РЕШЕНИЕ НА ПЪРВОИНСТАНЦИОННИЯ СЪД (осми състав)

30 април 2009 година *

По дело T-18/03

CD-Contact Data GmbH, установено в Burglengenfeld (Германия), за което се явяват адв. J. de Pree и адв. R. Wesseling, avocats,

жалбоподател,

срещу

Комисия на Европейските общности, представлявана от г-н P. Oliver, г-н X. Lewis и г-жа O. Beynet, в качеството на представители,

ответник,

с предмет искане за отмяна на Решение 2003/675/ЕО на Комисията от 30 октомври 2002 година относно процедура за прилагане на член 81 [ЕО] и на член 53 от Споразумението за ЕИП (COMP/35.587 PO Video Games, COMP/

* Език на производството: английски.

35.706 PO Nintendo Distribution и COMP/36.321 Omega — Nintendo) (OB L 255, 2003 г, стр. 33),

ПЪРВОИНСТАНЦИОННИЯТ СЪД
НА ЕВРОПЕЙСКИТЕ ОБЩНОСТИ (осми състав),

състоящ се от: г-жа M. E. Martins Ribeiro, председател, г-н S. Papasavvas и г-н N. Wahl (докладчик), съдии,

секретар: г-жа C. Kantza, администратор,

предвид изложеното в писмената фаза на производството и в съдебното заседание от 21 май 2008 г.,

постанови настоящото

Решение

Обстоятелства, предхождащи спора

1. *Съответните предприятия*

1 Nintendo Co., Ltd (наричано по-нататък „NCL“ или „Nintendo“), дружество, котирано на борсата, със седалище в Киото (Япония), е водещото дружество в групата дружества Nintendo, специализирани в производството и дистрибуцията на конзоли за видео игри и на касети за видео игри, предназначени за използване с тези конзоли.

2 В някои територии от Европейското икономическо пространство (ЕИП) Nintendo осъществява дейностите си чрез дъщерни дружества, в които притежава 100 % участие, като главното дъщерно дружество е Nintendo of Europe GmbH (наричано по-нататък „NOE“ или „Nintendo“). Към момента на настъпване на фактите NOE координира определени търговски дейности на Nintendo в Европа и е негов изключителен дистрибутор в Германия.

3 В други територии на продажба Nintendo е определило независими изключителни дистрибутори. Така през август 1995 г. The Games Ltd — търговско подразделение на John Menzies Distribution Ltd и дъщерно дружество, в което John Menzies plc има 100 % участие, става изключителен дистрибутор на Nintendo в Обединеното кралство и Ирландия, където остава поне до 31 декември 1997 г.

4 Жалбоподателят — CD-Contact Data GmbH, от своя страна бил изключителният дистрибутор на Nintendo за Белгия и Люксембург от април поне до 31 декември 1997 г.

2. *Административно производство*

Разследване относно сектора на видео игрите (преписка IV/35.587 PO Video Games)

5 През март 1995 г. Комисията започва разследване относно сектора на видео игрите (преписка IV/35.587 PO Video Games). В рамките на това разследване на 26 юни и на 19 септември 1995 г. Комисията изпраща искания за информация на Nintendo на основание член 11 от Регламент № 17 на Съвета от 6 февруари 1962 година, Първи регламент за прилагане на членове [81 ЕО] и [82 ЕО] (ОВ 13, 1962 г., стр. 204; Специално издание на български език, 2007 г., глава 8, том 1, стр. 3), за да получи информация по-специално относно неговите дистрибутори и дъщерни дружества относно официално сключените с тези предприятия споразумения за дистрибуция и относно неговите общи условия за продажба. NOE отговаря на тези искания с писма от 31 юли и от 26 септември 1995 г.

Допълнително разследване специално относно дистрибуторската система на Nintendo (преписка IV/35.706 PO Nintendo Distribution)

6 Вследствие на предварителните си изводи през септември 1995 г. Комисията започва допълнително разследване специално относно дистрибуторската система на Nintendo (преписка IV/35.706 PO Nintendo Distribution).

7 В рамките на това разследване на 9 октомври 1995 г. Комисията изпраща на Nintendo искане за информация. Провеждат се няколко срещи относно дистрибуторската политика на Nintendo между представителите на същото и Комисията. Впрочем Nintendo предоставя различни версии на споразуменията, които е сключило с някои от неговите дистрибутори.

