FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT P. MENGOZZI fremsat den 17. februar 2011 [1]

1. Med denne appel har Arkema SA (herefter »Arkema« eller »appellanten«) nedlagt påstand om ophævelse af dommen i sagen Arkema mod Kommissionen [2] (herefter »den appellerede dom«), hvorved De Europæiske Fællesskabers Ret i Første Instans frifandt Kommissionen i et af appellanten anlagt annullationssøgsmål mod Kommissionens beslutning af 19. januar 2005 [3] (herefter »beslutningen«), hvori Kommissionen fastslog, at en række virksomheder, herunder den sammensat af appellanten, tidligere Elf Atochem SA (herefter »Elf Atochem«), derefter Atofina SA (herefter »Atofina«), og dets moderselskab, Elf Aquitaine SA (herefter »Elf Aquitaine«), havde tilsidesat artikel 81, stk. 1, EF og artikel 53, stk. 1, i aftalen om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde (EØS), idet de havde deltaget i et kartel vedrørende monochloreddikesyre (MCES).

I — Tvistens baggrund, den appellerede dom, retsforhandlingerne for Domstolen og parternes påstande

2. Det fremgår af præmis 3 ff. i den appellerede dom, at Kommissionen indledte sin undersøgelse af MCES-markedet i slutningen af 1999 efter at have fået oplysninger om, at der fandtes et kartel på dette marked, fra en af de deltagende virksomheder. Den 14. og 15. marts 2000 foretog Kommissionen kontrolbesøg hos bl.a. Elf Atochem. Den 7. og 8. april 2004 tilstillede Kommissionen 12 selskaber, herunder Elf Aquitaine og datterselskabet Atofina, en klagepunktsmeddelelse (den appellerede doms præmis 3, 4 og 7).

3. Kommissionen tilregnede Elf Aquitaine og datterselskabet Arkema ansvaret for overtrædelsen i perioden fra den 1. januar 1984 til den 7. maj 1999. Kommissionen var af den opfattelse, at det forhold, at Elf Aquitaine ejede 98 % af aktierne i Atofina, i sig selv var tilstrækkeligt til, at selskabet kunne tilregnes

1 — Originalsprog: fransk.
2 — Rettens dom af 30.9.2009, sag T-168/05, Sml. II, s. 180.
3 — K(2004) 4876 endelig udg. — MCAA.

ansvaret for datterselskabets adfærd (den appellerede doms præmis 9).

4. Kommissionens bøder blev fastsat i henhold til Kommissionens retningslinjer for beregningen af bøder i henhold til artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 og artikel 65, stk. 5, i EKSF-traktaten [4] (herefter »retningslinjerne«) og Kommissionens meddelelse om bødefritagelse eller bødenedsættelse i kartelsager [5] (den appellerede doms præmis 13). Elf Aquitaine og Arkema blev pålagt en bøde med fælles og solidarisk hæftelse på 45 mio. EUR [beslutningens artikel 2, litra c), og den appellerede doms præmis 30]. Kommissionen pålagde i øvrigt efter at have fastslået, at Elf Atochem havde været modtager af Kommissionens beslutning 94/599/EF af 27. juli 1994 om en procedure i henhold til [artikel 81 EF] [6] på et tidspunkt, hvor Elf Aquitaine endnu ikke kontrollerede Atofina, dette selskab en særskilt bøde under hensyntagen til den gentagne adfærd. Denne bøde var på 13,50 mio. EUR [beslutningens artikel 2, litra d), og den appellerede doms præmis 30].

