CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL P. MENGOZZI van 17 februari 2011 [1]

1. De onderhavige door Arkema SA (hierna: „Arkema" of „rekwirante") ingestelde hogere voorziening strekt tot vernietiging van het arrest Arkema/Commissie [2] (hierna: „bestreden arrest") van het Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen houdende verwerping van het beroep tot nietigverklaring dat rekwirante had ingesteld tegen de beschikking van 19 januari 2005 (hierna: „beschikking") [3] waarbij de Commissie had vastgesteld dat een aantal ondernemingen, waaronder de onderneming bestaande uit rekwirante, voorheen Elf Atochem SA (hierna: „Elf Atochem") en vervolgens Atofina SA (hierna: „Atofina"), en haar moedermaatschappij Elf Aquitaine SA (hierna: „Elf Aquitaine"), inbreuk hadden gemaakt op artikel 81, lid 1, EG (thans artikel 101 VWEU) en artikel 53, lid 1, van de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte (EER) door deel te nemen aan een mededingingsregeling op de markt betreffende monochloorazijnzuur (MCAA).

I — Antecedenten van het geding, bestreden arrest, procedure voor het Hof en conclusies van partijen

2. Uit de punten 3 en volgende van het bestreden arrest blijkt dat de Commissie eind 1999 haar onderzoek betreffende de MCAA-markt is begonnen nadat zij van het bestaan van een mededingingsregeling betreffende die markt in kennis was gesteld door een van de ondernemingen die aan die regeling hadden deelgenomen. Op 14 en 15 maart 2000 heeft de Commissie verificaties ter plaatse verricht in de lokalen van onder andere Elf Atochem. Op 7 en 8 april 2004 heeft de Commissie een mededeling van punten van bezwaar toegestuurd aan twaalf vennootschappen, waaronder Elf Aquitaine en haar dochteronderneming Atofina (punten 3, 4 en 7 van het bestreden arrest).

3. De Commissie heeft Elf Aquitaine en haar dochteronderneming Arkema aansprakelijk gesteld voor de inbreuk tijdens de periode van 1 januari 1984 tot 7 mei 1999. Zij heeft geoordeeld dat het feit dat Elf Aquitaine 98 % van de aandelen van de aandelen van Atofina bezat, op zichzelf volstond om die vennootschap aansprakelijk te stellen voor de

1 — Oorspronkelijke taal: Frans.

2 — Arrest Gerecht van 30 september 2009 (T-168/05, Jurispr. blz. II-180).

3 — C(2004) 4876 def. — MCAA.

handelingen van haar dochteronderneming (punt 9 van het bestreden arrest).

4. De Commissie heeft het bedrag van de geldboeten vastgesteld overeenkomstig haar richtsnoeren voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17, respectievelijk artikel 65, lid 5, van het [KS]-Verdrag worden opgelegd [4] (hierna: „richtsnoeren"), en haar mededeling betreffende het niet opleggen of verminderen van geldboeten in zaken betreffende mededingingsregelingen [5] (punt 13 van bestreden arrest). Het bedrag van de wegens hoofdelijke en gezamenlijke aansprakelijkheid aan Elf Aquitaine en aan Arkema opgelegde geldboete bedraagt 45 miljoen EUR (artikel 2, sub c, van de beschikking en punt 30 van het bestreden arrest). Omdat de Commissie had vastgesteld dat Elf Atochem, op een tijdstip waarop Elf Aquitaine nog geen meerderheidsbelang had in Atofina, de adressaat was geweest van beschikking 94/599/EG van de Commissie van 27 juli 1994 inzake een procedure op grond van artikel [81 EG] [6], heeft zij laatstgenoemde nog een afzonderlijke geldboete opgelegd om rekening te houden met deze recidive. Deze geldboete bedraagt 13,5 miljoen EUR (artikel 2, sub d, van de beschikking en punt 30 van het bestreden arrest).

