



## Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT  
JULIANE KOKOTT  
föredraget den 29 november 2012<sup>1</sup>

**Mål C-440/11 P**

**Europeiska kommissionen  
mot**

**Stichting Administratiekantoor Portielje m.fl.**

”Överklagande — Konkurrens — Konkurrensbegränsande samverkan — Artikel 81.1 EG och artikel 53.1 EES — Begreppet företag — Frågan huruvida en stiftelse kan tillskrivas ansvar för konkurrensbegränsande samverkan från ett handelsbolag när stiftelsen direkt eller indirekt kontrollerar samtliga aktier i detta bolag, men i sig inte är ekonomiskt aktivt — ’Flyttkartell’ — Belgiska marknaden för internationella flyttjänster”

### **I – Inledning**

1. Förevarande mål ger domstolen ännu en gång möjlighet att precisera sin praxis avseende det kontroversiella problemet med moderbolags ansvar för helägda dotterbolags konkurrensbegränsande samverkan. Den centrala frågan i förevarande mål är huruvida en sådan tillskrivning av konkurrensrättsligt ansvar kräver att moderbolaget utövar egen ekonomisk verksamhet, det vill säga i sig ska anses utgöra ett företag i den mening som avses inom unionens konkurrensrätt, eller huruvida det är tillräckligt att dotterbolaget i sin tur utövar en sådan ekonomisk verksamhet och båda – moder- och dotterbolag – tillsammans utgör ett företag.

2. Frågan har uppkommit i samband med den ”flyttkartell” som kommissionen för några år sedan upptäckte på den belgiska marknaden för internationella flyttjänster och gjorde till föremål för ett bötesbeslut<sup>2</sup> (nedan också kallat det omtvistade beslutet) den 11 mars 2008. Kommissionen anklagade bolaget Gosselin Group NV (nedan kallat Gosselin) och nio ytterligare bolag eller koncerner för att ha deltagit i flyttkartellen och ålade företagen böter. Kommissionen ålade dessutom Stichting Administratiekantoor Portielje (nedan kallad Portielje) solidariskt ansvar för en del av detta bötesbelopp. Portielje utgör en familjestiftelse vilken, direkt eller indirekt, kontrollerar samtliga aktier i Gosselin, och som i grundarfamiljens intresse ska säkerställa en enhetlig förvaltning av bolaget Gosselin.

1 — Originalspråk: tyska.

2 — Kommissionens beslut av den 11 mars 2008 avseende förfarandet vid tillämpningen av artikel 81 i EG-fördraget och artikel 53 i EES-avtalet (ärende COMP/38.543 – Internationella flyttjänster), delgett med nr K(2008) 926 slutlig, sammanfattat i EUT C 188, 2009, s. 16. Den fullständiga texten till detta beslut finns enbart på internet på kommissionens webbplats, generaldirektoratet för konkurrens, i en icke-konfidentiell version på franska (<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/index.html>).

3. Europeiska unionens tribunal ansåg emellertid att det var rättsstridigt att ålägga Portielje solidariskt ansvar och motiverade detta i sin dom av den 16 juni 2011 (nedan även kallad tribunalens dom eller den överklagade domen)<sup>3</sup> främst med att Portielje själv inte utövar någon ekonomisk verksamhet och sålunda inte utgör ett företag.

4. Kommissionen har ifrågasatt denna slutsats genom sitt överklagande. Den anser att det enbart ska vara avgörande för tillskrivning av konkurrensrättsligt ansvar huruvida moder- och dotterbolaget, i förevarande fall alltså Portielje och Gosselin, gemensamt utgör ett företag i den mening som avses i unionens konkurrensrätt och huruvida denna ekonomiska enhet kan anklagas för att ha deltagit i kartellen.

5. EU-domstolen kommer inom kort att ha att behandla en rad ytterligare rättsfrågor avseende flyttkartellen i de övriga ännu anhängiga förfarandena om överklagande.<sup>4</sup>

## II – Bakgrund till tvisten

6. Gosselin är ett bolag med säte i Belgien som bildades år 1983 och som sedan den 20 december 2007 är verksamt som flyttföretag under sitt nuvarande namn.<sup>5</sup>

7. Portielje är en stiftelse med säte i Nederländerna, i vilken aktieägarna ur den familj som har grundat Gosselin ingår, som bildades år 2001 i syfte att säkerställa en enhetlig förvaltning av bolaget. Portielje bedriver inte i sig någon kommersiell verksamhet.

8. Sedan den 1 januari 2002 har familjestiftelsen dels direkt, dels indirekt kontrollerat hela aktiekapitalet i Gosselin. Närmare bestämt ägs 92 procent av aktierna i Gosselin direkt av Portielje som förvaltare och återstående 8 procent av Vivet en Gosselin NV. Portielje äger i sin tur 99,87 procent av aktierna i sistnämnda bolag.

### A – Bakgrund och det administrativa förfarandet

9. På marknaden för internationella flyttjänster i Belgien fanns det enligt resultatet av kommissionens undersökningar under åren 1984–2003 en kartell som tio flyttföretag<sup>6</sup> deltog i under olika perioder<sup>7</sup> och i olika omfattning.

10. I det omtvistade beslutet fastställde kommissionen att den nämnda kartellen var en övergripande kartell i form av en enda, fortlöpande överträdelse<sup>8</sup> som var baserad på tre typer av avtal<sup>9</sup>:

— *Avtal om priser* där de deltagande flyttföretagen kom överens om ersättningarna för sina tjänster gentemot kunderna.

3 — Tribunalens dom av den 16 juni 2011 i de förenade målen T-208/08 och T-209/08, Gosselin Group och Stichting Administratiekantoor Portielje mot kommissionen (REU 2011, s. II-3639).

4 — Det anhängiga målet Gosselin Group mot kommissionen och Stichting Administratiekantoor Portielje (C-429/11 P) avser ett överklagande i vilket den här överklagade domen även har bestritts. Andra domar från tribunalen har överklagats i de anhängiga målen Ziegler mot kommissionen (C-439/11 P), kommissionen mot Coppens (C-441/11 P) och Team Relocations m.fl. mot kommissionen (C-444/11 P). I målet kommissionen mot Coppens (C-441/11 P) lämnade jag förslag till avgörande den 24 maj 2012.

5 — Beträffande detta och det följande, jämför punkt 2 i den överklagade domen.

6 — Allied Arthur Pierre, Compas, Coppens, Gosselin, Interdean, Mozer, Putters, Team Relocations, Transworld och Ziegler (se, exempelvis, skäl 345 i det omtvistade beslutet).

7 — Dessa perioder uppgick till mellan tre månader och mer än 18 år.

8 — Se särskilt skälen 307, 314 och 345 i det omtvistade beslutet.

9 — Se punkt 121 i det omtvistade beslutet och punkt 1 i den överklagade domen.

- Avtal om ett system med ekonomiska kompensationer för anbud som inte antogs eller då en kartellmedlem avstod från att inkomma med anbud (*provisioner*). Härigenom skulle konkurrenterna till det företag som fick ett internationellt flyttuppdrag i viss mån få ekonomisk kompensation, oberoende av om de själva också hade lämnat anbud på uppdraget eller inte. De nämnda provisionerna inkluderades i det pris som kunderna till slut fick betala för flyttjänsterna i fråga.
- Avtal om uppdelning av marknaden genom ett system med falska kostnadsförslag (*skenanbud*) som lämnades till kunden, eller den person som flyttade, av ett flyttföretag som inte hade för avsikt att utföra flyttuppdraget. I detta syfte meddelade företaget sina konkurrenter vilket pris, vilka försäkringskostnader och vilka lagringskostnader de skulle ta ut för den fiktiva tjänsten.

