

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT

L.A. GEELHOED

fremSAT den 19. januar 2006¹

I — Indledning

1. Med appellen søger Showa Denko KK (herefter »SDK« eller »appellanten«) delvis ophævelse af dom afsagt den 29. april 2004 af Retten i Første Instans i de forenede sager T-236/01, T-239/01, T-244/01 — T-246/01, T-251/01 og T-252/01, Tokai Carbon m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 1181 (herefter »den appellerede dom«), for så vidt som den ikke helt fjerner den »afskrækkelsesfaktor«, som Kommissionen anvendte på den bøde, der blev pålagt appellanten.

2. I den appellerede dom nedsatte Retten den bøde, der var blevet pålagt appellanten ved Kommissionens beslutning 2002/271/EF af 18. juli 2001 om en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 81 og EØS-aftalens artikel 53 — sag COMP/E-1/36.490 — Grafitelektroder² (herefter »den anfægtede beslutning«).

II — Relevante retsfor skrifter

Forordning nr. 17

3. Artikel 15, stk. 2, i Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962: første forordning om anvendelse af bestemmelserne i traktatens artikel [81] og [82]³ (herefter »forordning nr. 17«) fastsætter følgende:

»Ved beslutning kan Kommissionen pålægge virksomheder og sammenslutninger af virksomheder bøder på mindst 1 000 og højst 1 000 000 regningsenheder, idet sidstnævnte beløb dog kan forhøjes til 10% af omsætningen i det sidste regnskabsår i hver af de virksomheder, som har medvirket ved over-

1 — Originalsprog: engelsk.

2 — EFT 2002 L 100, s. 1.

3 — EFT 1959-1962, s. 87.

trædelsen, såfremt de forsætligt eller uagtsomt:

- a) overtræder bestemmelserne i traktatens artikel [81], stk. 1, eller artikel [82], [...]

gennemsigtighed og objektivitet i forbindelse med Kommissionens beslutninger, både i forhold til virksomhederne og i forhold til Domstolen, og samtidig fastholde den skønsbeføjelse, som de pågældende retsfor skrifter giver Kommissionen til at fastsætte bøder på indtil 10% af virksomhedernes samlede omsætning. Denne beføjelse bør imidlertid udøves som led i en sammenhængende og ikke-diskriminerende politik, der er tilpasset de mål, der forfølges ved bekæmpelsen af overtrædelser af konkurrencereglerne.

Ved fastsættelsen af bødens størrelse skal der tages hensyn til både overtrædelsens grovhed og dens varighed.«

Den nye metode til beregning af en bødes størrelse vil fremover følge følgende model, der bygger på fastsættelsen af et grundbeløb, som kan forhøjes i tilfælde af skærpende omstændigheder og nedsættes i tilfælde af formildende omstændigheder.«

Bøderetningslinjer

4. I Kommissionens meddelelse med titlen »Retningslinjer for beregningen af bøder i henhold til artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 og artikel 65, stk. 5, i EKSF-traktaten« (EFT 1998 C 9, s. 3) (herefter »retningslinjerne«) anføres følgende i præamblen:

»Formålet med [...] principper[ne], der fastlægges i [...] retningslinjer[ne], er at sikre

III — Faktiske omstændigheder og baggrund for vedtagelsen af den anfægtede beslutning

5. I den appellerede dom sammenfattede Retten de faktiske forhold i den sag, der var indbragt for den, som følger:

- »1 Ved beslutning 2002/271/EF [...] fandt Kommissionen, at forskellige virksomheder havde deltaget i en række aftaler og samordnet praksis i henhold til

artikel 81, stk. 1, EF og artikel 53 stk. 1, i aftalen om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde (herefter »EØS-aftalen«) i grafitelektrodesektoren.

råstål på 800 mio. tons, hvoraf 280 mio. tons blev produceret i elektriske lysbueovne [...]

[...]

- 2 Grafitelektroder anvendes primært i stålproduktionen i elektriske lysbueovne. Stålproduktion i sådanne ovne er som oftest en genvindingsproces, hvorved stålskrot omdannes til nyt stål i modsætning til den traditionelle proces, hvor jernmalm smeltes i højovne/iltblæste konvertere. I en gennemsnitlig ovn anvendes der ni elektroder, samlet i tre gange tre søjler til smeltning af skrot. På grund af smelteprocessens intensitet er en elektrode brugt op i løbet af ca. otte timer. Det tager ca. to måneder at producere en elektrode. Der findes ingen produkter, der kan substituere grafitelektroder i denne produktion.
- 5 I 1980'erne førte teknologiske forbedringer til en betydelig nedgang i forbruget af elektroder pr. ton produceret stål. Stålintustrien gennemgik også en omfattende omstrukturering i denne periode. Som følge af nedgangen i efterspørgslen efter elektroder indledtes en omstrukturingsproces i den verdensomspændende elektrodeindustri. Adskillige virksomheder lukkede.
- 6 I 2001 forsynede ni vestlige producenter det europæiske marked med grafitelektroder: [...]
- 3 Efterspørgslen efter grafitelektroder er direkte knyttet til produktionen af stål i elektriske lysbueovne; aftagerne er hovedsageligt stålproducenter, som tegner sig for omkring 85% af efterspørgslen. I 1998 lå verdensproduktionen af
- 7 I medfør af artikel 14, stk. 3, i Rådets forordning nr. 17 [...] foretog Kommissionens tjenestemænd den 5. juni 1997 samtidige, uanmeldte kontrolundersøgelser [...]