5. Op 25 april 2005 heeft Arkema een beroep tot nietigverklaring van deze beschikking ingesteld. Daarin vorderde zij dat het Gerecht, primair, de artikelen 1, sub d, 2, sub c, en 4, lid 9, van de beschikking nietig verklaart voor zover deze betrekking hebben op Elf Aquitaine, en bijgevolg artikel 2, sub c en d, van de beschikking herziet, en subsidiair, artikel 2, sub c en d, van de beschikking herziet teneinde het bedrag van de geldboete te verlagen. Ter ondersteuning van haar beroep voerde Arkema acht middelen aan. Ter ondersteuning van haar vordering tot nietigverklaring voerde zij als eerste middel aan, onjuiste toepassing van de regels betreffende de toerekenbaarheid van de praktijken van een dochteronderneming aan haar moedermaatschappij en discriminerende behandeling van de groep Elf Aquitaine, als tweede middel schending van het beginsel van de juridische en commerciële autonomie van de dochteronderneming doordat wordt uitgegaan van het feit dat de moedermaatschappij een beslissende invloed uitoefent, als derde middel schending van het beginsel van de persoonlijke aansprakelijkheid, als vierde middel discriminatie van ondernemingen op grond van de juridische organisatie en de omvang van de onderneming en als vijfde middel schending van wezenlijke vormvoorschriften. Ter ondersteuning van haar vordering tot herziening van de beschikking voerde zij een zesde middel aan, betreffende schending van het evenredigheidsbeginsel bij de vaststelling van het uitgangsbedrag voor de geldboete. Als zevende middel voerde zij schending van het evenredigheidsbeginsel bij de vaststelling van de ter afschrikking toe te passen vermenigvuldigingscoëfficiënt aan. Als achtste middel voerde zij schending van het evenredigheidsbeginsel bij de vaststelling van het bedrag van de geldboete voor de duur van de inbreuk aan. Ten slotte voerde zij, subsidiair, nog een negende middel aan, betreffende schending van het evenredigheidsbeginsel bij de vaststelling

4 — PB 1998, C 9, blz. 3.
5 — PB 1996, C 207, blz. 4.
6 — PB L 239, blz. 14.

van de ter afschrikking toe te passen vermenigvuldigingscoëfficiënt doordat de Commissie de omzet van Arkema tweemaal in aanmerking zou hebben genomen (punten 41-43 van het bestreden arrest).

6. In het bestreden arrest heeft het Gerecht alle primair en subsidiair aangevoerde middelen afgewezen en Arkema in de kosten verwezen.

7. Bij akte, neergelegd ter griffie van het Hof op 15 december 2009, heeft rekwirante de onderhavige hogere voorziening ingesteld. Zij verzoekt het Hof het bestreden arrest te vernietigen en de Commissie in de kosten te verwijzen. De Commissie concludeert, de hogere voorziening af te wijzen en rekwirante in de kosten te verwijzen. Ter terechtzitting van 25 november 2010 zijn de vertegenwoordigers van partijen gehoord.

II — De hogere voorziening

8. Ter ondersteuning van haar hogere voorziening voert rekwirante vier middelen aan. Het eerste middel betreft onjuiste toepassing door het Gerecht van de regels betreffende de toerekenbaarheid van de praktijken van een dochteronderneming aan haar moedermaatschappij. Het tweede middel betreft schending van het discriminatieverbod doordat wordt uitgegaan van een onweerlegbaar vermoeden dat de moedermaatschappij beslissende invloed uitoefent op haar dochterondernemingen. Het derde middel betreft schending van het beginsel van gelijke behandeling en van het recht op een eerlijk proces. Het vierde middel betreft schending van het evenredigheidsbeginsel doordat de omzet van Arkema tweemaal in aanmerking is genomen voor de vaststelling van de berekeningsgrondslag van de sanctie.

A — *Eerste middel: onjuiste toepassing door het Gerecht van de regels betreffende de toerekenbaarheid van de praktijken van een dochteronderneming aan haar moedermaatschappij*

9. Als eerste middel stelt rekwirante, zakelijk weergegeven, dat het Gerecht bij het onderzoek van de bewijzen die zij had aangedragen om haar autonomie op de markt aan te tonen en het vermoeden te weerleggen waarvan de Commissie jegens Elf Aquitaine was uitgegaan, haar een ware probatio diabolica heeft opgelegd en daardoor zowel inbreuk heeft gemaakt op de regels betreffende de toerekenbaarheid van de praktijken van een dochteronderneming aan haar moedermaatschappij als op haar recht op een eerlijk proces, zoals dat is geformuleerd in artikel 6, lid 1, van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden.

10. Ik herinner eraan, net als het Gerecht in de punten 67 tot en met 69 van het bestreden arrest heeft gedaan, dat volgens de rechtspraak in het bijzondere geval waarin een moedermaatschappij 100 % van het kapitaal in handen heeft van haar dochteronderneming die een inbreuk op de communautaire

mededingingsregels heeft gemaakt, enerzijds deze moedermaatschappij beslissende invloed kan uitoefenen op het gedrag van deze dochteronderneming [7], en anderzijds er een weerlegbaar vermoeden bestaat dat die moedermaatschappij daadwerkelijk een dergelijke beslissende invloed uitoefent. [8] In die omstandigheden volstaat het dat de Commissie bewijst dat het gehele kapitaal van een dochteronderneming in handen is van de moedermaatschappij, om te vermoeden dat deze laatste beslissende invloed uitoefent op het commerciële beleid van de dochteronderneming. De Commissie kan de moedermaatschappij vervolgens hoofdelijk aansprakelijk stellen voor de betaling van de aan de dochteronderneming opgelegde geldboete, tenzij de moedermaatschappij, die dat vermoeden dient te weerleggen, afdoende bewijzen overlegt dat haar dochteronderneming zich op de markt autonoom gedraagt. [9]

