FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT PAOLO MENGOZZI
föredraget den 17 februari 2011 [1]

1. Arkema SA (nedan kallat Arkema eller klaganden) har ingett förevarande överklagande med yrkande om att domen i målet Arkema mot kommissionen [2] (nedan kallad den överklagade domen), varigenom Europeiska gemenskapernas förstainstansrätt ogillade klagandens talan om ogiltigförklaring av kommissionens beslut av den 19 januari 2005 [3] (nedan kallat beslutet), ska upphävas. Kommissionen slog i beslutet fast att ett antal företag, inklusive klaganden, tidigare Elf Atochem SA (nedan kallat Elf Atochem) och därefter Atofina SA (nedan kallat Atofina), och dess moderbolag Elf Aquitaine SA (nedan kallat Elf Aquitaine), hade överträtt artikel 81.1 EG och artikel 53.1 i avtalet om Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES) genom att ha bedrivit konkurrensbegränsande samverkan på marknaden för monoklorättiksyra.

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

2. Det följer av punkt 3 och följande punkter i den överklagade domen att kommissionen inledde en undersökning av marknaden för monoklorättiksyra i slutet av år 1999 efter att ha informerats om förekomsten av en kartell inom denna marknad av ett av de i kartellen deltagande företagen. Kommissionen genomförde den 14 och 15 mars 2000 inspektioner på plats i bland annat Elf Atochems lokaler. Den 7 och 8 april 2004 riktade kommissionen ett meddelande om invändningar till tolv bolag, inklusive Elf Aquitaine och dess dotterbolag Atofina (punkterna 3, 4 och 7 i den överklagade domen).

3. Kommissionen höll Elf Aquitaine och dess dotterbolag Arkema ansvariga för överträdelsen för perioden från den 1 januari 1984 till den 7 maj 1999. Kommissionen ansåg att den omständigheten att Elf Aquitaine innehade 98 procent av aktierna i Atofina i sig var tillräckligt för att tillskriva bolaget ansvaret för

1 — Originalspråk: franska.

2 — Förstainstansrättens dom av den 30 september 2009 i mål T-168/05, Arkema mot kommissionen (REG 2009, s. II-180).

3 — K(2004) 4876 slutlig – MCAA.

dotterbolagets agerande (punkt 9 i den överklagade domen).

4. Kommissionen fastställde bötesbeloppen i enlighet med sina riktlinjer för beräkning av böter som döms ut enligt artikel 15.2 i förordning nr 17 och artikel 65.5 [KS] [4] (nedan kallade riktlinjerna) och sitt meddelande om befrielse från eller nedsättning av böter i kartellärenden [5] (punkt 13 i den överklagade domen). Kommissionen ålade Elf Aquitaine och Arkema att gemensamt och solidariskt betala böter på 45 miljoner euro (artikel 2 c i beslutet och punkt 30 i den överklagade domen). Eftersom Elf Atochem, på den tid då Atofina ännu inte stod under Elf Aquitaines kontroll, var en av mottagarna av kommissionens beslut 94/599/EG av den 27 juli 1994 om ett förfarande enligt artikel [81 EG] [6], ålade kommissionen Atofina att ensam betala böter för att beakta att bolaget begått upprepade överträdelser. Detta bötesbelopp uppgick till 13,50 miljoner euro (artikel 2 d i beslutet och punkt 30 i den överklagade domen).