11. Även om avtalen om provisioner och skenanbud tillämpades under hela den tid som kartellen existerade (åren 1984–2003), kunde det inte bevisas att genomförandet av prisavtalen pågått längre än till maj 1990.<sup>10</sup>

12. Kommissionen kom på grundval av de omständigheter som den hade slagit fast fram till att de berörda företagen hade brutit mot artiklarna 81.1 EG och 53.1 EES ”genom att [de under olika perioder] direkt och indirekt avtala[de] om fastslagna priser för internationella flyttjänster i Belgien, genom att delvis dela upp marknaden mellan sig och använda sig av falska anbudsförfaranden”.<sup>11</sup>

13. Det omtvistade beslutet delgavs sammanlagt 31 juridiska personer, vilka kommissionen dessutom påförde böter dels var för sig, dels med solidariskt ansvar med olika belopp<sup>12</sup> för överträdelsen.

14. Kommissionen slog i artikel 1 c i det omtvistade beslutet fast att Gosselin hade deltagit i den övergripande kartellen från den 31 januari 1992 till den 18 september 2002 och från den 1 januari 2002 till den 18 september 2002 ”tillsammans med Stichting Administratiekantoor Portielje”. För detta påfördes Gosselin böter på 4,5 miljoner euro enligt artikel 2 e i det omtvistade beslutet, varvid Portielje ålades solidariskt ansvar för en del av detta bötesbelopp som uppgick till 370 000 euro.

15. Genom ändringsbeslut av den 24 juli 2009<sup>13</sup> justerade kommissionen det omtvistade beslutet så, att de böter som Gosselin ålagts nedsattes till 3,28 miljoner euro, varvid Portielje i stället ålades solidariskt ansvar för 270 000 euro. Denna ändring föranleddes av en ny beräkning av omsättningen, vilken kommissionen ansåg skulle beaktas vid fastställandet av grundbeloppet för de böter som Gosselin och Portielje ålagts.

## B – Förfarandet vid tribunalen

16. Flera av det omtvistade beslutets adressater väckte en talan om ogiltigförklaring av beslutet vid tribunalen.<sup>14</sup>

17. Gosselin och Portielje väckte talan den 4 juni 2008. Tribunalen förenade målen vad gäller det muntliga förfarandet samt domen.

10 — Se skälen 123–153 i det omtvistade beslutet.

11 — Se punkt 1 i det omtvistade beslutet och punkt 1 den överklagade domen.

12 — De olika bötesbeloppen uppgick till mellan 1 500 euro och 9 200 000 euro.

13 — Kommissionens beslut av den 24 juli 2009, delgett med nr K(2009) 5810 slutligt.

14 — Se, förutom den överklagade domen, de fyra ytterligare domarna från tribunalen av den 16 juni 2011 i mål T-199/08, Ziegler mot kommissionen (REU 2011, s. II-3507), i de förenade målen T-204/08 och T-212/08, Relocations m.fl. mot kommissionen (REU 2011, s. II-3569), i mål T-210/08, Verhuizingen Coppens mot kommissionen (REU 2011, s. II-3713), och i mål T-211/08, Putters International mot kommissionen (REU 2011, s. II-3729).

18. Vad gällde mål T-208/08, ogiltigförklarade tribunalen det omtvistade beslutet genom den överklagade domen<sup>15</sup> med avseende på fastställelsen att Gosselin deltagit i överträdelserna mellan den 30 oktober 1993 och den 14 november 1996. Tribunalen nedsatte sålunda de böter som Gosselin ålagts till 2,32 miljoner euro. I övrigt ogillade tribunalen Gosselins talan och förpliktade parterna att bära sina egna rättegångskostnader.

19. Tribunalen fastställde även vad beträffar mål T-209/08 genom den överklagade domen<sup>16</sup> att det omtvistade beslutet var ogiltigt i sin helhet med avseende på Portielje och förpliktade kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

### III – Förfarandet vid domstolen

20. Kommissionen har överklagat tribunalens dom genom en skrivelse av den 25 augusti 2011. Överklagandet avser endast den del av den överklagade domen i vilken tribunalen biföll Portieljes talan om ogiltigförklaring i mål T-209/08<sup>17</sup>. Kommissionen har yrkat att domstolen ska

- upphäva den överklagade domen såvitt beslut K(2008) 926, i dess lydelse enligt beslut K(2009)5810, därigenom ogiltigförklarades med avseende på Portielje,
- ogilla Portieljes talan, och
- förplikta Portielje att ersätta rättegångskostnaderna i tribunalen och i domstolen.

21. Portielje har yrkat att domstolen ska

- ogilla kommissionens överklagande, och
- förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna i båda instanserna.

22. Överklagandet har handlagts skriftligen, och muntlig förhandling vid domstolen har ägt rum den 24 oktober 2012.

### IV – Bedömning

23. I fast rättspraxis beträffande artikel 81 EG (tidigare artikel 85 i EG-fördraget, nu artikel 101 FEUF)<sup>18</sup> har det slagits fast att ett moderbolag i förekommande fall är solidariskt ansvarigt för dess dotterbolags konkurrensbegränsande samverkan även om endast dotterbolaget varit direkt delaktigt i den aktuella kartellen. Ett sådant ansvar inträder särskilt om dotterbolaget inte är självständigt verksamt på marknaden, utan huvudsakligen följer instruktioner från moderbolaget, det vill säga är föremål för avgörande inflytande från moderbolaget.<sup>19</sup> Om ett moderbolag vid den avgörande

15 — Se punkterna 1–3 och 5 i domslutet i den överklagade domen.

16 — Se punkterna 4 och 6 i domslutet i den överklagade domen.

17 — Den återstående delen av den överklagade domen som avser den talan om ogiltigförklaring som Gosselin har väckt har överklagats i mål C-429/11 P.

18 — Eftersom det omtvistade beslutet fattades innan Lissabonfördraget trädde i kraft, är förbudet mot konkurrensbegränsande samverkan i artikel 81 EG fortfarande tillämpligt i förevarande mål. Följande resonemang är emellertid utan vidare även tillämpligt på artikel 101 FEUF.

19 — Dom av den 14 juli 1972 i mål 48/69, Imperial Chemical Industries mot kommissionen ("ICI", REG 1972, s. 619; svensk specialutgåva, volym 2, s. 25), punkterna 132 och 133, av den 25 oktober 1983 i mål 107/82, AEG-Telefunken mot kommissionen ("AEG", REG 1983, s. 3151; svensk specialutgåva, volym 7, s. 287), punkt 49, av den 10 september 2009 i mål C-97/08 P, Akzo Nobel m.fl. mot kommissionen ("Akzo Nobel", REG 2009, s. I-8237), punkterna 58 och 72, av den 29 mars 2011 i de förenade målen C-201/09 P och C-216/09 P, ArcelorMittal Luxemburg mot kommissionen ("ArcelorMittal", REU 2011, s. I-2239), punkterna 95 och 96, och av den 19 juli 2012 i de förenade målen C-628/10 P och C-14/11 P, AOI m.fl. mot kommissionen m.fl., punkterna 42–44.

tidpunkten äger samtliga eller nästan samtliga aktier i dotterbolaget, föreligger det en presumtion – som kan motbevisas – att det utövar ett avgörande inflytande på dotterbolagets beteende på marknaden<sup>20</sup> (den så kallade presumtionen om heläggande<sup>21</sup> eller den rättspraxis som bygger på domen i målet Akzo Nobel).

24. Kommissionen har gjort gällande att tribunalen gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning vid tillämpningen av dessa principer i förevarande mål. Den har i detta hänseende åberopat två grunder till stöd för sitt överklagande, av vilka den ena avser vilken personkrets som omfattas av artikel 81 EG (se nedan avsnitt A), och den andra avser möjligheterna att motbevisa presumtionen om heläggande (se nedan avsnitt B).