11. De grieven van rekwirante betreffen vooral punt 76 van het bestreden arrest, waarin het Gerecht heeft overwogen:

„Wat de gegrondheid betreft van de bewijzen die verzoekster heeft aangedragen om haar autonomie aan te tonen, dient erop te worden gewezen dat het feit dat Elf Aquitaine slechts een niet-operationele holding is die zich zeer weinig bemoeit met het beheer van haar dochterondernemingen, nog niet uitsluit dat zij een beslissende invloed uitoefent op het gedrag van verzoekster door met name de financiële investeringen binnen de groep Elf Aquitaine te coördineren. Binnen een groep van vennootschappen zal een holding die met name de financiële investeringen binnen de groep coördineert, immers de deelnemingen in verschillende vennootschappen hergroeperen en bestaat haar functie erin, met name door deze zeggenschap over de middelen te zorgen voor eenheid in bestuur."

12. Volgens rekwirante heeft het Gerecht, door te verklaren dat de „functie" van de holding erin bestaat te zorgen voor eenheid in het bestuur van de dochterondernemingen, het vermoeden dat de moedermaatschappij een beslissende invloed uitoefent op het gedrag van haar dochteronderneming, juridisch onweerlegbaar gemaakt, omdat elke poging om aan te tonen dat de dochteronderneming zich op de markt autonoom gedraagt, ingaat tegen de functie die holdings volgens het Gerecht hebben, en dus tot mislukken is gedoemd.

13. Om te beginnen zij erop gewezen, zoals de Commissie in haar memorie van antwoord op de hogere voorziening heeft gedaan, dat Arkema noch het principe van het door de Commissie jegens Elf Aquitaine toegepaste vermoeden betwist, noch het feit dat dit vermoeden van toepassing is in de omstandigheden van het onderhavige geval (een moedermaatschappij die 98 % van het kapitaal van de dochteronderneming bezit). De grieven

7 — Zie in die zin arresten van 14 juli 1972, Imperial Chemical Industries/Commissie (48/69, Jurispr. blz. 619, punten 136 en 137), en 10 september 2009, Akzo Nobel e.a./Commissie, (C-97/08 P, Jurispr. blz. I-8237, punt 60).

8 — Zie in die zin arresten van 25 oktober 1983, AEG[-Telefunken]/Commissie (107/82, Jurispr. blz. 3151, punt 50), en 16 november 2000, Stora Kopparbergs Bergslags/Commissie (C-286/98 P, Jurispr. blz. I-9925, punt 29), en arrest Akzo Nobel e.a./Commissie, reeds aangehaald, punt 60.

9 — Zie arrest Akzo Nobel e.a./Commissie, reeds aangehaald, punt 60.

van rekwirante zijn uitsluitend gericht tegen de redenering die ten grondslag ligt aan de opvatting van het Gerecht dat de omstandigheid dat Elf Aquitaine een niet-operationele holding is, niet volstaat om dat vermoeden te weerleggen.

14. In punt 76 van het bestreden arrest heeft het Gerecht allereerst overwogen dat het feit dat een holding niet rechtstreeks werkzaam is op de markt, op zichzelf niet uitsluit dat deze holding bij wege van coördinatie van de financiële investeringen binnen de groep een beslissende invloed kan uitoefenen op het commerciële beleid van haar dochterondernemingen. Met deze overweging verwerpt het Gerecht de stelling van rekwirante dat de zuiver financiële aard van de moedermaatschappij impliceert dat deze geen invloed uitoefent op het marktgedrag van de operationele vennootschappen van de groep. De grieven van rekwirante zijn in feite ook niet gericht tegen de uit deze overweging voortvloeiende conclusie, namelijk dat het vermoeden dat daadwerkelijk een beslissende invloed wordt uitgeoefend op het commerciële beleid van de dochterondernemingen, ook kan worden toegepast op een niet-operationele holding.

