

RETTENS DOM (Ottende Afdeling)

30. april 2009\*

I sag T-13/03,

**Nintendo Co., Ltd**, Kyoto (Japan),

**Nintendo of Europe GmbH**, Grossostheim (Tyskland),

ved I. Forrester, QC, solicitors J. Pheasant, M. Powell og C. Kennedy-Loest samt  
barrister J. Killick,

sagsøgere,

\* Processprog: engelsk.

mod

**Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber** først ved O. Beynet og A. Whelan, derefter ved X. Lewis og Beynet, som befuldmægtigede,

sagsøgt,

angående en påstand om annullation eller nedsættelse af bøden pålagt sagsøgerne ved artikel 3, første led, i Kommissionens beslutning af 30. oktober 2002 om en procedure efter [...] artikel 81 [EF] og EØS-aftalens artikel 53 (sagerne COMP/35.587 PO — Videospil, COMP/35.706 PO — Nintendo-distribution og COMP/36.321 — Omega — Nintendo) (EUT 2003 L 255, s. 33),

har

DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET  
I FØRSTE INSTANS (Ottende Afdeling)

Sammensat af afdelingsformanden M.E. Martins Ribeiro, S. Papasavvas og N. Wahl (refererende dommer),

justitssekretær: fuldmægtig C. Kantza,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 19. maj 2008,

afsagt følgende

## Dom

### Sagens baggrund

#### 1. *De omhandlede virksomheder*

- 1 Den første sagsøger, Nintendo Co., Ltd (herefter »NCL« eller »Nintendo«), et børsnoteret selskab med hjemsted i Kyoto (Japan), er hovedselskabet i Nintendo-koncernen og specialiseret i fremstillingen og distributionen af videospilkonsoller og -spilkassetter til brug sammen med disse spilkonsoller.
- 2 Nintendos virksomhed inden for Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde (EØS) udøves på visse geografiske områder af datterselskaber, som det ejer 100%. Det væsentligste datterselskab er Nintendo of Europe GmbH (herefter »NOE« eller »Nintendo«). På tidspunktet for sagens faktiske omstændigheder samordnede NOE visse af Nintendos forretningsaktiviteter i Europa og var selskabets enedistributør i Tyskland.
- 3 På andre geografiske salgsområder har Nintendo udpeget uafhængige enedistributører. Således blev The Games Ltd, en handelsafdeling af John Menzies Distribution Ltd, et datterselskab, der ejes 100% af John Menzies plc, i august 1995 Nintendos enedistributør i Det Forenede Kongerige og Irland og udøvede denne virksomhed indtil i hvert fald den 31. december 1997.

## 2. Den administrative procedure

### *Undersøgelse af sektoren for videospil (sag IV/35.587 PO — Video Games)*

- 4 Kommissionen indledte i marts 1995 en undersøgelse af videospilsektoren (sag IV/35.587 PO — Video Games). Som led i denne undersøgelse sendte Kommissionen den 26. juni og den 19. september 1995, anmodninger om oplysninger til Nintendo i henhold til artikel 11 i Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962: første forordning om anvendelse af bestemmelserne i [...] artikel [81 EF] og [82 EF] (EFT 1954-1962, s. 81), med henblik på at indhente oplysninger om navnlig dets distributører og datterselskaber, om officielle distributionsaftaler indgået med disse virksomheder og om dets almindelige salgsbetingelser. NOE besvarede disse anmodninger ved skrivelser af 31. juli og 26. september 1995.

### *Undersøgelse udelukkende af Nintendos distributionsordning (sag IV/35.706 PO — Nintendo Distribution)*

- 5 Efter sine indledende konklusioner indledte Kommissionen i september 1995 en supplerende undersøgelse udelukkende af Nintendos distributionsordning (sag IV/35.706 PO — Nintendo Distribution).
- 6 Som led i denne undersøgelse sendte Kommissionen den 9. oktober 1995 en anmodning om oplysninger til Nintendo. Nintendos repræsentanter og Kommissionen holdt flere møder om Nintendos distributionspolitik. Nintendo fremlagde desuden forskellige udgaver af de aftaler, selskabet havde indgået med visse af dets distributører.

*Undersøgelse på foranledning af en klage indgivet af Omega Electro BV (sag IV/36.321 — Omega — Nintendo)*

- 7 Den 26. november 1996 indgav Omega Electro, der importerer og sælger elektroniske spil, i henhold til artikel 3, stk. 2, litra b), i forordning nr. 17 en klage, der primært vedrørte distributionen af Nintendos spilkassetter og -konsoller og indeholdt en række påstande, bl.a. at Nintendo hindrede parallelhandel og opretholdt bindende videre-salgspriser i Nederlandene. På baggrund af denne klage udvidede Kommissionen sin undersøgelse (sag IV/36.321 — Omega — Nintendo). Den 7. marts 1997 sendte Kommissionen en anmodning om oplysninger til Nintendo og John Menzies. Nintendo indrømmede i sit svar af 16. maj 1997, at visse af selskabets distributionsaftaler og visse af dets almindelige betingelser indeholdt begrænsninger af parallelhandlen inden for EØS. I oktober 1997 sendte Kommissionen en ny anmodning om oplysninger til John Menzies, som denne besvarede den 1. december 1997 ved at fremlægge visse oplysninger om det omstridte kartel.
- 8 Ved skrivelse af 23. december 1997 angav Nintendo over for Kommissionen, at selskabet var blevet opmærksomt på »et alvorligt problem vedrørende parallelhandel inden for Fællesskabet«, og udtrykte ønske om at samarbejde med Kommissionen.
- 9 Den 13. januar 1998 fremlagde John Menzies yderligere oplysninger. Den 21. januar, den 1. april og den 15. maj 1998 fremsendte Nintendo hundredvis af dokumenter til Kommissionen. Den 15. december 1998 afholdtes et møde mellem Kommissionen og repræsentanter for Nintendo, hvorunder spørgsmålet om den eventuelle tildeling af kompensation til skadelidte tredjemand ved det omstridte kartel blev diskuteret.
- 10 Endvidere har Nintendo efter sin indrømmelse truffet forholdsregler til at sikre fremtidig overholdelse af fællesskabsretten og har tilbudt økonomisk kompensation til tredjemand, der har lidt økonomiske tab som følge af Nintendos handlinger.

- 11 Kommissionen sendte den 26. april 2000 en klagepunktsmeddelelse til Nintendo og de andre omhandlede virksomheder, særligt Itochu med kopi til Itochu Hellas, om tilsidesættelse af artikel 81, stk. 1, EF og artikel 53, stk. 1, i aftalen om EØS (herefter EØS-aftalen). Nintendo og de andre berørte virksomheder har som svar på de af Kommissionen fremsatte klagepunkter indgivet bemærkninger, hvori Nintendo og flere af disse virksomheder har anmodet om anvendelse af Kommissionens meddelelse af 18. juli 1996 om bødefritagelse eller bødenedsættelse i kartelsager (EFT C 207, s. 4, herefter »samarbejdsmeddelelsen«). Ingen af parterne har anmodet om afholdelse af en formel høring. Nintendo har ikke anfægtet det materielle indhold af de faktiske omstændigheder, der blev fremlagt i klagepunktsmeddelelsen.
- 12 Hvad nærmere bestemt angår sagsøgerne sendtes et svar på klagepunktsmeddelelsen til Kommissionen den 7. juli 2000.

### 3. *Den anfægtede beslutning*

- 13 Den 30. oktober 2002 vedtog Kommissionen beslutning 2003/675/EF om en procedure efter [...] artikel 81 [EF] og EØS-aftalens artikel 53 (sagerne COMP/35.587 PO — Videospil, COMP/35.706 PO — Nintendo-distribution og COMP/36.321 — Omega — Nintendo) (EUT 2003 L 255, s. 33, herefter »beslutningen«). Beslutningen blev meddelt Itochu NOE og NCL henholdsvis den 8. og den 11. november 2002.

14 Beslutningen indeholder bl.a. følgende bestemmelser:

»*Artikel 1*

Følgende virksomheder har overtrådt traktatens artikel 81, stk. 1, og EØS-aftalens artikel 53, stk. 1, ved i de angivne perioder at have deltaget i et kompleks af aftaler og samordnet praksis på markederne for spilkonsoller og spilkassetter, der er kompatible med spilkonsoller fremstillet af Nintendo, der havde til formål og til følge at begrænse paralleleksporten af Nintendo-spilkonsoller og -spilkassetter:

— [NCL og NOE] fra januar 1991 til udløbet af december 1997

[...]

*Artikel 3*

De i artikel 1 nævnte virksomheder pålægges herved følgende bøder for den i samme artikel omhandlede overtrædelse:

[...]

— [NCL og NOE] pålægges in solidum en bøde på 149,128 mio. EUR.

[...]«

- 15 Kommissionen har ved beregningen af bøderne i beslutningen anvendt den metode, der følger af retningslinjerne for beregningen af bøder i henhold til artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 og artikel 65, stk. 5, i EKSF-traktaten (EFT 1998 C 9, s. 3, herefter »retningslinjerne«). Den har til gengæld besluttet ikke at tage hensyn til samarbejdsmeddelelsen som følge af overtrædelsens vertikale karakter.
- 16 Kommissionen har for det første fastsat bødernes grundbeløb på baggrund af overtrædelsens grovhed og varighed.
- 17 Kommissionen har herved først og fremmest fastslået, at de pågældende virksomheder havde begået en meget grov overtrædelse ud fra dennes karakter, dens konkrete indvirkning på markedet og det pågældende geografiske markeds udstrækning.
- 18 Eftersom den pågældende sammenhængende overtrædelse vedrørte flere virksomheder af meget forskellig størrelse, fastslog Kommissionen endvidere, at det var nødvendigt at foretage en differentieret behandling af de pågældende virksomheder for at tage hensyn til hver enkelt virksomheds konkrete vægt og dermed deres ulovlige adfærds faktiske påvirkning af konkurrencen. De pågældende virksomheder er med henblik herpå blevet inddelt i tre grupper efter deres enkeltvis respektive betydning i forhold til Nintendo som distributører af de pågældende varer inden for EØS. Sammenligningen er blevet foretaget under henvisning til hver virksomheds andel i det samlede antal Nintendo spilkonsoller og -kassetter erhvervet med henblik på deres distribution i EØS i 1997, som var det sidste år, hvori overtrædelsen blev begået. På denne baggrund blev Nintendo placeret alene i den første gruppe, mens John Menzies var alene i den anden gruppe. Kommissionen har for disse virksomheder fastsat det foreløbige grundbeløb ud fra overtrædelsens grovhed til 23 mio. EUR for Nintendo og til 8 mio. EUR for John Menzies. Hvad angår de andre omhandlede virksomheder blev der fastsat et foreløbigt grundbeløb på 1 mio. EUR.
- 19 Kommissionen har endvidere for at sikre, at bøden har tilstrækkeligt afskrækkende virkning, samt for at tage hensyn til Nintendos, John Menzies' og Itochu Corp.'s



størrelse og samlede ressourcer forhøjet disse grundbeløb. Hvad nærmere bestemt angår Nintendo har Kommissionen anført, at der ud over selskabets størrelse, der var klart mindre end Itochus, skulle tages hensyn til, at selskabet fremstillede de varer, der var genstand for overtrædelsen. Under hensyn til disse forhold har Kommissionen anvendt en multiplikator på 3 på de beløb, der var fastsat for Nintendo og Itochu, og på 1,25 for John Menzies, hvorved grundbeløbene blev fastsat til 69 mio. EUR for Nintendo, 10 mio. EUR for John Menzies og 3 mio. EUR for Itochu.

20 Hvad angår varigheden af hver virksomheds overtrædelse er grundbeløbet blevet forhøjet med 10% pr. år, hvilket medførte en forhøjelse på 65% for Nintendo og 20% for John Menzies.

21 Kommissionen har følgelig fastsat Nintendos bødes grundbeløb til 113,85 mio. EUR.

22 For det andet er grundbeløbet i Nintendos bøde som følge af skærpende omstændigheder blevet forhøjet med 50%, fordi denne virksomhed havde en førende rolle i og tilskyndede til overtrædelsen, samt med 25%, fordi selskabet havde fortsat overtrædelsen efter udfærdigelsen af de første undersøgelsesdokumenter i juni 1995 som led i Kommissionens undersøgelse. Grundbeløbet i John Menzies' bøde er blevet forhøjet med 20%, der for det første svarer til en forhøjelse på 10% for at tage hensyn til, at selskabet havde fortsat overtrædelsen efter indledningen af Kommissionens undersøgelse, og for det andet en forhøjelse på 10% for at have afvist at samarbejde med Kommissionen.

23 For det tredje har Kommissionen som led i undersøgelsen af formildende omstændigheder først og fremmest fundet det berettiget at nedsætte bøden for den ene af de omfattede virksomheder, nemlig Concentra — Produtos para crianças, SA, som var Nintendos enedistributør i Portugal, idet selskabet udelukkende havde spillet en passiv rolle under hoveddelen af den pågældende periode. Kommissionen har endvidere indrømmet Nintendo en nedsættelse på 300 000 EUR for at tage hensyn til

den økonomiske kompensation, som denne virksomhed havde tilbudt skadelidte tredjemand som følge af det omstridte kartel, som var blevet identificeret i klagepunktsmeddelelsen. Endelig er John Menzies og Nintendo blevet indrømmet nedsættelser på henholdsvis 40% og 25% i betragtning af deres reelle samarbejde med Kommissionen. For de øvrige virksomheders vedkommende er der derimod ikke blevet anerkendt formildende omstændigheder.

### **Retsforhandlinger og parternes påstande**

- 24 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 16. januar 2003 har sagsøgerne anlagt denne sag.
- 25 På grundlag af den refererende dommers rapport har Retten (Ottende Afdeling) besluttet at indlede den mundtlige forhandling.
- 26 Sagsøgerne har ved skrivelse af 7. maj 2008 anført, at de frafaldt anbringendet om en urigtig forhøjelse af bøden for overtrædelsens første år.
- 27 Parterne har afgivet mundtlige indlæg og besvaret spørgsmål fra Retten i retsmødet den 19. maj 2008. Kommissionen har ved denne lejlighed anført, at den ikke havde bemærkninger til ovennævnte frafald.

