



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
M. WATHELET
fremsat den 30. april 2015¹

Sag C-231/14 P

**InnoLux Corp., tidligere Chimei InnoLux Corp.,
mod**

Europa-Kommissionen

»Appel — konkurrence — karteller — verdensmarkedet for LCD (flydende krystalskærme) — bøder — retningslinjer for beregning af bødebeløb — bestemmelse af værdien af salg i tilknytning til overtrædelsen — ekstraterritorial anvendelse af Den Europæiske Unions konkurrenceregler — internt salg af det pågældende produkt uden for Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde (EØS) — hensyntagen til salg til tredjeparter inden for EØS af færdige produkter, hvori det pågældende produkt er integreret«

1. Med den foreliggende appel har InnoLux Corp., tidligere Chimei InnoLux Corp. (herefter »InnoLux« eller »appellanten«), nedlagt påstand om delvis annullation af Rettens dom af 24. februar 2014, InnoLux mod Kommissionen², hvorved Retten dels ændrede Kommissionens afgørelse af 8. december 2010 K(2010) 8761 endelig i sag COMP/39 309 – LCD (flydende krystal-skærme)³ ved at fastsætte det bødebeløb, der i afgørelsens artikel 2 er pålagt appellanten, til 288 mio. EUR, dels forkastede appellants søgsmål i øvrigt om en delvis annullation af denne afgørelse for så vidt angår appellanten og nedsættelse af det pågældende bødebeløb.

2. Med den foreliggende appel rejses et vigtigt konkurrenceretligt spørgsmål, nemlig spørgsmålet om ekstraterritorial anvendelse af Den Europæiske Unions konkurrenceregler (i den foreliggende sag bestemmelse af det salg, som Europa-Kommissionen skal tage hensyn til ved beregningen af bøden⁴). Kommissionens anvendelse af disse regler uden for Den Europæiske Union er også genstand for adskillige sager, der i øjeblikket verserer for Retten og Domstolen⁵.

1 — Originalsprog: fransk.

2 — T-91/11, EU:T:2014:92, herefter »den appellerede dom«. Den foreliggende sag kan læses parallelt med sag C-227/14 P, LG Display og LG Display Taiwan mod Kommissionen, der på tidspunktet for fremsættelsen af nærværende forslag til afgørelse verserer for Domstolen, og som vedrører det samme kartel, selv om disse sager rejser spørgsmål af forskellig karakter.

3 — Afgørelse af 8.12.2010 om en procedure i henhold til artikel 101 [TEUF] og artikel 53 i aftalen om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde [herefter »EØS-aftalen«] (sag COMP/39 309 – LCD) (herefter »den omtvistede afgørelse«), hvoraf et resumé er offentliggjort i *Den Europæiske Unions Tidende* af 7.10.2011 (EUT C 295, s. 8).

4 — Jf. den metode, som Kommissionen har anvendt, navnlig i punkt 8 og 24 i dette forslag til afgørelse.

5 — For Domstolen drejer det sig om sagen Intel mod Kommissionen (C-413/14 P, jf. fodnote 10 i dette forslag til afgørelse). For Retten: kartellet »Air Freight« (bl.a. sagen Japan Airlines International mod Kommissionen (T-36/11) og kartellet »Cathode Ray Tubes« (bl.a. sagen Samsung SDI mod Kommissionen (T-84/13)).

I – Baggrunden for tvisten

3. Baggrunden for tvisten og den omtvistede afgørelse, således som den fremgår af den appellerede doms præmis 1-27, kan sammenfattes som følger:

4. Chi Mei Optoelectronics Corp. (herefter »CMO«) var et taiwansk selskab, der kontrollerede en koncern med selskaber i hele verden, og som var aktivt i hele verden inden for produktionen af flydende krystal-skærme med aktive legemer (herefter »LCD«). Efter en fusionsaftale med selskaberne InnoLux Display Corp. og TPO Displays Corp skiftede den overlevende retlige enhed navn til InnoLux, ligeledes et taiwansk selskab, appellanten i den foreliggende sag.

5. Det koreanske selskab Samsung Electronics Co. Ltd (herefter »Samsung«) anmeldte eksistensen af et kartel på markedet for LCD til Kommissionen, som indledte den administrative procedure og fremsendte en klagepunktsmeddelelse til 16 selskaber, herunder to europæiske datterselskaber, der var helejede af appellanten. I klagepunktsmeddelelsen blev der bl.a. redegjort for årsagerne til, at CMO's to datterselskaber skulle holdes solidarisk ansvarlige for de overtrædelser, som CMO havde begået.

6. Den 8. december 2010 vedtog Kommissionen den omtvistede afgørelse. Afgørelsen var stilet til 6 af de 16 selskaber, som havde modtaget klagepunktsmeddelelsen, herunder appellanten, LGD og AU Optronics (herefter »AUO«). Appellantens datterselskaber var derimod ikke længere omhandlet.

7. Kommissionen fastslog i den omtvistede afgørelse, at der fandtes et kartel mellem seks store internationale LCD-fabrikanter, herunder sagsøgeren, LG Display Co. Ltd (herefter »LGD«) og AU Optronics Corp. (herefter »AUO«), hvad angår de følgende to kategorier af disse produkter, som er eller overstiger 12 tommer, nemlig LCD til informationsteknologi, såsom kompakte bærbare computere og computerskærme og LCD til fjernsyn (herefter samlet »kartelomfattede LCD«).

8. Kommissionen har ved fastsættelsen af de bøder, der er blevet pålagt ved den omtvistede afgørelse, anvendt retningslinjerne for beregning af bøder, der pålægges i henhold til artikel 23, stk. 2, litra a), i forordning (EF) nr. 1/2003 (EUT 2006 C 210, s. 2, herefter »retningslinjerne af 2006«). I henhold til retningslinjerne af 2006 har Kommissionen fastsat salgsværdien af kartelomfattede LCD, der var direkte og indirekte berørt af overtrædelser. Med henblik herpå har den fastsat følgende tre kategorier af afsætning, som karteldeltagerne har foretaget:

- »direkte afsætning til EØS«, dvs. afsætning af kartelomfattede LCD til en anden virksomhed inden for Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde (EØS)
- »direkte afsætning til EØS ved hjælp af forarbejdede produkter«, dvs. afsætning af kartelomfattede LCD, der inden for den koncern, som producenten er en del af, integreres i færdige produkter, der sælges til en anden virksomhed i EØS, og
- »indirekte afsætning«, dvs. salg af kartelomfattede LCD til en anden virksomhed uden for EØS, som derefter indbygger skærmene i sine færdige produkter, som den sælger i EØS, idet der ved »en anden virksomhed« forstås en virksomhed, som ikke er en del af sælgerens koncern.

9. Kommissionen fandt imidlertid, at den kunne begrænse sig til at tage hensyn til de to første kategorier nævnt ovenfor, idet det ikke var nødvendigt at inkludere den tredje kategori for, at de pålagte bøder kunne nå et tilstrækkeligt afskrækkende niveau. På denne baggrund pålagde Kommissionen sagsøgeren en bøde på 300 mio. EUR.

II – Den appellerede dom

10. Med stævning af 21. februar 2011 anlagde appellant en søgsmål med påstand om en delvis annullation af den omtvistede afgørelse og nedsættelse af bødeløbet. Appellanten anførte til støtte for sit søgsmål tre anbringender: et første anbringende om, at Kommissionen havde anvendt et retligt forkert begreb, nemlig begrebet »direkte afsætning til EØS ved hjælp af forarbejdede produkter«, et andet anbringende om, at Kommissionen havde tilsidesat artikel 101 TEUF ved at konkludere, at overtrædelsen omfattede LCD til fjernsyn, og et tredje anbringende om, at værdien af den relevante afsætning, som Kommissionen havde fastsat for selskabet, med urette omfattede anden afsætning end afsætningen af kartelomfattede LCD.

11. Retten tog i den appellerede dom det sidste anbringende til følge og nedsatte følgelig den bøde, der blev pålagt appellant, til 288 mio. EUR⁶. Den frifandt Europa-Kommissionen i øvrigt.

III – Appellen

A – Om det første anbringende om hensyntagen til »direkte afsætning til EØS ved hjælp af forarbejdede produkter«

1. Sammenfatning af parternes argumenter

12. Med det første led, som vedrører begrebet »afsætning i tilknytning til overtrædelsen«, har appellant foreholdt Retten, at den har medregnet appellants salg af færdige produkter i EØS som »direkte afsætning til EØS ved hjælp af forarbejdede produkter« i værdien af den afsætning, der indgår i beregningen af bøden, mens denne afsætning ikke har forbindelse med overtrædelsen i henhold til punkt 13 i retningslinjerne af 2006.

