000 euroa) ja Stomilin (liikevaihto 38 000 000 euroa) ja toisaalta muiden yritysten, ja erityisesti riidanalaisen päätöksen koskemista suurikokoisista yrityksistä suurimman, Bayerin (liikevaihto 27 383 000 000 euroa) välillä. Tältä pohjalta ja ottaen huomioon asian olosuhteet komissio katsoo, ettei Kaučukille tai Stomilille pidä asettaa lainkaan varoittavassa tarkoituksessa käytettävää korotuskerrointa ja että Bayerin tapauksessa korotuskerroin 1,5 on perusteltu. Tältä samalta pohjalta ja asian olosuhteet huomioon ottaen komissio on määrännyt seuraavat korotuskertoimet: kerroin 1,75 Dow'lle (liikevaihto 37 221 000 000 euroa), kerroin 2 EniChemille (liikevaihto 73 738 000 000 euroa) ja kerroin 3 Shellille (liikevaihto 246 549 000 000 euroa) (riidanalaisen päätöksen 474 perustelukappale).

153 Dow'n perusteluissaan esittämistä väitteistä, joiden mukaan yhdenvertaisuusperiaatetta on loukattu, on todettava, että riidanalaisen päätöksen mukaan komission asettamat varoittavassa tarkoituksessa käytettävät korotuskertoimet on määritetty kunkin yrityksen koon perusteella. Dow ei kuitenkaan kiistä komission riidanalaisessa päätöksessä mainitsemia liikevaihtoa koskevia lukuja. Se ei etenkään kiistä olleensa vuonna 2005 suurempi yritys kuin Bayer ja pienempi kuin EniChem. Näin ollen on johdonmukaista ja perusteltua, että varoittavassa tarkoituksessa käytettävä korotuskerroin, jota sovelletaan Dow'lle määrättävien sakkojen laskennassa, on suurempi kuin Bayerin sakkojen laskennassa käytettävä kerroin ja pienempi kuin EniChemin sakkojen laskennassa käytettävä kerroin.

154 Lisäksi on huomattava, että vuoden 2005 maailmanlaajuiset liikevaihdot olivat 27 383 000 000 euroa Bayerin osalta ja 37 221 000 000 euroa Dow'n osalta (toisin sanoen 35,93 prosenttia suurempi kuin Bayerilla). Näissä olosuhteissa se, että Dow'n

sakkoihin sovellettava korotuskerroin (1,75) on 16,66 prosenttia suurempi kuin Bayerin sakkoihin sovellettava kerroin (1,5), ei merkitse yhdenvertaisuusperiaatteen loukkaamista. Itse asiassa komissio olisi voinut tällä perusteella määrätä Dow'lle vieläkin korkeamman korotuskertoimen. Muista seikoista ja sikäli kuin Dow pyytää perusteluissaan unionin yleistä tuomioistuinta tarkistamaan niiden sakkojen määrät, jotka on määrätty suuryrityksille, joihin Dow vertaa itseään, erityisesti EniChemille määrätyn korotuskertoimen suhteen, riidanalaisesta päätöksestä ilmenee, että Dow'lle määrätty korotuskerroin on laskettu Bayerille määrätyn korotuskertoimen perusteella eikä EniChemille tai Shellille määrättyjen kerrointen perusteella. Dow'n lausumat ovat siis tässä suhteessa tehottomia. Lisäksi on korostettava, että komissio voi käyttää sakkojen määrittämisessä harkintavaltaa eikä sen tarvitse noudattaa määrittämisessä tarkkaa matemaattista kaavaa (ks. asia T-304/02, Hoek Loos v. komissio, tuomio 4.7.2006, Kok., s. II-1887, 68 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen). Käsiteltävässä asiassa komissio ei ole siis tehnyt ilmeistä arviointivirhettä tarkastellessaan kyseisten yritysten taloudellisen kapasiteetin eroja korotuskerrointen määrittämiseksi (ks. vastaavasti edellä 131 kohdassa mainittu asia Akzo Nobel ym. v. komissio, tuomio 30.9.2009, 155 kohta).

155 Dow'n perusteluissaan esittämistä väitteistä, joiden mukaan suhteellisuusperiaatetta on loukattu, on todettava, ettei Dow esitä mitään yksityiskohtaista seikkaa, jonka perusteella voitaisiin olettaa, että sille määrätty korotuskerroin on kohtuuton rikkomisen vakavuuteen nähden ja sakkojen varoittavan vaikutuksen takaamiseksi.