28 Under dette retsmøde har sagsøgerne udleveret et dokument til Rettens medlemmer og til sagsøgte i form af en rettet version af et bilag til duplikken. Kommissionen ville ved dette bilag afklare de af dens undersøgelse berørte virksomheders respektive samarbejde. Efter at have hørt parterne besluttede Retten at tilføje dette dokument til sagsakterne og give Kommissionen en frist til at fremsætte bemærkninger til nævnte dokument. Efter afgivelsen af disse bemærkninger blev den mundtlige forhandling afsluttet.

29 Sagsøgerne har nedlagt følgende påstande:

- Beslutningens artikel 3 annulleres, for så vidt som sagsøgerne pålægges en bøde.
- Som led i Rettens fulde prøvelsesret annulleres eller nedsættes bøden til et efter Rettens skøn passende beløb.
- Retten træffer enhver anden nødvendig foranstaltning.
- Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

30 Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

- Kommissionen frifindes i det hele.

— Sagsøgerne tilpligtes at betale sagens omkostninger.

## Retlige bemærkninger

- <sup>31</sup> Sagsøgerne har til støtte for deres søgsmål gjort gældende, at Kommissionen har tilsidesat væsentlige formforskrifter, EF-traktaten og reglerne om dens gennemførelse ved at pålægge selskaberne en bøde på næsten 150 mio. EUR, dvs. den største bøde, der er pålagt for en vertikal overtrædelse og på tidspunktet for beslutningen den fjerdestørste bøde, der nogensinde er pålagt en individuel virksomhed for én overtrædelse. Det er sagsøgernes opfattelse, at bøden er ulovlig, fordi den er åbenbart uforholdsmæssig, samt fordi den er behæftet med mangler i de forskellige etaper i beregningen heraf.
- <sup>32</sup> De af sagsøgerne påberåbte argumenter, som således alle angår bødefastsættelsen, vedrører for det første overtrædelsens grovhed, for det andet anvendelsen af en multiplikator som afskrækkelse, for det tredje overtrædelsens varighed, for det fjerde bødens forhøjelse for skærpende omstændigheder og for det femte tilstedeværelsen af formildende omstændigheder.
- <sup>33</sup> Før gennemgangen af de af sagsøgerne påberåbte anbringender indledes, skal det bemærkes, at det følger af betragtning 366-464 til beslutningen, at de af Kommissionen pålagte bøder som følge af en overtrædelse af artikel 81, stk. 1, EF og EØS-aftalens artikel 53, stk. 1, er blevet pålagt i henhold til artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17, og at Kommissionen, som den udtrykkeligt har bekræftet, har fastsat bøderne under anvendelse af den i retningslinjerne fastsatte metode.

34 Selv om retningslinjerne ikke kan anses for retsregler, som vedkommende myndighed under alle omstændigheder er forpligtet til at overholde, fastsætter de dog vejledende regler for den praksis, der skal følges, og som vedkommende myndighed ikke kan fravige i konkrete tilfælde uden at angive grunde, som er i overensstemmelse med princippet om ligebehandling (jf. Domstolens dom af 18.5.2006, sag C-397/03 P, Archer Daniels Midland og Archer Daniels Midland Ingredients mod Kommissionen, Sml. I, s. 4429, præmis 91 og den deri nævnte retspraksis).

### 1. *Fastsættelsen af det foreløbige grundbeløb, sagsøgerne pålægges i bøde*

#### *Parternes argumenter*

35 Sagsøgerne har foreholdt Kommission at have fastsat bødens grundbeløb som følge af grovheden til 23 mio. EUR og har fremsat to anbringender vedrørende henholdsvis anlæggelsen af en åbenbart urigtigt skøn og en begrundelsesmangel.

36 Sagsøgerne har principalt foreholdt Kommissionen at have fastsat bødens grundbeløb som følge af grovheden støttet på »hver parts andel af den samlede mængde Nintendo-spilkonsoller og -spilkassetter, der blev købt med henblik på distribution inden for EØS«. Anvendelsen af dette forhold, som er uden fortilfælde, er vilkårlig og ukorrekt. For det første medfører Kommissionens tilgang, at nævnte beløb ville have været højere, såfremt Nintendo havde valgt at distribuere sine varer gennem helejede datterselskaber, og lavere, såfremt selskabet havde valgt at distribuere sine varer gennem uafhængige distributører, skønt der ikke er en logisk sammenhæng mellem det relative og absolutte ansvar for en virksomhed, der begår en overtrædelse, og den struktur, det har valgt for at distribuere sine egne varer. For det andet tager denne tilgang ikke hensyn til konkurrencen mellem forskellige mærker og inden for samme mærke. Sagsøgerne har herved anført, at leveringen af videospilkonsoller og -kassetter er kendetegnet ved stærk konkurrence mellem de forskellige mærker. Endelig er der blevet taget hensyn til Nintendos stilling som producent to gange, idet denne stilling

ligeledes er taget i betragtning ved fastsættelsen af de skærpende omstændigheder (betragtning 229 til beslutningen).

- 37 Sagsøgerne har subsidiært anført, at Kommissionen ikke har begrundet eller i hvert ikke har givet en tilstrækkelig begrundelse for den anvendte metode og det således fastsatte beløb. De har anført, at Kommissionens forklaringer i svarskriftet heller ikke er tilstrækkelige, for så vidt som de er urigtige og i strid med såvel argumentationen i beslutningen som i retningslinjerne.
- 38 Sagsøgerne har herved for det første anført, at Kommissionen ved i sit svarskrift at gøre gældende, at grundbeløbet på 23 mio. EUR afspejlede ét aspekt i overtrædelsens grovhed, nemlig forholdet mellem Nintendos distributionsdatterselskaber og kunderne, mens multiplikatoren tog hensyn til et andet aspekt, dvs. sagsøgernes rolle som producent og leverandør til deres uafhængige distributører, har afvejet fra den argumentation, der er anført i beslutningen. Ifølge Kommissionen afspejler multiplikatoren blot nødvendigheden af at afskrække virksomhederne fra at begå overtrædelser, mens beløbet på 23 mio. EUR blev pålagt som følge af grovheden.
- 39 Under alle omstændigheder er Kommissionens argumentation i svarskriftet fejlagtig. Svarskriftet lader forstå, at beløbet pålagt for et aspekt i overtrædelsen er støttet på de beløb, der er pålagt for et andet aspekt herved, skønt der i betragtning af de samlede faktiske forhold for hvert af disse aspekter kunne være beregnet forskellige beløb som følge af grovheden.
- 40 For det andet har Kommissionen ligeledes afvejet fra sine egne retningslinjer ved at anvende en afskrækkelsesmultiplikator for at tilpasse ligevægten af de oprindelige beløb fastsat på grundlag af grovheden, skønt retningslinjerne indeholder en klar sondring mellem anvendelsen af en afregning for at tage hensyn til den reelle virkning af

hver virksomheds ulovlige adfærd i sager, der omhandler flere parter, og tilpasningen af beløb fastholdt som følge af grovheden for at sikre en tilstrækkelig afskrækkende virkning.

- 41 For det tredje har sagsøgerne som svar på Kommissionens argument om, at de opnåede en betydelig rabat i forhold til bøderne pålagt for karteller, understreget, at der må foretages en grundlæggende sondring mellem sager vedrørende horisontale restriktioner og sager vedrørende vertikale restriktioner. Denne sondring bekræftes ved, at samarbejdsmeddelelsen udelukkende finder anvendelse på horisontale restriktioner.
- 42 Kommissionen har bestridt samtlige de af sagsøgerne fremførte argumenter.

### *Retten bemærkninger*

- 43 Som det følger af beslutningen, har Kommissionen i denne sag fastsat de bøder, der er pålagt de berørte virksomheder, på baggrund af flere forhold i overensstemmelse med den metode, der er fremsat i retningslinjerne.
- 44 Kommissionen har nemlig indledningsvis anført, at de pågældende virksomheder under hensyn til det fælles projekts karakter, dets virkninger på markedet, og til, at det har begrænset parallelhandlen i hele EØS, har begået en meget grov overtrædelse af artikel 81, stk. 1, EF, for hvilken overtrædelse der sandsynligvis kan fastsættes en bøde på over 20 mio. EUR i henhold til retningslinjernes punkt 1 A, andet afsnit, tredje led (betragtning 374-384 til beslutningen).

- 45 Da sagen vedrørte én sammenhængende overtrædelse, der omfattede flere virksomheder af meget forskellig størrelse har Kommissionen herefter i overensstemmelse med retningslinjernes punkt 1 A, tredje afsnit, foretaget en differentieret behandling af disse (jf. betragtning 385-391 til beslutningen). Den har herved taget hensyn til hver parts andel af den samlede mængde Nintendo-spilkonsoller og -spilkassetter, der blev købt med henblik på distribution inden for EØS i det sidste år, hvor overtrædelsen bestod, nemlig 1997 (jf. betragtning 386 til beslutningen).
- 46 På grundlag heraf er det »foreløbige grundbeløb« i Nintendos bøde blevet fastsat til 23 mio. EUR (betragtning 391 til beslutningen). Endelig har Kommissionen for at sikre bøden en tilstrækkeligt afskrækkende virkning multipliceret dette beløb med tre under hensyn til ikke blot Nintendos størrelse og samlede midler, men ligeledes dets egenskab af producent af varerne. Grundbeløbet i Nintendos bøde er således blevet fastsat til 69 mio. EUR (betragtning 392-396 til beslutningen).
- 47 Det følger heraf, at Kommissionen i modsætning til, hvad sagsøgerne har anført, ikke udelukkende har støttet sig på tallene for hver parts andel i det samlede salg af Nintendo-spilkonsoller og -spilkassetter i referenceåret.
- 48 Da sagsøgernes argumentation må fortolkes som en kritik af anvendelsen af disse tal som led i den differentierede behandling, Kommissionen har foretaget i betragtning 385-391 til beslutningen, kan den heller ikke tages til følge.
- 49 Det skal nemlig bemærkes, at den differentierede behandling tilsigter, som Kommissionen har anført i betragtning 385 til beslutningen, at tage hensyn til hver indblandet virksomheds konkrete vægt og dermed deres ulovlige adfærds faktiske påvirkning af konkurrencen, navnlig når de virksomheder, der har begået samme slags overtrædelse, er af meget forskellig størrelse.



- 50 Hvad angår et kartel eller samordnet praksis af vertikal karakter, som har til formål og medfører en restriktion for paralleleksport af spilkonsoller og -kassetter, er parternes respektive andele i distributionen af de pågældende varer repræsentative for hver virksomheds konkrete vægt som led i den anfægtede distribution. Kommissionen har således ikke anlagt et åbenbart urigtigt skøn ved at henholde sig til de nævnte andele med henblik på den differentierede behandling, der er foretaget ved fastsættelsen af bødernes foreløbige grundbeløb, der er pålagt de pågældende virksomheder.
- 51 Kommissionens tilgang underkender i modsætninger til, hvad sagsøgerne har anført, ikke, at leveringen af videospilkonsoller og -kassetter er kendetegnet ved stærk konkurrence mellem mærkerne. Det skal nemlig bemærkes, at henvisningen til markedsandelene for hver af de virksomheder, der medvirker i distributionen af Nintendo-varer, som Kommissionen har understreget, blot er foretaget for at fastslå hver enkeltes relative ansvar i den pågældende overtrædelse. Som det klart følger af beslutningen (jf. bl.a. betragtning 374), var formålet med overtrædelsen netop at begrænse konkurrencen af distribution af Nintendo-varer. Derfor er den omstændighed, at markedet for spilkonsoller og -kassetter er kendetegnet ved stærk konkurrence inden for samme mærke, forudsat at den er bevist, ikke et forhold, som Kommissionen skulle tage hensyn til ved fastsættelsen af det konkrete foreløbige grundbeløb for den bøde, sagsøgerne er blevet pålagt.
- 52 Den omstændighed, at Kommissionen hidtil aldrig har haft adgang til de oplysninger, som er anfægtet som led i inddelingen i kategorier af virksomheder, der har deltaget i én overtrædelse, skyldes, at det er første gang, at Kommissionen, hvilket den i øvrigt har bekræftet i sine processkrifter, har foretaget en sådan inddeling i kategorier i en beslutning, der omhandler adfærd af vertikal karakter.
- 53 Hvad angår klagepunktet om tilsidesættelse af begrundelsespligten i forbindelse med inddelingen i kategorier bemærkes, at det følger af fast retspraksis, at Kommissionen med hensyn til bødefastsættelsen i forbindelse med overtrædelse af konkurrenceretten opfylder sin begrundelsespligt, når den i sin beslutning giver oplysninger om de hensyn, der har givet den grundlag for at bedømme grovheden og varigheden af overtrædelsen,

uden at den er forpligtet til at opstille en mere detaljeret redegørelse for metoden eller angivelse af taloplysninger vedrørende bødeberegningen (jf. i denne retning Domstolens dom af 16.11.2000, sag C-279/98 P, Cascades mod Kommissionen, Sml. I, s. 9693, præmis 38-47, og Rettens dom af 30.9.2003, forenede sager T-191/98 og T-212/98 — T-214/98, Atlantic Container Line m.fl. Kommissionen, Sml. II, s. 3275, præmis 1522).

- 54 I denne sag følger det af ovenstående betragtninger, at Kommissionen har givet en tilstrækkelig redegørelse for de forskellige etaper i bødefastsættelsen målt ud fra grovheden og følgelig har opfyldt sin begrundelsespligt.
- 55 Samtlige anbringender rettet mod fastsættelsen af bødens foreløbige grundbeløb målt ud fra grovheden må derfor forkastes.

*2. Forhøjelsen af bødens foreløbige grundbeløb pålagt sagsøgerne for at sikre en tilstrækkeligt afskrækkende virkning*

- 56 Sagsøgerne har ikke udelukkende anfægtet den omstændighed, at Kommissionen har multipliceret bødens foreløbige grundbeløb med tre for en afskrækkende virkning, men ligeledes selve princippet om en bødeforhøjelse på dette grundlag. Sagsøgerne har herved fremsat to anbringender dels om åbenbar urigtig retsanvendelse, tilsidesættelse af principperne om proportionalitet og non bis in idem samt retten til forsvar og manglende sammenhæng med Kommissionens hidtidige beslutningspraksis, dels om begrundelsesmangel, tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet og urigtig anvendelse af metoden fremsat i retningslinjerne.