13. Appellants argumentation blev ifølge Kommissionen tilbagevist af Retten efter et korrekt ræsonnement. I appellants argumentation blev der set bort fra den omstændighed, at prisen på kartelomfattede LCD berørte prisen på de færdige produkter, og at den samordnende praksis vedrørte såvel de LCD, der skulle afsættes til tredjeparter, som de LCD, der skulle leveres inden for koncernen. Retten har her foretaget faktuelle konstateringer, som ikke kan pådømmes på ny i forbindelse med en appel. Det ville være en fejl at hævde, at der ikke er forskel på afsætning til en tredjepart og koncernintern levering. Den reelle indførelse på markedet – dvs. det første »faktiske salg« – finder sted på det tidspunkt og det sted, hvor virksomheden sælger det færdige produkt.

14. Med det andet led, der vedrører dom Europa Carton mod Kommissionen (T-304/94, EU:T:1998:89), har appellant anført, at Kommissionen har tilsidesat denne dom, idet den i stedet for at behandle koncerninterne leveringer på samme måde som salg til tredjeparter har anvendt et andet kriterium på nogle af adressaterne for den omtvistede afgørelse ved bestemmelsen af deres koncerninterne leveringer.

15. Kommissionen er af den opfattelse, at dom Europa Carton mod Kommissionen (T-304/94, EU:T:1998:89) bekræfter, at den kan tage hensyn til værdien af et produkt omfattet af et kartel, uafhængigt af spørgsmålet om, hvorvidt en deltager i dette kartel afsætter det pågældende produkt direkte på markedet eller forinden integrerer det i et andet færdigt produkt. Denne dom forpligter derimod ikke Kommissionen til at betragte stedet for den koncerninterne levering som salgsstedet for det kartelomfattede produkt ved vurderingen af forbindelsen med EØS.

⁶ — Den appellerede doms præmis 155-174. Den nedsættelse af bøden, som Retten traf afgørelse om på grundlag af disse fejl, og den særskilte kategori »direkte afsætning til EØS ved hjælp af forarbejdede produkter«, der er genstand for den foreliggende appel, overlapper ikke hinanden.

16. Med det tredje led, der vedrører dom Ahlström Osakeyhtiö m.fl. mod Kommissionen (89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85 og 125/85-129/85, EU:C:1988:447, herefter »Cellulose I«-dommen), har appellanten gjort gældende, at det følger af denne dom, at Unionens kompetence ikke omfatter alle salg inden for EØS, men kun salg inden for EØS af det relevante produkt omfattet af den samordnende foranstaltning, der er genstand for konstateringen af en overtrædelse.

17. Ifølge Kommissionen har Retten med rette fastslået, at den pågældende dom ikke forhindrede Kommissionen i ved beregningen af bøden at tage hensyn til »direkte afsætning til EØS ved hjælp af forarbejdede produkter« foretaget af InnoLux.

18. Med det fjerde led, der vedrører dom Istituto Chemioterapico Italiano og Commercial Solvents mod Kommissionen (6/73 og 7/73, EU:C:1974:18), har appellanten gjort gældende, at det er i strid med denne dom at betragte koncerninterne leveringer af LCD til produktionsanlæg beliggende i EØS, som i Samsungs tilfælde, som salg inden for EØS, når de færdige produkter, som LCD er integreret i, sælges uden for EØS.

19. Kommissionen er af den opfattelse, at appellanten læser nævnte dom forkert. I denne dom blev det materielle anvendelsesområde for artikel 102 TEUF således undersøgt, men den vedrørte ikke beregningen af bøder i kartelsager og understøtter således på ingen måde appellants hovedtese, hvorefter Kommissionen ved beregningen af bøden var forpligtet til at se bort fra InnoLux' salg af LCD ved hjælp af færdige produkter inden for EØS.

20. Med det femte led, der vedrører den ekstraterritoriale anvendelse af EU's konkurrenceretlige regler, har appellanten gjort gældende, at det kriterium, som Kommissionen og Retten har lagt til grund ved bestemmelsen af stedet for appellants koncerninterne leveringer, risikerer at medføre kumulation af sanktioner og kompetencekonflikter med andre konkurrencemyndigheder.

21. Dette led bør ifølge Kommissionen afvises, da dette argument blev rejst for første gang i forbindelse med appellen. Argumentet er under alle omstændigheder hypotetisk og ugrundet. Rent logisk kan der kun være ét første »faktisk salg«.

2. Analyse

22. Alle disse argumenter er efter min opfattelse indbyrdes forbundne og hænger sammen på en sådan måde, at de nødvendigvis må behandles samlet.

a) Manglende sondring ved hensyntagen til afsætning afhængigt af, om det sker til uafhængige tredjeparter eller til enheder inden for samme koncern

23. I punkt 13 i retningslinjerne af 2006 anføres, at Kommissionen »[m]ed henblik på at fastsætte bødens grundbeløb anvender [...] værdien af virksomhedens afsætning af varer eller tjenester, som er direkte eller indirekte [...] forbundet med overtrædelsen, i det relevante geografiske område inden for EØS« (min fremhævelse).

24. I den foreliggende sag har Kommissionen ved beregningen af den bøde, der skulle pålægges appellanten, med begrebet – som Kommissionen i øvrigt anvendte for første gang (jf. punkt 2 i dette forslag til afgørelse vedrørende de senere sager) – »direkte afsætning til EØS ved hjælp af forarbejdede produkter«, taget hensyn til den andel af værdien af appellants koncerninterne afsætning af LCD, som kunne svare til værdien af LCD, der er integrerede i færdige produkter, forudsat at appellanten har afsat disse LCD til tredjepartsvirksomheder etableret i EØS. Enhver intern afsætning af de LCD, der er omfattet af overtrædelsen, er således foretaget af appellanten *uden for EØS* til enheder tilhørende den samme koncern, som har integreret dem i færdige produkter (computere og fjernsyn) og efterfølgende har afsat dem inden for EØS til uafhængige tredjepartsvirksomheder.

25. Domstolen har således for nylig i dom *Guardian Industries og Guardian Europe mod Kommissionen* (C-580/12 P, EU:C:2014:2363, præmis 57-59; jf. ligeledes mit forslag til afgørelse i denne sag, C-580/12 P, EU:C:2014:272, punkt 21 ff.) fastslået, dels at »punkt 13 i retningslinjerne fra 2006 for beregningen af den bøde, der pålægges en virksomhed, har til formål at tage udgangspunkt i et beløb, der afspejler overtrædelsens økonomiske betydning og virksomhedens bidrag til denne overtrædelse«, dels har fundet, at det er vigtigt, at bøden »står i [forhold] til det pågældende kartels anvendelsesområde«, og at »den del af den samlede omsætning, der hidrører fra salget af de varer, som er genstand for overtrædelsen, er bedst egnet til at afspejle overtrædelsens økonomiske betydning. Der er derfor ikke nogen grund til at sondre mellem disse salg, afhængigt af, om de er foretaget til uafhængige tredjeparter eller til enheder, der tilhører den samme virksomhed. Hvis der ikke blev taget hensyn til værdien af den afsætning, der er omfattet af sidstnævnte kategori, ville de vertikalt integrerede selskaber nødvendigvis blive begunstiget på uberettiget vis ved at give dem mulighed for at undgå at blive pålagt en sanktion, der står i forhold til deres betydning på markedet for de af overtrædelsen omfattede produkter« (min fremhævelse).

26. I samme dom (præmis 57) blev det fastslået, at begrebet værdi af afsætningen som omhandlet i punkt 13 i retningslinjerne af 2006, selv om det kan forstås således, at det kun gælder for den del af omsætningen, der er opnået ved hjælp af den afsætning, hvor det er fastslået, at den reelt var berørt af dette kartel, »ikke kan udvides til at omfatte den del af den pågældende virksomheds afsætning, der ikke falder ind under det påståede kartels anvendelsesområde«⁷.

27. Som Retten med rette fastslog i dom *Team Relocations m.fl. mod Kommissionen* (T-204/08 og T-212/08, EU:T:2011:286), kan jeg i denne forbindelse tilføje, at »[d]et fremgår [...] af fast retspraksis, at den del af omsætningen, der hidrører fra de varer, som er genstand for overtrædelsen, kan indikere omfanget af en overtrædelse på det omhandlede marked [...]. Omsætningen af de produkter, som har været genstand for en restriktiv praksis, udgør et objektive kriterium, som giver et rimeligt indtryk af denne praksis' skadelige virkning for den normale konkurrence [...]. Dette princip er gentaget i retningslinjerne af 2006«. Domstolen stadfæstede denne dom ved dom *Team Relocations m.fl. mod Kommissionen* (C-444/11 P, EU:C:2013:464).

