

FÖRSTAINSTANSRÄTTENS DOM (åttonde avdelningen)
den 30 april 2009 *

I mål T-13/03,

Nintendo Co., Ltd, Kyoto (Japan),

Nintendo of Europe GmbH, Grossostheim (Tyskland),

företrädna av I. Forrester, QC, J. Pheasant, M. Powell, C. Kennedy-Loest, solicitors, och
J. Killick, barrister,

sökande,

* Rättegångsspråk: engelska.

mot

Europeiska gemenskapernas kommission, inledningsvis företrädd av O. Beynet och A. Whelan, därefter av X. Lewis och O. Beynet, samtliga i egenskap av ombud,

svarande,

angående en talan om upphävande eller nedsättning av det bötesbelopp som sökandena har ålagts enligt artikel 3 första strecksatsen i kommissionens beslut 2003/675/EG av den 30 oktober 2002 om ett förfarande enligt artikel 81 [EG] och artikel 53 i EES-avtalet (COMP/35.587 PO Video Games, COMP/35.706 PO Nintendo Distribution och COMP/36.321 Omega – Nintendo) (EUT L 255, 2003, s. 33),

meddelar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (åttonde avdelningen)

sammansatt av ordföranden M.E. Martins Ribeiro samt domarna S. Papasavvas och N. Wahl (referent),

justitiesekreterare: handläggaren C. Kantza,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 19 maj 2008,

följande

Dom

Bakgrund till tvisten

1. *De aktuella företagen*

- ¹ Den första sökanden, Nintendo Co., Ltd (nedan kallat NCL eller Nintendo), ett börsnoterat företag med säte i Kyoto (Japan), är moderbolag i Nintendokoncernen. Koncernens verksamhet är inriktad på produktion och distribution av spelkonsoler och spelkassetter, som är avsedda att användas på dessa konsoler.
- ² Nintendos verksamhet inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES) bedrivs i vissa områden av helägda dotterbolag. Det största dotterbolaget är Nintendo of Europe GmbH (nedan kallat NOE eller Nintendo). Vid tidpunkten för omständigheterna i målet samordnade NOE en del av Nintendos affärsverksamhet i Europa och var ensamåterförsäljare för företaget i Tyskland.
- ³ På andra marknader har Nintendo utsett fristående ensamåterförsäljare. The Games Ltd, en handelsdivision inom John Menzies Distribution Ltd, ett av John Menzies plc helägt dotterbolag, var Nintendos exklusiva återförsäljare för Förenade kungariket och Irland från och med augusti 1995 och åtminstone fram till den 31 december 1997.

2. Det administrativa förfarandet

Undersökning rörande videospelsbranschen (ärende nr IV/35.587 PO Video Games)

- 4 I mars 1995 inledde kommissionen en undersökning rörande videospelsbranschen (ärende nr IV/35.587 PO Video Games). Under denna undersökning skickade kommissionen den 26 juni och den 19 september 1995 en begäran om upplysningar till Nintendo, enligt artikel 11 i rådets förordning nr 17 av den 6 februari 1962, första förordningen om tillämpning av artiklarna [81 EG] och [82 EG] (EGT 13, 1962, s. 204; svensk specialutgåva, område 8, volym 1, s. 8), för att få information i synnerhet beträffande dess återförsäljare och dotterbolag, om de distributionsavtal som formellt ingåtts med dessa företag och dessa avtals allmänna försäljningsvillkor. NOE svarade på denna begäran genom skrivelser av den 31 juli och den 26 september 1995.

Kompletterande undersökning som specifikt rör Nintendos distributionssystem (ärende nr IV/35.706 PO Nintendo Distribution)

- 5 De preliminära undersökningsresultaten ledde till att kommissionen i september 1995 inledde en kompletterande undersökning specifikt rörande Nintendos distributions-system (ärende nr IV/35.706 PO Nintendo distribution).
- 6 Under denna undersökning skickade kommissionen den 9 oktober 1995 en begäran om upplysningar till Nintendo. Flera möten avseende Nintendos distributionspolitik hölls mellan företrädare för Nintendo och kommissionen. Nintendo har vidare tillhandahållit olika versioner av de avtal som företaget har slutit med vissa av sina återförsäljare.

Undersökning till följd av Omega Electro BV:s klagomål (ärende nr IV/36.321 Omega – Nintendo)

- 7 Den 26 november 1996 ingav Omega Electro, ett företag som är verksamt inom området för import och försäljning av elektroniska spel, ett klagomål enligt artikel 3.2 b i förordning nr 17, som främst gällde distributionen av Nintendos spelkassetter och spelkonsoler, och gjorde bland annat gällande att Nintendo hindrade parallellhandel samt upprätthöll ett system med bruttoprissättning i Nederländerna. Till följd av detta klagomål utvidgade kommissionen sin undersökning (ärende nr IV/36.321 Omega – Nintendo). Den 7 mars 1997 skickade kommissionen en begäran om upplysningar till Nintendo och till John Menzies. I sitt svar av den 16 maj 1997 medgav Nintendo att vissa av dess återförsäljningsavtal och allmänna villkor innehöll klausuler som begränsade parallellhandeln inom EES. I oktober 1997 skickade kommissionen en ny begäran om upplysningar till John Menzies. Bolaget svarade på denna begäran den 1 december 1997 och lämnade viss information om den omtvistade samverkan.
- 8 Genom skrivelse av den 23 december 1997 uppgav Nintendo för kommissionen att företaget hade blivit medvetet om "ett allvarligt problem avseende parallellhandel inom gemenskapen" och uppgav att det ville samarbeta med kommissionen.
- 9 Den 13 januari 1998 lämnade John Menzies ytterligare uppgifter. Den 21 januari, den 1 april och den 15 maj 1998 översände Nintendo hundratals handlingar till kommissionen. Den 15 december 1998 hölls ett möte mellan kommissionen och företrädare för Nintendo under vilket frågan om beviljande av eventuell ersättning till tredje part som skadats av den omtvistade samverkan diskuterades.
- 10 Efter sitt medgivande vidtog Nintendo åtgärder som syftade till att fortsättningsvis säkerställa att gemenskapsrätten iaktogs och vidare erbjöd de tredje parter som orsakats ekonomisk skada på grund av Nintendos agerande ekonomisk ersättning.

- 11 Den 26 april 2000 skickade kommissionen ett meddelande om invändningar till Nintendo och till de andra berörda företagen avseende åsidosättande av artikel 81.1 EG och artikel 53.1 i EES-avtalet. Nintendo och de andra berörda företagen bemötte kommissionens invändningar i olika skrivelser. I dessa ansökte Nintendo och flera andra av dessa företag om att kommissionens meddelande av den 18 juli 1996 om befrielse från eller nedsättning av böter i kartellärenden (EGT C 207, s. 4) (nedan kallat meddelandet om samarbete) skulle tillämpas. Ingen av parterna begärde att ett formellt förhör skulle hållas. Nintendo ifrågasatte inte att de omständigheter som beskrevs i meddelandet om invändningar hade ägt rum.
- 12 Vad gäller sökandena översändes svaret på meddelandet om invändningar till kommissionen den 7 juli 2000.

3. *Det omtvistade beslutet*

- 13 Den 30 oktober 2002 antog kommissionen beslut 2003/675/EG om ett förfarande enligt artikel 81 [EG] och artikel 53 i EES-avtalet (COMP/35.587 PO Video Games, COMP/35.706 PO Nintendo Distribution och COMP/36.321 Omega – Nintendo) (EUT L 255, 2003, s. 33) (nedan kallat beslutet). Beslutet delgavs NOE och NCL den 8 respektive den 11 november 2002.

14 Beslutet innehåller bland annat följande bestämmelser:

”Artikel 1

Följande företag har överträtt artikel 81.1 ... [EG] och artikel 53.1 i EES-avtalet genom att under de angivna perioderna delta i ett system av avtal och samordnade förfaranden på marknaderna för spelkonsoler och spelkassetter för spelkonsoler tillverkade av Nintendo, som haft till syfte och resultat att begränsa parallelexporten av Nintendos spelkonsoler och spelkassetter:

— [NCL och NOE], från januari 1991 till slutet av december 1997.

...

Artikel 3

De i artikel 1 angivna företagen åläggs härmed böter för den överträdelse som konstateras i den artikeln:

— [NCL] och [NOE], solidariskt ansvariga, böter om 149,128 miljoner euro.

...”

- 15 Vid beräkningen av bötesbeloppet tillämpade kommissionen i sitt beslut den metod som föreskrivs i riktlinjer för beräkning av böter som döms ut enligt artikel 15.2 i förordning nr 17 och artikel 65.5 [KS] (EGT C 9, 1998, s. 3) (nedan kallade riktlinjerna). Kommissionen beslöt däremot att inte tillämpa meddelandet om samarbete, på grund av överträdelsens vertikala art.
- 16 Kommissionen fastställde först böternas grundbelopp på grundval av överträdelsens allvar och varaktighet.
- 17 I detta avseende ansåg kommissionen inledningsvis att de berörda företagen hade begått en mycket allvarlig överträdelse, med hänsyn till överträdelsens art, de konkreta följderna på marknaden och den berörda geografiska marknadens storlek.
- 18 Kommissionen fastslog sedan att eftersom den aktuella enda och fortlöpande överträdelsen berörde flera företag med betydande storleksskillnader, skulle de berörda företagen behandlas olika, så att varje företags storlek och betydelse och därmed den faktiska påverkan som företagets olagliga beteende haft på konkurrensen beaktades. De aktuella företagen delades därför upp i tre grupper beroende på den relativa betydelse vart och ett av dem hade i förhållande till Nintendo i egenskap av återförsäljare av de berörda produkterna inom EES. Jämförelsen gjordes på grundval av varje företags andel av den sammanlagda volymen av Nintendos spelkonsoler och spelkassetter köpta för distribution inom EES år 1997, det sista året då överträdelsen pågick. På denna grund placerades endast Nintendo i den första gruppen medan endast John Menzies förekom i den andra gruppen. Kommissionen fastställde det preliminära utgångsbeloppet avseende överträdelsens allvar för dessa företag till 23 miljoner euro i Nintendos fall och till 8 miljoner euro i John Menzies fall. För de andra berörda företagen fastställdes ett preliminärt utgångsbelopp på 1 miljon euro.
- 19 För att se till att böterna var tillräckligt avskräckande och för att beakta Nintendos, John Menzies och Itochu Corp.:s storlek och sammanlagda resurser höjde kommissionen

dessa utgångsbelopp. Vad närmare bestämt gäller Nintendo ansåg kommissionen att förutom företagets storlek – företaget är betydligt mindre än Itochu – skulle det beaktas att det är fråga om tillverkaren av de produkter som är föremålet för överträdelsen. Med beaktande av dessa omständigheter tillämpade kommissionen en multiplikationskoefficient på 3 avseende de belopp som fastställts för Nintendo och Itochu samt på 1,25 avseende John Menzies. Utgångsbeloppen fastställdes således till 69 miljoner euro i Nintendos fall, 10 miljoner euro i John Menzies fall och 3 miljoner euro för Itochu.

20 Vad gäller varaktigheten av den överträdelse som vart och ett av företagen gjort sig skyldigt till höjdes utgångsbeloppet med 10 procent per år, vilket ledde till en höjning på 65 procent för Nintendo och 20 procent för John Menzies.

21 Kommissionen fastställde grundbeloppet för de böter som ålagts Nintendo till 113,85 miljoner euro.

22 Med anledning av de försvårande omständigheterna höjdes, för det andra, det grundbelopp som ålagts Nintendo dels med 50 procent på grund av att detta företag var ledare för och anstiftare till överträdelsen, dels med 25 procent eftersom företaget fortsatte med överträdelsen efter det att kommissionen hade vidtagit sina första utredningsåtgärder inom ramen för sin undersökning i juni 1995. Utgångsbeloppet för de böter som ålagts John Menzies höjdes med 20 procent, vilket motsvarar en höjning på 10 procent med beaktande av omständigheten att företaget fortsatte överträdelsen efter det att kommissionen hade inlett sin undersökning, och en höjning på 10 procent på grund av att företaget vägrade att samarbeta med kommissionen.

23 För det tredje, under undersökningen av de förmildrande omständigheterna, ansåg kommissionen inledningsvis att det var rimligt att sätta ned de böter som hade ålagts ett av företagen, Concentra – Produtos para crianças, SA, Nintendos exklusiva återförsäljare i Portugal, på grund av att detta företag hade haft en helt passiv roll under den största delen av den aktuella tidsperioden. Kommissionen beviljade vidare Nintendo en nedsättning på 300 000 euro för att beakta den ekonomiska ersättning som

detta företag erbjudit de tredje parter som i kommissionens meddelande om invändningar hade identifierats som parter som orsakats skada på grund av den omtvistade samverkan. Slutligen beviljades John Menzies och Nintendo nedsättning på 40 procent respektive 25 procent med hänsyn till att de aktivt hade samarbetat med kommissionen. Inga förmildrande omständigheter förelåg däremot avseende de övriga företagen.

Förfarandet och parternas yrkanden

- 24 Sökandena väckte förevarande talan genom ansökan som inkom till förstainstansrättens kansli den 16 januari 2003.
- 25 På grundval av referentens rapport beslutade förstainstansrätten (åttonde avdelningen) att inleda det muntliga förfarandet.
- 26 Genom skrivelse av den 7 maj 2008 uppgav sökandena att de frånföll grunden avseende att böterna höjdes felaktigt avseende det första året som deltagandet i överträdelsen pågick.
- 27 Vid förhandlingen den 19 maj 2008 utvecklade parterna sin talan och svarade på förstainstansrättens frågor. Kommissionen uppgav vid detta tillfälle att den inte hade några synpunkter på att sökandena frånfällit ovannämnda grund.