#### *A – Fastställandet av den personkrets som omfattas av tillämpningsområdet för artikel 81 EG (första grunden för överklagande)*

25. I samband med den första grunden för överklagande uppkommer vissa mycket grundläggande frågor som rör begreppet företag inom konkurrensrätten, vilka i slutänden syftar till den personkrets som omfattas av artikel 81 EG och artikel 23 i förordning nr 1/2003,<sup>22</sup> som avser företag och företagssammanslutningar.<sup>23</sup>

26. Med denna grund för överklagande har kommissionen ifrågasatt punkterna 36–50 i den överklagade domen, i vilka tribunalen fastställde att kommissionen ”inte har styrkt att Portielje är ett företag i den mening som avses i artikel 81 EG”,<sup>24</sup> och biföll Portieljes talan om ogiltigförklaring av det omtvistade beslutet. Tribunalen ansåg att Portielje själv måste utgöra ett företag för att vara solidariskt ansvarig för Gosselins deltagande i flyttkartellen.<sup>25</sup>

#### 1. Begreppet företag enligt artikel 81 EG (den första delen av den första grunden för överklagande)

27. I den första delen av den första grunden för överklagande hävdar kommissionen att tribunalen lade ett i rättsligt hänseende oriktigt kriterium till grund. Tribunalen prövade felaktigt huvudsakligen huruvida Portielje *själv* utgör ett företag, utan att fråga sig huruvida Portielje och Gosselin *tillsammans* utgör ett *enda* företag. Enligt kommissionens uppfattning missbedömde tribunalen sålunda det konkurrensrättsliga företagsbegreppet.

28. Inom konkurrensrätten omfattar begreppet företag ostridigt enheter som utövar ekonomisk verksamhet, oavsett enhetens rättsliga form och sättet för dess finansiering.<sup>26</sup> Det står även klart att en sådan ekonomisk enhet kan bildas av flera fysiska eller juridiska personer.<sup>27</sup>

20 — Domarna i de ovan i fotnot 19 nämnda målen Akzo Nobel (punkterna 60 och 61), ArcelorMittal (punkterna 97 och 98) och AOI (punkterna 46 och 47). De båda domarna av den 29 september 2011 i mål C-520/09 P, Arkema mot kommissionen (REU 2011, s. I-8901), punkterna 40 och 42, och i mål C-521/09 P, Elf Aquitaine mot kommissionen (”Elf Aquitaine”, REU 2011, s. I-8947), punkterna 56, 63 och 95 avsåg dotterbolag som vart och ett ägdes till 98 procent.

21 — Se mitt förslag till avgörande av den 12 januari 2012 i målet AOI (ovan fotnot 19), särskilt punkt 33.

22 — Rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget (EGT L 1, 2003, s. 1).

23 — Dom av den 7 januari 2004 i de förenade målen C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P och C-219/00 P, Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen (REG 2004, s. I-123), punkt 59, av den 11 december 2007 i mål C-280/06, ETI m.fl. (REG 2007, s. I-10893), punkt 38, av den 1 juli 2008 i mål C-49/07, MOTOE (REG 2008, s. I-4863), punkt 20, och domen i målet Akzo Nobel (ovan fotnot 19), punkt 54.

24 — Punkt 50 i den överklagade domen.

25 — Punkterna 42 och 43 i den överklagade domen.

26 — Dom av den 23 april 1991 i mål C-41/90, Höfner och Elser (REG 1991, s. I-1979), punkt 21, av den 23 mars 2006 i mål C-237/04, Enirisorse (REG 2006, s. I-2843), punkt 28, domen i målet ETI m.fl. (ovan fotnot 23), punkt 38, i målet MOTOE (ovan fotnot 23), punkt 21, i målet Akzo Nobel (ovan fotnot 19), punkt 54, i målet ArcelorMittal (ovan fotnot 19), punkt 95, och i målet AOI (ovan fotnot 19), punkt 42.

27 — Dom av den 12 juli 1984 i mål 170/83, Hydrotherm Gerätebau (REG 1984, s. 2999), punkt 11, domen i målet Akzo Nobel (ovan fotnot 19), punkt 55, i målet ArcelorMittal (ovan fotnot 19), punkt 95, och i målet AOI (ovan fotnot 19), punkt 42.

29. Tribunalen utgick i den överklagade domen även från denna definition av begreppet.<sup>28</sup> Tribunalen tillade dock samtidigt ”att moderbolaget till ett företag som begått en överträdelse av artikel 81 EG inte kan bli föremål för sanktioner genom ett beslut enligt artikel 81 EG, om det inte själv anses vara ett företag”.<sup>29</sup>

30. Detta resonemang ger uttryck för en grundläggande feltolkning av begreppet företag i samband med moderbolags ansvar för deras dotterbolags konkurrensbegränsande samverkan.

31. Solidariskt ansvar för moder- och dotterbolag motiveras nämligen av att båda bolagen fungerar som gemensamt rättssubjekt för ett enda företag i den mening som avses i konkurrensrätten om dotterbolaget inte är tillräckligt självständigt i förhållande till moderbolaget.<sup>30</sup> De båda utgör i så fall en ekonomisk enhet och kan i det inbördes förhållandet utnyttja det så kallade koncernprivilegiet, det vill säga förbudet mot konkurrensbegränsande samverkan gäller inte för avtal mellan dem.<sup>31</sup> Omvänt bildar moder- och dotterbolag även utåt en ekonomisk enhet, och måste sålunda gemensamt ansvara för eventuell konkurrensbegränsande samverkan från det företag som de tillsammans personifierar.<sup>32</sup>

32. Tribunalen gjorde därför fel när den antog att begreppet företag inom konkurrensrätten och tillskrivande av ansvar för moderbolag för ett dotterbolags beteende utgör ”två olika företeelser”.<sup>33</sup> I själva verket utgör begreppet företag och tillskrivande av konkurrensrättsligt ansvar två sidor av samma mynt. Moder- och dotterbolags gemensamma solidariska ansvar för konkurrensbegränsande samverkan, såsom angetts ovan, uttryck för att de båda rättssubjekten utgör ett enda företag. Just att moder- och dotterbolaget bildar denna ekonomiska enhet är ett nödvändigt och samtidigt tillräckligt villkor för att moderbolaget ska bli solidariskt ansvarigt för dotterbolagets konkurrensbegränsande samverkan.

33. Den rättsliga bedömning som kommer till uttryck i den överklagade domen, enligt vilken moderbolaget även i sig måste anses utgöra ett företag för att vara solidariskt ansvarigt för dess dotterbolags konkurrensbegränsande samverkan, skulle i slutänden medföra att det för tillskrivning av konkurrensrättsligt ansvar mellan moder- och dotterbolag uppställs ett ytterligare, i denna form hittills inte erkänt villkor.

34. Enligt min mening kan något sådant ytterligare villkor inte på något sätt utläsas av hittillsvarande rättspraxis. Om det skulle föreligga ett sådant villkor, hade exempelvis Akzo Nobel NV som renodlat holdingbolag<sup>34</sup> inte kunnat utgöra adressat i bötesföreläggandet i målet Akzo Nobel, som utgör det viktigaste rättsfallet under de senaste åren.

28 — Punkt 40 i den överklagade domen. Se även punkt 44 i nämnda dom.

29 — Punkt 42 i den överklagade domen.

30 — Domarna i de ovan i fotnot 19 nämnda målen Akzo Nobel (punkt 59), ArcelorMittal (punkt 101) och AOI (punkt 44). Se, dessutom, mitt förslag till avgörande i målet AOI (ovan fotnot 19), punkt 173, och mitt förslag till avgörande av den 23 april 2009 i målet Akzo Nobel (ovan fotnot 19), punkt 97.