28. I den foreliggende sag står det imidlertid fast, at afsætningen af færdige produkter foretaget af enheder tilhørende appellantens koncern til uafhængige tredjeparter i EØS, der blev taget i betragtning ved beregningen af den bøde, der skulle pålægges appellant, ikke skete på det relevante marked omfattet af den i den omtvistede afgørelse omhandlede overtrædelse. Selv om Domstolen en gang for alle i dom *Guardian Industries og Guardian Europe mod Kommissionen* (C-580/12 P, EU:C:2014:2363) fastslog, at Kommissionen ikke med rette kan sondre mellem intern og ekstern afsætning, kan den i princippet også kun behandle ekstern afsætning som et »faktisk salg«⁸.

29. Da Retten selv i den appellerede doms præmis 74 erkendte, at den fremgangsmåde, som Kommissionen havde anvendt i den foreliggende sag, ikke var forenelig med retspraksis, opstår spørgsmålet, om og i hvilket omfang Retten, når den ikke blot gennemfører retspraksis⁹, med rette – for nu at bruge dens egne ord – kan »tilpasse den« til »omstændighederne i nærværende sag«, der er

7 — Jf. ligeledes mit forslag til afgørelse *Guardian Industries og Guardian Europe mod Kommissionen* (C-580/12 P, EU:C:2014:272, punkt 44). Jf. endvidere domme *Team Relocations m.fl. mod Kommissionen* (C-444/11 P, EU:C:2013:464, præmis 76) og *Putters International mod Kommissionen* (T-211/08, EU:T:2011:289, præmis 59), der ikke er blevet appelleret.

8 — Dette er årsagen til, at det påståede behov for »ikke at privilegere vertikalt integrerede virksomheder, der har deltaget i et kartel«, som er fremført i den appellerede doms præmis 74, i princippet ikke er en gyldig grund til i den foreliggende sag at tage hensyn til »direkte afsætning til EØS ved hjælp af forarbejdede produkter« (jf. ligeledes punkt 29 i dette forslag til afgørelse).

9 — Det skal præciseres, at der allerede på daværende tidspunkt fandtes en retspraksis desangående, således som jeg redegjorde for i mit forslag til afgørelse *Guardian Industries og Guardian Europe mod Kommissionen* (C-580/12 P, EU:C:2014:272, punkt 21 ff.). Den omstændighed, at dom *Guardian Industries og Guardian Europe mod Kommissionen* (C-580/12 P, EU:C:2014:2363) er afsagt efter den appellerede dom, spiller således ingen rolle i denne forbindelse.

kendetegnet ved den omstændighed, at appellanten er en vertikalt integreret virksomhed, som uden for EØS integrerede kartelomfattede LCD i færdige produkter, der blev afsat inden for EØS »for at nå det mål, der er omfattet af nævnte retspraksis, om ikke at privilegere vertikalt integrerede virksomheder, der har deltaget i et kartel (den appellerede doms præmis 74).

30. Ikke desto mindre svarer den metode, som Kommissionen har anvendt i den foreliggende sag, til, at der tages hensyn til (intern) afsætning af det pågældende produkt, som udelukkende er sket uden for EØS, og at denne metode derfor efter min opfattelse skal ses som en udvidelse af Kommissionens territoriale kompetence over for et kartel, der er dannet og gennemføres i tredjelande, alene med den begrundelse, at Kommissionen »formoder«, at dette kartel har visse virkninger i EØS som følge af afsætning på dets område til uafhængige tredjepartsvirksomheder af færdige produkter, hvori det pågældende produkt er integreret¹⁰.

31. Da afsætningen (internt) af det produkt, der er omfattet af appellantens overtrædelse, ikke har fundet sted i EØS, og da de færdige produkter, hvori disse er integreret, som er blevet solgt i EØS af enheder, der udgør en del af appellantens koncern, ikke er omfattet af overtrædelsen, kan det vanskeligt, om ikke umuligt, hævdes, at kartellet er blevet »gennemført« i EØS i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i Cellulose I-dommen (denne doms præmis 13, 16 og 17).

32. Det skal bemærkes, at de bestræbelser, Kommissionen har udfoldet i den omtvistede afgørelse (9. og 381. betragtning) for at sondre mellem »faktiske« koncerninterne salg, dvs. salg, der som sådan kan tages i betragtning ved beregningen af bøden, og salg, der ikke kan tages i betragtning, dvs. salg, der kan ses bort fra, og som kan erstattes af »faktiske« salg til tredjeparter af LCD, der er integreret i et færdigt produkt, de såkaldte »forarbejdede produkter«, er kritisable. InnoLux kunne i den foreliggende sag retsforfølges af en konkurrencemyndighed i Asien for nøjagtigt det samme salg, som det, der er tale om her.

33. Kommissionen ser endvidere ud til at have glemt, at Retten med rette allerede har forkastet et tilsvarende argument fremsat af sagsøgeren i dom Europa Carton mod Kommissionen (T-304/94, EU:T:1998:89, præmis 113 og 121-123), nemlig at interne leveringer ikke skal tages i betragtning, fordi de ikke udgør et »faktisk salg«. Som anført stadfæstede Domstolen for nylig denne fremgangsmåde i dom Guardian Industries og Guardian Europe mod Kommissionen (C-580/12 P, EU:C:2014:2363).

34. Intern afsætning skal efter min opfattelse medregnes som afsætning til tredjeparter, men den skal udelukkes, hvis afsætningen finder sted uden for Unionens område, hvilket foranlediger mig til at behandle sagen i lyset af EU-rettens territoriale anvendelsesområde.

b) EU-rettens territoriale anvendelsesområde

35. Det kan her være interessant at drage en parallel mellem de regler, der er tale om her, og de regler, der er gældende i USA. I modsætning til section 1 i den amerikanske Sherman Act, der generelt forbyder enhver ordning med henblik på at begrænse handelen mellem flere stater eller tredjelande og *ikke fastsætter nogen geografisk begrænsning*, forbyder artikel 101 TEUF udtrykkeligt »[a]lle aftaler mellem virksomheder [...] og alle former for samordnet praksis, der kan påvirke handelen mellem medlemsstater, og som har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for det indre marked« (min fremhævelse). Den samme regel fremgår mutatis mutandis af formuleringen af artikel 102 TEUF (»misbrug af en dominerende stilling på det indre marked«).

10 — Dette spørgsmål er i det væsentlige genstand for sagen Intel mod Kommissionen (C-413/14 P), der i øjeblikket verserer for Domstolen, hvor det femte anbringende rejst af sagsøgeren netop vedrører Kommissionens kompetence til at anvende artikel 102 TEUF på salgsaftaler indgået mellem Intel, et amerikansk selskab, og Lenovo, et kinesisk selskab, om komponenter, dvs. mikroprocessorer, der skulle leveres i Kina med henblik på montering i de computere, som Lenovo fremstillede i Kina, men som senere skulle markedsføres i EØS. I princippet bør der i forbindelse med behandlingen af dette spørgsmål ikke være nogen forskel mellem EU-rettens territoriale anvendelsesområde i forbindelse med bødeberegningen i denne sag og Kommissionens kompetence til at anvende artikel 101 TEUF og 102 TEUF.

36. Domstolen fastslog således på grundlag af en analyse af selve formuleringen af artikel 101 TEUF (dengang artikel 85 EF), i det væsentlige i Cellulose I-dommen (præmis 11 ff.), at en samordnet praksis kun kunne begrænse konkurrencen inden for det indre marked og dermed være omfattet af det territoriale anvendelsesområde for artikel 85 EF, hvis den vedrørte salg af det relevante produkt *direkte til købere etableret i Fællesskabet*, og sælgerne indgik i en priskonkurrence for at skaffe sig ordrer fra disse kunder.

37. Domstolen nåede frem til en konklusion i denne retning på grundlag af analysen af ordlyden af artikel 85 EF og tilføjede, at »[h]erefter må Fællesskabets kompetence til at anvende sine konkurrenceregler over for en sådan adfærd anses for hjemlet ved territorialprincippet, som er almindeligt anerkendt i folkeretten« (samme doms præmis 18). Artikel 101 TEUF (eller i øvrigt artikel 102 TEUF) rejser således ingen spørgsmål om territorial kompetence i forhold til folkeretten, da den, sådan som den er formuleret, netop ikke er beregnet til at skulle anvendes ekstraterritorialt.