15. Vervolgens rechtvaardigt het Gerecht zijn opvatting door te verklaren dat „een holding die met name de financiële investeringen binnen de groep coördineert, [...] de deelnemingen in verschillende vennootschappen [zal] hergroeperen en [dat] haar functie erin [bestaat], met name door deze zeggenschap over de middelen te zorgen voor eenheid in bestuur". Volgens Arkema vloeit inzonderheid uit dit tweede deel van die zin voort dat het op Elf Aquitaine toegepaste vermoeden de facto onweerlegbaar is, aangezien, zoals rekwirante in haar memorie van antwoord heeft uitgelegd, „volgens de Commissie juist wegens die eenheid van bestuur de praktijken van een dochteronderneming aan de moedermaatschappij kunnen worden toegerekend".

16. Er zij meteen op gewezen dat indien de redenering van Arkema zou worden gevolgd, de overweging van het Gerecht in werkelijkheid een veel ruimere strekking zou hebben dan degene die rekwirante zelf eraan toekent en in wezen zou neerkomen op de opvatting dat elke al dan niet operationele holding ongeacht de omvang van haar deelneming in het kapitaal van haar dochterondernemingen aansprakelijk moet worden gehouden voor de handelingen van deze laatste op de enkele grond dat haar functie erin bestaat te zorgen voor eenheid in het bestuur van die dochterondernemingen. Het is duidelijk dat de overweging van het Gerecht die strekking niet heeft.

17. Mijns inziens moet die overweging, gelet op de context waarin zij is geformuleerd, worden geacht alleen te gelden voor niet-operationele holdings in situaties waarin de voorwaarden voor toepassing van het jegens Elf Aquitaine gehanteerde vermoeden zijn vervuld.

18. Overigens zij eraan herinnerd dat volgens vaste rechtspraak de gedragingen van een dochteronderneming aan de moedermaatschappij kunnen worden toegerekend, met name wanneer die dochteronderneming, hoewel zij een afzonderlijke rechtspersoonlijkheid heeft, niet autonoom haar marktgedrag bepaalt, maar in hoofdzaak de haar door de moedermaatschappij verstrekte instructies volgt [10], met name gelet op de economische, organisatorische en juridische banden die de twee juridische entiteiten verenigen. [11] Anders dan rekwirante lijkt te suggereren, impliceert het verzekeren van de eenheid van bestuur van de vennootschappen van een groep, de functie die een niet-operationele holding volgens het Gerecht heeft, niet noodzakelijk dat die holding zich bemoeit met het commerciële beleid van haar dochterondernemingen, met name volgens de eisen die bovengenoemde rechtspraak daaraan stelt. Een dergelijke bemoeienis moet worden aangetoond en volgens de ter zake geldende beginselen, die door rekwirante niet worden bestreden, kan zij worden vermoed wanneer de moedermaatschappij het volledige kapitaal van haar dochterondernemingen bezit. Volgens diezelfde beginselen hebben die moedermaatschappij en haar dochterondernemingen steeds de mogelijkheid om het tegenbewijs te leveren.

19. Verder ontneemt de erkenning door het Gerecht dat de functie van een niet-operationele holding erin bestaat de eenheid van bestuur van de dochterondernemingen te verzekeren, deze dochterondernemingen of hun moedermaatschappij niet de mogelijkheid om te proberen dat vermoeden te weerleggen door het bewijs te leveren dat die functie, ook al zou zij kunnen uitlopen op een bemoeienis met het commerciële beleid van de operationele vennootschappen van de groep, in concreto niet daadwerkelijk is uitgeoefend, en om op die manier te proberen dat vermoeden te weerleggen. Uit de hierboven aangehaalde rechtspraak blijkt immers duidelijk dat dit vermoeden ziet op de *daadwerkelijke uitoefening* van beslissende invloed door de moedermaatschappij die het volledige kapitaal van haar dochteronderneming bezit, op het gedrag van deze laatste.

20. Hieruit volgt dat, anders dan rekwirante betoogt, de overweging in punt 76 van het bestreden arrest niet aldus kan worden opgevat dat daarin wordt gezegd dat elke al dan niet operationele holding, door het feit alleen dat haar functie binnen een groep van vennootschappen erin bestaat, de eenheid van bestuur van die vennootschappen te verzekeren, onvermijdelijk daadwerkelijk een beslissende invloed uitoefent.

21. In de omstreden passage zegt het Gerecht immers alleen dat het niet is uitgesloten dat een niet-operationele holding, ondanks het feit dat zij niet rechtstreeks actief is op de markt, een beslissende invloed uitoefent op het commerciële beleid van haar dochterondernemingen, met name gelet op het feit dat haar functie specifiek bestaat in coördinatie en financieel bestuur, en dat wanneer die holding het volledige of nagenoeg volledige kapitaal van haar dochterondernemingen bezit, mag worden vermoed dat zij daadwerkelijk een dergelijke invloed uitoefent. In de logica

10 — Zie in die zin arrest Imperial Chemical Industries/Commissie, reeds aangehaald, punten 132 en 133; arresten van 14 juli 1972, Geigy/Commissie (52/69, Jurispr. blz. 787, punt 44), en 21 februari 1973, Europemballage en Continental Can/Commissie (6/72, Jurispr. blz. 215, punt 15); arresten Stora Kopparbergs Bergslags/Commissie, reeds aangehaald, punt 26, en Akzo Nobel e.a./Commissie, reeds aangehaald, punt 58.