28 Vid denna förhandling delade sökandena ut en handling till rättens ledamöter och till svaranden bestående av en rättad version av en bilaga till dupliken. Genom denna bilaga avsåg kommissionen att visa på vilket sätt de företag som berördes av dess undersökning hade samarbetat. Förstainstansrätten hörde parterna och beslöt sedan att ta in denna handling i akten samt beslutade om en tidsfrist för att kommissionen skulle kunna yttra sig över nämnda handling. Sedan kommissionen inkommit med sitt yttrande häröver avslutades det muntliga förfarandet.

29 Sökandena har yrkat att förstainstansrätten ska

- ogiltigförklara artikel 3 i beslutet, i det avseende som sökandena därigenom åläggs böter,
- inom ramen för sin fulla prövningsrätt, ogiltigförklara eller nedsätta bötesbeloppet till ett belopp som bedöms vara lämpligt,
- vidta alla andra lämpliga åtgärder, och
- förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

30 Kommissionen har yrkat att förstainstansrätten ska

- ogilla talan i dess helhet, och

— förplikta sökandena att ersätta rättegångskostnaderna.

Rättslig bedömning

- ³¹ Sökandena har till stöd för sin talan gjort gällande att kommissionen har åsidosatt väsentliga formföreskrifter, EG-fördraget och dess tillämpningsbestämmelser genom att ålägga dem böter på nästan 150 miljoner euro, det vill säga de högsta böter som ålagts för en vertikal överträdelse och, vid den tidpunkt beslutet antogs, de fjärde högsta böter som någonsin ålagts ett enskilt företag för en enda överträdelse. Enligt sökanden är böterna olagliga på grund av dels det uppenbart oproportionerliga bötesbeloppet, dels de fel som vart och ett av de olika leden vid beräkningen av böterna är behäftat med.
- ³² De argument som sökandena har framfört, som således samtliga gäller fastställande av bötesbeloppet, avser, för det första, överträdelsens allvar, för det andra, tillämpningen av en multiplikationskoefficient i avskräckande syfte, för det tredje, överträdelsens varaktighet, för det fjärde, höjningen av böterna på grund av försvårande omständigheter och, för det femte, förekomsten av förmildrande omständigheter.
- ³³ Innan de grunder som sökanden har åberopat prövas ska det erinras om att det framgår av punkterna 366–464 i beslutet att de böter som kommissionen har ålagt på grund av de överträdelser av artikel 81.1 EG och artikel 53.1 i EES-avtalet som har konstaterats ålades i enlighet med artikel 15.2 i förordning nr 17 och att kommissionen, såsom den uttryckligen har bekräftat, har fastställt bötesbeloppet genom tillämpning av den metod som föreskrivs i riktlinjerna.

34 Även om riktlinjerna inte kan anses som rättsregler som administrationen under alla omständigheter skulle vara skyldig att iaktta, utgör de likväl vägledande förhållningsregler för den praxis som ska följas och från vilka administrationen, i ett enskilt fall, inte kan avvika utan att ange skäl som är förenliga med likabehandlingsprincipen (se domstolens dom av den 18 maj 2006 i mål T-397/03 P, Archer Daniels Midland och Archer Daniels Midland Ingredients mot kommissionen, REG 2006, s. I-4429, punkt 91 och där angiven rättspraxis).

1. *Fastställandet av det preliminära utgångsbeloppet för de böter som sökandena har ålagts*

Parternas argument

35 Sökandena har gjort gällande att kommissionen felaktigt har fastställt utgångspunkten för böterna avseende överträdelsens allvar till 23 miljoner euro och har i detta avseende anfört två grunder. Den första avser en uppenbart felaktig bedömning och den andra avser avsaknad av motivering.

36 Sökandena har i första hand anmärkt på att kommissionen har fastställt bötesbeloppet avseende överträdelsens allvar genom att grunda sig på "varje parts andel av den sammanlagda volymen av Nintendos spelkonsoler och spelkassetter köpta för distribution inom EES". Att hänvisa till denna omständighet, vilket inte har skett tidigare i praxis, är godtyckligt och olämpligt. För det första innebär kommissionens tillvägagångssätt att nämnda belopp hade varit högre om Nintendo hade valt att distribuera sina produkter genom helägda dotterbolag och lägre om företaget hade valt att distribuera sina produkter genom oberoende återförsäljare, trots att det inte fanns något logiskt sammanhang mellan det relativa och det absoluta ansvar som ett företag som begår en överträdelse har och den struktur som företaget inrättat för att distribuera sina egna produkter. För det andra beaktas inte konkurrensen mellan märken eller inom märken vid detta tillvägagångssätt. Sökandena har i detta avseende gjort gällande att tillhandahållandet av spelkonsoler och spelkassetter är präglad av en stark konkurrens mellan märken. Nintendos ställning som tillverkare har dessutom beaktats

två gånger, eftersom denna ställning även beaktades vid bedömningen av försvårande omständigheter (punkt 229 i beslutet).

- 37 Sökandena har i andra hand framhållit att kommissionen inte har motiverat eller åtminstone inte tillräckligt motiverat den metod som har använts och det belopp som således fastställdes. De anser att kommissionens förklaringar i dess svaromål inte heller är tillfredsställande, eftersom de är felaktiga och strider mot det resonemang som framgår av såväl beslutet som riktlinjerna.
- 38 Sökandena anser i detta avseende att kommissionen har avvikit från det resonemang som den förde i beslutet genom att i sitt svaromål framhålla att utgångsbeloppet på 23 miljoner euro återspeglade en enda aspekt av överträdelsens allvar, nämligen förhållandena mellan Nintendos dotterbolag, som var återförsäljare, och kunderna, medan en annan aspekt beaktades genom multiplikationsfaktorn, det vill säga sökandenas roll som tillverkare och leverantör av varor till deras oberoende återförsäljare. Enligt kommissionen återspeglar multiplikationsfaktorn endast behovet av att avskräcka företagen att begå överträdelser, medan beloppet på 23 miljoner euro fastställdes på grund av överträdelsens allvar.
- 39 Den argumentation som kommissionen utvecklade i sitt svaromål är i vart fall felaktig. I denna inlaga antyds att det belopp som ålagts för en aspekt av överträdelsen grundade sig på en annan aspekt av denna, trots att olika belopp hade kunnat beräknas för överträdelsens allvar, avseende var och en av dessa aspekter, mot bakgrund av samtliga omständigheter.
- 40 Kommissionen frångick även sina egna riktlinjer genom att tillämpa en faktor i avskräckande syfte för att justera viktningen av de ursprungliga belopp som fastställts på grund av överträdelsens allvar, trots att det i riktlinjerna görs en tydlig skillnad mellan tillämpningen av viktning för att beakta den faktiska påverkan som varje företags rättsstridiga handlande har i ärenden som innefattar flera parter och

justeringen av det belopp som fastställts på grund av överträdelsens allvar för att garantera en tillräckligt avskräckande verkan.

41 Sökandena har framhållit, till svar på kommissionens argument att i förhållande till de böter som åläggs för karteller har sökandenas böter nedsatts betydligt, att en grundläggande skillnad ska göras mellan de ärenden som avser horisontella begränsningar och de som avser vertikala begränsningar. Denna skillnad bekräftas genom att meddelandet om samarbete endast är tillämpligt på horisontella restriktioner.

42 Kommissionen har bestritt alla argument som sökandena har gjort gällande.

Förstainstansrättens bedömning

43 Såsom framgår av beslutet har kommissionen i förevarande fall fastställt det bötesbelopp som de berörda företagen har ålagts på grundval av flera omständigheter, i enlighet med den metod som det redogörs för i riktlinjerna.

44 Med beaktande av överträdelsens art, dess påverkan på marknaden och det faktum att den begränsade parallellhandeln inom hela EES, drog kommissionen slutsatsen att de berörda företagen hade begått en mycket allvarlig överträdelse av artikel 81.1 EG, för vilken böter på minst 20 miljoner euro var sannolika i enlighet med punkt 1 A andra stycket tredje strecksatsen i riktlinjerna (punkterna 374–384 i beslutet).

- 45 Med beaktande av att det var fråga om en enda fortlöpande överträdelse som berörde flera företag av olika storlekar gjorde kommissionen vidare åtskillnad i behandlingen av dessa i enlighet med punkt 1 A tredje stycket i riktlinjerna (se punkterna 385–391 i beslutet). När kommissionen gjorde detta beaktade den varje parts andel av den sammanlagda volymen av Nintendos spelkonsoler och spelkassetter köpta för distribution inom EES år 1997, det sista året då överträdelsen pågick (se punkt 386 i beslutet).
- 46 På grundval av detta fastställdes det ”preliminära utgångsbeloppet” för böterna för Nintendo till 23 miljoner euro (punkt 391 i beslutet). Slutligen, för att säkerställa att böterna har en tillräckligt avskräckande verkan multiplicerade kommissionen detta belopp med tre inte bara med hänsyn till Nintendos storlek och sammanlagda resurser, utan även på grund av dess egenskap som tillverkare av produkterna. Utgångsbeloppet för de böter som Nintendo ålagts fastställdes således till 69 miljoner euro (punkterna 392–396 i beslutet).
- 47 Av det ovanstående följer att i motsats till vad sökandena har gjort gällande, grundade sig kommissionen inte uteslutande på de sifferuppgifter som motsvarade varje parts andel av den sammanlagda volymen av Nintendos spelkonsoler och spelkassetter köpta för distribution under referensåret.
- 48 Sökandenas argument kan vidare inte heller vinna framgång om de tolkas som att de har till syfte att ifrågasätta att dessa tal används vid den differentierade behandlingen i punkterna 385–391 i beslutet.
- 49 Såsom kommissionen angav i punkt 385 i beslutet syftar en sådan differentiering till att varje berört företags särskilda betydelse beaktas, och följaktligen den faktiska verkan av företagets rättsstridiga handlande, framför allt när det finns betydande skillnader i storlek mellan de företag som begår en överträdelse av samma art.

- 50 När det gäller ett system av avtal och samordnade förfaranden som har till syfte och resultat att begränsa parallelexporten av Nintendos spelkonsoler och spelkassetter, är de andelar av marknaden för distribution av de aktuella produkterna som de respektive parterna innehar representativa för varje företags särskilda betydelse i det omtvistade distributionssystemet. Kommissionen gjorde således inte en uppenbart oriktig bedömning när den hänvisade till nämnda andelar vid den differentiering som den gjorde vid fastställandet av de preliminära bötesbelopp som de berörda företagen ålades.
- 51 Även omständigheten att tillhandahållandet av spelkonsoler och spelkassetter är präglad av en stark konkurrens mellan märken beaktas, i motsats till vad sökandena har anfört, genom kommissionens tillvägagångssätt. Såsom kommissionen har framhållit ska det erinras om att hänvisningen till de andelar av marknaden för distribution av Nintendoprodukter som varje berört företag har endast gjordes för att fastställa vart och ett av dessa företags relativa ansvar för den aktuella överträdelsen. Såsom tydligt framgår av beslutet (se särskilt punkt 374) var syftet med överträdelsen emellertid just att begränsa konkurrensen avseende distributionen av Nintendoprodukter. Omständigheten att marknaden för spelkonsoler och spelkassetter snarare är präglad av en stark konkurrens mellan märken än en konkurrens inom märken är således, även om det antas att den är riktig, inte en omständighet som kommissionen skulle beakta när den fastställde det särskilda preliminära utgångsbeloppet för de böter som sökandena ålagts.
- 52 Den omständigheten att kommissionen aldrig i tidigare praxis har använt sig av de ifrågasatta uppgifterna för att dela upp företag som har deltagit i en enda överträdelse i olika kategorier beror på att det är första gången som kommissionen, såsom den vidare har bekräftat i sina inlagor, har gjort en sådan uppdelning i ett beslut avseende beteenden av vertikal art.
- 53 Avseende anmärkningen beträffande motiveringsskyldigheten i förhållande till uppdelningen i kategorier, ska det erinras om att det framgår av fast rättspraxis att när det gäller fastställande av böter för överträdelser av konkurrensrätten har kommissionen uppfyllt sin motiveringsskyldighet om den i beslutet angett de omständigheter som gjort det möjligt för den att fastställa överträdelsens allvar och

varaktighet, och den är inte skyldig att ange någon mer detaljerad redogörelse eller fler sifferuppgifter avseende beräkningen av böterna (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 16 november 2000 i mål C-279/98 P, Cascades mot kommissionen, REG 2000, s. I-9693, punkterna 38–47, och förstainstansrättens dom av den 30 september 2003 i de förenade målen T-191/98 och T-212/98–T-214/98, Atlantic Container Line m.fl. mot kommissionen, REG 2003, s. II-3275, punkt 1522).

54 I förevarande fall följer det av det ovanstående att kommissionen tillräckligt har förklarat de olika leden i fastställandet av bötesbeloppet med hänsyn till överträdelsens allvar och att den således har uppfyllt sin motiveringsskyldighet.

55 Ingen av de anmärkningar som har anförts avseende fastställandet av det preliminära utgångsbeloppet för böterna med hänsyn till överträdelsens allvar kan således godtas.

2. Höjningen av det preliminära utgångsbeloppet för de böter som sökandena ålades för att garantera en tillräckligt avskräckande verkan

56 Sökandena har ifrågasatt inte endast omständigheten att kommissionen har multiplicerat det preliminära utgångsbeloppet för böterna med tre i avskräckande syfte, utan även själva principen att böterna höjs i detta syfte. I detta avseende har sökandena anført två grunder. Den första grunden gäller en uppenbart felaktig rättstillämpning, åsidosättande av proportionalitetsprincipen och principen *ne bis in idem* samt rätten till försvar och en brist i förenligheten med kommissionens tidigare beslutspraxis. Den andra grunden gäller bristande motivering, åsidosättande av principen om likabehandling och felaktig tillämpning av den metod som föreskrivs i riktlinjerna.