38. Det er derfor ikke nødvendigt, at der i Unionen findes en pendant til den amerikanske lov »Foreign Trade Antitrust Improvements Act«, hvorved der i lovgivningen indføres en test af de såkaldte »kvalificerede virkninger« med det formål at udelukke adfærd konstateret i udlandet, som ikke har nogen »direkte, væsentlig eller med rimelighed forudsigelig virkning på den amerikanske handel« fra section 1 i Sherman Act. I modsætning til Sherman Act fremgår det klart af formuleringen af artikel 101 TEUF og 102 TEUF, at disse kun vedrører praksis, der begrænser konkurrencen inden for Unionen og ikke uden for.

39. Jeg skal i denne forbindelse henvise til den nyere sag *Motorola Mobility mod AU Optronics* (nr. 14-8003) indbragt for U.S. Court of Appeals (7th Circuit), som vedrørte det samme internationale kartel som det, der har givet anledning til den foreliggende appel. Denne sag rejste spørgsmål og vedrørte faktiske omstændigheder svarende til dem, der er tale om her, navnlig den ekstraterritoriale anvendelse af konkurrenceretten (i nævnte sag den amerikanske). I denne sag anklagede Motorola, etableret i USA, et internationalt kartel (det samme som i den foreliggende sag) for at have overtrådt Sherman Act i forbindelse med et priskartel vedrørende LCD solgt til nogle af dets datterselskaber etableret uden for USA, som integrerede dem i færdige produkter, der derefter blev leveret til moderselskabet i USA.

40. I en »amicus curiae brief« adresseret til U.S. Court of Appeals, talte den belgiske konkurrencemyndighed¹¹ for en restriktiv fortolkning af den amerikanske antitrust-lovgivning i medfør af princippet om international høflighed (comitas gentium) og gjorde gældende, at en bred anvendelse af amerikansk ret ville undergrave (effektiviteten af) anvendelsen af såvel belgisk og europæisk konkurrenceret som andre landes konkurrenceret. Tilsvarende »amicus curiae briefs« blev fremsat i denne sag, navnlig af Taiwan og Japan.

41. I en dom afsagt nogle måneder efter den appellerede dom forkastede U.S. Court of Appeals Motorolas klage og fastslog, at Sherman Act ikke fandt anvendelse med den begrundelse, at kartellets virkninger på det amerikanske marked – hvis det antages, at de er væsentlige eller med rimelighed forudsigelige – var »indirekte«, når karteldeltagerne ikke solgte LCD i USA, og disse blev solgt i udlandet til virksomheder (Motorolas datterselskaber), som integrerede dem i produkter, der efterfølgende blev eksporteret til og videresolgt i USA. Den fremhævede ligeledes risikoen for, at Sherman Act blev tillagt et for bredt anvendelsesområde.

11 — Jf. »Brief of Belgian Competition Authority in Motorola Mobility LLC v AU Optronics Corp.«, 10.10.2014. Denne myndighed citerede heri dom afsagt af en belgisk appelret den 12.3.2014 i sag 2013/MR/6, »Brabomills«, hvorved den belgiske appelret ophævede den bøde, der var pålagt Brabomills, fordi bøden ikke var blevet beregnet af salget eller omsætningen i Belgien, idet den belgiske appelret ikke var i stand til at bedømme, om denne bøde kun straffede Brabomills for den overtrædelse, der blev begået i Belgien, eller om den også omfattede den overtrædelse, der blev begået i Nederlandene, og som virksomheden allerede var blevet straffet for (for at undgå en overtrædelse af princippet ne bis in idem).

42. Det fremgår af det ovenstående, at en bred fortolkning af anvendelsesområdet for EU's konkurrenceret risikerer at medføre kompetencekonflikter med udenlandske konkurrencemyndigheder og dobbelt strafbarhed for virksomhederne.

43. Unionens retsinstanser har endvidere altid anerkendt betydningen af en streng overholdelse af den territoriale kompetence¹² for at undgå en overtrædelse af princippet *ne bis in idem*¹³, som er stadfæstet i artikel 50 i EU's charter om grundlæggende rettigheder. Det fremgår af dom SGL Carbon mod Kommissionen (C-308/04 P, EU:C:2006:433, bl.a. præmis 29 og 32), at Domstolen fandt, at en konkurrencemyndigheds overskridelse af sin territoriale kompetence medfører en risiko for sideløbende sanktioner for de virksomheder, der er omfattet af undersøgelsen. Hvis Kommissionen i den foreliggende sag pålægger en bøde for en transaktion vedrørende en komponent leveret til et land uden for EØS med den begrundelse, at et færdigt produkt, hvori denne komponent er integreret, er blevet solgt i EØS, vil den samme transaktion kunne sanktioneres to gange. Første gang i landet uden for EØS, hvortil komponenten er blevet leveret, og anden gang i EØS (i medfør af Kommissionens tilgang, hvorefter denne komponent er integreret i et færdigt produkt, der er genstand for et endeligt salg i EØS).

44. Medmindre der påvises yderligere kvalificerede virkninger af kartellet i EØS, går Kommissionen efter min opfattelse for langt, når den sanktionerer karteller vedrørende produkter, der fremstilles og sælges uden for EØS udelukkende med den begrundelse, at de efterfølgende »forarbejdes« eller integreres i andre produkter, som (alle eller en del af dem) ender i EØS.

c) Virkningerne af kartellet i EØS via færdige produkter: kriterierne om »kvalificerede virkninger« og »iværksættelse«

45. Det skal indledningsvis bemærkes, at Kommissionen ved indledningen af overtrædelsesproceduren betegnede det salg, der her er tale om, som »indirekte afsætning til EØS« (jf. 391. betragtning ff. til den omtvistede afgørelse). Først senere besluttede den snarere at betegne det som »direkte afsætning til EØS ved hjælp af forarbejdede produkter«¹⁴. Var dette et forsøg fra Kommissionens side på bedre at begrunde anvendelsen af et nyt koncept?

46. Under alle omstændigheder er det efter min opfattelse ikke muligt at betragte afsætning til EØS af færdige produkter, hvori der er integreret LCD, som foretages af enheder i InnoLux-koncernen etableret uden for EØS, som iværksættelse i EØS af priskartellet vedrørende afsætning af LCD i Cellulose I-dommens forstand. Det er således ikke muligt at sidestille en sådan afsætning med afsætning til EØS af LCD til kartelpriser. Dels kan afsætning af færdige produkter i sig selv ikke betegnes som iværksættelse i EØS af LCD-kartellet, idet de færdige produkter, hvori LCD er integreret, ikke indgår i den overtrædelse af artikel 101 TEUF, som Kommissionen har konstateret. Dels har de integrerede LCD ikke i sig selv været genstand for afsætning til samordnede priser i EØS. I den foreliggende sag skete »iværksættelsen« uden for EØS i forbindelse med leveringen af LCD til de enheder, som har integreret dem i færdige produkter.

12 — Hvis de udenlandske konkurrencemyndigheder pålægger bøder for anvendelsen af et kartel eller dets virkninger i EØS, vil det være et indgreb i Kommissionens territoriale kompetence. Jf. domme Tokai Carbon m.fl. mod Kommissionen (T-236/01, T-244/01 – T-246/01, T-251/01 og T-252/01, EU:T:2004:118, præmis 143) og Hoechst mod Kommissionen (T-410/03, EU:T:2008:211, præmis 603). Hvis Kommissionen pålægger bøder, der ikke vedrører anvendelsen af et kartel eller dets kvalificerede virkninger i EØS, overskrider den ligeledes sin kompetence.

13 — Jf. bl.a. domme Archer Daniels Midland og Archer Daniels Midland Ingredients mod Kommissionen (T-224/00, EU:T:2003:195, præmis 103) og Tokai Carbon m.fl. mod Kommissionen (T-236/01, T-244/01 – T-246/01, T-251/01 og T-252/01, EU:T:2004:118, præmis 143) (appellen blev forkastet i dom Archer Daniels Midland og Archer Daniels Midland Ingredients mod Kommissionen, C-397/03 P, EU:C:2006:328). Jf. ligeledes dom Showa Denko mod Kommissionen (C-289/04 P, EU:C:2006:431, præmis 50).

14 — Denne betegnelse er lidt selvmodsigende, da afsætningen sker både direkte og »ved hjælp af«. Den har dog på ingen måde den samme direkte karakter som den første kategori af salg (»direkte afsætning til EØS«).