5. Den 25. april 2005 anlagde Arkema et annullationssøgsmål mod beslutningen. Arkema nedlagde principalt påstand om, at beslutningens artikel 1, litra d), artikel 2, litra c), og artikel 4, stk. 9, skulle annulleres, for så vidt som de vedrører Elf Aquitaine, og følgelig at beslutningens artikel 2, litra c) og d), skulle ændres, og subsidiært at beslutningens artikel 2, litra c) og d), skulle ændres således, at bøden blev nedsat. Appellanten påberåbte sig otte anbringender til støtte for sine påstande. Appellanten påberåbte sig til støtte for annullationspåstanden et første anbringende dels om manglende hensyntagen til de regler, der regulerer tilfælde, hvor datterselskabets praksis tilregnes moderselskabet, dels om forskelsbehandling af Elf Aquitaine koncernen, et andet anbringende om tilsidesættelse af princippet om datterselskabets retlige og kommercielle selvstændighed, der følger af formodningen om, at moderselskabet udøver en afgørende indflydelse, et tredje anbringende om tilsidesættelse af princippet om personligt ansvar, et fjerde anbringende om forskelsbehandling mellem virksomheder afhængigt af deres selskabsforhold og størrelse og et femte anbringende om tilsidesættelse af væsentlige formkrav. Appellanten påberåbte sig til støtte for påstanden om ændring af beslutningen et sjette anbringende om tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet ved fastsættelse af bødens størrelse. Appellanten påberåbte sig med et syvende anbringende en tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet ved fastlæggelsen af multiplikationsfaktoren af hensyn til den afskrækkende virkning. Appellanten påberåbte sig med et ottende anbringende en tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet ved fastsættelse af bødens størrelse, henset til overtrædelsens varighed. Endelig gjorde appellanten ligeledes subsidiært et niende anbringende gældende om tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet ved fastlæggelsen af multiplikationsfaktoren af hensyn til den afskrækkende virkning, for så vidt som

4 — EFT 1998 C 9, s. 3.
5 — EFT 1996 C 207, s. 4.
6 — EFT L 239, s. 14.

Kommissionen havde medtaget Arkemas omsætning to gange (den appellerede doms præmis 41-43).

6. Retten forkastede i den appellerede dom alle anbringenderne, både de principale og de subsidiære, og pålagde appellanten at betale sagens omkostninger.

7. Ved appelskrift indleveret til Domstolens Justitskontor den 15. december 2009 har appellanten iværksat denne appel. Appellanten har nedlagt påstand om, at den appellerede dom ophæves, og at Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger. Kommissionen har nedlagt påstand om, at appellen forkastes, og at appellanten tilpligtes at betale sagens omkostninger. Parternes repræsentanter afgav mundtlige indlæg i retsmødet den 25. november 2010.

II — Appellen

8. Appellanten har gjort fire anbringender gældende til støtte for appellen. Det første anbringende vedrører Rettens manglende hensyntagen til de regler, der regulerer tilfælde, hvor datterselskabets praksis tilregnes moderselskabet. Det andet anbringende vedrører en tilsidesættelse af princippet om forbud mod forskelsbehandling, der følger af, at formodningen om moderselskabets afgørende indflydelse på sine datterselskaber ikke kan afkræftes. Det tredje anbringende vedrører tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet og retten til en retfærdig rettergang. Det fjerde anbringende vedrører tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet, idet Arkemas omsætning er medtaget to gange ved fastsættelsen af sanktionsgrundlaget.

A — *Det første anbringende om Rettens manglende hensyntagen til de regler, der regulerer tilfælde, hvor datterselskabets praksis tilregnes moderselskabet*

9. Appellanten har med det første anbringende i det væsentlige gjort gældende, at Retten ved undersøgelsen af de beviser, appellanten havde fremlagt for at godtgøre selskabets selvstændighed på markedet og for at afkræfte Kommissionens formodning vedrørende Elf Aquitaine, pålagde appellanten en reel probatio diabolica i strid med de regler, der regulerer tilfælde, hvor datterselskabets praksis tilregnes moderselskabet, og med retten til en retfærdig rettergang, således som den er knæsat i artikel 6, stk. 1, i den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder.

10. Jeg erindrer om, således som Retten gjorde det i den appellerede doms præmis 67-69, at det fremgår af retspraksis, at i det særlige tilfælde, hvor et moderselskab ejer 100 % af kapitalen i det datterselskab, der har overtrådt Fællesskabets konkurrenceregler, er det således, dels at dette moderselskab udøver

en afgørende indflydelse på dette datterselskabs adfærd [7], dels at der er en formodning, der kan afkræftes, om at dette moderselskab faktisk udøver en sådan indflydelse [8]. Under disse omstændigheder er det tilstrækkeligt, at Kommissionen beviser, at hele kapitalen i et datterselskab ejes af moderselskabet for at formode, at moderselskabet udøver en afgørende indflydelse på datterselskabets handelspolitik. Kommissionen vil derefter være i stand til at anse moderselskabet for solidarisk ansvarligt for betaling af den bøde, som er pålagt datterselskabet, medmindre dette moderselskab, som det påhviler at afkræfte den pågældende formodning, fører tilstrækkelige beviser med henblik på at bevise, at dets datterselskab optræder selvstændigt på markedet [9].

