

TRIBUNALENS DOM (första avdelningen)

den 13 juli 2011 *

I mål T-42/07,

Dow Chemical Company, med säte i Midland, Michigan (Förenta staterna),

Dow Deutschland Inc., med säte i Schwalbach (Tyskland),

Dow Deutschland Anlagengesellschaft mbH, med säte i Schwalbach,

Dow Europe GmbH, med säte i Horgen (Schweiz),

inledningsvis företrädda av advokaterna D. Schroeder, P. Matthey och T. Graf, därefter av D. Schroeder och T. Graf,

klagande,

* Rättegångsspråk: engelska.

mot

Europeiska kommissionen, inledningsvis företrädd av M. Kellerbauer, V. Bottka och J. Samnadda, därefter av M. Kellerbauer, V. Bottka och V. Di Bucci, samtliga i egen-
skap av ombud,

svarande,

angående en talan, i första hand, om ogiltigförklaring, såvitt avser The Dow Chemical Company, av kommissionens beslut K(2006) 5700 slutlig av den 29 november 2006 om ett förfarande enligt artikel 81 [EG] och artikel 53 i EES-avtalet (Ärende COMP/F/38.638 – Butadiengummi och emulsionspolymeriserat styren-butadiengummi), eller, i andra hand, om ogiltigförklaring av artikel 1 i nämnda beslut såvitt avser Dow Deutschland Inc. eller nedsättning av de böter som samtliga klagande har ålagts,

meddelar

TRIBUNALEN (första avdelningen)

sammansatt av tillförordnade ordföranden E. Dehousse (referent) och domarna I. Wiszniewska-Białecka och N. Wahl,

justitiesekreterare: handläggaren K. Pocheć,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 13 oktober 2009,

följande

Dom

Tvistens bakgrund

- 1 Genom beslut K(2006) 5700 slutlig av den 29 november 2006 (ärende COMP/F/38.638 – Butadiengummi och emulsionspolymeriserat styren-butadiengummi) (nedan kallat det angripna beslutet) slog Europeiska gemenskapernas kommission fast att flera företag hade överträtt artikel 81.1 EG och artikel 53 i avtalet om Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES) genom att delta i en konkurrensbegränsande samverkan på marknaden för de ovannämnda produkterna.

- 2 Beslutet riktades till följande företag:
 - Bayer AG, Leverkusen (Tyskland),

 - Dow Chemical Company, Midland, Michigan (Förenta staterna) (nedan kallat Dow Chemical),

 - Dow Deutschland Inc., Schwalbach (Tyskland),

 - Dow Deutschland Anlagengesellschaft mbH (tidigare Dow Deutschland GmbH & Co. OHG), Schwalbach,

 - Dow Europe, Horgen (Schweiz),

- Eni SpA, Rom (Italien),

 - Polimeri Europa SpA, Brindisi (Italien) (nedan kallat Polimeri),

 - Shell Petroleum NV, Haag (Nederländerna),

 - Shell Nederland BV, Haag,

 - Shell Nederland Chemie BV, Rotterdam (Nederländerna),

 - Unipetrol a.s., Prag (Tjeckien),

 - Kaučuk a.s., Kralupy nad Vltavou (Tjeckien),

 - Trade-Stomil sp. z o.o., Łódź (Polen) (nedan kallat Stomil).
- 3 Dow Deutschland, Dow Deutschland Anlagengesellschaft och Dow Europe står, direkt eller indirekt, under kontroll av Dow Chemical (skälen 16–21 i det angripna beslutet).
- 4 Enis verksamhet avseende de aktuella produkterna sköttes ursprungligen av EniChem Elastomeri Srl, som indirekt kontrolleras av Eni via dess dotterbolag EniChem SpA (nedan kallat EniChem SpA). Den 1 november 1997 fusionerades EniChem Elastomeri med EniChem SpA. Eni kontrollerade 99,97 procent av EniChem SpA. Den 1 januari 2002 överförde EniChem SpA sin strategiska kemiska verksamhet (inklusive verksamheten som avsåg butadiengummi och emulsionspolymeriserat styren-butadiengummi) till sitt dotterbolag, som ägs till 100 procent av Polimeri. Sedan den

21 oktober 2002 kontrollerar Eni direkt och till 100 procent Polimeri. Med verkan från den 1 maj 2003 ändrade EniChem SpA namn till Syndial SpA (skälen 26–32 i det angripna beslutet). I det angripna beslutet använder kommissionen namnet EniChem för att beteckna alla företag som ägs av Eni (nedan kallade EniChem) (skäl 36 i det angripna beslutet).

- 5 Shell Nederland Chemie är ett dotterbolag till Shell Nederland, som i sin tur helt kontrolleras av Shell Petroleum (nedan gemensamt kallade Shell) (skälen 38–40 i det angripna beslutet).

- 6 Kaučuk bildades år 1997, sedan Kaučuk Group a.s. fusionerats med Chemopetrol Group a.s. Den 21 juli 1997 förvärvade Unipetrol samtliga tillgångar, rättigheter och skyldigheter i de fusionerade bolagen. Unipetrol äger 100 procent av aktieandelarna i Kaučuk (skälen 45 och 46 i det angripna beslutet). Enligt det angripna beslutet företrädde Tavorex s.r.o. (nedan kallat Tavorex), med hemvist i Tjeckien, Kaučuk (och dess föregångare Kaučuk Group) i exportsammanhang från år 1991 till den 28 februari 2003. Från år 1996 företrädde Tavorex, enligt det angripna beslutet, Kaučuk vid möten i European Synthetic Rubber Association (skäl 49 i det angripna beslutet).

- 7 Sedan ungefär 30 år tillbaka och fram till åtminstone år 2001 företrädde Stomil enligt det angripna beslutet den polska tillverkaren Chemical Company Dwory S.A. (nedan kallad Dwory) i exportsammanhang. Enligt samma beslut företrädde Stomil mellan åren 1997 och 2000 Dwory vid möten i European Synthetic Rubber Association (skäl 51 i det angripna beslutet).

- 8 Den fastställda överträdelseperioden löper från den 20 maj 1996 till den 28 november 2002 (såvitt avser Bayer, Eni och Polimeri), från den 20 maj 1996 till den 31 maj 1999 (såvitt avser Shell Petroleum, Shell Nederland och Shell Nederland Chemie), från den 1 juli 1996 till den 28 november 2002 (såvitt avser Dow Chemical),

från den 1 juli 1996 till den 27 november 2001 (såvitt avser Dow Deutschland), från den 16 november 1999 till den 28 november 2002 (såvitt avser Unipetrol och Kaučuk), från den 16 november 1999 till den 22 februari 2000 (såvitt avser Stomil), från den 22 februari 2001 till den 28 februari 2002 (såvitt avser Dow Deutschland Anlagengesellschaft) och från den 26 november 2001 till den 28 november 2002 (såvitt avser Dow Europe) (skälen 476–485 och artikel 1 i det angripna beslutet).

- 9 Butadiengummi (nedan kallat BR) och emulsionspolymeriserat styren-butadiengummi (nedan kallat ESBR) är syntetgummi som huvudsakligen används för däcktillverkning. Produkterna är utbytbara sinsemellan men även med andra syntetgummin och med naturgummi (skälen 3–6 i det angripna beslutet).

- 10 Utöver de tillverkare som avses i det angripna beslutet har även andra tillverkare hemmahörande i Asien och Östeuropa sålt begränsade kvantiteter av BR och ESBR i EES-området. En stor del BR framställs också direkt av de större däcktillverkarna (skäl 54 i det angripna beslutet).

- 11 Den 20 december 2002 tog Bayer kontakt med kommissionen och förklarade sig villigt att samarbeta i enlighet med kommissionens meddelande om immunitet mot böter och nedsättning av böter i kartellärenden (EGT C 45, 2002, s. 3) (nedan kallat meddelandet om samarbete) vad avsåg BR och ESBR. Bayer gjorde en muntlig beskrivning av kartellens verksamhet beträffande ESBR. Denna beskrivning spelades in på kassettband (skäl 67 i det angripna beslutet).

- 12 Den 14 januari 2003 lämnade Bayer en muntlig beskrivning av kartellens verksamhet beträffande BR. Uttalandet spelades in på kassettband. Bayer lämnade även protokoll från möten som hållits i kommittén för BR inom European Synthetic Rubber Association (skäl 68 i det angripna beslutet).

- 13 Den 5 februari 2003 delgav kommissionen Bayer sitt beslut att bevilja villkorad immunitet mot böter (skäl 69 i det angripna beslutet).

- 14 Den 27 mars 2003 gjorde kommissionen en undersökning med stöd av artikel 14.3 i rådets första förordning nr 17 av den 6 februari 1962 om tillämpning av fördragets artiklar [81 EG] och [82 EG] (EGT 1962, 13, s. 204; svensk specialutgåva, område 8, volym 1, s. 8) i Dow Deutschland & Co:s lokaler (skäl 70 i det angripna beslutet).

- 15 Mellan september 2003 och juli 2006 skickade kommissionen flera gånger en begäran om upplysningar till de företag som berördes av det angripna beslutet. Begäran gjordes med stöd av artikel 11 i förordning nr 17 och artikel 18 i rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 [EG] och 82 [EG] (EGT L 1, 2003, s. 1) (skäl 71 i det angripna beslutet).

- 16 Den 16 oktober 2003 träffade Dow Deutschland och Dow Deutschland & Co. kommissionens tjänstemän. Vid mötet uttryckte företagen sin önskan att samarbeta med stöd av meddelandet om samarbete. En akt med handlingar avseende kartellen överlämnades också (skäl 72 i det angripna beslutet).

- 17 Den 4 mars 2005 informerades Dow Deutschland om kommissionens avsikt att bevilja bolaget nedsättning av böterna med mellan 30 och 50 procent (skäl 73 i det angripna beslutet).

- 18 Den 7 juni 2005 inledde kommissionen förfarandet och skickade ett första meddelande om invändningar till de företag som det angripna beslutet var riktat till – med

undantag för Unipetrol – samt till Dwory. Det första meddelandet om invändningar antogs även gentemot Tavorex, men delgavs inte bolaget, då det försatts i konkurs i oktober 2004. Förfarandet avslutades således såvitt avsåg det företaget (skälen 49 och 74 i det angripna beslutet).

- 19 De berörda företagen yttrade sig skriftligen över detta första meddelande om invändningar (skäl 75 i det angripna beslutet). De bereddes även tillgång till handlingarna i ärendet, i form av en cd-rom, och till de muntliga uttalanden som gjorts samt till därmed sammanhängande handlingar i kommissionens lokaler (skäl 76 i det angripna beslutet).

- 20 Den 3 november 2005 begärde Manufacture française des pneumatiques Michelin (nedan kallat Michelin) att få intervensera. Företaget lämnade skriftliga synpunkter den 13 januari 2006 (skäl 78 i det angripna beslutet).

- 21 Den 6 april 2006 antog kommissionen ett andra meddelande om invändningar som tillställdes adressaterna av det angripna beslutet. De berörda företagen yttrade sig skriftligen över meddelandet (skäl 84 i det angripna beslutet).

- 22 Den 12 maj 2006 gav Michelin in ett klagomål med stöd av artikel 5 i kommissionens förordning (EG) nr 773/2004 av den 7 april 2004 om kommissionens förfaranden enligt artiklarna [81 EG] och [82 EG] (EUT L 123, s. 18) (skäl 85 i det angripna beslutet).

- 23 Den 22 juni 2006 deltog de företag som det angripna beslutet var riktat till, med undantag för Stomil, samt Michelin i ett muntligt hörande vid kommissionen (skäl 86 i det angripna beslutet).

- 24 Eftersom det inte fanns tillräckliga bevis för att Dwory deltagit i kartellen, beslutade kommissionen att avsluta förfarandet såvitt avsåg det företaget (skäl 88 i det angripna beslutet). Kommissionen beslutade även att avsluta förfarandet i förhållande till Syndial (skäl 89 i det angripna beslutet).
- 25 Inledningsvis användes två olika ärendenummer (ett för BR och ett annat för ESBR) (COMP/E-1/38.637 och COMP/E-1/38.638). Efter det första meddelandet om invändningar använde sig dock kommissionen av ett enda ärendenummer (COMP/F/38.638) (skälen 90 och 91 i det angripna beslutet).
- 26 Det administrativa förfarandet utmynnade i att kommissionen antog det angripna beslutet den 29 november 2006.
- 27 Enligt artikel 1 i det angripna beslutet har följande företag överträtt artikel 81 EG och artikel 53 i EES-avtalet, genom att under de angivna perioderna delta i en enda och fortlöpande överenskommelse inom ramen för vilken företagen fastställt målpriser, delat upp kundbasen genom avtal om icke-aggression och utbytt känsliga affärsuppgifter om priser, konkurrenter och kunder på området för BR och ESBR:
- a) Bayer, från den 20 maj 1996 till den 28 november 2002,
 - b) Dow Chemical, från den 1 juli 1996 till den 28 november 2002, Dow Deutschland, från den 1 juli 1996 till den 27 november 2001, Dow Deutschland Anlagengesellschaft, från den 22 februari 2001 till den 28 februari 2002, Dow Europe, från den 26 november 2001 till den 28 november 2002,
 - c) Eni, från den 20 maj 1996 till den 28 november 2002, Polimeri, från den 20 maj 1996 till den 28 november 2002,

- d) Shell Petroleum, från den 20 maj 1996 till den 31 maj 1999, Shell Nederland, från den 20 maj 1996 till den 31 maj 1999, Shell Nederland Chemie, från den 20 maj 1996 till den 31 maj 1999,

 - e) Unipetrol, från den 16 november 1999 till den 28 november 2002, Kaučuk, från den 16 november 1999 till den 28 november 2002,

 - f) Stomil, från den 16 november 1999 till den 22 februari 2000.
- 28 Utifrån de faktiska omständigheter som fastställts och de rättsliga bedömningar som gjorts i det angripna beslutet, beslutade kommissionen att ålägga de berörda företagen böter, vilka fastställdes med tillämpning av den metod som föreskrivs i riktlinjer för beräkning av böter som döms ut enligt artikel 15.2 i förordning nr 17 och artikel 65.5 i EKSG-fördraget (EGT C 9, 1998, s. 3) (nedan kallade riktlinjerna) samt i meddelandet om samarbete.
- 29 I artikel 2 i det angripna beslutet fastställs följande böter:
- a) Bayer: 0 euro,

 - b) Dow Chemical: 64,575 miljoner euro, varav
 - i) 60,27 miljoner euro solidariskt med Dow Deutschland,

 - ii) 47,355 miljoner euro solidariskt med Dow Deutschland Anlagengesellschaft och Dow Europe,

- c) Eni och Polimeri, solidariskt: 272,25 miljoner euro,

- d) Shell Petroleum, Shell Nederland och Shell Nederland Chemie, solidariskt: 160,875 miljoner euro,

- e) Unipetrol och Kaučuk, solidariskt: 17,55 miljoner euro,

- f) Stomil: 3,8 miljoner euro.

