FÖRSTAINSTANSRÄTTENS DOM (åttonde avdelningen)

den 30 april 2009 *

I mål T-18/03,

CD-Contact Data GmbH, Burglengenfeld (Tyskland), företrätt av advokaterna J. de Pree och R. Wesseling,

sökande,

mot

Europeiska gemenskapernas kommission, företrädd av P. Oliver, X. Lewis och O. Beynet, samtliga i egenskap av ombud,

svarande,

angående en talan om ogiltigförklaring av kommissionens beslut 2003/675/EG av den 30 oktober 2002 om ett förfarande enligt artikel 81 [EG] och artikel 53 i EES-avtalet

* Rättegångsspråk: engelska.

(COMP/35.587 PO Video Games, COMP/35.706 PO Nintendo Distribution och COMP/36.321 Omega – Nintendo) (EUT L 255, 2003, s. 33),

meddelar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (åttonde avdelningen)

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

justitiesekreterare: handläggaren C. Kantza,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 21 maj 2008,

följande

Dom

Bakgrund till tvisten

1. *De aktuella företagen*

1 Nintendo Co., Ltd (nedan kallat NCL eller Nintendo), ett börsnoterat företag med säte i Kyoto (Japan), är moderbolag i Nintendokoncernen. Koncernens verksamhet är inriktad på produktion och distribution av spelkonsoler och spelkassetter som är avsedda att användas på dessa konsoler.

2 Nintendos verksamhet inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES) bedrivs i vissa områden av helägda dotterbolag. Det största dotterbolaget är Nintendo of Europe GmbH (nedan kallat NOE eller Nintendo). Vid tidpunkten för omständigheterna i målet samordnade NOE en del av Nintendos affärsverksamhet i Europa och var ensamåterförsäljare för företaget i Tyskland.

3 På andra marknader har Nintendo utsett fristående ensamåterförsäljare. The Games Ltd, en handelsdivision inom John Menzies Distribution Ltd, ett av John Menzies plc helägt dotterbolag, var Nintendos exklusiva återförsäljare för Förenade kungariket och Irland från och med augusti 1995 och åtminstone fram till den 31 december 1997.

4 CD-Contact Data GmbH var Nintendos ensamåterförsäljare för Belgien och Luxemburg från april 1997 och åtminstone fram till och med den 31 december 1997.

2. *Det administrativa förfarandet*

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

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

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

6 De preliminära undersökningsresultaten ledde till att kommissionen i september 1995 inledde en kompletterande undersökning specifikt rörande Nintendos distributionssystem (ärende nr IV/35.706 PO Nintendo distribution).

7 Under denna undersökning skickade kommissionen den 9 oktober 1995 en begäran om upplysningar till Nintendo. Flera möten avseende Nintendos distributionspolitik hölls mellan företrädare för Nintendo och kommissionen. Nintendo har vidare tillhandahållit olika versioner av de avtal som företaget har slutit med vissa av sina återförsäljare.

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

8 Den 26 november 1996 ingav Omega Electro, ett företag som är verksamt inom området för import och försäljning av elektroniska spel, ett klagomål enligt artikel 3.2 b i förordning nr 17, som främst gällde distributionen av Nintendos spelkassetter och spelkonsoler, och gjorde bland annat gällande att Nintendo hindrade parallellhandel samt upprätthöll ett system med bruttoprissättning i Nederländerna. Till följd av detta klagomål utvidgade kommissionen sin undersökning (ärende nr IV/36.321 Omega – Nintendo). Den 7 mars 1997 skickade kommissionen en begäran om upplysningar till Nintendo och till John Menzies. I sitt svar av den 16 maj 1997 medgav Nintendo att vissa av dess återförsäljningsavtal och allmänna villkor innehöll klausuler som begränsade parallellhandeln inom EES. I oktober 1997 skickade kommissionen en ny begäran om upplysningar till John Menzies. Bolaget svarade på denna begäran den 1 december 1997 och lämnade viss information om den omtvistade samverkan.

9 Genom skrivelse av den 23 december 1997 uppgav Nintendo för kommissionen att företaget hade blivit medvetet om ”ett allvarligt problem avseende parallellhandel inom gemenskapen” och uppgav att det ville samarbeta med kommissionen.

10 Den 13 januari 1998 lämnade John Menzies ytterligare uppgifter. Den 21 januari, den 1 april och den 15 maj 1998 översände Nintendo hundratals handlingar till kommissionen. Den 15 december 1998 hölls ett möte mellan kommissionen och företrädare för Nintendo under vilket frågan om beviljande av eventuell ersättning till tredje part som skadats av den omtvistade samverkan diskuterades.

11 Efter sitt medgivande vidtog Nintendo åtgärder som syftade till att fortsättningsvis säkerställa att gemenskapsrätten iakttogs och erbjöd vidare de tredje parter som orsakats ekonomisk skada på grund av Nintendos agerande ekonomisk ersättning.

12 Genom en skrivelse av den 9 juni 1999 ombad kommissionen Itochu Hellas uppge huruvida de handlingar i kommissionens akt som gällde detta företag innehöll konfidentiella uppgifter. I denna skrivelse uppgavs även att kommissionen avsåg att inleda ett formellt förfarande mot vissa företag, däribland Itochu Hellas.

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

14 När det närmare bestämt gäller sökanden skickades svaret på meddelandet om invändningar till kommissionen den 13 juli 2000. Ett informellt möte mellan sökanden och kommissionen ägde rum den 16 oktober 2000. Till följd av detta möte ingav sökanden den 6 november 2000 ett tilläggssvar på meddelandet om invändningar.

3. *Det omtvistade beslutet*

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

16 Beslutet innehåller bland annat följande bestämmelser:

”*Artikel 1*

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

…

— [sökanden]..., från den 28 oktober 1997 till slutet av december 1997.

…

Artikel 3

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

…

— [sökanden]..., böter om 1 miljon euro.

…”

17 När det gäller händelserna som inträffade i Belgien och Luxemburg framhöll kommissionen särskilt att ”[d]et stod klart för [sökanden] att man var skyldig att se till att kunderna inte ägnade sig åt parallellexport”. Detta följer av ett fax som sökanden sände till NOE den 28 oktober 1997 i vilket sökanden försäkrade att den inte önskade någon export (se punkterna 195 och 196 i beslutet). Enligt kommissionen visade denna skrivelse, vilken utgjorde ett svar på en skrivelse från NOE, i vilken NOE frågat sökanden om någon av sökandens kunder kunde ha sålt Nintendoprodukter till Nintendo France SARL:s kunder, att sökanden och Nintendo ”kommit fram till en ’gemensam vilja’ om att ingen export … skulle förekomma och att [sökanden] skulle övervaka leveranserna till kunder … som kunde förväntas exportera” (se punkt 317 i beslutet).

18 Kommissionen har även nämnt omständigheten att sökanden, från september 1997 till december 1997, hade flera kontakter med NOE om parallellimport till landet, i syfte att få till stånd en lösning på ”problemet” (se punkt 197 i beslutet).

19 Vid beräkningen av bötesbeloppet tillämpade kommissionen i sitt beslut den metod som föreskrivs i riktlinjer för beräkning av böter som döms ut enligt artikel 15.2 i förordning nr 17 och artikel 65.5 [KS] (EGT C 9, 1998, s. 3) (nedan kallade riktlinjerna). Kommissionen beslöt däremot att inte tillämpa meddelandet om samarbete, på grund av överträdelsens vertikala art.

20 Kommissionen fastställde först böternas grundbelopp på grundval av överträdelsens allvar och varaktighet.

21 I detta sammanhang ansåg kommissionen inledningsvis att de berörda företagen hade begått en mycket allvarlig överträdelse, med hänsyn till överträdelsens art, de konkreta följderna på marknaden och den berörda geografiska marknadens storlek.

22 Kommissionen fastslog sedan att eftersom den aktuella enda och fortlöpande överträdelsen berörde flera företag med betydande storleksskillnader, skulle de berörda företagen behandlas olika, så att varje företags storlek och betydelse och därmed den faktiska påverkan som företagets olagliga beteende haft på konkurrensen beaktades. De aktuella företagen delades därför upp i tre grupper beroende på den relativa betydelse vart och ett av dem hade i förhållande till Nintendo, i egenskap av återförsäljare av de berörda produkterna inom EES. Jämförelsen gjordes på grundval av varje företags andel av den sammanlagda volymen av Nintendos spelkonsoler och spelkassetter köpta för distribution inom EES år 1997, det sista året då överträdelsen pågick. På denna grund placerades endast Nintendo i den första gruppen, medan endast John Menzies förekom i den andra gruppen. Kommissionen fastställde det preliminära utgångsbeloppet avseende överträdelsens allvar för dessa företag till 23 miljoner euro i Nintendos fall och till 8 miljoner euro i John Menzies fall. För de andra berörda företagen fastställdes ett preliminärt utgångsbelopp på 1 miljon euro.