5. Den 25 april 2005 väckte Arkema talan om ogiltigförklaring mot beslutet. Arkema yrkade i första hand att förstainstansrätten skulle ogiltigförklara artikel 1 d, artikel 2 c och artikel 4.9 i beslutet i den del de riktades till Elf Aquitaine och följaktligen ändra artikel 2 c och 2 d i beslutet. I andra hand yrkade Arkema att förstainstansrätten skulle ändra artikel 2 c och 2 d i beslutet genom att nedsätta bötesbeloppet. Klaganden anförde åtta grunder till stöd för sin talan. Till stöd för sitt yrkande om ogiltigförklaring åberopade Arkema som första grund att kommissionen inte hade beaktat de regler som styr moderbolags ansvar för ett dotterbolags agerande och diskriminerat Elf Aquitaine-koncernen. Som andra grund anförde Arkema att kommissionen åsidosatt principen om dotterbolags rättsliga och affärsmässiga självständighet genom att utgå från presumtionen att moderbolaget utövar ett avgörande inflytande på dotterbolaget. Den tredje grunden gällde ett åsidosättande av principen om personligt ansvar. Som fjärde grund åberopade Arkema diskriminering mellan företagen i förhållande till deras rättsliga organisation och storlek. Den femte grunden avsåg ett åsidosättande av väsentliga formföreskrifter. Till stöd för sitt yrkande om ändring av beslutet åberopade Arkema som sjätte grund att proportionalitetsprincipen åsidosatts vid fastställandet av utgångsbeloppet för böterna. Som sjunde grund åberopade klaganden åsidosättande av proportionalitetsprincipen vid fastställandet av den multiplikationsfaktor som används i avskräckande syfte. Genom den åttonde grunden gjorde klaganden gällande att proportionalitetsprincipen åsidosatts vid fastställandet av bötesbeloppet med beaktande av överträdelsens varaktighet. Slutligen gjorde klaganden även i andra hand som nionde grund gällande att proportionalitetsprincipen åsidosatts vid

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

fastställandet av den multiplikationsfaktor som skulle ge böterna en avskräckande verkan genom att kommissionen tog med Arkemas omsättning två gånger i sin beräkning (punkterna 41–43 i den överklagade domen).

6. Förstainstansrätten ogillade i den överklagade domen talan på samtliga grunder som klaganden hade anfört både till stöd för sitt förstahandsyrkande och sitt andrahandsyrkande och förpliktade klaganden att ersätta rättegångskostnaderna.

7. Klaganden har, genom handling som inkom till domstolens kansli den 15 december 2009, överklagat förstainstansrättens dom. Klaganden har yrkat att domstolen ska upphäva den överklagade domen och förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna. Kommissionen har yrkat att domstolen ska ogilla överklagandet och förplikta klaganden att ersätta rättegångskostnaderna. Ombuden för parterna yttrade sig vid förhandlingen den 25 november 2010.

II — Överklagandet

8. Klaganden har åberopat fyra grunder för sitt överklagande. Som första grund har klaganden gjort gällande att förstainstansrätten gjorde en felaktig bedömning av de regler som styr moderbolags ansvar för ett dotterbolags agerande. Den andra grunden avser åsidosättande av icke-diskrimineringsprincipen till följd av att presumtionen om att ett moderbolag utövar ett avgörande inflytande på sina dotterbolag inte kan motbevisas. Den tredje grunden avser åsidosättande av likabehandlingsprincipen och rätten till en rättvis rättegång. Som fjärde grund har Arkema gjort gällande ett åsidosättande av proportionalitetsprincipen genom att dess omsättning beaktades två gånger vid fastställandet av beräkningsunderlaget för påföljden.

A — *Den första grunden: Förstainstansrättens felaktiga bedömning av de regler som styr moderbolags ansvar för ett dotterbolags agerande*

9. I sin första grund har klaganden i huvudsak gjort gällande att förstainstansrätten, vid bedömningen av den bevisning som klaganden lagt fram för att visa att den handlade självständigt och bryta kommissionens presumtion avseende Elf Aquitaine, uppställde ett verkligt krav att bevisa något som inte kan bevisas. Detta strider både mot de regler som styr moderbolags ansvar för ett dotterbolags agerande och mot klagandens rätt till en rättvis rättegång i enlighet med artikel 6.1 i Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (Europakonventionen).

10. Liksom förstainstansrätten erinrade i punkterna 67–69 i den överklagade domen, följer det av rättspraxis att ett moderbolag, i det specifika fallet då det innehar 100 procent av kapitalet i ett dotterbolag som överträtt gemenskapens konkurrensregler, kan utöva ett avgörande inflytande på dotterbolagets

handlande. [7] Vidare föreligger det en presumtion som kan motbevisas om att moderbolaget verkligen utövar ett sådant avgörande inflytande. [8] Under dessa omständigheter är det tillräckligt att kommissionen visar att moderbolaget innehade hela aktiekapitalet i ett dotterbolag för att konstatera att moderbolaget utövar ett avgörande inflytande på dotterbolagets affärspolitik. Kommissionen kan då hålla moderbolaget solidariskt ansvarigt för betalning av de böter som påförs dotterbolaget, förutsatt att moderbolaget, på vilket det ankommer att motbevisa presumtionen, inte kan förete tillräcklig bevisning för att visa att dotterbolaget agerar självständigt på marknaden. [9]