Разследване, последвало жалбата, подадена от Omega Electro BV (преписка IV/36.321 Omega — Nintendo)

8 На 26 ноември 1996 г. Omega Electro — дружество, което извършва дейност в сектора на вноса и продажбата на електронни игри, подава жалба на основание член 3, параграф 2, буква б) от Регламент № 17, която се отнася главно до дистрибуцията на касети и на конзоли за игри Nintendo, по-специално с мотива, че Nintendo възпрепятствало паралелната търговия и е използвало система на наложени препродажни цени в Нидерландия. В резултат на тази жалба Комисията разширява разследването си (преписка IV/36.321 Omega — Nintendo). На 7 март 1997 г. тя изпраща искане за информация на Nintendo и на John Menzies. В отговора си от 16 май 1997 г. Nintendo признава, че някои от неговите споразумения за дистрибуция и общи условия съдържали ограничения на паралелната търговия в ЕИП. През октомври 1997 г. Комисията изпраща на John Menzies ново искане за информация, на което същото отговаря на 1 декември 1997 г., като предоставя някои данни относно спорния картел.

9 С писмо от 23 декември 1997 г. Nintendo посочва на Комисията, че си дава сметка за „сериозен проблем, свързан с паралелната търговия в Общността“ и изразява своето желание за сътрудничество с Комисията.

10 На 13 януари 1998 г. John Menzies предоставя още данни. На 21 януари, 1 април и 15 май 1998 г. Nintendo изпраща на Комисията стотици документи. На 15 декември 1998 г. се провежда среща между Комисията и представители на Nintendo, по време на която се поставя въпросът за евентуално отпускане на компенсации на третите лица, претърпели вреди от спорния картел.

11 Впрочем след признанието си Nintendo взима мерки, за да гарантира в бъдеще спазването на общностното право и предлага финансови компенсации на третите лица, които са претърпели финансови вреди поради неговите действия.

12 С писмо от 9 юни 1999 г. Комисията иска от жалбоподателя да ѝ посочи дали приложените по преписките на Комисията документи, които се отнасят до него, съдържат поверителни данни. В това писмо е указано също, че Комисията възнамерява да започне официална процедура срещу някои дружества, сред които фигурира жалбоподателят.

13 На 26 април 2000 г. Комисията изпраща на Nintendo и на другите разследвани предприятия, сред които фигурира жалбоподателят, изложение на възраженията за нарушение на член 81, параграф 1 ЕО и на член 53, параграф 1 от Споразумението за ЕИП (наричано по-нататък „Споразумението за ЕИП“). Nintendo и другите разследвани предприятия изпращат писмени становища в отговор на приетите от Комисията нарушения, в които Nintendo и някои от тези предприятия искат прилагане на Известието на Комисията от 18 юли 1996 г. относно освобождаването от глоби или намаляването на техния размер по преписки във връзка с картели (ОВ C 207, стр. 4, наричано по-нататък „Известие относно сътрудничеството“). Нито една от страните не е поискала провеждането на официално изслушване. Nintendo не оспорва истинността на посочените в изложението на възраженията факти.

14 Що се отнася по-специално до жалбоподателя, отговорът на изложението на възраженията е изпратен на Комисията на 13 юли 2000 г. На 16 октомври 2000 г. се провежда неформална среща между жалбоподателя и службите на Комисията. След тази среща на 6 ноември 2000 г. жалбоподателят представя допълнителен отговор на изложението на възраженията.

3. *Спорното решение*

15 На 30 октомври 2002 г. Комисията приема Решение 2003/675/ЕО относно процедура за прилагане на член 81 [ЕО] и на член 53 от Споразумението за ЕИП (COMP/35.587 PO Video Games, COMP/35.706 PO Nintendo Distribution и COMP/36.321 Omega — Nintendo) (ОВ L 255, 2003 г., стр. 33, наричано по-нататък „Решението“). Решението е нотифицирано на жалбоподателя на 8 ноември 2002 г.