47. Hvis indirekte afsætning af LCD til EØS behandles forskelligt i forhold til anvendelsesområdet for artikel 101 TEUF, afhængigt af om de »forarbejdede produkter« markedsføres af tredjepartsvirksomheder, der har købt disse LCD af medlemmer af kartellet, eller om de markedsføres af datterselskaber, der er medlemmer af kartellet, der har erhvervet LCD efter leveringer inden for en vertikalt integreret koncern, vil det resultere i, at disse datterselskaber stilles dårligere end fabrikanter af LCD, som ikke er blevet integreret efterfølgende¹⁵.

48. Det står således klart, at den eneste berettigelse for Kommissionens kompetence i tilknytning til nævnte afsætning her kun kan baseres på en anvendelse af kriteriet om »kvalificerede virkninger«.

i) Kriteriet om »kvalificerede virkninger« generelt

49. Flere generaladvokater har talt for, at Domstolen anerkender dette kriterium, hvilket ville gøre det muligt at anvende Unionens konkurrenceret på konkurrencebegrænsende adfærd eller aftaler, der konstateres uden for EØS, men som har indvirkninger inden for EØS. Det gælder bl.a. generaladvokat Mayras i forslag til afgørelse Imperial Chemical Industries mod Kommissionen (48/69, EU:C:1972:32) (hvor kartellet havde væsentlige og forudsigelige direkte og umiddelbare virkninger i Fællesskabet) og generaladvokat Darmon i forslag til afgørelse Ahlström Osakeyhtiö m.fl. mod Kommissionen (Cellulose I) (89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85 og 125/85-129/85, EU:C:1988:258)¹⁶.

50. Kommission har selv for længe siden fastslået, at kriteriet om »kvalificerede virkninger« fastsætter de ydre grænser for dens kompetence¹⁷.

51. Retten anvendte i sin dom Gencor mod Kommissionen (T-102/96, EU:T:1999:65, præmis 92) dette kriterium og krævede, i forbindelse med at Kommissionens kompetence til at anvende forordningen om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser på en transaktion mellem enheder etableret uden for Fællesskabet¹⁸ blev bestridt, at der skal være tale om en »umiddelbar, væsentlig og forudseelig virkning«. Jeg kan ikke se nogen grund til at begrænse anvendelsen af dette kriterium alene til fusioner og virksomhedsovertagelser¹⁹.

15 — Jf. ligeledes professor P. Demarets udtalelse: »Note relative à l'arrêt du Tribunal InnoLux T-91/11«, bilag ECJ.A.6, vedlagt appellen fra InnoLux.

16 — »Ville Kommissionen ikke være forsvarsløs, såfremt den stod over for en samordnet praksis, som virksomheder uden for fællesmarkedet havde taget initiativet til og var eneansvarlig for, og så sig berøvet muligheden for at træffe nogen beslutning imod dem? Dette ville samtidig betyde et afkald på den beskyttelse af fællesmarkedet, som er nødvendig for virkeliggørelsen af hovedmålsætningerne for Det Europæiske Økonomiske Fællesskab (præmis 53).

17 — Allerede i beslutning 69/243/EØF af 24.7.1969 om en procedure i henhold til EØF-traktatens artikel 85 (IV/26 267 – farvestoffer) (EFT L 195, s. 11), gjorde Kommissionen følgende gældende »[t]he competition rules of the Treaty are [...] applicable to all restrictions of competition which produce within the Common Market effects set out in Article 85(1)«. I beslutning 85/202/EØF af 19.12.1984 om indledning af en procedure i henhold til EØF-traktatens artikel 85 (IV/29 725 – cellulose) (EFT 1985 L 85, s. 1), anførte Kommissionen følgende i 79. betragtning: »[t]he effect of the agreements [...] on prices announced and/or charged to customers and on resale of pulp with the EEC was [...] not only substantial but intended, and was the primary and direct result of the agreements« (kun den engelske udgave er autentisk). Kommissionens beslutning 85/206/EØF af 19.12.1984 om indledning af en procedure i henhold til EØF-traktatens artikel 85 (IV/26 870 – »aluminiumimport fra Østeuropa«) (EFT 1985 L 92, s. 1) var ligeledes udtrykkeligt baseret på kriteriet om virkninger. Jf. også »Kommissionens Ellevte Beretning om Konkurrencepolitikken – 1981«, Bruxelles, 1982, punkt 34, og »Kommissionens Fjortende Beretning om Konkurrencepolitikken – 1984«, Bruxelles, 1985, punkt 60.

18 — Jf. ligeledes generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse The Air Transport Association of America (C-366/10, EU:C:2011:637, punkt 148).

19 — Jf. i denne retning ligeledes dom Intel mod Kommissionen (T-286/09, EU:T:2014:547, præmis 231). High Court (England and Wales) nåede frem til den samme konklusion i sag Adidas mod The Lawn Tennis Association m.fl., [2006] EWHC 1318 (Ch), præmis 47 ff. Jf. ligeledes bl.a. M. P. Broberg, The European Commission's Extraterritorial Powers in Merger Control, International and Comparative Law Quarterly, 49, 2000, s. 180, og A. Albers-Llorens, Collective dominance: A mechanism for the control of oligopolistic markets?, The Cambridge Law Journal, bind 59, nr. 2, juni 2000, s. 256. Kriteriet om iværksættelse og kriteriet om »kvalificerede virkninger« giver ikke altid det samme resultat. Jf. bl.a. J.P. Griffin, EC and US Extraterritoriality: Activism and Cooperation, 17, Fordham International Law Journal, 1994, s. 353, 360 ff., I. Schwartz og J. Basedow, Restrictions on Competition, III-35 International Encyclopedia of Comparative Law 1, 1995, s. 134-139, og C. Baudenbacher, The CFI's Gencor Judgment – Some remarks on its global implications, Liber amicorum en l'honneur de B. Vesterdorf, Bruylant, 2007, s. 557.

52. Retten bemærkede ligeledes i dommen i sagen Haladjian Frères mod Kommissionen²⁰, at »for at begrunde en anvendelse af konkurrencereglerne på en aftale vedrørende varer købt i USA med henblik på salg i [Unionen] [udgør] [...] [a]lene den omstændighed, at en adfærd afføder visse virkninger, uanset hvilke, på [Unionens] økonomi, [...] ikke i sig selv en tilstrækkelig tæt forbindelse til at begrunde, at [EU-retten] finder anvendelse. For at dette er tilfældet, skal denne påvirkning være væsentlig, dvs. mærkbar og ikke ubetydelig«.

53. Mens Domstolen aldrig har forkastet kriteriet om »kvalificerede virkninger«, har den heller aldrig udtrykkeligt udtalt sig om muligheden for at anvende dette kriterium²¹. Selv om jeg går ind for en sådan anvendelse, opstår problemet efter min opfattelse ikke i den foreliggende appel, for Kommissionen har ikke i tilstrækkelig grad godtgjort, at kartellet har kvalificerede virkninger på konkurrencen i EØS.

ii) Er de »kvalificerede virkninger« godtgjort i den foreliggende sag?

54. Da EØS-markedet er beskyttet af de regler, der finder anvendelse på den foreliggende sag, er det umiddelbart vanskeligt at skabe forbindelse mellem den afsætning i Asien, der er tale om i den foreliggende sag, og konkurrencereglerne i EØS eller konkurrencestrukturen i EØS for de *produkter, der er omfattet af overtrædelsen*, medmindre det på grundlag af en markedsanalyse for det færdige produkt i EØS konkluderes, at kartellet på det asiatiske marked for kartelomfattede LCD ligeledes har medført en fordrejning af konkurrencen på *markedet for færdige produkter* i EØS. Kommissionen har imidlertid ikke fulgt denne fremgangsmåde i den omtvistede afgørelse og har hverken anført eller på fyldestgørende vis godtgjort, at konkurrencen på markedet for færdige produkter skulle være blevet fordrejet i EØS, selv om overtrædelsen skulle omfatte prisfastsættelse eller afsætning af færdige produkter, hvori kartelomfattede LCD er integreret.

55. Kommissionen har i den omtvistede afgørelse kun konstateret en overtrædelse af artikel 101 TEUF²², der alene vedrører LCD (jf. 1. og 377. betragtning til den omtvistede afgørelse), og har blot bemærket, at »[a]fsætning af LCD til koncerninterne kunder blev drøftet af nævnte kartel«, og det kunne »med rimelighed antages, at et gennemført kartel havde indvirkninger på direkte afsætning ved hjælp af forarbejdede produkter« (394. betragtning til den omtvistede afgørelse, min fremhævelse), hvilket med sikkerhed ikke svarer til, at det er godtgjort, at kartellet havde kvalificerede virkninger på markedet i EØS.