11. Appellantens klagepunkt vedrører nærmere bestemt den appellerede doms præmis 76, hvori Retten bemærkede følgende:

»For så vidt angår berettigelsen af de beviser, som sagsøgeren har fremlagt for at godtgøre sin selvstændighed, skal det anføres, at det forhold, at Elf Aquitaine kun er et holdingselskab, der ikke er et driftsselskab, og som kun i mindre omfang griber ind i datterselskabernes forvaltning, ikke er tilstrækkeligt til at udelukke, at selskabet udøver en afgørende indflydelse på sagsøgerens adfærd ved navnlig at koordinere dets økonomiske investeringer inden for Elf Aquitaine koncernen. I sammenhæng med en koncern af selskaber har et holdingselskab, der navnlig koordinerer de økonomiske investeringer inden for koncernen, nemlig ret til at omfordele aktierne i de forskellige selskaber og har til opgave at sikre ledelsens enhed, navnlig gennem denne kontrol med budgetterne.«

12. Ifølge appellanten, som har bekræftet, at holdingselskabet har »til opgave« at sikre datterselskabernes ledelses enhed, gjorde Retten det retligt umuligt at afkræfte formodningen om moderselskabets afgørende indflydelse på datterselskabets adfærd, fordi ethvert forsøg på at godtgøre datterselskabets selvstændige adfærd, stred mod denne opgave, som Retten anerkendte, at holdingselskaber havde, og var derfor dømt til at mislykkes.

13. Det skal indledningsvis anføres, således som Kommissionen har gjort det i svarskriftet i appellen, at Arkema hverken har anfægtet det formodningsprincip, som Kommissionen anvendte mod Elf Aquitaine, eller det forhold, at denne formodning finder anvendelse under denne sags omstændigheder (hvor moderselskabet ejer 98 % af kapitalen i datterselskabet). Appellantens klagepunkter

7 — Jf. i denne retning, dom af 14.7.1972, sag 48/69, Imperial Chemical Industries mod Kommissionen, Sml. 1972, s. 151, org.ref.: Rec. s. 619, præmis 136 og 137, og af 10.9.2009, sag C-97/08 P, Akzo Nobel m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 8237, præmis 60.

8 — Jf. i denne retning, dom af 25.10.1983, sag 107/82, AEG-Telefunken mod Kommissionen, Sml. s. 3151, præmis 50, af 16.11.2000, sag C-286/98 P, Stora Kopparbergs Bergslags mod Kommissionen, Sml. I, s. 9925, præmis 29, og dommen i sagen Akzo Nobel m.fl. mod Kommissionen, præmis 60.

9 — Jf. dommen i sagen Akzo Nobel m.fl. mod Kommissionen, præmis 60.

er derimod kun rettet mod det ræsonnement, hvorved Retten udelukkede, at Elf Aquitaines karakter af holdingselskab, der ikke er et driftsselskab, kan være tilstrækkelig til at afkræfte denne formodning.

14. Retten anførte i den appellerede doms præmis 76 for det første, at det forhold, at et holdingselskab ikke griber direkte ind på markedet, ikke i sig selv udelukker, at det ikke kan udøve en afgørende indflydelse på datterselskabernes handelspolitik gennem en koordination af de økonomiske investeringer inden for koncernen. Retten tilsigter med en sådan udtalelse at hindre den af appellanten foreslåede ligning mellem moderselskabets rent finansielle karakter og den manglende indgriben i koncernens driftsselskabers adfærd på markedet. Appellantens klagepunkter tilsigter imidlertid heller ikke at anfægte realiteten i den konklusion, der følger af denne udtalelse, nemlig at formodningen for den faktiske udøvelse af afgørende indflydelse på datterselskabernes handelspolitik ligeledes kan anvendes på et holdingselskab, der ikke er et driftsselskab.

15. Retten begrunder dernæst en sådan konklusion ved at anføre, at »et holdingselskab, der navnlig koordinerer de økonomiske investeringer inden for koncernen, [har] ret til at omfordele aktierne i de forskellige selskaber og har til opgave at sikre ledelsens enhed, navnlig gennem denne kontrol med budgetterne«. Ifølge Arkema er det især udtalelsen i denne sætnings andet led, hvoraf det følger, at den formodning, der blev anvendt på Elf Aquitaine, faktisk ikke kan afkræftes, eftersom — således som appellanten har forklaret i replikken — »kriteriet om ledelsens enhed netop er et kriterium, som ifølge Kommissionen gør det muligt, at moderselskabet tilregnes datterselskabets praksis«.