- 8 Federal Bureau of Investigation (FBI) foretog i USA samme dag ransagninger hos en række producenter. Disse undersøgelser resulterede i strafferetlig tiltale for ulovlig samordning af priser mod [...] SDK [...]. Alle de anklagede erkendte sig skyldige i anklagerne og accepterede at betale bøder, der blev fastsat til [...] 32,5 mio. USD for SDK [...]
- spændende prisfastsættelse og national og regional markedsopdeling for det omhandlede produkt ud fra princippet om »hjemmemarkedsproducenten«: [...] SDK [var ansvarlig] for Japan og dele af Fjernøsten [...]
- 13 Grundprincipperne for aftalen var i henhold til beslutningen følgende:
- [...]
- Prisen på grafit elektroder skulle fastsættes globalt.
- 10 Mod [...] SDK blev der i USA anlagt civile søgsmål på vegne af en gruppe aftagere med påstand om tredobbelte skadeserstatninger.
- Beslutninger om det enkelte selskabs prissætning skulle ikke træffes af marketings- og salgsdirektørerne, men udelukkende af bestyrelsesformanden/direktørerne.
- 11 [...] Canadiske stålproducenter anlagde i juni 1998 civile søgsmål mod [...] SDK på grund af ulovlig samordning.
- »Hjemmemarkedsproducenten« (markedslederen) skulle fastsætte markedsprisen i sit hjemmemarkedsområde, og de øvrige producenter ville så »følge efter«.
- 12 Den 24. januar 2000 fremsendte Kommissionen en meddelelse af klagepunkter til de anklagede virksomheder. Proceduren førte den 18. juli 2001 til vedtagelsen af beslutningen, hvori de sagsøgende virksomheder [...] blev foreholdt at have foretaget en verdensom-
- På »ikke-hjemmemarkederne« (eksportmarkeder, hvor der ikke fandtes

nogen »hjemmemarkeds«-producent eller markedsledere) ville priserne blive fastlagt ved konsensus.

— »Ikke-hjemmemarkeds«-producenterne måtte ikke udvise aggressiv konkurrenceadfærd og skulle trække sig tilbage fra de andres hjemmemarkeder.

— Der måtte ikke ske nogen kapacitetsudvidelse (japanerne skulle reducere deres kapacitet).

— Det måtte ikke finde nogen teknologioverførsel sted uden for kredsen af karteldeltagende producenter.

14 I beslutningen anføres det herefter, at grundprincipperne var blevet gennemført på kartelmøder på forskellige niveauer: topledermøder, arbejds møder, møder i gruppen af europæiske producenter (uden de japanske virksomheder), nationale eller regionale møder vedrørende specifikke markeder og bilaterale kontakter mellem virksomhederne.

[...]

16 På baggrund af de i beslutningen fastslåede faktiske omstændigheder og juridiske vurderinger pålagde Kommissionen de anklagede virksomheder bøder, hvis størrelse blev fastlagt ud fra beregningsmetoden i retningslinjerne for beregningen af bøder i henhold til artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 og artikel 65, stk. 5, i EKSF-traktaten og meddelelse om bødefritagelse eller bødenedsættelse i kartelsager.

17 I artikel 3 i beslutningens dispositive del blev bøderne fastlagt på følgende måde:

[...]

SDK: 17,4 mio. EUR

[...]

18 I artikel 4 i beslutningens dispositive del fastsættes det, at de berørte virksomheder betaler bøderne inden tre måneder efter meddelelsen af beslutningen, hvorefter der påløber renter på 8,04%.«

IV — Sagen for Retten og den appellerede dom **V — Appellen**

6. Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 4. oktober 2001, anlagde Showa Denko og andre virksomheder, som den anfægtede beslutning var rettet til, søgsmål til prøvelse af beslutningen.

7. I den appellerede dom udtalte Retten bl.a. følgende:

»[...]

4) I sag T-245/01, Showa Denko mod Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber:

— Den bøde, der er pålagt sagsøgeren ved artikel 3 i beslutning 2002/271, fastsættes til 10 440 000 EUR.

— I øvrigt frifindes Kommissionen.

[...]«

I - 5868

8. Showa Denko har nedlagt følgende påstande:

— Rettens dom i sag T-245/01 ophæves delvist.

— Den bøde, der er pålagt appellanten, nedsættes til 6 960 000 EUR eller med et beløb, Domstolen under udøvelsen af sit skøn finder rimeligt.

— Domstolen træffer enhver anden foranstaltning, den måtte finde hensigtsmæssig.

— Kommissionen betaler sagens omkostninger.

9. Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse.

— Appellanten betaler sagens omkostninger.

VI — Søgsmålsgrunde

10. Til støtte for appellen har SDK fremsat fire anbringender, hvoraf nogle kan opdeles yderligere. SDK har heri anført følgende: Retten begik en retlig fejl, overtrådte principperne om ikke-forskelsbehandling og proportionalitet og har ikke givet en tilstrækkelig begrundelse, idet den ikke fjernede den vilkårlige »afskrækkelsesfaktor«, der er pålagt appellanten, men baserede »afskrækkelsesfaktoren« på den verdensomsætning, sagsøgerens konglomerat havde i upåvirkede markeder, og »bødens grundbeløb« på markedsandel og omsætning på verdensplan uden at tilpasse bøden under hensyn til bøder og forpligtelser i USA.

11. Anbringendernes begrundelse:

- Det første anbringende vedrører en retlig fejl og manglende begrundelse, idet Retten anerkendte, at der i princippet kunne pålægges appellanten en »afskrækkelsesfaktor« baseret på omsætningen på verdensplan.

- Det andet anbringende vedrører en retlig fejl og manglende begrundelse

fra Retten med hensyn til den »afskrækkelsesfaktor«, der er pålagt appellanten.

- Det tredje anbringende vedrører en retlig fejl og manglende begrundelse, idet Retten afviste argumentet om, at Kommissionen ved beregningen af bødens »grundbeløb« ikke havde pligt til at tage hensyn til bøder og forpligtelser, som virksomheden var blevet pålagt i USA.
- Det fjerde anbringende vedrører en tilsidesættelse af appellants grundlæggende ret til en retfærdig rettergang.