56. For det første står det klart, at (konstateringen af) overtrædelsen ikke *direkte* vedrører de færdige produkter. For det andet fremgår det af de sagsakter, som Domstolen har fået forelagt, at den heller ikke vedrører dem *indirekte*. Det fremgår således klart af retningslinjerne af 2006, at ordet »indirekte« i punkt 13 heri skal omfatte de tilfælde, hvor »[d]ette [...] f.eks. [vil] være tilfældet for [...] aftaler om prisfastsættelse for et givet produkt, hvor prisen på dette produkt tjener som basis for prisen på produkter af lavere eller højere kvalitet«²³. Denne situation gør sig gældende i den foreliggende sag: Det fremgår ikke af sagsakterne, at prisen på kartelomfattede LCD udgør en referenceværdi for LCD af lavere eller højere kvalitet. Det fremgår heller ikke af sagsakterne, at de udgør en referenceværdi for de færdige produkter, hvori de er integreret.

20 — T-204/03, ECLI:EU:T:2006:273, præmis 167, som ikke er blevet appelleret.

21 — Det var bl.a. tilfældet i Wood Pulp I-dommen for – i modsætning til i den foreliggende sag – tillod kriteriet om »iværksættelse« af det pågældende kartel Domstolen at godtgøre Fællesskabets kompetence, henset til territorialprincippet.

22 — Og i artikel 53 i aftalen om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde af 2.5.1992 (EFT 1994 L 1, s. 3) (i dette forslag til afgørelse henviser jeg blot til artikel 101 TEUF).

23 — Retningslinjerne af 2006, fodnoten i punkt 13. I den foreliggende sag kan man endvidere stille det spørgsmål, om begrebet »direkte afsætning til EØS ved hjælp af forarbejdede produkter« som sådan er hensigtsmæssigt, da de pågældende færdige produkter (bærbare kompakte computere, computerskærme eller LCD-fjernsyn) ikke rigtigt er »forarbejdede« LCD, ligesom f.eks. en smartphone kan betegnes som en skærm eller en »forarbejdet« mikroprocessor. Det er fuldstændig særskilte produkter, i hvilke en LCD er integreret som en komponent blandt mange andre. I retningslinjerne af 2006 henvises der imidlertid til produkter af lavere eller højere kvalitet, som kartelpriserne danner grundlag for, dvs. de samme produkter, men af en anden kvalitet.

57. Retten fastslog i den appellerede doms præmis 48 og 49, at den omstændighed, at Kommissionen valgte at tage hensyn til »direkte afsætning til EØS ved hjælp af forarbejdede produkter«, ifølge den var »så meget desto mere berettiget i nærværende sag, eftersom det fremgik af beviserne indeholdt i den anfægtede afgørelse (jf. bl.a. 394. betragtning til den anfægtede afgørelse), som sagsøgeren ikke har bestridt, at den interne afsætning af kartelomfattede LCD til karteldeltagende virksomheder skete til priser, som var påvirket heraf«, og at »karteldeltagerne endvidere [vidste], at priserne på kartelomfattede LCD påvirkede de færdige produkter, hvori de var integreret« (jf. 92. og 93. betragtning til den omtvistede afgørelse). Selv om dette måske er tilfældet, står det ikke desto mindre fast, at begreberne »indflydelse« og »påvirkning« ikke alene kan godtgøre »kvalificerede virkninger« i EØS. Det ser endvidere ud til, at disse konstateringer vedrører alle karteldeltagerne uden sondring mellem »faktiske« koncerninterne salg, der som sådan kan tages i betragtning ved beregningen af bøden, når de finder sted i EØS, og salg, der ikke er koncerninterne, og som ifølge Kommissionen kan erstattes med »faktisk« salg til tredjeparter af LCD integreret i et færdigt produkt²⁴.

58. I den foreliggende sag har Retten i den appellerede doms præmis 70 fremhævet, at Kommissionen skal kunne forfølge de virkninger, som et kartel skabt uden for EØS har haft på »den frie konkurrence i det indre marked«, og pålægge det en »bøde, der står i forhold til dette kartels skade på den frie konkurrence på det pågældende marked«. Den har således tilføjet, at »[n]år kartelomfattede LCD lavet af sagsøgeren integreres i færdige produkter af selskaber, der hører under samme virksomhed som sagsøgeren, og disse færdige produkter sælges i EØS af denne virksomhed, skal det fastslås, at kartellet har påvirket de transaktioner, der er foretaget til og med denne afsætning«. Jeg finder denne konklusion forhastet, da Kommissionen ikke har godtgjort, at en overtrædelse vedrørende fastsættelse af priser på LCD nødvendigvis har en indvirkning på fastsættelsen af priserne på de færdige produkter. Endvidere var mange producenter af færdige produkter ikke involveret i den procedure, der resulterede i den omtvistede afgørelse. Kommissionens erklæring i 394. betragtning til den omtvistede afgørelse (389. betragtning i den franske version), hvorefter »*det med rimelighed kan antages, at et kartel havde virkninger* på den direkte afsætning via forarbejdede produkter«, er, som Kommissionen selv har erkendt, blot en hypotese, da Kommissionen ikke i den omtvistede afgørelse har fremsat noget bevis for, at afsætningen af færdige produkter var blevet påvirket i en sådan grad, at man kunne tale om, at det pågældende kartel har »kvalificerede virkninger« i EØS, et begreb, der i det mindste kræver umiddelbare, væsentlige og forudsigelige virkninger og ikke blot mulige eller formodede virkninger.

59. Hvis Kommissionen ønsker at medtage den pågældende afsætning i beregningen af bøden, kan den »ikke begrænse sig til blot at fremlægge en formodning, men skal [...] fremlægge indicier, der er konkrete, troværdige og tilstrækkelige til at bedømme den faktiske påvirkning, som overtrædelsen har kunnet have på konkurrencen på det pågældende marked« (jf. dom Prym og Prym Consumer mod Kommissionen, C-534/07 P, EU:C:2009:505, præmis 82). Det er således ikke tilstrækkeligt, at Kommissionen baserer sig på formodningen om, at der findes tilsvarende virkninger, og man må endog stille det spørgsmål, om Kommissionen har forsøgt at verificere og måle kartellets virkning på markedet for færdige produkter i EØS.

60. Appellanten har et andet problem med begrebet »direkte afsætning til EØS ved hjælp af forarbejdede produkter«, som skyldes den omstændighed, at det kunstigt flytter stedet for den pågældende transaktion fra det sted, hvor en LCD rent faktisk er blevet leveret og anvendt, til det sted, hvor det færdige produkt, i hvilket denne LCD er blevet integreret, er blevet solgt. Salgsstedet for LCD var imidlertid beliggende i Asien og ikke i EØS. Når Kommissionen således sidestiller afsætning af det færdige produkt med afsætningen af den LCD, der er integreret heri, behandler den reelt interne

24 — Mens 394. betragtning til den omtvistede afgørelse specifikt vedrører de tre vertikalt integrerede adressater for den omtvistede afgørelse, på hvilke begrebet »direkte afsætning til EØS ved hjælp af forarbejdede produkter« er blevet anvendt, indeholder 396. betragtning til afgørelsen nøjagtigt de samme beviser vedrørende LGD og AUO, på hvilke Kommissionen kun har anvendt begrebet »direkte afsætning til EØS«.

leveringer af skærme inden for InnoLux i Taiwan og Kina, som om de var blevet foretaget i EØS, mens den har fundet, at koncerninterne leveringer af skærme foretaget af Samsung fra Sydkorea til fabrikker beliggende i EØS var sket uden for EØS, udelukkende fordi Samsung afsætter de færdige produkter, hvori LCD er integreret, uden for EØS²⁵.

61. Kommissionen fremførte i 383. betragtning til den anfægtede afgørelse, at »den omstændighed, at kriteriet om levering medtages ved fastsættelsen af værdien af salget, skaber en stærk forbindelse med EØS«, men som Retten fastslog i dom *Brouwerij Haacht mod Kommissionen* (T-48/02, EU:T:2005:436, præmis 59, der ikke er blevet appelleret), kan »vurderingen, ved beregningen af den bøde, der pålægges for den begåede overtrædelse, af ophavsmændenes faktiske økonomiske muligheder for at påføre andre økonomiske beslutningstagere, herunder forbrugerne, alvorlig skade, ikke foretages under henvisning til andre produkter end dem, der har været genstand for kartellet«.