23 För att se till att böterna var tillräckligt avskräckande och för att beakta Nintendos, John Menzies och Itochu Corp:s storlek och sammanlagda resurser höjde kommissionen

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

24 Vad gäller varaktigheten av den överträdelse som vart och ett av företagen gjort sig skyldigt till höjdes utgångsbeloppet med 10 procent per år. Eftersom sökanden endast deltog i överträdelsen under lite mer än två månader, ansåg kommissionen att utgångsbeloppet för de böter som företaget hade ålagts inte behövde höjas.

25 Kommissionen fastställde grundbeloppet för de böter som skulle ålagts sökanden till 1 miljon euro.

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

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

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

Förfarandet och parternas yrkanden

28 Sökanden väckte förevarande talan genom ansökan som inkom till förstainstansrättens kansli den 17 januari 2003.

29 På grundval av referentens rapport beslutade förstainstansrätten (åttonde avdelningen) att inleda det muntliga förfarandet.

30 Vid förhandlingen den 21 maj 2008 har parterna utvecklat sin talan och svarat på förstainstansrättens frågor.

31 På förstainstansrättens uppmaning framlade kommissionen under förhandlingen ett visst antal handlingar som sökanden gavs möjlighet att yttra sig över. Genom en skrivelse som inkom till förstainstansrättens kansli den 26 maj 2008 uppgav sökanden att den inte skulle avge något yttrande över nämnda handlingar. Efter det att denna skrivelse inkommit beslutade förstainstansrätten att avsluta det muntliga förfarandet.

32 Sökanden har yrkat att förstainstansrätten ska

— ogiltigförklara beslutet helt eller delvis i det avseende som det riktas mot sökanden, i synnerhet artiklarna 1 och 3, och

— förplikta kommissionen att erlägga rättegångskostnaderna.

33 Kommissionen har yrkat att förstainstansrätten ska

— ogilla talan, och

— förplikta sökanden att ersätta rättegångskostnaderna.

Rättslig bedömning

34 Sökanden har åberopat två grunder till stöd för sin talan. Den första avser åsidosättande av artikel 81 EG, åsidosättande av motiveringsskyldigheten samt att kommissionen har gjort en uppenbart felaktig bedömning. Den andra grunden avser åsidosättande av principen om god förvaltningssed, likabehandlingsprincipen och proportionalitetsprincipen samt åsidosättande av motiveringsskyldigheten.

35 Sökanden har även under förhandlingen gjort gällande att det bötesbelopp som sökanden ålagts åtminstone ska nedsättas, med hänsyn till att både det administrativa förfarandet och domstolsförfarandet har tagit så lång tid.

1. *Den första grunden: Huruvida artikel 81 EG och motiveringsskyldigheten har åsidosatts samt huruvida kommissionen har gjort en uppenbart felaktig bedömning*

Parternas argument

36 Sökanden har gjort gällande att kommissionen inte på grundval av de handlingar som omnämns i beslutet kunde dra slutsatsen att det förekom ett avtal eller samordnade förfaranden mellan sökanden och Nintendo. Kommissionen har därför inte bara gjort en felaktig bedömning av artikel 81 EG utan även åsidosatt den motiveringsskyldighet som åligger kommissionen enligt artikel 253 EG.

37 Sökanden har inledningsvis gjort gällande att ”passiv export” var tillåtet enligt det distributionsavtal som sökanden och Nintendo ingick i april 1997, enligt artikel 4.6 i avtalet. Avtalet innehöll inte någon bestämmelse i vilken handeln begränsades, i strid med artikel 81 EG.

38 Sökanden har därefter erinrat om att den aldrig har ingått eller deltagit i ett avtal som syftar till att begränsa parallellhandeln. Företaget har framhållit att det har ägnat sig åt passiv export i stor omfattning av Nintendoprodukterna och att det, med full kännedom om förhållandena, medvetet levererade produkter till kunder som antingen sålde dessa produkter vidare till kunder som var etablerade utanför Belgien och Luxemburg eller själva var etablerade utanför dessa länder. Kommissionens handlingar innehåller inte någon uppgift som visar att sökandens kunder vägrades leverans på grund av att de befann sig utanför nämnda länder eller på grund av att de levererade produkterna sedan skulle exporteras.

39 Sökanden har gjort gällande att det föreligger en klar skillnad mellan de omständigheter som rör sökanden och de omständigheter som föreligger avseende de andra återförsäljare som beslutet riktar sig till. Räckvidden av kommissionens invändningar avseende sökandens agerande är ytterst begränsad. Kommissionens slutsats, enligt vilken tillräckliga bevis gjorde det möjligt att dra slutsatsen att sökanden hade deltagit i ett avtal eller ett samordnat förfarande med Nintendo för att begränsa parallellexport, förefaller snarare grunda sig på konstateranden avseende Nintendos distributionspolitik i början av 90-talet än på en specifik och objektiv bedömning av handlingarna avseende sökanden.

40 Sökanden har i synnerhet gjort gällande att kommissionen inte har beaktat omständigheten att sökanden blev återförsäljare av de ifrågavarande varorna först i april 1997, det vill säga under den period som Nintendo såg över sin generella distributionspolitik och försökte rätta sig efter gemenskapens konkurrensregler. I ett sådant sammanhang kunde kommissionen inte endast grunda sig på sin övertygelse att de nyligen utsedda återförsäljarna helt enkelt integrerades i den distributionsplan som hade upprättats tidigare.

41 I förevarande fall finns det inte något bevis för att det förelåg en gemensam vilja mellan sökanden och Nintendo eller att sökanden underförstått eller uttryckligen har samtyckt till Nintendos ensidiga politik. Kommissionen har åsidosatt de krav avseende bevisbördan för att ett avtal ingåtts som har fastslagits i rättspraxis. Sökanden har gjort gällande att, såsom den har framhållit i sitt svar på meddelandet om invändningar, de faktorer som tyder på att det föreligger ett horisontellt avtal, i vart fall inte kan anses tillräckliga för att det ska kunna fastställas att det föreligger ett vertikalt avtal. Sökanden har i synnerhet gjort gällande att medan kontakter mellan leverantörer och återförsäljare är logiska och godtagbara i konkurrensrättsligt hänseende gäller inte detsamma i fråga om horisontella kontakter mellan konkurrenter.

42 När det gäller bevisen för att det föreligger hinder för parallellexport från Belgien och Luxemburg har kommissionen grundat sig på en enda handling, nämligen en fax som sökanden sände till NOE den 28 oktober 1997. Enligt sökanden har kommissionen emellertid tolkat denna handling på ett ofullständigt och bristfälligt sätt. Genom detta fax avsåg sökanden endast informera Nintendo om att försäljningen på den franska marknaden, vilken Nintendo beklagade sig över, inte i praktiken kunde uppfattas som ”aktiv försäljning” genom en i Belgien etablerad grossist. I nämnda fax hänvisades

endast till sökandens ”ensidiga” beslut att dela upp distributionen av produkterna med beaktande av de begränsade kvantiteter som sökanden förfogade över. Det förekom däremot inte någon hänvisning till något som helst avtal eller åtagande som sökanden skulle ha gjort för att begränsa exporten. Sökanden har i repliken framhållit att den, av rädsla för att Nintendo skulle begränsa sina leveranser eller säga upp sökandens exklusiva distributionsavtal, kan ha gett Nintendo intryck av att den inte exporterade sina produkter till andra länder.

43 När det gäller bevisen avseende förbudet mot parallellimport till Belgien och Luxemburg har sökanden gjort gällande att kommissionen ytterligare en gång gjort en ensidig och ofullständig tolkning av de aktuella handlingarna, nämligen ett antal skrivelser som sökanden har sänt till Nintendo. Sökanden avsåg genom dessa skrivelser endast att försäkra sig om att det pris som den betalade Nintendo för de aktuella produkterna inte var för högt.

44 När det gäller bevisen avseende förekomsten av ett samordnat förfarande har sökanden framhållit att de handlingar som har framlagts under det administrativa förfarandet tydligt visar att företaget inte har deltagit i ett samordnat förfarande vars syfte var att hindra parallellexport av Nintendoprodukter. I synnerhet visar ingen av dessa handlingar att sökanden har begränsat sin försäljning till kunder utanför Belgien och Luxemburg, utom när man inte längre hade produkter i lager. Dessa handlingar visar tvärtom att sökanden var en aktiv parallellexportör av Nintendoprodukter och att företaget deltog i parallellhandeln med dessa.

45 Kommissionen har bestritt samtliga argument.

Förstainstansrättens bedömning

Huruvida artikel 81.1 EG har åsidosatts

46 Enligt fast rättspraxis är det tillräckligt, för att ett avtal i den mening som avses i artikel 81.1 EG ska anses föreligga, att de aktuella företagen har gett uttryck för sin gemensamma vilja att agera på marknaden på ett bestämt sätt (förstainstansrättens dom av den 17 december 1991 i mål T-7/89, Hercules Chemicals mot kommissionen, REG 1991, s. II-1711, punkt 256, svensk specialutgåva, volym 11, s. II-83, och av den 26 oktober 2000 i mål T-41/96, Bayer mot kommissionen, REG 2000, s. II-3383, punkt 67, se även, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 15 juli 1970 i mål 41/69, ACF Chemiefarma mot kommissionen, REG 1970, s. 661, punkt 112, svensk specialutgåva, volym 1, s. 457, och av den 29 oktober 1980 i de förenade målen 209/78–215/78 och 218/78, Van Landewyck m.fl. mot kommissionen, REG 1980, s. 3125, punkt 86, svensk specialutgåva, volym 5, s. 345).