³⁰ I artikel 3 i det angripna beslutet åläggs de företag som nämns i artikel 1 att omedelbart upphöra med den omnämnda överträdelsen, om de inte redan gjort detta, och att avstå från att upprepa någon åtgärd eller något agerande som beskrivs i artikel 1 samt att avstå från sådana åtgärder som har ett liknande syfte eller verkan.

Förfarandet och parternas yrkanden

³¹ Dow Chemical, Dow Deutschland, Dow Deutschland Anlagengesellschaft och Dow Europe (nedan tillsammans kallade Dow) har, genom ansökan som kom in till förstainstansrättens kansli den 16 februari 2007, väckt förevarande talan.

³² Genom beslut av tribunalens ordförande av den 2 april 2009 utsågs Nils Wahl att komplettera avdelningen sedan en av dess ledamöter fått förhinder.

- 33 På grundval av referentens rapport beslutade tribunalen (första avdelningen) att inleda det muntliga förfarandet.
- 34 Parterna utvecklade sin talan och svarade på förstainstansrättens frågor vid förhandlingen den 13 oktober 2009.
- 35 Dow Chemical har yrkat att tribunalen ska ogiltigförklara det angripna beslutet i den mån det riktas till det företaget.
- 36 Dow Deutschland har yrkat att tribunalen ska ogiltigförklara artikel 1 i det angripna beslutet vad gäller fastställandet av en överträdelse från Dow Deutschland av artiklarna 81 EG och 53 EES från den 1 juli 1996.
- 37 Samtliga sökande (varav Dow Chemical i andra hand) har yrkat att tribunalen avsevärt ska sätta ned det bötesbelopp som ålagts var och en av dem.
- 38 Sökandebolagen har yrkat att tribunalen ska

— förplikta kommissionen att ersätta samtliga rättegångskostnader och utlägg i samband med förevarande mål, liksom även deras kostnader för ställandet av en

bankgaranti till säkerhet för de i det angripna beslutet ålagda bötesbeloppen under tribunalens prövning av förevarande mål, och

— vidta de andra åtgärder som tribunalen finner vara lämpliga.

39 Kommissionen har yrkat att tribunalen ska

— ogilla talan, och

— förplikta sökandebolagen att ersätta rättegångskostnaderna.

Bedömning

40 Dow har åberopat tre grunder till stöd för sina yrkanden. Den första är att Dow har bestritt kommissionens beslut att tillskriva Dow Chemical ansvar för överträdelsen. Den andra är att kommissionen gjort en felaktig bedömning när den fastställt överträdelsens varaktighet såvitt avser Dow Deutschland. Den tredje är att kommissionen har gjort ett flertal fel vid fastställandet av de böter som ålagts sökandena.

A — Yrkandena om delvis ogiltigförklaring av det angripna beslutet

1. *Den första grunden, avseende att Dow Chemical felaktigt tillskrivits ansvar för överträdelsen*

⁴¹ Dows första grund består av tre delar. Den första är att kommissionen ska ha tillämpat felaktiga kriterier för bedömningen av moderbolagets ansvar. Den andra är att Dow Chemical under alla förhållanden har motbevisat den presumtion som gäller mot företaget. Den tredje är att kommissionen felaktigt har underlåtit att utnyttja sitt utrymme för skönsmässig bedömning av huruvida Dow Chemical ska tillställas det angripna beslutet och att den har underlåtit att motivera beslutet att hålla moderbolaget ansvarigt i förevarande fall.

a) Den första delen, avseende att kommissionen ska ha tillämpat felaktiga kriterier för bedömningen av moderbolagets ansvar

⁴² Dow har vid förhandlingen anfört att bolaget, med beaktande av domstolens dom av den 10 september 2009 i mål C-97/08 P, Akzo Nobel m.fl. mot kommissionen, (REG 2009, s. I-8237), återkallar den första delen av sin första grund. Tribunalen har beaktat detta.

⁴³ Det saknas således skäl att pröva den första delen av Dows första grund.

b) Den andra delen, avseende att Dow Chemical under alla förhållanden har motbevisat den presumtion som gäller mot företaget

Parternas argument

- 44 Dow har gjort gällande att även om det finns en presumtion att ett moderbolag som helt äger ett dotterbolag utövar ett avgörande inflytande över dotterbolaget har Dow Chemical motbevisat denna presumtion i förevarande mål. Dow har i detta avseende understrukit att ett moderbolag kan motbevisa denna presumtion genom att visa ett det inte har utövat något avgörande inflytande över dotterbolagets uppträdande. Det är inte nödvändigt att moderbolaget visar att det inte kunde utöva något avgörande inflytande över dotterbolaget. Det som ska prövas är huruvida dotterbolaget "i allt väsentligt tillämpat instruktioner som dess moderbolag lämnat" avseende dess "af-färspolicy" (domstolens dom av den 16 november 2000 i mål C-286/98 P, Stora Kopparbergs Bergslags mot kommissionen, REG 2000, s. I-9925). Uttrycket "i allt väsentligt" innefattar frågan huruvida dotterbolaget iakttagit konkurrensreglerna eller har åsidosatt dessa för att erhålla högre priser än vad de normalt skulle ha kunnat erhålla på marknaden. Kommissionen har tillämpat denna metod i två ärenden som Dow hänvisat till. Dow har i detta avseende framhållit att ansvaret för ett åsidosättande av konkurrensrätten endast inträder när uppsåt eller oaktsamhet konstateras föreliggande (artikel 23.2 i förordning nr 1/2003). Således kan moderbolaget endast hållas ansvarigt för ett åsidosättande av artikel 81 EG när det uppträtt åtminstone oaktsamt i förhållande till sitt dotterbolag.
- 45 Kommissionen har i förevarande mål felaktigt och utan stöd i bevisningen presumerat att de hierarkiska förbindelserna mellan Dow Chemical och dess dotterbolag omfattade kartellens verksamhet och att Dow Chemical hade kunskap om detta.
- 46 Kommissionen har, för det första, inte beaktat att Dow Deutschland, Dow Deutschland Anlagengesellschaft och Dow Europe uppträtt självständigt, vilket Dow framhållit i

sina svar på meddelandena om invändningar. Dow har därvid understrukt att det endast var några anställda i dessa tre bolag, få till antalet och relativt långt ner i bolagens hierarki, som deltagit i överträdelsen. Den ende anställde med högre rang som kan ha haft kunskap om kartellens verksamhet var den dåvarande affärschefen för syntetiska elastomerer inom Dow Deutschland. Han har emellertid förnekat all kännedom om den ifrågavarande överträdelsen. Det finns inget som motbevisar detta. Dow har för övrigt, med hänvisning till de ifrågavarande anställdas situation, anfört att kartellen och dess föga reglerade form redan var väl etablerad när Dow Deutschland började delta i den. Det har inte förekommit något beslut att inleda någon process eller upp-
rätta strukturer som kunde leda till Dow Chemicals deltagande.

47 Dow Chemical har inte kunnat automatiskt erhålla upplysningar om eventuella konkurrensbegränsande åtgärder när Dow Deutschland inträdde på den ifrågavarande marknaden, genom att den 1 juli 1996 bli distributör för Buna Sow Leuna Olefinverbund GmbH (nedan kallat BSL). Den berörda sektorn utgjorde en ny verksamhet för Dow, och den var inte integrerad i dess befintliga organisationsstrukturer. Dow har i detta avseende i synnerhet framhållit att BSL var ett helägt dotterbolag till Bundesanstalt für vereinigungsbedingte Sonderaufgaben (BvS) fram till den 1 september 1999, när Dow förvärvade 80 procent av aktierna i och gemensam kontroll av BSL. Det var heller inte säkert att BSL skulle fortsätta att tillverka BR och ESBR. Dow började för övrigt tillverka BR och ESBR först när bolaget förvärvade verksamheten "syntetiskt gummi" från Shell den 1 juni 1999.

48 Den omständigheten att Dow Chemical inte har varit informerat om prisdiskussionerna sammanfaller med den organisatoriska strukturen i koncernen. Ledningen för verksamheten "syntetiska elastomerer" fanns inom Dow Deutschland och Dow Deutschland & Co. (som senare, såsom framhållits i punkt 2 ovan, blev Dow Deutschland Anlagengesellschaft). Denna sektor var inte integrerad i någon befintlig organisationsstruktur och förblev en oberoende verksamhet. Den dåvarande affärschefen

för Dow Deutschland rapporterade till anställda vid Dow Chemical, vilka på grund av sin bristande erfarenhet av syntetgummi avstod från att gripa in i denna affärschefs beslut. Följaktligen var de industriella och ekonomiska banden mellan Dow Chemical och dess dotterbolag inom den ifrågavarande sektorn inte så solida som kommissionen gjort gällande i skäl 357 i det angripna beslutet. Den omständigheten att den dåvarande affärschefen vid Dow Deutschland rapporterade till Dow Chemical betyder inte att sistnämnda bolag faktiskt skulle ha haft kännedom om kartellen eller förfarit oaktsamt när bolaget inte upptäckte den.

- 49 Dow Chemical har inte kunnat förhindra andra bolags inom koncernen deltagande i överträdelsen eftersom bolaget inte haft kännedom om denna. Här föreligger en väsentlig skillnad i förhållande till omständigheterna som ledde fram till förstainstansrättens dom av den 14 maj 1998 i mål T-354/94, Stora Kopparbergs Bergslags mot kommissionen (REG 1998, s. II-2111). Tvärtom genomgick samtliga anställda hos Dow med affärsansvar regelbundet konkurrensrättsliga utbildningar. Vidare var de ifrågavarande anställda skyldiga att iaktta Dow Chemicals affäretiska kodex, vilken år 1999 i synnerhet innehöll regler om ”iakttagande av konkurrensrättsliga bestämmelser”, till vilka Dow hänvisat. För det fall att de ifrågavarande anställda hade vänt sig till någon jurist hos Dow skulle denna jurist ha vidtagit alla nödvändiga åtgärder för att det rättsstridiga uppträdandet skulle upphöra.
- 50 Kommissionen har, för det andra, påstått att det finns ett ”beroendeförhållande” mellan Dow Chemical och dess dotterbolag och presumerat att detta förhållande ”... omfattade samtliga relevanta avseenden av verksamheterna avseende BR och ESBR”, att ”den omtvistade kartellen med säkerhet var en väsentlig beståndsdel i den affärs-policy som följdes av de av Dows dotterbolag som var verksamma på marknaderna BR/ESBR och att det inte är möjligt att diskutera deras verksamhet utan att nämna kartellens existens” (skäl 357 i det angripna beslutet). Kommissionen har emellertid inte lagt fram någon bevisning till stöd för detta.

- 51 Tvärtemot vad kommissionen gjort gällande i skäl 357 i det angripna beslutet har Dow inte enbart allmänt förnekat utan tvärtom förklarat att det, i avsaknad av en fullständig internutredning, inte finns något som visar hur någon hos Dow Chemical skulle ha fått kunskap om prisdiskussionerna. Enligt Dow medför inte den omständigheten att det finns en hierarkisk struktur för hela hanteringen av en verksamhet att den strukturen används för att rapportera om kartellens verksamhet till en högre nivå i koncernen. Om enbart förekomsten av rapporteringsvägar vore tillräckligt för att hålla ett moderbolag ansvarigt för dess dotterbolags uppträdande skulle det inte vara möjligt att bevisa att dotterbolagen uppträder självständigt. Ett dotterbolag kan uppträda självständigt även om vissa av dess anställda rapporterar till anställda inom andra bolag i koncernen. Dow har tillagt att förevarande mål skiljer sig från omständigheterna som ledde fram till förstainstansrättens dom av den 27 september 2006 i mål T-314/01, Avebe mot kommissionen (REG 2006, s. II-3085). I det målet hade ledningen för där aktuellt joint venture (dotterbolaget) samtidigt utgjort ledningen i moderbolagen. Moderbolagens företrädare var således direkt inblandade i överträdelsen och kände därför med nödvändighet till denna. Dessutom hade dotterbolaget upprättats genom en särskild organisationsform.
- 52 Dow har, för det tredje, föreslagit att ett antal personer ska höras. Dessa personer har (eller kan ha) haft en sådan ställning att de kunde ha rapporterat om kartellens verksamhet till en av Dow Chemicals anställda och kan tillfrågas huruvida de gjort så. Dow har även föreslagit att de personer som kommissionen antingen uttryckligen namngivit i en fotnot på sidan 218 i det angripna beslutet eller som den hänvisat till genom Dows skrivelse av den 26 juli 2004, såsom personer som befunnit sig inom dessa rapporteringsvägar, ska höras i målet.
- 53 Kommissionen har gjort gällande att talan inte ska bifallas på förevarande del av den första grunden. Den har i huvudsak anfört att de omständigheter som Dow lagt fram inte är tillräckliga för att motbevisa den presumtion som gäller i förevarande mål.