16 Решението съдържа по-специално следните разпоредби:

„Член 1

Посочените предприятия са нарушили член 81, параграф 1 [ЕО] и член 53, параграф 1 от Споразумението за ЕИП, като през посочените периоди са участвали в съвкупност от споразумения и съгласувани практики на пазарите за игрови конзоли и касети, съвместими с игровите конзоли, произвеждани от Nintendo, които имат за цел и резултат ограничаване на паралелния износ на игрови конзоли и касети Nintendo:

[…]

— [жалбоподателят] — от 28 октомври 1997 г. до края на декември 1997 г.

[…]

Член 3

За санкциониране на нарушението, извършено от посочените в член 1 предприятия, се налагат следните глоби:

[…]

— [жалбоподателят] — глоба от 1 милион евро.

[…]“ [неофициален превод]

17 Що се отнася до събитията в Белгия и Люксембург, Комисията отбелязва в частност, че „[з]а [жалбоподателя] е било ясно, че е трябвало да следи неговите клиенти да не предприемат паралелен износ“. [неофициален превод] Това било видно от факс, изпратен от жалбоподателя до NOE на 28 октомври 1997 г., с който той уверявал, че не иска никакъв износ (вж. съображения 195 и 196 от Решението). Според Комисията това писмо, написано в отговор на писмо от NOE, с което последното го питало дали един от неговите клиенти можел да продава стоки Nintendo на клиенти на Nintendo France SARL, показвало, че жалбоподателят и Nintendo „били постигнали „съгласувана воля“ относно факта, че не трябвало да има износ […], и че [жалбоподателят] следял доставките на клиентите […], които могли да бъдат подозирани, че изнасят“ (вж. съображение 317 от Решението). [неофициален превод]

18 Комисията отбелязва и факта, че от септември до декември 1997 г. жалбоподателят е водил кореспонденция с NOE относно паралелния внос на негова територия с надеждата, че този „проблем“ ще бъде решен (вж. съображение 197 от Решението).

19 За изчисляването на размера на глобите в Решението Комисията прилага методологията, изложена в Насоките относно метода за определяне размера на глобите, налагани съгласно член 15, параграф 2 от Регламент № 17 и член 65, параграф 5 [ЕОВС] (ОВ C 9, 1998 г., стр. 3, Специално издание на български език, 2007 г., глава 8, том 3, стр. 69, наричани по-нататък „Насоките“). Тя решава обаче да не взема предвид Известието относно сътрудничеството поради вертикалния характер на нарушението.

20 На първо място, Комисията определя основната сума на глобите в съответствие с тежестта и продължителността на нарушението.

21 В този контекст Комисията, първо, счита, че разследваните предприятия са извършили много сериозно нарушение предвид неговия характер, неговите действителни последици за пазара и предвид размера на съответния географски пазар.

22 На следващо място, Комисията смята, че тъй като разглежданото единствено и продължавано нарушение засяга няколко предприятия, различаващи се изключително много по размер, третирането на разследваните предприятия трябва да бъде диференцирано, за да бъде взета предвид специфичната тежест на всяко от тях и следователно действителните последици от тяхното неправомерно поведение за конкуренцията. За тази цел разследваните предприятия са разпределени в три групи в зависимост от относителното значение на всяко от тях по отношение на Nintendo като дистрибутор на съответните стоки в ЕИП. Сравнението е извършено с оглед на частта на всяко предприятие от общия обем на игровите конзоли и касети Nintendo, закупени за дистрибуция в ЕИП през 1997 г. — последната година, през която е било извършвано нарушението. На тази основа в първата група попада само Nintendo, докато във втората група попада само John Menzies. За тези предприятия Комисията определя предварителен начален размер на основание на тежестта от 23 милиона евро за Nintendo и от 8 милиона евро за John Menzies. Що се отнася до другите разследвани предприятия, възприет е предварителен начален размер от 1 милион евро.

23 Впрочем, за да гарантира достатъчен възпиращ ефект на глобата, от една страна, и за да вземе предвид големината и общите ресурси на Nintendo, на John Menzies

и на Itochu Corp., от друга страна, Комисията увеличава тези начални размери. Що се отнася в частност до Nintendo, Комисията счита, че освен неговия размер, значително по-малък от този на Itochu, следва да се вземе предвид фактът, че Nintendo е производителят на стоките, предмет на нарушението. Предвид тези обстоятелства Комисията прилага мултипликационен коефициент 3 за размерите, определени за Nintendo и за Itochu, и 1,25 за John Menzies, така че началните размери са определени на 69 милиона евро в случая на Nintendo, на 10 милиона евро в този на John Menzies и на 3 милиона евро за Itochu.