VII — Gennemgang*Indledende bemærkninger*

12. I det forslag til afgørelse, som jeg i dag har fremsat i sag C-308/04, har jeg allerede nævnt, at afskrækkelse, som et element i forbindelse med overtrædelsens grovhed, er et af de elementer, der skal tages hensyn til ved fastsættelsen af bødebeløbet.

13. Ifølge fast retspraksis⁴ har bøder for overtrædelse af artikel 81 EF, som de er fastlagt i artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17, og nu artikel 23, stk. 2, i forordning nr. 1/2003⁵, til formål at straffe de berørte virksomheder samt at afskrække både de berørte virksomheder og andre virksomheder fra fremtidige overtrædelser af EU's konkurrenceregler.

14. I dag fremgår det også udtrykkeligt af retningslinjerne, at Kommissionen skal tage hensyn til en bødes afskrækkende aspekt.

15. I denne sag har SDK ikke nedlagt påstand om, at Kommissionen ikke har ret til at sikre, at bøder har en afskrækkende virkning, men har alene fremført visse principper, som vil føre til en anden konklusion i virksomhedens tilfælde.

16. Inden gennemgangen af de enkelte anbringender skal jeg beskrive, hvorledes Kommissionen fastsatte bøderne til deltagere i dette kartel.

17. I denne sag fastsatte Kommissionen bøden ud fra beregningsmetoden i retningslinjerne. Som bekendt omfatter denne flere trin.

18. I første trin fastsætter Kommissionen bødens grundbeløb. Bødens grundbeløb fastsættes i forhold til en kombination af overtrædelsens grovhed og varighed. Kommissionen vurderer først grovheden og derefter varigheden.

19. I andet trin ændres dette oprindelige beløb under henvisning til eventuelle skærpende og formildende omstændigheder, der finder anvendelse på hver enkelt virksomhed.

20. Hvis grænsen på 10% af den berørte virksomheds omsætning på verdensplan er overskredet, nedsætter Kommissionen i tredje trin det således beregnede bødebeløb, således, at det fastsættes under grænsen.

21. Hvis den berørte virksomhed er berettiget til anvendelse af samarbejdsmeddelelsen, nedsætter Kommissionen i fjerde trin bøden under hensyntagen til graden af mildhed.

22. Endvidere kan bøden også tilpasses afhængigt af omstændighederne, f.eks. under

4 — Dom af 7.6.1983, forenede sager 100/80-103/80, *Musique diffusion française m.fl. mod Kommissionen*, Sml. s. 1825, præmis 105 og 106.

5 — Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 af 16.12.2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82 (EFT 2003 L 1, s. 1).

hensyntagen til virksomhedens nedsatte betalingsevne eller den af virksomhederne opnåede økonomiske eller finansielle fordel [jf. punkt 5, litra b), i retningslinjerne].

Dette resulterede i et bødegrundbeløb på 40 mio. EUR for den øverste gruppe, 16 mio. EUR for den midterste gruppe og 8 mio. EUR for den nederste gruppe.

23. Hvad angår første trin, navnlig med hensyn til grovheden, mente Kommissionen, at overtrædelsen var meget alvorlig. Selv om det i forbindelse med en kollektiv overtrædelse såsom et kartel, hvor grovheden således er den samme for hver deltager, kan hævdes, at der bør fastsættes et fælles grundbeløb for alle de virksomheder, der deltager i kartellet, anerkendes det i retningslinjerne, at Kommissionen kan variere behandlingen af kartellets medlemmer for at tage hensyn til de overtrædende virksomheders faktiske økonomiske muligheder for at påføre andre økonomiske beslutningstagere, herunder forbrugerne, alvorlig skade og fastsætte bødens størrelse på et niveau, der har en tilstrækkeligt afskrækkende virkning.

25. SDK var placeret i den midterste gruppe. For at sikre, at bøden fik en tilstrækkeligt afskrækkende virkning, fandt Kommissionen, at grundbeløbet skulle forhøjes yderligere, og forhøjede det med faktor 2,5 (»afskrækkelsesfaktoren«) til 40 mio. EUR. Dette beløb blev forhøjet med 45% på baggrund af varigheden af SDK's deltagelse i kartellet, hvilket resulterede i et grundbeløb på 58 mio. EUR. Der blev ikke fundet skærpene eller formildende omstændigheder i SDK's tilfælde. Efter anvendelse af samarbejdsmeddelelsen blev det endelige bødebeløb fastsat til 17,4 mio. EUR.

24. I denne sag fandt Kommissionen det nødvendigt at tage hensyn til den specifikke vægt og dermed de faktiske konsekvenser af overtrædelsen henset til den betydelige størrelsesforskel mellem virksomhederne. Den inddelte derfor kartellets medlemmer i tre forskellige grupper med henblik på fastsættelse af et passende grundbeløb for hver gruppe. Denne inddeling blev foretaget på grundlag af produktomsætning og markedsandel på verdensplan. Kommissionen beregnede bødens grundbeløb ved at lægge [x] EUR til for hver [y]% af verdensmarkedet.

26. Det således fastsatte bødebeløb blev tilpasset af Retten. Med hensyn til den faktor på 2,5, som Kommissionen havde anvendt på SDK's bøde for at sikre, at den havde en tilstrækkeligt afskrækkende virkning, anførte Retten, at Kommissionens beslutning ikke indeholdt andre konstateringer vedrørende virksomhedens størrelse og samlede ressourcer, som kunne berettige til anvendelsen af en højere multiplikationsfaktor end 1,5 på SDK. Navnlig anførte den, at Kommissionen ikke forklarede, hvorfor de konkrete

omstændigheder krævede, at der over for SDK anvendtes en multiplikationsfaktor, som var seks gange større end den på VAW anvendte faktor⁶, selv om den for beregningen relevante omsætning kun var to gange større end VAW's. Retten anvendte derfor i stedet en faktor på 1,5, hvilket gav et nedsat grundbeløb på 24 mio. EUR⁷.