*Det første anbringende om åbenbar urigtig retsanvendelse, tilsidesættelse af principperne om proportionalitet og non bis in idem samt retten til forsvar og manglende sammenhæng med Kommissionens hidtidige beslutningspraksis*

## Parternes argumenter

- 57 For det første har sagsøgerne gjort gældende, at Kommissionen har tilsidesat proportionalitetsprincippet, idet det ikke var nødvendigt at anvende en multiplikator for at sikre, at de i fremtiden overholder fællesskabsretten.
- 58 Det er deres opfattelse, at Kommissionen, før den anvender en multiplikator for at sikre bødens afskrækkende virkning, skal undersøge, om der foreligger en risiko for, at overtrædelsens ophavsmand atter vil tilsidesætte konkurrenceretten, hvis en sådan forhøjelse ikke foretages. I denne sag er der intet i hverken klagepunktsmeddelelsen eller i beslutningen, der antyder, at der foreligger en sådan risiko i sagsøgernes tilfælde. Tværtimod har Kommissionen selv i såvel klagepunktsmeddelelsen som i beslutningen (betragtning 95) anerkendt, at »Nintendo [...] endvidere [traf] forholdsregler, der forekommer at have været troværdige, for at sikre fremtidig overholdelse af fællesskabslovgivningen«. Sagsøgerne har herved anført, at de har truffet talrige forholdsregler, nemlig frivillig indrømmelse og frivilligt ophør med overtrædelsen i december 1997, fuldstændigt samarbejde med Kommissionen, udbetaling af kompensation til tredjemand, indgåelse af ikke eksklusive distributionsaftaler med sine distributører og iværksættelse af et verdensomspændende program for tilpasning til konkurrenceretten.
- 59 Hvad angår Kommissionens sondring i svarskriftet mellem den almene afskrækkelse og den konkrete afskrækkelse og argumentet om, at anvendelsen af multiplikatoren er berettiget i henhold til førstnævnte, har sagsøgerne anført, at et sådant argument er i strid med såvel retningslinjerne som Kommissionens hidtidige beslutningspraksis. Således var formålet med multiplikatoren i »rørkartel«-sagerne, som Kommissionen har nævnt, at forhindre en gentagelse fra ABB Asea Brown Boveri Ltd (herefter »ABB«) (Kommissionens beslutning 1999/60/EF af 21.10.1998 om en procedure efter [...] artikel [81 EF] (sag IV/35.691/E-4: Rørkartel (præisolerede rør) (EFT 1999 L 24, s. 1),

betragtning 168). Derudover udgør denne sag i modsætning til, hvad Kommissionen har gjort gældende, ikke et relevant fortilfælde for pålæggelsen af en multiplikator på en virksomhed, der har vedtaget et program for tilpasning til konkurrenceretten, for så vidt som Kommissionen udtrykkeligt rejste tvivl om effektiviteten af ABB's forudeksisterende program (rørkartel-sagen, betragtning 172).

- 60 For det andet har sagsøgerne gjort gældende, at Kommissionen har afvejet fra sin hidtidige praksis ved i en sag om restriktioner af vertikal karakter for første gang at have anvendt en multiplikator for afskrækkelse.
- 61 Sagsøgerne har herved anført, at Kommissionen for i denne sag at begrunde anvendelsen af en multiplikator for at sikre bødens afskrækkende virkning har støttet sig på Nintendos størrelse samt på selskabets egenskab af producent. I tidligere sager om vertikale overtrædelser er der ikke blevet anvendt multiplikatorer på producenterne for afskrækkelse, skønt der i hver af disse sager blev pålagt nævnte producenter en bøde og de straffede virksomheder med én undtagelse var flere gange større end sagsøgerne. Det var tilfældet i sagerne »Volkswagen I« og »Volkswagen II«, »Mercedes Benz « og »Opel« (henholdsvis Kommissionens beslutning 98/273/EF af 28.1.1998 om en procedure i henhold til [...] artikel [81 EF] (sag IV/35.733 — VW) (EFT L 124, s. 60), Kommissionens beslutning 2001/711/EF af 29.6.2001 om en procedure i henhold til [...] artikel 81 [EF] (sag COMP/F-2/36.693 — Volkswagen) (EFT L 262, s. 14), beslutning 2002/758/EF af 10.10.2001 om en procedure i henhold til [...] artikel 81 [EF] (sag COMP/36.264 — Mercedes-Benz) (EFT L 257, s. 1), og Kommissionens beslutning 2001/146/EF af 20.9.2000 om en procedure i henhold til [...] artikel 81 [EF] (sag COMP/36.653 — Opel) (EFT L 59, s. 1)). Endvidere havde ingen af de i de nævnte sager omhandlede virksomheder frivilligt bragt deres overtrædelse til ophør, eller samarbejdet med Kommissionen på nogen måde. Visse af disse virksomheder havde endda tidligere begået overtrædelser.
- 62 Sagsøgerne har som svar på Kommissionens angivelse af, at der udelukkende skal anvendes en multiplikator med henblik på afskrækkelse i sager, hvor flere parter

straffes, anført, at de forhold, der er lagt til grund for i denne sag at begrunde en sådan multiplikator, nemlig Nintendos størrelse og dets egenskab af producent, er fælles for sager, der omfatter en eller flere parter. Kommissionens tilgang er således irrationel og diskriminerende.

63 Hvad angår Kommissionens argument om, at anvendelsen af en multiplikator som afskrækkelse er berettiget, fordi det var nødvendigt at fastsætte et lavt foreløbigt grundbeløb for bøden for ikke at straffe de andre parter, navnlig små distributører, har sagsøgerne anført, at der i beslutningen ikke er godtgjort en direkte retlig eller matematisk forbindelse mellem beløbet fastsat for Nintendo som følge af grovhed og beløbet fastsat for distributørerne som følge af grovhed. Under alle omstændigheder var Kommissionen ikke forpligtet til at forhøje beløbet fastsat for de små distributører som følge af grovhed, blot fordi den havde fastsat et højere beløb for Nintendo.

64 For det tredje har sagsøgerne gjort gældende, at Kommissionen ved i betragtning 395 til beslutningen at tage hensyn til Nintendos egenskab af producent af de pågældende varer for at anvende en multiplikator som afskrækkelse har baseret sig på et ikke relevant forhold, hvorved den således har foretaget åbenbar urigtig retsanvendelse.

65 I den henseende udgør Domstolens dom af 7. juni 1983, *Musique diffusion française m.fl. mod Kommissionen* (forenede sager 100/80-103/80, Sml. s. 1825, præmis 75), ikke et relevant fortilfælde. Domstolen antyder nemlig ikke i denne dom, at den blotte omstændighed, at en virksomhed er producent, i sig selv berettiger en bødeforhøjelse. Domstolen fastslog, at de relevante forhold, der skal tages hensyn til ved bødeberegningen, er den rolle, producenten har spillet i overtrædelsen, og ikke, at der er tale om en producent. Endvidere vedrører denne doms præmis 75, som Kommissionen har henvist til, ikke bødeberegningen, men spørgsmålet, om producenten havde deltaget i en vertikal overtrædelse med sine distributører.

- 66 Det er sagsøgernes opfattelse, at det under alle omstændigheder ikke er, fordi Nintendo er producent af de pågældende varer, at virksomheden mere end de andre parter senere kan overtræde konkurrenceretten.
- 67 For det fjerde har sagsøgerne anført, at Kommissionen har tilsidesat princippet om non bis in idem ved at tage hensyn til Nintendos egenskab af producent ikke blot ved bødeforhøjelsen som afskrækkelse, men ligeledes ved den skærpende omstændighed vedrørende Nintendos førende rolle i og tilskyndelse til overtrædelsen. De har anført, at rollen som producent og en førende rolle i praksis sammenblandes i tilfælde af vertikale overtrædelser. Producenten indtager en central rolle, for så vidt som han udpeger distributørerne, godkender betingelser for leveringer til disse og opretholder handelsforbindelser med hver af dem. En producent, der er indblandet i en vertikal overtrædelse, hvori ligeledes dens distributører deltager, spiller derfor en central rolle.
- 68 Sagsøgerne har for det femte anført, at Kommissionen har tilsidesat deres ret til forsvar ved ikke i klagepunktsmeddelelsen at omtale sin hensigt om at anvende en multiplikator som afskrækkelse. De har navnlig anført, at Kommissionen i rørkartel-sagen udtrykkeligt oplyste ABB om, at der ville blive taget hensyn til, at det var nødvendigt at sikre bøden en afskrækkende virkning (Rettens dom af 20.3.2002, sag T-31/99, ABB Asea Brown Boveri mod Kommissionen, Sml. II, s. 1881, præmis 64 og 83).
- 69 Kommissionen har bestridt samtlige sagsøgernes anbringender.

### Rettens bemærkninger

- 70 Det skal bemærkes, at Kommissionens kompetence til at pålægge de virksomheder bøder, som forsætligt eller uagtsomt overtræder artikel 81, stk. 1, EF eller artikel 82 EF, er et af de midler, som Kommissionen har fået tildelt, for at den kan udføre sin

tilsynsopgave ifølge fællesskabsretten. Dette omfatter klart den opgave at efterforske og straffe de enkelte overtrædelser, men det dækker ligeledes pligten til at forfølge en generel politik med henblik på at anvende de i traktaten fastsatte principper på konkurrenceområdet og til at påvirke virksomhedernes adfærd i denne (dommen i sagen *Musique diffusion française m.fl. mod Kommissionen*, nævnt i præmis 65 ovenfor, præmis 105, og Rettens dom af 27.9.2006, sag T-43/02, *Jungbunzlauer mod Kommissionen*, Sml. II, s. 3435, præmis 297).

71 Kommissionen har følgelig kompetence til at fastsætte bødernes størrelse således, at deres afskrækkende virkning forstærkes, når en bestemt form for overtrædelse på grund af den fortjeneste, som visse virksomheder kan opnå herved, stadig er forholdsvis hyppig, skønt ulovligheden heraf har været fastslået siden begyndelsen af Fællesskabets fælles konkurrencepolitik (dommen i sagen *Musique diffusion française m.fl. mod Kommissionen*, nævnt i præmis 65 ovenfor, præmis 108, og i sagen *Jungbunzlauer mod Kommissionen*, nævnt i præmis 70 ovenfor, præmis 298). Eftersom målsætningen om afskrækkende virkning vedrører virksomhedernes adfærd inden for Fællesskabet eller EØS, vurderes afskrækkelsesfaktoren ud fra en række forhold og ikke alene ud fra den omhandlede virksomheds særlige situation (Domstolens dom af 29.6.2006, sag C-289/04 P, *Showa Denko mod Kommissionen*, Sml. I, s. 5859, præmis 23, jf. ligeledes i denne retning dommen i sagen *Jungbunzlauer mod Kommissionen*, nævnt i præmis 70 ovenfor, præmis 300).

72 Kommissionen er, når den vurderer muligheden for at forhøje bøder for at sikre deres afskrækkende virkning, ligeledes på ingen måde forpligtet til at vurdere sandsynligheden for, at de pågældende virksomheder gentager deres handlinger (jf. i denne retning Rettens dom af 12.12.2007, forenede sager T-101/05 og T-111/05, *BASF og UCB mod Kommissionen*, Sml. II, s. 4949, præmis 47).

73 I denne sag kan sagsøgerne således ikke hævde, at Kommissionen har tilsidesat proportionalitetsprincippet, for så vidt som den kun kunne forhøje bøden for at sikre dennes afskrækkende virkning, såfremt der forelå en risiko for, at de omhandlede virksomheder atter ville tilsidesætte konkurrenceretten. Tilstræbelsen af en afskrækkende virkning omfatter, som Kommissionen har understreget, ikke udelukkende de virksomheder, der er omfattet af beslutningen om bødepålæggelse. Den skal ligeledes

tilskynde virksomheder af tilsvarende størrelse, som besidder tilsvarende midler, til at afholde sig fra at begå tilsvarende overtrædelser af konkurrenceretten.

- 74 Sagsøgernes forebyggende forholdsregler, der navnlig består i et program om tilpasning til de konkurrenceretten i Fællesskabet, deres samarbejde under den administrative procedure samt den kompensation, de har tilbudt tredjemand, ændrer ikke, at der reelt er begået en overtrædelse, og skal ikke tages i betragtning ved vurderingen af overtrædelsens grovhed. Disse omstændigheder kan i givet fald tages i betragtning som led i undersøgelsen af, om der foreligger formildende omstændigheder.
- 75 Hvad angår klagepunktet om, at Kommissionen har afvejet fra sin hidtidige politik, for så vidt som en forhøjelse som afskrækkelse hidtil ikke havde været anvendt på bøder pålagt deltagerne i en vertikal overtrædelse, bemærkes alene, at det følger af fast retspraksis, at Kommissionens beslutningspraksis ikke udgør den retlige ramme for de bøder, der pålægges på konkurrenceområdet, og at beslutninger vedrørende andre sager kun er af vejledende karakter for så vidt angår den eventuelle forekomst af forskelsbehandling, idet det ikke er sandsynligt, at de særlige faktiske omstændigheder i sagerne, såsom markedet, varerne, virksomhederne og de omhandlede perioder, er identiske (Domstolens dom af 21.9.2006, sag C-167/04 P, JCB Service mod Kommissionen, Sml. I, s. 8935, præmis 201 og 205, og af 7.6.2007, sag C-76/06 P, Britannia Alloys & Chemicals mod Kommissionen, Sml. I, s. 4405, præmis 60).
- 76 Det skal endvidere understreges, at de pågældende virksomheder bør tage i betragtning, at Kommissionen til enhver tid kan beslutte at forhøje størrelsen af bødebeløbene i forhold til det tidligere anvendte niveau (dommen i sagen Britannia Alloys & Chemicals mod Kommissionen, nævnt i præmis 75 ovenfor, præmis 61).
- 77 Det følger heraf, at klagepunktet om manglende sammenhæng med Kommissionens hidtidige beslutningspraksis ikke kan tages til følge.