Tribunalens bedömning

- 54 Kommissionen anförde i det angripna beslutet att ett moderbolag kan hållas ansvarigt för ett dotterbolags rättsstridiga agerande när dotterbolaget inte självständigt bestämmer sitt agerande på marknaden. Kommissionen hänförde sig i detta avseende, i synnerhet, till begreppet företag inom konkurrensrätten (skälen 333 och 334 i det angripna beslutet). Kommissionen anförde vidare att den kan presumera att ett helägt dotterbolag i allt väsentligt följer moderbolagets instruktioner, utan att det är nödvändigt att visa att moderbolaget verkligen har lämnat några sådana instruktioner. Det ankommer på moderbolaget eller på dotterbolaget att motbevisa denna presumtion genom att lägga fram bevisning som visar att dotterbolaget självständigt har bestämt sitt agerande på marknaden i stället för att följa moderbolagets instruktioner, och att företagsbegreppet därför inte ska tillämpas på dem (skäl 335 i det angripna beslutet).
- 55 Kommissionen har vidare hållit Dow Deutschland Anlagengesellschaft, Dow Deutschland och Dow Europe ansvariga för att direkt ha deltagit i överträdelsen. Den har anført att dessa bolag direkt eller indirekt helt ägdes av Dow Chemical under den tid som överträdelsen pågick. Det kan mot den bakgrunden, enligt kommissionen, presumeras att moderbolaget har utövat ett bestämmande inflytande över sitt dotterbolags agerande. Denna presumtion stärks i förevarande mål av ett flertal omständigheter. Kommissionen drog härav slutsatsen att det angripna beslutet skulle riktas till Dow Deutschland Anlagengesellschaft, Dow Deutschland, Dow Europe och Dow Chemical, vilka skulle anses vara solidariskt ansvariga för överträdelsen (skälen 340–364 i det angripna beslutet).
- 56 Det ska härvid framhållas att när ett moderbolag äger samtliga aktier i ett dotterbolag som överträtt gemenskapens konkurrensregler, kan detta moderbolag utöva ett avgörande inflytande på dotterbolagets handlande. Vidare föreligger det en presumtion som kan motbevisas om att moderbolaget verkligen utövar ett avgörande inflytande på dotterbolagets handlande. Under dessa omständigheter är det tillräckligt

att kommissionen visar att moderbolaget äger samtliga aktier i ett dotterbolag för att presumera att moderbolaget utövar ett avgörande inflytande över dotterbolagets affärspolicy. Kommissionen kan då hålla moderbolaget solidariskt betalningsansvarigt för de böter som ålagts dotterbolaget, förutsatt att moderbolaget, på vilket det ankommer att motbevisa presumptionen, inte kan bevisa att dotterbolaget agerar självständigt på marknaden (domen i det i punkt 42 ovan nämnda målet Akzo Nobel m.fl. mot kommissionen, punkterna 61 och 62 och där angiven rättspraxis).

57 Eftersom Dow återkallat den första delen av bolagets första grund bestrider det inte att kommissionen kan presumera att Dow Chemical, till följd av sitt direkta eller indirekta ägande av samtliga aktier i sina dotterbolag, utövade ett avgörande inflytande över deras agerande.

58 Det ankommer därför på Dow Chemical att motbevisa denna presumtion genom att visa att dessa dotterbolag på ett självständigt sätt bestämmer sin affärspolicy och att de inte tillsammans med moderbolaget utgör en enda ekonomisk enhet och således ett enda företag i den mening som avses i artikel 81 EG.

59 Mer specifikt ankommer det på Dow Chemical att åberopa samtliga omständigheter rörande sambandet i organisatoriskt, ekonomiskt och juridiskt hänseende mellan dotterbolaget och moderbolaget som Shell anser är ägnade att visa att dotterbolaget och moderbolaget inte utgör en enda ekonomisk enhet. Tribunalen ska nämligen vid sin bedömning beakta samtliga omständigheter som parterna har åberopat, omständigheter vilkas karaktär och betydelse kan variera beroende på de särskilda förhållandena i det enskilda fallet (förstainstansrättens dom av den 12 december 2007 i mål T-112/05, Akzo Nobel m.fl. mot kommissionen, REG 2007, s. II-5049, punkt 65).

- 60 Dow har, för det första, i sak gjort gällande att eftersom bolaget varken deltagit i överträdelsen eller ens känt till den ska det inte hållas ansvarigt. Dow har emellertid vid förhandlingen påpekat att det utifrån domen av den 10 september 2009 i det i punkt 42 ovan nämnda målet Akzo Nobel m.fl. mot kommissionen inte kan motbevisa den presumtion som gäller mot bolaget i detta avseende, då det av denna dom framgår att moderbolagets avgörande inflytande inte nödvändigtvis måste avse dotterbolagets affärspolicy och därmed heller inte själva överträdelsen. Dow har således godtagit att vad som anförts inte kan påverka det angripna beslutets laglighet i detta avseende. Dow har för övrigt angivit vid förhandlingen att man tar tillbaka de argument som anförts inom ramen för den andra delen av den första grunden i denna fråga.
- 61 För det andra och för fullständighetens skull har kommissionen i det angripna beslutet redovisat andra omständigheter som motiverar att Dow Chemical ska anses ha utövat ett avgörande inflytande över dess dotterbolags uppträdande. Kommissionen har i synnerhet anfört att de anställda som deltagit i överträdelsen rapporterade till affärschefen (syntetiskt gummi) för Dow Deutschland, vilken själv rapporterade till ansvariga för denna sektor inom Dow Chemical, vilka slutligen rapporterade till dess verkställande direktör (CEO) (skälen 344–352 i det angripna beslutet). Dow har inte förnekat dessa omständigheter men anser inte att de visar att Dow Chemical faktiskt haft kännedom om kartellen eller att bolaget förfarit oaktsamt genom att inte upptäcka den. Av de skäl som anges i föregående punkt kan detta argument inte påverka bedömningen utifrån den presumtion som gäller mot Dow Chemical, vilket även Dow självt erkänt vid förhandlingen.
- 62 Dow har emellertid vid förhandlingen anfört att kommissionen felaktigt i skäl 357 i det angripna beslutet anfört att Dow Chemical känt till kartellens verksamhet. Enligt Dow skulle, om kommissionens påstående var korrekt, Dow Chemical varit direkt inblandat i kartellen. Detta påstående går längre än vad som följer av moderbolagets ansvar för helägda dotterbolag. Kommissionen har inte lagt fram några bevis för detta

påstående. Dow har, med hänvisning till domstolens dom av den 3 september 2009 i de förenade målen C-322/07 P, C-327/07 P och C-338/07 P, Papierfabrik August Koehler mot kommissionen (REG 2009, s. I-7191), anfört att omständigheterna i förevarande mål kan jämföras med de omständigheter som låg till grund för den domen. Enligt Dow är därför det angripna beslutet olagligt i detta avseende.

63 Utan att det är nödvändigt att pröva huruvida Dows vid förhandlingen framförda argument kan upptas till sakprövning, kan det konstateras att de grundas på förut-sättningen att kommissionen, utifrån vad som anförts i skäl 357 i det angripna beslutet, även hållit Dow Chemical ansvarigt för att direkt ha deltagit i överträdelsen och att situationen därför är jämförbar med den som låg till grund för domen i de i punkt 62 ovan nämnda förenade målen Papierfabrik August Koehler mot kommissionen. Det framgår emellertid klart av skälen 340–343 i det angripna beslutet att Dow Chemical endast hållits ansvarigt för att det direkt eller indirekt kontrollerade de företag som direkt deltagit i överträdelsen, det vill säga Dow Deutschland Anlagengesellschaft, Dow Deutschland och Dow Europe. Dows utgångspunkt är således felaktig.

64 Härav följer att vad Dow anfört inte kan medföra någon annan bedömning av huruvida Dow Chemical och dess dotterbolag ska anses utgöra en ekonomisk enhet. Det är enligt tribunalens mening mot denna bakgrund inte nödvändigt att vidta de processledande åtgärder som Dow begärt.

65 Talan kan därför inte vinna bifall på den anda delen av Dows första grund.

c) Den tredje delen, avseende att kommissionen felaktigt underlåtit att utnyttja sitt utrymme för skönsmässig bedömning och underlåtit att motivera beslutet

Parternas argument

- 66 Dow har påpekat att kommissionen i alla händelser har anfört att den ”när det gäller att rikta beslut till de högsta moderbolagen tillämpar en allmän princip som bekräffats genom fast rättspraxis och från vilken den inte ser någon anledning att avvika” (skäl 362 i det angripna beslutet).
- 67 Den rättspraxis från förstainstansrätten och domstolen som kommissionen hänvisar till i skälen 333–336 i det angripna beslutet bekräftar emellertid inte någon allmän politik från kommissionens sida att rikta beslut till moderbolaget i en koncern. Det enda som framgår av denna rättspraxis är att det finns en motbevisbar presumtion att ett moderbolag har utövat ett avgörande inflytande över ett helägt dotterbolag och att kommissionen, när moderbolaget inte motbevisat denna presumtion, kan (utan att vara skyldiga att göra så) hålla moderbolaget ansvarigt för dotterbolagets uppträdande.
- 68 Dow har vidare, med hänvisning till vissa beslut från kommissionen, anfört att kommissionen i andra ärenden inte har hållit moderbolaget ansvarigt trots att det ägde samtliga aktier i dotterbolaget, utan att den därvid angivit varför den inte ålagt moderbolaget böter.

- 69 Dow har mot denna bakgrund gjort gällande att kommissionen är skyldig att utöva sitt utrymme för skönsmässig bedömning från fall till fall. I förevarande mål har den emellertid inte gjort så, utan att den lämnat någon förklaring, vilket i synnerhet framgår av skäl 362 i det angripna beslutet. Dow har tillagt att det är skillnad mellan en allmän policy att agera när det förekommer överträdelser av gemenskapens konkurrensregler, och föra talan mot de företag som begått överträdelsen, och en allmän policy att alltid hålla moderbolaget ansvarigt.
- 70 Dow har framhållit att man under det administrativa förfarandet gjort gällande att Dow skulle förfördelas på ett omotiverat sätt ifall kommissionen riktade det beslut man avsåg att anta till Dow Chemical, då detta troligen skulle leda till en omotiverad civilprocess i Förenta staterna. Dow har påpekat att Dow Chemical några dagar efter tillkännagivandet av antagandet av det angripna beslutet blev föremål för flera mål om grupptalan vid flera olika domstolar i Förenta Staterna. Dow Chemical har vidare anmärkt att den omständigheten att det angripna beslutet riktats till bolaget inte är förenlig med kommissionens policy avseende samarbete, eftersom ett företag kan antas vara mindre benäget att samarbeta när dess samarbete ökar risken för att de exponeras för skadeståndskrav från tredje man. Kommissionen har uttryckligen godtagit detta förhållande i punkt 6 i kommissionens meddelande av den 8 december 2006 om immunitet mot böter och nedsättning av böter i kartellärenden (EUT 2006, C 298, s. 17).
- 71 Enligt Dow har kommissionen inte tillräckligt beaktat dessa argument när den endast anförde att de var "av politisk art". Kommissionen var dock skyldig att beakta dem och väga dem mot eventuella skäl att rikta det angripna beslutet till Dow Chemical. Detta gjorde kommissionen emellertid inte.
- 72 I alla händelser är det angripna beslutet bristfälligt motiverat genom att kommissionen inte har angett de skäl som föranlett den att slutligen besluta sig för att under de

i förevarande mål rådande omständigheterna rikta beslutet till moderbolaget. Det är inte på något sätt nödvändigt att kommissionen anger skälen till att den beslutar att inte hålla ett moderbolag ansvarigt för dess dotterbolags uppträdande, eftersom ett sådant beslut inte leder till nackdel för någon. Det är däremot nödvändigt att kommissionen bedömer de olika argument som lagts fram och anger skälen för sitt beslut att ålägga ett moderbolag böter till följd av överträdelser som dess dotterbolag begått.

- 73 Kommissionen har gjort gällande att talan inte ska bifallas på den tredje delen av den första grunden. Den har anfört att när villkoren för att tillskriva ett moderbolag ansvaret för dotterbolagets uppträdande har den ingen skyldighet att motivera sitt val av mottagare av beslutet.

Tribunalens bedömning

- 74 Av de skäl som angivits vid bedömningen av den andra delen av den första grunden kan kommissionen hålla ett moderbolag ansvarigt för en överträdelse som begåtts av dess dotterbolag när det visas att dotterbolaget inte självständigt bestämmer över sitt uppträdande på marknaden. Det följer av vad som ovan anförts att kommissionen inte gjort något fel i detta avseende. Den omständigheten att Dow Chemical är moderbolag i en koncern påverkar inte denna bedömning, eftersom det inte har förnekats att bolaget, indirekt, kontrollerar, hela aktiekapitalet i de bolag som deltagit direkt i överträdelsen, det vill säga Dow Deutschland Anlagengesellschaft, Dow Deutschland och Dow Europe (se, för ett liknande synsätt, förstainstansrättens dom av den 30 september 2003 i mål T-203/01, Michelin mot kommissionen, REG 2003, s. II-4071,

punkt 290). Det ska vidare framhållas att Dow Chemical direkt äger hela aktiekapitalet i Dow Europe, vilket bolag kommissionen fastslagit har deltagit direkt i överträdelser. Det konstaterandet har inte förnekats inom ramen för förevarande mål.

75 När det gäller den påstådda avvikelser från kommissionens beslutspraxis som det angripna beslutet ska utgöra och i den mån som Dow har gjort gällande att likabehandlingsprincipen ska ha åsidosatts, ska det framhållas att uppträdandet hos ett dotterbolag som åsidosätter konkurrensreglerna, av de skäl som angivits i punkt 56 ovan, får tillskrivas moderbolaget. Vidare utgör tillskrivandet av ansvar för moderbolaget en möjlighet som det är upp till kommissionen att bedöma om den ska använda sig av (se, för ett liknande synsätt, domstolens dom av den 24 september 2009 i de förenade målen C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P och C-137/07 P, Erste Bank der österreichischen Sparkassen mot kommissionen, REG 2009, s. I-8681, punkt 82, och förstainstansrättens dom av den 14 december 2006 i de förenade målen T-259/02-T-264/02 och T-271/02, Raiffeisen Zentralbank Österreich m.fl. mot kommissionen, REG 2006, s. II-5169, punkt 331). Det kan således konstateras att enbart den omständigheten att kommissionen i sin tidigare beslutspraxis ansett att omständigheterna i ett ärende inte motiverar att ett dotterbolags uppträdande tillskrivs moderbolaget inte innebär att den är skyldig att göra samma bedömning i ett senare ärende (se, för ett liknande synsätt, förstainstansrättens dom av den 20 april 1999 i de förenade målen T-305/94-T-307/94, T-313/94-T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 och T-335/94, Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mot kommissionen, nedan kallade PVC II, REG 1999, s. II-931, punkt 990). För fullständighetens skull ska det framhållas att när ett företag har åsidosatt artikel 81.1 EG kan det inte undkomma böter med hänvisning till att ett annat företag, som inte är involverat i målet vid tribunalen, inte ålagts några böter (se domen i de ovannämnda förenade målen PVC II, punkt 1237 och där angiven rättspraxis).