16. Jeg anfører indledningsvis, at hvis man fulgte Arkemas ræsonnement, ville Rettens udtalelse reelt have en meget mere omfattende rækkevidde end den, som appellanten selv har tildelt den, og ville i det væsentlige indebære, at alle holdingselskaber, uanset om de er driftsselskaber eller ikke, og uafhængigt af enhver betragtning vedrørende antallet af selskabets andele af kapitalen i datterselskaberne, skal holdes ansvarlige for datterselskabernes manøvrer udelukkende henset til deres opgave med at sikre datterselskabernes ledelses enhed. Det er åbenbart, at Rettens udtalelse ikke har en sådan rækkevidde.

17. På baggrund af den sammenhæng, hvori udtalelsen befinder sig, skal den efter min opfattelse derimod anses for begrænset til holdingselskaber, der ikke er driftsselskaber, og til situationer, hvor betingelserne for anvendelse af den formodning, der blev anvendt mod Elf Aquitaine, er opfyldt.

18. I øvrigt erindrer jeg om, at det fremgår af fast retspraksis, at et moderselskab kan tilregnes adfærd udvist af et datterselskab, bl.a. når datterselskabet, selv om det er en selvstændig juridisk person, ikke frit bestemmer sin adfærd på markedet, men i det væsentlige følger instrukser fra moderselskabet [10], særligt henset til de økonomiske, organisatoriske og juridiske forbindelser mellem disse to juridiske enheder [11]. I modsætning til det, appellanten synes at have underforstået, indebærer den opgave, som Retten anerkender, at et holdingselskab, der ikke er et driftsselskab, har med hensyn til at sikre koncernselskabers ledelses enhed, imidlertid ikke nødvendigvis en indgriben i datterselskabernes handelspolitik, navnlig under de forudsætninger, der er opstillet i den ovenfor nævnte retspraksis. En sådan indgriben skal bevises, og den kan i henhold til de gældende principper på området, som appellanten ikke har anfægtet, formodes, når moderselskabet ejer hele kapitalen i datterselskaberne. I henhold til samme principper har dette selskab eller dets datterselskaber altid mulighed for at føre bevis for det modsatte.

19. På samme måde indebærer det ikke, selv om det anerkendes, således som Retten gjorde det, at opgaven for et holdingselskab, der ikke er et driftsselskab, er at sikre datterselskabernes ledelses enhed, at datterselskaberne eller moderselskabet fratages muligheden for at forsøge at afkræfte formodningen ved at føre bevis for, at en sådan opgave — selv om det antages, at den betyder, at der gribes ind i koncernens driftsselskabers handelspolitik — ikke er blevet udøvet i et konkret tilfælde. Således som det klart fremgår af den ovenfor nævnte retspraksis, vedrører denne formodning nemlig den *faktiske udøvelse* af en afgørende indflydelse fra det moderselskab, som ejer hele kapitalen i datterselskabet, på datterselskabets adfærd.

20. Det følger heraf, at udtalelsen i den appellerede doms præmis 76 i modsætning til det af appellanten anførte ikke kan forstås således, at Retten herved accepterer, at en sådan faktisk udøvelse af en afgørende indflydelse fra ethvert holdingselskab, uanset om det er et driftsselskab eller ej, ikke kan afkræftes, blot fordi det inden for koncernen har til opgave at sikre selskabernes ledelses enhed.

21. I den omtvistede præmis begrænser Retten sig nemlig til at anføre, at det ikke kan udelukkes, at et holdingselskab, der ikke er et driftsselskab — på trods af det forhold, at det ikke griber direkte ind på markedet — kan udøve en afgørende indflydelse på datterselskabernes handelspolitik, navnlig henset til dets opgave med koordination og økonomisk ledelse, og at det kan formodes, at en sådan udøvelse er effektiv, når moderselskabet ejer hele eller næsten hele kapitalen i datterselskaberne. Det er derfor, for nu at følge Rettens

10 — Jf. i denne retning dommen i sagen Imperial Chemical Industries mod Kommissionen, præmis 132 og 133, dom af 14.7.1972, sag 52/69, Geigy mod Kommissionen, Sml. 1972, s. 225, org.ref.: Rec. s. 787, præmis 44, af 21.2.1973, sag 6/72, Europemballage og Continental Can mod Kommissionen, Sml. s. 215, præmis 15, dommen i sagen Stora Kopparbergs Bergslags mod Kommissionen, præmis 26, og i sagen Akzo Nobel m.fl. mod Kommissionen, præmis 58.