- 78 Argumentet om, at Kommissionen har foretaget urigtig retsanvendelse ved som led i forhøjelsen for afskrækkelse at henvise til, at Nintendo fremstillede de pågældende varer, kan heller ikke tages til følge.
- 79 Selv om virksomhedernes størrelse generelt er et forhold, der skal tages hensyn til som led i bødefastsættelsen, kan det dog ikke udelukkes, at andre forhold kan tages i betragtning for at sikre bøden en tilstrækkelig afskrækkende virkning. I den forbindelse kan egenskaben af producent af de pågældende varer i tilfælde af vertikale overtrædelser i lighed med virksomhedens størrelse være et forhold, der afspejler virksomhedens reelle evne til at forårsage betydelig skade på konkurrencen. I et sådant tilfælde skal producenten af de pågældende varer nemlig bevise en ganske særlig påpasselighed og sikre sig, at virksomheden overholder konkurrenceretten ved indgåelse af distributionsaftaler.
- 80 Ved fastsættelsen af bøden til et niveau, der sikrer den en tilstrækkelig afskrækkende virkning, kunne Kommissionen følgelig uden at anlægge et åbenbart urigtigt skøn tage hensyn til, at Nintendo besad en særlig stilling i den anfægtede distributionsordning i betragtning af selskabets egenskab af producent.
- 81 Sagsøgerne kan ikke anfægte denne vurdering under henvisning til, at producenten af de pågældende varer ikke er mere tilbøjelig end de andre virksomheder til senere at overtræde konkurrenceretten. Bødeforhøjelsen for afskrækkelse er, som det er bemærket i præmis 72 ovenfor, nemlig uden forbindelse med sandsynligheden for, at de pågældende virksomheder atter begår overtrædelser.

- 82 Hvad angår sagsøgernes argument om, at Kommissionen har tilsidesat princippet om non bis in idem ved ikke blot at tage hensyn til deres egenskab af producent som led i bødeforhøjelsen, men ligeledes som skærpende omstændighed, skal det først og fremmest fastslås, at dette princip ikke finder anvendelse i denne sag. Princippet forbyder nemlig, at den samme person straffes mere end én gang for den samme ulovlige adfærd (Domstolens dom af 7.1.2004, forenede sager C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P og C-219/00 P, Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 123, præmis 338). Sagsøgerne er på ingen måde blevet straffet to gange for den samme adfærd.
- 83 Under alle omstændigheder har Kommissionen i modsætning til, hvad sagsøgerne har anført, som skærpende omstændighed ikke taget hensyn til, at Nintendo fremstillede de pågældende varer, som er et objektivt forhold, men til, at Nintendo havde haft en førende rolle i og tilskyndet til overtrædelsen, hvilket er et subjektivt forhold, der sigter til at kvalificere virksomhedens rolle i den pågældende overtrædelse. Det kan for at svække denne konklusion ikke fremføres, at den førende rolle som led i vertikale overtrædelser nødvendigvis udøves af producenten af de pågældende varer. Intet kan nemlig udelukke, at en vertikal overtrædelse ledes af en virksomhed, der udelukkende er distributør og ikke producent af de pågældende varer.
- 84 Hvad endelig angår klagepunktet om tilsidesættelse af retten til forsvar, for så vidt som Kommissionen ikke i klagepunktsmeddelelsen har omtalt sin hensigt til at forhøje bøderne pålagt sagsøgerne for at sikre dem en tilstrækkelig afskrækkende virkning, bemærkes, at det følger af fast retspraksis, at Kommissionen opfylder sine forpligtelser til at sikre virksomhedernes ret til at blive hørt, når den i meddelelsen af klagepunkter udtrykkeligt angiver at ville undersøge, om der bør pålægges de berørte virksomheder bøder, og angiver de væsentligste faktiske og retlige omstændigheder, som kan medføre pålæggelse af en bøde, herunder den formodede overtrædelses grovhed og varighed, og hvorvidt denne er begået forsætligt eller uagtsomt. Herved giver Kommissionen virksomhederne de fornødne oplysninger til, at de kan forsvare sig ikke blot over for konstateringen af overtrædelsen, men også over for den omstændighed, at de er blevet pålagt en bøde (Rettens dom af 20.3.2002, sag T-23/99, LR af 1998 mod Kommissionen, Sml. II, s. 1705, præmis 199; jf. ligeledes i denne retning dommen i sagen Musique diffusion française m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 65 ovenfor, præmis 21).

85 Det følger heraf, at de berørte virksomheders ret til kontradiktion over for Kommissionen for så vidt angår bødeudmålingen er sikret gennem adgangen til at udtale sig om varigheden og grovheden af de forhold, der er gjort gældende, og om disses konkurrencebegrænsende virkninger. I øvrigt nyder virksomhederne en yderligere garanti for så vidt angår bødeudmålingen, idet Retten er tillagt fuld prøvelsesret, således at den i medfør af artikel 17 i forordning nr. 17 bl.a. kan ophæve eller nedsætte bøden (dommen i sagen LR af 1998 mod Kommissionen, nævnt i præmis 84 ovenfor, præmis 200).

86 I denne sag har Kommissionen i klagepunktsmeddelelsen klart anført de væsentligste forhold, den ville tage hensyn til ved bødefastsættelsen. Disse forhold vedrørte ikke kun overtrædelsens varighed og grovhed (klagepunktsmeddelelsens punkt 353-360), men ligeledes andre parametre (klagepunktsmeddelelsens punkt 361).

87 Den omstændighed, at Kommissionen ikke omtalte muligheden for at anvende en multiplikator for at sikre den afskrækkende virkning af sagsøgernes bøder, kan ikke udgøre en tilsidesættelse disses ret til forsvar. I henhold til retningslinjerne udgør bødernes afskrækkende rækkevidde nemlig et af de forhold, hvorefter overtrædelsernes grovhed skal fastsættes (Domstolens dom af 17.7.1997, sag C-219/95 P, Ferriere Nord mod Kommissionen, Sml. I, s. 4411, præmis 33, og dommen i sagen BASF og UCB mod Kommissionen, nævnt i præmis 72 ovenfor, præmis 45). Det kan ikke kræves af Kommissionen, at den på tidspunktet for klagepunktsmeddelelsen på mere detaljeret vis anfører alle de forhold, den vil tage hensyn til ved bødefastsættelsen.

88 Følgelig må klagepunktet om tilsidesættelse af retten til forsvar ligeledes forkastes.

89 I betragtning af det ovenstående kan dette anbringende derfor ikke tages til følge.

*Det andet anbringende om tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet, begrundelsesmangel samt urigtig anvendelse af metoden fremsat i retningslinjerne*

## Parternes argumenter

- 90 For det første har sagsøgerne gjort gældende, at Kommissionen har tilsidesat ligebehandlingsprincippet ved at anvende en multiplikator på 3 på den foreløbige bøde for at sikre den en afskrækkende virkning. Multiplikatoren anvendt på sagsøgernes bøde som afskrækkelse burde nemlig have været lig med eller tæt på den multiplikator på 1,25 anvendt på John Menzies, eftersom Nintendo ud fra omsætningen var mere end 20 gange mindre end Itochu, men kun dobbelt så stor som John Menzies. I denne sag er forhøjelsen af sagsøgernes bøde som afskrækkelse proportionelt den samme som bøden pålagt Itochu og otte gange højere end den bøde, der blev anvendt på John Menzies. Absolut set er denne forhøjelse 57 gange større end forhøjelsen pålagt John Menzies.
- 91 For det andet har sagsøgerne gjort gældende, at anvendelsen af en multiplikator som afskrækkende virkning har medført en forhøjelse på 99,6 mio. EUR af den samlede pålagte bøde. De har herved anført, at Kommissionen har tilsidesat sin begrundelsespligt ved at undlade at forklare, hvorfor der skulle anvendes en multiplikator på 3 i forhold til dem, og hvorfor en sådan forhøjelse var nødvendig, hvorimod en forhøjelse på 1,73 mio. EUR blev fundet tilstrækkelig i John Menzies' tilfælde.
- 92 Som svar på Kommissionens argument om, at forskellen mellem forhøjelsen af sagsøgernes bøde som afskrækkelse og John Menzies' bøde skyldtes, at Nintendo fremstillede de pågældende varer, har sagsøgerne anført, at bødeforhøjelsen som afskrækkelse ikke skulle støttes på virksomhedernes placering i den økonomiske kæde, men på nødvendigheden af at sikre overholdelsen af konkurrenceretten.

- 93 Endelig har sagsøgerne anført, at Kommissionen har tilsidesat retningslinjerne ved at anvende en multiplikator som afskrækkelse i anden fase i bødeberegningen. Det er deres opfattelse, at Kommissionen udelukkende i forhold til den endelige bøde, dvs. efter forhøjelsen som følge af overtrædelsens varighed og skærpene omstændigheder, skal efterprøve, om bøden har en tilstrækkelig afskrækkende virkning.
- 94 Kommissionen har påstået samtlige sagsøgernes klagepunkter forkastet.

### Rettens bemærkninger

- 95 Hvad for det første angår argumentet om, at Kommissionen har tilsidesat ligebehandlingsprincippet, for så vidt som multiplikatoren anvendt på sagsøgerne skulle have svaret til den for John Menzies anvendte, nemlig 1,25 og ikke 3, skal bemærkes, at Kommissionen i henhold til ligebehandlingsprincippet ikke må behandle ensartede situationer forskelligt og forskellige situationer ens, medmindre en sådan behandling er objektivt begrundet (jf. Rettens dom af 25.10.2005, sag T-38/02, Groupe Danone mod Kommissionen, Sml. II, s. 4407, præmis 453 og den deri nævnte retspraksis).
- 96 Det fastslås, at Nintendo og John Menzies langt fra fremstår sammenlignelige: ikke blot er deres salgsandele af de pågældende varer (henholdsvis [fortroligt]<sup>1</sup>% og [fortroligt]%) meget forskellige, men deres stilling i distributionsordningen (henholdsvis producent og stor enedistributør) kan ikke sammenlignes. Med henblik på at sikre bødernes afskrækkende virkning har Kommissionen derfor ikke tilsidesat ligebehandlingsprincippet.

1 — Fortrolige oplysninger udeladt.

- 97 Hvad angår klagepunktet om tilsidesættelse af begrundelsespligten bemærkes alene, at beslutningen i betragtning af kravene til begrundelser af beslutninger truffet vedrørende bøder (jf. præmis 53 ovenfor) og under hensyn til betragtning 392-396 til beslutningen ikke er behæftet med en begrundelsesmangel vedrørende den pålagte bødes afskrækkende virkning.
- 98 Endelig kan påberåbelsen af, at Kommissionen har tilsidesat retningslinjerne, for så vidt som forhøjelsen med henblik på afskrækkelse skulle anvendes ved den endelige etape i bøde fastsættelsen, heller ikke tages til følge.
- 99 Dette argument følger af en urigtig læsning af retningslinjerne. Retningslinjerne påkalder nemlig afskrækkelsesformålet i deres punkt 1 A, hvorefter »[d]et vil [...] være nødvendigt at [...] fastsætte bødens størrelse på et niveau, der har en tilstrækkelig afskrækkende virkning«. Som Retten tidligere har haft lejlighed til at præcisere, er nødvendigheden af en sådan afskrækkende virkning et alment krav, der skal lede Kommissionen under hele bødeberegningen, og kræver ikke nødvendigvis, at denne beregning kendetegnes ved en konkret etape med henblik på en samlet vurdering af alle omstændigheder af betydning for gennemførelsen af denne målsætning (jf. i denne retning dommen i sagen BASF og UCB mod Kommissionen, nævnt i præmis 72 ovenfor, præmis 48 og den deri nævnte retspraksis).
- 100 Det følger heraf, at anbringenderne vedrørende fastsættelsen af grundbeløbet ud fra grovheden ikke kan tages til følge.

### *3. Forhøjelsen af bødens grundbeløb som følge af overtrædelsens varighed*

- 101 Sagsøgerne har i deres stævning fremsat to anbringender vedrørende forhøjelsen af bøden som følge af varigheden dels vedrørende anlæggelsen af et åbenbart urigtigt

skøn, urigtig retsanvendelse og begrundelsesmangel, for så vidt som Kommissionen forhøjede bøden med 10% for hvert år for deltagelsen i overtrædelsen, dels urigtig retsanvendelse som følge af bødeforhøjelsen for det første år for deltagelsen i overtrædelsen.

- 102 Eftersom sagsøgerne har tilkendegivet, at de frafalder det andet anbringende (jf. præmis 26 ovenfor), skal der herefter udelukkende foretages en gennemgang af det første anbringende.

### *Parternes argumenter*

- 103 For det første har sagsøgerne gjort gældende, at Kommissionen har anlagt et åbenbart urigtigt skøn og foretaget urigtig retsanvendelse ved at anvende den maksimale forhøjelse på 10% for hvert hele år for deltagelsen i overtrædelsen, dvs. en samlet forhøjelse på 65%.

- 104 Det er sagsøgernes opfattelse, at en sådan tilgang kun ville være passende, såfremt overtrædelsens grovhed havde været den samme hvert år. Dette er ikke tilfældet i denne sag. I henhold til beslutningen udviklede overtrædelsens intensitet, virkning og geografiske udstrækning sig nemlig gradvis. Overtrædelsen var således mindre grov i løbet af perioden på fire år og tre måneder fra januar 1991 og marts 1995 end i perioden på to år og otte måneder fra april 1995 til december 1997. Endvidere har Kommissionen ikke taget hensyn til sagsøgernes argument i denne retning i svaret på klagepunktsmeddelelsen.

- 105 Sagsøgerne har ligeledes gjort gældende, at Kommissionen ved at anvende den højeste tillægssats på 10% for hvert hele år for deltagelsen i overtrædelsen har afvejet fra den praksis, den hidtil har fulgt hvad angår fastsættelsen af bøder for langvarige vertikale overtrædelser. Det følger af denne praksis, at en sådan forhøjelse kun er anvendt for de år, hvor overtrædelsen var grovest. Eksempelvis anvendte Kommissionen i Volkswagen

I-sagen udelukkende den maksimale forhøjelse på 10% for de fire år, hvorunder overtrædelsen var mest intens, selv om overtrædelsen, som i alt varede ti år, påvirkede parallelhandlen i hele denne periode.

106 For det andet har Kommissionen ikke begrundet eller ikke retligt fyldestgørende begrundet den således foretagne afvigelse i forhold til sin tidligere praksis.

107 For det tredje har sagsøgerne som svar på Kommissionens forklaring om, at den maksimale forhøjelse på 10% var berettiget, fordi overtrædelsen var meget grov på alle stadier under dens iværksættelse, understreget, at en overtrædelses meget grove karakter i medfør af retningslinjerne kun skal tages i betragtning ved fastsættelsen af det indledende beløb som følge af grovheden (retningslinjernes punkt 1 A).