11. Klagandens argument avser framför allt punkt 76 i den överklagade domen, där förstainstansrätten anförde följande:

”Förstainstansrätten påpekar vad avser frågan huruvida den bevisning som sökanden har lagt fram för att visa att bolaget är självständigt är välgrundad, att den omständigheten att Elf Aquitaine endast är ett icke-operativt holdingbolag med mycket begränsat deltagande i förvaltningen av sina dotterbolag, inte räcker för att utesluta att bolaget utövar ett avgörande inflytande över klaganden bland annat genom att det samordnar kapitalinvesteringarna inom Elf Aquitaine-koncernen. Inom en koncern har ett holdingbolag, som i synnerhet samordnar koncernens kapitalinvesteringar, nämligen till uppdrag att samla andelarna i olika bolag och till syfte att, bland annat genom sådan budgetkontroll, säkerställa en enhetlig ledning av dotterbolagen i koncernen.”

12. Enligt klaganden skapade förstainstansrätten genom att påstå att ett holdingbolag har ”till syfte” att säkerställa en enhetlig ledning av sina dotterbolag *de jure* en icke motbevisbar presumtion att moderbolaget utövar ett avgörande inflytande på sina dotterbolag. Varje försök att styrka att ett dotterbolag agerar självständigt på marknaden skulle nämligen strida mot själva syftet som förstainstansrätten tillskrivit holdingbolag och följaktligen vara dömt att misslyckas.

13. Det ska inledningsvis erinras om, såsom kommissionen har påpekat i sin svarsskrivelse på överklagandet, att Arkema varken har invänt mot presumtionen som kommissionen använde i fråga om Elf Aquitaine eller bestritt att denna är tillämplig på omständigheterna i målet (moderbolaget innehar 98 procent av kapitalet i dotterbolaget). Sökandens

7 — Se, för ett liknande resonemang, dom av den 14 juli 1972 i mål 48/69, Imperial Chemical Industries mot kommissionen (REG 1972, s. 619; svensk specialutgåva, volym 2, s. 25), punkterna 136 och 137, samt av den 10 september 2009 i mål C-97/08 P, Akzo Nobel m.fl. mot kommissionen (REG 2009, s. I-8237), punkt 60.

8 — Se, för ett liknande resonemang, dom av den 25 oktober 1983 i mål 107/82, AEG-Telefunken mot kommissionen (REG 1983, s. 3151; svensk specialutgåva, volym 7, s. 287), punkt 50, av den 16 november 2000 i mål C-286/98 P, Stora Kopparbergs Bergslags mot kommissionen (REG 2000, s. I-9925), punkt 29, och i det ovannämnda målet Akzo Nobel m.fl. mot kommissionen, punkt 60.

9 — Se domen i det ovannämnda målet Akzo Nobel m.fl., punkt 61.

anmärkningar är endast riktade mot det resonemang genom vilket förstainstansrätten fann att den omständigheten att Elf Aquitaine utgör ett icke-operativt holdingbolag inte var tillräcklig för att bryta nämnda presumtion.

14. I ovannämnda punkt 76 i den överklagade domen påpekade förstainstansrätten inledningsvis att den omständigheten att ett holdingbolag inte är direkt verksamt på marknaden i sig inte utesluter att det kan utöva ett avgörande inflytande på sina dotterbolags affärspolitik genom att samordna koncernens kapitalinvesteringar. Förstainstansrätten syftade med detta påstående till att urholka klagandens ekvation mellan moderbolagets rent ekonomiska art och avsaknaden av inflytande på hur koncernens operativa bolag agerade på marknaden. Klagandens anmärkningar syftar inte heller till att i sak ifrågasätta de slutsatser som följer av detta påstående, det vill säga att presumtionen om ett verkligt avgörande inflytande på dotterbolagens affärspolitik även kan tillämpas i fråga om ett icke-operativt holdingbolag.