Den första grunden: Huruvida det förekommit en uppenbart felaktig rättslig bedömning, ett åsidosättande av proportionalitetsprincipen och principen ne bis in idem samt rätten till försvar, och en brist i förenligheten med kommissionens tidigare beslutspraxis

Parternas argument

- 57 Sökandena har för det första framhållit att kommissionen har åsidosatt proportionalitetsprincipen, eftersom det inte var nödvändigt att tillämpa en multiplikationskoefficient för att säkerställa att de skulle följa gemenskapsrätten i framtiden.
- 58 Enligt sökandena ska kommissionen, innan den tillämpar en multiplikationskoefficient i avskräckande syfte avseende böterna, pröva om det föreligger en risk för att den som har begått överträdelsen kommer att åsidosätta konkurrensbestämmelserna på nytt om en sådan höjning inte görs. I förevarande fall finns det emellertid ingenting, vare sig i meddelandet om invändningar eller i beslutet, som tyder på att en sådan risk skulle vara för handen avseende sökandena. Kommissionen har tvärtom själv uppgett, såväl i meddelandet om invändningar som i beslutet (skäl 95) att "Nintendo också [hade vidtagit] vad som föreföll vara trovärdiga åtgärder för att se till att gemenskapslagstiftningen följdes i framtiden". Sökandena har i detta avseende erinrat om att de har vidtagit flera åtgärder, nämligen att de erkände frivilligt, att de frivilligt upphörde med överträdelsen i december 1997, att de fullt ut samarbetade med kommissionen, att de betalade ut ersättning till tredje part, att de ingick icke exklusiva distributionsavtal med sina återförsäljare och att de genomförde ett världsomfattande program för att följa konkurrenslagstiftningen.
- 59 När det gäller den skillnad som kommissionen har gjort i sitt svaromål mellan allmänt avskräckande och individuellt avskräckande effekter samt argumentet enligt vilket tillämpningen av en multiplikationskoefficient kan vara berättigad för att uppnå en allmänt avskräckande effekt, har sökandena invänt att ett sådant argument strider såväl mot riktlinjerna som mot kommissionens tidigare praxis. I ärendet kallat "Fjärrvärmerör", som kommissionen har hänvisat till, var således koefficientens själva syfte att hindra att ABB Asea Brown Boveri Ltd (nedan kallat ABB) upprepade överträdelsen (kommissionens beslut 1999/60/EG av den 21 oktober 1998 om ett förfarande enligt artikel [81 EG] (ärende nr IV/35.691/E-4: Kartellen för fjärrvärmerör) (EGT L 24, 1999, s. 1), punkt 168)). Dessutom utgör detta ärende, till skillnad mot vad kommissionen har gjort gällande, inte ett relevant prejudicerande fall till förmån för att en koefficient ska

tillämpas på ett företag som har antagit ett program för att följa konkurrenslagstiftningen, eftersom kommissionen uttryckligen uttryckte tvivel om huruvida ABB:s tidigare program var effektivt (det ovannämnda beslutet Fjärrvärmerör, punkt 172).

60 Sökandena har för det andra gjort gällande att kommissionen har avvikit från sin tidigare praxis genom att, för första gången, i ett ärende som gäller vertikala restriktioner, tillämpa en multiplikationskoefficient i avskräckande syfte.

61 Sökandena har i detta avseende erinrat om att kommissionen, för att i förevarande fall motivera tillämpningen av en multiplikationskoefficient för att säkerställa böternas avskräckande verkan, grundade sig på dels Nintendos storlek, dels på företagets egenskap som tillverkare. I tidigare ärenden avseende vertikala överträdelser har emellertid inte någon koefficient tillämpats på tillverkare i avskräckande syfte, trots den omständigheten att nämnda tillverkare i vart och ett av dessa fall hade ålagts böter och att de berörda företagen, med ett undantag, var flera gånger större än sökandena. Detta var fallet i ärendena kallade "Volkswagen I" och "Volkswagen II", "Mercedes Benz" och "Opel" (kommissionens beslut 98/273/EG av den 28 januari 1998 om ett förfarande enligt artikel [81 EG] (Ärende IV/35.733 – VW) (EGT L 124, s. 60), kommissionens beslut 2001/711/EG av den 29 juni 2001 om ett förfarande enligt artikel 81 [EG] (ärende COMP/F-2/36.693 – Volkswagen) (EGT L 262, s. 14), kommissionens beslut 2002/758/EG av den 10 oktober 2001 om ett förfarande enligt artikel 81 [EG] (ärende COMP/36.264 – Mercedes-Benz) (EGT L 257, s. 1), respektive kommissionens beslut 2001/146/EG av den 20 september 2000 om ett förfarande enligt artikel 81 [EG] (ärende COMP/36.653 – Opel) (EGT L 59, 2001, s. 1)). Inget av de företag som deltog i dessa ärenden upphörde för övrigt frivilligt med sin överträdelse eller samarbetade med kommissionen på något som helst sätt. Vissa av dessa företag hade dessutom tidigare gjort sig skyldiga till överträdelser.

62 För att bemöta kommissionens påstående enligt vilket multiplikationskoefficienten ska tillämpas i avskräckande syfte endast i de ärenden där flera parter ska sanktioneras, har

sökandena gjort gällande att de omständigheter som anförs för att i förevarande fall motivera att en sådan koefficient tillämpas, nämligen Nintendos storlek och egenskap som tillverkare, är desamma både i ärenden som inbegriper en part och i ärenden med fler parter. Det tillvägagångssätt som kommissionen förespråkar är således irrationellt och diskriminerande.

63 När det gäller kommissionens argument enligt vilket det är motiverat att använda en multiplikationskoefficient i avskräckande syfte, eftersom det är nödvändigt att ålägga ett lågt preliminärt utgångsbelopp för att inte straffa de andra parterna, i synnerhet de små återförsäljarna, har sökandena genmält att det inte är visat att det i beslutet förekommer någon direkt rättslig eller matematisk koppling mellan det belopp som fastställts avseende överträdelsens allvar för Nintendo och det belopp som fastställts avseende överträdelsens allvar för återförsäljarna. Kommissionen var i vart fall inte tvungen att höja det belopp som fastställts för de små återförsäljarna endast av den anledningen att den hade fastställt ett högre belopp för Nintendo.

64 Sökandena har för det tredje gjort gällande att kommissionen, genom att i punkt 395 i beslutet beakta Nintendos egenskap som tillverkare av produkterna i fråga för att tillämpa en multiplikationsfaktor i avskräckande syfte, grundade sig på en icke relevant omständighet och således gjorde sig skyldig till en uppenbart felaktig rättstillämpning.

65 Domstolens dom av den 7 juni 1983 i de förenade målen 100/80–103/80, *Musique diffusion française m.fl. mot kommissionen* (REG 1983, s. 1825, punkt 75; svensk specialutgåva, volym 7, s. 133), är inte ett relevant prejudikat i detta avseende. Domstolen fastslår inte i denna dom att redan omständigheten att ett företag är en tillverkare motiverar att bötesbeloppet höjs. Domstolen fann att den relevanta omständighet som ska beaktas vid beräkningen av bötesbeloppet är den roll som tillverkaren hade i överträdelsen och inte den omständigheten att det rör sig om en tillverkare. Punkt 75 i denna dom, vilken kommissionen har hänvisat till, gäller vidare inte beräkningen av bötesbeloppet, utan frågan huruvida tillverkaren hade deltagit i en vertikal överträdelse med sina återförsäljare.

66 Enligt sökandena är det i vart fall inte på grund av att Nintendo tillverkar produkterna i fråga som företaget, med större sannolikhet än någon annan part, kan komma att åsidosätta konkurrensrätten vid ett senare tillfälle.

67 Sökandena har för det fjärde anfört att kommissionen har åsidosatt principen *ne bis in idem* genom att beakta Nintendos egenskap som tillverkare inte endast vid höjningen i avskräckande syfte, utan också vid fastställandet av den försvårande omständigheten att Nintendo haft en ledande roll eller uppmuntrat till överträdelsen. De har gjort gällande att vid en vertikal överträdelse sammanfaller i praktiken rollerna som tillverkare och ledare. Tillverkaren har en central ställning i det avseende som den utser återförsäljarna, godkänner de villkor enligt vilka de sistnämnda erhåller sina varor och har bestående affärskontakter med var och en av dem. Varje tillverkare som är inblandad i en vertikal överträdelse i vilken dess återförsäljare även deltar har således en central roll.

68 Sökandena anser för det femte att kommissionen har åsidosatt deras rätt till försvar genom att inte i meddelandet om invändningar nämna att den hade för avsikt att tillämpa en multiplikationsfaktor i avskräckande syfte. De har i synnerhet framhållit att kommissionen i ärendet Fjärrvärmerör särskilt informerade ABB om att nödvändigheten av att säkerställa att böterna fick en avskräckande verkan skulle beaktas (förstainstansrättens dom av den 20 mars 2002 i mål T-31/99, ABB Asea Brown Boveri mot kommissionen, REG 2002, s. II-1881, punkterna 64 och 83).

69 Kommissionen har bestritt alla anmärkningar som sökandena har gjort gällande.

Förstainstansrättens bedömning

70 Det ska erinras om att kommissionens befogenhet att besluta om böter för företag som uppsåtligt eller av oaktsamhet överträder artiklarna 81.1 EG eller 82 EG utgör ett av de medel som kommissionen har utrustats med för att kunna fullgöra sin kontrolluppgift

enligt gemenskapsrätten. I denna uppgift ingår att föra en allmän politik för att tillämpa de principer som fastställts i fördraget på konkurrensområdet samt att påverka företagens beteende i denna riktning (domen i de ovan i punkt 65 nämnda förenade målen *Musique diffusion française m.fl. mot kommissionen*, punkt 105, och förstainstansrättens dom av den 27 september 2006 i mål T-43/02, *Jungbunzlauer mot kommissionen*, REG 2006, s. II-3435, punkt 297).

71 Kommissionen har därför rätt att höja bötesbeloppet för att förstärka dess avskräckande verkan när förfaranden av ett visst slag fortfarande är relativt vanliga trots att det redan från begynnelsen av gemenskapens konkurrenspolitik har slagits fast att de är rättsstridiga, på grund av den vinst som de kan ge vissa av de berörda företagen (domen i de ovan i punkt 65 nämnda förenade målen *Musique diffusion française m.fl. mot kommissionen*, punkt 108, och i det ovan i punkt 70 nämnda målet *Jungbunzlauer mot kommissionen*, punkt 298). Den avskräckande effekt som åsyftas tar sikte på företagens agerande inom gemenskapen och EES. Avskräckningsfaktorn bestäms på grundval av ett antal omständigheter och inte bara det berörda företags specifika situation (domstolens dom av den 29 juni 2006 i mål C-289/04 P, *Showa Denko mot kommissionen*, REG 2006, s. I-5859, punkt 23, se även för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 70 nämnda målet *Jungbunzlauer mot kommissionen*, punkt 300).

72 När kommissionen bedömer om det är nödvändigt att höja bötesbeloppet för att säkerställa att det får en avskräckande verkan är den ingalunda skyldig att pröva om det är troligt att de aktuella företagen kommer att upprepa överträdelsen (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 12 december 2007 i de förenade målen T-101/05 och T-111/05, *BASF och UCB mot kommissionen*, REG 2007, s. II-4949, punkt 47).

73 I förevarande fall kan sökandena således inte med framgång göra gällande att kommissionen har åsidosatt proportionalitetsprincipen på grund av att den endast skulle ha rätt att höja bötesbeloppet för att försäkra sig om att det fick en avskräckande verkan i det fall där det föreligger en risk att de berörda företagen på nytt kommer att åsidosätta konkurrensreglerna. Såsom kommissionen har framhållit tar således den eftersökta avskräckande verkan inte endast sikte på de företag som beslutet att ålägga

böter riktar sig till. Företag av liknande storlek och med liknande resurser ska även förmås att avstå från att delta i liknande överträdelser av konkurrensreglerna.

- 74 De förebyggande åtgärder som sökandena har vidtagit, vilka bland annat består i ett program för att följa den gemenskapsrättsliga konkurrenslagstiftningen, företagens samarbete under det administrativa förfarandet och den ersättning som de har erbjudit tredje part, påverkar inte den överträdelse som har begåtts och ska inte beaktas vid bedömningen av överträdelsens allvar. Dessa omständigheter kan däremot beaktas vid bedömningen av huruvida det förekommer förmildrande omständigheter.
- 75 När det gäller anmärkningen att kommissionen har avvikit från sin tidigare praxis i det avseendet att ingen höjning i avskräckande syfte ska ha skett av de böter som ålagts deltagarna i en vertikal överträdelse, ska det erinras om att det framgår av fast rättspraxis att kommissionens beslutspraxis inte utgör den rättsliga ramen för åläggande av böter på konkurrensområdet. Av domstolens fasta rättspraxis framgår även att beslut i andra ärenden enbart är vägledande vid fastställande av om det förekommer diskriminering, eftersom det är föga troligt att omständigheterna i dessa ärenden, såsom marknader, produkter, företag och aktuella perioder, är identiska (domstolens dom av den 21 september 2006 i mål C-167/04 P, JCB Service mot kommissionen, REG 2006, s. I-8935, punkterna 201 och 205, och av den 7 juni 2007 i mål C-76/06 P, Britannia Alloys & Chemicals mot kommissionen, REG 2007, s. I-4405, punkt 60).
- 76 Det ska vidare framhållas att nämnda företag i synnerhet måste beakta att kommissionen när som helst kan besluta att höja bötesnivån i förhållande till den nivå som tillämpats tidigare (den ovan i punkt 75 nämnda domen i målet Britannia Alloys & Chemicals mot kommissionen, punkt 61).
- 77 Av detta följer att anmärkningen avseende en brist i förenligheten med kommissionens tidigare beslutspraxis inte kan godtas.

78 Inte heller påståendet att kommissionen har gjort sig skyldig till en felaktig rättstillämpning genom att vid höjningen i avskräckande syfte ta hänsyn till omständigheten att Nintendo tillverkade de aktuella produkterna kan godtas.