24 Що се отнася до продължителността на нарушението, извършено от всяко предприятие, началният размер е увеличен с 10 % годишно. Тъй като жалбоподателят е участвал в нарушението само в продължение на малко повече от два месеца, Комисията счита, че началният размер на наложената му глоба не трябва да бъде увеличаван.

25 В резултат от това Комисията определя основната сума на наложената на жалбоподателя глоба на 1 милион евро.

26 На второ място, на основание на отегчаващи вината обстоятелства, основната сума на наложената на Nintendo глоба е увеличена, от една страна, с 50 % с мотива, че това предприятие е било водач и подбудител на нарушението, и от друга страна, с 25 %, защото то продължило нарушението след първите проучвателни действия, проведени в рамките на разследването на Комисията през юни 1995 г. По отношение на основната сума на глобата, наложена на John Menzies, е приложено увеличение от 20 %, което, първо, съответства на увеличение от 10 %, за да се вземе предвид фактът, че то е продължило нарушението след началото на разследването на Комисията, и второ, на увеличение от 10 % поради неговия отказ да сътрудничи на Комисията.

27 На трето място, в рамките на разглеждането на смекчаващите обстоятелства, Комисията най-напред приема, че е обосновано да се намали глобата, наложена на едно от разглежданите предприятия, а именно Concentra — Produtos para crianças, SA (наричано по-нататък „Concentra“), изключителен дистрибутор на Nintendo за Португалия, поради неговата изключително пасивна роля през по-голямата част от разглеждания период. След това Комисията прави за Nintendo

намаление от 300 000 EUR, за да вземе предвид финансовите компенсации, предложени от това предприятие на третите лица, претърпели вреди от спорния картел, които са били посочени в изложението на възраженията. Накрая, са направени намаления от 40 % и от 25 % съответно за John Menzies и за Nintendo предвид тяхното ефективно сътрудничество с Комисията. На другите разглеждани предприятия обаче не е признато никакво смекчаващо обстоятелство.

Производство и искания на страните

28 На 17 януари 2003 г. жалбоподателят подава настоящата жалба в секретариата на Първоинстанционния съд.

29 По доклад на съдията докладчик Първоинстанционният съд (осми състав) решава да започне устната фаза на производството.

30 Устните състезания и отговорите на страните на поставените от Първоинстанционния съд въпроси са изслушани в съдебното заседание, проведено на 21 май 2008 г.

31 По искане на Първоинстанционния съд в това заседание Комисията представя някои документи, относно които жалбоподателят е поканен да представи становището си. С писмо, подадено в секретариата на Първоинстанционния съд на 26 май 2008 г., жалбоподателят посочва, че няма да представя становище по посочените документи. След подаването на това писмо Първоинстанционният съд решава, че устната фаза на производството следва да приключи.

32 Жалбоподателят моли Първоинстанционния съд:

— да отмени изцяло или частично Решението, доколкото е адресирано до него, в частност членове 1 и 3,

— да осъди Комисията да заплати съдебните разноски.

33 Комисията моли Първоинстанционния съд:

— да отхвърли жалбата,

— да осъди жалбоподателя да заплати съдебните разноски.

От правна страна

34 В подкрепа на жалбата си жалбоподателят сочи две правни основания. Първото е изведено от нарушение на член 81 ЕО, на задължението за мотивиране и от явна грешка в преценката. Второто правно основание е изведено от нарушение на принципите на добра администрация, на равно третиране и на пропорционалност, както и от нарушение на задължението за мотивиране.

35 В съдебното заседание жалбоподателят също изтъква, че предвид продължителността както на административното, така и на съдебното производство, размерът на наложената му глоба трябвало най-малкото да бъде намален.