15. Förstainstansrätten motiverade därefter denna slutsats genom att påpeka att ”ett holdingbolag, som i synnerhet samordnar koncernens kapitalinvesteringar, [har] till uppdrag att samla andelarna i olika bolag och till syfte att, bland annat genom sådan budgetkontroll, säkerställa en enhetlig ledning av dotterbolagen i koncernen”. Enligt Arkema följer det framför allt av uttalandet i den andra delen av meningen att presumtionen som tillämpats avseende Elf Aquitaine *de facto* inte är motbevisbar, eftersom, såsom klaganden har redogjort i sin replik, ”enhetlig ledning är det kriterium som – enligt kommissionen – möjliggör att ett moderbolag kan tillskrivas ansvaret för sina dotterbolags ageranden”.

16. Det ska inledningsvis påpekas att om Arkemas resonemang skulle godtas får förstainstansrättens konstaterande i verkligheten en mycket mer omfattande räckvidd än vad klaganden själv tillskrivit detta och skulle i allt väsentligt leda till en bekräftelse av att alla holdingbolag, oavsett om de är operativa eller ej och utan hänsyn till storleken på moderbolagets kapitalinnehav i dotterbolagen, ska hållas ansvariga för sina dotterbolags handlingar enbart på grund av att deras syfte är att säkerställa en enhetlig ledning av dessa. Det är tydligt att förstainstansrättens konstaterande inte kan ges en sådan räckvidd.

17. Däremot, mot bakgrund av det sammanhang som konstaterandet ingår i, ska det anses vara begränsat till att omfatta icke-operativa holdingbolag och de situationer där villkoren för att tillämpa presumtionen som använts mot Elf Aquitaine är uppfyllda.

18. Det ska vidare erinras om att enligt fast rättspraxis kan ett dotterbolags handlande tillskrivas moderbolaget särskilt då dotterbolaget, trots att det är en fristående juridisk person, inte självständigt bestämmer sitt agerande på marknaden, utan i huvudsak tillämpar instruktioner som det får av moderbolaget, [10] särskilt med hänsyn till de ekonomiska och juridiska band som binder samman dessa två juridiska enheter. [11] I motsats till vad klaganden tycks vilja antyda innebär det syfte att säkerställa en enhetlig ledning av bolagen i en koncern som förstainstansrätten har tillskrivit ett icke-operativt holdingbolag inte nödvändigtvis att holdingbolaget blandar sig i dotterbolagens affärspolitik, i enlighet bland annat med vad som krävs enligt den rättspraxis som det redogjorts för ovan. En sådan inblandning måste påvisas och kan, enligt de principer som är tillämpliga på området och vilka inte har bestritts av klaganden, presumeras föreligga när moderbolaget är ensam ägare till ett dotterbolag. Enligt samma principer har moderbolaget eller dess dotterbolag alltid möjlighet att bevisa motsatsen.

19. På samma sätt medför förstainstansrättens konstaterande att ett icke-operativt holdingbolag har till syfte att säkerställa en enhetlig ledning av dotterbolagen i koncernen inte att dessa eller moderbolaget fråntas möjligheten att motbevisa presumtionen genom att visa att detta syfte – om det antas att detta innebär att moderbolaget blandar sig i den affärspolitik som drivs i de operativa bolagen i koncernen – inte har eftersträvats i det konkreta fallet. Såsom klart framgår av den rättspraxis som det erinrats om ovan, är föremålet för denna presumtion att moderbolaget *faktiskt utövar* ett avgörande inflytande på ett helägt dotterbolags agerande.

20. I motsats till vad klaganden har gjort gällande kan konstaterandet i punkt 76 i den överklagade domen följaktligen inte tolkas som en sanktion mot att varje holdingbolag, vare sig det är operativt eller ej, ofrånkomligen verkligen utövar ett sådant inflytande, endast av den anledningen att dess syfte inom en bolagskoncern är att säkerställa en enhetlig ledning av koncernens bolag.

21. I det omstridda avsnittet har förstainstansrätten nämligen endast konstaterat att det inte är uteslutet att ett icke-operativt holdingbolag, trots att det inte direkt agerar på marknaden, kan utöva ett avgörande inflytande över sina dotterbolags affärspolitik, med hänsyn bland annat till dess samordnande och finansiella ledningsroll, och att det således kan antas att moderbolaget faktiskt har ett sådant inflytande när det innehar hela eller nästan hela kapitalet i ett dotterbolag.