76 När det gäller vad som anförts om att Dow Chemical på ett omotiverat sätt skulle förfördelas genom att det angripna beslutet riktas mot bolaget, kan detta inte påverka beslutets laglighet, eftersom kommissionen av de skäl som redovisats ovan får tillskriva Dow Chemical ansvaret för förevarande överträdelse.

- 77 Det ska slutligen, vad gäller bristfällig motivering, klart och tydligt framgå av ett individuellt besluts motivering hur den institution som har antagit rättsakten har resonerat, så att de som berörs därav kan få kännedom om skälen för den vidtagna åtgärden och så att den behöriga domstolen ges möjlighet att utöva sin prövningsrätt. Kravet på motivering ska bedömas med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet. Det krävs inte att alla relevanta faktiska och rättsliga omständigheter anges i motiveringen, eftersom bedömningen av om motiveringen av ett beslut uppfyller kraven i artikel 253 EG inte ska ske endast utifrån rättsaktens lydelse utan även utifrån det sammanhang i vilket det har antagits (domstolens dom av den 2 april 1998 i mål C-367/95 P, kommissionen mot Sytraval och Brink's France, REG 1998, s. I-1719, punkt 63).
- 78 De väsentliga formkrav som motiveringsskyldigheten utgör är uppfyllda om kommissionen i sitt beslut har redovisat de uppgifter som legat till grund för dess bedömning av överträdelsens allvar och varaktighet (domstolens dom av den 16 november 2000 i mål C-291/98 P, Sarrió mot kommissionen, REG 2000, s. I-9991, punkt 73, och av den 15 oktober 2002 i de förenade målen C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P–C-252/99 P och C-254/99 P, Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mot kommissionen, REG 2002, s. I-8375, punkt 463).
- 79 Det är i förevarande mål tillräckligt att konstatera att kommissionen klart har angivit, i skälen 333–338 och 340–364 i det angripna beslutet, de omständigheter för bedömningen utifrån vilka den konstaterat att Dow Chemical ska hållas ansvarigt i förevarande mål. Dow har för övrigt bestritt dessa omständigheter inom ramen för förevarande mål. Dows påstående att det angripna beslutet skulle vara bristfälligt motiverat kan mot denna bakgrund inte godtas.
- 80 Talan ska således inte bifallas på den tredje delen av Dows första grund. Således ska talan inte bifallas på någon del av den första grunden.

2. Den andra grunden, avseende felaktigt bestämmande av den tidsperiod under vilken Dow Deutschland deltagit i överträdelsen

a) Parternas argument

Dow

⁸¹ Kommissionen har i det angripna beslutet angivit som starttidpunkt för ett företags deltagande i överträdelsen den tidpunkt när en anställd vid det ifrågavarande företaget för första gången deltog i ett möte som hölls inom en underkommitté till European Synthetic Rubber Association. Starttidpunkten för Dow Deutschland Anlagengesellschafts deltagande i överträdelsen har sålunda fastställts till den 22 februari 2001 och på motsvarande sätt för Dow Europe till den 26 november 2001 (skäl 450 i det angripna beslutet).

⁸² Även om BSL ställt en av sina anställda till Dow Deutschlands förfogande från den 1 juli 1996 (skäl 100 i det angripna beslutet), har denne inte deltagit i sitt första möte för Dow Deutschlands räkning förrän den 2 och den 3 september 1996 (skäl 167 i det angripna beslutet). Det finns inget i det angripna beslutet som visar att denne anställde haft kontakt med företrädare för de andra deltagarna i kartellen mellan den 1 juli 1996 och mötet den 2 och den 3 september 1996. Den metod som kommissionen använt har lett till att Dow hållits retroaktivt ansvarigt för denne anställdes deltagande i mötet den 20 och den 21 maj 1996. Kommissionen har sålunda missgynnat Dow Deutschland jämfört med andra mottagare av det angripna beslutet. Eftersom Dow Chemicals (eventuella) överträdelse begränsats till dess dotterbolag gäller det samma för Dow Chemical i dess helhet.

- 83 Kommissionen har heller inte i det angripna beslutet förklarat varför den tillämpat en annan metod för Dow Deutschland, vilket innebär att beslutet är bristfälligt motiverat.

Kommissionen

- 84 Enligt kommissionen bygger Dows andra grund på den felaktiga förutsättningen att den, på ett allmänt sätt, valt deltagandet i ett möte med en underkommitté för European Synthetic Rubber Association som starttidpunkt för deltagandet i överträdelsen. Kommissionen har emellertid gjort som den vanligtvis gör, det vill säga valt det datum när en anställd i företaget för första gången deltagit i kartellens verksamhet (skäl 444 i det angripna beslutet).

- 85 När det gäller Dow Deutschland (och därmed Dow Chemical) har kommissionen i det angripna beslutet fastslagit att deltagandet i överträdelsen inleddes när en anställd hos BSL, vilken redan deltog i kartellens verksamhet, ställdes till bolagets förfogande. Dow Deutschland ska därmed anses ansvarigt för dess anställdes deltagande från den tidpunkten. Dow har inte bestritt bevisningen att denne anställda, som började arbeta för Dow Deutschland, redan deltog i kartellens verksamhet. Denne anställda fortsatte att delta i kartellens verksamhet efter det att han börjat arbeta för Dow Deutschland (skälen 166, 167 och 169–182 i det angripna beslutet).

- 86 Dow har heller inte förnekat att kartellen varit verksam under tiden från den 1 juli 1996 och det därpå följande mötet i European Synthetic Rubber Association. Kommissionen har i synnerhet gjort gällande att deltagandet i kartellens fortlöpande verksamhet inte har avbrutits under den period när kartellen varken hållit några möten eller

genomfört några beslut som fattats i kartellen. För att ett deltagande i en överträdelse ska anses upphöra krävs att deltagaren visar att han klart och tydligt tar avstånd från kartellen, på ett sätt som inte lämnar utrymme för tvivel hos övriga deltagande företag om att han lämnat kartellen (förstainstansrättens dom av den 17 december 1991 i mål T-7/89, Hercules Chemicals mot kommissionen, REG 1991, s. II-1711, punkt 232, svensk specialutgåva, volym 11, s. II-83, av den 10 mars 1992 i mål T-12/89, Solvay mot kommissionen, REG 1992, s. II-907, punkt 98, och av den 11 december 2003 i mål T-56/99, Marlines mot kommissionen, REG 2003, s. II-5225, punkt 56).

- 87 När det gäller vad Dow anfört om bristande motivering har kommissionen hänvisat till skäl 444 i det angripna beslutet liksom till skäl 19 i beslutet, vad gäller bakgrundsfakta.

b) Tribunalens bedömning

- 88 När det gäller bevisningen för en överträdelse av artikel 81.1 EG ska kommissionen förete bevisning för de överträdelser som den har konstaterat och fastställa vilken bevisning som krävs för att på ett tillfredsställande sätt visa att de faktiska omständigheter förelegat som utgör en överträdelse (domstolens dom av den 17 december 1998 i mål C-185/95 P, Baustahlgewebe mot kommissionen, REG 1998, s. I-8417, punkt 58, och av den 8 juli 1999 i mål C-49/92 P, kommissionen mot Anic Partecipazioni, REG 1999, s. I-4125, punkt 86). Om rätten anser att det föreligger tvivel ska företräde ges åt den lösning som gynnar det företag till vilket beslutet om fastställande av överträdelsen riktas. Rätten får således inte fastställa att kommissionen styrkt att den ifrågavarande överträdelsen förelegat om denna fråga enligt rätten fortfarande är föremål för tvivel (förstainstansrättens dom av den 25 oktober 2005 i mål T-38/02, Groupe Danone mot kommissionen, REG 2005, s. II-4407, punkt 215).

- 89 Det framgår vidare av rättspraxis att kommissionen har att visa inte bara att det förekommit en kartell utan även dess varaktighet (förstainstansrättens dom den 7 juli 1994 i mål T 43/92, Dunlop Slazenger mot kommissionen, REG 1994, s. II-441, punkt 79, av den 13 december 2001 i mål T-48/98, Acerinox mot kommissionen, REG 2001, s. II-3859, punkt 55, och av den 29 november 2005 i mål T-62/02, Union Pigments mot kommissionen, REG 2005, s. II-5057, punkt 36). För att bedöma varaktigheten av en överträdelse som har ett konkurrensbegränsande syfte, ska det endast fastställas hur länge detta avtal har funnits, det vill säga hur lång tid som förflutit mellan datumet då det ingicks och datumet då det upphörde (förstainstansrättens dom av den 27 juli 2005 i de förenade målen T-49/02-T-51/02, Brasserie nationale mot kommissionen, REG 2005, s. II-3033, punkt 185, och av den 5 december 2006 i mål T-303/02, Westfalen Gassen Nederland mot kommissionen, REG 2006, s. II-4567, punkt 138). När bevisning saknas som gör det möjligt att direkt fastställa överträdelsens varaktighet, ska beslutet åtminstone stödja sig på bevisning som hänför sig till omständigheter som ligger tillräckligt nära i tiden för att det rimligen ska kunna antas att överträdelsen fortsatt oavbrutet mellan två exakta dagar (domen i det ovan nämnda målet Dunlop Slazenger mot kommissionen, punkt 79, och dom av den 16 november 2006 i mål T-120/04, Peróxidos Orgánicos mot kommissionen, REG 2006, s. II-4441, punkt 51).
- 90 Kommissionen har i förevarande mål fastslagit att Dow Deutschland har deltagit i överträdelsen från den 1 juli 1996 (artikel 1 i det angripna beslutet). Kommissionen har mer specifikt anfört att N. övergick till att stå till Dow Deutschlands förfogande från BSL från den 1 juli 1996, innan han anställdes hos Dow från den 1 oktober 1997 (skäl 100 i det angripna beslutet). Kommissionen har vidare anfört att BSL deltog i sitt första kartellmöte i maj 1996, men att Dows ansvar för BSL:s uppträdande inte kan göras gällande förrän affärsuppgörelsen med BSL började gälla, det vill säga den 1 juli 1996. Kommissionen har slutligen påpekat att Dow, efter det att affärsuppgörelsen mellan Dow och BSL började gälla, har "fortsatt" delta i kartellen. Kommissionen har i detta avseende anfört att N. under kartellens möte den 2 och den 3 september 1996 företrädde både BSL och Dow. Kommissionen har härav dragit slutsatsen att Dow började delta i överträdelsen senast den 1 juli 1996 (skäl 444 i det angripna beslutet).

- 91 Kommissionen har, förutom att N. ställts till Dows förfogande av BSL, inte lagt fram någon omständighet som visar att Dow Deutschland skulle ha deltagit i överträdelsen mellan den 1 juli och den 2 september 1996. Mer specifikt har kommissionen inte lagt fram några konkreta omständigheter som visar på en samordning av viljeyttringar mellan Dow Deutschland och övriga kartellmedlemmar mellan den 1 juli och den 2 september 1996.
- 92 Det framgår heller inte av de handlingar som lagts fram i målet att det förekommit någon viljeyttring i konkurrensbegränsande syfte från någon av kartellens medlemmar gentemot Dow Deutschland.
- 93 Enbart den omständigheten att en anställd i ett bolag som deltagit i en överträdelse ställts till ett annat bolags förfogande visar inte i sig att det sistnämnda bolaget med automatik blivit medlem i kartellen. Det kan nämligen inte vid sådana förhållanden uteslutas att den ifrågavarande personen beslutar att inte dra in det bolag till vilket förfogande han ställts i konkurrensbegränsande uppträdanden eller att detta bolag vidtar åtgärder för att undvika ett sådant uppträdande.
- 94 För övrigt är kommissionens påstående att Dow "fortsatt" att delta i kartellen efter den 1 juli 1996 felaktigt, då det är ostridigt att Dow under alla förhållanden inte har deltagit i kartellen före den tidpunkten.
- 95 Kommissionen har inte heller visat att Dow Deutschland, under perioden från den 1 juli till den 2 september 1996, till följd av information som N. erhållit inom ramen för sina tidigare åligganden, genomfört avtal som träffats inom ramen för kartellen och därmed inte uppträtt självständigt på marknaden. Det ska härvid framhållas att även om det i rättspraxis från tid till annan fastslagits att innehav av information från konkurrenter kan tyda på att företaget i fråga inte har en självständig affärspolicy på

marknaden, även under ett påstått utträde ur kartellen, så har detta rört sig om fall där företaget redan deltagit i kartellen (se, i synnerhet, domen i det i punkt 89 ovan nämnda målet Union Pigments mot kommissionen, punkt 39 och där angiven rättspraxis).

- 96 Kommissionen har således inte lagt fram tillräckliga bevis för att det ska kunna konstateras att Dow Deutschland deltagit i en överträdelse mellan den 1 juli och den 2 september 1996. Dow har däremot inte bestritt att Dow Deutschland deltagit i överträdelsen från den 2 september 1996.
- 97 De övriga argument som kommissionen har anfört påverkar inte denna slutsats.
- 98 När det gäller skälen 166 och 167 samt 169–182 i det angripna beslutet, vilka kommissionen hänvisat till i sina skrivelser, anges där att N. i egenskap av företrädare för Dow Deutschland och för BSL deltagit i kartellens möten från den 2 och den 3 september 1996. Detta visar inte att N. för Dow Deutschlands räkning skulle ha deltagit i kartellens verksamhet mellan den 1 juli och den 2 september 1996.
- 99 Vad gäller den rättspraxis som kommissionen åberopat, enligt vilken deltagandet i kartellens fortlöpande verksamhet inte har avbrutits under den period då varken kartellmöten eller genomförande av överenskommelser i kartellen varit aktuella, gäller denna rättspraxis när det ifrågavarande företaget redan deltagit i kartellens verksamhet, vilket inte var fallet såvitt avser Dow Deutschland före mötet den 2 och den 3 september 1996. Dow Deutschland kan således inte klandras för att inte ha tagit avstånd från en kartell i vilken det ännu inte deltagit.

- ¹⁰⁰ Talan ska således bifallas på den andra grunden. I enlighet med vad Dow Deutschland yrkat i detta avseende ska artikel 1 i det angripna beslutet upphävas i den mån det där anges att bolaget deltagit i den ifrågavarande överträdelsen från den 1 juli 1996 i stället för från den 2 september 1996.