31 — Dom av den 13 juli 1966 i mål 32/65, Italien mot rådet och kommissionen (REG 1966, s. 458, s. 485 och 486; svensk specialutgåva, volym 1, s. 303), domen i målet ICI (ovan fotnot 19), punkt 134, dom av den 24 oktober 1996 i mål C-73/95 P, Viho mot kommissionen (REG 1996, s. I-5457), punkt 16, och av den 14 december 2006 i mål C-217/05, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (REG 2006, s. I-11987), punkt 44.

32 — Domarna i de ovan i fotnot 19 nämnda målen Akzo Nobel (punkterna 56 och 59), ArcelorMittal (punkterna 95 och 101) och AOI (punkterna 42–44).

33 — Punkt 39 i den överklagade domen.

34 — Se mitt förslag till avgörande i målet Akzo Nobel (ovan fotnot 19), punkt 11.

35. Tribunalen beaktade inte domen i målet Akzo Nobel<sup>35</sup> i detta avseende och motiverade i övrigt inte heller på något vis varför det skulle föreligga något sådant ytterligare villkor som den hävdar. Tribunalen hänvisade endast till tre mer eller mindre godtyckligt valda domar från domstolen,<sup>36</sup> i vilka det enligt dess mening skulle vara ”ostridigt att moderbolaget var ett företag”.<sup>37</sup>

36. För beivrandet av ett företags konkurrensbegränsande samverkan på grundval av artikel 81 EG (numera artikel 101 FEUF) jämförd med artikel 23.2 a i förordning nr 1/2003 saknar det emellertid betydelse huruvida samtliga fysiska eller juridiska personer som i rättsligt hänseende personifierar detta företag i sin tur är ekonomiskt aktiva och sålunda själva i sin tur kan anses utgöra företag.

37. Det är endast avgörande att *ett företag*, som helhet betraktat, har begått överträdelsen och att samtliga fysiska och juridiska personer till vilka ett beslut om åläggande av böter för att beivra denna överträdelse riktar sig, utgör rättssubjekt i detta gemensamma företag. De sanktioner som åläggs enligt artikel 23.2 i förordning nr 1/2003 ska nämligen säkerställa att de personer som har ett avgörande inflytande på det företag som är inblandat i en kartell ställs till svars enligt principen om personligt ansvar, och de ska säkerställa att *företaget* inte begår sådana överträdelser i fortsättningen.<sup>38</sup> Mot bakgrund av detta syfte saknar det betydelse huruvida nämnda fysiska eller juridiska personer i övrigt utövade ekonomisk verksamhet, det vill säga oavhängigt deras inflytande på det företag som deltog i den konkurrensbegränsande samverkan.

38. Sammanfattningsvis kan det således konstateras att tribunalen gjorde en felaktig rättslig bedömning när den uppgav att ett företags moderbolag inte kan åläggas sanktioner när det inte i sig utgör ett företag och därefter prövade huruvida Portielje själv utgjorde ett företag.<sup>39</sup>

39. Överklagandet kan således vinna bifall såvitt avser den första grundens första del.

2. Frågan huruvida presumptionen om heläggande är tillämplig på förhållandet mellan Portielje och Gosselin (andra delen av den första grunden för överklagande)

40. För fullständighetens skull ska jag nedan även behandla den andra delen av den första grunden för överklagande som kommissionen har gjort gällande i andra hand. Denna del avser i huvudsak frågan huruvida presumptionen om heläggande såsom den följer av den rättspraxis som bygger på domen i målet Akzo Nobel,<sup>40</sup> kan vara tillämplig på det inbördes förhållandet mellan Portielje och Gosselin. Kommissionen anser att tribunalen i förevarande mål felaktigt tillbakavisade att presumptionen om heläggande var tillämplig.

35 — Domen ovan i fotnot 19.

36 — Domen i målet Hydrotherm Gerätebau (ovan fotnot 27), i målet ICI (ovan fotnot 19), punkt 619, och dom av den 16 november 2000 i mål C-286/98 P, Stora Kopparbergs Bergslags mot kommissionen (REG 2000, s. I-9925).

37 — Punkterna 40 och 41 i den överklagade domen.

38 — Se mitt förslag till avgörande av den 3 juli 2007 i målet ETI (ovan fotnot 23), punkterna 71 och 72, samt mitt förslag till avgörande i målet Akzo Nobel (ovan fotnot 19), punkterna 39 och 41.

39 — Punkterna 42, 43 och 50 i den överklagade domen.

40 — Se särskilt domarna i de ovan i fotnot 19 nämnda målen Akzo Nobel (punkterna 60 och 61), ArcelorMittal (punkterna 97 och 98) och AOI (punkterna 46 och 47).

41. Denna invändning avser tribunalens uttalanden i punkterna 46–49 i den överklagade domen, i vilka det presumeras att Portielje ”inte bedriver ekonomisk verksamhet direkt”.<sup>41</sup> Mot denna bakgrund skulle det enligt tribunalens mening på sin höjd kunna följa av Portieljes indirekta delaktighet i Gosselins ekonomiska verksamhet att Portielje utgör ett företag. I detta avseende krävde tribunalen med hänvisning till punkterna 111–113 i domen i målet Cassa di Risparmio di Firenze,<sup>42</sup> som avsåg statligt stöd, ett konkret styrkande av att Portielje utövade ett ”inflytande” på Gosselins ”förvaltning” och inte hade medgett en tillämpning av presumptionen om heläggande.<sup>43</sup>

42. Konkret stödjer sig tribunalen i detta sammanhang på ett uttalande i domen i målet Cassa di Risparmio di Firenze, enligt vilket ett innehav av andelar i sig – inte ens ett kontrollerande innehav – inte utgör någon ekonomisk verksamhet.<sup>44</sup> Tvärtom kan en stiftelse som har ett kontrollerande innehav i ett bolag först anses delta i det kontrollerade ”företagets” ekonomiska verksamhet om den i praktiken utövar denna kontroll genom att direkt eller indirekt utöva ett ”inflytande” på förvaltningen av bolaget.<sup>45</sup>

43. Av detta avsnitt av domen i målet Cassa di Risparmio di Firenze drog tribunalen slutsatsen att bevisbördan för att en stiftelse, som i likhet med Portielje inte är ekonomiskt aktiv, utövar inflytande på ett på marknaden aktivt handelsbolag som Gosselin åligger kommissionen, och denna kan inte uppfylla sin bevisbörda genom att, med tillämpning av den rättspraxis som bygger på domen i målet Akzo Nobel, hänvisa till den (nästan) hundra procentiga kontroll som stiftelsen har över bolaget.<sup>46</sup>

44. Tribunalen gjorde sig härvid skyldig till felaktig rättstillämpning.

45. Till skillnad från vad tribunalen förefaller ha funnit är domen i målet Cassa di Risparmio di Firenze förenlig med den rättspraxis som bygger på domen i målet Akzo Nobel. I båda målen har domstolen uppställt krav på att moderbolaget faktiskt utövar avgörande inflytande på dotterbolaget för att ett ”moderbolag” och dess ”dotterbolag” ska antas utgöra en ekonomisk enhet och sålunda ett enda företag.<sup>47</sup>

46. I den rättspraxis som bygger på domen i målet Akzo Nobel föreligger det visserligen i det särskilda fallet när ett moderbolag äger samtliga eller nästan samtliga aktier i dotterbolaget dessutom en motbevisbar ”presumtion att moderbolaget faktiskt utövade ett avgörande inflytande” på dotterbolagets beteende (presumtionen om heläggande),<sup>48</sup> medan någon sådan presumtion inte nämns i domen i målet Cassa di Risparmio di Firenze.<sup>49</sup>

47. Skälet till att presumptionen om heläggande inte nämns i domen i målet Cassa di Risparmio di Firenze torde i första hand emellertid bero på den där aktuella typen av förfarande. Det var fråga om en begäran om förhandsavgörande som inte över huvud taget rörde bevisfrågor. Det ska dessutom beaktas att domstolen i målet Cassa di Risparmio di Firenze inte specifikt har behandlat det särskilda fallet med en hundra procentig eller nästan hundra procentig kontroll, utan helt allmänt har befattat sig med ”kontrollerande innehav”, vilket även innefattar innehav som befinner sig klart under tröskelvärdet på 100 procent.