10 — Se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Imperial Chemical Industries mot kommissionen, punkterna 132 och 133, av den 14 juli 1972 i mål 52/69, Geigy mot kommissionen (REG 1972, s. 787), punkt 44, av den 21 februari 1973 i mål 6/72, Europemballage och Continental Can mot kommissionen (REG 1973, s. 215; svensk specialutgåva, volym 2, s. 89), punkt 15, i det ovannämnda målet Stora Kopparbergs Bergslags mot kommissionen, punkt 26, samt i det ovannämnda målet Akzo Nobel m.fl. mot kommissionen, punkt 58.

11 — Se domen i det ovannämnda målet Akzo Nobel m.fl. mot kommissionen, punkt 58.

Enligt förstainstansrättens resonemang är det således inte tillräckligt att åberopa att ett moderbolag är icke-operativt för att bryta denna presumtion, vilken, liksom förstainstansrätten själv med hänvisning till unionsdomstolarnas fasta rättspraxis understrukit i andra avsnitt, bland annat i punkt 67 och punkt 82, i den överklagade domen, endast är en presumtion.

22. Av vad som anförts ovan följer att det saknas stöd för påståendet att förstainstansrätten gjorde en felaktig bedömning av de regler som styr moderbolags ansvar för ett dotterbolags agerande genom att slå fast att den presumtion som baseras på moderbolagets innehav av hela kapitalet i ett dotterbolag inte kan motbevisas. Påståendet utgår nämligen från en felaktig tolkning av den överklagade domen.

23. Även påståendet att artikel 6.1 i Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna har åsidosatts saknar grund, eftersom det – trots att klaganden inte utvecklat sin talan vidare – endast kan förstås utifrån samma felaktiga antagande att förstainstansrätten i den överklagade domen *de jure* skapade en icke motbevisbar presumtion.

24. Jag föreslår följaktligen att överklagandet inte till någon del ska bifallas på den första grunden.

B — *Den andra grunden: Åsidosättande av principen om icke-diskriminering*

25. Genom den andra grunden för överklagandet har klaganden gjort gällande att förstainstansrättens konstaterande att presumtionen som grundas på att moderbolaget innehar hela kapitalet i ett dotterbolag inte kan motbevisas även utgör ett åsidosättande av icke-diskrimineringsprincipen genom att deltagarna i en kartell behandlas olika beroende på om de tillhör en koncern eller inte. Eftersom den andra grunden utgår från samma – enligt min mening felaktiga – tolkning som den första grunden, anser jag att överklagandet inte heller kan bifallas på denna grund.

C — *Den tredje grunden: Åsidosättande av principen om likabehandling och rätten till en rättvis rättegång*

26. Klaganden har inom ramen för den tredje grunden i huvudsak gjort gällande att förstainstansrätten i sin prövning av klagandens femte grund endast prövade de argument

som framställdes av Elf Aquitaine, och inte de argument som klaganden själv hade framfört. Förstainstansrätten åsidosatte därmed klagandens rätt till en rättvis rättegång och principen om likabehandling. Denna grund riktar sig mot punkterna 122–129 i den överklagade domen.

27. Liksom kommissionen har jag inte helt lyckats förstå föremålet för denna grund.

28. I punkterna 122–129 i den överklagade domen besvarade förstainstansrätten nämligen de anmärkningar som klaganden anfört i första instans inom ramen för sin grund att beslutet var bristfälligt motiverat. Klagandens kritik avseende nämnda punkter inom ramen för förevarande överklagandegrund förefaller emellertid inte utgöra kritik mot förstainstansrätten för att ha underlåtit att beivra en sådan bristande motivering av beslutet eller för att ha feltolkat omfattningen av kommissionens motiveringsskyldighet. Kritiken avser snarare att förstainstansrätten underlät att i sak pröva de argument som Atofina framfört för att styrka sitt självständiga agerande på marknaden.