79 Även om det är riktigt att företagens storlek generellt är en omständighet som ska beaktas vid fastställandet av bötesbeloppet kan det inte uteslutas att andra omständigheter kan beaktas för att säkerställa att böterna får en tillräckligt avskräckande verkan. När det gäller vertikala överträdelser kan egenskapen som tillverkare av produkter, liksom företagets storlek, i detta avseende utgöra en omständighet som visar företagets faktiska kapacitet att orsaka en betydande begränsning av konkurrensen. I ett sådant fall ska tillverkaren av de aktuella produkterna, vilken har en central ställning i distributionssystemet för nämnda produkter, vara särskilt vaksam och försäkra sig om att denne följer konkurrensreglerna vid ingåendet av distributionsavtal.

80 När kommissionen fastställde bötesbeloppet till en nivå som säkerställde att det fick en tillräckligt avskräckande verkan, kunde den således, utan att göra en uppenbart felaktig bedömning, beakta omständigheten att Nintendo, med hänsyn till dess egenskap som tillverkare, hade en unik ställning i det omtvistade distributionssystemet.

81 Såsom stöd för att denna bedömning är oriktig, kan sökandena inte med framgång göra gällande att tillverkaren av de aktuella produkterna inte är mer benägen än andra företag att åsidosätta konkurrensrätten i framtiden. Såsom erinrades om i punkt 72 ovan finns det inte något samband mellan höjningen av böterna i avskräckande syfte och sannolikheten för att de aktuella företagen upprepar överträdelsen.

- 82 När det gäller sökandenas påstående att kommissionen har åsidosatt principen *ne bis in idem* genom att beakta företagens egenskap som tillverkare inte endast vid höjningen i avskräckande syfte, utan även vid fastställandet av försvårande omständigheter, ska det direkt konstateras att denna princip inte är tillämplig i förevarande fall. Denna princip innebär ett förbud mot att sanktionsåtgärder vidtas mot samma person mer än en gång för samma rättsstridiga beteende (domstolens dom av den 7 januari 2004 i de förenade målen C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P och C-219/00 P, Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen, REG 2004, s. I-123, punkt 338). Det har emellertid inte vidtagits sanktionsåtgärder mot sökandena mer än en gång för samma beteende.
- 83 I motsats till vad sökandena har gjort gällande har kommissionen i vart fall såsom försvårande omständighet inte beaktat omständigheten att Nintendo var tillverkaren av de aktuella produkterna, vilket är en objektiv omständighet, utan omständigheten att företaget har haft en ledande roll eller uppmuntrat till överträdelsen, vilket utgör en subjektiv omständighet som syftar till att kvalificera företagets roll i den aktuella överträdelsen. Det kan inte göras gällande, såsom stöd för att denna slutsats ska betraktas som oriktig, att rollen som ledare inom ramen för vertikala överträdelser nödvändigtvis innehas av tillverkaren av de aktuella produkterna. Det går inte att utesluta att en överträdelse av vertikal natur kan ledas av ett företag som endast är återförsäljare och inte tillverkare av de berörda produkterna.
- 84 När det slutligen gäller anmärkningen avseende åsidosättande av rätten till försvar i det avseende som kommissionen inte nämnde i meddelandet om invändningar att den hade för avsikt att höja böterna för sökandena för att säkerställa att de fick en tillräckligt avskräckande verkan, ska det erinras om att enligt fast rättspraxis uppfyller kommissionen sin skyldighet att iaktta företagets rätt att yttra sig, genom att i sitt meddelande om invändningar uttryckligen ange att den har för avsikt att undersöka huruvida de berörda företagen ska åläggas böter och de huvudsakliga faktiska och rättsliga grunder som kan medföra att böter åläggs, såsom hur allvarlig den påstådda överträdelsen är och hur länge den pågått samt huruvida den begåtts uppsåtligt eller av oaktsamhet. Kommissionen ger därigenom företagen de upplysningar som är nödvändiga för att de ska kunna försvara sig inte bara mot konstaterandet av en överträdelse, utan även mot åläggandet av böter (förstainstansrättens dom av den 20 mars 2002 i mål T-23/99, LR AF 1998 mot kommissionen, REG 2002, s. II-1705, punkt 199, se även för ett liknande resonemang domen i de ovan i punkt 65 nämnda förenade målen *Musique diffusion française* m.fl. mot kommissionen, punkt 21).

85 Det är således genom att de har möjlighet att yttra sig över hur länge överträdelsen har pågått och hur allvarlig den är samt förutsebarheten av överträdelsens konkurrensbegränsande verkan som de berörda företagen garanteras rätt till försvar gentemot kommissionen vad gäller fastställandet av bötesbeloppet. Det ska dessutom noteras att det finns ytterligare en skyddsregel för företagen när det gäller fastställandet av detta belopp, såtillvida att förstainstansrätten har full prövningsrätt och kan upphäva eller nedsätta bötesbeloppet i enlighet med artikel 17 i förordning nr 17 (domen i det ovan i punkt 84 nämnda målet LR AF 1998 mot kommissionen, punkt 200).

86 I förevarande fall har kommissionen i meddelandet om invändningar tydligt uppgett de viktigaste omständigheterna som den avsåg att beakta vid fastställandet av bötesbeloppet. Dessa omständigheter avser inte endast överträdelsens varaktighet och allvar (punkterna 353–360 i meddelandet om invändningar), utan även andra parametrar (punkt 361 i meddelandet om invändningar).

87 Den omständigheten att kommissionen inte har nämnt möjligheten att en multiplikationskoefficient kunde komma att tillämpas för att säkerställa att de böter som sökandena ålagts fick en avskräckande verkan innebär inte ett åsidosättande av sökandenas rätt till försvar. Enligt riktlinjerna utgör böternas avskräckande verkan en av de omständigheter som ska beaktas vid bedömningen av hur allvarliga överträdelserna är (domstolens dom av den 17 juli 1997 i mål C-219/95 P, Ferriere Nord mot kommissionen, REG 1997, s. I-4411, punkt 33, och domen i det ovan i punkt 72 nämnda målet BASF och UCB mot kommissionen, punkt 45). Det krävs inte att kommissionen i meddelandet om invändningar mer i detalj anger samtliga omständigheter som den avser att beakta vid fastställandet av bötesbeloppet.

88 Anmärkningen avseende åsidosättande av rätten till försvar kan således inte heller godtas.

89 Mot bakgrund av det ovanstående kan talan inte bifallas på förevarande grund.

Den andra grunden: Huruvida det förekommit bristande motivering, åsidosättande av principen om likabehandling och felaktig tillämpning av den metod som anges i riktlinjerna

Parternas argument

- 90 Sökandena har för det första gjort gällande att kommissionen har åsidosatt principen om likabehandling genom att tillämpa multiplikationsfaktorn 3 på det preliminära bötesbeloppet för att säkerställa att det fick en avskräckande verkan. Den multiplikationsfaktor som skulle ha tillämpats på det bötesbelopp som sökandena ålades i avskräckande syfte skulle ha varit identiskt med eller nära faktorn 1,25, som tillämpades på John Menzies, eftersom Nintendo avseende omsättningens storlek är mer än tjugo gånger så stort som Itochu men endast två gånger så stort som John Menzies. I förevarande fall är höjningen i avskräckande syfte av de böter som sökandena har ålagts proportionellt sett samma som den som gjordes avseende Itochu och åtta gånger högre än den som gjordes avseende John Menzies. I absoluta tal är denna höjning 57 gånger större än den höjning som gjordes avseende John Menzies.
- 91 Sökandena har för det andra gjort gällande att tillämpningen av en multiplikationsfaktor i avskräckande syfte medförde att det totala beloppet av de böter som företagen ålades höjdes med 99,6 miljoner euro. De har i detta avseende gjort gällande att kommissionen har åsidosatt sin motiveringsskyldighet genom att inte förklara varför multiplikationskoefficienten 3 tillämpades på dem och varför en sådan höjning var nödvändig, då det i John Menzies fall bedömdes tillräckligt med en höjning på 1,73 miljoner euro.
- 92 Som svar på kommissionens argument att skillnaden mellan höjningen i avskräckande syfte av de böter som sökandena har ålagts och den höjning som gjordes för John Menzies kan förklaras av omständigheten att Nintendo var tillverkare av de aktuella produkterna har sökandena framhållit att en höjning av böter i avskräckande syfte inte ska grunda sig på företagens ställning i den ekonomiska kedjan, utan på behovet av att säkerställa att konkurrensrätten följs i framtiden.

93 Sökandena har slutligen anfört att kommissionen har åsidosatt riktlinjerna genom att tillämpa en multiplikationsfaktor i avskräckande syfte redan i det andra ledet av beräkningen av böterna. Enligt sökandena ska kommissionen kontrollera att böterna har en tillräckligt avskräckande verkan endast med avseende på böternas slutbelopp, det vill säga efter höjningen på grund av överträdelsens allvar och försvårande omständigheter.

94 Kommissionen har gjort gällande att ingen av sökandenas anmärkningar kan godtas.

Förstainstansrättens bedömning

95 När det för det första gäller påståendet att kommissionen har åsidosatt principen om likabehandling då den multiplikationsfaktor som tillämpades på sökandena borde ha varit identisk med den som tillämpades på John Menzies, det vill säga en faktor på 1,25 och inte 3, ska det erinras om att kommissionen enligt principen om likabehandling inte får behandla lika situationer olika och olika situationer lika, såvida det inte finns sakliga skäl för en sådan behandling (se förstainstansrättens dom av den 25 oktober 2005 i mål T-38/02, *Groupe Danone mot kommissionen*, REG 2005, s. II-4407, punkt 453 och där angiven rättspraxis).

96 Nintendo och John Menzies befinner sig emellertid inte på något sätt i lika situationer. Inte endast deras andelar av marknaden för försäljning av de aktuella produkterna, ([konfidentiellt] procent respektive [konfidentiellt] procent) är mycket olika, utan även deras ställningar i distributionssystemet (tillverkare respektive storskalig ensamåterförsäljare). Kommissionen åsidosatte således inte principen om likabehandling när den säkerställde att böterna fick en avskräckande verkan.

- 97 När det gäller anmärkningen avseende åsidosättande av motiveringsskyldigheten är det tillräckligt att erinra om att med hänsyn till kraven avseende motivering av beslut om böter (se punkt 53 ovan) och med beaktande av punkterna 392–396 i beslutet, föreligger det ingen brist i motiveringen avseende de ålagda böternas avskräckande verkan.
- 98 Påståendet att kommissionen har åsidosatt riktlinjerna då höjningen i avskräckande syfte borde ha gjorts i det slutliga ledet av fastställandet av bötesbeloppet kan slutligen inte heller godtas.
- 99 Denna anmärkning beror på en felaktig tolkning av riktlinjerna. I riktlinjerna omnämns det avskräckande syftet i punkt 1 A, enligt vilken ”det kommer ... att vara nödvändigt att fastställa bötesbeloppet till en nivå som säkerställer att böterna är tillräckligt avskräckande”. Såsom förstainstansrätten redan har fastslagit är nödvändigheten av att en sådan verkan säkerställs ett allmänt krav som ska vägleda kommissionen under hela beräkningen av bötesbeloppet och innebär inte nödvändigtvis att denna beräkning ska innehålla ett särskilt led med en allmän bedömning av samtliga relevanta omständigheter för att detta syfte ska uppnås (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 72 nämnda målet BASF och UCB mot kommissionen, punkt 48 och där angiven rättspraxis).
- 100 Det följer av samtliga dessa omständigheter att talan inte kan vinna bifall på de grunder som avser fastställandet av utgångsbeloppet med hänsyn till överträdelsens allvar.

3. Höjningen av böternas utgångsbelopp på grund av överträdelsens varaktighet

- 101 I sökandenas ansökan genom vilken talan väckts har de gjort gällande två grunder mot höjningen av böterna på grund av varaktigheten. Den första grunden gäller en uppenbart felaktig bedömning, felaktig rättstillämpning och brist på motivering genom

att kommissionen höjde böterna med 10 procent för varje år som deltagandet i överträdelsen pågick. Den andra grunden gäller en felaktig rättstillämpning på grund av att böterna höjdes avseende det första året som deltagandet i överträdelsen pågick.

- 102 Eftersom sökanden har meddelat att den inte längre åberopar den andra grunden (se punkt 26 ovan), ska endast den första grunden prövas nedan.

Parternas argument

- 103 Sökandena har för det första gjort gällande att kommissionen har gjort en uppenbart felaktig bedömning och en felaktig rättstillämpning genom att göra den maximala höjningen på 10 procent för varje helt år som deltagandet i överträdelsen pågick, det vill säga en total höjning på 65 procent.
- 104 Enligt sökandena är ett sådant tillvägagångssätt lämpligt endast om överträdelsens allvar var detsamma varje år. Detta är emellertid inte fallet i förevarande fall. Enligt beslutet ökade överträdelsens intensitet, verkningar och geografiska utsträckning med tiden. Överträdelsen var således mindre allvarlig under perioden på fyra år och tre månader mellan januari 1991 och mars 1995 än vad den var under perioden på två år och åtta månader från april 1995 till december 1997. Kommissionen har vidare inte beaktat den begäran som sökandena framställde avseende detta i sitt svar på meddelandet om invändningar.
- 105 Sökandena har även gjort gällande att kommissionen frångick den praxis som den dittills tillämpat avseende fastställande av böter för vertikala överträdelser som pågått under lång tid – en praxis av vilken det framgår att en sådan höjning endast har gjorts avseende de år som överträdelsen har varit som allvarligast – genom att göra den maximala höjningen på 10 procent för varje helt år som deltagandet i överträdelsen

pågick. I ärendet Volkswagen I gjorde kommissionen exempelvis den maximala höjningen på 10 procent endast avseende de fyra år under vilka överträdelsen var som mest intensiv trots att överträdelsen, vars totala varaktighet uppgick till tio år, hade påverkat parallellhandeln under hela denna period.

106 Kommissionen har för det andra inte motiverat eller inte tillräckligt motiverat avvikelser från sin tidigare politik och tidigare praxis.

107 Sökandena har för det tredje, såsom svar på kommissionens förklaring att den maximala höjningen på 10 procent var motiverad på grund av överträdelsens mycket allvarliga natur, i varje skede som den genomfördes, framhållit att i enlighet med riktlinjerna ska en överträdelses mycket allvarliga natur endast beaktas när det ursprungliga beloppet avseende överträdelsens allvar ska fastställas (punkt 1 A i riktlinjerna).