41 — Punkt 46 i den överklagade domen.

42 — Dom av den 10 januari 2006 i mål C-222/04, Cassa di Risparmio di Firenze m.fl. (REG 2006, s. I-289).

43 — Punkterna 47–49 i den överklagade domen.

44 — Domen i målet Cassa di Risparmio di Firenze (ovan fotnot 42), punkt 111.

45 — Domen i målet Cassa di Risparmio di Firenze (ovan fotnot 42), punkt 112. Närmare bestämt talar domstolen i detta avsnitt av domen inte om en stiftelse, utan allmänt om en ”enhet” som har ett kontrollerande innehav i ett bolag. Det framgår emellertid av det sammantagna sammanhanget att det var fråga om stiftelser, nämligen bankstiftelser enligt italiensk lagstiftning.

46 — Se, för ett liknande resonemang, punkterna 48 och 49 i den överklagade domen.

47 — Beträffande konkurrensrätten, se i fotnot 19 angiven rättspraxis samt mitt förslag till avgörande i målet AOI (ovan fotnot 19), punkt 144. Vad avser statligt stöd, se domen i målet Cassa di Risparmio di Firenze (ovan fotnot 42), punkt 112.

48 — Se i detta avseende ovan punkt 23 i detta förslag till avgörande och ovan i fotnot 20 anförd rättspraxis.

49 — Domen ovan i fotnot 42, särskilt punkterna 110–113.

48. Mot denna bakgrund lade tribunalen alltför stor betydelse vid att domstolen ”inte fastställt att det föreligger en presumtion för att det utövats inflytande”,<sup>50</sup> i den mening som avses i den rättspraxis som bygger på domen i målet Akzo Nobel.

49. I synnerhet föreligger det inte några som helst omständigheter som talar för att domstolen i målet Cassa di Risparmio di Firenze just på grund av att ”moderbolagen” inte ansågs vara företag eller på grund av deras karaktär som stiftelse avstod från att tillämpa presumtionen om heläggande.

50. Även om domstolen på senare tid inte helt har uteslutit att begreppet ekonomisk enhet på området för statligt stöd kan ha en annan innebörd än det begrepp som är tillämpligt på andra områden inom konkurrensrätten,<sup>51</sup> har den emellertid hittills varit mån om en fullkomligt enhetlig tolkning av begreppet företag inom samtliga delar av konkurrensrätten,<sup>52</sup> och detta inte minst i domen Cassa di Risparmio di Firenze<sup>53</sup>. Jag anser att domstolen ska vidhålla denna inställning även i förevarande mål.

51. Det framgår för övrigt att domstolen särskilt i domen i målet Cassa di Risparmio di Firenze och i den rättspraxis som bygger på domen i målet Akzo Nobel har utgått från samma definition av företag genom att företa vissa korshänvisningar mellan dessa båda linjer i dess praxis.<sup>54</sup> Detta har kommissionen med rätta påpekat i förevarande mål.

52. Sammanfattningsvis kan domen i målet Cassa di Risparmio di Firenze inte anses utgöra hinder mot en tillämpning av presumtionen om heläggande i förhållandet mellan en stiftelse som Portielje och ett handelsbolag som Gosselin.

53. Till skillnad från vad Portielje anser, medför en tillämpning av presumtionen om heläggande för övrigt inte någon omvänd bevisbörda. Detta utgör tvärtom enbart en reglering av bevisvärderingen i samband med tillskrivningen av ansvar för konkurrensbegränsande samarbete mellan moder- och dotterbolag. Eftersom det faktum att moderbolaget är ensam (eller nästan ensam) ägare till dotterbolaget vid första påseendet leder till slutsatsen att det faktiskt utövar ett avgörande inflytande, är moderbolaget förpliktat att vederlägga denna slutsats genom att åberopa övertygande motbevisning. I annat fall är det tillräckligt med sådana slutsatser för att de krav på bevisbördan som kännetecknar en rättsstat ska anses vara uppfyllda. Detta leder med andra ord till att bevisbördan åvilar parterna växelvis innan frågan om den objektiva bevisfördelningen slutligen fastställs.<sup>55</sup>

54. I motsats till vad Portielje anser, medför en tillämpning av presumtionen om heläggande på ett fall som det förevarande inte en för långtgående utvidgning av presumptionens tillämpningsområde. Syftet med denna presumtion är nämligen ett effektivt genomförande av konkurrensreglerna i fördragen, samtidigt som den ska underlätta säkerställandet av principen om personligt ansvar och skapa rättssäkerhet.<sup>56</sup> Mot denna bakgrund ska den situation som en stiftelse som Portielje befinner sig i, vars funktion är att säkerställa en ”enhetlig förvaltning” av ett av stiftelsen kontrollerat handelsbolag, inte bedömas annorlunda än situationen för ett ”klassiskt” moderbolag i förhållande till dess dotterbolag eller för ett holdingbolag i förhållande till de koncernbolag som det kontrollerar. Samtliga av dessa moderbolag har ett stort ekonomiskt intresse av sina respektive dotterbolags verksamhet på marknaden. Det skulle strida mot principen om likabehandling att skilja mellan dem vad avser det konkurrensrättsliga ansvaret.

50 — Punkt 48 i den överklagade domen.

51 — Dom av den 16 december 2010 i mål C-480/09 P, AceaElectrabel mot kommissionen (REU 2010, s. I-13355), punkt 66.

52 — Se ovan i fotnot 26 angiven rättspraxis.

53 — Domen i målet Cassa di Risparmio di Firenze (ovan fotnot 42), punkt 107. Se även domen i målet Enirisorse (ovan fotnot 26), punkt 28.

54 — I domen i målet Akzo Nobel (ovan fotnot 19), punkt 54, har domstolen hänvisat till domen i målet Cassa di Risparmio di Firenze m. fl. (ovan fotnot 42). I dom av den 20 januari 2011 i mål C-90/09 P, General Química m.fl. mot kommissionen (”General Química”, REU 2011, s. I-1), punkterna 34 och 35, har domstolen såväl hänvisat till domen i målet Akzo Nobel som till domen i målet Cassa di Risparmio di Firenze.

55 — Se mitt förslag till avgörande i målet Akzo Nobel (ovan fotnot 19), punkt 74, och i målet AOI (ovan fotnot 19), punkt 170.

56 — Se mitt förslag till avgörande i målet Akzo Nobel (ovan fotnot 19), punkt 71 jämförd med punkterna 40 och 41.

55. Det saknar betydelse för ansvaret för underordnade bolags verksamhet huruvida de kontrollerande enheterna, oavsett om de utgör stiftelser, holdingbolag eller andra sorters moderbolag, utövar en egen ekonomisk verksamhet. Tvärtom skulle det ge möjlighet för koncernledningen att kringgå ett effektivt solidariskt ansvar för underordnade delar av koncernens konkurrensbegränsande samverkan, om stiftelser eller holdingbolag som inte själva är ekonomiskt aktiva undantogs från tillämpningen av presumtionen om heläggande, fastän det i bakgrunden är de som ”drar i trådarna” inom den aktuella koncernen.<sup>57</sup>

56. Slutligen är Portieljes argument att tillämpningen av presumtionen om heläggande i ett fall som det här aktuella skulle leda till motstridiga resultat i andra situationer i vilka staten innehar ägarandelar i ett handelsbolag inte ändamålsenligt. Denna fråga avser nämligen ett rent hypotetiskt problem som inte över huvud taget uppkommer i förevarande mål. Portieljes situation kan inte tillnärmelsevis anses jämförbar med den situation i vilken staten är investerare, eftersom all verksamhet, såvitt framgår här, endast omfattar säkerställandet av en enhetlig förvaltning i ett enda familjeföretag. Dessutom har domstolen redan tillstått att den tar hänsyn till statens särskilda situation i samband med ansvar för eventuell konkurrensbegränsande samverkan från företag som denna kontrollerar.<sup>58</sup> De farhågor som Portielje har gett uttryck för saknar därmed betydelse.