108 Endelig har sagsøgerne vedrørende Kommissionens argumentation om, at en maksimal forhøjelse som følge af varigheden var nødvendig for at kompensere for det relativt lave beløb fastsat som følge af grovheden, anført, at en sådan opfattelse er i strid med retningslinjerne og medfører en tredobbelt hensyntagen til grovhed, der for det første følger af fastsættelsen af grundbeløbet til 23 mio. EUR som følge af grovheden, for det andet af anvendelsen af en multiplikator for afskrækkelse, men som ifølge Kommissionen ligeledes vedrørte grovheden, og for det tredje af anvendelsen af denne maksimale forhøjelse på 10% som følge af varigheden for at kompensere for det for det oprindeligt for lavt fastsatte beløb.

109 Kommissionen har bestridt alle disse argumenter.



*Rettens bemærkninger*

- 110 I henhold til retningslinjernes punkt 1 B kan Kommissionen for langvarige overtrædelser (over fem år) forhøje det beløb, der fastlægges for overtrædelsens grovhed, med 10% for hvert overtrædelsesår.
- 111 I denne sag har Kommissionen i betragtning 397 til beslutningen fastslået, at sagsøgerne havde deltaget i overtrædelsen i seks år og elleve måneder, dvs. en langvarig overtrædelse i henhold til retningslinjerne, og har forhøjet bøden med 65% som følge af dens varighed. Kommissionen har herved overholdt de regler, den har pålagt sig selv ved retningslinjerne. Endvidere er denne forhøjelse på 65% under hensyn til overtrædelsens varighed i denne sag ikke urimelig.
- 112 Den blotte omstændighed, at Kommissionen har mulighed for at foretage en forhøjelse på indtil 10% for hvert overtrædelsesår, forpligter den på ingen måde til at fastsætte denne sats ud fra overtrædelsens intensitet eller ud fra graden af hver lovovertræders indblanding.
- 113 Følgelig kan konstateringen, hvorefter Kommissionen, da den foreholdte overtrædelse var af stærkt varierende intensitet, skulle have fastsat en væsentligt lavere tillægssats for i hvert fald en del af den fastsatte periode, ikke tages til følge. Forhøjelsen af bøden på grund af varigheden er nemlig ikke forbeholdt tilfælde, hvor der er direkte forbindelse mellem varigheden og den skade, der er blevet forvoldt de ved konkurrencereglerne tilstræbte fællesskabsformål (Rettens dom af 12.7.2001, forenede sager T-202/98, T-204/98 og T-207/98, Tate & Lyle m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 2035, præmis 106, og af 30.9.2003, sag T-203/01, Michelin mod Kommissionen, Sml. II, s. 4071, præmis 278).

- 114 Kommissionen har i modsætning til, hvad sagsøgerne har hævdet, i sit svarskrift på ingen måde anført, at en maksimal bødeforhøjelse som følge af varigheden var nødvendig for at kompensere for det relativt lave beløb fastsat som følge af grovheden, men udelukkende, at den ved fastsættelsen af bødens grundbeløb som følge af grovheden havde taget hensyn til overtrædelsens varierende intensitet.
- 115 Hvad angår sagsøgernes henvisninger til Kommissionens tidligere beslutninger, navnlig i Volkswagen I-sagen, bemærkes, at Kommissionens beslutningspraksis ikke kan tjene som retlig ramme for bøder på konkurrenceområdet (jf. retspraksis nævnt i præmis 75 ovenfor).
- 116 Under disse omstændigheder påhvilede det ikke Kommissionen at forklare, hvorfor tillægssatsen anvendt i denne sag som følge af overtrædelsens varighed var forskellig fra den i tidligere beslutninger anvendte. Kommissionen har i denne forbindelse ikke tilsidesat den begrundelsespligt, der påhviler den i medfør af artikel 253 EF.
- 117 Det følger heraf, at dette anbringende vedrørende forhøjelsen af bøden som følge af varigheden ikke kan tages til følge.

#### *4. Forhøjelsen af grundbeløbet i sagsøgernes bøde som følge af skærpende omstændigheder*

##### *Hensyntagen til førende rolle i og tilskyndelse til overtrædelsen*

- 118 Sagsøgerne har anfægtet, at de havde en førende rolle i og tilskyndede til overtrædelsen, således som Kommissionen har angivet. De har herved fremsat to anbringender, for det

første om et åbenbart urigtigt skøn og urigtig retsanvendelse og for det andet om manglende sammenhæng med Kommissionens hidtidige beslutningspraksis samt en tilsidesættelse af princippet om forbud mod forskelsbehandling og begrundelsespligten.

Det første anbringende om et åbenbart urigtigt skøn og urigtig retsanvendelse ved at tilskrive sagsøgerne en førende rolle i og tilskyndelse til overtrædelsen

— Parternes argumenter

<sup>119</sup> Sagsøgerne har gjort gældende, at Kommissionen har anlagt et åbenbart urigtigt skøn samt foretaget urigtig retsanvendelse ved at fastslå, at sagsøgernes rolle i overtrædelsen udgjorde en skærpende omstændighed, og ved følgelig at forhøje bøden.

<sup>120</sup> Sagsøgerne har herved først og fremmest anført, at rollen som producent og en førende rolle i praksis sammenblandes i tilfælde af vertikale overtrædelser. Sagsøgerne har endvidere præciseret, at det, for at en virksomheds rolle udgør en skærpende omstændighed, er nødvendigt, at overtrædelsen eller virksomhedens deltagelse i denne overtrædelse er grovere, end den ville have været uden virksomhedens indblanding som fører.

<sup>121</sup> I denne sag er der intet, der indikerer, at Nintendos rolle er gået ud over den rolle, selskabet indtager i sin egenskab af producent, eller har skærpet overtrædelsen.

122 Nærmere bestemt henviser de faktiske forhold, der godtgør Nintendos såvel førende rolle som tilskynder i kartellet, som beskrevet i betragtning 228-238 til beslutningen, til tre slags adfærd, nemlig »overvågningen«, »gennemførelsen« og overholdelsen af overtrædelsen. »Overvågningen« vedrører overvågning af parallelhandel, mens »overholdelsen« vedrører den omstændighed, at NOE til formålet har søgt støtte fra de andre selskaber i Nintendo-koncernen. Ingen af disse adfærds kategorier skærper overtrædelsen eller Nintendos rolle heri. Hvad angår »gennemførelsen« af overtrædelsen godtgør de faktiske forhold, der er omtalt i betragtning 237 til beslutningen, som vedrører dette forhold, at Nintendo var stærkt påvirket af sine uafhængige distributører. Disse faktiske forhold må således i hvert fald til dels fortolkes som en reaktion på distributørernes anmodninger om handling og ikke som et »ekstremt tilfælde af organisering og gennemførelse af en overtrædelse«, som Kommissionen har anført i sit svarskrift.

123 Endelig har sagsøgerne i deres replik understreget, at Kommissionen har henvist til sin beslutningspraksis i sager vedrørende horisontale karteller. Kommissionen har herved erkendt, at sagsøgerne skal behandles, som om de havde deltaget i et kartel, selv om Kommissionen ikke anvendte samarbejdsmeddelelsen på dem.

124 Kommissionen har bestridt samtlige de af sagsøgerne fremførte argumenter.

#### — Rettens bemærkninger

125 Det skal indledningsvis understreges, at det er i overensstemmelse med retspraksis og retningslinjerne at tage hensyn til den førende rolle i kartellet.

126 Det fremgår af retspraksis, at der, når en overtrædelse er begået af flere virksomheder, ved fastsættelsen af bødernes størrelse skal foretages en undersøgelse af hver enkelt af

disses forholdsmæssige andel heri (Domstolens dom af 16.12.1975, forenede sager 40/73-48/73, 50/73, 54/73-56/73, 111/73, 113/73 og 114/73, Suiker Unie m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 1663, præmis 623), hvilket navnlig indebærer, at hver enkelt af virksomhedernes rolle i overtrædelsen i den periode, hvori de deltog deri, skal fastslås (jf. i denne retning Domstolens dom af 8.7.1999, sag C-49/92 P, Kommissionen mod Anic Partecipazioni, Sml. I, s. 4125, præmis 150). Heraf følger navnlig, at der ved beregningen af bødens størrelse skal tages hensyn til, om en eller flere virksomheder har spillet en førende rolle i kartellet, da de virksomheder, som har spillet en sådan rolle, af denne grund har et særligt ansvar i forhold til de øvrige virksomheder (jf. i denne retning Domstolens dom af 8.11.1983, forenede sager 96/82-102/82, 104/82, 105/82, 108/82 og 110/82, IAZ International Belgium m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 3369, præmis 57 og 58, og af 16.11.2000, sag C-298/98 P, Finnboard mod Kommissionen, Sml. I, s. 10157, præmis 45, samt Rettens dom af 14.5.1998, sag T-347/94, Mayr-Melnhof mod Kommissionen, Sml. II, s. 1751, præmis 291).

127 Hvad angår retningslinjerne fastsætter de i deres punkt 2 som skærpende omstændigheder en ikke udtømmende liste over omstændigheder, der kan føre til en forhøjelse af bødens grundbeløb, herunder »en førende rolle eller [tilskyndelse] til overtrædelsen«.

128 Det skal i denne sag bemærkes, at Kommissionen har henvist til et vist antal forhold for at fastslå, at Nintendo havde haft en førende rolle i og tilskyndet til den pågældende overtrædelse (jf. betragtning 228-238 og 406 til beslutningen). Kommissionen har nemlig anført, at Nintendo overvågede, gennemførte og sikrede overholdelsen af et vist antal forholdsregler, der tilsigtede at begrænse parallelhandelen.

129 Det skal fastslås, at Kommissionen ikke har handlet urigtigt ved at finde, at disse faktiske forhold, hvis tilstedeværelse sagsøgerne ikke har anfægtet, viste, at Nintendo havde haft en førende rolle i og tilskyndet til overtrædelsen.

130 Det kræves i modsætning til, hvad sagsøgerne har hævdet, ikke, at det bevises, at den begåede overtrædelse ville have været grovere uden den af den nævnte virksomhed spillede rolle, for at kvalificere en virksomhed som »fører« og for at forhøje dens bøde. Et sådant argument er udledt af en sammenblanding af vurderingen af overtrædelsens absolutte grovhed og undersøgelsen af den relative grovhed af hver virksomheds deltagelse som led i undersøgelsen af formildende og skærpende omstændigheder.

131 I lighed hermed kan sagsøgerne heller ikke påberåbe sig, at en sådan førende rolle eller tilskyndelse til overtrædelsen kun kan fastslås som led i horisontale karteller og ikke ved vertikale karteller som de i denne sag omhandlede. Hvad angår sådanne restriktioner udelukker den omstændighed, at denne rolle almindeligvis blandes sammen med rollen som producent, nemlig ikke, at der med henblik på bødeberegningen kan tages hensyn til en sådan skærpende omstændighed.

132 Hvad endelig angår argumentet om uforeneligheden mellem konklusionen af, at Nintendo havde en førende rolle i kartellet, og Kommissionens afslag på at anvende samarbejdsmeddelelsen, skal det fastslås, at sagsøgerne ikke har anført, hvori der som led i bødeberegningen skulle være en forbindelse mellem anvendelsen af denne meddelelse og vurderingen af, om der foreligger skærpende omstændigheder i forhold til virksomhederne.

133 Under hensyn hertil må dette anbringende forkastes som ugrundet.

Det andet anbringende om manglende sammenhæng med Kommissionens hidtidige beslutningspraksis og om en tilsidesættelse af princippet om forbud mod forskelsbehandling samt begrundelsespligten

— Parternes argumenter

<sup>134</sup> Sagsøgerne har gjort gældende, at Kommissionen ved at anvende en forhøjelse på 50% under hensyn til Nintendos såvel førende rolle som tilskynder til overtrædelsen har afvejet fra sin hidtidige praksis inden for vertikale overtrædelser. Denne afvigelse er så væsentlig, at den udgør en tilsidesættelse af princippet om forbud mod forskelsbehandling. Nintendos rolle var nemlig ikke vigtigere end rollen for de producenter, der var omhandlet i hidtidige sager om vertikale aftaler. I disse sager pålagdes væsentligt lavere forhøjelser som følge af skærpende omstændigheder, såsom forhøjelsen på 20% anvendt i Volkswagen I- og II-sagerne.

<sup>135</sup> Desuden har Kommissionen ikke begrundet eller ikke retligt fyldestgørende begrundet en sådan afvigelse i forhold til sin hidtidige politik og praksis.

<sup>136</sup> Kommissionen har bestridt samtlige de af sagsøgerne fremførte argumenter.

— Rettens bemærkninger

<sup>137</sup> Hvad angår klagepunktet om, at Kommissionen har afvejet fra sin hidtidige praksis vedrørende vertikale overtrædelser, bemærkes alene, at Kommissionens beslutningspraksis ikke kan tjene som retlig ramme for bøder på konkurrenceområdet (jf. retspraksis nævnt i præmis 75 ovenfor). Det følger heraf, at anbringendet om

tilsidesættelse af princippet om forbud mod forskelsbehandling støttet på forskellen mellem den i denne sag fastsatte forhøjelse og forhøjelserne i andre sager, heller ikke kan tages til følge.

138 I lighed hermed påhvilede det ikke Kommissionen under sådanne omstændigheder at forklare, hvorfor den i denne sag anvendte forhøjelse var anderledes end de i disse tidligere beslutninger anvendte. Under alle omstændigheder anfører beslutningen klart (jf. betragtning 228-238 og 406) de forhold, som Kommissionen har taget hensyn til, og opfylder derfor kravene til begrundelse, som de følger af retspraksis (jf. nærværende doms præmis 53). Kommissionen har derfor ikke tilsidesat den begrundelsespligt, der er pålagt den i henhold til artikel 253 EF.

139 Dette anbringende kan således ikke tages til følge.

#### *Forhøjelsen af sagsørgernes bøde for at fortsætte overtrædelserne*

140 For fuldstændighedens skyld har sagsøgerne anført, at Kommissionen aldrig har pålagt så høj en procentsats (25%) eller en så betydelig økonomisk straf (28,5 mio. EUR) som skærpende omstændigheder for at fortsætte en overtrædelse. En sådan forhøjelse er åbenbart overdreven, navnlig i sammenligning med grundbeløbet på 23 mio. EUR fastsat som følge af overtrædelsens grovhed.