108 När det slutligen gäller kommissionens argument att en maximal höjning på grund av varaktigheten var nödvändig för att kompensera det relativt låga belopp som fastställts avseende överträdelsens allvar, har sökandena hävdat att ett sådant resonemang strider mot riktlinjerna och innebär att överträdelsens allvar beaktas tre gånger, nämligen för det första vid fastställandet av utgångsbeloppet på 23 miljoner euro avseende överträdelsens allvar, för det andra vid tillämpningen av en multiplikationskoefficient i avskräckande syfte, vilken dock enligt kommissionen även avsåg överträdelsens allvar, och för det tredje vid den maximala höjningen på 10 procent avseende varaktigheten för att kompensera för det för låga belopp som ursprungligen hade fastställts.

109 Kommissionen har bestritt samtliga argument.

Förstainstansrättens bedömning

- 110 Enligt punkt 1 B i riktlinjerna har kommissionen möjlighet att avseende överträdelser med lång varaktighet (längre än fem år) höja det belopp som fastställts för överträdelsens allvar med en faktor som kan uppgå till 10 procent per år som överträdelserna pågick.
- 111 I förevarande fall konstaterade kommissionen i punkt 397 i beslutet att sökandena hade deltagit i överträdelserna under sex år och elva månader, eller under lång tid i den mening som avses i riktlinjerna, och höjde böterna på grund av överträdelsens varaktighet med 65 procent. Härav framgår att kommissionen följde de regler som den ålagt sig själv i riktlinjerna. Denna höjning med 65 procent är inte olämplig med hänsyn till överträdelsens varaktighet i förevarande fall.
- 112 Den enda omständigheten att kommissionen har möjlighet att höja böterna upp till 10 procent per år som överträdelserna har pågått innebär inte på något sätt att kommissionen måste fastställa denna faktor i förhållande till överträdelsens intensitet eller till varje lagöverträdarens olika grad av delaktighet.
- 113 Påståendet enligt vilket kommissionen borde ha tillämpat en lägre höjningsfaktor, åtminstone avseende en del av den fastställda perioden, eftersom den överträdelse som sökanden klandras för har varit av varierande intensitet och allvar, kan inte godtas. En höjning av ett bötesbelopp på grund av överträdelsens varaktighet kan nämligen inte endast ske i fall där det finns ett direkt samband mellan varaktigheten och en negativ inverkan på uppnåendet av de syften som eftersträvas genom gemenskapens konkurrensregler (förstainstansrättens dom av den 12 juni 2001 i de förenade målen T-202/98, T-204/98 och T-207/98, Tate & Lyle m.fl. mot kommissionen, REG 2001, s. II-2035, punkt 106, och av den 30 september 2003 i mål T-203/01, Michelin mot kommissionen, REG 2003, s. II-4071, punkt 278).

- 114 I motsats till vad sökandena har gjort gällande har kommissionen ingalunda uppgett i svaromålet att en maximal höjning på grund av varaktigheten var nödvändig för att kompensera det relativt låga belopp som fastställts avseende överträdelsens allvar, utan endast uppgett att den hade beaktat överträdelsens varierande intensitet vid fastställandet av utgångsbeloppet för böterna avseende överträdelsens allvar.
- 115 När det gäller sökandenas hänvisning till de beslut som kommissionen fattat tidigare, bland annat i ärendet Volkswagen I, ska det erinras om att kommissionens tidigare beslutspraxis inte utgör den rättsliga ramen för åläggande av böter på konkurrensområdet (se ovan i punkt 75 nämnd rättspraxis).
- 116 Under sådana omständigheter ankommer det inte på kommissionen att förklara varför den höjningsfaktor avseende överträdelsens varaktighet som tillämpades i förevarande fall skilde sig från den som fastställts i kommissionens tidigare beslut. Kommissionen har inte i detta avseende åsidosatt sin motiveringsskyldighet enligt artikel 253 EG.
- 117 Mot bakgrund av samtliga dessa överväganden kan talan inte vinna bifall på den grund som avser höjningen av bötesbeloppet med hänsyn till varaktigheten.

4. Höjningen av grundbeloppet för böterna på grund av försvårande omständigheter

Beaktande av att företaget har haft en ledande roll eller uppmuntrat till överträdelsen

- 118 Sökandena har bestritt att de har haft en ledande roll eller uppmuntrat till överträdelsen, vilket kommissionen ansett. De har därvid gjort gällande två grunder. Den första avser en uppenbart felaktig bedömning och en felaktig rättstillämpning. Den

andra avser att det föreligger en brist i förenligheten med kommissionens tidigare beslutspraxis samt ett åsidosättande av icke-diskrimineringsprincipen och av motiveringsskyldigheten.

Den första grunden: Huruvida det skett en uppenbart felaktig bedömning och en felaktig rättstillämpning genom att kommissionen ansåg att sökandena haft en ledande roll eller uppmuntrat till överträdelsen

— Parternas argument

119 Sökandena har gjort gällande att kommissionen har gjort en uppenbart felaktig bedömning och en felaktig rättstillämpning genom att fastslå att sökandenas roll i överträdelsen utgjorde en försvårande omständighet och genom att höja bötesbeloppet av den anledningen.

120 De har i detta avseende erinrat om att rollerna som tillverkare och ledare i praktiken sammanfaller vid vertikala överträdelser. Sökandena har vidare framhållit att för att den roll som företaget har haft ska utgöra en försvårande omständighet, ska denna roll medföra att överträdelsen, eller företagets deltagande i denna överträdelse, blir allvarligare än vad som hade varit fallet om företaget inte hade deltagit i egenskap av ledare i denna.

121 I förevarande fall finns det ingenting i beslutet som tyder på att Nintendos roll har gått utöver den roll som företaget har haft i egenskap av tillverkare eller att den förvärrade överträdelsen.

122 Bland de omständigheter som visar på att Nintendo har haft en ledande roll eller uppmuntrat till överträdelsen, såsom de anges i punkterna 228–238 i beslutet, återfinns närmare bestämt tre typer av handlingar, nämligen "kontroll", "genomförande" och "efterlevnad" av överträdelsen. "Kontrollen" avser kontroll av parallellhandeln medan "efterlevnaden" syftar på omständigheten att NOE ibland sökte stöd hos andra företag i Nintendokoncernen. Inte några av dessa handlingar förvärrade emellertid överträdelsen eller Nintendos roll i den. När det gäller "genomförandet" av överträdelsen visar de omständigheter som nämns i punkt 237 i beslutet, vilka avser genomförandet, att Nintendo i hög grad påverkades av sina oberoende återförsäljare. Dessa omständigheter ska således förstås som en reaktion, åtminstone till viss del, på återförsäljarnas efterfrågan på agerande och inte som ett "extremfall av organisation och genomförande av en överträdelse", såsom kommissionen har gjort gällande i svaromålet.

123 Sökandena har slutligen i sin replik framhållit att kommissionen har hänvisat till sin beslutspraxis i ärenden avseende horisontell samverkan. Genom att göra så har kommissionen medgett att sökandena ska behandlas som om de hade deltagit i en kartell, trots att den inte har tillämpat meddelandet om samarbete avseende sökandena.

124 Kommissionen har bestritt alla argument som sökandena har framfört.

— Förstainstansrättens bedömning

125 Det är i överensstämmelse med rättspraxis och riktlinjerna att den omständigheten att ett företag har haft en ledande roll beaktas.

126 När flera företag har deltagit i en överträdelse ska det enligt rättspraxis vid fastställelsen av bötesbeloppet för vart och ett av företagen prövas hur allvarlig den enskilda överträdelsen var (domstolens dom av den 16 december 1975 i de förenade

målen 40/73–48/73, 50/73, 54/73–56/73, 111/73, 113/73 och 114/73, Suiker Unie m.fl. mot kommissionen, REG 1975, s. 1663, punkt 623), vilket innebär att deras respektive roller under den tidsperiod som de deltog i överträdelsen ska bedömas (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 8 juli 1999 i mål C-49/92 P, kommissionen mot Anic Partecipazioni, REG 1999, s. I-4125, punkt 150). Därav följer att den ”ledande roll” som ett eller flera företag har spelat i en kartell ska beaktas vid fastställelsen av bötesbeloppet, eftersom de företag som spelat en sådan roll bär ett särskilt ansvar jämfört med de andra företagen (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 8 november 1983 i de förenade målen 96/82–102/82, 104/82, 105/82, 108/82 och 110/82, IAZ International Belgium m.fl. mot kommissionen, REG 1983, s. 3369, punkterna 57 och 58, domstolens dom av den 16 november 2000 i mål C-298/98 P, Finnboard mot kommissionen, REG 2000, s. I-10157, punkt 45, och förstainstansrättens dom av den 14 maj 1998 i mål T-347/94, Mayr-Melnhof mot kommissionen, REG 1998, s. II-1751, punkt 291).

¹²⁷ När det gäller riktlinjerna anges i punkt 2 i dessa, såsom försvårande omständigheter, en icke uttömmande lista på omständigheter som kan leda till att böternas grundbelopp höjs. I denna lista anges bland annat att företaget haft en ”ledande roll eller uppmuntrat till överträdelsen”.

¹²⁸ I förevarande fall hänvisade kommissionen till ett visst antal omständigheter när den drog slutsatsen att Nintendo hade haft en ledande roll eller uppmuntrat till den aktuella överträdelsen (se punkterna 228–238 och 406 i beslutet). Kommissionen har redogjort för att Nintendo kontrollerade och genomförde ett visst antal åtgärder som syftade till att begränsa konkurrensen samt vidtog åtgärder för att se till att de efterlevdes.

¹²⁹ Kommissionen gjorde således inte en felaktig bedömning när den fann att dessa faktiska omständigheter, vars förekomst sökandena inte har ifrågasatt, visade att Nintendo hade haft en ledande roll eller uppmuntrat till den aktuella överträdelsen.

- 130 I motsats till vad sökandena har framhållit krävs det inte, för att ett företag ska anses ha haft en "ledande roll" och för att det bötesbelopp som det ålagts ska höjas, bevis för att den överträdelse som begåtts skulle ha varit mindre allvarlig om nämnda företag inte hade deltagit på det sätt som skett. Ett sådant argument bygger på en sammanblandning mellan prövningen av överträdelsens allvar i absoluta tal och prövningen av överträdelsens allvar relativt sett, för vart och ett av de berörda företagen, vid bedömningen av vilka försvårande och förmildrande omständigheter som föreligger.
- 131 Sökandena kan inte heller med framgång göra gällande att en sådan ledande roll eller uppmuntran till överträdelse endast kan fastställas inom ramen för horisontell samverkan och inte inom ramen för sådan vertikal samverkan som avses i förevarande fall. Den omständigheten att denna roll, när det gäller sådan samverkan, i allmänhet sammanfaller med rollen som tillverkare, utesluter inte att en sådan försvårande omständighet kan beaktas vid beräkningen av bötesbeloppet.
- 132 När det slutligen gäller argumentet att slutsatsen att Nintendo har haft en ledande roll i samverkan inte är förenlig med omständigheten att kommissionen inte har tillämpat meddelandet om samarbete, har sökandena inte uppgett på vilket sätt det inom ramen för beräkningen av bötesbeloppet föreligger ett samband mellan tillämpningen av detta meddelande och bedömningen av huruvida det föreligger försvårande omständigheter i fråga om företagen.
- 133 Talan kan följaktligen inte vinna bifall på förevarande grund.

Den andra grunden: Huruvida det föreligger en brist i förenligheten med kommissionens tidigare beslutspraxis och ett åsidosättande av icke-diskrimineringsprincipen och av motiveringsskyldigheten

— Parternas argument

¹³⁴ Sökandena har gjort gällande att kommissionen har avvikit från sin tidigare beslutspraxis avseende vertikal samverkan genom att höja böterna med 50 procent på grund av att Nintendo har haft en ledande roll eller uppmuntrat till överträdelsen. Denna avvikelse är så påtaglig att den utgör ett åsidosättande av icke-diskrimineringsprincipen. Nintendos roll var inte mer betydelsefull än den roll som de tillverkare som var i fråga i tidigare ärenden avseende vertikala överenskommelser hade. I dessa ärenden gjordes mycket lägre höjningar för försvårande omständigheter, såsom den höjning på 20 procent som gjordes i ärendena Volkswagen I och II.

¹³⁵ Kommissionen har för det andra inte motiverat eller inte tillräckligt motiverat avvikelsen från sin tidigare politik och tidigare praxis.

¹³⁶ Kommissionen har bestritt alla argument som sökandena har gjort gällande.

— Förstainstansrättens bedömning

¹³⁷ När det gäller anmärkningen att kommissionen har avvikit från sin tidigare beslutspraxis avseende vertikal samverkan ska det erinras om att det framgår av fast rättspraxis att kommissionens beslutspraxis inte utgör den rättsliga ramen för åläggande av böter på konkurrensområdet (se ovan i punkt 75 nämnd rättspraxis). Av detta följer att anmärkningen avseende åsidosättande av icke-diskriminerings-

principen, vilken bygger på skillnaden mellan den höjning som gjordes i förevarande fall och de som gjorts i andra ärenden, inte heller kan godtas.

138 Under sådana omständigheter ankommer det inte heller på kommissionen att förklara varför beloppet avseende den höjning som gjordes i förevarande fall skilde sig från det belopp som fastställts i kommissionens tidigare beslut. I beslutet (se punkterna 228–238 och 406) anges i vart fall tydligt de omständigheter som kommissionen har beaktat. Det uppfyller också kraven på motivering såsom dessa framgår av rättspraxis (se punkt 53 ovan). Kommissionen har således inte i detta avseende åsidosatt sin motiveringsskyldighet enligt artikel 253 EG.