11 — Zie arrest Akzo Nobel e.a./Commissie, reeds aangehaald, punt 58.

van de redenering van het Gerecht volstaat een beroep op het feit dat de betrokken holding een niet-operationele holding is, dan ook niet voor het weerleggen van een dergelijk vermoeden, dat een weerlegbaar vermoeden blijft, zoals het Gerecht zelf trouwens onder verwijzing naar vaste rechtspraak van de rechterlijke instanties van de Unie heeft beklemtoond in andere passages van het bestreden arrest en met name in de punten 67 en 82.

22. Bijgevolg is de grief dat het Gerecht de regels betreffende de toerekenbaarheid van de praktijken van een dochteronderneming aan haar moedermaatschappij onjuist heeft toegepast door aan te nemen dat het op het bezit door de moederschappij van het volledige kapitaal van haar dochteronderneming gebaseerde vermoeden onweerlegbaar is, ongegrond omdat hij op een onjuiste lezing van het bestreden arrest berust.

23. Ongegrond is ook de grief inzake schending van artikel 6, lid 1, Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden omdat deze grief, ondanks het feit dat hij door rekwirante niet nader is uitgewerkt, slechts aldus kan worden gelezen dat hij uitgaat van dezelfde onjuiste premisse dat het Gerecht het in het bestreden arrest juridisch onmogelijk heeft gemaakt dat vermoeden te weerleggen.

24. Bijgevolg stel ik voor, het eerste middel van de hogere voorziening volledig ongegrond te verklaren.

B — *Tweede middel: schending van het discriminatieverbod*

25. Als tweede middel in hogere voorziening voert rekwirante aan dat de overweging van het Gerecht betreffende de onweerlegbaarheid van het vermoeden dat is gebaseerd op de omstandigheid dat de moedermaatschappij het volledige kapitaal van haar dochteronderneming bezit, ook uitloopt op een schending van het verbod van discriminatie tussen de deelnemers aan een mededingingsregeling naargelang deze al dan niet tot een groep behoren. Aangezien dit tweede middel op dezelfde — mijns inziens onjuiste — lezing van het bestreden arrest berust, dient het mijns inziens eveneens ongegrond te worden verklaard.

C — *Derde middel: schending van het beginsel van gelijke behandeling en van het recht op een eerlijk proces*

26. Als derde middel in hogere voorziening voert rekwirante, zakelijk weergegeven, aan dat het Gerecht in antwoord op het vijfde middel van haar beroep, slechts de door Elf

Aquitaine en niet de door haarzelf aangevoerde argumenten heeft onderzocht en daardoor inbreuk heeft gemaakt op haar recht op een eerlijk proces en op het beginsel van gelijke behandeling. Het middel is gericht tegen de punten 122 tot en met 129 van het bestreden arrest.

27. Net als de Commissie valt het mij moeilijk het voorwerp van dit middel volledig te vatten.

28. In de punten 122 tot en met 129 van het bestreden arrest wordt immers geantwoord op de grieven die rekwirante in eerste aanleg in het kader van haar middel inzake ontoereikende motivering van de beschikking had aangevoerd. In de kritiek die rekwirante in het kader van het onderhavige middel in hogere voorziening op die punten van het bestreden arrest levert, lijkt zij het Gerecht echter niet te verwijten geen gevolgen te hebben verbonden aan een dergelijke ontoereikende motivering van de beschikking of de omvang van de op de Commissie rustende motiveringsverplicht verkeerd te hebben begrepen, maar veeleer te hebben nagelaten nader in te gaan op de argumenten die Atofina had aangevoerd ten bewijze dat zij zich autonoom gedroeg op de markt.