47 Vad gäller formen för att uttrycka denna gemensamma vilja räcker det att en bestämmelse ger uttryck för parternas vilja att agera på marknaden i enlighet med dess ordalydelse (se domen i det ovan i punkt 46 nämnda målet Bayer mot kommissionen, punkt 68, se även, för ett liknande resonemang, domarna i de ovan i punkt 46 nämnda målen ACF Chemiefarma mot kommissionen, punkt 112, och Van Landewyck mot kommissionen, punkt 86).

48 Begreppet avtal, i den mening som avses i artikel 81.1 EG, sådant det har tolkats i rättspraxis, förutsätter att det föreligger en gemensam vilja hos minst två parter. Uttrycksformen för denna gemensamma vilja har inte någon betydelse så länge den utgör ett troget uttryck för parternas vilja. Denna gemensamma vilja kan utläsas såväl av bestämmelserna i ett avtal, såsom ett distributionsavtal, som ur de aktuella företagens respektive ageranden (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 13 juli 2006 i mål C-74/04P, kommissionen mot Volkswagen, REG 2006, s. I-6585, punkt 39).

49 Beträffande bevisningen för en överträdelse av artikel 81.1 EG ankommer det på kommissionen att förete bevisning om de överträdelser som den har konstaterat, och att anföra den bevisning som krävs för att på ett tillfredsställande sätt visa förekomsten

av de faktiska omständigheter som utgör en överträdelse (dom av den 17 december 1998 i mål C-185/95 P, Baustahlgewebe mot kommissionen, REG 1998, s. I-8417, punkt 58, och av den 8 juli 1999 i mål C-49/92 P, kommissionen mot Anic Partecipazioni, REG 1999, s. I-4125, punkt 86). Det är i detta avseende nödvändigt att kommissionen förebringar exakt och samstämmig bevisning för att styrka överträdelsen (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 6 juli 2000 i mål T-62/98, Volkswagen mot kommissionen, REG 2000, s. II-2707, punkt 43 och där angiven rättspraxis).

50 När det slutligen gäller räckvidden av domstolsprövningen ska förstainstansrätten i regel göra en fullständig prövning av huruvida villkoren för tillämpning av artikel 81.1 EG är uppfyllda när en talan om ogiltigförklaring av ett beslut har väckts vid rätten (förstainstansrättens dom av den 15 september 2005 i mål T-325/01, DaimlerChrysler mot kommissionen, REG 2005, s. II-3319, punkt 81; se även, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 11 juli 1985 i mål 42/84, Remia m.fl. mot kommissionen, REG 1985, s. 2545, punkt 34, svensk specialutgåva, volym 8, s. 277, och av den 17 november 1987 i de förenade målen 142/84 och 156/84, BAT och Reynolds mot kommissionen, REG 1987, s. 4487, punkt 62, svensk specialutgåva, volym 9, s. 247).

51 Innan prövningen av de materiella omständigheter som kommissionen har gjort gällande i förevarande fall inleds ska det framhållas att, i motsats till vad kommissionen påstått, det inte kan anföras som skäl att Nintendo, den andra avtalsparten, uttryckligen i sitt svar på meddelandet om invändningar, har godtagit kommissionens redogörelse för omständigheterna i nämnda meddelande och har medgett att det förelåg ett avtal och ett samordnat förfarande med sökanden. Omständigheten att Nintendo, den andra parten i distributionsavtalet, eventuellt har medgett vissa faktiska omständigheter påverkar inte på något sätt sökandens rätt att ifrågasätta nämnda omständigheter inför förstainstansrätten. Denna anmärkning gör sig gällande i än högre grad eftersom sökanden just, i sitt svar på meddelandet om invändningar, har ifrågasatt att den på något som helst sätt har överträtt artikel 81.1 EG.

52 Kommissionen hänvisade vidare inte, i motsats till vad sökanden har uppgett i sina inlagor, till ordalydelsen i det distributionsavtal som Nintendo och sökanden har ingått, för att dra slutsatsen att det förelåg ett avtal i strid med artikel 81.1 EG. Kommissionen har framhållit i punkt 196 i beslutet att ”[å]terförsäljaravtalet med Nintendo gav

[sökanden] rätt till passiv export”. Det distributionsavtal som sökanden och Nintendo ingick nästan två år efter det att kommissionens undersökning hade inletts och som avsåg det aktuella distributionssystemet som sådant, innehöll, i motsats till vad som konstaterats avseende vissa återförsäljare som beslutet riktade sig till, inte någon bestämmelse som var förbjuden enligt artikel 81.1 EG.

53 Förstainstansrätten konstaterar vidare att, i motsats till vad som följer av den argumentation som sökanden har framlagt, kommissionen inte på något sätt har, såvitt gäller sökanden, hänvisat till att det förekommer ett samordnat förfarande mellan sökanden och Nintendo utan endast till att ett avtal i strid med artikel 81.1 EG ingåtts (se punkt 196 i beslutet). Sökandens argument att det inte föreligger ett samordnat förfarande saknar därför betydelse i målet.

54 Eftersom kommissionen inte hade någon direkt skriftlig bevisning avseende omständigheten att Nintendo och sökanden hade ingått ett skriftligt avtal om begränsning eller minskning av passiv export, ansåg kommissionen att sökandens deltagande i ett avtal i strid med artikel 81.1 EG framgick av företagets agerande, såsom detta kommit till uttryck i sökandens skriftväxling.

55 Under dessa omständigheter ska det prövas om kommissionen, med hänsyn till denna skriftväxling, har visat att det mellan sökanden och Nintendo förelåg en gemensam vilja att begränsa parallellhandeln.

56 I beslutet hänvisade kommissionen till skriftlig bevisning och i synnerhet till ett fax som sökanden riktade till NOE den 28 oktober 1997. Det är ostridigt mellan parterna att detta fax skickades efter ett klagomål av den 24 oktober 1997 som Nintendo France hade riktat till NOE, avseende bland annat export av produkter från Belgien, ett land för vilket sökanden var Nintendos auktoriserade återförsäljare.

57 Av detta klagomål framgår i synnerhet följande:

”Även om denna typ av parallellimport är oundviklig tror vi att NOE förfogar över olika medel för att hjälpa [Nintendo France] att begränsa dessa problem. De mest effektiva är de följande:

1. …

2. förhandla med återförsäljarna för att undvika denna import.

Vissa (vi vet att detta är fallet i Belgien och i Italien) organiserar parallellimporten nästan officiellt med vissa grossister och till och med vissa detaljhandlare. Vad skulle hända om vi gjorde samma sak genom att exportera en mycket efterfrågad artikel med rabatt till deras kunder?”

58 I faxet av den 28 oktober 1997 som riktades till NOE till följd av detta klagomål, förklarade sökanden att den inte hade möjlighet att leverera vissa produktkvantiteter

till BEM, en i Belgien etablerad grossist, som eventuellt ägnade sig åt parallellhandel. Detta fax, som delvis nämndes i punkt 195 i beslutet, har följande lydelse:

”Jag har kontrollerat era uppgifter och inte funnit att de överensstämmer med våra uppgifter.

1) [BEM] har hittills genom olika leveranser mottagit 960 exemplar av Lylat Wars. Det är precis tillräckligt för att förse de omkring 100 kunder som befinner sig i den fransktalande delen av Belgien.

2) Eftersom [BEM], liksom Contact Data Belgium inledningsvis, har levererat konsoler i Frankrike är vi mycket försiktiga med denna kund och vi levererar aldrig stora kvantiteter till den.

3) Vi har endast fått 7 000 exemplar av Lylat Wars och vi kan inte leverera 5 000 exemplar av programvaran till en enda kund.

…

I enlighet med vår diskussion förra veckan är vi mycket försiktiga med våra leveranser eftersom vi behöver dessa produkter till vår belgiska marknad.”

59 I motsats till vad kommissionen har gjort gällande framgår det inte klart av ordalydelsen i detta fax att sökanden hade kännedom om att företaget förutsattes hindra parallellexport och att den ville försvara sig mot Nintendo Frances påstående om sådan parallellexport från Belgien. Det kan i synnerhet inte med den säkerhet som krävs härledas att den ”försiktighet” som sökanden har visat i förhållande till kunder som har exporterat generellt visar att sökanden har godkänt politiken om begränsning av den omtvistade parallellhandeln. Den tolkning som sökanden har förordat, enligt vilken hänvisningen till de begränsade produktkvantiteter som den förfogade över ska förstås som en uppgift avseende sökandens materiella oförmåga att ägna sig åt aktiv försäljning genom en grossist etablerad i Belgien, kan a priori inte underkännas.