139 Talan kan följaktligen inte vinna bifall på förevarande grund.

Höjningen av bötesbeloppet på grund av att överträdelsen fortsatt

140 Sökandena har i andra hand framhållit att kommissionen inte tidigare har föreskrivit en så hög procentsats (25 procent) eller ålagt en så betydande finansiell sanktion (28,5 miljoner euro) avseende försvårande omständigheter på grund av att överträdelsen fortsatt. En sådan höjning är uppenbart orimlig bland annat i jämförelse med det utgångsbelopp på 23 miljoner euro som fastställts på grund av överträdelsens allvar.

141 Kommissionen har bestritt samtliga påståenden.

- 142 Förstainstansrätten erinrar om att kommissionen har rätt att beakta det faktum att överträdelsen fortsatte efter undersökningarna som en försvårande omständighet, eftersom ett sådant beteende styrker att deltagarna i den konkurrensbegränsande samverkan bestämt sig för att fortsätta överträdelsen oaktat risken för att drabbas av sanktioner (domen i det ovan i punkt 84 nämnda målet LR AF 1998 mot kommissionen, punkt 369).
- 143 I förevarande fall har sökandena inte ifrågasatt att en höjning ska ske, utan endast ifrågasatt den procentsats som ska tillämpas vid denna höjning.
- 144 Den höjning med 25 procent av de böter som Nintendo ålagts, på grund av att överträdelsen fortsatt, motiveras av omständigheterna i förevarande fall. Det följer av de omständigheter som kommissionen redogjorde för i beslutet, vilkas riktighet inte har ifrågasatts, att NOE och NCL fortsatte sitt olagliga beteende efter det att man hade fått kännedom om kommissionens undersökning. De omständigheter som angavs i punkt 410 i beslutet visar dessutom att NOE och NCL var fast beslutna att fortsätta överträdelsen under åren 1996 och 1997, det vill säga under nästan två år efter det att de fått kännedom om undersökningen, vilket senast skedde i juni 1995.
- 145 Under dessa omständigheter hade kommissionen fog för att anse att det förhållandet att sökandena fortsatte överträdelsen var en försvårande omständighet, och den hade följaktligen rätt att höja böterna för sökandena med 25 procent.
- 146 Talan kan således inte vinna bifall på denna grund.

5. Den nedsättning av bötesbeloppet som sökandena beviljades på grund av förmildrande omständigheter

147 Sökandena har gjort gällande att deras samarbete och de förmildrande omständigheterna som helhet betraktade borde ha lett till en mer betydande nedsättning av böterna än den nedsättning på 25 procent som de beviljades. Det föreligger olika omständigheter på grundval av vilka en mer påtaglig nedsättning hade kunnat beviljas, nämligen tillämpningen i det enskilda fallet av meddelandet om samarbete, lika behandling i förhållande till John Menzies, en rättvis kvalificering av det samarbete som sökandena erbjöd, beaktande av de olika ersättningar som betalats ut till tredje part samt det program för att följa konkurrenslagstiftningen som sökandena antagit.

Den första grunden: Huruvida det skett en felaktig rättstillämpning och en uppenbart felaktig bedömning genom att kommissionen inte tillämpade meddelandet om samarbete

Parternas argument

148 Sökandena har gjort gällande att kommissionen har gjort en felaktig rättstillämpning och en uppenbart felaktig bedömning genom att inte tillämpa meddelandet om samarbete och därigenom frånta dem möjligheten att beviljas den maximala nedsättningen på 50 procent som föreskrivs i avsnitt D i detta meddelande.

149 Sökandena har gjort gällande att de frivilligt erkände överträdelsen och att de samarbetade med kommissionen fullständigt från och med den 23 december 1997. Nintendo var således det första företag att erkänna frivilligt och därmed det första att samarbeta med kommissionen. Såvitt sökandena vet har det inte förekommit något annat fall av samarbete som har varit så påtagligt och i sådan utsträckning skett på eget initiativ som sökandenas i förevarande fall.

150 När det närmare bestämt gäller omständigheten att kommissionen inte tillämpade meddelandet om samarbete eftersom förevarande ärende avser en vertikal överträdelse och inte en hemlig kartell, har sökandena gjort gällande att ett sådant agerande inte är förenligt med omständigheten att överträdelsen i fråga behandlades som en sådan hemlig kartell när det gäller påföljden. Enligt sökandena kan kommissionen inte hävda att böternas storlek var motiverad på grund av att överträdelsen var jämförbar med en horisontell samverkan och samtidigt anföra att det inte var fråga om en sådan samverkan vid prövningen av de förmildrande omständigheterna. Varje beteende som medför en rätt till nedsättning av böterna i enlighet med meddelandet om samarbete ska vidare anses som en "förmildrande omständighet" i den mening som avses i riktlinjerna. När kommissionen avser att ålägga böter ska den således beakta samtliga förmildrande omständigheter och i synnerhet de som omnämns i nämnda meddelande.

151 Sökandena har i detta avseende gjort gällande att de i vart fall omfattas av bestämmelserna i avsnitt D.2 första och andra strecksatserna i meddelandet om samarbete, av vilka det följer att böterna ska nedsättas med 10–50 procent dels om ett företag förser kommissionen med upplysningar, dokument eller annat bevismaterial som bidrar till att fastställa att överträdelsen har begåtts, innan ett meddelande om invändningar sänds ut, dels om ett företag informerar kommissionen om att det inte bestrider de faktiska omständigheter som kommissionen grundar sina anklagelser på, efter det att det har tagit emot ett meddelande om invändningar.

152 De handlingar som sökandena frivilligt har ingett innan meddelandet om invändningar sändes ut utgör 74 procent av de handlingar som kommissionen grundade sig på i sitt meddelande om invändningar och 84 procent av de handlingar som kommissionen grundade sig på i sitt beslut. Kommissionen medgav för övrigt detta i punkt 216 i meddelandet om invändningar. Sökandena har vidare godtagit inte endast de omständigheter som kommissionen fastslog i meddelandet om invändningar, utan också de slutsatser som den drog därav.

153 Med beaktande av vad som ovan anförts anser sökandena att de borde ha beviljats den maximala nedsättningen på 50 procent som föreskrivs i avsnitt D i meddelandet om samarbete. Detta är för övrigt förenligt med kommissionens praxis som består i att

bevilja betydande nedsättningar av böter, inbegripet mellan 30 och 50 procent, avseende företag vars samarbete varit uppenbart mindre fullständigt och mindre långtgående än sökandenas.

154 Sökandena har bland annat hänvisat till ärendet kallat Nathan Bricolux (kommissionens beslut 2001/135/EG av den 5 juli 2000 om ett förfarande enligt artikel 81 [EG], punkt 134 (ärende COMP.F.1.36.516 – Nathan-Bricolux) (EGT L 54, s. 1)), i vilket kommissionen påstås ha beviljat en nedsättning på 40 procent på grund av ett samarbete som inte gick så långt att bevisning i form av handlingar framlades frivilligt. Sökandena har även nämnt ärendet Fjärrvärmerör, i vilket domstolen beviljade ABB en nedsättning på 30 procent för att ha tillhandahållit kommissionen information om kartellens ursprung, vilken var till hjälp för kommissionen vid fastställandet av de faktiska omständigheterna avseende överträdelsen, samt en särskild nedsättning för att inte ha ifrågasatt omständigheterna efter det att meddelandet om invändningar hade sänts.

155 Enligt sökandena kan slutligen kommissionens argument att bevisningen är av mindre värde på grund av att samarbetet inte skedde skyndsamt inte godtas. Sökandena har redan ålagts en sanktion genom en höjning på 25 procent för försvårande omständigheter på grund av att de har fortsatt överträdelsen. En lägre nedsättning av böterna på grund av för sent samarbete skulle således innebära ett beaktande två gånger i strid med principen *ne bis in idem*. Nedsättning för samarbete beror i vart fall inte på den kronologiska ordning i vilken bevisningen har framlagts (se, för ett liknande resonemang, kommissionens beslut 2001/418/EG av den 7 juni 2000 om ett förfarande enligt artikel 81 [EG] och artikel 53 i EES-avtalet (ärende COMP/36.545/F3 – Aminosyror) (EGT L 152, 2001, s. 24) och kommissionens beslut 2002/742/EG av den 5 december 2001 om ett förfarande enligt artikel 81 [EG] och artikel 53 i EES-avtalet (ärende COMP/E-1/36 604 – Citronsyra) (EGT L 239, 2002, s. 18)).

156 Kommissionen har bestritt alla anmärkningar som sökandena har gjort gällande.

Förstainstansrättens bedömning

- 157 För det första ska det klargöras att meddelandet om samarbete inte är tillämpligt i förevarande fall. Det framgår nämligen tydligt av detta meddelande, vars syfte är att uppmuntra företag att avslöja förekomsten av karteller som är särskilt svåra att upptäcka, att det endast är tillämpligt i de fall som överträdelser av horisontell natur, såsom karteller, avses. I avsnitt A.1 första stycket i meddelandet anges att detta rör "hemliga karteller mellan företag för att fastställa priser eller produktions- eller försäljningskvoter, eller i syfte att dela upp marknader eller förhindra import eller export".
- 158 Sökandenas argument kan inte heller vinna framgång i den mån som de ska tolkas som ett yrkande som syftar till att göra gällande en rätt att tillämpa nämnda meddelande analogt, eftersom den aktuella överträdelsen i förevarande fall behandlades som en kartell i sanktionshänseende. Såsom kommissionen har framhållit föreligger det inget samband mellan omständigheten att överträdelsen i fråga har kvalificerats som mycket allvarlig och bedömningen av det samarbete som tillhandahållits under det administrativa förfarandet. Det kan inte heller med framgång göras gällande att kommissionen var skyldig att bevilja en mer betydande nedsättning av böterna i den mån den drog slutsatsen att det förelåg försvårande omständigheter på grund av att överträdelsen fortsatt.
- 159 Sökandena kan följaktligen inte med framgång göra gällande vare sig meddelandet om samarbete eller de bestämmelser som föreskrivs i detta för att hävda en rätt att få en mer betydande nedsättning av böterna på grund av deras samarbete.
- 160 När det för det andra gäller bedömningen av omfattningen av sökandenas samarbete ska det erinras om att det, enligt fast rättspraxis, endast är befogat att sätta ned ett företags böter till följd av dess samarbete under det administrativa förfarandet när det berörda företaget har uppträtt på ett sådant sätt att kommissionen lättare har kunnat fastställa att det föreligger en överträdelse (se förstainstansrättens dom av den 14 maj 1998 i mål T-311/94, BPB de Eendracht mot kommissionen, REG 1998, s. II-1129, punkt 325, och i mål T-338/94, Finnboard mot kommissionen, REG 1998, s. II-1617, punkt 363). Det är således endast befogat att sätta ned böterna till följd av samarbete om företaget har agerat på ett sådant sätt att det har underlättat kommissionens uppgift, som består i att fastställa och vidta åtgärder mot överträdelser

av gemenskapens konkurrensregler (se förstainstansrättens dom av den 8 juli 2004 i de förenade målen T-67/00, T-68/00, T-71/00 och T-78/00, JFE Engineering m.fl. mot kommissionen, REG 2004, s. II-2501, punkt 499 och där angiven rättspraxis).

161 Även om kommissionen vid bedömningen av kartellmedlemmarnas samarbete inte får bortse från likabehandlingsprincipen, en fråga som kommer att prövas nedan, har den ett stort utrymme för skönsmässig bedömning vid värderingen av kvaliteten och användbarheten av kartellmedlemmarnas samarbete (domstolens dom av den 10 maj 2007 i mål C-328/05 P, SGL Carbon mot kommissionen, REG 2007, s. I-3921, punkt 88). Det är således endast om kommissionen uppenbart överskrider detta utrymme som en sådan bedömning kan underkännas.

162 I förevarande fall finns det inget som tyder på att kommissionen har gjort sig skyldig till en uppenbart oriktig bedömning genom att bevilja sökandena en nedsättning av bötesbeloppet för samarbete i storleksordningen 25 procent. I synnerhet, och i likhet med de fall i vilka meddelandet om samarbete är tillämpligt, är omständigheten att ett samarbete går utöver ett icke-bestridande av de faktiska omständigheterna inte av avgörande betydelse, eftersom kommissionen har ett stort utrymme för skönsmässig bedömning för att bestämma nivån på den nedsättning av böterna som den avser bevilja i detta hänseende.

163 Det kvarstår emellertid att pröva om kommissionen har åsidosatt likabehandlingsprincipen genom att bevilja John Menzies en nedsättning av bötesbeloppet som var mycket mer betydande än den nedsättning som sökandena beviljades.

Den andra grunden: Huruvida principen om likabehandling och motiveringsskyldigheten har åsidosatts

Parternas argument

- 164 Sökandena har gjort gällande att kommissionen har åsidosatt principen om likabehandling genom att bevilja dem en nedsättning på 25 procent på grund av samarbete jämfört med 40 procent för John Menzies, trots att de inledde sitt samarbete tidigare än John Menzies och deras samarbete var betydligt mer omfattande än det sistnämnda företags.
- 165 Som svar på kommissionens argument, enligt vilket skrivelsen av den 23 december 1997 endast var ett erbjudande om samarbete, har sökandena gjort gällande att kommissionen såväl i meddelandet om invändningar (punkt 217) som i beslutet (punkt 458) bekräftade att Nintendo medgav överträdelsen i december 1997. En part behöver i vart fall inte vara först med att förebringa bevisning för att ha rätt till en nedsättning med 50 procent i enlighet med avsnitt D.2 andra strecksatsen i meddelandet om samarbete. Nedsättningen i procent beror i själva verket på det värde som den förebringade bevisningen har. Sökandena har i detta avseende till sin replik fogat den bevisning som kommissionen har tillhandahållits. Denna bevisning är i sig tillräcklig för att motivera en nedsättning på minst 50 procent.
- 166 Sökandena anser vidare att åtskillnaden i behandling i förhållande till John Menzies inte har motiverats korrekt i beslutet.
- 167 När det gäller svarandenas argument att deras bidrag ska ha skett tidigare än John Menzies har kommissionen framhållit att detta endast stöds av den skrivelse av den 23 december 1997 som de sände till kommissionen. Denna skrivelse utgör emellertid endast ett erbjudande om samarbete, vilket förverkligades senare, närmare bestämt den 21 januari 1998, det vill säga efter det att John Menzies hade börjat samarbeta den 13 januari 1998. Denna skrivelse innehåller varken ett avståndstagande från tidigare skriftliga uttalanden eller ett erkännande av överträdelsen. Sökandena erkänner förvisso någonting men utan att uppge vad det rör sig om och utan att således

erkänna något som skulle göra det möjligt för kommissionen att använda denna skrivelse såsom bevisning för att sökandena deltog i överträdelsen.