11 — Jf. dommen i sagen Akzo Nobel m.fl. mod Kommissionen, præmis 58.

logik, at det ikke er tilstrækkeligt at påberåbe sig, at moderselskabet ikke er et driftsselskab, for at afkræfte en sådan formodning, som netop blot er en formodning, hvilket Retten i øvrigt selv understreger ved at citere Unionens retsinstansers faste praksis andre steder i den appellerede dom, bl.a. i præmis 67 og 82.

22. Det følger af ovenstående betragtninger, at klagepunktet vedrørende en manglende hensyntagen til de regler, der regulerer tilfælde, hvor datterselskabets praksis tilregnes moderselskabet, på grund af det forhold, at Retten angiveligt skulle have fastslået, at den formodning, der bygger på, at moderselskabet ejer hele kapitalen i datterselskabet, ikke kan afkræftes, er ugrundet, eftersom det tager udgangspunkt i en fejlagtig forståelse af den appellerede dom.

23. Klagepunktet vedrørende tilsidesættelsen af artikel 6, stk. 1, i den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder er ligeledes ugrundet, eftersom det — på trods af appellantens manglende redegørelse herfor — kun kan forstås således, at det tager udgangspunkt i samme fejlagtige forudsætning, hvorefter Retten i den appellerede dom gjorde det retligt umuligt at afkræfte formodningen.

24. Jeg foreslår derfor, at det første appelanbringende skal forkastes i sin helhed som ugrundet.

B — *Det andet anbringende om en tilsidesættelse af princippet om forbud mod forskelsbehandling*

25. Appellanten har med det andet appelanbringende gjort gældende, at Rettens anerkendelse af, at den formodning, der bygger på, at moderselskabet ejer hele kapitalen i datterselskabet, ikke kan afkræftes, ligeledes fører til en tilsidesættelse af princippet om forbud mod forskelsbehandling mellem deltagerne i et kartel, alt efter om de tilhører en koncern eller ikke. Eftersom det tager udgangspunkt i den samme forståelse af den appellerede dom, som efter min opfattelse er fejlagtig, og hvorpå det første appelanbringende støttes, er det min opfattelse, at det andet anbringende ligeledes skal forkastes som ugrundet.

C — *Det tredje anbringende om tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet og af retten til en retfærdig rettergang*

26. Appellanten har i forbindelse med det tredje appelanbringende i det væsentlige gjort gældende, at Retten som svar på det femte anbringende i førsteinstansen kun

undersøgte de argumenter, som Elf Aquitaine var fremkommet med og ikke appellantens, hvilket tilsidesatte appellantens ret til en retfærdig rettergang og ligebehandlingsprincippet. Anbringendet er rettet mod den appellerede doms præmis 112-129.

27. Jeg har ligesom Kommissionen visse vanskeligheder ved helt at forstå formålet med dette anbringende.

28. Præmis 122-129 i den appellerede dom besvarer nemlig de klagepunkter, som appellanten havde gjort gældende i førsteinstansen i forbindelse med anbringendet om, at begrundelsespligten ikke var opfyldt i beslutningen. Ved at kritisere disse punkter i forbindelse med nærværende appelanbringende synes appellanten imidlertid ikke at kritisere retten for at have undladt at sanktionere en sådan manglende begrundelse i beslutningen eller for at have foretaget en fejlagtig fortolkning af omfanget af Kommissionens begrundelsespligt, men snarere for at have undladt at realitetsbehandle Atofinas argumenter, der blev fremsat for at godtgøre, at selskabet handlede selvstændigt på markedet.

29. Under disse omstændigheder spørger jeg mig selv, om redegørelsen for dette anbringende opfylder betingelserne om klarhed, således at det kan antages til realitetsbehandling [12].