57. Sammantaget kan överklagandet således även vinna bifall såvitt avser den första grundens andra del.

*B – Motbevisandet av presumtionen om utövande av avgörande inflytande (den andra grunden för överklagande)*

58. Den andra grunden för överklagande avser punkterna 51–59 i den överklagade domen, i vilka tribunalen fann att Portielje genom att ha ”lagt fram bevisning” i förevarande mål har lyckats motbevisa presumtionen om heläggande.<sup>59</sup> Tribunalen anser att Portielje inte har utövat något avgörande inflytande på Gosselin och att stiftelsen inte ens kunde utöva ett sådant inflytande.

59. I detta avsnitt i den överklagade domen prövade tribunalen visserligen endast för fullständighetens skull huruvida Portielje kunde hållas ansvarigt för Gosselins beteende.<sup>60</sup> Eftersom det första avsnittet i den överklagade domen, i vilken begreppet företag behandlas, ska upphävas,<sup>61</sup> är den rättsliga prövningen av detta andra avsnitt av avgörande betydelse för utgången i målet.

60. Det är ostridigt att presumtionen att ett moderbolag utövar ett avgörande inflytande på sitt helägda eller nästan helägda dotterbolag (presumtionen om heläggande) enligt den rättspraxis som bygger på domen i målet Akzo Nobel utgör en *presumtion som kan motbevisas*.<sup>62</sup>

57 — För exempel på några situationer i vilka det likväl kan tänkas att presumtionen om heläggande vederläggs, se anmärkningarna i punkt 67 i mitt förslag till avgörande i målet Akzo Nobel (ovan fotnot 19).

58 — Se domen i målet ETI m.fl. (ovan fotnot 23), punkterna 47–50.

59 — Punkt 58 i den överklagade domen.

60 — Punkt 51 i den överklagade domen.

61 — Se ovan punkterna 25–57 i detta förslag till avgörande.

62 — Se, särskilt, domarna i de ovan i fotnot 19 nämnda målen Akzo Nobel (punkterna 60 och 63), ArcelorMittal (punkt 97) och AOI (punkterna 46 och 48), samt domen i målet General Química (ovan fotnot 54), punkterna 39, 42 och 50 och i målet Elf Aquitaine (ovan fotnot 20), punkterna 56 och 59.

61. Med sin andra grund för överklagande har kommissionen emellertid invänt att tribunalen vid sin bedömning av de argument som Portielje har lagt fram för att motbevisa denna presumtion gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning. Kommissionen har främst invänt mot att tribunalen inte i tillräcklig utsträckning beaktade de personliga banden mellan Portielje och Gosselin. I detta avseende har kommissionen sammanlagt framfört tre invändningar, vilka behandlas i de tre delarna i den andra grunden för överklagandet. Jag ska nedan behandla dessa delar, varvid jag kommer att pröva den andra och den tredje delen tillsammans.

62. Jag vill inledningsvis erinra om att domstolen vid ett överklagande, förutom vid missuppfattning av bevisningen, varken är behörig att fastställa de faktiska omständigheterna eller, i princip, att bedöma den bevisning som tribunalen har godtagit till stöd för dessa omständigheter.<sup>63</sup> Däremot hör det till domstolens uppgifter att pröva tribunalens rättsliga bedömning av de faktiska omständigheterna.<sup>64</sup> Detta innefattar prövningen av frågan huruvida tribunalen har grundat sin bedömning av de faktiska omständigheterna och bevismedlen på de korrekta rättsreglerna.<sup>65</sup>

1. Invändningen om felaktig bedömning av bevisningen beträffande karaktären och omfattningen av de personliga banden mellan Portielje och Gosselin (första delen i den andra grunden för överklagande)

63. I den första delen av den andra grunden för överklagande har kommissionen hävdat att tribunalen gjorde en ”uppenbart felaktig bedömning av bevisningen” vad avser den ställning och det inflytande som de tre styrelseledamöterna från Gosselin hade, vilka samtidigt tillhörde Portieljes styrelse.

64. Kommissionen har närmare bestämt ifrågasatt tribunalens konstaterande att ”[a]v de sex personer som Portieljes styrelse utgörs av är endast hälften tillika ledamöter i Gosselins styrelse”,<sup>66</sup> och omvänt utgjorde ”de tre personer som utgör Gosselins styrelse ... endast ... hälften av Portieljes styrelse”.<sup>67</sup> Sålunda har tribunalen enligt kommissionens uppfattning felaktigt hävdat att de tre aktuella styrelsemedlemmarna i Gosselin ”inte tillsammans kunde påverka Portieljes affärsstrategi”.

65. En missuppfattning av bevismedel föreligger emellertid endast när bedömningen av den befintliga bevisningen framstår som uppenbart felaktig utan att någon ny bevisning beaktas.<sup>68</sup>

66. I förevarande mål har tribunalen inte någonstans i den överklagade domen, i synnerhet inte i punkterna 56 och 57, dragit någon sådan slutsats som kommissionen påstår, nämligen att dessa tre styrelsemedlemmar ”inte tillsammans kunde påverka Portieljes affärsstrategi”. Invändningen att det föreligger en missuppfattning av bevismedel kan sålunda inte godtas.

67. Överklagandet kan därför inte bifallas såvitt avser den andra grundens första delgrund.

63 — Beslut av den 17 september 1996 i mål C-19/95 P, San Marco mot kommissionen (REG 1996, s. I-4435), punkt 39, samt dom av den 1 juni 1994 i mål C-136/92 P, kommissionen mot Brazzelli Lualdi m.fl. (REG 1994, s. I-1981), punkt 49, domen i målet Elf Aquitaine (ovan fotnot 20), punkt 68, av den 9 juni 2011 i de förenade målen C-71/09 P, C-73/09 P och C-76/09 P, Comitato ”Venezia vuole vivere” mot kommissionen (REU 2011, s. I-4727), punkt 149, och domen i målet AOI (ovan fotnot 19), punkt 85.

64 — Beslutet i målet San Marco mot kommissionen (ovan fotnot 63), punkt 39, samt domen i målet kommissionen mot Brazzelli Lualdi m.fl. (ovan fotnot 63), punkt 49, i målet General Química (ovan fotnot 54), punkt 71, och i målet Comitato ”Venezia vuole vivere” mot kommissionen (ovan fotnot 63), punkt 149.

65 — Domarna av den 25 oktober 2011 i mål C-109/10 P, Solvay mot kommissionen (REU 2011, s. I-10329), punkt 51, och i mål C-110/10 P, Solvay mot kommissionen (REU 2011, s. I-10439), punkt 46.

66 — Punkt 56 i den överklagade domen.

67 — Punkt 57 i den överklagade domen.

68 — Dom av den 18 januari 2007 i mål C-229/05, PKK och KNK mot rådet (REG 2007, s. I-439), punkt 37, av den 22 november 2007 i mål C-260/05 P, Sniace mot kommissionen (REG 2007, s. I-10005), punkt 37, och i domen i målet Comitato ”Venezia vuole vivere” mot kommissionen (ovan fotnot 63), punkt 153.