29. Mot denna bakgrund kan man fråga sig huruvida framställningen av denna grund uppfyller kraven på klarhet för att kunna tas upp till sakprövning. [12]

30. Om det antas att förevarande grund ska tolkas så, att förstainstansrätten har kritiserats för underlåtenhet att beivra att kommissionen inte beaktade den bevisning som framfördes av Atofina eller för bristfällig motivering till varför dessa inte ansågs vara relevanta eller tillräckliga för att påverka beslutet, ska det i sak påpekas att förstainstansrätten i punkt 127 i den överklagade domen påpekade att ”såvitt kommissionens svar på Elf Aquitaines huvudsakliga argument... inte påverkas av om det gäller moderbolaget eller dess dotterbolag, var kommissionen inte skyldig att besvara dotterbolagets argument separat”. I nämnda punkt hänvisas till punkt 75 i den överklagade domen, i vilken förstainstansrätten, efter att i föregående punkt ha konstaterat att ”de argument som [klaganden] har anfört för att styrka sin självständighet har även framställts av moderbolaget... för att bevisa att det inte utövar något avgörande inflytande på dotterbolagets affärspolitik”, drog slutsatsen att ”kommissionen besvarade båda bolagen gemensamt...”.

31. Det är således klart att förstainstansrätten utgick från antagandet att Atofinas och Elf Aquitaines argument i det administrativa förfarandet var överlappande och att prövningen av det ena bolagets argument omfattade det andras. Det ska konstateras att klaganden inte ens har försökt bestrida att detta antagande är välgrundat. I synnerhet har klaganden inte preciserat vilka av de uppgifter som Atofina själv lade fram, utöver de som framställdes av Elf Aquitaine, som Atofina själv lade fram,

12 — Se dom av den 9 januari 2003 i mål C-178/00, Italien mot kommissionen (REG 2003, s. I-303), punkt 6, och av den 15 september 2005 i mål C-199/03, Irland mot kommissionen (REG 2005, s. I-8027), punkt 50.

som kommissionen underlät att undersöka eller avvisade utan tillräcklig motivering, utan att förstainstansrätten beivrade denna underlåtelse eller bristande motivering.

32. Mot denna bakgrund kan talan inte bifallas på förevarande grund, såvitt den ska förstås så, som angetts ovan i punkt 30.

33. Samma bedömning gäller enligt min mening för det fallet att denna grund syftar till att klandra förstainstansrätten för att inte själv ha undersökt huruvida den bevisning som Atofina framställde under det administrativa förfarandet för att styrka sin självständighet på marknaden var välgrundad. Det följer nämligen av punkterna 76–80 i den överklagade domen att förstainstansrätten verkligen företog en sådan prövning, med beaktande bland annat av argumentet att Elf Aquitaine är ett icke-operativt holdingbolag (punkt 76), påståendet att Atofina aldrig hade tillämpat någon särskild policy att informera Elf Aquitaine på marknaden för monoklorättiksyra (punkt 78), argumentet att Elf Aquitaine-koncernens verksamhet med monoklorättiksyra var av mycket begränsad omfattning (punkt 79), och den omständigheten att de två bolagen var verksamma på olika marknader och att det inte fanns några kopplingar mellan bolagens leverantörer och kunder (punkt 80).

34. Av det anförda följer enligt min mening att den tredje grunden för överklagandet avseende åsidosättande av principen om likabehandling och rätten till en rättvis rättegång i vart fall inte kan godtas.

D — *Den fjärde grunden: Åsidosättande av proportionalitetsprincipen*

35. Klaganden anser att förstainstansrätten åsidosatte proportionalitetsprincipen genom att godkänna kommissionens beräkningsmetod för fastställande av bötesbeloppet med hänsyn till Arkemas upprepade överträdelser. Denna metod innebar att Arkemas omsättning beaktades två gånger vid fastställandet av respektive beräkningsunderlag för Elf Aquitaine och Arkema som de multiplikationsfaktorer som används i avskräckande syfte tillämpades på. Förstainstansrätten bestred inte att omsättningen beaktats två gånger, utan motiverade detta med kommissionens krav på att inte frångå beräkningsmetoden i

riktlinjerna, och gav på detta sätt riktlinjerna ”en bindande verkan” som de faktiskt inte har.