3. Den tredje grunden, avseende ett felaktigt fastställande av de bötesbelopp sökandena ålagts att betala

- ¹⁰¹ Dows tredje grund består av nio delar. Den första är att kommissionen enligt Dow gjort en felaktig bedömning av överträdelsens allvar. Den andra till sjätte delen rör en åtskillnad i behandling avseende böternas grundbelopp. Den sjunde och den åttonde delen rör tillämpningen av en multiplikationsfaktor i avskräckande syfte. Den nionde delen är att kommissionen enligt Dow felaktigt bedömt överträdelsens varaktighet.

a) Den första delen, avseende en felaktig bedömning av överträdelsens allvar

Parternas argument

- ¹⁰² Dow har inte bestritt kommissionens slutsats att överträdelsen kan anses vara mycket allvarlig i den mening som avses i riktlinjerna. Kommissionen är emellertid, enligt principen om likabehandling, skyldig att i detalj bedöma överträdelsens art när den fastställer böternas utgångsbelopp inom kategorin mycket allvarliga överträdelser.

- 103 Kommissionen har i förevarande mål underlåtit att beakta att överträdelsen inte ledde till något undertecknat och särskilt utarbetat avtal. Kartellens deltagare har endast träffats informellt upp till fyra gånger per år, i samband med möten för underkommittéer till European Synthetic Rubber Association (skälen 94 och 95 i det angripna beslutet). Ingen av de mekanismer som ofta förekommer i särskilt utvecklade karteller – såsom kontrollmekanismer eller system för repressalier – har förekommit i förevarande mål. Kommissionen har själv angett att det inte förekommit något systematiskt avtal om priser (skälen 270 och 272 i det angripna beslutet). Dessa omständigheter, vilka kommissionen underlåtit att beakta i skäl 461 i det angripna beslutet, talar för att böternas utgångsbelopp borde ha fastställts till ett lägre belopp än det som kommissionen fastställt. Dow har hänvisat till att förstainstansrätten i domen i det i punkt 88 ovan nämnda målet *Groupe Danone mot kommissionen* (punkt 393), och anfört att enligt riktlinjerna ska avsaknaden av genomförandemekanismer beaktas vid bedömningen av överträdelsens allvar.
- 104 Dow har tillagt att kommissionen enligt punkt 1 A tredje strecksatsen i riktlinjerna kan särbehandla företagen utifrån arten av den överträdelse de gjort sig skyldiga till inom kategorin mycket allvarliga överträdelser. Kommissionen är således skyldig att beakta de särskilda omständigheterna i ett enskilt fall.
- 105 Kommissionen har gjort gällande att talan inte ska bifallas på den första delen av den tredje grunden. Den har i synnerhet framhållit att böternas utgångsbelopp fastställts utifrån produktmarknadens omfattning och överträdelsens art.

Tribunalens bedömning

- 106 Bedömningen av hur allvarlig en överträdelse är ska göras med hänsyn till ett stort antal omständigheter, såsom de särskilda omständigheterna i målet, dess kontext

och böternas avskräckande verkan, utan att det har fastställts någon tvingande eller uttömmande förteckning över de kriterier som absolut ska tas i beaktande (domstolens dom i de i punkt 78 ovan nämnda förenade målen *Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mot kommissionen*, punkt 465, och av den 28 juni 2005 i de förenade målen *C-189/02 P*, *C-202/02 P*, *C-205/02 P*-*C-208/02 P* och *C-213/02 P*, *Dansk Rørindustri m.fl. mot kommissionen*, REG 2005, s. I-5425, punkt 241).

107 Bland de faktorer som kan påverka bedömningen av hur allvarlig en överträdelse är återfinns de enskilda företagens beteende, deras respektive roll vid genomförandet av det samordnade förfarandet, den vinst företagen kunnat göra genom detta förfarande, deras storlek och värdet på de ifrågavarande produkterna samt den risk som överträdelser av detta slag innebär för genomförandet av gemenskapens mål (se domstolens dom av den 25 januari 2007 i mål *C-407/04 P*, *Dalmine mot kommissionen*, REG 2007, s. I-829, punkt 130 och där angiven rättspraxis).

108 Vidare anges i riktlinjerna i synnerhet att det vid bedömningen av överträdelsens allvar ska beaktas dess art, dess konkreta påverkan på marknaden, om den är mätbar, och utbredningen av den relevanta geografiska marknaden. Överträdelser indelas i tre kategorier som gör det möjligt att skilja mellan mindre allvarliga, allvarliga och mycket allvarliga överträdelser (punkt 1 A första och andra styckena i riktlinjerna).

109 I förevarande mål anförde kommissionen i det angripna beslutet, för det första, att de berörda företagen träffat överenskommelser om priser, delat upp marknaden och utbytt känsliga affärsuppgifter. Enligt kommissionen utgör dessa förfaranden i sig mycket allvarliga överträdelser (skäl 461 och artikel 1 i det angripna beslutet). Kommissionen anförde vidare att det inte är möjligt att fastställa den konkreta påverkan överträdelsen haft på EES-marknaden. Kommissionen tillade emellertid att även om det inte är möjligt att mäta den konkreta påverkan på marknaden har de ifrågavarande överenskommelserna genomförts av de berörda företagen. De har därmed påverkat marknaden. Kommissionen framhöll i detta avseende att den, vid bedömningen

av överträdelsens allvar, dock inte beaktade överträdelsens påverkan på marknaden (skäl 462 i det angripna beslutet). Avslutningsvis anförde kommissionen att överträdelsen omfattat hela EES-området (skäl 463 i det angripna beslutet). Mot denna bakgrund slog kommissionen fast att den ifrågavarande överträdelsen skulle anses vara mycket allvarlig (skäl 464 i det angripna beslutet).

- 110 Kommissionen har vidare särskilt mellan de berörda företagen utifrån deras sammanlagda omsättning avseende BR och ESBR för år 2001, det sista hela år som överträdelsen pågick, förutom för Shell (1998) och Stomil (1999). Kommissionen har delat in de berörda företagen i fem kategorier, med Dow i den andra kategorin (41 miljoner euro i utgångsbelopp för böterna) (skälen 465–473 i det angripna beslutet).
- 111 Dow har inte bestritt kommissionens slutsats att överträdelsen kan anses vara mycket allvarlig i den mening som avses i riktlinjerna, men har däremot invänt mot böternas utgångsbelopp, genom att hänvisa till, i synnerhet, att kartellen i fråga kännetecknats av en låg grad av formalisering.
- 112 Det ska, för det första, påpekas att de tänkbara beloppen för böterna vid mycket allvarliga överträdelser enligt punkt 1 A i riktlinjerna överstiger 20 miljoner euro och att det grundbelopp för böterna som fastställts för Dow följer av vissa omständigheter, i synnerhet Dows försäljning av BR och ESBR inom EES-området år 2001 (det vill säga 126,93 miljoner euro) (skäl 469 i det angripna beslutet).

113 Det kan, för det andra, konstateras att Dow inom ramen för sin talan inte har ifrågasatt kartellens konkurrensbegränsande syfte, såsom det angivits i det angripna beslutet, i synnerhet dess artikel 1, det vill säga att fastställa priser, dela upp marknader och utbyta känsliga affärsuppgifter. Med beaktande av antalet och samtidigtheten av de mål som eftersträvats med kartellen, och även om den kännetecknats av en låg grad av formalisering, kännetecknas den därmed av en hög grad av utveckling (se, för ett liknande synsätt, domen i det i punkt 88 ovan nämnda målet *Groupe Danone* mot kommissionen, punkt 149). När det särskilt gäller argumentet avseende avsaknaden av kontrollmekanismer för att säkerställa avtalens iakttagande och genomförande i praktiken, och med antagande av att vad Dow påstått i detta avseende skulle bevisas och kunna beaktas, ska det framhållas att Dow inte bestritt kommissionens slutsats att överträdelsen kan anses vara mycket allvarlig i den mening som avses i riktlinjerna. Det ska i detta avseende understrykas att de berörda företagen kommit överens om att fastställa priser, att dela upp kunder genom överenskommelser att inte angripa varandra och att utbyta känsliga uppgifter om priser, konkurrenter och kunder. Vidare omfattade den ifrågavarande kartellen hela EES-området. För övrigt överstiger Dows böter inte taket på 10 procent av dess omsättning under föregående räkenskapsår enligt artikel 23.2 i förordning nr 1/2003. Denna gräns syftar till att säkerställa att det inte blir omöjligt för det berörda företaget att betala böterna (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 7 juni 1983 i de förenade målen 100/80-103/80, *Musique Diffusion française m.fl. mot kommissionen*, REG 1983, s. 1825, punkt 119, svensk specialutgåva, volym 7, s. 133). För övrigt ska bedömningen av överträdelsens allvar ske utifrån en helhetsbedömning av samtliga relevanta omständigheter i ärendet. Tribunalen anser i förevarande mål att – mot bakgrund av de omständigheter som kommissionen lagt fram i det angripna beslutet – även om vad Dow påstått skulle bevisas påverkar det inte den nivå på böternas utgångsbelopp som kommissionen fastställt.

114 Talan ska således inte bifallas på den första delen av Dows tredje grund.

b) Den andra till sjätte delen, avseende en felaktig differentierad behandling avseende böternas grundbelopp

Parternas argument

- ¹¹⁵ Dow har inom ramen för den andra delen av den tredje grunden anfört att kommissionen tillämpat en differentierad behandling avseende fastställandet av böternas utgångsbelopp i syfte att "beakta varje företags storlek och därmed den konkreta påverkan på konkurrensen av företagets rättsstridiga beteende" (skäl 466 i det angripna beslutet). Kommissionen har emellertid i skäl 462 i det angripna beslutet anfört att "det är omöjligt att fastställa den faktiska påverkan på marknaden inom EES av det avtalskomplex som överträdelsen består i". Kommissionen har således lämnat motstridiga uttalanden. När överträdelsens verkningar inte är mätbara, vilket är fallet i förevarande mål, saknas det skäl att grunda böterna i det enskilda fallet på en påstådd "förmåga" att skada, såsom kommissionen anfört i sina skrivelser. Punkt 1 A fjärde strecksatsen i riktlinjerna ska i detta avseende läsas tillsammans med sjätte strecksatsen i samma punkt. Dow har tillagt att i de mål som ledde fram till förstainstansrättens dom av den 9 juli 2003 i mål T-230/00, Daesang och Sewon Europe mot kommissionen (REG 2003, s. II-2733), och av den 27 september 2006 i mål T-329/01, Archer Daniels Midland mot kommissionen (REG 2006, s. II-3255), vilka kommissionen hänvisat till i sina skrivelser, hade en påverkan på marknaden konstaterats.
- ¹¹⁶ Dow har inom ramen för den tredje delen av den tredje grunden gjort gällande att kommissionen enligt punkt 1 A i riktlinjerna är skyldig att bedöma den "konkreta påverkan" (när den är mätbar) som överträdelsen haft på marknaden. Denna skyldighet har bekräftats av förstainstansrätten i domen av den 9 juli 2003 i mål T-224/00, Archer Daniels Midland och Archer Daniels Midland Ingredients mot kommissionen (REG 2003, s. II-2597), och av den 5 april 2006 i mål T-279/02, Degussa mot kommissionen (REG 2006, s. II-897). Kommissionen har i förevarande mål inte utrett

den verkliga påverkan som överträdelsen haft på marknaden (skäl 462 i det angripna beslutet). Icke desto mindre har den i samma skäl anfört att överträdelsen ”faktiskt påverkat marknaden, även om dess konkreta påverkan är svår att mäta”. Av förstainstansrättens dom av den 18 juli 2005 i mål T-241/01, Scandinavian Airlines System mot kommissionen (REG 2005, s. II-2917), och av domen i det i punkt 88 ovan nämnda målet Groupe Danone mot kommissionen, vilka det hänvisats till i det angripna beslutet, framgår att kommissionen kan fastställa att en överträdelse medfört faktiska verkningar enbart genom att bedöma sannolikheten av en sådan påverkan eller genom att bevisa att överträdelsen har genomförts. Kommissionen har i förevarande mål varken bedömt någon sannolikhet för en påverkan eller bevisat att något konkurrensbegränsande avtal genomförts (även om den försökt bevisa att överträdelsen genomförts i det första meddelandet om invändningar). Kommissionens påstående i skäl 462 i det angripna beslutet, att ”de konkurrensbegränsande avtalen genomförts av de europeiska tillverkarna”, stöds inte av någon bevisning. I skälen 148 och 203 i det angripna beslutet, till vilka kommissionen hänvisat i sina skrivelser, visas på intet sätt någon form av genomförande, utan enbart fruktlösa försök, varav ett i förhållande till ett företag för vilket förfarandet lagts ned (Dwory).

- ¹¹⁷ Dow har, inom ramen för den fjärde delen av den tredje grunden, anfört att rätten att yttra sig har åsidosatts, och har i detta avseende understrukt att kommissionens första meddelande om invändningar innehöll vissa ”ekonomiska bevis” avseende kartellens påverkan. Kommissionen återkallade emellertid detta meddelande om invändningar efter att vissa av de berörda företagen, däribland Dow, invänt mot bevisvärdet av dessa omständigheter. Det andra meddelandet om invändningar, på vilket det angripna beslutet grundas, innehåller inga bevis i detta avseende. Det innehåller heller inga omständigheter som visar att genomförandet av konkurrensbegränsande avtal medfört någon påverkan på marknaden. De punkter i det andra meddelandet om invändningar som kommissionen hänvisat till i sina skrivelser är irrelevanta i detta avseende. Dow har således inte fått tillfälle att ge uttryck för sin inställning till kartellens eventuella påverkan på marknaden. Kommissionen har emellertid presumerat

att kartellen medfört påverkan på marknaden när den särbehandlade mottagarna av det angripna beslutet.