60 Såsom har erinrats om i punkt 58 ovan var emellertid faxet av den 28 oktober 1997 en direkt följd av skrivelsen av den 24 oktober 1997, i vilken Nintendo France beklagade sig över parallellexport från Belgien, vilket då var det land i vilket sökanden var exklusiv återförsäljare av de aktuella produkterna, och bad NOE att vidta nödvändiga åtgärder för att avhjälpa de ”problem” som denna export medförde för företaget. Sökanden ansåg således att det var nödvändigt att motivera de kvantiteter som den förfogade över och de villkor under vilka den exporterade de aktuella produkterna, till följd av klagomålet avseende parallellexporten från Belgien.

61 När det gäller handlingarna avseende parallellimport i Belgien och Luxemburg har kommissionen hänvisat till ett praktiskt samarbetssystem och utbyte av information avseende parallellhandel som Nintendo och vissa av dess återförsäljare, bland vilka sökanden förekommer, hade upprättat. Det framgår av flera skrivelser som nämnts i punkt 197 i beslutet att sökanden deltog i systemet för informationsutbyte.

62 Ordalydelsen i dessa olika skrivelser gör det möjligt, i anslutning till de påpekanden som framhållits ovan, att dra slutsatsen att skrivelserna hade till syfte att avslöja parallellimporten av Nintendoprodukter i Belgien och att de ingick i det system för informationsutbyte som Nintendo hade upprättat.

63 I den skrivelse av den 4 september 1997 som sökanden riktade till NOE före den relevanta perioden, framhöll sökanden i synnerhet följande:

”Våra kunder drar tillbaka sina beställningar av konsolerna N64, eftersom de uppenbarligen kan införskaffa dem till ett billigare pris i Frankrike … Detta borde obestridligen vara vår främsta prioritet under våra diskussioner i Monaco. Det är utan tvivel nödvändigt att agera omedelbart på detta område.”

64 I sökandens skrivelse till NOE av den 3 november 1997, som kommissionen också åberopade i punkt 197 i beslutet, nämndes bland annat:

”Följande utbud finns nu på den belgiska marknaden: 1 420 exemplar av N64 HW … med en tysk handbok.”

65 I faxet av den 12 november 1997 till Nintendo France, som inte hade någon behörighet att fastställa produkternas inköpspris, framförde sökanden följande synpunkter:

”Vi har precis mottagit en broschyr från Toys’R’Us i vilken SNES Donkey Kong Country 3 erbjuds till ett konsumentpris på 1 495 [belgiska franc] (ungefär 249 [franska franc]) i Belgien, trots att det uppges kosta 372 [franska franc] [före skatt] i er senaste prislista. Är det fråga om parallellimport eller ett särskilt erbjudande avseende denna artikel?”

66 När det gäller handlingen av den 4 december 1997 som NOE har skickat till sökanden består den av en begäran om upplysningar om de varor som parallellimporterats.

67 Den omständigheten att sökanden i praktiken har deltagit i parallellhandel genom att exportera produkter till kunder som befinner sig utanför Belgien och Luxemburg är inte av en sådan karaktär att det finns anledning att ifrågasätta den slutsats som det redogjorts för i punkt 62 ovan. Om ett företag, som kan konstateras ha deltagit i en olaglig samverkan enligt artikel 81.1 EG, inte har uppträtt på marknaden på det sätt som det kommit överens om med sina konkurrenter, är detta inte nödvändigtvis en förmildrande omständighet när böternas storlek bestäms. Ett företag som trots samverkan med sina konkurrenter för en mer eller mindre självständig politik på marknaden kan helt enkelt försöka att utnyttja avtalet för egen vinning (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 29 november 2005 i mål T-62/02, Union Pigments mot kommissionen, REG 2005, s. II-5057, punkt 130).

68 När det slutligen gäller bevisen avseende förbudet mot parallellimport till Belgien och Luxemburg kan sökanden inte med framgång göra gällande att de skrivelser som kommissionen har nämnt (se punkterna 63–66 ovan) har tolkats felaktigt då sökanden genom dessa endast försökte försäkra sig om att det pris som företaget betalade Nintendo för de aktuella produkterna inte var för högt. Det följer av en jämförelse mellan dessa skrivelser, i synnerhet faxet av den 12 november 1997 (se punkt 65 ovan), att frågan om priset på de aktuella produkterna behandlades mer eller mindre direkt i samband med förekomsten av parallellimport.

69 Det framgår av det ovan anförda att kommissionen inte har gjort en felaktig bedömning när den drog slutsatsen att sökanden har deltagit i ett avtal vars syfte var att begränsa parallellhandeln.

70 Anmärkningen avseende åsidosättande av artikel 81.1 EG kan således inte godtas.

Huruvida motiveringsskyldigheten har åsidosatts

71 Sökanden har gjort gällande att kommissionen inte har redogjort för varje återförsäljares situation. Genom att agera på detta sätt har kommissionen utgått från antagandet att alla återförsäljare hade kommit överens med Nintendo om att hindra parallellhandeln, oberoende av tidpunkten och omständigheterna avseende ingåendet av distributionsavtalen.

72 Denna argumentation kan inte godtas. I beslutet anges tydligt de faktiska omständigheterna avseende varje aktuell återförsäljare. När det i synnerhet gäller sökanden uppges i beslutet flera närmare detaljer avseende de händelser som har konstaterats i Belgien och i Luxemburg (punkterna 194–197) och avseende förekomsten av ett förbjudet avtal samt överträdelsens räckvidd (punkterna 313–330).

73 Enligt fast rättspraxis ska det av den motivering som krävs enligt artikel 253 EG klart och tydligt framgå hur den gemenskapsmyndighet som har antagit den angripna rättsakten har resonerat, så att de som berörs därav kan få kännedom om skälen för den vidtagna åtgärden och så att den behöriga domstolen ges möjlighet att utöva sin prövningsrätt. Kravet på motivering ska bedömas med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet, särskilt rättsaktens innehåll, de anförda skälens karaktär och det intresse som de vilka rättsakten är riktad till, eller andra personer som direkt eller personligen berörs av den, kan ha av att få förklaringar (domstolens dom av den 2 april 1998 i mål C-367/95 P, kommissionen mot Sytraval och Brink's France, REG 1998, s. I-1719, punkt 63, och förstainstansrättens dom av den 20 mars 2002 i mål T-16/99, Lögstör Rör mot kommissionen, REG 2002, s. II-1633, punkt 368).

74 Såsom framgår av prövningen av den första grundens första del framgår det klart och tydligt av beslutet hur kommissionen har resonerat. Beslutet möjliggör vidare för sökanden att få kännedom om skälen för den vidtagna åtgärden och för förstainstansrätten att utöva sin prövningsrätt.

75 Talan kan följaktligen inte vinna bifall på den första grunden.

2. *Den andra grunden: Huruvida principen om god förvaltningssed, likabehandlingsprincipen och proportionalitetsprincipen samt motiveringsskyldigheten har åsidosatts*

Parternas argument

76 Sökanden har framhållit att kommissionen, när den fastställer bötesbeloppet för åsidosättande av artikel 81 EG, alltid ska beakta varje inblandat företags situation separat. Kommissionen ska i synnerhet beakta de skillnader som föreligger beträffande de respektive roller som de aktuella företagen har haft i överträdelsen liksom skillnaderna avseende graden av deltagande eller hur länge deltagandet har pågått. Enligt sökanden har kommissionen emellertid åsidosatt dessa principer genom att ålägga sökanden ett bötesbelopp som är jämförbart eller till och med överstiger de bötesbelopp som har ålagts Nintendos andra återförsäljare, trots att den överträdelse som sökanden påstås ha begått var av mindre betydelse och pågick under en kortare tid.

77 Kommissionen har vidare, avseende sökanden, varken beaktat de olika förmildrande omständigheter som anges i riktlinjerna eller omständigheterna avseende företagets särskilda situation.

78 Sökanden har inledningsvis gjort gällande att dess agerande varken visar på att den hade för avsikt att handla rättsstridigt eller var medveten om ett rättsstridigt handlande. Sökanden har aldrig varit part i ett formellt avtal med syfte att begränsa parallellimport, mottagit frågeformulär eller deltagit i möten under vilka problematiken med parallellimport har varit föremål för diskussion. Sökanden har framhållit att den är en liten återförsäljare som inte har den kunskap och de juridiska och ekonomiska

infrastrukturer vilka gör det möjligt för större företag att bättre bedöma i vilken grad deras beteenden är rättsstridiga.

79 Sökanden har vidare framhållit att även om det antas att den har deltagit i en överträdelse, har företaget haft en passiv roll. Detta borde medföra, i enlighet med riktlinjerna, att det bötesbelopp som det har ålagts ska nedsättas. Kommissionen har inte visat att sökanden har haft en aktiv roll genom att informera Nintendo om parallellimporten av det sistnämnda företagets produkter. Sökanden har till och med brutit mot det påstådda avtalet genom att leverera produkter till företag utomlands och till företag på sökandens territorium trots att sökanden visste att produkterna skulle exporteras. Sökanden har även framhållit att den vid tidpunkten för de påstådda begränsningarna i parallellhandeln inte var en av Nintendos återförsäljare och att den följaktligen inte hade kännedom om nämnda begränsningar.