27. Den foreliggende appel vedrører kun afskrækkelsesfaktoren. SDK har i det væsentlige gjort gældende, at der ikke foreligger nogen begrundelse for at udskille SDK og pålægge virksomheden en særlig afskrækkelsesfaktor. SDK har anført, at konglomeratstørrelse og finanser ikke er relevante for beregningen af en eventuel forhøjelse, som er nødvendig for at sikre afskrækkelse.

A — *Det første anbringende*

28. SDK har med dette anbringende gjort gældende, at Kommissionen som grundlag for at inddele bødernes grundbeløb i tre grupper allerede havde taget hensyn til virksomhedens størrelse og dens omsætning på verdensplan, og ikke den omsætning, der

vedrørte de af aftalen påvirkede produkter. SDK har anført, at disse elementer derfor ikke kan begrunde en selektiv yderligere forhøjelse. Efter SDK's mening kan »afskrækkelsesfaktoren« kun pålægges med henblik på afskrækkelse og ikke på grund af »faktiske konkurrencemæssige konsekvenser«.

29. SDK har fastholdt, at Retten i den appellerede doms præmis 241, 242 og 370 tilføjer en række betragtninger, som ikke er nævnt i retningslinjerne, og at ingen af disse betragtninger vedrører afskrækkelsesfaktoren. I den forbindelse har SDK bl.a. anført, at adgang til finansieringsmidler ikke har relation til afskrækkelse, at Kommissionen ikke bør forhøje bøden, alene fordi SDK har økonomiske midler til at betale bøden, og at det forhold, at visse selskaber vanskeligt kan betale bøden, ikke kan begrunde en selektiv forhøjelse af bøden for andre.

30. Kommissionen har gjort gældende, at Retten havde ret til at fastslå, at den bøde, der er pålagt SDK, kunne beregnes på grundlag af virksomhedens omsætning på verdensplan.

Stillingtagen

31. For at skabe øget opmærksomhed om konsekvenserne af adfærd, der er i strid med

6 — Også i VAW's tilfælde (VAW er et andet medlem af kartellet) fandt Kommissionen det nødvendigt at forhøje bøden med henblik på afskrækkelse. VAW appellerede ikke den anfægtede beslutning.

7 — Jf. dommens præmis 247-249.

Fællesskabets konkurrencelovgivning, er afskrækkelse, som jeg allerede har angivet i mine indledende bemærkninger, et vigtigt aspekt af Kommissionens bødepraksis. Kommissionen har derfor ret til at fastsætte en bødes grundbeløb på et tilstrækkeligt afskrækkende niveau.

32. Afskrækkelse er betinget af overtrædelsens grovhed. Denne sag vedrører en meget alvorlig overtrædelse, og Kommissionen havde fastsat bødens grundbeløb derefter. Kommissionen differentierede sin behandling. Den inddelte de overtrædende virksomheder i tre grupper med henblik på at rangordne dem på baggrund af de faktiske konkurrencemæssige konsekvenser. En sådan kategorisering indebærer ikke, at der herved er blevet inddraget hensyn med henblik på et tilstrækkeligt afskrækkelsesniveau. For to af de otte overtrædende virksomheder var dette ikke tilfældet, hvilket skyldtes deres størrelse og samlede ressourcer.

33. SDK har anført, at størrelse vedrører faktiske konkurrencemæssige konsekvenser og ikke afskrækkelse, og at Kommissionen allerede havde taget hensyn til virksomhedens størrelse og samlede omsætning, da den fastsatte de tre kategorier. Dette er imidlertid ikke korrekt.

34. Som tidligere anført anvendte Kommissionen produktomsætning og markedsandel på verdensplan ved differentieringen, og lagde den samlede omsætning på verdens-

plan til grund for afskrækkelsesfaktoren. I forbindelse med differentieringen tog den hensyn til produktomsætningen på verdensplan, fordi produktomsætningen bedre afspejler den overtrædende virksomheds skadevoldende kapacitet og letter vurderingen af adfærdens konsekvenser for konkurrencen. Kommissionen anvendte omsætningen på verdensplan i stedet for virksomhedens størrelse med henblik på at sikre tilstrækkelig afskrækkelse. SDK hævder således med urette, at der allerede var taget hensyn til den samlede omsætning på verdensplan.

35. SDK's påstand om, at Kommissionen ikke kan tage hensyn til omsætningen på verdensplan ved vurderingen af den afskrækkende virkning, kan derfor ikke tages til følge.

36. Som Retten anførte⁸, fremgår det af fast retspraksis, at Kommissionen ved beregningen af bøden kan tage hensyn til bl.a. den berørte virksomheds størrelse og økonomiske styrke. Det fremgår også af retspraksis, at omsætningen på verdensplan er relevant for vurderingen af kartelmedlemmernes økonomiske ressourcer. Den samlede omsætning på verdensplan kan således give et indtryk af størrelsen af de forskellige virksomheder, der deltager i kartellet, og disses ressourcer⁹.

8 — Jf. præmis 239 i den appellerede dom.

9 — *Musique diffusion française-dommen*, præmis 119 og 121.

37. Dernæst er det indlysende, at en stor virksomhed med diversificerede ressourcer vil være i en anden situation end en lille virksomhed, hvis eksistens afhænger af et enkelt produkt. For en stor, diversificeret virksomhed vil en bøde, som kun vedrører det berørte marked, være mindre alvorlig i forhold til dets samlede ressourcer end for en virksomhed, hvis produkter alle er omfattet af kartelaftalen. Ens bøder for den samme overtrædelse har således ikke den samme afskrækkende virkning.