29. In die omstandigheden vraag ik mij af of de uiteenzetting van het onderhavige middel voldoet aan de voor de ontvankelijkheid ervan gestelde voorwaarde van duidelijkheid. [12]

30. Wat de grond van de zaak betreft, en in de veronderstelling dat het onderhavige middel aldus dient te worden uitgelegd dat daarin wordt gesteld dat het Gerecht heeft nagelaten gevolgen te verbinden aan een gesteld verzuim van de Commissie om rekening te houden met de door Atofina aangedragen bewijzen of aan een de beschikking aantastende ontoereikende motivering van de beslissing om die bewijzen niet ter zake dienend of ontoereikend te verklaren, wijs ik erop dat het Gerecht in punt 127 van het bestreden arrest overweegt dat „aangezien het antwoord van de Commissie op de wezenlijke punten van het betoog van Elf Aquitaine [...] niet mocht verschillen naargelang de moedermaatschappij dan wel de dochteronderneming in geding was, de Commissie niet afzonderlijk diende te antwoorden op de door verzoekster aangevoerde argumenten". Dat punt verwijst naar punt 75 van het bestreden arrest, waarin het Gerecht, na in punt 74 te hebben vastgesteld dat „de argumenten die verzoekster aanvoert om haar autonomie aan te tonen [...] ook door de moedermaatschappij [...] zijn aangevoerd om aan te tonen dat zij geen beslissende invloed uitoefent op het commerciële beleid van haar dochteronderneming", heeft geconcludeerd dat „de Commissie, door de argumenten van de moedermaatschappij van de hand te wijzen, globaal op de argumenten van de twee vennootschappen heeft geantwoord".

31. Het Gerecht is dus duidelijk uitgegaan van de premisse dat de argumenten die Atofina en die welke Elf Aquitaine tijdens de administratieve heeft aangevoerd, samenvielen en dat het door de ene te onderzoeken dus ook de andere had onderzocht. Vaststaat echter dat rekwirante zelfs niet probeert de gegrondheid van die premisse te betwisten. Zij geeft met name niet aan welke specifiek door Atofina aangedragen elementen die niet tevens door Elf Aquitaine waren aangedragen,

12 — Zie arresten van 9 januari 2003, Italië/Commissie (C-178/00, Jurispr. blz. I-303, punt 6), en 15 september 2005, Ierland/Commissie (C-199/03, Jurispr. blz. I-8027, punt 50).

de Commissie niet zou hebben onderzocht of zonder afdoende motivering van de hand zou hebben gewezen, verzuim of ontoereikende motivering waaraan het Gerecht geen gevolgen zou hebben verbonden.

32. In die omstandigheden moet het onderhavige middel ongegrond worden verklaard voor zover het op de in punt 30 hierboven beschreven wijze dient te worden begrepen.

33. Dit dient mijns inziens ook de conclusie te zijn indien dit middel erop gericht zou zijn het Gerecht te verwijten dat het niet zelf de gegrondheid heeft onderzocht van de bewijzen die Atofina in de loop van de administratieve procedure heeft aangedragen om haar autonomie op de markt aan te tonen. Uit de punten 76 tot en met 80 van het bestreden arrest blijkt immers dat het Gerecht wel degelijk een dergelijk onderzoek heeft verricht en daarbij met name rekening heeft gehouden met het argument dat Elf Aquitaine een niet-operationele holding is (punt 76), met de stelling dat Atofina ten behoeve van Elf Aquitaine nooit een specifiek beleid van informatie over de MCAA-markt heeft gevoerd (punt 78), met het argument dat de MCAA-activiteiten van gering belang waren binnen de groep Elf Aquitaine (punt 79) en met het feit dat de twee vennootschappen werkzaam waren op verschillende markten en dat tussen hen geen band van leverancier-afnemer bestond (punt 80).

34. Uit een en ander volgt mijns inziens dat het derde middel in hogere voorziening, betreffende schending van het beginsel van gelijke behandeling en van het recht op een eerlijk proces, in geen geval kan slagen.

D — *Vierde middel: schending van het evenredigheidsbeginsel*

35. Volgens rekwirante heeft het Gerecht het evenredigheidsbeginsel geschonden door geen probleem te zien in de methode die de Commissie heeft gevolgd voor de berekening van de op de recidive van Arkema betrekking hebbende component van de geldelijke sanctie. Deze methode zou inhouden dat de omzet van Arkema tweemaal in aanmerking wordt genomen voor de berekening van het bedrag waarop de respectievelijk voor Elf Aquitaine en Arkema vastgestelde vermenigvuldigingscoëfficiënten voor afschrikking worden toegepast. Het Gerecht zou het bestaan van die dubbeltelling niet hebben ontkend, maar zou hebben geoordeeld dat deze wordt gerechtvaardigd door de eis dat de Commissie niet afwijkt van de in de richtsnoeren vastgestelde berekeningsmethode, en zou daardoor aan

deze richtsnoeren „een absolute verbindende kracht" hebben verleend die deze niet hebben.