1. *По първото правно основание, изведено от нарушение на член 81 ЕО, на задължението за мотивиране, както и от явна грешка в преценката*

Доводи на страните

36 Жалбоподателят поддържа, че въз основа на документите, цитирани от нея в Решението, Комисията не можела да стигне до извода за съществуването на споразумение или на съгласувани практики между него и Nintendo. Следователно Комисията не само приложила неправилно член 81 ЕО, но също нарушила задължението за мотивиране, което има по силата на член 253 ЕО.

37 На първо място, той изтъква, че споразумението за дистрибуция, което е сключил с Nintendo през април 1997 г. позволявало съгласно член 4.6 от него „пасивен износ“ и не съдържало никаква клауза, ограничаваща търговията в нарушение на член 81 ЕО.

38 На следващо място, жалбоподателят припомня, че той никога не е сключвал или участвал в споразумение, целящо да засегне паралелната търговия. В това отношение той поддържа, че е изнасял пасивно и в големи количества стоките на Nintendo и че при пълно познаване на фактите снабдявал клиенти, които или препродавали посочените стоки на клиенти, установени извън Белгия и Люксембург, или самите те били установени извън тези територии. Преписката на Комисията не съдържала никакво доказателство, което да сочи, че на клиентите на жалбоподателя е била отказана доставка с мотива, че те се намирали извън посочените територии или че доставените стоки впоследствие бивали изнасяни.

39 Жалбоподателят изтъква, че съществувала ясна разлика между фактите, които се отнасят до него и тези, отнасящи се до другите дистрибутори — адресати на Решението. Всъщност обхватът на констатациите на Комисията относно неговото поведение бил много ограничен. Заключението на Комисията, съгласно което достатъчно доказателства позволявали да се направи изводът, че жалбоподателят е участвал в споразумение или в съгласувана практика с Nintendo с цел ограничаване на паралелния износ, изглежда се основавало в по-голяма степен на констатациите, свързани с политиката на Nintendo в областта на дистрибуцията в началото на 90-те години, отколкото на конкретна и обективна преценка на документите относно жалбоподателя.

40 Жалбоподателят поддържа в частност, че Комисията пропуснала да вземе предвид факта, че той става дистрибутор на разглежданите стоки едва през април 1997 г., т.е. през периода, в който Nintendo преразглежда своята обща политика в областта на дистрибуцията и се опитва да се съобрази с общностните норми в областта на конкуренцията. В такъв контекст Комисията не е можела да се задоволи с това да се основе на убеждението, че новоопределените дистрибутори просто са били включени във въведения преди това план за дистрибуция.

41 В конкретния случай не съществувало никакво доказателство, свидетелстващо за съществуването на съгласувана воля между жалбоподателя и Nintendo или на мълчаливо или изрично съгласие на жалбоподателя с едностранната политика на Nintendo. Комисията нарушила установените от съдебната практика изисквания относно степента на доказаност на дадено споразумение. Жалбоподателят поддържа, както е изтъкнал в отговора на изложението на възраженията, че факторите, водещи до извода за съществуването на хоризонтално споразумение във всеки случай не могат да се смятат достатъчни, за да се докаже съществуването на вертикално споразумение. Жалбоподателят по-специално счита, че ако договорите между доставчици и дистрибутори са логични и приемливи от гледна точка на правото на конкуренцията, това не се отнася и за поддържаните хоризонтални отношения между конкуренти.

42 Що се отнася, първо, до доказателствата за съществуването на пречка за паралелния износ от Белгия и Люксембург, Комисията се била основала само на един документ, а именно факс, изпратен до NOE от жалбоподателя на 28 октомври 1997 г. Впрочем според жалбоподателя Комисията прави частичен и спорен прочит на този документ. С този факс жалбоподателят искал само да информира Nintendo, че продажбите за френския пазар, по повод на които Nintendo направило оплакване, не можели фактически да се разглеждат като

„активни продажби“ с посредничеството на търговец на едро, установен в Белгия. Посоченият факс се отнасял единствено до „едностранното“ решение на жалбоподателя да разпредели дистрибуцията на стоките предвид ограничените количества, с които разполагал. Нямало обаче никакво позоваване на някакво споразумение или на задължение на жалбоподателя да ограничи износа. В писмената си реплика жалбоподателят поддържа, че опасявайки се, че Nintendo може да ограничи снабдяването му или да прекрати споразумението му за изключителна дистрибуция, той може да е създал у него впечатление, че не изнасял неговите стоки за други територии.