38. Retten fastslog i præmis 241, at forskellige økonomiske ressourcer kan kræve forskellige bøder, da den anførte, at SDK på grund af virksomhedens meget store samlede omsætning sammenholdt med de andre kartelmedlemmers omsætning lettere kunne fremskaffe de nødvendige midler til betaling af bøden. Ved vurdering af en passende afskrækkelse kan der således tages hensyn til evnen til at fremskaffe midler, som varierer afhængigt af den berørte virksomheds størrelse og økonomiske styrke. Retten modtog ikke sig selv i næste præmis, hvor den anførte, at en virksomheds størrelse alene ikke automatisk er ensbetydende med økonomisk styrke. Også større selskaber kan være økonomisk usunde eller have et negativt cash-flow. Retten konkluderede imidlertid, at SDK ikke havde angivet, at virksomheden befandt sig i en sådan situation, og SDK har ikke klart angivet, på hvilket punkt Retten begik en retlig fejl.

39. For så vidt angår SDK's øvrige argumenter, som jeg har omtalt i punkt 28, er der intet i afgørelsen eller dommen, der tyder på, at Kommissionen forhøjede SDK's bøde på grund af økonomiske problemer hos andre medlemmer af kartellet. Dette har derfor heller ikke begrundet en forhøjelse af SDK's bøde. Desuden skal jeg bemærke, at selv om Kommissionen ikke er forpligtet til at tage hensyn til nedsat betalingsevne, hvilket kan være relevant sidst i bødefastsættelsesproceduren, indebærer dette ikke, at det samme gælder i forbindelse med betalingsevne (evnen til at fremskaffe midler), som der tages hensyn til i bødefastsættelsesprocedurens første trin.

40. SDK henviste også til dommen i Parker Pen-sagen¹⁰, hvor Retten anførte, at der »ikke kan fastsættes en passende bøde alene på grundlag af en beregning ud fra den samlede omsætning«. I denne dom blev der advaret mod at lægge for stor vægt på den samlede omsætning, ligesom det var tilfældet i Musique diffusion française-dommen. Parker Pen-dommen vedrørte imidlertid det endelige beløb, mens nærværende sag vedrører fastsættelsen af bødens grundbeløb ud fra overtrædelsens grovhed. Som Retten anførte¹¹, har Kommissionen i denne sag ikke fastsat bødens endelige beløb alene ud fra den samlede omsætning, men har også taget hensyn til forskellige andre forhold end omsætningen.

10 — Dom af 14.7.1994, sag T-77/92, Parker Pen mod Kommissionen, Sml. II, s. 549, præmis 94.

11 — Jf. præmis 202 i den appellerede dom.

B — *Det andet anbringende*

41. SDK har anført, at Retten ikke angav noget relevant kriterium, som kunne begrunde, at SDK pålægges en afskrækkelsesfaktor. Faktisk tilsidesatte Retten en række relevante generelle gældende principper. SDK har herved opdelt sine argumenter i fire led.

42. I det første led har SDK anført, at bøder kun bør forhøjes mådeholdent med henblik på afskrækkelse, og at dette kun bør ske af specifikke relevante årsager, som begrunder forhøjelse, navnlig fordi afskrækkelse ikke er nævnt i forordning nr. 17. SDK har anført, at Retten ikke har givet en begrundelse eller en forklaring vedrørende dette punkt.

43. I det andet led har SDK anført, at multiplikationsfaktoren kun er berettiget i lyset af et selskabs faktiske eller påviste holdning, ikke dets størrelse. SDK har anført, at der ikke blev angivet nogen omstændigheder som grund til, at virksomheden blev udskilt og pålagt en forhøjet bøde med henblik på afskrækkelse.

44. I det tredje led af dette anbringende har SDK anført, at de økonomiske analyser af

afskrækkelse bekræfter, at afskrækkelsesfaktoren er vilkårlig og ugrundet.

45. Selv om en bøde kan forhøjes med det formål at afskrække, kan den bøde, der skal have en afskrækkende virkning, ifølge SDK ikke fastsættes vilkårligt, men bør beregnes med henvisning til: i) de fordele eller den fortjeneste, firmaet kunne forvente at opnå ved overtrædelsen, hvis den ulovlige adfærd ikke opdages (hvilket afhænger af den del af selskabets omsætning, der påvirkes af overtrædelsen); og ii) sandsynligheden for opdagelse.

46. SDK har anført, at Retten, da den i præmis 242 afviste virksomhedens påstand med dette indhold, ikke tog hensyn til, at store selskaber med flere produkter — med eller uden »økonomisk styrke« — ikke er mindre følsomme over for bøder end selskaber, der er specialiseret i et enkelt produkt. Økonomisk teori viser, at store virksomheder er mindst lige så interesserede i at undgå juridiske forpligtelser og andre omkostninger som mindre virksomheder.

47. SDK har anført, at dommen ikke er i overensstemmelse med Kommissionens fremgangsmåde i andre sager, hvor den beregnede beløbet for »merfortjenesten« og tog hensyn hertil ved bødefastsættelsen.

48. SDK har også anført, at det er uberettiget at foretage en forhøjelse med henblik på afskrækkelse og senere forhøje det således forhøjede beløb med henvisning til varighed, skærpende omstændigheder eller noget andet forhold. Efter virksomhedens opfattelse bør spørgsmålet om, hvorvidt der er behov for afskrækkelse, afgøres sidst i beregningen af bøden.

49. Endelig har SDK i det fjerde led anført, at forhøjelsens størrelse var uforholdsmæssig. I den forbindelse har virksomheden henvist til, at dens markedsandel i EØS er lille. Den har videre anført, at en analyse af den justerede bøde viser, at den bøde, der er pålagt SDK, er uforholdsmæssig i sammenligning med den bøde, der er pålagt de andre deltagere.