62. Som det i øvrigt fremgår af retningslinjerne af 2006, som Kommissionen ikke kan afvige fra uden en specifik og objektiv begrundelse, der er forenelig navnlig med ligebehandlingsprincippet²⁶ (som ikke er blevet fremsat i den foreliggende sag), skal bøderne baseres på den afsætning, der er genstand for overtrædelsen. Kommissionen kan således ikke tage hensyn til efterfølgende afsætning af produkter, dvs. af produkter, der ikke er omfattet af overtrædelsen, selv om produkter omfattet af overtrædelsen er blevet integreret heri som en komponent.

iii) Under alle omstændigheder, hvordan forholder det sig med kriteriet om »iværksættelse« af et kartel?

63. I *Cellulose I-dommen* (præmis 16 og 17) fastslog Domstolen, at det »afgørende« element for, at Kommissionen kan anvende de forbud, som foreskrives i EU's konkurrenceret, ikke var det sted, hvor kartellet dannes, men det sted, hvor kartellet iværksættes²⁷. Domstolen fastslog i denne doms præmis 18, at Unionens kompetence var »hjemlet ved territorialprincippet, som er almindeligt anerkendt i folkeretten«. Domstolen bemærkede imidlertid i samme doms præmis 12, »at Fællesskabets forsyninger af cellulose først og fremmest hidrører fra tredjelande, [...] og at markedet således [måtte] ses i sammenhæng med verdensmarkedet. Når celluloseproducenter i disse lande [uden for Unionen] *sælger direkte til købere etableret i Fællesskabet*, og når de konkurrerer på prisen for at opnå ordrer, består der konkurrence inden for fællesmarkedet« (min fremhævelse). Det er således først, når »producenterne, når de samordner deres priser over for kunderne i Fællesskabet og iværksætter samordningen ved at sælge til de således koordinerede priser, [at de] deltager i en samordning, som har til formål og *til følge* at begrænse konkurrencen inden for fællesmarkedet i den i traktatens artikel 85 forudsatte betydning« (*Cellulose I-dommens* præmis 13, min fremhævelse), og Domstolen konkluderede, at i »den foreliggende sag [havde] producenterne iværksat deres priskartel inden for fællesmarkedet« (dommens præmis 17).

64. Når det skal undersøges, om Unionens konkurrenceret finder anvendelse, må man som udgangspunkt finde det sted, hvor konkurrencen om det produkt, der er omfattet af samordningen, foregår.

25 — Det fremgår klart af 238. betragtning til den omtvistede afgørelse, at »koncernintern afsætning af LCD-skærme skal – for så vidt som de ender i forarbejdede produkter, der afsættes i EØS – følgelig tages i betragtning [...]«. [Fri oversættelse.] Jf. ligeledes 395. betragtning til den anfægtede afgørelse, hvorefter der »[v]ed beregningen af afsætningens værdi medregnes værdien af de pågældende skærme, når det forarbejdede produkt afsættes af kartelmedlemmet i EØS til en virksomhed, som ikke deltager i kartellet«.

26 — Dom *Archer Daniels Midland og Archer Daniels Midland Ingredients mod Kommissionen*, C-397/03 P, EU:C:2006:328, præmis 91. Jf. i denne forbindelse ligeledes dom *Guardian Industries og Guardian Europe mod Kommissionen* (C-580/12 P, EU:C:2014:2363, præmis 55).

27 — Jf. ligeledes dom *Atlantic Container Line m.fl. mod Kommissionen* (T-395/94, EU:T:2002:49, præmis 72), som er baseret på *Cellulose I-dommen*.

65. Det, der udløser Unionens kompetence i henhold til det kriterium, der er udviklet i Cellulose I-dommen, er *afsætning i EØS af det produkt, der er omfattet af den samordnende foranstaltning*, her LCD²⁸. I den omtvistede afgørelse konstateres der imidlertid ingen samordnet adfærd vedrørende færdige produkter, hvori er integreret LCD fremstillet af karteldeltagerne. Retten så ligeledes bort fra kriteriet i Cellulose I-dommen, da den i den appellerede doms præmis 46 fastslog, at afsætningen af færdige produkter, hvori er integreret LCD, »er til skade for konkurrencen i EØS«. Det skal blot nævnes, at afsætningen af færdige produkter ikke sker på det marked i EØS, der er berørt af overtrædelsen, dvs. markedet for LCD. I modsætning til, hvad Retten fastslog i den appellerede doms præmis 47, *er det ikke tilstrækkeligt* at identificere »afsætning med forbindelse til EØS«, når Unionens konkurrencerets territoriale anvendelighed skal fastslås i henhold til det kriterium, der er opstillet i Cellulose I-dommen. Det, der skal påvises, er eksistensen af en afsætning i EØS af *det produkt, der er omfattet af overtrædelsen*, dvs. LCD, og afsætning af et særskilt produkt, hvori er integreret en LCD som en komponent, der ikke i sig selv er genstand for afsætningen, opfylder ikke denne betingelse.

66. Endelig mener jeg, at Kommissionen i forbindelse med spørgsmålet om territorial kompetence, der er tale om i den foreliggende sag, var forpligtet til at fortolke retningslinjerne af 2006 snævert – så meget mere som »en procedure, hvorved en bøde pålægges for overtrædelse af forbuddet mod aftaler vedrørende prisfastsættelser og opdeling af markeder i henhold til artikel 81, stk. 1, EF, hører under det »strafferetlige led« af [...] artikel 6 i [den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder, undertegnet i Rom den 4. november 1950], som det gradvist er blevet defineret af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol«²⁹.

67. Det følger af det ovenstående, at det første anbringende må tages til følge.

68. Den appellerede dom må følgelig annulleres, for så vidt som Retten har begået en retlig fejl ved at fastslå, at koncerninterne leveringer af LCD til appellantens fabrikker i Kina og Taiwan er omfattet af anvendelsesområdet for artikel 101 TEUF og artikel 53 i EØS-aftalen alene med den begrundelse, at appellant har afsat de færdige produkter, hvori LCD er integreret som komponenter på de pågældende fabrikker, i EØS.

B – Om det andet anbringende vedrørende den påståede forskelsbehandling i forhold til andre karteldeltagere

69. Med det første led vedrørende anvendelsen af begrebet én virksomhed som kriterium har appellant gjort gældende, at Rettens sondring mellem vertikalt integrerede virksomheder, afhængigt af om de udgør én virksomhed med deres forbundne købere eller ej, ikke er baseret på en relevant forskel. I dom LG Display og LG Display Taiwan mod Kommissionen (T-128/11, EU:T:2014:88) anførte Retten således ikke den omstændighed, at det pågældende salg blev foretaget inden for én virksomhed, da den forkastede LGD's argument om, at afsætning af LCD til dets moderselskaber skulle udelukkes. Appellant gjorde i denne doms præmis 140 ligeledes gældende, at det ikke er logisk at sondre mellem vertikalt integrerede selskaber afhængigt af, om det relevante salg sker til forbundne datterselskaber eller til forbundne moderselskaber.

70. Kommissionen har bemærket, at appellantens argumentation er ugrundet.

28 — Som det med rette anføres af P. Demaret, »L'application du droit communautaire de la concurrence dans une économie mondiale globalisée – La problématique de l'extraterritorialité«, i *La politique communautaire de la concurrence face à la mondialisation et à l'élargissement de l'Union européenne*, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, s. 49, »[k]riteriet i Wood Pulp I-dommen udgjordes ikke af et simpelt salg i form af en vis omsætning, men af en adfærd i Fællesskabet i form af salg til samordnede priser«.

29 — Jf. generaladvokat Bots forslag til afgørelse ThyssenKrupp Nirosta mod Kommissionen (C-352/09 P, EU:C:2010:635, punkt 48-52 og den deri nævnte retspraksis) og generaladvokat Sharpstons forslag til afgørelse KME Germany m.fl. mod Kommissionen (C-272/09 P, EU:C:2011:63, punkt 64).

71. Det skal først og fremmest bemærkes, at eftersom appellantens andet anbringende ikke kan medføre en mere omfattende annullation, vil det normalt ikke være nødvendigt at undersøge det³⁰. Det er udelukkende for fuldstændighedens skyld og subsidiært (hvis Domstolen ikke skulle være enig i mit forslag til afgørelse vedrørende det første anbringende), at jeg undersøger det andet anbringende.

72. Under alle omstændigheder må det konstateres, at Rettens sontring mellem karteldeltagerne afhængigt af kriteriet om virksomhedsbegrebet i henhold til artikel 101 TEUF med henblik på at identificere de virksomheder, der udgør vertikalt integrerede virksomheder med deres købere, og de virksomheder, der forbliver uafhængige i forhold til deres købere, er solidt baseret på retspraksis³¹.