30. Hvad angår realiteten — og hvis det antages, at dette anbringende skal fortolkes således, at det gøres gældende, at Retten undlod at sanktionere, at Kommissionen angiveligt skulle have undladt at tage hensyn til alle de af Atofina fremlagte beviser eller i beslutningen at begrunde, hvorfor disse beviser ikke var relevante eller var utilstrækkelige — vil jeg påpege, at Retten i den appellerede doms præmis 127 bemærkede, at »for så vidt som Kommissionens besvarelse af de væsentlige punkter i Elf Aquitaines argumenter […] ikke kan være forskellig alt efter, om det er moderselskabet eller datterselskabet, der er omhandlet, var Kommissionen ikke forpligtet til særskilt at besvare de af sagsøgeren fremsatte argumenter«. Denne præmis henviser til præmis 75 i den appellerede dom, hvor Retten, idet den i den forudgående præmis havde fastslået, at »sagsøgerens argumenter, som tilsigter at godtgøre dennes selvstændighed, også er gjort gældende af moderselskabet […] for at bevise, at moderselskabet ikke har udøvet en afgørende indflydelse på datterselskabets handelspolitik«, konkluderede, at »Kommissionen ved at gendrive moderselskabets argumenter havde besvaret de to selskaber samlet […]«.

31. Retten gik dermed klart ud fra den forudsætning, at Atofinas og Elf Aquitaines argumenter under den administrative procedure var sammenfaldende, og at undersøgelsen af den enes argumenter omfattede den andens. Det må imidlertid konstateres, at appellanten end ikke har forsøgt at anfægte en sådan forudsætnings berettigelse. Appellanten har navnlig ikke præciseret, hvilke af Atofinas specifikke elementer — ud over de af Elf

12 — Jf. dom af 9.1.2003, sag C-178/00, Italien mod Kommissionen, Sml. I, s. 303, præmis 6, og af 15.9.2005, sag C-199/03, Irland mod Kommissionen, Sml. I, s. 8027, præmis 50.

Aquitaine fremlagte — som Kommissionen undlod at undersøge, eller for hvilke Kommissionen ikke fremkom med en tilstrækkelig begrundelse for forkastelsen, uden at Retten sanktionerede en sådan undladelse eller en sådan begrundelsesmangel.

32. Under disse omstændigheder, og for så vidt som dette anbringende skal fortolkes som præciseret i præmis 30 ovenfor, skal det derfor forkastes som ugrundet.

33. Den samme konklusion gælder efter min opfattelse ligeledes for det tilfælde, hvor anbringendet tilsigter at kritisere Retten for ikke selv at have undersøgt, om de beviser, som Atofina havde fremlagt under den administrative procedure for at godtgøre selskabets selvstændighed på markedet, var begrundede. Det fremgår nemlig af den appellerede doms præmis 76-80, at Retten foretog en sådan undersøgelse, idet den navnlig tog hensyn til argumentet om, at Elf Aquitaine er et holdingselskab, der ikke er et driftsselskab (præmis 76), angivelsen af, at Atofina aldrig til gavn for Elf Aquitaine havde iværksat en særlig oplysningspolitik på MCES-markedet (præmis 78), argumentet om, at MCES-virksomheden er en mindre del af Elf Aquitaine koncernen (præmis 79), og det forhold, at de to selskaber driver virksomhed på særskilte markeder og ikke havde samme leverandører eller kunder (præmis 80).

34. Det følger af alle ovenstående betragtninger, at det tredje appelanbringende om tilsidesættelsen af ligebehandlingsprincippet og retten til en retfærdig rettergang efter min opfattelse ikke kan tages til følge.

D — *Det fjerde anbringende om en tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet*

35. Ifølge appellanten tilsidesatte Retten proportionalitetsprincippet ved at godkende den af Kommissionen anvendte metode til beregning af den økonomiske straf, som Arkema blev pålagt på grund af gentagelse. Denne metode indebar, at Arkemas omsætning blev medtaget to gange ved beregningen af de respektive grundlag, for hvilke de på Elf Aquitaine og Arkema anvendte multiplikationsfaktorer gælder af hensyn til den afskrækkende virkning. Retten anfægtede ikke den dobbelte medtælling, men anså den for berettiget på grund af Kommissionens krav om ikke at fravige retningslinjernes beregningsmåde, idet Retten derfor gav retningslinjerne

»en absolut bindende virkning«, som de ikke har.