- 168 När det gäller anmärkningen avseende avsaknad av motivering saknar den grund eftersom skälen till att en mindre betydande nedsättning beviljades sökandena uppges i beslutet. Det rör sig om att John Menzies bidrag skedde snabbare och att sökandenas meddelanden av den 21 januari 1998 hade ett lägre bevisvärde (punkterna 455–460 i beslutet).

Förstainstansrättens bedömning

- 169 Det följer av punkt 3 sjätte strecksatsen i riktlinjerna, den bestämmelse som är tillämplig i förevarande fall, att grundbeloppet för de böter som ett företag åläggs kan nedsättas när företaget har samarbetat effektivt under förfarandet men detta ligger utanför tillämpningsområdet för meddelandet om samarbete.
- 170 Det följer av rättspraxis att vid bedömningen av i vilken utsträckning företagen har samarbetat under det administrativa förfarande, som inletts för att undersöka om det föreligger en förbjuden konkurrensbegränsande samverkan, får kommissionen inte bortse från principen om likabehandling, vilken utgör en allmän gemenskapsrättslig princip och enligt fast rättspraxis åsidosätts i de fall då lika situationer behandlas olika eller olika fall behandlas lika, såvida det inte finns sakliga skäl för en sådan behandling (se ovan i punkt 95 nämnd rättspraxis).
- 171 Bedömningen av i vilken utsträckning företag har samarbetat kan inte vara beroende av rent slumpmässiga faktorer. Olika behandling av berörda företag ska således ha sin grund i att de inte samarbetat i lika hög grad, bland annat därför att de har lämnat olika

slags information eller lämnat information i olika skeden av det administrativa förfarandet eller under omständigheter som inte är likartade (se domen i det ovan i punkt 95 nämnda målet *Groupe Danone* mot kommissionen, punkt 454 och där angiven rättspraxis).

¹⁷² Om olika företag i samma skede av det administrativa förfarandet och under likartade omständigheter lämnar liknande uppgifter till kommissionen med avseende på de faktiska omständigheter som de klandras för, ska dessa företag anses ha samarbetat i lika hög grad, med följd att dessa företag ska behandlas lika när bötesbeloppet fastställs (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 160 nämnda målet *JFE Engineering* m.fl. mot kommissionen, punkterna 501 och 573 samt där angiven rättspraxis).

¹⁷³ I förevarande fall har kommissionen uppgett följande avseende omfattningen av John Menzies samarbete:

- John Menzies inläga av den 13 januari 1998 lämnades på eget initiativ (punkt 455 i beslutet).
- Denna inläga bidrog märkbart till att fastställa det omfattande samarbetet mellan John Menzies och Nintendo för att stärka kontrollen av parallelexporten (punkt 456 första meningen i beslutet).
- Denna inläga innehöll uppgifter om kontakter med John Menzies om passiv exportförsäljning (punkt 456 andra meningen i beslutet).

174 När det däremot gäller Nintendos samarbete har kommissionen framhållit följande:

- Nintendo medgav de faktiska omständigheterna den 23 december 1997 (punkt 94 och punkt 458 i beslutet),
- Nintendo överlämnade på eget initiativ till kommissionen, efter John Menzies plc, ett stort antal handlingar mottagna den 21 januari, den 1 april och den 15 maj 1998. Dessa handlingar "bidrog" till att fastställa att det var fråga om en överträdelse och ökade de kunskaper som kommissionen hade om överträdelsen på grundval av sina egna undersökningar och de handlingar som John Menzies lämnat (punkt 458 och punkt 459 första meningen i beslutet),
- Dessa handlingar "bidrog" även till att fastställa att vissa parter hade deltagit i överträdelsen och dess geografiska omfattning (punkt 459 andra meningen i beslutet).

175 Det följer av dessa fastställanden att kommissionen tydligt har redogjort för de omständigheter som den har beaktat vid nedsättningen av böterna på grund av företagets samarbete och att motiveringsskyldigheten har iakttagits avseende tillämpningen av denna förmildrande omständighet.

176 När det gäller iakttagande av likabehandlingsprincipen, för att det ska kunna avgöras om det föreligger en betydande skillnad mellan den grad av samarbete som företagen var för sig har bidragit med, ska omfattningen av deras samarbete jämföras såväl kronologiskt, vilket innebär en prövning av i vilket skede som samarbetet tillhandahölls, som kvalitativt, vilket innebär att villkoren under vilka dessa företag har

samarbetat samt värdet av den information som vart och ett av företagen har överlämnat under detta samarbete jämförs (se punkt 172 ovan).

177 När det först gäller de skeden i det administrativa förfarandet under vilka de aktuella företagen har samarbetat, har det i förevarande fall inte ifrågasatts att John Menzies faktiskt samarbetade något tidigare än vad sökandena gjorde. John Menzies påbörjade samarbetet på eget initiativ genom sin inläga av den 13 januari 1998, medan sökandena inledde sitt samarbete den 21 januari 1998. Endast omständigheten att sökandena faktiskt började samarbeta med kommissionen åtta dagar efter John Menzies motiverar emellertid inte att den nedsättning av böterna på grund av samarbete som John Menzies har beviljats är mer betydande än den som Nintendo har beviljats.

178 Det ska i detta avseende erinras om att företagens samarbete inte nödvändigtvis måste äga rum samma dag, utan att det är tillräckligt att samarbetet sker i samma skede av det administrativa förfarandet, för att det ska anses lika.

179 Det följer emellertid varken av beslutet eller av akten att tidpunkten för John Menzies samarbete och den tidpunkt då kommissionen mottog uppgifter från Nintendo inträffade under olika skeden av kommissionens undersökning. Kommissionen bekräftade för övrigt under förhandlingen, som svar på en fråga som förstainstansrätten ställde, att de uppgifter som gällde förekomsten av en kartell som Nintendo tillhandahållit hade överlämnats i samma skede av det administrativa förfarandet som de som tillhandahållits av John Menzies.

180 Det följer av det ovan anförda att kommissionens argument enligt vilket de uppgifter och de handlingar som Nintendo överlämnade var mindre värdefulla än de som John Menzies överlämnade, eftersom de överlämnades senare, inte kan godtas. Ingen omständighet avseende den kronologiska ordningen kan följaktligen anses avgörande för den komparativa bedömningen av värdet av samarbetet (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 95 nämnda målet *Groupe Danone*, punkt 467).

- 181 När det sedan gäller de villkor under vilka företagen i fråga har samarbetat med kommissionen, framgår det tydligt av beslutet att Nintendo, liksom John Menzies, på eget initiativ överlämnade de handlingar som användes för att fastställa överträdelsens förekomst och geografiska omfattning.
- 182 När det vidare gäller innehållet i de uppgifter som tillhandahållits av John Menzies respektive Nintendo ska det påpekas att enligt kommissionen bidrog den skrivelse av den 4 april 1996 som NOE ställde till John Menzies liksom John Menzies svar av den 11 april 1996 "... märkbart till att fastställa det omfattande samarbetet ... för att stärka kontrollen av parallelexporten" (se punkt 456 i beslutet). Det följer emellertid av akten, i synnerhet av den handling som sökandena överlämnade under förhandlingen, avseende vilken kommissionen har haft möjlighet att framställa anmärkningar (se punkt 28 ovan), att dessa två skrivelser, som nämns i punkterna 127–131 i beslutet, överlämnades på eget initiativ inte endast av John Menzies, utan även av Nintendo.
- 183 Nintendos samarbete i kommissionens förfarande och det som John Menzies har tillhandahållit ska således anses vara lika. Nintendo skulle således av denna anledning ha beviljats samma nedsättning av böterna som den som John Menzies beviljades, nämligen 40 procent, eftersom dessa två företag överlämnade relevanta handlingar under samma skede av förfarandet.
- 184 När det vidare gäller frågan huruvida en procentsats över 40 procent avseende nedsättning av böterna borde ha tillämpats på sökandena, såsom de har gjort gällande, ska det fastslås, såsom kommissionen har uppgett i punkt 459 i beslutet, att de andra handlingar som sökandena tillhandahållit på eget initiativ den 21 januari, den 1 april och den 15 maj 1998 inte endast bidrog till att öka de kunskaper som kommissionen hade om överträdelsen på grundval av sina egna undersökningar, utan "bidrog även till att fastställa att vissa parter deltagit i överträdelsen och dess geografiska omfattning".
- 185 Det framgår i synnerhet av den handling som sökandena överlämnade under förhandlingen, avseende vilken kommissionen har haft möjlighet att framställa synpunkter, att ett visst antal fastställanden som upprepas i beslutet i punkterna 103–108, 110, 116–119, 122–125, 127–130, 132, 133, 136, 138–150, 152–157, 160, 164 och

167 (avseende bakgrunden i Förenade kungariket och på Irland), i punkterna 170–181 (avseende bakgrunden i Spanien), i punkterna 182, 184 och 185 (avseende bakgrunden i Nederländerna), i punkterna 187–189 (avseende bakgrunden i Frankrike), i punkterna 190–197 (avseende bakgrunden i Belgien och Luxemburg), i punkterna 199–201 (avseende bakgrunden i Tyskland), i punkterna 204 och 206–209 (avseende bakgrunden i Grekland), i punkterna 210, 211 och 213 (avseende bakgrunden i Portugal), i punkterna 214, 215 och 217–219 (avseende bakgrunden i Italien) samt i punkterna 223, 224, 226 och 227 (avseende bakgrunden i Danmark, Norge, Sverige, Finland och på Island) grundar sig på de uppgifter som Nintendo har tillhandahållit. Det ska i detta avseende även konstateras att Nintendo i egenskap av part i samtliga omtvistade distributionsavtal har kunnat lämna exakta uppgifter avseende lydelsen och genomförandet av dessa.

186 Trots den ansevärd mängd av uppgifter som har lämnats var dessa handlingar emellertid inte oundgängliga för att kommissionen skulle kunna fastställa att avtalen och de samordnade förfarandena i fråga förekom och därmed fastställa förekomsten av den aktuella överträdelsen. De uppgifter som Nintendo lämnade kunde nämligen inte, i motsats till skrivelserna av den 4 och den 11 april 1996 (se punkt 182 ovan), användas, i det skick de var, såsom huvudsaklig bevisning till stöd för beslutet om fastställande av en överträdelse på marknaden för särskilda spelkonsoler tillverkade av Nintendo och spelkassetter till dessa spelkonsoler. Det ska i detta avseende erinras om att uppgifterna som ligger till grund för fastställanden som upprepas i punkterna 103–108, 110, 116–119, 122–125, 127–130, 132, 133, 136, 138–150, 152–157, 160, 164, 167, 170–182, 184, 185, 187–197, 199–201, 204, 206–211, 213–215, 217–219, 223, 224, 226 och 227 endast gjorde det möjligt att fastställa vilka återförsäljare som var inblandade i överträdelsen och överträdelsens geografiska omfattning.

187 Det följer vidare av handlingarna i målet att ett visst antal av dessa uppgifter, nämligen de som ligger till grund för punkt 103 (förekomst, varaktighet och lydelse av det distributionsavtal som Nintendo UK Ltd och Nintendo har ingått), punkterna 108, 110, 123 och 167 (omständigheter avseende de distributionsavtal som Nintendo och The Games har ingått), punkterna 170, 171 och 176 (förekomst, varaktighet och lydelse av det distributionsavtal som Nintendo España, SA och Nintendo har ingått), punkt 182

(lydelsen av det formella avtal som Nintendo Netherlands BV och dess kunder har ingått), punkt 189 (skrivelse som Nintendo France SARL har sänt avseende riskerna med att exportera från Frankrike), punkterna 190, 191, 194 och 196 (förekomst och lydelse av distributionsavtal i Belgien och Luxembourg), punkt 199 (parallelexport från Tyskland), punkt 204 (lydelsen av det avtal som Itochu Hellas EPE och Nintendo har ingått), punkterna 210 och 211 (lydelse och varaktighet av de distributionsavtal som Nintendo och dess återförsäljare i Portugal har ingått), punkterna 214 och 215 (lydelse och varaktighet av de distributionsavtal som Nintendo och dess återförsäljare i Italien har ingått) i beslutet, har kommissionen fått del av i svaret på begäran om upplysningar som den ställde till sökanden (se bland annat punkterna 86–93 i beslutet och i synnerhet punkterna 86 och 87, som avser kommissionens uppmaning att inge uppgifter gällande återförsäljare och dotterbolag och gällande innehållet i de formella distributionsavtal som Nintendo å ena sidan och dess återförsäljare i Frankrike, Tyskland, Italien, Förenade kungariket, Grekland och Portugal å andra sidan har ingått). När det gäller dessa svar är det uteslutet att böterna nedsätts på grund av samarbete, eftersom de syftar till att fullgöra de skyldigheter som sökandena har enligt artikel 11.4 och 11.5 i förordning nr 17 (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 95 nämnda målet *Groupe Danone mot kommissionen*, punkt 451 och där angiven rättspraxis). De uppgifter som gäller den omtvistade kartellens geografiska omfattning och vilka återförsäljare som deltog i kartellen motiverar således inte att böterna nedsätts ytterligare på grund av Nintendos faktiska samarbete. Kommissionen kunde nämligen fastställa kartellens geografiska omfattning och vilka återförsäljare som deltog i kartellen utan de uppgifter som sökandena lämnat på eget initiativ.

188 Mot denna bakgrund motiverar Nintendos samarbete inte att det bötesbelopp som företaget ålagts sätts ned med över 40 procent.