141 Kommissionen har bestridt samtlige disse argumenter.



142 Retten bemærker, at Kommissionen med rette kan tage hensyn til den omstændighed, at en virksomhed har fortsat en overtrædelse efter indledningen af en undersøgelse, som en skærpene omstændighed, eftersom en sådan adfærd bevidner karteldeltagernes særlige beslutsomhed om at fortsætte deres overtrædelse trods risikoen for at blive straffet (dommen i sagen LR af 1998 mod Kommissionen, nævnt i præmis 84 ovenfor, præmis 369).

143 I denne sag har sagsøgerne ikke anfægtet selve princippet i en sådan forhøjelse, men denne forhøjelses sats.

144 Forhøjelsen på 25% af Nintendos bøde for at fortsætte overtrædelsen er berettiget ud fra sagens omstændigheder. Det følger nemlig af de faktiske omstændigheder fremlagt af Kommissionen i beslutningen, hvis materielle indhold på ingen måde er anfægtet, at NOE og NCL fortsatte deres ulovlige adfærd efter at have fået kendskab til Kommissionens undersøgelse. De i betragtning 410 til beslutningen fremførte faktiske omstændigheder viser endvidere NOE's og NCL's ganske særlige beslutsomhed i at fortsætte overtrædelsen i 1996 og 1997, dvs. i næsten to år efter, at de fik kendskab til undersøgelsen, hvilket skete senest i juni 1995.

145 Under disse omstændigheder kunne Kommissionen med rette foreholde sagsøgerne denne fortsættelse af overtrædelsen som skærpene omstændighed og følgelig forhøje deres bøde med 25%.

146 Dette anbringende skal derfor forkastes.

## 5. Nedsættelsen af sagsøgernes bøde som følge af formildende omstændigheder

<sup>147</sup> Sagsøgerne har gjort gældende, at deres samarbejde og de formildende omstændigheder som helhed fortjente en væsentligt større nedsættelse af bøden end den indrømmede nedsættelse på 25%. Der forelå nemlig forskellige forhold, som kunne danne grundlag for, at en mere betydelig nedsættelse kunne indrømmes, nemlig anvendelsen af samarbejdsmeddelelsen på denne sag, ligebehandlingen med John Menzies, en rimelig kvalificering af sagsøgernes samarbejde og hensyntagen til kompensationen udbetalt til tredjemand og til sagsøgernes program for tilpasning til konkurrenceretten.

*Det første anbringende om urigtig retsanvendelse og et åbenbart urigtigt skøn som følge af Kommissionens afslag på at anvende samarbejdsmeddelelsen*

### Parternes argumenter

<sup>148</sup> Sagsøgerne har gjort gældende, at Kommissionen har foretaget urigtig retsanvendelse og anlagt et åbenbart urigtigt skøn, idet den ikke har anvendt samarbejdsmeddelelsen og herved har frataget sagsøgerne muligheden for at være begunstiget af den maksimale nedsættelse på 50% i henhold til denne meddelelses punkt D.

<sup>149</sup> Sagsøgerne har gjort gældende, at de frivilligt har indrømmet overtrædelsen og fuldt ud samarbejdet med Kommissionen fra den 23. december 1997. Nintendo var således den første virksomhed, der tilstod frivilligt, og dermed den første, der samarbejdede med Kommissionen. Sagsøgerne har ikke kendskab til andre tilfælde af så væsentligt og spontant samarbejde som det, de har leveret i denne sag.

150 Hvad nærmere bestemt angår Kommissionens afslag på at anvende samarbejdsmeddelelsen, fordi denne sag vedrører en vertikal overtrædelse og ikke et hemmeligt kartel, har sagsøgerne anført, at dette afslag er uforenelig med den omstændighed, at den pågældende overtrædelse blev behandlet som et hemmeligt kartel i forbindelse med sanktionen. Det er sagsøgernes opfattelse, at Kommissionen ikke både kan gøre gældende, at bødens størrelse var berettiget, fordi overtrædelsen kunne sammenlignes med et horisontalt kartel, og som led i undersøgelsen af de formildende omstændigheder benægte, at der var tale om et sådant kartel. Endvidere skal enhver adfærd, der giver ret til en nedsættelse af bøden, i henhold til samarbejdsmeddelelsen anses for »formildende omstændighed« i henhold til retningslinjerne. Følgelig er Kommissionen forpligtet til at tage hensyn til alle de formildende omstændigheder og navnlig de i nævnte meddelelse omtalte, når den vil pålægge en bøde.

151 Sagsøgerne har herved anført, at de i hvert fald er omfattet af bestemmelserne i punkt D, andet afsnit, første og tredje led, i samarbejdsmeddelelsen, som fastsætter en bødenedsættelse på 10-50%, såfremt en virksomhed inden udsendelsen af en klagepunktsmeddelelse forsyner Kommissionen med oplysninger, dokumenter eller andet bevismateriale, som bidrager til at fastslå overtrædelsens eksistens, og såfremt en virksomhed, efter at have modtaget klagepunktsmeddelelsen, meddeler Kommissionen, at den ikke bestrider de faktiske omstændigheder, som Kommissionen bygger sine indvendinger på.

152 Den dokumentation, sagsøgerne frivilligt fremlagde inden klagepunktsmeddelelsen, udgjorde 74% af de dokumenter, Kommissionen lagde til grund i klagepunktsmeddelelsen og 84% af de dokumenter, Kommissionen lagde vægt på i beslutningen. Kommissionen anerkendte i øvrigt dette i punkt 216 i klagepunktsmeddelelsen. Endvidere har sagsøgerne ikke blot accepteret de af Kommissionen fastlagte faktiske forhold i klagepunktsmeddelelsen, men ligeledes de konklusioner, den har draget heraf.

153 Under hensyn til samtlige disse forhold har sagsøgerne anført, at de burde indrømmes den maksimale nedsættelse på 50% fastsat i punkt D i samarbejdsmeddelelsen. Dette ville i øvrigt være i overensstemmelse med Kommissionens praksis, der består i at

indrømme væsentlige bødenedsættelser mellem 30 og 50% til virksomheder, hvis samarbejde var åbenbart mindre fuldstændigt og mindre omfattende end sagsøgernes samarbejde.

154 Sagsøgerne har navnlig henvist til den såkaldte Nathan-Bricolux-sag (Kommissionens beslutning 2001/135/EØF af 5.7.2000 vedrørende en procedure i henhold til [...] artikel 81 [EF] (sag COMP. F.1. 36.516 — Nathan-Bricolux) (EFT 2001 L 54, s. 1), betragtning 134), hvori Kommissionen indrømmede en nedsættelse på 40% for et samarbejde, der ikke omfattede den frivillige fremlæggelse af dokumentbeviser. Sagsøgerne har ligeledes omtalt rørkartel-sagen, hvori Domstolen indrømmede ABB en nedsættelse på 30% for at have givet Kommissionen oplysninger om kartellets oprindelse, hvilket bidrog til at fastlægge de faktiske forhold omkring overtrædelsen, og en særskilt nedsættelse for ikke at have anfægtet de faktiske forhold efter tilsendelsen af klagepunktsmeddelelsen.

155 Endelig er det sagsøgernes opfattelse, at Kommissionens argument om, at beviserne havde en begrænset værdi, når der ikke blev samarbejdet hurtigt, ikke kan tages til følge. Sagsøgerne er nemlig allerede blevet straffet med en forhøjelse på 25% som skærpene omstændighed for at fortsætte overtrædelsen, hvorfor en beskeden nedsættelse af bøden som følge af forsinket samarbejde ville medføre, at der bliver taget hensyn hertil to gange i strid med princippet om non bis in idem. Under alle omstændigheder afhænger nedsættelsen som følge af samarbejde ikke af den kronologiske ordre, hvori beviserne fremlægges (jf. I denne retning Kommissionens beslutning 2001/418/EF af 7.6.2000 om en procedure efter [...] artikel 81 [EF] og EØS-aftalens artikel 53 (sag COMP/36.545/F3 — Aminosyrer) (EFT 2001 L 152, s. 24), og Kommissionens beslutning 2002/742/EF af 5.12.2001 om en procedure efter [...] artikel 81 [EF] og EØS-aftalens artikel 53 (sag COMP/E-1/36 604 — Citronsyre) (EFT 2002 L 239, s. 18)).

156 Kommissionen har bestridt samtlige de af sagsøgerne påberåbte klagepunkter.

## Rettens bemærkninger

- 157 For det første skal det udelukkes, at samarbejdsmeddelelsen finder anvendelse i denne sag. Det følger nemlig klart af denne meddelelse, hvis formål er at tilskynde virksomheder til at afsløre tilstedeværelsen af karteller, der er særligt vanskelige at opdage, at den kun finder anvendelse i sager, der vedrører horisontale overtrædelser, såsom karteller. Denne meddelelse nævner i punkt A, første afsnit, tilfældene med »hemmelige karteller vedrørende prisfastsættelse, produktions- eller salgskvoter, deling af markeder eller import- eller eksportforbud«.
- 158 For så vidt som sagsøgernes argumenter skal forstås som en påstand om, at nævnte meddelelse skal finde analog anvendelse, for så vidt som den i denne sag omhandlede overtrædelse er blevet behandlet som et kartel som led i straffen, kan disse heller ikke tages til følge. Der er nemlig ikke, som Kommissionen har understreget, nogen forbindelse mellem kvalificeringen af den pågældende overtrædelse som meget grov og vurderingen af det samarbejde, som er blevet ydet under den administrative procedure. I lighed hermed kan det ikke fastholdes, at Kommissionen var forpligtet til at indrømme en større bødenedsættelse, for så vidt som den har fastslået, at der forelå en skærpende omstændighed ved overtrædelsens fortsættelse.
- 159 Sagsøgerne kan således hverken påberåbe sig samarbejdsmeddelelsen eller de regler, den fastsætter, for at gøre krav på en større bødenedsættelse for deres samarbejde.
- 160 For det andet skal det hvad angår omfanget af sagsøgernes samarbejde bemærkes, at det følger af fast retspraksis, at en bødenedsættelse som følge af samarbejde under den administrative procedure har baggrund i vurderingen, hvorefter et sådant samarbejde letter Kommissionens opgave med hensyn til at konstatere en overtrædelse (Rettens domme af 14.5.1998, sag T-311/94, BPB de Eendracht mod Kommissionen, Sml. II, s. 1129, præmis 325, og sag T-338/94, Finnboard mod Kommissionen, Sml. II, s. 1617, præmis 363). For at berettige en bødenedsættelse på grundlag af samarbejde, skal en virksomheds adfærd følgelig bidrage til at lette Kommissionens opgave med hensyn til

konstatering og bekæmpelse af overtrædelser af Fællesskabets konkurrenceregler (jf. Rettens dom af 8.7.2004, forenede sager T-67/00, T-68/00, T-71/00 og T-78/00, JFE Engineering m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 2501, præmis 499 og den deri nævnte retspraksis).

<sup>161</sup> Selv om Kommissionen ikke ved vurderingen af karteldeltagernes samarbejde kan underkende ligebehandlingsprincippet, hvilket undersøges nedenfor, tilkommer der dog Kommissionen et vidt skøn ved vurderingen af værdien og nytten af det samarbejde, som de forskellige karteldeltagere yder et kartel (Domstolens dom af 10.5.2007, sag C-328/05 P, SGL Carbon mod Kommissionen, Sml. I, s. 3921, præmis 88). Hermed er det kun muligt at pådømme et åbenbart urigtigt skøn.

<sup>162</sup> I denne sag giver ingen oplysninger mulighed for at fastslå, at Kommissionen anlagde et åbenbart urigtigt skøn ved at indrømme sagsøgerne en bødenedsættelse på 25% for samarbejde. Særligt og i lighed med det tilfælde, hvor samarbejdsmeddelelsen finder anvendelse, er den omstændighed, at et samarbejde går ud over, at det materielle indhold af de faktiske forhold ikke anfægtes, ikke afgørende, for så vidt som Kommissionen besidder et vidt skøn ved vurderingen af niveauet af den bødenedsættelse, den vil indrømme i medfør heraf.

<sup>163</sup> Det står imidlertid tilbage at undersøge, om Kommissionen har tilsidesat ligebehandlingsprincippet ved at indrømme John Menzies en væsentlig højere nedsættelse af den bøde, selskabet blev pålagt, end den nedsættelse, sagsøgerne blev indrømmet.

*Det andet anbringende om en tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet og begrundelsespligten*

Parternes argumenter

- 164 Sagsøgerne har først og fremmest gjort gældende, at Kommissionen har tilsidesat ligebehandlingsprincippet ved at indrømme dem en nedsættelse på 25% for samarbejde i modsætning til John Menzies' 40%, selv om deres frivillige samarbejde var tidligere end John Menzies' og væsentligt mere omfattende end denne virksomheds.
- 165 Sagsøgerne har som svar på Kommissionens argument om, at skrivelsen af 23. december 1997 kun er et tilbud om samarbejde, præciseret, at Kommissionen i såvel klagepunktsmeddelelsen (punkt 217) som i beslutningen (betragtning 458) har anført, at Nintendo indrømmede overtrædelsen i december 1997. Under alle omstændigheder kan det ikke kræves, at en part er den første til at fremlægge beviser for at være berettiget til en nedsættelse på 50% i forhold til punkt D, andet afsnit, andet led, i samarbejdsmeddelelsen. Nedsættelsens procentsats er reelt afhængig af de fremlagte bevisers værdi. Sagsøgerne har herved vedlagt de beviser, de havde fremlagt for Kommissionen, til deres replik. Disse beviser berettiger i sig selv til en nedsættelse på i hvert fald 50%.
- 166 Sagsøgerne har endvidere anført, at forskelsbehandlingen i forhold til John Menzies ikke var korrekt begrundet i beslutningen.
- 167 Kommissionen har vedrørende sagsøgernes argument om, at deres bidrag lå før John Menzies' anført, at dette udelukkende er støttet på skrivelsen af 23. december 1997, som de tilsendte Kommissionen. Denne skrivelse udgør udelukkende et tilbud om samarbejde, som blev gennemført senere, nærmere bestemt den 21. januar 1998, dvs. efter, at John Menzies' samarbejde viste sig den 13. januar 1998. Denne skrivelse indeholdt nemlig hverken benægtelser af tidligere skriftlige erklæringer eller indrømmelse af overtrædelsen. Sagsøgerne anerkendte heri visse forhold, men uden

præcist at anføre, hvilke, og som kunne have givet Kommissionen mulighed for at støtte sig på denne ene skrivelse som bevis for sagsøgernes indblanding i overtrædelsen.