36. Retten redegjorde i den appellerede doms præmis 198 for, at det følger af beslutningen, at Elf Atochem på overtrædelsestidspunktet allerede havde været genstand for en tidligere kommissionsbeslutning i en sag vedrørende et kartel, på hvilket tidspunkt Atofina endnu ikke var kontrolleret af Elf Aquitaine (jf. punkt 4 ovenfor). Kommissionen anvendte af denne grund en skærpende omstændighed over for Elf Atochem på grund af gentagelse i form af en forhøjelse på 50 % af grundbeløbet for den bøde, selskabet skulle pålægges [13]. For at »isolere« en sådan bestanddel af straffen vedtog Kommissionen følgende beregningsmetode, for hvilken der er redegjort i beslutningens fodnote 222, og som er gentaget i den appellerede doms præmis 199:

»Forhøjelsen på grund af gentagelse finder kun anvendelse på Atofina (Atochem) og ikke på moderselskabet, Elf Aquitaine, fordi moderselskabet ikke kontrollerede Atofina på overtrædelsestidspunktet. Den på Elf anvendte multiplikationsfaktor på 2,5 er ikke medtaget i beregningen. Der er i stedet anvendt en multiplikationsfaktor på 1,5, som ville være anvendt, hvis Atofina havde været beslutningens eneste modtager (eftersom selskabets samlede omsætning er på 17,8 mio. EUR), for at beregne gentagelsen. Atofina er derfor pålagt en særskilt bøde på dette beløb.«

37. I den appellerede doms præmis 203 redegør Retten for den af Kommissionen anvendte metode til beregning af det hypotetiske grundbeløb, på hvilket forhøjelsen på 50 % blev anvendt på grund af Atofinas gentagelse, på følgende måde:

»12 mio. (udgangsbeløbet) x 1,5 (multiplikationsfaktoren i henhold til den fastsatte afskrækkende virkning i forhold til Arkemas omsætning) = 18 mio. + (18 mio. x 150 %) (forhøjelse på grund af overtrædelsens varighed) = 45 mio. EUR«.

38. Efter anvendelsen af denne forhøjelse på grund af gentagelse og nedsættelsen med 40 % på grund af anvendelsen af meddelelsen om formildende omstændigheder udgjorde bøden, som i sidste ende blev pålagt Arkema i henhold til beslutningens artikel 2, litra d), 13,5 mio. EUR.

39. Det skal først anføres, at i modsætning til det, som forekommer at være appellantens opfattelse, blev Arkemas omsætning ikke

13 — Jf. beslutningens punkt 314.

medtaget ved beregningen af de »grundlag«, på hvilke Kommissionen anvendte multiplikationsfaktorerne af hensyn til den afskrækkende virkning i forhold til henholdsvis Elf Aquitaine/Arkema [14] og Arkema alene, men ved fastsættelsen af selve multiplikationsfaktorerne. Således som det fremgår af beslutningens punkt 279 ff., blev udgangsbeløbet for den bøde, som Elf Aquitaine/Arkema blev pålagt, og forhøjelsen på grund af Atofinas gentagelse (12 mio. EUR) beregnet under hensyntagen til overtrædelsens grovhed og den respektive vægt af de virksomheder, der havde medvirket til overtrædelsen, skønnet på grundlag af deres markedsandele. Der blev anvendt multiplikationsfaktorer på dette udgangsbeløb for at sikre, at bøden havde en tilstrækkeligt afskrækkende virkning. Hvad angår Arkema/Elf Aquitaine blev denne faktor fastsat til 2,5 under hensyntagen til bl.a. selskabets samlede omsætning på 84,5 mia. EUR (beslutningens punkt 299 og 300), mens der blev anvendt en lavere multiplikationsfaktor på 1,5 på den forhøjelse, der fandt sted på grund af Arkemas gentagelse henset til dette selskabs samlede omsætning på 17,8 mia. EUR (beslutningens fodnote 222).

40. Det skal dernæst anføres, således som Retten gør det i den appellerede doms præmis 201, at »i henhold til retningslinjernes punkt 2 og 3 foretager Kommissionen, når den har fastsat bødens grundbeløb ud fra overtrædelsens grovhed og varighed, i givet fald en forhøjelse eller nedsættelse af beløbet på grund af skærpende eller formildende omstændigheder«. Justeringerne af grundbeløbet på denne baggrund svarer sædvanligvis til en procentdel af det samme beløb (en forhøjelse på 50 % af grundbeløbet på grund af gentagelse og en nedsættelse på 40 % af grundbeløbet på grund af formildende omstændigheder for appellanten). Disse samlede forhøjelser eller nedsættelser kan derfor reelt være forskellige afhængigt af alle de faktorer, der blev taget i betragtning ved fastsættelsen af grundbeløbet, og dermed ikke kun virksomhedens økonomiske formåen (dens omsætning), men ligeledes den rolle, virksomheden spiller på det pågældende marked (dens markedsandele) og herudover generelt overtrædelsens grovhed og varighed.