36. I punkt 198 i den överklagade domen påpekade förstainstansrätten att det följer av beslutet att Elf Atochem vid tidpunkten för överträdelsen redan hade varit föremål för ett kommissionsbeslut i ett kartellärende, på den tid då Atofina ännu inte stod under Elf Aquitaines kontroll (se punkt 4 ovan). Kommissionen beaktade denna upprepade överträdelse som en försvårande omständighet och ökade grundbeloppet för de böter som skulle åläggas Elf Atochem med 50 procent. [13] I syfte att ”isolera” denna komponent av sanktionsåtgärden använde kommissionen följande beräkningsmetod, som det redogörs för i fotnoten på sidan 222 i beslutet och vilken återges i punkt 199 i den överklagade domen:

”Höjningen av böterna för upprepade överträdelser gäller endast Atofina (Atochem) och inte dess moderbolag, Elf Aquitaine, eftersom sistnämnda inte hade kontroll över Atofina vid tidpunkten för överträdelsen. Den multiplikationsfaktor som tillämpas på Elf, 2,5, ingår inte i beräkningen. För de upprepade överträdelserna används i stället multiplikationsfaktorn 1,5, som skulle ha använts om Atofina hade varit ensam mottagare av beslutet (eftersom dess globala omsättning var 17,8 miljarder euro). Därför åläggs Atofina separata böter på detta belopp.”

37. I punkt 203 i den överklagade domen redogjorde förstainstansrätten för den beräkningsmetod som kommissionen använt för att bestämma det hypotetiska grundbelopp på vilket tilläggsbeloppet på 50 procent för Atofinas upprepade överträdelse tillämpades:

”12 miljoner (utgångsbelopp) × 1,5 (multiplikationskoefficient i avskräckande syfte fastställd med hänsyn till Arkemas omsättning) = 18 miljoner + (18 miljoner × 150 procent) (påslag för överträdelsens varaktighet) = 45 miljoner euro.”

38. Efter att detta belopp höjts för upprepning av överträdelse och satts ned med 40 procent med tillämpning av meddelandet om befrielse från eller nedsättning av böter, uppgick det slutliga bötesbelopp som ålades Arkema enligt artikel 2 d i beslutet till 13,5 miljoner euro.

39. Det ska inledningsvis påpekas att, i motsats till vad klaganden tycks anse, Arkemas omsättning inte beaktades vid beräkningen

13 — Se punkt 314 i beslutet.

av det ”underlag” på vilket kommissionen tillämpade multiplikationskoefficienterna i avskräckande syfte för Elf Aquitaine/Arkema [14] gemensamt och för Arkema självt, utan vid fastställandet av multiplikationskoefficienterna som sådana. Såsom framgår av punkt 279 och följande punkter i beslutet beräknades nämligen utgångsbeloppet för böterna som tillämpades på Elf Aquitaine/Arkema och höjningen med anledning av Atofinas upprepade överträdelse (12 miljoner euro) med beaktande av överträdelsens allvar och de deltagande företagens respektive storlek, på grundval av deras marknadsandelar. På detta belopp tillämpades en multiplikationsfaktor för att säkerställa att böterna skulle vara tillräckligt avskräckande. Denna faktor fastställdes till 2,5 för Arkema/Elf Aquitaine med beaktande bland annat av dess globala omsättning på 84,5 miljarder euro (punkterna 299 och 300 i beslutet), medan den enbart för höjningen för Arkemas upprepade överträdelse fastställdes till 1,5, med hänsyn till bolagets globala omsättning på 17,8 miljarder euro (fotnot på sidan 222 i beslutet).

40. Det ska vidare påpekas, liksom förstainstansrätten gjorde i punkt 201 i den överklagade domen, att, ”enligt punkterna 2 och 3 i riktlinjerna ska kommissionen, efter att ha fastställt grundbeloppet utifrån överträdelsens allvar och varaktighet, öka eller minska detta belopp för att ta hänsyn till försvårande eller förmildrande omständigheter”. Justeringar av grundbeloppet av sådana skäl motsvarar normalt sett en procentandel av detta belopp (en höjning med 50 procent av grundbeloppet för upprepning av överträdelse och en nedsättning med 40 procent av grundbeloppet för samarbete i klagandens fall). Helheten av dessa höjningar eller nedsättningar kan således i realiteten variera beroende på samtliga faktorer som har beaktats vid fastställandet av grundbeloppet och följaktligen inte enbart utifrån företagets ekonomiska styrka (dess omsättning) utan även utifrån företagets roll på den relevanta marknaden (dess marknadsandelar) och, mer allmänt, överträdelsens allvar och varaktighet.