80 Sökanden har gjort gällande att även om dessa omständigheter inte medför att de böter som den har ålagts upphävs, borde de åtminstone medföra att förstainstansrätten nedsätter dem med 50 procent, i enlighet med likabehandlingsprincipen. Företaget har framhållit att Concentra har beviljats en sådan nedsättning, trots att Concentras roll inte var mindre aktiv än sökandens. Sökanden har i sin replik i synnerhet anfört att Concentra liksom sökanden har översänt information till NOE.

81 Sökanden har vidare gjort gällande att företagets påstådda rättsstridiga handlande i vart fall endast har påverkat marknaden i begränsad utsträckning. Sökanden har erinrat om att den inte har tillämpat det påstådda avtalet och att, i jämförelse med i synnerhet andra återförsäljares ageranden, den överträdelse som sökanden påstås ha deltagit i endast pågick under en mycket kort tid.

82 Sökanden har i synnerhet gjort gällande att kommissionen har åsidosatt likabehandlingsprincipen genom att dela in överträdelsens aktörer i tre grupper. Sökanden har närmare bestämt klagat på att den har placerats i samma grupp, avseende böternas utgångsbelopp, som flera återförsäljare som har deltagit i den påstådda överträdelsen under mycket längre perioder och som i motsats till sökanden aktivt har deltagit

i överträdelsen. Kommissionen har åsidosatt likabehandlingsprincipen genom att behandla olika situationer på samma sätt, det vill säga genom att ålägga dessa företag samma grundbelopp på en miljon euro.

83 Sökanden har i sin replik bland annat gjort gällande att skillnaderna avseende marknadsandelar mellan företagen i den tredje gruppen är större än skillnaderna mellan företagen i de tre grupperna. Det är således, med hänsyn till de berörda företagens respektive genomsnittliga andelar av marknaden för försäljning av de aktuella produkterna, svårt att förstå varför Concentra, Linea GIG SpA, Nortec AE, Bergsala AB, Itochu och sökanden har placerats i en och samma grupp, när John Menzies och Nintendo har placerats i olika grupper. Denna skillnad är än mer obegriplig om de grundbelopp för böterna som har fastställts för var och en av dessa grupper beaktas.

84 Sökanden har vidare gjort gällande att kommissionen, när den delade in de aktuella företagen i tre grupper, endast grundade sig på de marknadsandelar som vart och ett av dessa företag hade. Detta tyder på att den faktiska påverkan som deras respektive agerande hade inte har beaktats.

85 Sökanden har vidare ansett att beslutet att ålägga en oberoende, mindre återförsäljare böter på en miljon euro för ett påstått avtal, vars varaktighet maximalt uppgick till två månader, aldrig har tillämpats och i själva verket oavbrutet har åsidosatts, utgör en överträdelse av proportionalitetsprincipen.

86 Sökanden har ytterligare gjort gällande att kommissionen inte tog kontakt med företaget förrän den 9 juni 1999, en tidpunkt då undersökningen befann sig i sitt slutskede. Kommissionen har således fråntagit sökanden möjligheten att samarbeta och, således, att beviljas nedsättning av denna anledning med minst 40 procent av böternas grundbelopp. Den omständigheten att kommissionen inte har ansett det vara nödvändigt att informera sökanden om undersökningen genom att begära in uppgifter tyder på att sökanden hade en begränsad roll i det system som Nintendo har upprättat.

87 Sökanden har slutligen gjort gällande att kommissionen har åsidosatt principen om god förvaltningssed och sökandens rätt till försvar genom att frånta företaget möjligheten att framlägga sina synpunkter under ett formellt förhör i tredje parts närvaro. Den har gjort gällande att de berörda företagen ska få möjlighet att yttra sig över de anmärkningar som har anförts emot dem och den bevisning som dessa anmärkningar grundar sig på. Parternas rätt att yttra sig under ett formellt förhör som leds av ett oberoende förhörsombud är synnerligen viktig, vid tillämpningen av konkurrensbestämmelserna i fördraget. Det rör sig nämligen om det enda tillfället för parterna att förmedla sina synpunkter till en oberoende tredje part som kan påverka kommissionens beslut.

88 I förevarande fall har kommissionen”missbrukat sitt inflytande” över sökanden för att den skulle avstå från sin rätt till ett förhör i tredje parts närvaro. Sökanden har gjort gällande att även om kommissionen inte uttryckligen har utövat påtryckningar på företaget för att det skulle avstå från sin rätt till ett formellt förhör, förordade kommissionen i högsta grad att sökanden skulle nöja sig med ett informellt förhör, genom att argumentera för att denna möjlighet innebar tids- och resursbesparingar. Kommissionen har således de facto begränsat sökandens rätt till försvar under det administrativa förfarandet. Sökanden har i detta avseende framhållit att trots att företaget avstod från denna rätt på grund av kommissionens önskan att anta ett beslut så snabbt som möjligt, förflöt mer än två år mellan kommissionens förfrågan och antagandet av beslutet. Sökanden har även anfört att kommissionen i vart fall borde ha beaktat det samarbete som sökanden uppvisat genom att inte begära ett sådant förhör, och den borde följaktligen ha satt ned det bötesbelopp som sökanden ålades.

89 Sökanden har i sin replik förklarat att den inte har gjort gällande att kommissionen har utövat direkta eller uttryckliga påtryckningar på företaget för att det skulle avstå från att försvara sig under ett formellt förhör som leds av ett förhörsombud. Sökanden har inte heller påstått att kommissionen inte har informerat den om sin rätt till ett formellt förhör. Sökanden har dessutom medgett att det är mottagarna av ett meddelande om invändningar som ska begära ett formellt förhör. Sökanden har emellertid gjort gällande att den kände sig tvungen att avstå från denna rätt eftersom den tjänsteman som handlade ärendet informerade den om att de andra parterna redan hade beslutat sig för att avstå och att kommissionen ville anta ett beslut så snabbt som möjligt. Kommissionens tillvägagångssätt strider enligt sökanden mot artikel 10 i kommissionens förordning (EG) nr 2842/98 av den 22 december 1998 om hörande av parter i vissa förfaranden enligt artiklarna [81 EG] och [82 EG] (EGT L 354, s. 18), såsom den preciseras i artikel 4 i kommissionens beslut 2001/462/EG, EKSG av den 23 maj 2001 om kompetensområdet för förhörsombudet i vissa konkurrensförfaranden (EGT L 162, s. 21), av vilken det framgår att förhören ska ledas av ett förhörsombud. Av dessa

bestämmelser följer att samtliga frågor som avser parternas rätt till ett förhör ska prövas av förhörsombudet och inte av de tjänstemän vid kommissionen som handlägger ärendet och som kommer att fatta beslut i detta. De tjänstemän som handlägger ärendet får följaktligen inte kontakta parterna för att diskutera möjligheten att organisera ett förhör. Sökanden anser att även om ett sådant åsidosättande av väsentliga formföreskrifter inte i sig ska leda till att beslutet ogiltigförklaras i det avseende som det riktas till sökanden, borde kommissionen åtminstone ha beaktat detta åsidosättande vid fastställandet av bötesbeloppet.

90 Kommissionen har bestritt samtliga anmärkningar.

Förstainstansrättens bedömning

91 Sökanden har inom ramen för sin andra grund framhållit olika argument som hänför sig till dels det sätt på vilket de böter som ålagts sökanden har fastställts, dels det administrativa förfarandets förlopp.

92 De anmärkningar som har framförts gäller, för det första, frågan huruvida likabehandlingsprincipen och proportionalitetsprincipen har iakttagits vid fastställandet av bötesbeloppet, för det andra, sökandens rätt till försvar och principen om god förvaltningssed under det administrativa förfarande som föregick beslutets antagande och för det tredje motiveringsskyldigheten.

Huruvida likabehandlingsprincipen och proportionalitetsprincipen har iakttagits vid fastställandet av det bötesbelopp som sökanden har ålagts

93 I detta fall framgår det av punkterna 366–464 i beslutet att böterna för de konstaterade överträdelserna av artikel 81.1 EG och artikel 53.1 i EES-avtalet ålades i enlighet med artikel 15.2 i förordning nr 17 och att kommissionen, såsom den uttryckligen har bekräftat, har fastställt bötesbeloppet med tillämpning av den metod som föreskrivs i riktlinjerna.