Stillingtagen

50. SDK har i det væsentlige gjort gældende, at det er irrelevant at udskille en virksomhed alene på grund af dens størrelse. SDK har anført, at formålet med generel afskrækkelse er at sikre, at omkostningerne og bøden er tilstrækkeligt høje til at forhindre lovovertrædelser. Virksomheden hævder, at selskaber træffer et rationelt valg og reelt foretager en afvejning, når de bryder loven. Med andre ord, hvad er omkostningerne og fortjenesten, og hvor stor er risikoen for at blive opdaget? Den bedste måde, hvorpå et selskabs forventede fortjeneste kan beregnes, er ved at se på markedets størrelse (hvor stor indtægt kan der opnås ved at forhøje prisniveauet på

markedet) og på selskabets andel af dette marked (hvor stor indtægt kan det enkelte selskab forvente). Andre aktiviteter uden for det relevante marked indgår ikke i denne analyse. Sådanne aktiviteter giver ikke ekstra indtægter, og der er derfor intet behov for at tage hensyn til sådanne indtægter ved fastsættelsen af bøden. Endvidere er SDK ikke enig i det princip, der angiveligt ligger bag Kommissionens og Rettens tankegang, nemlig at større selskaber er mindre følsomme og derfor bør straffes hårdere. SDK har anført, at selskaber med flere forskellige aktiviteter ikke kan være ligeglade, idet alle de små risici, der er forbundet med de forskellige aktiviteter, samlet andrager store summer.

51. Faktisk har SDK også nedlagt påstand om, at der er omstændigheder, hvor en stor selskabsgruppe bør have en mindre afskrækkelsesbøde end et mindre selskab, fordi et stort selskab f.eks. i højere grad end et lille selskab risikerer sagsanlæg med krav om kompensation og derfor kræver mindre afskrækkelse.

52. Dette sidste argument skal straks afvises. Selv om det antages, at store selskaber i højere grad end mindre selskaber bliver retsforfulgt, er dette en yderligere risiko,

som de løber for ikke at overholde konkurrencereglerne, og som sådan er den irrelevant for kravet om overholdelse af disse regler.

53. I forbindelse med det første led sonderer SDK tilsyneladende mellem »generel afskrækkelse« (af SDK defineret som en handling, der skal forhindre alle selskaber generelt, herunder tredjemand og potentielle overtrædere, i at foretage den pågældende overtrædelse) og »specifik afskrækkelse« (der skal afholde den specifikke sagsøgte fra fremtidigt atter at overtræde reglerne) og anfører, at kun specifik afskrækkelse kan berettige en multiplikationsfaktor. Der foretages imidlertid ikke en sådan sontring, hverken i den anfægtede beslutning eller i dommen. SDK er ikke blevet udskilt med henblik på specifik afskrækkelse. Kommissionen anvendte en multiplikationsfaktor på SDK og på et andet medlem, der deltog i overtrædelsen, ud fra princippet om, at forskellige økonomiske ressourcer kræver forskellige bøder, hvis de skal have samme afskrækkende virkning.

54. Som tidligere nævnt er bøder et vigtigt redskab for Kommissionen, når den håndhæver konkurrencepolitikken. En bøde har ikke kun et gengældelsesaspekt, men også et afskrækkelsesaspekt. Den bagvedliggende tanke er at forhindre (alle) virksomheder i at overtræde konkurrencereglerne i fremtiden.

55. Bødens afskrækkende virkning kan derfor ikke vurderes alene med henvisning til den straffede virksomheds særlige forhold.

56. Dette bringer mig til spørgsmålet om selskabsstørrelse og afskrækkelse.

57. Det er muligt, at det i økonomisk teori er den forvoldte skade eller den opnåede fortjeneste samt opdagelsesrisikoen, som er de relevante afgørende faktorer, når der skal sikres optimal afskrækkelse. Det forholder sig imidlertid således, at den økonomiske teori om optimal afskrækkelse i virkeligheden er vanskelig at anvende, både for de overtrædende virksomheder og for Kommissionen i sin daglige praksis. For det første kan beregning af bøden på grundlag af den »opnåede fortjeneste« kun have afskrækkende virkning, hvis fortjenesten kan vurderes med absolut præcision. Kommissionen råder ganske enkelt ikke over de oplysninger, som er nødvendige for at beregne bøden på denne måde. Det samme gælder sandsynligheden for opdagelse og retsforfølgelse. Som Kommissionen anførte, vil det også være ekstremt vanskeligt for et kartelmedlem kvantitativt at vurdere sandsynligheden for opdagelse. Beregninger af (forventet) fortjeneste og tab, når en virksomhed overvejer at deltage i et kartel, kan kun være omtrentlige.

58. Selv om der kan foretages en mere nøjagtig beregning, ville denne desuden kun udgøre en bundgrænse, under hvilket bøder med sikkerhed ikke kan have nogen afskrækkende virkning. Det vil derfor sandsynligvis være nødvendigt med en opjustering, en sikkerhedsmargin, for at undgå risikoen for utilstrækkelig afskrækkelse.

59. Endvidere er formålet med dette kartel ikke kun prisfastsættelse, men også markedsopdeling og andre former for samordning (jf. præmis 13 i den appellerede dom). Dette kan gøre vurderingen af den forventede fortjeneste og opdagelse endnu mere kompliceret.

60. Desuden skal jeg bemærke, at de meget få beslutninger, hvor Kommissionen har henvist til den overtrædende virksomheds »opnåede fortjeneste«, klart viser de vanskeligheder, som dette indebærer. Når man ser på retningslinjerne, forekommer det klart, at den »opnåede fortjeneste« ikke er et element i grundbeløbet. I henhold til retningslinjerne kan Kommissionen tage hensyn til den som en skærpende omstændighed (»hvis det er nødvendigt at forhøje bødebeløbet for at overskride en given virksomheds fortjeneste som følge af den ulovlige praksis, forudsat at det er objektivt muligt at anslå denne fortjeneste«¹²) og som et muligt element i forbindelse med den endelige justering af

bødeberegningen (»virksomhedernes eventuelle økonomiske eller finansielle fordele af overtrædelsen«¹³). Der tages ikke hensyn til den ved fastsættelsen af grundbeløbet.