156 Edellä esitetyn perusteella Dow'n kolmannen kanneperusteen kahdeksas osa on hylättävä perusteettomana.

d) Yhdeksäs osa, joka koskee virhettä rikkomisen kestoon liittyvän korotuksen määrittämisessä

Asianosaisten lausumat

157 Kolmannen kanneperusteensa yhdeksännessä osassa Dow muistuttaa komission huomioineen rikkomisen kestoon liittyvää korotusta laskiessaan sen, ettei Dow omistanut Shellin BR- ja ESBR-toimintoja rikkomisen alkuvuosina. Näin ollen komissio soveltaa Dow Chemicaliin 50 prosentin korotusta pitkäkestoisesta rikkomisesta 60 prosentin korotuksen sijaan ja 40 prosentin korotusta Dow Deutschlandiin 50 prosentin korotuksen sijaan (riidanalaisen päätöksen 479 ja 480 perustelukappale).

158 Dow katsoo kuitenkin, että komission olisi pitänyt soveltaa tätäkin alhaisempia korotusprosentteja. Kun oletetaan, että jokainen rikkomisvuosi johtaa 10 prosentin korotukseen, ja otetaan huomioon, että Dow'n synteettinen kumi -liiketoiminta yli kaksinkertaistui Shellin toimintojen oston seurauksena noin kolme vuotta myöhemmin, komission olisi pitänyt soveltaa 5 prosentin vuosikohtaista vähennystä jokaiseen näistä kolmesta vuodesta, toisin sanoen 15 prosentin kokonaisvähennystä. Ottaen huomioon, että komission olisi normaalisti pitänyt korottaa Dow Chemicalin sakkoja 60 prosenttia ja Dow Deutschlandin sakkoja 50 prosenttia, asianmukainen korotus pitkäkestoiselle rikkomiselle on Dow Chemicalin kohdalla 45 prosenttia ja Dow Deutschlandin kohdalla 35 prosenttia. Dow Chemicalille ja Dow Deutschlandille määrättyjä sakkoja on näin ollen alennettava.

159 Komission unionin yleiselle tuomioistuimelle kirjelmissään esittämästä väitteestä, jonka mukaan se olisi verrannut Dow Chemicalin vuosien 1998 ja 2000 liikevaihtoja, Dow toteaa, ettei vertailussa huomioitu sitä, että Dow'n synteettinen kumi -liiketoiminnan liikevaihto laski vuosina 1999–2000. Näin ollen Shellin synteettinen kumi -liiketoiminnan ostosta johtuva liikevaihdon kasvu vuonna 2000 olisi ollut suurempi

kuin vuosien 1998 ja 2000 liikevaihtojen välinen 30 prosentin erotus. Dow'n kyseisten tuotteiden liikevaihto olisi itse asiassa yli kaksinkertaistunut Shellin synteettinen kumi -liiketoiminnan oston seurauksena. Dow viittaa erityisesti Dow'n ja Shellin kyseisten tuotteiden liikevaihtoihin vuonna 1998. Näin ollen komission ei olisi pitänyt korottaa kunkin vuoden sakkoja 7 prosentilla, kuten komissio toteaa kirjelmissään, vaan korkeintaan 5 prosentilla kutakin vuotta kohti.

160 Komissio vaatii kolmannen kanneperusteen yhdeksännen osan hylkäämistä. Komissio katsoo erityisesti, että Dow'n rakenteellisten muutosten huomioimiseksi käytetty menetelmä on johdonmukainen ja looginen.

Unionin yleisen tuomioistuimen arviointi asiasta

161 Asetuksen N:o 17 15 artiklan 2 kohdan mukaan rikkomisen kesto on yksi niistä seikoista, jotka on otettava huomioon, kun päätetään kilpailusääntöjen rikkomiseen syyllistyneiden yritysten sakkojen määristä.

162 Rikkomisen kestoon liittyvän tekijän yhteydessä suuntaviivoissa erotetaan toisistaan lyhytkestoiset (yleensä alle vuoden kestävät) rikkomiset, joissa vakavuuteen perustuvaa perusmäärän laskentapohjaa ei pitäisi korottaa, keskipitkän ajan kestävät rikkomiset (yleensä yhdestä viiteen vuotta), joissa tätä määrää voidaan korottaa 50 prosenttia, ja pitkäaikaiset rikkomiset (yleensä yli viisi vuotta), joissa tätä määrää voidaan korottaa 10 prosenttia jokaiselta vuodelta (suuntaviivojen 1 B kohdan ensimmäisen alakohdan ensimmäinen, toinen ja kolmas luetelmakohta).