14 — Det skal erindres, at det beløb, for hvilket Arkema og Elf Aquitaine var solidarisk ansvarlige, blev beregnet således: — udgangsbeløb: 12 mio. (beslutningens punkt 296), — anvendelse af multiplikationsfaktoren på 2,5 (beslutningens punkt 300) på udgangsbeløbet: 30 mio. (mellembeløb, der ikke er gentaget i beslutningen), — forhøjelse på grund af varighed (plus 150 %), hvilket giver grundbeløbet: 75 mio. (beslutningens punkt 303), — ingen skærpende omstændigheder (beslutningens fodnote 222), — anvendelse af formildende omstændighed med en nedsættelse på 40 % (beslutningens punkt 340 og 341) af grundbeløbet: 45 mio. (beslutningens punkt 348, tredje led).

41. Hvis man derfor følger appellantens synspunkt, fører det til, at enhver forhøjelse på grund af en skærpende omstændighed indebærer, at de forskellige elementer, som

udgør grundbeløbet, medtages to gange, hvilket ikke kan godtages.

42. I øvrigt tilsigter den metode, som Kommissionen anvendte i denne sag, og hvorefter der kun foretages en ny beregning af grundbeløbet for Arkema, at undgå, at der ved beregningen af en forhøjelse af bøden, som Atofina er eneansvarlig for, anvendes en bestanddel (den på enheden Arkema/Elf Aquitaine anvendte multiplikationsfaktor), der ikke afspejler denne virksomheds reelle situation. En sådan metode, som har den følge, at forhøjelsen af grundbeløbet for Arkema neutraliseres på grund af Arkema/Elf Aquitaines større økonomiske formåen, forekommer mig derfor ikke at være kritisabel.

43. For så vidt angår valget af multiplikationsfaktorer, der er anvendt af hensyn til den afskrækkende virkning i forhold til henholdsvis Arkema/Elf Aquitaine og Arkema alene, bemærker jeg, at appellanten ikke har anfægtet den måde, hvorpå de er fastsat, eller deres niveau, men har i det væsentlige begrænset sig til at anføre, at anvendelsen heraf førte til, at virksomhedens omsætning blev medtaget to gange [15].

44. På baggrund af ovenstående betragtninger er det min opfattelse, at både klagepunktet vedrørende en tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet og klagepunktet om, at Retten begik en retlig fejl ved at fortolke Kommissionens retningslinjer således, at de fik absolut bindende virkning, savner faktisk grundlag.

45. Det fjerde appelanbringende skal derfor efter min opfattelse forkastes i sin helhed som ugrundet.

15 — Jeg erindrer i denne henseende om, at selv om der i henhold til fast retspraksis ved fastsættelsen af bøden kan tages hensyn til virksomhedens samlede omsætning, der giver et, ganske vist omtrentligt og ufuldstændigt, indtryk af virksomhedens størrelse og økonomiske styrke, må der ikke tillægges dette omsætningstal en uforholdsmæssig stor betydning i forhold til de andre elementer i vurderingen, og fastsættelsen af en passende bøde kan følgelig ikke være resultatet af en enkelt beregning på grundlag af den samlede omsætning (jf. dom af 18.5.2006, sag C-397/03 P, Archer Daniels Midland og Archer Daniels Midland Ingredients mod Kommissionen, Sml. I, s. 4429, præmis 100). I øvrigt kan Kommissionen ikke undlade at udøve sit skøn ved udelukkende og mekanisk at anvende matematiske formler (jf. dom af 16.11.2000, sag C-283/98 P, Mo och Domsjö mod Kommissionen, Sml. I, s. 9855, præmis 47).

III — Forslag til afgørelse

46. På baggrund af alle ovenstående betragtninger foreslår jeg Domstolen at forkaste appellen og at pålægge appellanten at betale sagens omkostninger i overensstemmelse med procesreglementets artikel 69, stk. 2.