2. Avsaknaden av formella ledningsbeslut från Portieljes och Gosselins organ (andra och tredje delen av den andra grunden för överklagande)

68. I den andra och den tredje delen av den andra grunden för överklagande har kommissionen i huvudsak invänt mot att tribunalen enbart har prövat möjligheterna för Portielje att utöva inflytande på Gosselin från ett associationsrättsligt perspektiv.

69. För att motivera sin slutsats, att presumtionen om heläggande har motbevisats, angav tribunalen i praktiken huvudsakligen att Portieljes styrelse först fattade formella ledningsbeslut efter det att överträdelsen hade upphört. Enligt tribunalens uppfattning skulle det "redan av det skälet [vara] uteslutet" att Portielje har utövat ett avgörande inflytande på Gosselin.<sup>69</sup> Dessutom påpekar tribunalen att det under den aktuella perioden från den 1 januari 2002 till den 18 september 2002, för vilken Portielje enligt det omtvistade beslutet har tillskrivits ansvar för den konkurrensbegränsande samverkan, inte hölls någon bolagsstämma för Gosselins aktieägare vid vilken Portielje hade kunnat utöva inflytande på Gosselins affärspolitik.<sup>70</sup> Under den aktuella perioden hade Portielje dessutom inte något inflytande på sammansättningen av Gosselins styrelse, och inte heller har denna sammansättning ändrats på Portieljes initiativ.<sup>71</sup>

70. Dessa yttranden från tribunalen ger uttryck för en grundläggande missuppfattning av presumtionen om heläggande och det rättsliga krav som ställs vid ett motbevisande av nämnda presumtion.

71. Huruvida ett dotterbolag kan bestämma sitt marknadsbeteende självständigt eller står under moderbolagets avgörande inflytande kan inte enbart bedömas på de villkor som anges i den tillämpliga associationsrätten. I annat fall skulle det vara enkelt för berörda moderbolag att undandra sig ansvar för helägda dotterbolags konkurrensbegränsande samverkan med hänvisning till rent associationsrättsliga händelser.

72. Vid en prövning ska det visserligen beaktas vilka befogenheter de berörda bolagens organ hade, huruvida och när de fattade beslut och vilket innehåll dessa beslut i förekommande fall hade. I slutänden är emellertid den ekonomiska verkligheten avgörande. Konkurrensrätten rättar sig nämligen inte efter formella krav utan efter företagets faktiska beteende.

73. Såsom kommissionen med rätta har påpekat, skulle det vara överdrivet formalistiskt och inte på något sätt svara mot den ekonomiska verkligheten om frågor om inflytandet mellan moderbolag och dotterbolag uteslutande skulle bedömas mot bakgrund av associationsrättsliga handlingar.

74. Det är emellertid just fråga om ett sådant formalistiskt synsätt när tribunalen i frågan huruvida Portielje utövade avgörande inflytande på Gosselin, i överensstämmelse med klagandens argument i första instans, enbart gjorde sin bedömning från ett associationsrättsligt perspektiv. Genom begränsningen av prövningskriterierna till rent associationsrättsliga bedömningsgrunder gjorde tribunalen sig skyldig till felaktig rättstillämpning. Tribunalen beaktade i synnerhet att det inte nödvändigtvis krävs några formella beslut från bolagsorganen för att moder- och dotterbolaget ska antas utgöra en ekonomisk enhet. Tvärtom kan denna enhet även vara motiverad på informella grunder, nämligen till följd av personliga band mellan de båda bolagen.

69 — Punkt 54 i den överklagade domen.

70 — Punkt 55 i den överklagade domen.

71 — Punkt 56 i den överklagade domen.

75. Tribunalen gjorde visserligen i förbigående en bedömning av de personliga banden mellan Gosselin och Portielje, men utgick i detta avseende emellertid i sin tur enbart från ett associationsrättsligt perspektiv. Härvid var det för övrigt fråga om två jämförelsevis teoretiska frågor, nämligen för det första huruvida "Portieljes mest inflytelserika styrelseledamöter på Gosselins bolagsstämma utövar inflytande på Gosselins styrelse" och för det andra huruvida "samtliga företag som de tre ledamöterna i Gosselins styrelse likaledes var styrelseledamöter i av denna anledning ska anses vara moderbolag till Gosselin".<sup>72</sup>

76. Vid sidan om alla formella associationsrättsliga överväganden är det tvärtom avgörande med en prövning av vilken faktisk verkan de personliga banden mellan Portielje och Gosselin hade på företagets dagliga verksamhet och en rent faktisk bedömning av huruvida Gosselin, i strid med presumptionen om heläggande, verkligen självständigt bestämde sin affärspolitik. Dessa frågor behandlas tyvärr inte över huvud taget i den överklagade domen.

77. Slutligen kan inte heller Portieljes invändning godtas att presumptionen om heläggande skulle vara omöjlig att motbevisa om möjligheter till inflytande som ligger utanför de deltagande juridiska personernas organ skulle beaktas. Portielje har inte på något sätt motiverat denna invändning. Dessutom är det uppenbart att händelseförlopp som avser företagets dagliga verksamhet mycket väl kan styrkas även vad avser förfaranden som inte härstammar från juridiska personers organ, exempelvis genom intern korrespondens och interna dokument, anteckningar från informella möten och vittnesförhör.<sup>73</sup> Beroende på deras konkreta innehåll kan sådan bevisning antingen bekräfta eller motbevisa presumptionen om heläggande.

78. Överklagandet kan således vinna bifall såvitt avser den andra grundens andra och tredje del.

#### *C – Resultat i denna del*

79. Sammantaget kan det således konstateras att överklagandet kan vinna bifall såvitt avser den första grundens båda delar samt den andra grundens andra och tredje delar.

80. Det följer av artikel 61 första stycket i domstolens stadga att domstolen, om överklagandet är välgrundat, ska upphäva tribunalens avgörande. Följaktligen ska punkterna 4 och 6 i domslutet i den överklagade domen, i vilka tribunalen har prövat Portieljes talan i mål T-209/08, upphävas. Detta påverkar inte den återstående delen av den överklagade domen som inte har överklagats i förevarande mål.

#### **V – Avgörandet av Portieljes talan om ogiltigförklaring**

81. Det följer av artikel 61 första stycket i domstolens stadga att domstolen dessutom antingen själv slutligt kan avgöra målet, om detta är färdigt för avgörande, eller återförvisa målet till tribunalen för avgörande.

82. I förevarande mål har tribunalen i sin dom gjort en helhetsbedömning av de grunder för talan som Portielje har åberopat i förfarandet i första instans i mål T-209/08. Parterna har dessutom i förfarandet vid tribunalen fått tillräckliga möjligheter att diskutera samtliga aspekter som har betydelse för avgörandet av målet. Inte heller behöver de faktiska omständigheterna klarläggas ytterligare. Sålunda är målet färdigt för avgörande.

72 — Punkt 57 i den överklagade domen.

73 — Se, exempelvis, den bevisvärdering som domstolen har gjort i domen i målet General Química (ovan fotnot 54), punkt 104.

A – *Portieljes första grund för talan i mål T-209/08*

83. Portielje har som första grund för talan i mål T-209/08 hävdad att den som stiftelse inte är ett företag i konkurrensrättslig mening, vilket innebär att det inte föreligger något sådant inbördes förhållande mellan Portielje och Gosselin som mellan ett moder- och ett dotterbolag.<sup>74</sup>

84. Av ovannämnda skäl<sup>75</sup> följer att talan inte kan bifallas på denna grund.

B – *Portieljes andra grund för talan i mål T-209/08*

85. Portielje har med sin grund för talan i mål T-209/08 gjort gällande att den som stiftelse inte kan anses ansvarig för de handlingar som begåtts av Gosselin, eftersom Portielje inte utövade något avgörande inflytande på detta bolag.<sup>76</sup>

86. Det ska i detta avseende påpekas att Portielje ostridigt kontrollerade samtliga eller nästan samtliga aktier i Gosselin.<sup>77</sup> Enligt den rättspraxis som bygger på domen i målet Akzo Nobel<sup>78</sup> föreligger det således en presumtion, som kan motbevisas, att Portielje faktiskt utövade ett avgörande inflytande på Gosselin.