163 Käsiteltävässä asiassa komissio on huomioinut, kuten edellä 137 kohdassa mainitaan, rikkomisen keston mukaan määräytyvien korotusten yhteydessä erityistilanteen, joka liittyi Dow'n päätökseen ostaa Shellin BR- ja ESBR-toiminnot vuonna 1999. Dow ei kiistä menetelmää, jota komissio on käyttänyt tämän erityistilanteen huomioimiseksi. Dow'n perusteluiden tavoitteena on pääasiassa todeta, että tämän erityistilanteen vuoksi sille olisi pitänyt asettaa alhaisempi rikkomisen keston mukaan määräytyvä korotus. Vaikka Dow'n lausumat voitaisiinkin ottaa huomioon komission laskelmissa, nämä lausumat pohjautuvat oletuksiin, jotka ovat epävarmoja tai jopa virheellisiä tai joista ei ole esitetty niitä tukevia todisteita. Dow väittää erityisesti, että sen synteettinen kumi -liiketoiminta yli kaksinkertaistui sen ostaessa Shellin liiketoiminnan noin kolme vuotta myöhemmin. Sen lisäksi, ettei tämä väite perustu mihinkään yksityiskohtaiseen seikkaan, on huomattava, että Dow'n BR- ja ESBR-toimintojen liikevaihto, sellaisena kuin se on esitettynä riidanalaisessa päätöksessä, ei kaksinkertaistunut vuosina 1998–2001. Dow ei ole myöskään esittänyt todisteita väitteensä tueksi, jonka mukaan sen synteettinen kumi -liiketoiminnan liikevaihto olisi laskenut vuosina 1999–2000.

164 Näissä olosuhteissa Dow'n esittämät perustelut eivät voi tässä suhteessa asettaa riidanalaista päätöstä kyseenalaiseksi.

165 Edellä esitetyn perusteella Dow'n kolmannen kanneperusteen yhdeksäs osa ja siten koko kolmas kanneperuste on hylättävä perusteettomana.

166 Näiden perusteluiden seurauksena on syytä hyväksyä toinen kanneperuste ja näin ollen kumota riidanalaisen päätöksen 1 artikla, siltä osin kuin siinä todetaan Dow Deutschlandin osallistuneen rikkomiseen 1.7.1996 eikä 2.9.1996 lähtien, sekä hylätä muut riidanalaista päätöstä koskevat kumoamisvaatimukset.

B *Vaatimukset sakon määrän muuttamisesta*

167 Siltä osin kuin Dow'n esittämät perustelut on esitetty sen sakon määrän muuttamista koskevien vaatimusten tueksi, on huomattava, että toisen, hyväksyttävän kanneperusteen osalta kyseisen sakon määrää ei ole syytä muuttaa, sillä kuten Dow myönsi istunnossa, komission tekemä virhe ei voi vaikuttaa korotukseen, jota sovelletaan rikkomisen keston huomioon ottamiseksi.

168 Dow'n muista kanneperusteista todetaan, kuten edellä esitetyistä seikoista selviää, etteivät nämä kanneperusteet ole perusteltuja ja että sakon määrää ei voida näin ollen alentaa niiden perusteella.

169 Tämän vuoksi sakon määrän muuttamista koskevat vaatimukset on hylättävä.

Oikeudenkäyntikulut

170 Unionin yleisen tuomioistuimen työjärjestyksen 87 artiklan 2 kohdan mukaan asianosainen, joka häviää asian, velvoitetaan korvaamaan oikeudenkäyntikulut, jos vastapuoli on sitä vaatinut. Tämän artiklan 3 kohdan ensimmäisen alakohdan mukaisesti unionin yleinen tuomioistuin voi määrätä oikeudenkäyntikulut jaettaviksi asianosaisten kesken, jos asiassa osa vaatimuksista ratkaistaan toisen asianosaisen ja osa toisen asianosaisen hyväksi.

171 Koska kanne on olennaisilta osiltaan hylätty, unionin yleinen tuomioistuin arvioi asian olosuhteita oikein, kun se päättää, että kantajat vastaavat yhdeksästä kymmenesosasta omia oikeudenkäyntikulujaan ja ne velvoitetaan korvaamaan yhdeksän kymmenesosaa komission oikeudenkäyntikuluista ja että komissio vastaa yhdestä kymmenesosasta omia oikeudenkäyntikulujaan ja se velvoitetaan korvaamaan yksi kymmenesosa kantajien oikeudenkäyntikuluista.

172 Kantajien vaatimuksista velvoittaa komissio korvaamaan kulut, jotka kantajille aiheutuivat pankkitakauksen asettamisesta niille määrättyjen sakkojen määrän kattamiseksi, on huomautettava, etteivät kyseiset kulut ole asianosaisille asian käsittelystä aiheutuneita välttämättömiä kustannuksia ja ettei niitä siis katsota työjärjestyksen 91 artiklassa tarkoitetuiksi korvattaviksi kuluiksi. Näin ollen kantajien vaatimusta ei voida ottaa tutkittavaksi.