- 168 Hvad angår klagepunktet om begrundelsesmangel er dette ugrundet, idet Kommissionen præciserer årsagerne til, at sagsøgerne er blevet indrømmet en lavere nedsættelse, nemlig John Menzies' hurtigere bidrag og den mindre bevisværdi af sagsøgernes underretninger af 21. januar 1998 (betragtning 455-460 til beslutningen).

### Rettens bemærkninger

- 169 Det følger af retningslinjernes punkt 3, sjette led, som finder anvendelse i denne sag, at bødens grundbeløb kan nedsættes, hvis en virksomhed har samarbejdet effektivt i forbindelse med proceduren, uden for anvendelsesområdet for samarbejdsmeddelelsen.
- 170 Det følger af retspraksis, at Kommissionen ved bedømmelsen af virksomhedernes samarbejde under den administrative procedure indledt for et forbudt kartel ikke må se bort fra ligebehandlingsprincippet, som hører til fællesskabsrettens grundlæggende principper, og som efter fast retspraksis tilsidesættes, såfremt ensartede situationer behandles forskelligt, eller forskellige situationer behandles ens, medmindre en sådan behandling er objektivt begrundet (dommen i sagen Krupp Thyssen Stainless og Acciai speciali Terni mod Kommissionen, nævnt i præmis 95 ovenfor, præmis 454).
- 171 Vurderingen af omfanget af virksomheders samarbejde må ikke afhænge af rent tilfældige faktorer. En forskellig behandling af de pågældende virksomheder skal derfor kunne begrundes i grader af samarbejde, som ikke er sammenlignelige, bl.a. fordi samarbejdet har bestået i fremlæggelse af forskellige oplysninger eller fremlæggelse af



sådanne oplysninger på forskellige trin af den administrative procedure eller under forskellige omstændigheder (jf. Rettens dom af 25.10.2005, sag T 38/02, Groupe Danone mod Kommissionen, Sml. II, s. 4407, præmis 454 og den deri nævnte retspraksis).

172 I det omfang virksomheder på det samme stadium i den administrative procedure og under tilsvarende omstændigheder meddeler Kommissionen overensstemmende oplysninger vedrørende de faktiske forhold, der foreholdes dem, må graden af deres samarbejde ligeledes anses for sammenlignelig, hvorfor disse virksomheder skal behandles ens hvad angår fastsættelsen af den bøde, de skal pålægges (jf. I denne retning dommen i sagen JFE Engineering m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 160 ovenfor, præmis 501 og 573 og den deri nævnte retspraksis).

173 I denne sag har Kommissionen anført følgende vedrørende John Menzies' samarbejde i undersøgelsen:

- John Menzies' udtalelse af 13. januar 1998 blev afgivet spontant (betragtning 455 til beslutningen).
  
- Denne udtalelse bidrog væsentligt til påvisningen af, at John Menzies samarbejdede tæt med Nintendo for at stramme kontrollen med paralleleksporven (betragtning 456, første punktum, til beslutningen).
  
- Denne udtalelse var endvidere ledsaget af yderligere oplysninger om henvendelser til John Menzies plc vedrørende passivt eksportsalg (betragtning 456, andet punktum, til beslutningen).

174 Hvad derimod angår Nintendos samarbejde har Kommissionen anført:

- Nintendo har indrømmet de faktiske omstændigheder den 23. december 1997 (betragtning 94 og betragtning 458, første punktum, til beslutningen).
  
- Nintendo udleverede spontant en lang række dokumenter til Kommissionen, efter John Menzies, den 21. januar, den 1. april og den 15. maj 1998, som bidrog væsentligt til påvisningen af overtrædelsen og øgede Kommissionens kendskab til omstændighederne, der var opnået gennem Kommissionens egne undersøgelser og dokumenter fremlagt af John Menzies (betragtning 458, første og andet punktum, til beslutningen).
  
- Disse dokumenter var tillige et afgørende bevis for flere parters deltagelse i overtrædelsen og den geografiske rækkevidde (betragtning 458, tredje punktum, til beslutningen).

175 Det følger heraf, at Kommissionen klart har fremlagt de forhold, den har taget hensyn til ved nedsættelsen af bøder som følge af virksomhedernes samarbejde, og at begrundelsespligten er opfyldt hvad angår anvendelsen af denne formildende omstændighed.

176 Hvad angår overholdelsen af ligebehandlingsprincippet er det for at fastslå, om der er en væsentlig forskel mellem den grad af samarbejde, de forskellige virksomheder har ydet, nødvendigt at sammenligne udstrækningen af deres samarbejde ud fra en kronologisk synsvinkel, hvilket herefter medfører en sammenligning af betingelserne, hvorunder

virksomhederne har samarbejdet, og den væsentlige værdi af de oplysninger, hver af disse har fremlagt, som led i dette samarbejde (jf. præmis 172 ovenfor).

177 Hvad først og fremmest angår de tidspunkter i den administrative procedure, hvor de pågældende virksomheder har samarbejdet, anfægtes det i denne sag ikke, at John Menzies' reelle samarbejde lå lidt tidligere end sagsøgernes. John Menzies' spontane samarbejde startede nemlig i virksomhedens udtalelse af 13. januar 1998, mens sagsøgerne begyndte den 21. januar 1998. Imidlertid berettiger den omstændighed, at sagsøgerne indledte deres samarbejde med Kommissionen otte dage senere end John Menzies, ikke i sig selv til, at bødenedsættelsen for samarbejde indrømmet John Menzies er større end den bødenedsættelse, Nintendo blev indrømmet.

178 Det skal herved bemærkes, at virksomhedernes samarbejde ikke nødvendigvis skal ske samme dag, men på samme stadium i proceduren for at kunne anses for sammenlignelige.

179 Det følger hverken af beslutningen eller af sagsakterne, at den dag, hvor John Menzies samarbejdede, og den dag, hvor Kommissionen modtog oplysninger fra Nintendo, modsvarer forskellige stadier i Kommissionens undersøgelse. Kommissionen har i øvrigt under retsmødet som svar på Rettens spørgsmål bekræftet, at oplysningerne om kartellets eksistens fremlagt af Nintendo var blevet meddelt på samme stadium i den administrative procedure som oplysningerne fremlagt af John Menzies.

180 Det følger heraf, at Kommissionens argument om, at de af Nintendo fremsendte oplysninger og dokumenter var mindre værdifulde end dem, John Menzies fremsendte, fordi de blev fremlagt med forsinkelse, ikke kan tiltrædes. Følgelig kan intet forhold i den kronologiske rækkefølge anses for en afgørende faktor ved den komparative undersøgelse af samarbejdets værdi (jf. i denne retning Groupe Danone-dommen, nævnt i præmis 171 ovenfor, præmis 467).

- 181 Hvad herefter angår betingelserne for de pågældende virksomheders samarbejde med Kommissionen følger det klart af beslutningen, at Nintendo ligesom John Menzies spontant har fremlagt dokumenter, der tjente til at godtgøre overtrædelsens eksistens og dens geografiske rækkevidde.
- 182 Hvad endelig angår indholdet af de oplysninger, der er fremlagt af henholdsvis John Menzies og Nintendo, fremhæves, at det er Kommissionens opfattelse, at skrivelsen af 4. april 1996 fra NOE til John Menzies samt sidstnævntes svar af 11. april 1996 »bidrog væsentligt til påvisningen af [et tæt samarbejde] for at stramme kontrollen med paralleleksporten« (jf. betragtning 456 til beslutningen). Det følger af sagsakterne, særligt af dokumentet fremlagt af sagsøgerne under retsmødet, hvilket Kommissionen har haft lejlighed til at kommentere (jf. præmis 28 ovenfor), at disse to skrivelser, som er fremhævet i betragtning 127-131 til beslutningen, er fremlagt spontant af ikke blot John Menzies, men ligeledes af Nintendo.
- 183 Nintendos samarbejde i proceduren indledt af Kommissionen skal således anses for sammenligneligt med John Menzies' samarbejde. Nintendo skulle således begunstiges af den samme bødenedsættelse som følge heraf som John Menzies, nemlig 40%, eftersom disse to virksomheder har fremlagt relevante dokumenter på samme stadium i proceduren.
- 184 Hvad endvidere angår spørgsmålet, om sagsøgerne, som de har hævdet, skulle indrømmes en bødenedsættelse over 40%, skal det, som Kommissionen har anført i betragtning 458 til beslutningen, fastslås, at de øvrige dokumenter fremlagt spontant af sagsøgerne den 21. januar, den 1. april og den 15. maj 1998 ikke blot øgede Kommissionens kendskab til omstændighederne, der var opnået gennem dens egne undersøgelser, men »[tillige var] et afgørende bevis for flere parters deltagelse i overtrædelsen og den geografiske rækkevidde«.
- 185 Det følger af sagsakterne, særligt af dokumentet fremlagt af sagsøgerne under retsmødet, hvilket Kommissionen har haft lejlighed til at kommentere, at et vist antal gentagne konstateringer i beslutningen, i betragtning 103-108, 110, 116-119, 122-125,

127-130, 132, 133, 136, 138-150, 152-157, 160, 164 og 167 (vedrørende begivenheder fastslået i Det Forenede Kongerige og i Irland), i betragtning 170-181 (vedrørende begivenheder fastslået i Spanien), i betragtning 182, 184 og 185 (vedrørende begivenhederne i Nederlandene), i betragtning 187-189 (vedrørende begivenhederne i Frankrig), i betragtning 190-197 (vedrørende begivenhederne i Belgien og Luxembourg), i betragtning 199-201 (vedrørende begivenhederne i Tyskland), betragtning 204 og 206-209 (vedrørende begivenhederne i Grækenland), betragtning 210, 211 og 213 (vedrørende begivenhederne Portugal), i betragtning 214-215 og 217-219 (vedrørende begivenhederne i Italien) og i betragtning 223, 224, 226 og 227 (vedrørende begivenhederne i Danmark, Norge, Sverige, Finland og Island), er støttet på oplysninger fremlagt af Nintendo. Det skal herved ligeledes fastslås, at Nintendo i sin egenskab af part i alle de anfægtede distributionsaftaler kunne fremlægge præcise oplysninger om disses termer og gennemførelse.

186 Det skal imidlertid fastslås, at disse dokumenter på trods af den betydelige mængde fremlagte oplysninger ikke var uundværlige for, at Kommissionen kunne fastslå, at der forelå den pågældende aftale og samordnet praksis, og dermed at den foreholdte overtrædelse forelå. Angivelserne fremlagt af Nintendo kunne nemlig i modsætning til skrivelserne af 4. og 11. april 1996 (jf. præmis 182 ovenfor) ikke i sig selv anvendes som det væsentligste bevisgrundlag i beslutningen om konstatering af en overtrædelse på markedet for dedikerede videospilkonsoller fremstillet af Nintendo og spilkassetter, der er kompatible med disse spilkonsoller. Det skal i den forbindelse bemærkes, at oplysningerne til grund for de konklusioner, der er gengivet i betragtning 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 og 227, udelukkende har bidraget til at identificere de små distributører, der var indblandet i overtrædelsen og den geografiske rækkevidde heraf.

187 Det følger endvidere af forholdene i sagsakterne, at Kommissionen har opnået et vist antal af disse oplysninger, nemlig de, der i beslutningen ligger til grund for betragtning 103 (tilstedeværelsen, varigheden og bestemmelserne i distributionsaftalen indgået mellem Nintendo UK Ltd og Nintendo), 108, 110, 123 og 167 (faktiske omstændigheder vedrørende distributionsaftalerne indgået mellem Nintendo og The Games), 170, 171 og 176 (tilstedeværelsen, varigheden og bestemmelserne i distribu-

tionsaftalen indgået mellem Nintendo España, SA og Nintendo), 182 (bestemmelserne i de formelle aftaler indgået mellem Nintendo Netherlands BV og dets kunder), 189 (skrivelse fra Nintendo France SARL vedrørende risici for eksport fra Frankrig), 190, 191, 194 og 196 (tilstedeværelsen af og bestemmelserne i distributionsaftalerne i Belgien og Luxembourg), 199 (paralleleksport fra Tyskland), 204 (bestemmelserne i aftalen indgået mellem Itochu Hellas EPE og Nintendo), 210 og 211 (bestemmelserne i og varigheden af distributionsaftalerne indgået mellem Nintendo og dets distributører i Portugal), 214 og 215 (bestemmelser i og varighed af distributionsaftalerne indgået mellem Nintendo og dets distributør i Italien), som svar på de anmodninger om oplysninger, den havde tilsendt sagsøgerne (jf. navnlig betragtning 86-93 til beslutningen og særligt betragtning 86 og 87, som henviser til Kommissionens opfordring til at fremlægge oplysninger om navnlig distributører og datterselskaber og om indholdet af de formelle distributionsaftaler indgået mellem Nintendo og dets distributører i Frankrig, Tyskland, Italien, Det Forenede Kongerige, Grækenland og Portugal). En bødenedsættelse som følge af samarbejde er udelukket for disse svar, eftersom de tilsigtede at opfylde de forpligtelser, der påhvilede sagsøgerne i henhold til artikel 11, stk. 4 og 5, i forordning nr. 17 (jf. i denne retning dommen i sagen Groupe Danone mod Kommissionen, nævnt i præmis 171 ovenfor, præmis 451 og den deri nævnte retspraksis). Dermed berettigede oplysningerne om den bestridte overtrædelses geografiske rækkevidde og om identiteten på de heri indblandede distributører ikke til en yderligere bødenedsættelse som følge af Nintendos reelle samarbejde. Kommissionen kunne nemlig godtgøre kartellets geografiske rækkevidde og de heri indblandede distributørers identitet uden de oplysninger, sagsøgerne spontant fremlagde.