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

95 Genom att påstå att kommissionen inte har beaktat sökandens särskilda situation vid de olika leden i beräkningen av böterna, blandar sökanden emellertid i stor utsträckning ihop dels prövningen av överträdelsens konkreta påverkan på marknaden vid bedömningen av överträdelsens allvar (punkt 1 A första stycket i riktlinjerna), varvid det är effekterna av överträdelsen som helhet betraktad och inte varje företags faktiska handlande som ska beaktas, dels bedömningen av de enskilda företagens uppträdande, i syfte att avgöra huruvida det föreligger förmildrande eller försvårande omständigheter (punkterna 2 och 3 i riktlinjerna), inom ramen för vilken det relativa allvaret hos varje företags deltagande i överträdelsen ska prövas, i enlighet med principen att straff och påföljder ska vara individuella.

96 I enlighet med punkt 1 A första och andra styckena i riktlinjerna grundar kommissionen sin bedömning av överträdelsens allvar på den påverkan som denna haft. De verkningar som då ska beaktas är de som följer av hela den överträdelse som

samtliga företag deltagit i. Ett enskilt företags uppträdande eller andra omständigheter hänförliga till det enskilda företaget är således inte relevanta vid denna bedömning (förstainstansrättens dom av den 29 april 2004 i de förenade målen T-236/01, T-239/01, T-244/01–T-246/01, T-251/01 och T-252/01, Tokai Carbon m.fl. mot kommissionen, REG 2004, s. II 1181, punkt 203).

97 Såsom framgår av rättspraxis, ska det, i de fall flera företag har deltagit i en överträdelse, för vart och ett av företagen prövas hur allvarlig den enskilda överträdelsen var (domstolens dom av den 16 december 1975 i de förenade målen 40/73–48/73, 50/73, 54/73–56/73, 111/73, 113/73 och 114/73, Suiker Unie m.fl. mot kommissionen, REG 1975, s. 1663, punkt 623, och det ovan i punkt 49 nämnda målet kommissionen mot Anic Partecipazioni, punkt 150), för att bestämma om det föreligger försvårande eller förmildrande omständigheter för dem.

98 Denna slutsats är en logisk följd av principen att straff och påföljder ska vara individuella, enligt vilken ett företag endast kan påföras sanktionsåtgärder för gärningar som är hänförliga till detta företag. Den principen gäller i varje administrativt förfarande som kan leda till sanktionsåtgärder enligt gemenskapsrättens konkurrensbestämmelser (det ovan i punkt 67 nämnda målet Union Pigments mot kommissionen, punkt 119, se även, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 13 december 2001 i de förenade målen T-45/98 och T-47/98, Krupp Thyssen Stainless och Acciai speciali Terni mot kommissionen, REG 2001, s. II 3757, punkt 63).

99 I punkterna 2 och 3 i riktlinjerna anges de förutsättningar som kan medföra att böternas grundbelopp ändras på grundval av vissa förmildrande eller försvårande omständigheter hänförliga till respektive företag.

100 Sökandens argument ska följaktligen prövas vart för sig beroende på om de är hänförliga till fastställandet av grundbeloppet på grundval av allvaret och den tid som överträdelsen pågått, eller till fastställandet av vissa förmildrande omständigheter.

— Fastställande av böternas grundbelopp: uppdelningen av de berörda företagen för att fastställa ett särskilt utgångsbelopp för böterna och den tid som respektive företag deltagit i överträdelsen

101 Enligt den metod som föreskrivs i riktlinjerna ska kommissionen, vid beräkningen av de bötesbelopp som ska åläggas de berörda företagen, som utgångspunkt ta ett belopp som fastställts med hänsyn till överträdelsens allvar. Vid bedömningen av överträdelsens allvar ska man beakta överträdelsens art, dess konkreta påverkan på marknaden, om den är mätbar, och omfattningen av den relevanta geografiska marknaden (punkt 1 A första stycket). Överträdelserna delas härvid in i tre kategorier, nämligen mindre allvarliga överträdelser, vilka kan beivras med böter på 1 000 till 1 miljon euro, allvarliga överträdelser, vilka kan beivras med böter på 1 miljon till 20 miljoner euro, och mycket allvarliga överträdelser, vilka kan beivras med böter på över 20 miljoner euro (punkt 1 A andra stycket första–tredje strecksatserna). Inom var och en av dessa kategorier gör sanktionsskalan det möjligt att anpassa behandlingen av företagen efter arten av de överträdelser de begått (punkt 1 A tredje stycket). Det är vidare nödvändigt enligt riktlinjerna att beakta de överträdande företagens ekonomiska kapacitet att vålla andra aktörer, särskilt konsumenterna, betydande skada och att fastställa bötesbeloppet till en nivå som säkerställer att böterna är tillräckligt avskräckande (punkt 1 A fjärde stycket).

102 Inom var och en av dessa tre kategorier av överträdelser kan det i vissa fall vara nödvändigt att justera de belopp som fastställs för att ta hänsyn till den särskilda betydelsen, och således den faktiska påverkan på konkurrensen, av varje företags agerande i samband med överträdelsen, särskilt när det är stor skillnad i storleken på de företag som begått en överträdelse av samma slag, och att anpassa utgångspunkten för grundbeloppet med hänsyn till varje företags särskilda egenskaper (punkt 1 A sjätte stycket).

103 Sökanden har i förevarande fall varken ifrågasatt att den aktuella överträdelsen är av mycket allvarlig karaktär, eller de bedömningar på vilka kommissionen grundade sin slutsats att nämnda överträdelse var av mycket allvarlig karaktär. Dessa bedömningar avser överträdelsens art, dess faktiska påverkan på marknaden och den aktuella geografiska marknadens utsträckning (punkterna 374–384 i beslutet). Sökanden har

inte heller ifrågasatt själva principen att dela in medlemmar i en kartell i olika kategorier. Sökanden har däremot gjort gällande att kommissionen har åsidosatt likabehandlingsprincipen och proportionalitetsprincipen genom att dels placera sökanden i samma kategori som andra företag av annan storlek, dels underlåta att beakta att de olika företagen i den aktuella överträdelsen deltog i olika utsträckning såväl vad gäller den tid under vilken de deltagit som den intensitet med vilken detta skett.

104 Förstainstansrätten erinrar i detta avseende om att den metod som består i att dela in medlemmarna i en kartell i kategorier för att göra en differentierad behandling vid fastställandet av utgångspunkten för böterna, vilken för övrigt i principiellt hänseende har godkänts i förstainstansrättens rättspraxis, trots att den inte tar hänsyn till skillnaden i storlek mellan företag inom samma kategori, medför emellertid att utgångspunkten för böterna för företag i samma kategori fastställs till ett schablonbelopp (se dom av den 15 mars 2006 i mål T-26/02, Daiichi Pharmaceutical mot kommissionen, REG 2006, s. II-713, punkt 83 och där angiven rättspraxis).

105 Vid en sådan indelning i kategorier ska förvisso likabehandlingsprincipen iakttas. Enligt denna princip är det inte tillåtet att behandla jämförbara situationer olika eller att behandla olika situationer lika, såvida det inte finns sakliga skäl för en sådan behandling. Det följer vidare av rättspraxis att bötesbeloppet ska stå i proportion till de omständigheter som beaktats vid bedömningen av överträdelsens svårighetsgrad. Vid prövningen av om en sådan indelning av kartellmedlemmarna i olika kategorier överensstämmer med likabehandlingsprincipen och proportionalitetsprincipen, ska förstainstansrätten, då den kontrollerar att kommissionen använt sitt utrymme för skönsmässig bedömning på ett lagenligt sätt, emellertid endast kontrollera att uppdelningen är sammanhängande och sakligt motiverad, utan att helt ersätta kommissionens bedömning med sin egen (domen i det ovan i punkt 73 nämnda målet Daiichi Pharmaceutical mot kommissionen, punkterna 84 och 85).

106 I förevarande fall ansåg kommissionen att ”de berörda företagen i princip [kunde] delas in i tre grupper fastställda på grundval av varje företags relativa storlek som återförsäljare av produkterna åt Nintendo … inom EES mätt på grundval av varje parts andel av den sammanlagda volymen av Nintendos spelkonsoler och spelkassetter köpta för distribution inom EES år 1997, det sista året då överträdelsen pågick”

(punkt 386 i beslutet). Nintendo (vars marknadsandel uppskattas till [*konfidentiellt*] [1] procent) och John Menzies (vars marknadsandel utgör [*konfidentiellt*] procent) placerades i den första respektive den andra gruppen. De andra berörda företagen (med marknadsandelar från [*konfidentiellt*] till [*konfidentiellt*] procent), bland vilka sökanden ingår, placerades i den tredje gruppen.

107 Kommissionens beslut att samla de företag som hade en marknadsandel i återförsäljningen av de aktuella produkterna som var lägre än [*konfidentiellt*] procent kan inte anses som godtyckligt och går inte utöver kommissionens utrymme för skönsmässig bedömning på området.