189 Det följer av det ovanstående att talan delvis ska bifallas såvitt avser förevarande grund och att beslutet ska ändras på så sätt att sökandena beviljas nedsättning av böterna med samma procentsats som den som John Menzies beviljades. De konkreta följderna av denna ändring anges närmare nedan.

Den tredje grunden: Huruvida rätten till försvar har åsidosatts på grund av att Nintendos ansträngningar har missuppfattats

Parternas argument

190 Sökandena anser att kommissionen har åsidosatt deras rätt till försvar genom att till sökandenas nackdel ändra bedömningen av omständigheterna i förevarande fall och/eller de rättsliga slutsatser som den har dragit därav. Sökandena har i detta avseende påpekat att kommissionen i punkt 216 i meddelandet om invändningar uppgav att den hade beaktat ”sökandenas bidrag till fastställandet av att en överträdelse har begåtts”, medan den i beslutet förklarade att de handlingar som överlämnats endast hade bidragit till att bekräfta att överträdelsen hade begåtts.

191 Kommissionen anser att talan inte kan bifallas på förevarande grund.

Förstainstansrättens bedömning

192 Genom sin talan har sökandena endast yrkat upphävande eller nedsättning av det bötesbelopp som de har ålagts.

193 Förevarande grund saknar således betydelse för utgången i målet, eftersom sökandena inte har uppgett på vilket sätt som den skillnad i terminologi som föreligger mellan meddelandet om invändningar och beslutet, avseende deras bidrag till fastställandet av att överträdelsen har begåtts, kan ha påverkat det bötesbelopp som de har ålagts.

194 Det föreskrivs i vart fall, uttryckligen, i artikel 19.1 i förordning nr 17 och artikel 7 i kommissionens förordning (EG) nr 2842/98 av den 22 december 1998 om hörande av parter i vissa förfaranden enligt artiklarna [81 EG] och [82 EG] (EGT L 354, s. 18) att de berörda företagen ska ges tillfälle att yttra sig över kommissionens anmärkningar när den avser att ålägga dem böter. Det är således genom sina synpunkter på hur länge överträdelsen pågått, hur allvarlig den är och förutsebarheten av överträdelsens konkurrensbegränsande verkan som de berörda företagen garanteras rätt till försvar gentemot kommissionen vad gäller fastställandet av bötesbeloppet (förstainstansrättens dom av den 6 oktober 1994 i mål T-83/91, Tetra Pak mot kommissionen, REG 1994, s. II-755, punkt 235; svensk specialutgåva, volym 16, s. II-1).

195 Förevarande grund kan således inte godtas.

Den fjärde grunden: Huruvida principen om skydd för berättigade förväntningar har åsidosatts på grund av att den ersättning som har utbetalats till tredje part inte har tillmätts tillräcklig betydelse samt genom att programmet för att följa konkurrenslagstiftningen inte alls har beaktats

Parternas argument

196 Enligt sökandena har kommissionen åsidosatt principen om skydd för berättigade förväntningar dels genom att inte nedsätta böterna med ett belopp som motsvarar utbetalningarna av ersättning till de tredje parter som identifierats i kommissionens meddelande om invändningar, dels genom att inte beakta det program för att följa konkurrenslagstiftningen som sökandena har inrättat.

197 När det för det första gäller de ersättningar som har utbetalats till tredje part erinrar sökandena om att dessa ersättningar, som kvalificerades som "höga" i beslutet, uppgick till ett belopp av 375 000 euro.

- 198 Sökandena har för det andra framhållit att denna ersättning utbetalades först efter det att kommissionen, vid ett möte den 15 december 1998, hade gett en försäkran om att det vid beräkningen av bötesbeloppet hade betydelse att dessa åtgärder vidtogs. Sökandena har i detta avseende framhållit att berättigade förväntningar uppkommer när en högt uppsatt tjänsteman vid kommissionen, som på uppdrag av kommissionen är ansvarig för ett visst ärende, tydligt, inom ramen för en formell undersökning, ger en försäkran och då denna tjänsteman vet att företaget som är föremål för undersökningen utgår från denna försäkran för att vidta åtgärder som är förenade med betydande utgifter.
- 199 Kommissionen medgav för det tredje att utbetalningen av ersättning till tredje part utgör en "förmildrande omständighet" i den mening som avses i riktlinjerna (punkterna 421–464 i beslutet). Kommissionen beviljade emellertid inte sökandena någon nedsättning i ekonomisk bemärkelse, eftersom böterna endast nedsattes med 300 000 euro.
- 200 Kommissionens behandling av sökandena uppmuntrar slutligen inte andra företag att frivilligt utbetala sådana ersättningar i framtiden.
- 201 Kommissionen har bestritt samtliga argument.

Förstainstansrättens bedömning

- 202 Genom denna grund gör sökandena gällande att kommissionen, i strid med de försäkringar som den gav dem vid mötet den 15 december 1998, inte alls eller inte tillräckligt har beaktat dels de ersättningar som de har erbjudit tredje part, dels det program för att följa lagstiftningen som de har inrättat för sina anställda.

- 203 Rätten att göra anspråk på skydd för berättigade förväntningar tillkommer varje enskild som befinner sig i en situation av vilken det framgår att gemenskapsadministrationen har väckt grundade förhoppningar. Ingen kan med framgång göra gällande att denna princip har åsidosatts om administrationen inte har gett någon tydlig försäkran (förstainstansrättens dom av den 9 juli 2003 i mål T-220/00, Cheil Jedang mot kommissionen, REG 2003, s. II-2473, punkt 33 och där angiven rättspraxis).
- 204 När det för det första gäller tredje part som skadats, ska det erinras om att kommissionen beslutade att nedsätta de böter som NOE och NCL ålagts med 300 000 euro för att beakta den ersättning som de erbjudit de tredje parter som i kommissionens meddelande om invändningar identifierades som parter som orsakats ekonomisk skada på grund av de rättsstridiga handlingarna (se punkterna 440 och 441 i beslutet).
- 205 Det framgår av handlingarna i målet att det totala belopp som utbetalades till tredje part uppgick till 375 000 euro.
- 206 I motsats till vad sökandena har gjort gällande har kommissionen emellertid aldrig gett någon försäkran om att nämnda utbetalning i sin helhet skulle komma att dras av från det bötesbelopp som de hade ålagts.
- 207 Såsom framgår av protokollet från mötet den 15 december 1998 uppgav kommissionens representant endast att utbetalning av ersättning till tredje part "skulle få betydelse vid beräkningen av böterna". Detta uttalande kan inte på något sätt kvalificeras som en tydlig och ovillkorlig försäkran om att nämnda ersättning i sin helhet skulle komma att dras av från böternas slutliga belopp.
- 208 För att berättigade förväntningar ska uppkomma ska försäkran i vart fall komma från behöriga och tillförlitliga källor (se, för ett liknande resonemang, avseende ett uttalande från en generaldirektör med behörighet inom konkurrensområdet, förstainstansrättens dom av den 29 april 2004 i de förenade målen T-236/01, T-239/01, T-244/01–T-246/01, T-251/01 och T-252/01, Tokai Carbon m.fl. mot kommissionen, REG 2004, s. II-1181, punkterna 152 och 153). Med beaktande av kommissionsledamöternas kollegiums

exklusiva behörighet att anta ett beslut om att ålägga böter, kan en tjänsteman vid kommissionen på intet sätt ha gett Nintendo, under ett informellt möte med kommissionens representanter, en tydlig försäkran, från behöriga och tillförlitliga källor, vad gäller avdrag från böternas slutliga belopp av de ersättningar som erbjudits tredje part.

209 Av detta följer att anmärkningen avseende åsidosättande av principen om skydd för berättigade förväntningar när det gäller beaktande av de ersättningar som Nintendo erbjöd tredje part, vid fastställande av böternas slutliga belopp, inte kan godtas.

210 Dessa överväganden gäller även i fråga om beaktandet av det program för att följa konkurrenslagstiftningen som Nintendo har inrättat.

211 Kommissionen var i vart fall inte skyldig att beakta inrättandet av programmet för att följa konkurrenslagstiftningen, vilket även om det antas att det kan anses som en form av samarbete, inleddes på företagets eget initiativ och inte till följd av en tydlig försäkran från kommissionen.

212 Talan kan följaktligen inte bifallas på förevarande grund.

6. Fastställande av böternas slutliga belopp

- 213 Såsom framgår av punkterna 169–189 ovan ska beslutet ändras i den del som det i detta fastställs en nedsättning av böterna, på grund av sökandenas samarbete, med endast 25 procent.
- 214 Kommissionens överväganden i beslutet och den metod för beräkning av bötesbeloppet som tillämpades i förevarande fall kvarstår i övrigt oförändrade.
- 215 Böternas slutliga belopp ska följaktligen beräknas enligt följande: Böternas grundbelopp (113,85 miljoner euro) höjs med 75 procent på grund av dels Nintendos ledande roll i den konkurrensbegränsande samverkan (50 procent), dels på grund av att det samordnade förfarandet fortsatte (25 procent). Detta ger ett belopp på 199,2375 miljoner euro. Detta belopp nedsätts med 40 procent på grund av samarbetet och med ett belopp på 300 000 euro på grund av den ersättning som sökandena har erbjudit tredje part. Detta leder fram till ett totalt belopp på 119,2425 miljoner euro.

Rättegångskostnader

- 216 Enligt artikel 87.3 i rättegångsreglerna kan förstainstansrätten besluta att kostnaderna ska delas eller att vardera parten ska bära sin kostnad om parterna ömsom tappar målet på en eller flera punkter. Mot bakgrund av omständigheterna i förevarande fall beslutar förstainstansrätten att vardera parten ska bära sin rättegångskostnad.

Mot denna bakgrund beslutar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (åttonde avdelningen)

följande:

- 1) **Det bötesbelopp som Nintendo Co., Ltd och Nintendo of Europe GmbH ska betala fastställs till 119,2425 miljoner euro.**
- 2) **Talan ogillas i övrigt.**
- 3) **Vardera parten ska bära sin rättegångskostnad.**

Martins Ribeiro

Papasavvas

Wahl

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 30 april 2009.

Underskrifter

Innehållsförteckning

Bakgrund till tvisten	II - 958
1. De aktuella företagen	II - 958
2. Det administrativa förfarandet	II - 959
Undersökning rörande videospelsbranschen (ärende nr IV/35.587 PO Video Games)	II - 959
Kompletterande undersökning som specifikt rör Nintendos distributionssystem (ärende nr IV/35.706 PO Nintendo Distribution)	II - 959
Undersökning till följd av Omega Electro BV:s klagomål (ärende nr IV/36.321 Omega – Nintendo)	II - 960
3. Det omtvistade beslutet	II - 961
Förfarandet och parternas yrkanden	II - 965
Rättslig bedömning	II - 967
1. Fastställandet av det preliminära utgångsbeloppet för de böter som sökandena har ålagts	II - 968
Parternas argument	II - 968
Förstainstansrättens bedömning	II - 970
2. Höjningen av det preliminära utgångsbeloppet för de böter som sökandena ålades för att garantera en tillräckligt avskräckande verkan	II - 973
Den första grunden: Huruvida det förekommit en uppenbart felaktig rättslig bedömning, ett åsidosättande av proportionalitetsprincipen och principen ne bis in idem samt rätten till försvar, och en brist i förenligheten med kommissionens tidigare beslutspraxis	II - 974
Parternas argument	II - 974
Förstainstansrättens bedömning	II - 977
Den andra grunden: Huruvida det förekommit bristande motivering, åsidosättande av principen om likabehandling och felaktig tillämpning av den metod som anges i riktlinjerna	II - 983
Parternas argument	II - 983
Förstainstansrättens bedömning	II - 984
	II - 1017

3. Höjningen av böternas utgångsbelopp på grund av överträdelsens varaktighet	II - 985
Parternas argument	II - 986
Förstainstansrättens bedömning	II - 988
4. Höjningen av grundbeloppet för böterna på grund av försvårande omständigheter . . .	II - 989
Beaktande av att företaget har haft en ledande roll eller uppmuntrat till överträdelsen .	II - 989
Den första grunden: Huruvida det skett en uppenbart felaktig bedömning och en felaktig rättstillämpning genom att kommissionen ansåg att sökandena haft en ledande roll eller uppmuntrat till överträdelsen	II - 990
— Parternas argument	II - 990
— Förstainstansrättens bedömning	II - 991
Den andra grunden: Huruvida det föreligger en brist i förenligheten med kommissionens tidigare beslutspraxis och ett åsidosättande av icke-diskrimineringsprincipen och av motiveringsskyldigheten	II - 994
— Parternas argument	II - 994
— Förstainstansrättens bedömning	II - 994
Höjningen av bötesbeloppet på grund av att överträdelsen fortsatt	II - 995
5. Den nedsättning av bötesbeloppet som sökandena beviljades på grund av förmildrande omständigheter	II - 997
Den första grunden: Huruvida det skett en felaktig rättstillämpning och en uppenbart felaktig bedömning genom att kommissionen inte tillämpade meddelandet om samarbete	II - 997
Parternas argument	II - 997
Förstainstansrättens bedömning	II - 1000
Den andra grunden: Huruvida principen om likabehandling och motiveringsskyldigheten har åsidosatts	II - 1002
Parternas argument	II - 1002
Förstainstansrättens bedömning	II - 1003

Den tredje grunden: Huruvida rätten till försvar har åsidosatts på grund av att Nintendos ansträngningar har missuppfattats	II - 1010
Parternas argument	II - 1010
Förstainstansrättens bedömning	II - 1010
Den fjärde grunden: Huruvida principen om skydd för berättigade förväntningar har åsidosatts på grund av att den ersättning som har utbetalats till tredje part inte har tillmätts tillräcklig betydelse samt genom att programmet för att följa konkurrenslagstiftningen inte alls har beaktats	II - 1011
Parternas argument	II - 1011
Förstainstansrättens bedömning	II - 1012
6. Fastställande av böternas slutliga belopp	II - 1015
Rättegångskostnader	II - 1015