- 118 Dow har, utifrån vad som anförts inom ramen för den andra till fjärde delen av den tredje grunden, dragit slutsatsen att kommissionen inte borde ha fastställt olika grundbelopp för böterna för de berörda företagen. Kommissionen borde i stället ha fastställt ett enhetligt utgångsbelopp. Eftersom böternas utgångsbelopp för Stomil fastställts till 5,5 miljoner euro och det beloppet kan förmodas motsvara kartellens objektiva allvar finns det inte något skäl att fastställa ett högre utgångsbelopp för Dow.
- 119 Inom ramen för den femte delen av den tredje grunden, vilken del återopas i andra hand, har Dow gjort gällande att om det var korrekt av kommissionen att göra en åtskillnad mellan det angripna beslutets mottagare för att beakta den verkliga påverkan på konkurrensen, så var det felaktigt av kommissionen att grunda sig på Dows omsättning av försäljningen av BR och ESBR år 2001. Kommissionen har nämligen därigenom underlåtit att beakta att det inte var förrän från juni 1999 som Dows omsättning ökade märkbart, i och med köpet av verksamheten "syntetgummi" från Shell. Under omkring halva överträdelseperioden har Dows marknadsställning varit avsevärt svagare. Dow har understrukit att kommissionen i skäl 479 i det angripna beslutet har beaktat att Dow inte ägde Shells verksamhet avseende BR och ESBR under överträdelsens första år, när kommissionen fastställde höjningen utifrån överträdelsens varaktighet, vilket emellertid är en annan fråga. Dow har tillagt att bolaget, när det övertog Shells verksamhet, inte var informerat om överträdelsen och att det därmed inte kunde förvänta sig ett så här omfattande ansvar. För övrigt har domstolen i domen i det i punkt 44 ovan nämnda målet Stora Kopparbergs Bergslags mot kommissionen angett att ett företag inte kan anses bära ansvaret för överträdelser som begåtts av ett företag som det förvärvat när överträdelserna ägt rum före förvärvet, enbart av det skälet att förvärvaren själv medverkat i kartellen under denna tid. Dow

menar därför att kommissionen borde ha beaktat utvecklingen av bolagets försäljning även inom ramen för bestämmandet av böternas utgångsbelopp, genom att grunda sig på Dows försäljning åren 1998 och 2001, och därvid utgå från medelvärdet av dessa år. Dow anför i detta avseende att dess försäljning år 1998 var avsevärt lägre än Shells försäljning. Kommissionen har, genom att grunda sin bedömning på Dows försäljning år 2001 för hela överträdelseperioden, diskriminerat Dow i förhållande till Shell. Utifrån omsättningen år 1998 och den metod som Dow förespråkar borde böternas utgångsbelopp ha fastställts till 32,4 miljoner euro för Dow.

120 Dow har, inom ramen för den sjätte delen av den tredje grunden, gjort gällande att även om kommissionen kunnat särbehandla dem till vilket det angripna beslutet riktats för att beakta den faktiska påverkan på konkurrensen, har kommissionen ändå gett denna omständighet en alltför stor vikt. Såsom kommissionen själv erkänt i skäl 461 i det angripna beslutet är den viktigaste faktorn vid fastställandet av böternas grundbelopp överträdelsens allvar (eller art). Kommissionen har i förevarande mål fastställt sex gånger högre utgångsbelopp för Dows böter än vad som fastställts för Stomils böter, enbart utifrån den faktiska påverkan på marknaden som Dows deltagande i överträdelsen påstås ha medfört. Denna aspekt överskuggar helt överträdelsens allvar som faktor vid fastställandet av böterna, trots att den faktiska påverkan på marknaden måste anses vara densamma för alla företag, så länge inte någon deltagare haft en alldeles särskild roll. Dow har tillagt att man inte med den sjätte delen av den tredje grunden avser multiplikationsfaktorer i avskräckande syfte, vilket kommissionen synes mena i sina skrivelser.

121 Kommissionen har gjort gällande att talan inte ska bifallas på den andra till sjätte delen av den tredje grunden. Den har i sak gjort gällande att den inte gjort något fel genom att göra en åtskillnad mellan företagen vid fastställandet av böternas grundbelopp.

Tribunalens bedömning

— Den andra till fjärde delen av den tredje grunden

- ¹²² I riktlinjerna görs en åtskillnad mellan mindre allvarliga överträdelser, allvarliga överträdelser och mycket allvarliga överträdelser (punkt 1 A första och andra styckena i riktlinjerna). Åtskillnaden mellan företag sker för att, i enlighet med punkt 1 A, tredje, fjärde och sjätte styckena i riktlinjerna, bedöma varje företags individuella bidrag till framgången för den konkurrensbegränsande samverkan, med utgångspunkt i deras ekonomiska kapacitet, i syfte att placera företaget i en lämplig kategori (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 15 juni 2005 i de förenade målen T-71/03, T-74/03, T-87/03 och T-91/03, Tokai Carbon m.fl. mot kommissionen, ej publicerad i rättsfallssamlingen, punkt 225, och av den 18 juni 2008 i mål T-410/03, Hoechst mot kommissionen, REG 2008, s. II-881, punkt 360).
- ¹²³ Det individuella bidraget från varje företag, utifrån faktisk ekonomisk kapacitet, till kartellens framgång ska emellertid särskiljas från den konkreta påverkan på marknaden som avses i punkt 1 A första stycket i riktlinjerna. När det gäller det sistnämnda beaktas överträdelsens konkreta påverkan, när den är mätbar, för att avgöra om det rör sig om en mindre allvarlig, allvarlig eller mycket allvarlig överträdelse. Det individuella bidraget från varje företag beaktas i sig för att fastställa det belopp som ska fastställas utifrån överträdelsens allvar.
- ¹²⁴ Således kan kommissionen, även om överträdelsen inte lett till någon konkret mätbar påverkan, enligt punkt 1 A tredje, fjärde och sjätte styckena i riktlinjerna och efter att ha fastställt huruvida det rör sig om en mindre allvarlig, allvarlig eller mycket allvarlig överträdelse, besluta att göra en sådan åtskillnad mellan berörda företag.

125 Vad Dow anfört inom ramen för den andra till fjärde delen av den tredje grunden kan således inte påverka den bedömning som kommissionen gjort inom den kategori till vilken överträdelsen hör, nämligen mycket allvarliga överträdelser.

126 Det kan i alla händelser konstateras att Dow, såsom framhållits i punkt 113 ovan, inom ramen för sin talan inte har ifrågasatt kartellens rättsstridiga syfte, vilket fastslagits i det angripna beslutet, i synnerhet i dess artikel 1. Det framgår i detta avseende av beskrivningen av mycket allvarliga överträdelser i riktlinjerna att avtal eller överenskommelser för, såsom i förevarande mål, prisreglering eller för uppdelning av marknader i sig, redan utifrån sin art, kan kategoriseras som ”mycket allvarliga”, utan att kommissionen är skyldig att visa att överträdelsen haft någon konkret påverkan på marknaden (se, för ett liknande synsätt, domstolens dom av den 3 september 2009 i mål C-534/07 P, Prym och Prym Consumer mot kommissionen, REG 2009, s. I-7415, punkt 75, se även domen i det i punkt 89 ovan nämnda målet Brasserie nationale m.fl. mot kommissionen, punkt 178, och domen i det i punkt 122 ovan nämnda målet Hoechst mot kommissionen, punkt 345). Enligt fast rättspraxis har vidare horisontella prisuppgörelser ansetts tillhöra de allvarligaste överträdelserna av de gemenskapsrättsliga konkurrensreglerna och kan alltså i sig anses som mycket allvarliga (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 12 juli 2001 i de förenade målen T-202/98, T-204/98 och T-207/98, Tate & Lyle m.fl. mot kommissionen, REG 2001, s. II-2035, punkt 103, och domen i det i punkt 88 ovan nämnda målet Groupe Danone mot kommissionen, punkt 147).

127 Det var således inte felaktigt av kommissionen att fastslå att förfarandena i fråga i sig utgjorde allvarliga överträdelser, utan att därvid beakta den faktiska påverkan överträdelsen haft på marknaden. Det ska i detta avseende framhållas att kommissionen, i motsats till vad Dow i sak har anfört, klart har angivit, i skäl 462 i det angripna beslutet, att den inte beaktat överträdelsens faktiska påverkan på marknaden vid fastställandet av bötesbeloppen.

128 När det gäller vad Dow anfört om att dess rätt att yttra sig har åsidosatts ska det framhållas att det enligt den principen krävs bland annat att det meddelande om invändningar som kommissionen tillställer ett företag mot vilket den avser att utfärda en sanktion för att det har åsidosatt konkurrensreglerna innehåller de huvudsakliga omständigheterna i detta avseende, såsom de omständigheter som läggs företaget till last, bedömningen av dessa och de bevis som kommissionen grundar sin bedömning på, så att detta företag får möjlighet att i tid lägga fram sina argument inom ramen för det administrativa förfarandet mot företaget (se domstolens dom av den 2 oktober 2003 i mål C-176/99 P, Arbed mot kommissionen, REG 2003, s. I-10687, punkt 20 och där angiven rättspraxis). Såvitt särskilt avser beräkningen av böter uppfyller kommissionen sin skyldighet att iaktta företagets rätt att yttra sig genom att i sitt meddelande om invändningar uttryckligen ange att den har för avsikt att undersöka huruvida de berörda företagen ska åläggas böter och de huvudsakliga faktiska och rättsliga grunder som kan medföra att böter åläggs, såsom hur allvarlig den påstådda överträdelsen är och hur länge den pågått, samt huruvida den begåtts ”uppsåtligen eller av oaktsamhet”. Kommissionen ger därigenom företagen de upplysningar som är nödvändiga för att de ska kunna försvara sig, inte bara mot konstaterandet av en överträdelse utan även mot åläggandet av böter (domen i det i punkt 106 ovan nämnda målet Dansk Rørindustri m.fl. mot kommissionen, punkt 428, se förstainstansrättens dom av den 20 mars 2002 i mål T-23/99, LR AF 1998 mot kommissionen, REG 2002, s. II-1705, punkt 199 och där angiven rättspraxis, och i de i punkt 122 ovan nämnda förenade målen Tokai Carbon m.fl. mot kommissionen, punkt 139). Det är i förevarande mål tillräckligt att konstatera att kommissionen inte har beaktat kartellens påverkan på marknaden när den fastställde överträdelsens allvar (skäl 462 i det angripna beslutet). Dows rätt att yttra sig har mot denna bakgrund inte åsidosatts.

129 Vad Dow anfört inom ramen för den andra till fjärde delen av den tredje grunden saknar i alla händelser stöd.

130 Talan ska således inte bifallas på den andra till fjärde delen av Dows tredje grund.

— Den femte delen av den tredje grunden, vilken del görs gällande i andra hand

- ¹³¹ Åtskillnaden mellan företag sker för att, i enlighet med punkt 1 A, tredje, fjärde och sjätte styckena i riktlinjerna, bedöma varje företags individuella bidrag till framgången för den konkurrensbegränsande samverkan, med utgångspunkt i deras ekonomiska kapacitet, i syfte att placera företaget i en lämplig kategori (se, för ett liknande resonemang, domen i de i punkt 122 ovan nämnda förenade målen Tokai Carbon m.fl. mot kommissionen, punkt 225, se även domen i det i punkt 122 ovan nämnda målet Hoechst mot kommissionen, punkt 360). När det mer specifikt gäller punkt 1 A sjätte stycket i riktlinjerna ges där möjlighet att ta hänsyn till "den särskilda vikten, och således den faktiska påverkan på konkurrensen, av varje företags förfarande i samband med överträdelsen, särskilt när det är stor skillnad i storleken på de företag som begått en överträdelse av samma slag". När kommissionen i detta avseende gör en åtskillnad mellan kategorier har den att iaktta likabehandlingsprincipen, enligt vilken det är otillåtet att behandla likartade situationer olika och olikartade situationer lika när en sådan behandling inte är objektivt motiverad (förstainstansrättens dom av den 19 mars 2003 i mål T-213/00, CMA CGM m.fl. mot kommissionen, REG 2003, s. II-913, punkt 406, av den 29 april 2004 i de förenade målen T-236/01, T-239/01, T-244/01-T-246/01, T-251/01 och T-252/01, Tokai Carbon m.fl. mot kommissionen, REG 2004, s. II-1181, punkt 219, och i det i punkt 116 ovan nämnda målet Degussa mot kommissionen, punkt 324). För övrigt ska enligt rättspraxis böternas storlek i vart fall vara proportionerliga till de omständigheter som beaktats vid bedömningen av överträdelsens allvar (domen i det i punkt 126 ovan nämnda målet Tate & Lyle m.fl. mot kommissionen, punkt 106, domen av den 29 april 2004 i det ovannämnda målet Tokai Carbon m.fl. mot kommissionen, punkt 219, och i det i punkt 116 ovan nämnda målet Degussa mot kommissionen, punkt 324). När kommissionen delar in företagen i kategorier för att fastställa bötesbeloppet ska gränsvärdena följaktligen fastställas på ett sammanhängande och sakligt motiverat sätt för var och en av de angivna kategorierna (domen i det ovannämnda målet CMA CGM m.fl. mot kommissionen, punkt 416, och i det ovan i punkt 116 nämnda målet Degussa mot kommissionen, punkt 325). Av fast rättspraxis följer slutligen att bland de faktorer som ska beaktas vid bedömningen av överträdelsens allvar hör, alltefter omständigheterna, volymen av och värdet på de varor som överträdelsen gäller samt företagets storlek och ekonomiska styrka och, följaktligen, det inflytande som det har kunnat utöva på marknaden. Av detta följer å ena sidan att kommissionen vid fastställandet av böterna

får ta hänsyn till såväl företagets totala omsättning, vilken ger en antydning, om än ungefärlig och ofullständig, om företagets storlek och ekonomiska styrka, som den del av denna omsättning som härrör från de varor som är föremål för överträdelsen, vilket kan ge en antydning om denna överträdelses omfattning. Å andra sidan följer det att det är viktigt att inte ge någon av dessa sifferuppgifter en oproportionerligt stor vikt i förhållande till andra omständigheter av betydelse för bedömningen. Fastställandet av bötesbelopp kan aldrig vara resultatet av en enkel beräkning utifrån den totala omsättningen (se förstainstansrättens dom av den 30 september 2009 i mål T-175/05, Akzo Nobel m.fl. mot kommissionen, ej publicerat i rättsfallssamlingen, punkt 139 och där angiven rättspraxis).

¹³² Dow har specifikt invänt mot användningen av dess omsättning för år 2001 avseende BR och ESBR. Företaget har i sak gjort gällande att denna omsättning inte är relevant eftersom dess omsättning på marknaden påtagligt ökat till följd av köpet år 1999 av Shells verksamhet på dessa marknader.