61. For det andet finder den af SDK nævnte teori¹⁴ anvendelse på en enkelt overtrædende virksomhed; en enkelt overtrædende virksomhed, som beregner omkostningerne, fordelene og risikoen for en bøde eller andre sanktioner. Som Kommissionen har påpeget under retsmødet, tages der i denne teori ikke højde for de komplekse processer i forbindelse med en kollektiv overtrædelse. Gruppedynamikken kræver en anden tilgang til afskrækkelse. Det kan f.eks. være tilstrækkeligt at afskrække én (større) deltager for at afskrække kartellet. I forbindelse med en kollektiv overtrædelse såsom et kartel, til forskel fra en overtrædelse foretaget af en enkelt overtrædende virksomhed, skal Kommissionen endvidere tage hensyn til bødernes efterfølgende virkninger og tage hensyn til et givet selskabs størrelse¹⁵.

62. Endelig, for så vidt angår argumentet om, at større selskaber er lige så interesserede i små beløb som mindre selskaber,

13 — Jf. afsnit 5, litra b), i retningslinjerne.

14 — SDK henviser til de af G.S. Becker udviklede økonomiske teorier om forbrydelse og straf.

15 — Kommissionens eksempel er et kartel, der består af én stor aktør og flere små aktører. Den store aktør samarbejdede med Kommissionen og blev indrømmet bødefritagelse i medfør af samarbejdsmeddelelsen. I en sådan sag kunne meget store bøder have medført, at de mindre aktører måtte indstille deres aktiviteter, hvorved Kommissionens indgreb ville have skabt et monopol.

12 — Afsnit 2, femte led, i retningslinjerne.

forudsætter dette for det første fuldstændig information og fuldstændig rationalitet. Det er vanskelige krav at stille til en enkeltperson, der skal beregne risiciene ved en overtrædelse, og det er også vanskelige krav at stille til virksomhederne i et kartel. Desuden kan det ikke afvises, at der består en forskel på små og store selskaber i den forstand, at en lille bøde kan undgå at blive opdaget af bestyrelsen i gruppens moderselskab, mens en stor bøde ikke kan. En stor bøde vil sandsynligvis tiltrække sig bestyrelsens opmærksomhed og kan derfor fremme overholdelse af konkurrencereglerne i den fremtidige adfærd.

63. Jeg konkluderer, at Retten med føje i dommens præmis 242 anførte, at »SDK med anbringendet om, at en passende bøde kun må tjene til udligning af de skader, som er påført den frie konkurrence, og at Kommissionen i den sammenhæng skal vurdere muligheden for, at kartellet opdages, samt de af kartelmedlemmerne forventede gevinster, [har] fremført forhold, som er hypotetiske og for usikre til at kunne udgøre en vurdering af en virksomheds reelle økonomiske ressourcer«.

64. Som nævnt ovenfor er det fast retspraksis, at Kommissionen kan tage hensyn til en virksomheds størrelse og økonomiske styrke, og at den samlede omsætning på verdensplan kan give et indtryk af størrelsen af de forskellige virksomheder, der deltager i kartellet, og disses ressourcer. Retten begik

derfor heller ikke en fejl, da den anførte, at Kommissionen havde ret til at anvende en multiplikationsfaktor for at give bøden en tilstrækkeligt afskrækkende virkning.

65. SDK har endvidere anført, at en multiplikationsfaktor kun er berettiget i lyset af et selskabs faktiske og påviste holdning. SDK var ikke anfører, lagde ikke pres på andre for at få dem til at deltage i aftalen, havde ingen strategi for at udrydde konkurrence, bestræbte sig ikke på at skjule aftalerne osv. Disse argumenter er ikke relevante i denne sammenhæng, eftersom en sådan holdning vil blive behandlet som en skærpende omstændighed på et senere trin i bødefastsættelsesproceduren. Den er ikke relevant for vurderingen af overtrædelsens grovhed.

66. Det af SDK anførte, hvorefter bøden først skal forhøjes på grund af varighed, skærpende omstændigheder eller andre forhold og først derefter kan forhøjes for at sikre, at den har en tilstrækkeligt afskrækkende virkning, må forkastes i medfør af procesreglementets artikel 113, stk. 2. Dette argument fremførtes ikke i sagen for Retten.

67. I det fjerde led har SDK anført, at forhøjelsens størrelse var uforholdsmæssig i lyset af, at dets markedsandel i EØS er lille. Virksomheden har videre anført, at en analyse af bødens grundbeløb viser, at den bøde, der er pålagt SDK, er uforholdsmæssig i sammenligning med den bøde, der er pålagt de andre deltagere i aftalen.

heriblandt SDK, hindrede hermed konkurrencen på EØS-markedet uafhængigt af deres konkrete omsætning¹⁶.

C — Det tredje anbringende

68. Som Kommissionen også har anført, bygger denne påstand på en sammenligning med de andre deltageres justerede bøder og med SDK's årlige omsætning i EØS. Disse sammenligninger er irrelevante. De fremlagte beregninger bygger udelukkende på den forkerte forudsætning, at SDK's økonomiske styrke burde have været vurderet på grundlag af dets EØS-omsætning på det relevante produktmarked.

70. SDK har gjort gældende, at Retten ikke var berettiget til at fastslå, at Kommissionen for det første kunne beregne bødens grundbeløb ud fra omsætningen på verdensplan og for det andet undlade at tage hensyn til, at SDK allerede havde været tiltalt i USA, Canada og Japan, og at disse lande allerede havde pålagt virksomheden bøder.