Näillä perusteilla

UNIONIN YLEINEN TUOMIOISTUIN (ensimmäinen jaosto),

on ratkaissut asian seuraavasti:

1) [EY] 81 artiklan ja ETA-sopimuksen 53 artiklan soveltamisesta 29.11.2006 tehdyn komission päätöksen K (2006) 5700 lopullinen (asia COMP/F/38.638 – Butadieenikumi ja emulsiostyreenibutadieenikumi) 1 artiklan b alakohta kumotaan siltä osin kuin siinä todetaan Dow Deutschland Inc:n osallistuneen kyseiseen kilpailusääntöjen rikkomiseen ajanjakson 2.11.1996–27.11.2001 sijasta 1.7.1996–27.11.2001 välisenä aikana.

2) Kanne hylätään muilta osin.

3) Dow Chemical Company, Dow Deutschland, Dow Deutschland Anlagengesellschaft mbH ja Dow Europe GmbH vastaavat omista oikeudenkäyntikuluistaan, ja ne velvoitetaan korvaamaan yhdeksän kymmenesosaa Euroopan komission oikeudenkäyntikuluista.

4) Euroopan komissio velvoitetaan vastaamaan yhdestä kymmenesosasta omista oikeudenkäyntikuluistaan.

Dehousse Wiszniewska-Białecka Wahl

Julistettiin Luxemburgissa 13 päivänä heinäkuuta 2011.

Allekirjoitukset

Sisällys

Asian tausta ..... II - 4540

Menettely ja asianosaisten vaatimukset ..... II - 4548

Oikeudellinen arviointi ..... II - 4550

A Vaatimukset riidanalaisen päätöksen osittaisesta kumoamisesta ..... II - 4551

1. Ensimmäinen kanneperuste, jonka mukaan Dow Chemical on joutunut lainvastaisesti rikkomisesta vastuuseen ..... II - 4551

a) Ensimmäinen osa, joka koskee virheellisen perusteen soveltamista emoyhtiön vastuuseen saattamiseen ..... II - 4551

b) Toinen osa, joka koskee Dow Chemicalia koskenutta ja Dow Chemicalin kumoamaa olettamaa ..... II - 4552

Asianosaisten lausumat ..... II - 4552

Unionin yleisen tuomioistuimen arviointi asiasta ..... II - 4556

c) Kolmas osa, joka koskee komission virhettä harkintavallan käytössä sekä perusteluiden puuttumista ..... II - 4560

Asianosaisten lausumat ..... II - 4560

Unionin yleisen tuomioistuimen arviointi asiasta ..... II - 4562

2. Toinen kanneperuste, jonka mukaan Dow Deutschlandin rikkomiseen osallistumisen kesto on määritetty virheellisesti ..... II - 4565

a) Asianosaisten lausumat ..... II - 4565

Dow'n lausumat ..... II - 4565

Komission lausumat ..... II - 4566

b) Unionin yleisen tuomioistuimen arviointi asiasta ..... II - 4567

3. Kolmas kanneperuste, jonka mukaan kantajille määrättyjen sakkojen suuruus on määritetty virheellisesti ..... II - 4571

a) Ensimmäinen osa, joka koskee rikkomisen vakavuuden virheellistä määrittämistä ..... II - 4571

Asianosaisten lausumat ..... II - 4571

Unionin yleisen tuomioistuimen arviointi asiasta ..... II - 4572

b) Osat toisesta kuudenteen, jotka koskevat eriytetyn kohtelun soveltamista sakkojen perusmäärään ..... II - 4576

Asianosaisten lausumat ..... II - 4576

Unionin yleisen tuomioistuimen arviointi asiasta ..... II - 4580

– Kolmannen kanneperusteen toinen, kolmas ja neljäs osa ..... II - 4580

– Kolmannen kanneperusteen viides osa, johon on vedottu toissijaisesti ..... II - 4583

– Kolmannen kanneperusteen kuudes osa ..... II - 4586

c) Seitsemäs ja kahdeksas osa, jotka koskevat korotuskertoimen lainvastaista käyttöä varoittavassa tarkoituksessa ..... II - 4587

Asianosaisten lausumat ..... II - 4587

Unionin yleisen tuomioistuimen arviointi asiasta ..... II - 4589

d) Yhdeksäs osa, joka koskee virhettä rikkomisen kestoon liittyvän korotuksen määrittämisessä ..... II - 4593

Asianosaisten lausumat ..... II - 4593

Unionin yleisen tuomioistuimen arviointi asiasta ..... II - 4594

B Vaatimukset sakon määrän muuttamisesta ..... II - 4596

Oikeudenkäyntikulut ..... II - 4596