¹³³ I den mån det är nödvändigt att ta hänsyn till omsättningen för de företag som deltagit i samma överträdelse för att bestämma förhållandet mellan de böter som ska åläggas, måste den relevanta tidsperioden avgränsas, så att de siffror som erhålls blir så jämförbara som möjligt. Av detta följer att ett visst företag endast kan kräva att kommissionen i dess fall ska beakta en annan period än den som allmänt har använts, om företaget kan visa att dess omsättning under den sistnämnda perioden, på grund av skäl som endast gäller det företaget, inte ger en indikation på vare sig dess verkliga storlek och ekonomiska styrka eller på omfattningen av den överträdelse det gjort sig skyldigt till (domen av den 30 september 2009 i det i punkt 131 ovan nämnda målet Akzo Nobel m.fl. mot kommissionen, punkt 142).

- 134 Dow har emellertid inte lagt fram någon detaljerad uppgift, förutom en viss utveckling av dess omsättning mellan år 1999 och år 2001, för att visa att dess omsättning år 2001 avseende BR och ESBR inte utgjorde en indikation på dess verkliga storlek och ekonomiska styrka eller på omfattningen av den överträdelse företaget gjort sig skyldigt till.
- 135 Det ska för fullständighetens skull framhållas att den verkliga effekten av köpet av Shells verksamhet avseende BR och ESBR för Dows omsättning är osäker, utifrån de omständigheter som lagts fram i målet vid tribunalen. Det framgår i synnerhet av tabell 3, återgiven i skäl 65 i det angripna beslutet, att Dows omsättning avseende BR och ESBR ökade med 32 miljoner euro mellan år 1998 och år 2000, medan Shells omsättning var 86 miljoner euro år 1999. Under samma period har omsättningen för Bayer, som inte förvärvat någon verksamhet från andra företag, avseende BR och ESBR ökat med närmare 20 miljoner euro. Vidare ökade Dows omsättning avseende BR och ESBR mer än 23 miljoner euro mellan år 2000 och år 2001, det vill säga efter det att förvärvet av Shells verksamhet fått effekt.
- 136 För övrigt har inte omsättningsökningen för Dow efter förvärvet av Shells verksamhet avseende BR och ESBR år 1999 påverkat dess relativa ställning i förhållande till konkurrenterna. Dow var alltså det tredje största bolaget i fråga om omsättning åren 2000 och 2001, efter EniChem och Bayer. Det förhållandet påverkas inte även om den metod som Dow förespråkade vid förhandlingen används, det vill säga att utgå från medelvärdet av omsättningen åren 1998 och 2001. Även i sådant fall har Dow varit mindre än EniChem och Bayer men större än Shell.
- 137 Kommissionen har för övrigt beaktat den särskilda situation som Dow hänfört sig till inom ramen för den höjning av böterna som beslutats i syfte att beakta överträdelsens varaktighet. Mer specifikt har kommissionen, i skäl 479 i det angripna beslutet, anfört att Dow Chemical ska hållas ansvarigt för överträdelsen under perioden från den 1 juli 1996 till den 28 november 2002, det vill säga en tidsperiod på sex år och fyra månader. En så långvarig överträdelse borde ha föranlett en höjning av böternas

utgångsbelopp med 60 procent. Kommissionen har emellertid, för att beakta att Dow inte ägde Shells verksamhet avseende BR och ESBR under de första tre åren som överträdelsen pågick och att även Shell hållits ansvarigt för överträdelsen under denna period, i samma skäl i det angripna beslutet beslutat att höja böternas utgångsbelopp för Dow Chemical med endast 50 procent. Kommissionen har beaktat samma omständigheter när den, utifrån överträdelsens varaktighet, för Dow Deutschland beslutade om en höjning med 40 procent i stället för 50 procent (skäl 480 i det angripna beslutet). Dow har inte lagt fram några omständigheter som visar att kommissionens val av metod i detta avseende skulle vara felaktig.

138 Talan ska således inte bifallas på den femte delen av Dows tredje grund.

— Den sjätte delen av den tredje grunden

139 Även om Dows argumentation är en smula oklar får det antas utifrån företagets skrivelser att det i sak gjort gällande att kommissionen tagit för stor hänsyn till "storleken" på de företag som deltagit i kartellen i förhållande till överträdelsens "allvar". Den åtskillnad som kommissionen gjort mellan dessa företag, trots att överträdelsen varit lika allvarlig för vart och ett av dem, är därför enligt Dow inte motiverad.

140 Det ska understrykas att Dow sålunda i praktiken gjort gällande att likabehandlingsprincipen har åsidosatts. Dow har emellertid inte bestritt att det föreligger – i vissa fall avsevärda – skillnader mellan företagen, i fråga om deras respektive omsättning inom BR och ESBR under de år kommissionen gjort gällande. Det framgår vidare

klart av punkt 1 A sjätte stycket i riktlinjerna att kommissionen får variera de belopp som fastställs för att ta hänsyn till den särskilda vikten av varje företags förfarande i samband med överträdelsen.

¹⁴¹ Kommissionen beaktade således företagets faktiska påverkan på marknaden, genom att fastställa ett högre utgångsbelopp för företag som var relativt sett större än de andra företagen på den relevanta marknaden. Därigenom har den även beaktat att relativt sett större företag har ett större ansvar än andra företag på den relevanta marknaden för de skador som konkurrensen och till syvende och sist konsumenterna har åsamkats till följd av en dold kartell (förstainstansrättens dom av den 27 september 2006 i mål T-43/02, Jungbunzlauer mot kommissionen, REG 2006, s. II-3435, punkt 230).

¹⁴² Talan ska således inte bifallas på den sjätte delen av Dows tredje grund.

c) Den sjunde och den åttonde delen, avseende en otillåten tillämpning av en multiplikationsfaktor i avskräckande syfte

Parternas argument

¹⁴³ Dow har, inom ramen för den sjunde delen av dess tredje grund, gjort gällande att kommissionen, mot bakgrund av att det angripna beslutet inte borde ha riktats till Dow Chemical (se den första grunden), inte borde ha beaktat det bolagets omsättning vid fastställandet av en multiplikationsfaktor i avskräckande syfte, utan enbart

omsättningen för de dotterbolag till Dow Chemical som direkt deltagit i överträdel-
sen. Dow har härav dragit slutsatsen att kommissionen borde ha tillämpat en multi-
plikationsfaktor närmare 1. De böter som de tre bolagen i koncernen ålagts ska därför
minskas.

144 Inom ramen för den åttonde delen av den tredje grunden har Dow anfört att även om
omsättningen för Dow Chemical ska ligga till grund för bedömningen är den multi-
plikationsfaktor på 1,75 som kommissionen tillämpat orimlig. Jämfört med den mul-
tiplikationsfaktor som tillämpats för EniChem (2) och för Shell (3) måste den som
tillämpas för Dow vara lägre med hänsyn till de två andra bolagens betydligt högre
omsättning. Dow har i synnerhet understrukit att det är fem gånger större skillnad
mellan den multiplikationsfaktor för Shell och multiplikationsfaktorn för Dow som
kommissionen tillämpat, jämfört med multiplikationsfaktorn för Dow i förhållande
till den för Bayer. Skillnaden i omsättning mellan Shell och Dow är emellertid mer än
20 gånger större än skillnaden i omsättning mellan Dow och Bayer. Dow har vidare,
med hänvisning till domen av den 29 april 2004 i de i punkt 131 ovan nämnda fören-
ade målen Tokai Carbon m.fl. mot kommissionen och domen i det i punkt 116 ovan
nämnda målet Degussa mot kommissionen, anfört att proportionalitetsprincipen har
åsidosatts, genom att det endast är en skillnad på 0,25 mellan den multiplikationsfak-
tor som tillämpats för Dow och den som tillämpats för EniChem, medan sistnämnda
bolag haft en omsättning som är dubbelt så stor som omsättningen för Dow Che-
mical. I jämförelse var multiplikationsfaktorn för Dow 0,25 högre än den som till-
lämpades för Bayer, medan omsättningen för Dow Chemical inte var dubbelt så hög
som den för Bayer. Multiplikationsfaktorn för Dow borde därför ha varit närmare den
för Bayer, det vill säga närmare 1,5. Således bör böterna för Dow även av detta skäl
minskas.

145 Kommissionen har gjort gällande att talan inte ska bifallas på den sjunde och den åt-
tonde delen av den tredje grunden. Den har gjort gällande att den inte gjort något fel
vid tillämpningen av en multiplikationsfaktor i avskräckande syfte.

Tribunalens bedömning

- ¹⁴⁶ När det gäller den sjunde delen av Dows tredje grund vilar den på samma argument som lagts fram inom ramen för den första grunden. Då det ovan fastslagits att dessa argument ska lämnas utan avseende ska talan följaktligen inte bifallas på den sjunde delen av Dows tredje grund.
- ¹⁴⁷ Vad gäller den åttonde delen av Dows tredje grund föreskrivs det i riktlinjerna att det, förutom överträdelsens art, dess konkreta påverkan på marknaden och dess geografiska omfattning, är nödvändigt att beakta de överträdande företagens ekonomiska kapacitet att vålla andra aktörer, särskilt konsumenterna, betydande skada och att fastställa bötesbeloppet till en nivå som säkerställer att böterna är tillräckligt avskräckande (punkt 1 A fjärde stycket i riktlinjerna).
- ¹⁴⁸ Kommissionens befogenhet att besluta om böter för företag som uppsåtligen eller av oaktsamhet överträder artikel 81 EG utgör enligt rättspraxis ett av de medel som kommissionen förfogar över för att kunna fullgöra sin kontrolluppgift enligt gemenskapsrätten. I denna uppgift ingår att föra en allmän politik för att tillämpa de principer som fastställs i fördraget på konkurrensområdet och att påverka företagens beteende i denna riktning. Av detta följer att vid bedömningen av hur allvarlig en överträdelse är, ska kommissionen – i syfte att fastställa bötesbeloppet – säkerställa att dess åtgärder har tillräckligt avskräckande verkan, framför allt när det gäller sådana överträdelser som är särskilt skadliga för förverkligandet av gemenskapens mål (domen i de i punkt 113 ovan nämnda förenade målen *Musique diffusion française m.fl. mot kommissionen*, punkterna 105 och 106, förstainstansrättens dom av den 20 mars 2002 i mål T-31/99, *ABB Asea Brown Boveri mot kommissionen*, REG 2002, s. II-1881, punkt 166, och domen i det i punkt 88 ovan nämnda målet *Groupe Danone mot kommissionen*, punkt 169).

- 149 Detta medför att bötesbeloppet ska anpassas så att den eftersträvade effekten hos det företag som ska sanktioneras uppnås, för att böterna inte ska vara försumbara eller, tvärtom, orimligt höga, i synnerhet med hänsyn till det ifrågavarande företagets ekonomiska kapacitet, i enlighet med de villkor som följer av å ena sidan nödvändigheten av att säkerställa att böterna är effektiva och, å andra sidan, iakttagandet av proportionalitetsprincipen. Ett stort företag som förfogar över ansenliga ekonomiska resurser jämfört med andra medlemmar i en kartell kan lättare uppbringa de medel som behövs för att betala sina böter, vilket motiverar att det, för att en tillräckligt avskräckande verkan ska uppnås för detta företag, med tillämpning av en multiplikationsfaktor åläggs böter som proportionellt sett är högre än dem som för samma överträdelse åläggs ett företag som inte har sådana resurser (se, för ett liknande synsätt, domen av den 29 april 2004 i de i punkt 131 ovan nämnda förenade målen Tokai Carbon m.fl. mot kommissionen, punkterna 241 och 243, se även domen i det i punkt 148 ovan nämnda målet ABB Asea Brown Boveri mot kommissionen, punkt 170, och första instansrättens dom av den 15 mars 2006 i mål T-15/02, BASF mot kommissionen, REG 2006, s. II-497, punkt 235).
- 150 Det ska tilläggas att domstolen har understrukit i synnerhet vikten av att vid fastställandet av böternas storlek beakta storleken på den globala omsättningen hos vart och ett av de företag som deltagit i en konkurrensbegränsande samverkan (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom i det i punkt 78 ovan nämnda målet Sarrió mot kommissionen, punkterna 85 och 86, och av den 14 juli 2005 i mål C-57/02 P, Acerinox mot kommissionen, REG 2005, s. I-6689, punkterna 74 och 75, se även domstolens dom av den 29 juni 2006 i mål C-289/04 P, Showa Denko mot kommissionen, REG 2006, s. I-5859, punkt 17).
- 151 Det ska slutligen framhållas att det avskräckande syfte som kommissionen får eftersträva vid fastställandet av böternas storlek syftar till att säkerställa företagets iakttagande av konkurrensreglerna enligt fördraget vid genomförandet av sin verksamhet inom gemenskapen eller EES-området. Härav följer att den avskräckande faktor som kan ingå vid bestämmandet av bötesbeloppet bestäms på grundval av ett antal omständigheter, inte bara det berörda företagets specifika situation. Denna princip gäller bland annat när kommissionen bestämmer en "avskräckande multiplikationsfaktor" som används för att modifiera de böter som företaget åläggs (se, för ett liknande resonemang, domen i det i punkt 150 ovan nämnda målet Showa Denko mot kommissionen, punkterna 23 och 24).