188 Det følger af disse betragtninger, at Nintendos samarbejde ikke berettigede til en bødenedsættelse på mere end 40%.

189 Henset til det anførte, kan dette anbringende delvist tages til følge, og beslutningen skal derfor ændres, således at sagsøgerne indrømmes en bødenedsættelsessats svarende til den, der er indrømmet John Menzies. De konkrete følger af denne ændring præciseres nedenfor.

*Det tredje anbringende om en tilsidesættelse af retten til forsvar som følge af en urigtig gengivelse af Nintendos anstrengelser*

Parternes argumenter

190 Sagsøgerne har anført, at Kommissionen har tilsidesat retten til forsvar ved til skade for sagsøgerne at ændre sin vurdering af de faktiske omstændigheder i sagen og/eller de retlige konklusioner, den har udledt heraf. Sagsøgerne har herved anført, at Kommissionen i punkt 216 i klagepunktsmeddelelsen har erklæret, at den har taget hensyn til »sagsøgernes bidrag til at fastslå, at der foreligger en overtrædelse«, hvorimod den i beslutningen har erklæret, at de fremlagte dokumenter udelukkende bidrog til at bekræfte, at der forelå en overtrædelse.

191 Kommissionen har påstået dette anbringende forkastet.

Rettens bemærkninger

192 Det bemærkes, at sagsøgerne ved deres søgsmål udelukkende søger at opnå en annullation eller nedsættelse af den pålagte bøde.

193 Følgelig må dette anbringende erklæres ugyldigt, idet sagsøgerne ikke har anført, hvorledes den terminologiske forskel, der findes mellem klagepunktsmeddelelsen og beslutningen hvad angår deres bidrag til beviset for overtrædelsen, kunne have indflydelse på størrelsen af den bøde, de blev pålagt.

194 Under alle omstændigheder bestemmer artikel 19, stk. 1, i forordning nr. 17 og artikel 7, stk. 1, i Kommissionens forordning (EF) nr. 2842/98 af 22. december 1998 om høring af parter i visse procedurer efter [...] artikel [81 EF] og [82 EF] (EFT L 354, s. 18) udtrykkeligt, at de pågældende virksomheder, når Kommissionen vil pålægge en bøde, skal have lejlighed til at fremsætte deres bemærkninger til de af Kommissionen fastholdte klagepunkter. De pågældende virksomheders ret til forsvar sikres således for Kommissionen for så vidt angår bødefastsættelsen ved deres bemærkninger til overtrædelsens varighed, grovhed og forudsigelige konkurrencebegrænsende virkning (Rettens dom af 6.10.1994, sag T-83/91, Tetra Pak mod Kommissionen, Sml. II, s. 755, præmis 235).

195 Dette anbringende kan følgelig ikke tages til følge.

*Det fjerde anbringende om en tilsidesættelse af princippet om beskyttelsen af den berettigede forventning derved, at kompensationerne udbetalt til tredjemand ikke er tillagt tilstrækkelig betydning, og derved, at programmet om overholdelse af konkurrenceretten ikke er taget i betragtning*

#### Parternes argumenter

196 Det er sagsøgernes opfattelse, at Kommissionen har tilsidesat princippet om beskyttelse af den berettigede forventning ved dels ikke at nedsætte bøden med et beløb svarende til udbetalingen af den kompensation, de har tilbudt tredjemand, dels ved ikke at tage hensyn til programmet om overholdelse af konkurrenceretten, som de har iværksat.

197 For det første har sagsøgerne hvad angår kompensationerne udbetalt til tredjemand bemærket, at disse kompensationer, der i beslutningen er kvalificeret som »betydelige«, udgjorde 375 000 EUR.



- 198 For det andet har sagsøgerne understreget, at udbetalingen af disse kompensationer først blev iværksat, efter at Kommissionen på mødet den 15. december 1998 forsikrede, at vedtagelsen af disse foranstaltninger havde betydning for bødeberegningen. Sagsøgerne har herved præciseret, at en berettiget forventning opstår, når en højt placeret tjenestemand hos Kommissionen, der af denne er pålagt en bestemt sag, afgiver præcise løfter som led i en formel undersøgelse, og når han er bekendt med, at den virksomhed, der er genstand for undersøgelsen, vil henholde sig til disse løfter for at påtage sig betydelige udgifter.
- 199 For det tredje har Kommissionen anerkendt, at udbetalingen af kompensationer til tredjemand udgjorde en »formildende omstændighed« i retningslinjernes forstand (betragtning 421-464 til beslutningen). Den har dog ikke indrømmet sagsøgerne en økonomisk nedsættelse herfor, idet bøden blot blev nedsat med 300 000 EUR.
- 200 Endelig tilskynder den behandling, Kommissionen har givet sagsøgerne, ikke andre virksomheder til i fremtiden frivilligt at udbetale sådanne kompensationer.
- 201 Kommissionen har bestridt alle disse argumenter.

## Rettens bemærkninger

- 202 Med dette anbringende har sagsøgerne anført, at Kommissionen i modsætning til de løfter, den gav dem på mødet den 15. december 1998, ikke har taget tilstrækkeligt hensyn til de kompensationer, de har tilbudt tredjemand, samt til programmet om overholdelse af lovgivningen, som de havde iværksat hos deres ansatte.

- 203 Det skal herved bemærkes, at retten til at påberåbe sig princippet om beskyttelse af den berettigede forventning omfatter enhver borger, hos hvem Fællesskabets administration har givet anledning til begrundede forhåbninger. Ingen kan påberåbe sig en tilsidesættelse af dette princip, når der ikke foreligger præcise løfter, som er afgivet til vedkommende af administrationen (Rettens dom af 9.7.2003, sag T-220/00, Cheil Jedang mod Kommissionen, Sml. II, s. 2473, præmis 33 og den deri nævnte retspraksis).
- 204 Hvad først og fremmest angår de kompensationer, Nintendo har tilbudt skadelidte tredjemand, bemærkes, at Kommissionen har besluttet at nedsætte NOE's og NCL's bøde med 300 000 for at tage hensyn til de kompensationer, de har tilbudt tredjemand, der er identificeret i klagepunktsmeddelelsen som økonomisk skadelidte som følge af den ulovlige adfærd (jf. betragtning 440 og 441 til beslutningen).
- 205 Det følger af sagsakterne, at der i alt er udbetalt 375 000 EUR til tredjemand.
- 206 Kommissionen har i modsætning til, hvad sagsøgerne har hævdet, aldrig givet dem løfter om, at de nævnte udbetalinger som helhed ville blive fratrukket i den bøde, de blev pålagt.
- 207 Kommissionens repræsentant har nemlig, som det følger af referatet af mødet den 15. december 1998, blot anført, at udbetalingen af kompensation til tredjemand »ville have betydning for bødeberegningen«. Denne erklæring kan på ingen måde kvalificeres som et præcist og betingelsesløst løfte om, at de nævnte udbetalinger som helhed ville blive fratrukket i den endelige bøde.
- 208 Under alle omstændigheder skal de afgivne løfter for at kunne skabe en berettiget forventning stamme fra bemyndigede og pålidelige kilder (jf. i denne retning hvad angår en erklæring fra generaldirektøren inden for konkurrenceområdet Rettens dom af

29.4.2004, forenede sager T-236/01, T-239/01, T-244/01 — T-246/01, T-251/01 og T-252/01, Tokai Carbon m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 1181, præmis 152 og 153). I betragtning af Kommissionens medlemmers enekompetence til at vedtage en beslutning om bødepålæggelse kan en tjenestemand i Kommissionen under et uformelt møde med Nintendos repræsentanter på ingen måde have givet virksomheden præcise løfter, der stammer fra en bemyndiget og pålidelige kilde, hvad angår fradrag af kompensationer tilbudt tredjemand i den endelige bøde.

209 Det følger heraf, at klagepunktet om en tilsidesættelse af princippet om beskyttelse af den berettigede forventning i forhold til hensyntagen til Nintendos tilbud til tredjemand om kompensationer ved fastsættelsen af den endelige bøde ikke kan tages til følge.

210 Disse betragtninger gælder ligeledes hvad angår hensyntagen til det af Nintendo iværksatte program for overholdelse af konkurrenceretten.

211 Under alle omstændigheder var Kommissionen på ingen måde forpligtet til at tage hensyn til iværksættelsen af programmet for overholdelse, som virksomheden, forudsat at det kan anses for en form for samarbejde, iværksatte på eget initiativ, og ikke efter løfter afgivet af Kommissionen.

212 Følgelig kan dette anbringende ikke tages til følge.

## 6. Fastsættelsen af den endelige bøde

- 213 Som det følger af præmis 169-189 ovenfor, skal beslutningen ændres, for så vidt som den kun fastsætter en nedsættelsessats på 25% for sagsøgernes samarbejde.
- 214 Derudover forbliver de betragtninger, som Kommissionen har fremsat til beslutningen, samt den i denne sag anvendte metode til bødeberegningen uændret.
- 215 Den endelige bøde skal således beregnes som følger: Bødens grundbeløb (113,85 mio. EUR) forhøjes med 75%, dels som følge af Nintendos førende rolle i kartellet (50%), dels for fortsættelsen af overtrædelsen (25%), dvs. med 199,2375 mio. EUR. Dette beløb nedsættes med 40% som følge af samarbejde og med 300 000 EUR som følge af de kompensationer, sagsøgerne tilbød tredjemand, hvilket giver et samlet beløb på 119,2425 mio. EUR.

## Sagens omkostninger

- 216 Retten kan ifølge procesreglementets artikel 87, stk. 3, fordele sagens omkostninger eller bestemme, at hver part skal bære sine egne omkostninger, hvis hver af parterne henholdsvis taber eller vinder på et eller flere punkter. I det foreliggende tilfælde bestemmer Retten, at hver part skal bære sine egne omkostninger.

På grundlag af disse præmisser udtaler og bestemmer

RET TEN (Ottende Afdeling):

- 1) **Bøden pålagt Nintendo Co., Ltd og Nintendo of Europe GmbH fastsættes til 119,2425 mio. EUR.**
- 2) **I øvrigt frifindes Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber.**
- 3) **Hver part bærer sine egne omkostninger.**

Martins Ribeiro

Papasavvas

Wahl

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 30. april 2009.

## Indhold

Sagens baggrund . . . . .	II - 958
1. De omhandlede virksomheder . . . . .	II - 958
2. Den administrative procedure . . . . .	II - 959
Undersøgelse af sektoren for videospil (sag IV/35.587 PO — Video Games) . . . . .	II - 959
Undersøgelse udelukkende af Nintendos distributionsordning (sag IV/35.706 PO — Nintendo Distribution). . . . .	II - 959
Undersøgelse på foranledning af en klage indgivet af Omega Electro BV (sag IV/36.321 — Omega — Nintendo) . . . . .	II - 960
3. Den anfægtede beslutning . . . . .	II - 961
Retsforhandlinger og parternes påstande . . . . .	II - 965
Retlige bemærkninger . . . . .	II - 967
1. Fastsættelsen af det foreløbige grundbeløb, sagsøgerne pålægges i bøde . . . . .	II - 968
Parternes argumenter . . . . .	II - 968
Rettens bemærkninger . . . . .	II - 970
2. Forhøjelsen af bødens foreløbige grundbeløb pålagt sagsøgerne for at sikre en tilstrækkeligt afskrækkende virkning . . . . .	II - 973
Det første anbringende om åbenbar urigtig retsanvendelse, tilsidesættelse af principperne om proportionalitet og non bis in idem samt retten til forsvar og manglende sammenhæng med Kommissionens hidtidige beslutningspraksis . . . . .	II - 974
Parternes argumenter . . . . .	II - 974
Rettens bemærkninger . . . . .	II - 977
Det andet anbringende om tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet, begrundelsesmangel samt urigtig anvendelse af metoden fremsat i retningslinjerne . . . . .	II - 983
Parternes argumenter . . . . .	II - 983
Rettens bemærkninger . . . . .	II - 984

3. Forhøjelsen af bødens grundbeløb som følge af overtrædelsens varighed . . . . .	II - 985
Parternes argumenter . . . . .	II - 986
Rettens bemærkninger . . . . .	II - 988
4. Forhøjelsen af grundbeløbet i sagsøgernes bøde som følge af skærpende omstændigheder . . . . .	II - 989
Hensyntagen til førende rolle i og tilskyndelse til overtrædelsen . . . . .	II - 989
Det første anbringende om et åbenbart urigtigt skøn og urigtig retsanvendelse ved at tilskrive sagsøgerne en førende rolle i og tilskyndelse til overtrædelsen . . . . .	II - 990
— Parternes argumenter . . . . .	II - 990
— Rettens bemærkninger . . . . .	II - 991
Det andet anbringende om manglende sammenhæng med Kommissionens hidtidige beslutningspraksis og om en tilsidesættelse af princippet om forbud mod forskelsbehandling samt begrundelsespligten . . . . .	II - 994
— Parternes argumenter . . . . .	II - 994
— Rettens bemærkninger . . . . .	II - 994
Forhøjelsen af sagsøgernes bøde for at fortsætte overtrædelsen . . . . .	II - 995
5. Nedsættelsen af sagsøgernes bøde som følge af formildende omstændigheder . . . . .	II - 997
Det første anbringende om urigtig retsanvendelse og et åbenbart urigtigt skøn som følge af Kommissionens afslag på at anvende samarbejdsmeddelelsen . . . . .	II - 997
Parternes argumenter . . . . .	II - 997
Rettens bemærkninger . . . . .	II - 1000
Det andet anbringende om en tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet og begrundelsespligten . . . . .	II - 1002
Parternes argumenter . . . . .	II - 1002
Rettens bemærkninger . . . . .	II - 1003

Det tredje anbringende om en tilsidesættelse af retten til forsvar som følge af en urigtig gengivelse af Nintendos anstrengelser . . . . .	II - 1010
Parternes argumenter . . . . .	II - 1010
Rettens bemærkninger . . . . .	II - 1010
Det fjerde anbringende om en tilsidesættelse af princippet om beskyttelsen af den berettigede forventning derved, at kompensationerne udbetalt til tredjemand ikke er tillagt tilstrækkelig betydning, og derved, at programmet om overholdelse af konkurrenceretten ikke er taget i betragtning . . . . .	II - 1011
Parternes argumenter . . . . .	II - 1011
Rettens bemærkninger . . . . .	II - 1012
6. Fastsættelsen af den endelige bøde . . . . .	II - 1015
Sagens omkostninger . . . . .	II - 1015