87. För att vederlägga denna presumtion har Portielje i rent formellt hänseende hänvisat till de associationsrättsliga bestämmelser som är tillämpliga med avseende på Portieljes och Gosselins organ. Stiftelsen har hänvisat till den lagstadgade skyldigheten för medlemmarna i Gosselins styrelse att enbart handla i detta bolags intresse, och har understrukt att Portielje och Gosselins styrelser utgör kollegiala organ som enbart delvis består av samma personer.

88. Såsom angetts ovan<sup>79</sup> kan ett sådant argument inte i sig anses avgörande, utan de faktiska förhållandena och den ekonomiska verkligheten. Detta gäller i synnerhet i en situation som den förevarande, i vilken medlemmarna i Portieljes och Gosselins styrelser visserligen inte var helt identiska, men det dock förelåg betydande personliga band mellan de båda juridiska personerna i form av tre gemensamma styrelsemedlemmar. Genom dessa band förstärks det första intrycket att Gosselin inte är självständigt i förhållande till Portielje och att deras respektive intressen sammanfaller ytterligare.

89. Det är stiftelsens sak<sup>80</sup> att visa att ”moderbolaget” Portielje i förevarande mål har varit återhållsamt gentemot dess ”dotterbolag” Gosselin, så att sistnämnda bolag trots hundraprocentig kontroll från Portielje självständigt har bestämt sitt agerande på marknaden.<sup>81</sup>

74 — Punkterna 28 och 29 i den överklagade domen.

75 — Se i detta avseende punkterna 27–57 i detta förslag till avgörande.

76 — Punkterna 28 och 30–32 i den överklagade domen.

77 — Tribunalen har uppgett att Portielje ”innehär nästan hela aktiekapitalet i Gosselin” (punkterna 49 och 53 i den överklagade domen). Enligt min mening är det mer träffande att tala om att Portielje *kontrollerar samtliga delar i Gosselins kapital*, eftersom stiftelsen förvaltar 92 procent av aktierna för medlemmarna i grundarfamiljen och dessutom innehär nästintill samtliga aktier (99,87 procent) i Vivet en Gosselin NV som äger återstående 8 procent av Gosselin. Tribunalens formulering saknar emellertid betydelse för tillämpningen av presumtionen om heläggande.

78 — Se, särskilt, domarna i de ovan i fotnot 19 nämnda målen Akzo Nobel (punkterna 60 och 61), ArcelorMittal (punkterna 97 och 98) och AOI (punkterna 46 och 47).

79 — Se punkterna 68–78 i detta förslag till avgörande.

80 — Domen i målet General Química (ovan fotnot 54), punkt 104, och i målet Elf Aquitaine (ovan fotnot 20), punkt 61.

81 — Se, för ett liknande resonemang, mitt förslag till avgörande i målet AOI (ovan fotnot 19), punkt 171, och i målet Akzo Nobel (ovan fotnot 19), punkt 75.

90. Det är i detta hänseende inte på något vis fråga om ett krav att bevisa något som inte kan bevisas (*probatio diabolica*), vilket skulle kräva att moderbolaget bevisade att vissa faktiska omständigheter inte föreligger.<sup>82</sup> Tvärtom kan det såsom nämnts ovan,<sup>83</sup> genom hänvisning till vissa konkreta omständigheter ur företagets dagliga verksamhet, klarläggas huruvida och i vilken utsträckning dotterbolaget själv bestämde sin affärspolitik och sitt agerande på marknaden, och sålunda agerade självständigt, det vill säga oberoende av sitt moderbolag.

91. Eftersom Portielje – bortsett från sitt framhårdande av de associationsrättsliga sambanden – inte har åberopat några konkreta argument och i synnerhet inte har behandlat de faktiska verkningarna av dess personliga band till Gosselin kan överklagandet inte heller bifallas på den andra grunden.

### C – Övrigt

92. Vad avser de ytterligare grunder för talan som Portielje har anfört i mål T-209/08, så har tribunalen redan slagit fast att talan inte kan bifallas på de grunderna. Jag har i min tur prövat dessa grunder för talan och anser, i huvudsak av samma skäl som tribunalen har uppgett i den överklagade domen, inte heller att talan kan vinna bifall på de grunderna.

93. Inte heller kan den av tribunalen fastställda nedsättningen av bötesbeloppet till Gosselins förmån påverka Portielje. Denna nedsättning av sanktionen avser perioden mellan den 30 oktober 1993 och den 14 november 1996, medan Portielje däremot enligt det omtvistade beslutet är solidariskt ansvarig för perioden mellan den 1 januari 2002 och den 18 september 2002.

94. Jag anser för övrigt inte heller att det föreligger några omständigheter som tyder på en felaktig beräkning av de böter som Portielje har ålagts, eller att de är oproportionerliga eller helt enkelt oskäligen. I förevarande mål föreligger det sålunda, inte heller med beaktande av domstolens obegränsade prövningsrätt (artikel 261 FEUF jämförd med artikel 31 i förordning nr 1/2003), inte någon anledning att upphäva eller fastställa bötesbeloppet på nytt.

### D – Resultat i denna del

95. Sammantaget ska Portieljes talan om ogiltigförklaring i mål T-209/08 ogillas i sin helhet.

## VI – Rättegångskostnader

96. Enligt artikel 184 andra stycket i rättegångsreglerna ska domstolen, när ett överklagande är välgrundat och den själv avgör tvisten i sak, besluta om rättegångskostnaderna.<sup>84</sup>

97. Enligt artikel 138 jämförd med artikel 184.1 i domstolens rättegångsregler ska tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna om detta har yrkats. Kommissionen har yrkat att Portielje ska förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom Portielje har tappat målet i båda instanserna, ska den förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna i båda instanserna.

82 — Se, för ett liknande resonemang, domen i målet Elf Aquitaine (ovan fotnot 20), punkt 65.

83 — Se punkt 77 i detta förslag till avgörande.

84 — Enligt den allmänna principen att nya handläggningsregler är tillämpliga på alla tvister som pågår vid tidpunkten då de träder i kraft (fast rättspraxis, se redan dom av den 12 november 1981 i de förenade målen 212/80-217/80, Meridionale Industria Salumi m.fl. (REG 1981, s. 2735), punkt 9), grundar sig rättegångskostnaderna i förevarande mål på domstolens rättegångsregler från den 25 september 2012, som trädde i kraft den 1 september 2012 (se, för ett liknande resonemang, även dom av den 15 november 2012 i mål C-417/11 P, rådet mot Bamba, punkterna 91 och 92). I materiellt hänseende föreligger det emellertid inte någon skillnad i förhållande till artikel 69 andra stycket jämförd med artiklarna 118 och 122 första stycket i domstolens rättegångsregler av den 19 juni 1991.

## VII – Förslag till avgörande

98. Mot bakgrund av ovanstående överväganden föreslår jag att domstolen ska besluta enligt följande:

- 1) Punkterna 4 och 6 i domslutet i den dom som Europeiska unionens tribunal meddelade den 16 juni 2011 i de förenade målen T-208/08 och T-209/08, Gosselin Group NV m.fl. mot kommissionen, upphävs.
- 2) Den talan om ogiltigförklaring som Stichting Administratiekantoor Portielje väckt i mål T-209/08 ogillas.
- 3) Stichting Administratiekantoor Portielje ska ersätta rättegångskostnaderna i första instans i mål T-209/08 samt kostnaderna för detta överklagande.