- 152 Kommissionen har i förevarande mål fastslagit att det, inom ramen för kategorin mycket allvarliga överträdelser, genom beaktande av varje företags storlek är möjligt att fastställa nivån på böterna så att det säkerställs att dessa har en tillräckligt avskräckande verkan. Den har, med hänvisning till den globala omsättningen för berörda företag år 2005, anfört att det förelåg en stor skillnad i fråga om storlek mellan å ena sidan Kaučuk (2,718 miljarder euro i omsättning) och Stomil (38 miljarder euro i omsättning), och å andra sidan övriga berörda företag, särskilt Bayer (27,383 miljarder euro i omsättning), det vill säga det första större företaget som det angripna beslutet riktas till. På denna grund och med beaktande av omständigheterna i ärendet ansåg kommissionen att Kaučuk och Stomil inte skulle åläggas böter utifrån en multiplikationsfaktor i avskräckande syfte och att en multiplikationsfaktor på 1,5 erfordrades när det gäller Bayer. Slutligen, och alltjämt på samma grund och utifrån omständigheterna i ärendet, fastslog kommissionen en multiplikationsfaktor på 1,75 för Dow (37,221 miljarder euro i omsättning), på 2 för EniChem (73,738 miljarder euro i omsättning) och på 3 för Shell (246,549 miljarder euro i omsättning) (skäl 474 i det angripna beslutet).
- 153 I den mån som Dow gör gällande att likabehandlingsprincipen har åsidosatts ska det framhållas att det framgår av det angripna beslutet att de multiplikationsfaktorer som tillämpats har fastställts utifrån de berörda företagens relativa storlek. Dow har inte bestritt den omsättning som kommissionen angett i det angripna beslutet. Dow har i synnerhet inte bestritt att bolaget år 2005 var ett större företag än Bayer och ett mindre företag än EniChem. Det är således följdriktigt och objektivt motiverat att den multiplikationsfaktor i avskräckande syfte som tillämpats på de böter som Dow ålagts är större än den som tillämpats för Bayers böter och mindre än den som tillämpats för EniChems böter.
- 154 Det ska vidare understrykas att den totala omsättningen år 2005 var 27,383 miljarder euro för Bayer och 37,221 miljarder euro för Dow (det vill säga 35,93 procent högre än för Bayer). Det förhållandet att multiplikationsfaktorn för Dows böter var

16,66 procent högre än den som tillämpats vid fastställande av böterna för Bayer (1,75 respektive 1,5) kan mot denna bakgrund inte anses innefatta ett åsidosättande av likabehandlingsprincipen. Tvärtom hade kommissionen utifrån denna utgångspunkt kunnat fastställa en än högre multiplikationsfaktor för Dow. För övrigt och i den mån som Dow gör gällande att tribunalen ska pröva lagligheten av de bötesbelopp som fastställs för de stora företag med vilka Dow jämfört sig, i synnerhet den multiplikationsfaktor som tillämpats för EniChem, framgår det av det angripna beslutet att den multiplikationsfaktor som tillämpats för Dow har fastställts utifrån den faktor som tillämpats för Bayer och inte utifrån de faktorer som tillämpats för EniChem eller Shell. Vad Dow anfört i detta avseende är således irrelevant. Det ska vidare understrykas att kommissionen förfogar över ett utrymme för skönsmässig bedömning vid fastställandet av bötesbelopp och att den inte är skyldig att tillämpa någon exakt matematisk formel (se förstainstansrättens dom av den 4 juli 2006 i mål T-304/02, Hoek Loos mot kommissionen, REG 2006, s. II-1887, punkt 68 och där angiven rättspraxis). Kommissionen har således i förevarande mål kunnat beakta skillnaden i ekonomisk förmåga hos berörda företag vid fastställande av de multiplikationsfaktorer den tillämpat, utan att därmed göra någon uppenbar felbedömning (se, för ett liknande synsätt, domen av den 30 september 2009 i det i punkt 131 ovan nämnda målet Akzo Nobel m.fl. mot kommissionen, punkt 155).

154 För det fall att, slutligen, Dow gör gällande att proportionalitetsprincipen har åsidosatts, kan det konstateras att Dow inte lagt fram någon preciserad uppgift som kan föranleda att den multiplikationsfaktor som tillämpats mot bolaget anses vara oproportionerlig i förhållande till överträdelsens allvar och syftet att säkerställa böternas avskräckande verkan.

156 Talan ska således inte bifallas på den åttonde delen av Dows tredje grund.

d) Den nionde delen, avseende en felaktig höjning på grund av överträdelsens varaktighet

Parternas argument

- 157 Dow har inom ramen för den nionde delen av den tredje grunden påpekat att kommissionen beaktat att Dow inte ägde Shells verksamhet avseende BR och ESBR under de första åren som överträdelsen pågick, när den beräknade höjningen på grund av överträdelsens varaktighet. Kommissionen beslutade sålunda om en höjning på grund av överträdelsens varaktighet med 50 procent i stället för 60 procent när det gäller Dow Chemical och med 40 procent i stället för 50 procent när det gäller Dow Deutschland (skälen 479 och 480 i det angripna beslutet).
- 158 Dow anser emellertid att kommissionen borde ha tillämpat än lägre procentsatser. Med utgångspunkt i att varje år som överträdelsen pågick motiverade en höjning med 10 procent och utifrån att Dows verksamhet "syntetgummi" mer än fördubblats genom köpet av Shells verksamhet efter omkring tre år, borde kommissionen ha minskat höjningen med 5 procent per år för vart och ett av dessa tre år, eller totalt minskat höjningen med 15 procent. Eftersom kommissionen normalt hade höjt böterna med 60 procent för Dow Chemical och med 50 procent för Dow Deutschland, skulle den rätta höjningen för överträdelsens längd ha uppgått till 45 procent för Dow Chemical och till 35 procent för Dow Deutschland. De böter som Dow Chemical och Dow Deutschland ålagts att betala ska minskas i motsvarande mån.
- 159 Vad gäller kommissionens påstående i sina skrivelser till tribunalen om att den jämfört omsättningen för Dow Chemical år 1998 och år 2000, har Dow anfört att den i denna jämförelse inte beaktat att omsättningen för verksamheten "syntetgummi" minskat under åren 1999 och 2000. Ökningen av omsättningen år 2000 till följd av förvärvet av verksamheten "syntetgummi" från Shell var därför större än de 30 procent som skiljde

mellan omsättningen år 1998 och omsättningen år 2000. Dow har nämligen mer än fördubblat sin omsättning för de ifrågavarande produkterna genom att förvärva verksamheten "syntetgummi" från Shell. Dow hänvisar i synnerhet till omsättningen för Dow och Shell för ifrågavarande produkter år 1998. Kommissionen borde därmed ha höjt böterna med maximalt 5 procent för vart och ett av de tre första åren som överträdelsen pågick, i stället för 7 procent för vart och ett av dessa tre år, som kommissionen anfört i sina skrivelser.

- 160 Kommissionen har gjort gällande att talan inte ska bifallas på den nionde delen av den tredje grunden. Den har i synnerhet anfört att den metod som tillämpats för att beakta de strukturella förändringarna för Dow är följdriktig och logisk.

Tribunalens bedömning

- 161 Överträdelsens varaktighet är en av de faktorer som enligt artikel 15.2 i förordning nr 17 ska beaktas vid fastställande av bötesbeloppet för ett företags överträdelse av konkurrensreglerna.
- 162 Vad gäller rekvisitet överträdelsens varaktighet görs i riktlinjerna en åtskillnad mellan överträdelser med kort varaktighet (normalt kortare än ett år), beträffande vilka det utgångsbelopp som fastställts för överträdelsens allvar inte ska höjas, överträdelser med medellång varaktighet (normalt ett till fem år), beträffande vilka detta belopp kan höjas med upp till 50 procent, och överträdelser med lång varaktighet (normalt längre än fem år), beträffande vilka detta belopp kan höjas för varje år med 10 procent (punkt 1 B första stycket, första till tredje strecksatserna i riktlinjerna).

- 163 Såsom framhållits i punkt 137 ovan har kommissionen i förevarande mål inom ramen för höjningen på grund av överträdelsens varaktighet beaktat den situationen att Dow år 1999 förvärvat verksamheten avseende BR och ESRB från Shell. Dow har inte bestritt att den metod som kommissionen tillämpat syftar till att beakta denna speciella situation. Vad Dow anfört avser huvudsakligen att visa att denna speciella situation borde ha föranlett en lägre höjning av böterna på grund av överträdelsens varaktighet. Även om vad Dow anfört verkligen kunde beaktas inom ramen för den bedömning som kommissionen gjort, grundas det emellertid på uppgifter som är osäkra, för att inte säga felaktiga, eller som inte stöds av någon bevisning. I synnerhet har Dow anfört att dess verksamhet "syntetgummi" mer än fördubblats genom förvärvet av Shells verksamhet efter omkring tre år. Förutom att denna uppgift inte stöds av några konkreta uppgifter ska det framhållas att Dows omsättning avseende BR och ESRB, såsom den angivits i det angripna beslutet, inte har fördubblats mellan år 1998 och år 2001. Vidare stöds inte heller Dows påstående att dess verksamhet "syntetgummi" minskat i omfattning under åren 1999 och 2000 av någon bevisning.
- 164 Vad Dow anfört kan således inte påverka det angripna beslutets laglighet i detta avseende.
- 165 Talan ska således inte bifallas på den nionde delen av Dows tredje grund. Den ska därmed inte bifallas på någon del av den tredje grunden.
- 166 Av vad som ovan anförts följer att talan endast ska bifallas på den andra grunden. Artikel 1 i det angripna beslutet ska därför upphävas i den del det där anges att Dow Deutschland deltagit i överträdelsen från den 1 juli 1996 i stället för från den 2 september 1996. Yrkandena om delvis ogiltigförklaring av det angripna beslutet i övrigt ska ogillas.

B — Yrkandena om nedsättning av bötesbeloppen

- 167 I den mån de grunder som Dow lagt fram har åberopats till stöd för dess yrkanden om nedsättning av bötesbeloppen ska det framhållas att den andra grunden, på vilken dess talan ska bifallas, inte föranleder någon nedsättning av bötesbeloppet, eftersom, vilket även Dow medgett vid förhandlingen, det fel som kommissionen gjort inte påverkar höjningen av böterna för överträdelsens varaktighet.
- 168 När det gäller de övriga grunder som Dow åberopat kan det konstateras att, såsom framgått ovan, talan inte ska bifallas på dessa grunder. De kan därför inte föranleda någon nedsättning av bötesbeloppen.
- 169 Yrkandena om nedsättning av bötesbeloppen ska därmed ogillas.

Rättegångskostnader

- 170 Enligt artikel 87.2 i rättegångsreglerna ska tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Enligt artikel 87.3 första stycket kan tribunalen emellertid besluta att kostnaderna ska delas om parterna ömsom tappar målet på en eller flera punkter.

- 171 Eftersom talan väsentligen ogillas gör tribunalen en skälighetsbedömning och beslutar att sökandena ska bära sina rättegångskostnader och ersätta nio tiondelar av kommissionens rättegångskostnader och att kommissionen ska bära en tiondel av sina rättegångskostnader.
- 172 När det gäller sökandenas yrkande om att kommissionen ska förpliktas ersätta deras kostnader för ställande av bankgaranti avseende de bötesbelopp de ålagts har dessa kostnader inte varit nödvändiga inom ramen för förfarandet. De är därför inte ersättningsgilla kostnader i den mening som avses i artikel 91 i rättegångsreglerna. Sökandenas yrkande i denna del ska därför lämnas utan bifall.

Mot denna bakgrund beslutar

TRIBUNALEN (första avdelningen)

följande:

- 1) **Artikel 1 b i kommissionens beslut K(2006) 5700 slutlig av den 29 november 2006, om ett förfarande enligt artikel 81 [EG] och artikel 53 i EES-avtalet (Ärende COMP/F/38.638 – Butadiengummi och emulsionspolymeriserat styren-butadiengummi), ogiltigförklaras i den del det där anges att Dow Deutschland Inc. har deltagit i den ifrågasvarande överträdelsen från den 1 juli 1996 till den 27 november 2001 i stället för från den 2 september 1996 till den 27 november 2001.**

- 2) **Talan ogillas i övrigt.**

- 3) **Dow Chemical Company, Dow Deutschland, Dow Deutschland Anlagengesellschaft mbH och Dow Europe GmbH ska bära sina egna rättegångskostnader och ersätta nio tiondelar av Europeiska kommissionens rättegångskostnader.**

- 4) **Kommissionen ska bära en tiondel av sina rättegångskostnader.**

Dehousse

Wiszniewska-Białecka

Wahl

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 13 juli 2011.

Underskrifter

Innehållsförteckning

Tvistens bakgrund	II - 4540
Förfarandet och parternas yrkanden	II - 4548
Bedömning	II - 4550
A — Yrkandena om delvis ogiltigförklaring av det angripna beslutet	II - 4551
1. Den första grunden, avseende att Dow Chemical felaktigt tillskrivits ansvar för överträdelsen	II - 4551
a) Den första delen, avseende att kommissionen ska ha tillämpat felaktiga kriterier för bedömningen av moderbolagets ansvar	II - 4551
b) Den andra delen, avseende att Dow Chemical under alla förhållanden har motbevisat den presumtion som gäller mot företaget	II - 4552
Parternas argument	II - 4552
Tribunalens bedömning	II - 4556
c) Den tredje delen, avseende att kommissionen felaktigt underlåtit att utnyttja sitt utrymme för skönsmässig bedömning och underlåtit att motivera beslutet	II - 4560
Parternas argument	II - 4560
Tribunalens bedömning	II - 4562
2. Den andra grunden, avseende felaktigt bestämmande av den tidsperiod under vilken Dow Deutschland deltagit i överträdelsen	II - 4565
a) Parternas argument	II - 4565
Dow	II - 4565
Kommissionen	II - 4566
b) Tribunalens bedömning	II - 4567
	II - 4599

3.	Den tredje grunden, avseende ett felaktigt fastställande av de bötesbelopp sökandena ålagts att betala	II - 4571
a)	Den första delen, avseende en felaktig bedömning av överträdelsens allvar	II - 4571
	Parternas argument	II - 4571
	Tribunalens bedömning	II - 4572
b)	Den andra till sjätte delen, avseende en felaktig differentierad behandling avseende böternas grundbelopp	II - 4576
	Parternas argument	II - 4576
	Tribunalens bedömning	II - 4580
	— Den andra till fjärde delen av den tredje grunden	II - 4580
	— Den femte delen av den tredje grunden, vilken del görs gällande i andra hand	II - 4583
	— Den sjätte delen av den tredje grunden	II - 4586
c)	Den sjunde och den åttonde delen, avseende en otillåten tillämpning av en multiplikationsfaktor i avskräckande syfte	II - 4587
	Parternas argument	II - 4587
	Tribunalens bedömning	II - 4589
d)	Den nionde delen, avseende en felaktig höjning på grund av överträdelsens varaktighet	II - 4593
	Parternas argument	II - 4593
	Tribunalens bedömning	II - 4594
	B — Yrkandena om nedsättning av bötesbeloppen	II - 4596
	Rättegångskostnader	II - 4596
	II - 4600	