108 Den omständigheten att utgångsbeloppen för varje kategori inte är absolut proportionella i förhållande till de berörda företagens respektive marknadsandelar kan inte anmärkas på, eftersom denna omständighet endast är resultatet av det system med uppdelning i kategorier och fastställande i schablonbelopp som detta medför. Det ska erinras om att även om ett lika stort grundbelopp således tillämpas på vissa företag på grund av indelningen av desamma i grupper trots att de har olika storlek, finns saklig grund för denna skillnad i behandling genom att överträdelsens art har företräde framför företagens storlek vid fastställandet av överträdelsens allvar (se förstainstansrättens dom av den 19 mars 2003 i mål T-213/00, CMA CGM m.fl. mot kommissionen, REG 2003, s. II-913, punkt 411 och där angiven rättspraxis).

109 Även om det i förevarande fall förvisso relativt sett finns skillnader mellan de marknadsandelar som de företag som har placerats i samma grupp innehar, är dessa skillnader på det stora hela inte av en sådan betydelse att de motiverar att sökanden ska placeras i en annan grupp. Den metod som kommissionen har använt har i synnerhet inte lett till en starkt missvisande bild av de ifrågavarande marknaderna (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 15 mars 2006 i mål T-15/02, BASF mot kommissionen, REG 2006, s. II 497, punkt 159). Den aktuella marknaden, nämligen marknaden för återförsäljning av Nintendoprodukter, dominerades, vid tidpunkten för de faktiska omständigheterna i målet, av Nintendo och dess dotterbolag.

1 — Dolda konfidentiella uppgifter

De oberoende återförsäljarna, med undantag för John Menzies, hade endast en relativt sett mindre framträdande plats i det aktuella återförsäljningssystemet (se punkterna 388–390 i beslutet).

110 Av detta följer att omständigheten att det förekommer relativt sett betydande skillnader mellan marknadsandelarna tillhörande företagen i den sista kategorin, vilket följer av systemet avseende indelande i kategorier och fastställande av schablonbelopp som följer därav, är objektivt motiverad. Kommissionens rätt att dela in företagen i kategorier skulle berövas en stor del av sitt värde om varje skillnad i fråga om marknadsandelar, som är betydande i relativt hänseende men som är mycket liten i procentenheter räknat, utgjorde hinder för att placera olika företag i samma kategori vid fastställandet av böter.

111 I detta sammanhang kan sökanden inte med framgång göra gällande att kommissionen i detta skede inte har beaktat skillnaderna mellan de olika företagens deltagande, eftersom nämnda skillnader endast kan beaktas vid bedömningen av de förmildrande omständigheterna (se punkterna 97–99 ovan).

112 När det slutligen gäller argumentet att kommissionen inte har beaktat att sökanden har deltagit i överträdelsen under mycket kort tid, räcker det att erinra om att i enlighet med den metod som det redogörs för i riktlinjerna, anpassas bötesbeloppet i förhållande till varaktigheten efter det att bötesbeloppet har fastställts i förhållandet till överträdelsens allvar.

113 Kommissionen uppgav för övrigt tydligt, i punkt 404 i beslutet, att den, eftersom sökanden endast hade deltagit något längre tid än två månader, av denna anledning inte skulle höja det preliminära bötesbelopp som fastställts med hänsyn till allvaret. Kommissionen har således beaktat att sökanden deltog i den aktuella överträdelsen under en relativt kort tid.

— Huruvida det förelåg förmildrande omständigheter och huruvida likabehandlingsprincipen har iakttagits i detta avseende

114 I förevarande fall ska det prövas huruvida kommissionen hade rätt att underlåta att beakta vissa omständigheter avseende sökanden, nämligen för det första, omständigheten att sökanden inte hade den kunskap som krävdes för att den skulle inse att dess handlande var olagligt och för det andra, omständigheten att sökanden endast hade en passiv roll i överträdelsen.

115 När det gäller den första åberopade omständigheten kan den, såsom kommissionen för övrigt har framhållit, inte anses som en förmildrande omständighet i den mening som avses i riktlinjerna. Uttalandet i punkt 1 A i riktlinjerna – att ”[i] allmänhet kommer man även att beakta det faktum att stora företag i flertalet fall förfogar över en juridisk och ekonomisk kunskap och infrastruktur som gör det möjligt för dem att bättre bedöma den olagliga karaktären av deras beteenden och de konsekvenser dessa får ur konkurrenssynpunkt” – innebär inte att kommissionen, *e contrario*, är skyldig att beakta vissa företags mindre storlek.

116 När det gäller den andra åberopade omständigheten, nämligen att sökanden påstås ha haft en passiv roll i överträdelsen, ska det erinras om att kommissionen i punkt 431 i beslutet har angett att sökanden självmant har översänt information om parallellhandel till NOE och att sökanden därför ska anses ha deltagit aktivt. Kommissionen har i detta avseende, i punkt 197 i beslutet, hänvisat till fyra skrivelser från sökanden som är daterade den 4 september, den 3 november, den 12 november respektive den 4 december 1997.

117 Skrivelsen av den 4 september 1997, som nämns i punkt 63 ovan, föregår perioden då överträdelsen ägde rum och är av denna anledning inte relevant. I skrivelserna till NOE av den 3 november och den 4 december 1997 framhålls att det förekommer erbjudanden om Nintendoprodukter på den belgiska och den luxemburgska

marknaden. Skrivelsen av den 12 november 1997 visar att sökanden har kontaktat Nintendo France, och endast detta företag, avseende spelkassetter som sökanden misstänkte hade parallellimporterats.

118 När det gäller Concentra framgår de omständigheter som ligger till grund för slutsatsen att detta företag hade en passiv roll av punkterna 212, 213 och 421 i beslutet. Där har det i synnerhet angetts att, även om det inte finns några bevis för att Concentra hindrade eller försökte hindra parallellhandeln, det likväl finns ”bevis för att Concentra rapporterade förekomsten av parallellimport till Portugal till NOE och även bad NOE om hjälp med denna fråga” (se punkterna 212 och 213 i beslutet). Det har inte bestritts att tre av de fyra skrivelser från Concentra till NOE eller Nintendo of America, Inc., som nämndes i punkt 213 i beslutet, hade sänts till följd av att ett frågeformulär hade skickats ut samt att en hade översänts självmant. I den skrivelse som skickats självmant den 21 november 1997, vilken delvis har citerats i punkt 213 i beslutet, har Concentra framhållit följande:

”Tyvärr är vi säkra på att vissa detaljhandlare inte kommer att kunna motstå denna möjlighet att få ytterligare marginaler på N64 [och bad NOE om hjälp eftersom] vi hoppas att Nintendo kan lösa detta problem inom den närmaste tiden.”

119 Av de handlingar som kommissionen har nämnt och av de omständigheter under vilka de har översänts framgår det inte att det föreligger någon nämnvärd skillnad mellan den roll som sökanden har haft i överträdelsen och den roll som Concentra har haft. Den åtskillnad som kommissionen har gjort är ännu mindre motiverad med hänsyn till, för det första, att sökanden har inträtt sent på den marknad som är föremål för överträdelsen (se, för ett liknande resonemang, förtainstansrättens dom av den 9 juli 2003 i mål T-220/00, Cheil Jedang mot kommissionen, REG 2003, s. II-2473, punkt 168, och där angiven rättspraxis) och, för det andra, att Concentra hade ingått ett formellt distributionsavtal i vilket konkurrensen begränsades, medan sökanden inte ingått något sådant avtal.

120 Av vad som anförts ovan följer att kommissionen har åsidosatt likabehandlingsprincipen genom att dra slutsatsen att sökanden inte har haft en uteslutande passiv roll i överträdelsen, samtidigt som den ansåg att denna förmildrande omständighet var för handen avseende Concentra.

121 Det finns således delvis fog för denna grund. Beslutet ska därför förändras på så sätt att sökanden ska beviljas nedsättning av böterna med samma procentsats som den som Concentra beviljades på grund av den förmildrande omständigheten att företaget har haft en passiv roll i den omtvistade överträdelsen, det vill säga en nedsättning på 50 procent. De konkreta följderna av denna ändring preciseras nedan.

Huruvida sökandens rätt till försvar och principen om god förvaltningssed har iakttagits

122 När det gäller påståendet att kommissionen skulle ha uppmanat sökanden att avstå från sin rätt till ett formellt förhör, ska det fastslås att detta inte på något sätt är styrkt. Sökanden har nämnt omständigheten att ”kommissionen meddelade [sökanden] den 3 juli 2000 … att alla andra mottagare hade avstått från sin rätt till ett förhör och att kommissionen ville gå vidare i ärendet så fort som möjligt” och att den genom att agera på detta sätt indirekt skulle ha tryckt på för att få sökanden att avstå från sin rätt till ett formellt förhör.

123 Denna uppgift kan inte anses visa att rätten till försvar och inte heller principen om god förvaltningssed har åsidosatts. Kommissionen har dessutom tydligt angett i följebrevet till meddelandet om invändningar att det ankom på parterna, i enlighet med förordning nr 2842/98, att i sina skriftliga yttranden begära att få utveckla sina synpunkter i ett muntligt förhör.