36. In punt 198 van het bestreden arrest stelt het Gerecht vast dat uit de beschikking blijkt dat Elf Atochem op het tijdstip van de inbreuk reeds het voorwerp was geweest van een eerdere beschikking van de Commissie in een zaak betreffende een mededingingsregeling op een tijdstip waarop Elf Aquitaine nog geen meerderheidsbelang had in Atofina (zie punt 4 hierboven). Om die reden heeft de Commissie jegens Elf Atochem recidive als verzwarende omstandigheid in aanmerking genomen en uit dien hoofde het basisbedrag voor de op te leggen geldboete met 50 % verhoogt. [13] Om die component van de sanctie te „isoleren" heeft de Commissie de volgende in voetnoot 222 van de beschikking uiteengezette en in punt 199 van het bestreden arrest overgenomen methode gehanteerd:

„De verhoging voor recidive geldt alleen voor Atofina (Atochem) en niet voor de moedermaatschappij Elf Aquitaine, omdat deze ten tijde van de inbreuk nog geen meerderheidsbelang had in Atofina. De voor Elf Aquitaine toegepaste vermenigvuldigingscoëfficiënt 2,5 is niet in de berekening begrepen. In de plaats daarvan zal de vermenigvuldigingscoëfficiënt 1,5 — de coëfficiënt die zou zijn toegepast indien Atofina de enige adressaat van de beschikking ware geweest (rekening houdende met haar wereldwijde omzet van 17,8 miljard EUR) — worden toegepast voor de berekening van de verhoging uit hoofde van recidive. Aan Atofina alleen zal dus een aparte geldboete ten belope van dat bedrag worden opgelegd."

37. In punt 203 van het bestreden arrest geeft het Gerecht de volgende beschrijving van de berekening die de Commissie heeft toegepast voor de vaststelling van het hypothetische basisbedrag waarop de verhoging met 50 % uit hoofde van de recidive van Atofina is toegepast:

„12 miljoen (uitgangsbedrag) x 1,5 (vermenigvuldigingscoëfficiënt voor afschrikking vastgesteld gelet op de omzet van Arkema) = 18 miljoen + (18 miljoen x 150 %) (verhoging uit hoofde van de duur van de inbreuk) = 45 miljoen EUR".

38. Na toepassing op dit bedrag van de verhoging uit hoofde van recidive en van de verlaging met 40 % uit hoofde van de toepassing van de clementiemededeling, is bij artikel 2, sub d, van de beschikking aan Arkema uiteindelijk een geldboete van 13,5 miljoen EUR opgelegd.

39. Allereerst dient erop te worden gewezen dat, anders dan rekwirante lijkt aan te nemen, de omzet van Arkema niet in aanmerking is

13 — Zie punt 314 van de beschikking.

genomen voor de berekening van de „bedragen" waarop de Commissie de respectievelijk voor Elf Aquitaine/Arkema [14] en voor Arkema alleen vastgestelde vermenigvuldigingscoëfficiënten voor afschrikking heeft toegepast, maar alleen voor de vaststelling van de vermenigvuldigingscoëfficiënten zelf. Uit de punten 279 en volgende van de beschikking blijkt immers dat voor de berekening van het voor Elf Aquitaine/Arkema aangenomen uitgangsbedrag en van de verhoging uit hoofde van de recidive van Atofina (12 miljoen EUR) rekening is gehouden met de zwaarte van de inbreuk en met de respectieve, op basis van het marktaandeel geraamde omvang van de ondernemingen die aan de inbreuk hebben deelgenomen. Op dit uitgangsbedrag zijn vermenigvuldigingscoëfficiënten toegepast om ervoor te zorgen dat de geldboete voldoende afschikkend werkt. Voor Arkema/Elf Aquitaine is deze vermenigvuldigingscoefficiënt, met name gelet op de wereldwijde omzet van 84,5 miljard EUR van deze onderneming (punten 299 en 300 van de beschikking) vastgesteld op 2,5 terwijl voor de alleen voor Arkema toegepaste verhoging uit hoofde van recidive de lagere vermenigvuldigingscoëfficiënt van 1,5 gelet op de wereldwijde omzet van 17,8 miljard EUR van deze onderneming (voetnoot 222 van de beschikking) is toegepast.

40. Verder dient te worden opgemerkt, zoals het Gerecht in punt 201 van het bestreden arrest heeft gedaan, dat „volgens de punten 2 en 3 van de richtsnoeren de Commissie, na met inaanmerkingneming van de zwaarte en de duur van de inbreuk het basisbedrag voor de geldboete te hebben vastgesteld, dat bedrag in voorkomend geval verhoogt of verlaagt wegens verzwarende of verzachtende omstandigheden." De uit dien hoofde verrichte aanpassingen van het basisbedrag komen doorgaans overeen met een percentage van dat bedrag (in het geval van rekwirante een verhoging van het basisbedrag met 50 % uit hoofde van recidive en een verlaging van het basisbedrag met 40 % uit hoofde van de clementieregeling). Bijgevolg kan het absolute bedrag van deze verhogingen en verlagingen variëren naargelang van de factoren die in aanmerking zijn genomen voor de vaststelling van het basisbedrag, en dus niet alleen naargelang van de financiële draagkracht van de onderneming (haar omzet) maar ook naargelang van haar rol op de betrokken markt (haar marktaandeel) en, meer algemeen, van de zwaarte en de duur van de inbreuk.