69. Retten bemærkede herved, at såfremt Kommissionen havde beregnet grundbeløbene for SDK ud fra virksomhedens lave omsætningstal vedrørende det omhandlede produkt i EØS, ville den have belønnet de japanske producenter, heriblandt SDK, for at have overholdt et af kartellets grundlæggende principper og for at have accepteret ikke at konkurrere på EØS-markedet, mens deres adfærd tillod hjemmemarkedsproducenterne i Europa ensidigt at fastsætte priserne inden for EØS. De japanske sagsøgere,

71. Hvis omsætningen på verdensplan var relevant med hensyn til afskrækkelse, ville en konsekvent anvendelse efter SDK's opfattelse kræve, at der blev taget hensyn til bøder og omkostninger pålagt i tredjelande med henblik på bestemmelse af, hvilken yderligere bøde der er nødvendig for at opnå tilstrækkelig afskrækkelse. Afskrækkelse

¹⁶ — Jf. præmis 198 i den appellerede dom.

afhænger af den samlede omkostning ved den ulovlige adfærd, hvilket ikke kun indbefatter de i EØS pålagte bøder, men også bøder pålagt andre steder.

72. Retten har ved ikke at tage de bøder og skadeserstatninger i betragtning, som ansøgeren måtte betale i USA, og samtidig basere afskrækkelsesfaktoren på omsætningen på verdensplan pålagt en bøde, som indebærer en dobbelt sanktion, og som er uforholdsmæssig i forhold til en hvilken som helst afskrækkende virkning.

73. Kommissionen har nedlagt påstand om, at princippet *ne bis in idem* ikke er tilsidesat.

Stillingtagen

74. Som jeg allerede har forklaret i mit forslag til afgørelse i sag C-308/04, vedrører bøder pålagt af tredjelandes myndigheder overtrædelser af deres konkurrencelovgivning, og bøder pålagt af Kommissionen vedrører overtrædelser af Fællesskabets konkurrencelovgivning. Der er ingen overlapning med hensyn til jurisdiktion.

75. Kommissionen er derfor heller ikke forpligtet til at tage hensyn til bøder, der allerede er pålagt i tredjelande, i forbindelse med bødens afskrækkende element.

D — *Det fjerde anbringende: grundlæggende ret til en retfærdig rettergang*

76. Under dette anbringende har Showa Denka anført, at Retten i den appellerede doms præmis 240 uberettiget forkastede sagsøgerens argument angående muligheden for at blive hørt af Kommissionen vedrørende dens hensigt om at udskille SDK og anvende en afskrækkelsesfaktor. Desuden undlod Retten at give en begrundelse eller en forklaring i denne forbindelse.

77. Kommissionen har nedlagt påstand om, at Retten ikke tilsidesatte sagsøgerens ret til kontradiktion og gav tilstrækkelig begrundelse for anvendelse af multiplikationsfaktoren på bøden.

Stillingtagen

78. I den præmis i den appellerede dom, som SDK henviser til, forkastede Retten

SDK's anbringende, fordi Kommissionen tidligere havde præciseret, at den forventede at ville »fastsætte bøderne på et tilstrækkeligt højt niveau til at opnå en afskrækkende virkning«, at »artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 og SDK's store samlede omsætning [klart var] virksomheden bekendt«, og at SDK kunne »udlede af [ABB-beslutningen af 21. oktober 1998], hvor en multiplikationsfaktor på 2,5 blev anvendt på [ABB], at det ikke var udelukket, at Kommissionen ligeledes ville anvende en multiplikationsfaktor af denne størrelsesorden på SDK«. Retten konkluderede, at intet forhindrede SDK i under den administrative procedure at henvise til sin størrelse og økonomiske ressourcer og at udtale sig om den afskrækkende virkning af den sanktion, Kommissionen ville pålægge den.

79. Efter min mening er det indlysende, at det ikke i sig selv kan betragtes som værende en ny politik, at der tages hensyn til afskrækkelse og eventuelt anvendes en multiplikationsfaktor med henblik på at opnå en bøde med en tilstrækkeligt afskrækkende virkning. Retten henviste korrekt til ordlyden af artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17. Dette indebærer også en henvisning til retspraksis vedrørende denne bestemmelse. Siden *Musique diffusion française*-dommen har det været accepteret, at Kommissionen til enhver tid skal tilpasse bødeniveauet af hensyn til

gennemførelsen af Fællesskabets konkurrenceregler inden for de i forordning nr. 17 fastsatte grænser.

80. Som det kan udledes af Rettens dom, var SDK klar over, at Kommissionen i sin meddelelse af klagepunkter havde angivet, at den forventede at ville fastsætte en bøde på et tilstrækkeligt højt niveau til at opnå en afskrækkende virkning. Denne angivelse er i sig selv tilstrækkelig, eftersom det ville have været utilladeligt for Kommissionen at give nøjagtige oplysninger om størrelse af den påtænkte bøde¹⁷.

81. Desuden lægges der i selve retningslinjerne vægt på bødens afskrækkende virkning, hvilket der også gøres i Fællesskabets retsinstansers praksis.

82. Retten tilsidesatte derfor ikke SDK's ret til kontradiktion ved at forkaste virksomhedens anbringende.

¹⁷ — Dom af 9.11.1983, *Michelin mod Kommissionen* (sag 322/81, Sml. s. 3461, præmis 19). Jf. også *Musique diffusion française*-dommen.

VIII — Forslag til afgørelse

83. På grundlag af det anførte foreslår jeg Domstolen at træffe følgende afgørelse:

- Kommissionen for de Europæiske Fællesskaber frifindes.

- SDK betaler sagens omkostninger.