73. Ud over de spørgsmål, der bl.a. hænger sammen med Kommissionens ekstraterritoriale kompetence og retspraksis herom, der behandles indgående i analysen af det første anbringende, mener jeg ikke, at Kommissionen og Retten har foretaget en vilkårlig sontring mellem koncerninterne leveringer og salg til tredjeparter. I den foreliggende sag har de ganske enkelt sondret mellem vertikalt integrerede virksomheder og virksomheder, der ikke var vertikalt integreret, og i forbindelse med denne sontring er det (objektive) begreb én virksomhed i modsætning til i amerikansk konkurrenceret absolut relevant i EU-retten. Det første led bør derfor alene af denne grund forkastes.

74. I modsætning til, hvad appellant har hævdet, var LGD's situation forskellig fra den situation, der gjorde sig gældende for de vertikalt integrerede virksomheder, f.eks. InnoLux. LGD udgjorde således en særskilt virksomhed i forhold til sine moderselskaber. På grund af den manglende vertikale integration blev alle LGD's salg af LCD til moderselskaberne i EØS taget i betragtning ved bødeberegningen som »direkte afsætning til EØS«. Begrebet »én virksomhed« har således gjort det muligt at foretage en objektiv sontring mellem forskellige situationer.

75. Det følger heraf, at det andet anbringendes første led bør forkastes som ugrundet.

76. I det andet anbringendes andet led om påståede fejl vedrørende den metode, der finder anvendelse på LGD's og AUO's koncerninterne leveringer af LCD, giver appellant udtryk for den opfattelse, at Retten har begået en retlig fejl ved i den appellerede doms præmis 93 og 94 at gøre legalitetsprincippet gældende med henblik på at forkaste appellantens argumenter om ligebehandlingsprincippet. Det følger således af dom Alliance One International og Standard Commercial Tobacco mod Kommissionen og Kommissionen mod Alliance One International m.fl. (C-628/10 P og C-14/11 P, EU:C:2012:479), at det kun er, når en part kræver at blive omfattet af en ulovlig metode til beregning af bøden, at legalitetsprincippet kan gøres gældende med henblik på at nægte denne en sådan fordel. I den foreliggende sag er appellant dog angiveligt blevet frataget muligheden for at være omfattet af en helt lovlig bødeberegningsmetode. Den metode, der anvendes på LGD's og AUO's koncerninterne leveringer af LCD, er således den samme som den, som Retten og Domstolen har stadfæstet i domme Europa Carton mod Kommissionen (T-304/94, EU:T:1998:89) og KNP BT mod Kommissionen (C-248/98 P, EU:C:2000:625). Retten stadfæstede i dom LG Display og LG Display Taiwan mod Kommissionen (T-128/11, EU:T:2014:88) denne metodes lovlighed og modsiger således sig selv.

77. Kommissionen har bemærket, at appellantens argumentation savner grundlag.

78. Dette led i det andet anbringende har efter min opfattelse til formål at bestride overflødige præmisser i den appellerede dom og bør derfor forkastes som uvirksomt. Selv om Kommissionen med urette havde fastslået, at hverken LGD, LG Electronics og Philips, eller AUO og BenQ udgjorde én virksomhed, ville dette ikke kunne komme appellant til gode.

30 — Jf. bl.a. dom Chronopost m.fl. mod Ufex m.fl. (C-83/01 P, C-93/01 P og C-94/01 P, EU:C:2003:388, præmis 43).

31 — Jf. bl.a. domme Imperial Chemical Industries mod Kommissionen (48/69, EU:C:1972:70, præmis 134, 135 og 140), Hydrotherm Gerätebau (170/83, EU:C:1984:271, præmis 11) og Arkema mod Kommissionen (C-520/09 P, EU:C:2011:619, præmis 37 og den deri nævnte retspraksis).

79. Som Kommissionen med rette har bemærket, har den i den foreliggende sag under alle omstændigheder og i modsætning til den situation, der gav anledning til dom *Alliance One International og Standard Commercial Tobacco mod Kommissionen* og *Kommissionen mod Alliance One International m.fl.* (C-628/10 P et C-14/11 P, EU:C:2012:479), anvendt den samme metode (med én virksomhed) på alle karteldeltagerne. Det må således fastslås, at intet i denne dom gør det muligt at fastslå, at Retten ligeledes i forbindelse med det af InnoLux anlagte annullationssøgsmål burde have fastslået, om Kommissionen havde anvendt metoden korrekt på LGD og AUO.

80. Det følger heraf, at det andet anbringendes andet led bør forkastes som uvirksomt og under alle omstændigheder som ugrundet. Anbringendet bør derfor forkastes.

IV – Om følgerne af en annullation af den appellerede dom og om sagens omkostninger

81. I overensstemmelse med artikel 61 i statuten for Den Europæiske Unions Domstol kan Domstolen, når den ophæver den af Retten truffe afgørelse, selv træffe endelig afgørelse, hvis sagen er moden til påkendelse. Dette er tilfældet i den foreliggende sag, da Domstolen er i besiddelse af alle de elementer, der er nødvendige for at træffe afgørelse om appellen.

82. Den nedsatte bøde, som Retten havde fastsat (inden afrunding), var på 288 437 850 EUR (den appellerede doms præmis 163; jf. i denne forbindelse fodnote 6 i dette forslag til afgørelse). Fra dette beløb skal således trækkes den del af bøden, der kan tilskrives »direkte afsætning til EØS ved hjælp af forarbejdede produkter«, der beløber sig til 114 681 174 EUR. Bødens samlede basisbeløb (inden afrunding) fastsættes således til 173 756 676 EUR. Dette beløb afrundes dernæst³² til slutbeløbet på 173 000 000 EUR. Det skal tilføjes, at Kommissionen ikke har bestridt disse tal, som appellanten har angivet i sin appel.

83. Hvad angår sagens omkostninger bør Kommissionen, da appellen fra InnoLux er blevet taget delvist til følge, pålægges at bære sine egne omkostninger i tilknytning til sagen i første instans og i tilknytning til nærværende appel og at betale halvdelen af de omkostninger, som InnoLux har afholdt i forbindelse med disse to procedurer. InnoLux bærer halvdelen af sine egne omkostninger i forbindelse med disse to procedurer.

V – Forslag til afgørelse

84. Henset til de ovenstående betragtninger foreslår jeg Domstolen at træffe følgende afgørelse:

- »– Den Europæiske Unions Rets dom *InnoLux mod Kommissionen* (T-91/11, EU:T:2014:92) ophæves, for så vidt som den fastslår, at den bøde, der blev pålagt InnoLux Corp., lovligt kunne tage hensyn til værdien af koncerninterne leveringer af LCD til InnoLux Corp.'s fabrikker i Kina og Taiwan, som dér efterfølgende blev integreret i færdige produkter, der blev afsat i Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde, og dermed begik en retlig fejl.
- Kommissionens afgørelse af 8. december 2010 om en procedure i henhold til artikel 101 [TEUF] og artikel 53 i aftalen om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde (sag COMP/39 309 – LCD), for så vidt som den pålægger InnoLux Corp. en bøde under hensyntagen til værdien af koncerninterne leveringer af flydende krystalskærme med aktive legemer til InnoLux Corp.'s fabrikker i Kina og Taiwan, som dér efterfølgende blev integreret i færdige produkter, der blev afsat i Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde, annulleres.

32 — Ifølge den afrundingsmetode, som Retten har stadfæstet (den appellerede doms præmis 160), skal bødebeløbet, når en nedrunding til de to første cifre giver anledning til en nedsættelse på over 2% af det ikke nedrundede basisbeløb (3 756 676 svarer til 2,16% af 173 756 676), nedrundes til de tre første cifre.

- InnoLux Corp. pålægges en bøde på 173 000 000 EUR.
- Appellen forkastes i øvrigt.
- Europa-Kommissionen tilpligtes at bære sine egne omkostninger i tilknytning til sagen i første instans og i tilknytning til appellen og at betale halvdelen af de omkostninger, som InnoLux Corp. har afholdt i forbindelse med disse to procedurer, og InnoLux Corp. tilpligtes at bære halvdelen af sine egne omkostninger i tilknytning til disse procedurer.«

85. Subsidiært, hvis Domstolen vælger ikke at følge mit forslag til afgørelse vedrørende det første anbringende og forkaster det, foreslår jeg således, at den forkaster appellen i sin helhed og pålægger InnoLux Corp. at betale omkostningerne i tilknytning til den foreliggende sag.