14 — Ter herinnering, het bedrag tot betaling waarvan Arkema en Elf Aquitaine hoofdelijk zijn gehouden, is berekend als volgt: — Uitgangsbedrag: 12 miljoen (punt 296 van de beschikking); — Toepassing van de vermenigvuldigingcoëfficiënt 2,5 (punt 300 van de beschikking) op het uitgangsbedrag: 30 miljoen (in de beschikking niet genoemd tussenbedrag); — Verhoging uit hoofde van de duur (plus 150 %) leidt tot een basisbedrag van 75 miljoen (punt 303 van de beschikking); — Geen verzwarende omstandigheid (voetnoot 222 van de beschikking) — Toepassing van een verlaging met 40 % uit hoofde van de clementieregeling (punten 340 en 341 van de beschikking) op het basisbedrag: 45 miljoen (punt 348, derde streepje, van de beschikking).

41. De stelling van rekwirante komt er dus op neer dat elke verhoging wegens een verzwarende omstandigheid een dubbeltelling van de verschillende bestanddelen van het

basisbedrag inhoudt, en die stelling kan niet kan worden aanvaard.

42. De door de Commissie in het onderhavige geval toegepaste methode, namelijk het basisbedrag herberekenen voor Arkema alleen, was trouwens bedoeld om te vermijden dat voor de berekening van een verhoging van de geldboete uit hoofde van een factor waarover alleen Atofina aansprakelijk was, een component (de voor de entiteit Arkema/Elf Aquitaine toegepaste vermenigvuldigingsfactor) zou worden gehanteerd die de daadwerkelijke situatie van die onderneming niet weergeeft. Een dergelijke methode, die tot gevolg heeft gehad dat een verhoging van het basisbedrag wegens de grotere financiële draagkracht van Arkema/Elf Aquitaine voor Arkema is geneutraliseerd, verdient mijns inziens op zichzelf dus geen afkeuring.

43. Met betrekking tot de keuze van de respectievelijk voor Arkema/Elf Aquitaine en Arkema alleen toegepaste vermenigvuldigingscoëfficiënten ter afschrikking, zij opgemerkt dat rekwirante niet opkomt tegen de wijze waarop deze coëfficiënten zijn vastgesteld en ook niet tegen de hoogte ervan, maar alleen stelt dat de toepassing ervan tot een dubbeltelling van haar omzet heeft geleid. [15]

44. Gelet op een en ander ben ik van mening dat zowel de grief inzake schending van het evenredigheidsbeginsel als de grief dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door ervan uit te gaan dat de richtsnoeren van de Commissie absolute verbindende kracht hebben, feitelijke grondslag mist.

45. Bijgevolg moet het vierde middel in hogere voorziening mijns inziens in zijn geheel ongegrond worden verklaard.

15 — Voor zoveel als nodig zij er dienaangaande aan herinnerd dat volgens de rechtspraak voor de vaststelling van het bedrag van de geldboete weliswaar rekening mag worden gehouden met de totale omzet van de onderneming, die — zij het ook bij benadering en onvolkomen — een aanwijzing vormt voor de omvang en de economische macht van deze laatste, maar dat aan dit cijfer geen belang mag worden toegekend dat niet in verhouding staat tot de overige beoordelingselementen, en de vaststelling van een passende geldboete dus niet de resultante kan zijn van een eenvoudige berekening op basis van de totale omzet [zie arrest Hof van 18 mei 2006, Archer Daniels Midland en Archer Daniels Midland Ingredients/Commissie (C-397/03 P, Jurispr. blz. I-4429, punt 100)]. De Commissie kan overigens geen afstand doen van haar beoordelingsvrijheid ter zake van de vaststelling van het bedrag van de geldboete door uitsluitend en mechanisch wiskundige formules toe te passen [zie arrest Hof van 16 november 2000, Mo och Domsjö/Commissie (C-283/98 P, Jurispr. blz. I-9855, punt 47)].

III — Conclusie

46. Mitsdien geef ik het Hof in overweging, de hogere voorziening af te wijzen en rekwirante overeenkomstig artikel 69, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering te verwijzen in de kosten.