124 Argumentet att kommissionen har åsidosatt artikel 10 i förordning nr 2842/98, såsom artikeln preciseras i artikel 4 i kommissionens beslut 2001/462, grundar sig på en felaktig förutsättning och kan inte heller leda till bifall för talan. I dessa bestämmelser föreskrivs nämligen att ”[f]örhören skall ledas av kommissionens förhörsombud” (artikel 10 i förordning nr 2842/98) respektive att ”[f]örhörsombudet skall anordna och genomföra de förhör som föreskrivs i tillämpningsföreskrifterna till artiklarna 81 [EG] och 82 [EG]” (artikel 4 i beslut 2001/462). Det framgår ingalunda av dessa bestämmelser att endast förhörsombuden får kontakta de berörda företagen för att diskutera och informera dem om huruvida ett formellt förhör ska hållas. En sådan kontakt ingår i den löpande administrativa verksamheten och inkräktar därför inte på förhörsombudets uppdrag.

125 Omständigheten att sökanden har valt att inte begära ett muntligt förhör kan vidare inte tolkas som ett samarbete som innebär en möjlighet för sökanden att få det bötesbelopp som företaget har ålagts nedsatt. Det krävs nämligen att det är fråga om ett handlande som innebär att ”företaget har samarbetat effektivt i förfarandet”, det vill säga ett handlande som har underlättat för kommissionen att fastslå att det förekom en överträdelse och i förekommande fall att beivra den, för att det ska föreligga ett samarbete som innebär en möjlighet att i förekommande fall få ett bötesbelopp nedsatt enligt punkt 3 i riktlinjerna (domstolens dom av den 16 november 2000 i mål C-297/98P, SCA Holding mot kommissionen, REG 2000, s. I-10101, punkt 36, och av den 10 maj 2007 i mål C-328/05P, SGL Carbon mot kommissionen, REG 2007, s. I-3921, punkt 83). Omständigheten att ett företag avstår från ett formellt förhör, även om det antas att detta gjort det möjligt för kommissionen att inte försena beslutets antagande, kan inte kvalificeras som samarbete i den mening som avses i punkt 3 i riktlinjerna.

126 Sökanden kan inte heller göra gällande att kommissionen har fråntagit företaget en möjlighet att samarbeta genom att inte informera det om undersökningen förrän den 9 juni 1999. Såsom har erinrats om i punkt 125 ovan, är en förutsättning för en eventuell nedsättning av det bötesbelopp som ett företag har ålagts enligt punkt 3 i riktlinjerna att företaget har ”samarbetat effektivt”. I förevarande fall föreligger emellertid inga omständigheter som gör det möjligt att dra slutsatsen att sökanden kunde erbjuda ett sådant samarbete, eftersom den själv gör gällande att den inte kände till de ifrågasatta förfarandena.

127 Ingen av de anmärkningar som är hänförliga till det administrativa förfarandets förlopp kan således leda till bifall för talan.

Huruvida motiveringsskyldigheten har iakttagits

128 När det gäller påståendet att beslutet inte är tillräckligt motiverat vad gäller bedömningen av sökandens särskilda situation, följer det av punkterna 194–197, 313–330, 352, 359, 404, 430 och 431 i beslutet att kommissionen tydligt har hänvisat till omständigheter som avser sökandens situation. En sådan motivering uppfyller kraven i artikel 253 EG, såsom denna har tolkats i den rättspraxis som det erinras om i punkt 73 ovan.

3. *Den grund som åberopats under förhandlingen, avseende den tid som det administrativa förfarandet och domstolsförfarandet har tagit*

129 Det saknas slutligen fog även för den argumentation som sökanden åberopat under förhandlingen, att det bötesbelopp som den har ålagts ska nedsättas på grund av den tid som det administrativa förfarandet och domstolsförfarandet har tagit.

130 I det avseende som denna grund gäller den tid som kommissionens administrativa förfarande har tagit, ska den avvisas i enlighet med artikel 48.2 i förstainstansrättens rättegångsregler, eftersom nämnda grund, vilken inte har åberopats i ansökan genom vilken talan väckts, inte kan anses vara en utvidgning av en grund som tidigare – direkt eller underförstått – har åberopats i ansökan och inte föranleds av rättsliga eller faktiska omständigheter som framkommit först under förfarandet. Under de omständigheter som är för handen i förevarande fall saknas dessutom anledning att ex officio pröva huruvida förfarandet vid kommissionen har tagit orimligt lång tid (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 13 december 1999 i de förenade målen T-189/95, T-39/96 och T-123/96, SGA mot kommissionen, REG 1999, s. II-3587, punkt 46, fastställd genom domstolens beslut av den 13 december 2000, i mål C-39/00 P, SGA mot kommissionen, REG 2000, s. I-11201, punkterna 42–45).

131 Vad gäller argumentet avseende den tid som förfarandet vid förstainstansrätten har tagit, konstaterar förstainstansrätten att denna tid, även om den skulle anses vara orimligt lång, inte är av sådan art att den kan påverka lagenligheten av det beslut som förstainstansrätten ska kontrollera. Denna grund kan således inte leda till bifall för talan.

4. *Fastställande av det slutliga bötesbeloppet*

132 Såsom framgår av punkterna 116–121 ovan ska beslutet ändras i den del som kommissionen i detta fann att det beträffande sökanden inte förelåg en förmildrande omständighet i form av att företaget uteslutande haft en passiv roll i överträdelsen, samtidigt som den fann att denna förmildrande omständighet var för handen avseende Concentra.

133 Kommissionens överväganden i beslutet och den metod för beräkning av bötesbeloppet som tillämpades i förevarande fall kvarstår i övrigt oförändrade.

134 Böternas slutliga belopp ska således beräknas enligt följande: Böternas grundbelopp (1 miljon euro) ska nedsättas med 50 procent med anledning av den förmildrande omständigheten att sökanden hade en uteslutande passiv roll i överträdelsen. Detta innebär ett slutligt bötesbelopp på 500 000 euro.

Rättegångskostnader

135 Enligt artikel 87.3 i rättegångsreglerna kan förstainstansrätten besluta att kostnaderna ska delas eller att vardera parten ska bära sin kostnad om parterna ömsesidigt tappar

målet på en eller flera punkter. Mot bakgrund av omständigheterna i förevarande fall beslutar förstainstansrätten att vardera parten ska bära sin rättegångskostnad.

Mot denna bakgrund beslutar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (åttonde avdelningen)

följande:

1) **Det bötesbelopp som CD-Contact Data GmbH ska betala fastställs till 500 000 euro.**

2) **Talan ogillas i övrigt.**

3) **Vardera parten ska bära sin rättegångskostnad.**

Martins Ribeiro Papasavvas Wahl

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 30 april 2009.

Innehållsförteckning

Bakgrund till tvisten . . . . . II - 1029

1. De aktuella företagen . . . . . II - 1029

2. Det administrativa förfarandet . . . . . II - 1030

Undersökning rörande videospelsbranschen (ärende nr IV/35.587 PO Video Games) . II - 1030

Kompletterande undersökning som specifikt rör Nintendos distributionssystem (ärende nr IV/35.706 PO Nintendo Distribution) . . . . . II - 1030

Undersökning till följd av Omega Electro BV:s klagomål (ärende nr IV/36.321 Omega – Nintendo) . . . . . II - 1031

3. Det omtvistade beslutet . . . . . II - 1033

Förfarandet och parternas yrkanden . . . . . II - 1037

Rättslig bedömning . . . . . II - 1038

1. Den första grunden: Huruvida artikel 81 EG och motiveringsskyldigheten har åsidosatts samt huruvida kommissionen har gjort en uppenbart felaktig bedömning . . . . . II - 1039

Parternas argument . . . . . II - 1039

Förstainstansrättens bedömning . . . . . II - 1042

Huruvida artikel 81.1 EG har åsidosatts . . . . . II - 1042

Huruvida motiveringsskyldigheten har åsidosatts . . . . . II - 1050

2. Den andra grunden: Huruvida principen om god förvaltningssed, likabehandlingsprincipen och proportionalitetsprincipen samt motiveringsskyldigheten har åsidosatts . II - 1051

Parternas argument . . . . . II - 1051

Förstainstansrättens bedömning . . . . . II - 1055

Huruvida likabehandlingsprincipen och proportionalitetsprincipen har iakttagits vid fastställandet av det bötesbelopp som sökanden har ålagts . . . . . II - 1056

— Fastställande av böternas grundbelopp: uppdelningen av de berörda företagen för att fastställa ett särskilt utgångsbelopp för böterna och den tid som respektive företag deltagit i överträdelsen . . . . . II - 1058

— Huruvida det förelåg förmildrande omständigheter och huruvida likabehandlingsprincipen har iakttagits i detta avseende . . . . . II - 1062

Huruvida sökandens rätt till försvar och principen om god förvaltningssed har iakttagits . . . . . II - 1064

Huruvida motiveringsskyldigheten har iakttagits . . . . . II - 1066

3. Den grund som åberopats under förhandlingen, avseende den tid som det administrativa förfarandet och domstolsförfarandet har tagit . . . . . II - 1066

4. Fastställande av det slutliga bötesbeloppet . . . . . II - 1067

Rättegångskostnader . . . . . II - 1067