14 — Det ska erinras om att det bötesbelopp som Arkema och Elf Aquitaine hölls solidariskt ansvariga att betala beräknades enligt följande: – Utgångsbelopp: 12 miljoner (punkt 296 i beslutet); – Tillämpning av multiplikationskoefficient 2,5 (punkt 300 i beslutet) på utgångsbeloppet: 30 miljoner (mellanliggande belopp som inte angavs i beslutet); – Höjning med beaktande av överträdelsens varaktighet (plus 150 procent) ger grundbeloppet 75 miljoner (punkt 303 i beslutet); – Inga försvårande omständigheter (fotnoten på sidan 222 i beslutet); – Tillämpning av meddelandet om befrielse från eller nedsättning av böter genom en nedsättning av grundbeloppet med 40 procent (punkterna 340 och 341 i beslutet): 45 miljoner (punkt 348 tredje strecksatsen i beslutet).

41. Att följa sökandens uppfattning skulle således leda till att konstatera att alla höjningar till följd av försvårande omständigheter

innebär att de olika komponenterna i grundbeloppet beaktas två gånger, vilket inte kan godtas.

42. Den beräkningsmetod som kommissionen använde, när den gjorde en ny separat beräkning av grundbeloppet för Arkema, syftade dessutom till att undvika att det vid beräkningen av en höjning av böterna för vilken Atofina var ensam ansvarig, togs hänsyn till en faktor (den multiplikationsfaktor som tillämpades på enheten Arkema/Elf Aquitaine) som inte återspeglade företagets verkliga situation. Genom denna metod upphävdes för Arkemas räkning den höjning som gjorts av grundbeloppet med hänsyn till Arkema/Elf Aquitaines högre finansiella kapacitet. Detta kan enligt min mening inte ifrågasättas.

43. Vad gäller de respektive multiplikationsfaktorer som tillämpades i avskräckande syfte på Arkema/Elf Aquitaine gemensamt och på Arkema självt, kan det konstateras att klaganden varken har ifrågasatt det sätt på vilket dessa fastställdes eller deras storlek. Klaganden har endast påpekat att tillämpningen av multiplikationsfaktorerna medförde att dess omsättning beaktades två gånger. [15]

44. Mot bakgrund av ovanstående överväganden anser jag att såväl påståendet att förstainstansrätten skulle ha åsidosatt proportionalitetsprincipen som påståendet att den skulle ha gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning till följd av att den skulle ha tillskrivit kommissionens riktlinjer bindande verkan, saknar faktisk grund.

45. Följaktligen kan överklagandet enligt min mening inte vinna bifall på den fjärde grunden.

15 — För alla eventualiteter ska det härvid i enlighet med rättspraxis erinras om att, även om det vid fastställande av bötesbeloppet är tillåtet att ta hänsyn till företagets totala omsättning – vilken ger en antydan, om än ungefärlig och ofullständig, om företagets storlek och ekonomiska styrka – får omsättningen inte ges en oproportionerlig betydelse i förhållande till andra bedömningskriterier, eftersom fastställandet av ett lämpligt bötesbelopp inte kan ske genom en enkel beräkning som grundar sig på den totala omsättningen (se domstolens dom av den 18 maj 2006 i mål C-397/03 P, Archer Daniels Midland och Archer Daniels Midland Ingredients mot kommissionen (REG 2006, s. I-4429), punkt 100. Vidare skulle kommissionen inte kunna avsäga sig sin befogenhet vid fastställandet av bötesbeloppet att göra skönsmässiga bedömningar genom att uteslutande och rutinmässigt hänvisa till matematiska formler (se domstolens dom av den 16 november 2000 i mål C-283/98 P, Mo och Domsjö mot kommissionen, REG 2000, s. I-9855, punkt 47).

III — Förslag till avgörande

46. Med beaktande av vad ovan anförts föreslår jag att domstolen ska ogilla talan och förplikta sökanden att ersätta rättegångskostnaderna i enlighet med artikel 69.2 i rättegångsreglerna.