43 Второ, относно доказателствата за забрана на паралелния внос за Белгия и Люксембург жалбоподателят изтъква, че Комисията се основала също на изкривен и непълен прочит на разглежданите документи, а именно на поредица от писма, изпратени от него до Nintendo. С тези писма жалбоподателят само искал да се увери, че цената, която заплащал на Nintendo за съответните стоки, не била прекалено висока.

44 Трето, що се отнася до доказателството за съществуването на съгласувана практика, жалбоподателят счита, че документите, представени по време на административното производство, ясно показвали, че той не е участвал в съгласувана практика, която има за цел да попречи на паралелния износ на стоките Nintendo. В частност никой от тези документи не сочел, че жалбоподателят е ограничил своите продажби на клиенти, намиращи се извън Белгия или Люксембург, освен в случай на изчерпване на запасите. Дори напротив тези документи сочели, че той бил активен паралелен износител на стоките Nintendo, и че участвал в тяхната паралелна търговия.

45 Комисията оспорва всички тези доводи.

Съображения на Първоинстанционния съд

По съществуването на нарушение на член 81, параграф 1 ЕО

46 Според постоянната съдебна практика, за да има споразумение по смисъла на член 81, параграф 1 ЕО, е необходимо и е достатъчно съответните предприятия да са изразили своята обща воля да възприемат определено пазарно поведение (Решение на Първоинстанционния съд от 17 декември 1991 г. по дело Hercules Chemicals/Комисия, T-7/89, Recueil, стр. II-1711, точка 256 и Решение на Първоинстанционния съд от 26 октомври 2000 г. по дело Bayer/Комисия, T-41/96, Recueil, стр. II-3383, точка 67; вж. също в този смисъл Решение на Съда от 15 юли 1970 г. по дело ACF Chemiefarma/Комисия, 41/69, Recueil, стр. 661, точка 112 и Решение на Съда от 29 октомври 1980 г. по дело van Landewyck и др./Комисия, 209/78—215/78 и 218/78, Recueil, стр. 3125, точка 86).

47 Що се отнася до изразната форма на посочената обща воля, достатъчно е една клауза да изразява волята на страните да възприемат съответстващо на нейния смисъл пазарно поведение (Решение по дело Bayer/Комисия, точка 46 по-горе, точка 68; вж. също в този смисъл Решение по дело ACF Chemiefarma/Комисия, точка 46 по-горе, точка 112 и Решение по дело van Landewyck и др./Комисия, точка 46 по-горе, точка 86).

48 Понятието за споразумение по смисъла на член 81, параграф 1 ЕО, както е било тълкувано от съдебната практика, предполага наличието на съгласуване на волята на поне две страни. Формата на това съгласуване на волята е без значение, стига да изразява точно тази воля. Това съгласуване на волята може да произтича както от клаузите на договор, например договор за дистрибуция, така и от поведението на всяко от съответните предприятия (вж. в този смисъл Решение на Съда от 13 юли 2006 г., Комисия/Volkswagen, C-74/04 P, Recueil, стр. I-6585, точка 39).

49 Що се отнася до събирането на доказателства за нарушение на член 81, параграф 1 ЕО, е необходимо да се припомни, че Комисията трябва да докаже установените от нея нарушения и да посочи доказателствата, които са в състояние да докажат достатъчно убедително от правна страна съществуването на фактите, които

съставляват нарушение (Решение на Съда от 17 декември 1998 г. по дело Baustahlgewebe/Комисия, C-185/95 P, Recueil, стр. I-8417, точка 58 и Решение на Съда от 8 юли 1999 г. по дело Комисия/Anic Partecipazioni, C-49/92 P, Recueil, стр. I-4125, точка 86). В това отношение е необходимо Комисията да представи точни и съвпадащи доказателства, за да докаже съществуването на нарушението (вж. в този смисъл Решение на Първоинстанционния съд от 6 юли 2000 г. по дело Volkswagen/Комисия, T-62/98, Recueil, стр. II-2707, точка 43 и цитираната съдебна практика).

50 Накрая, що се отнася до обхвата на съдебния контрол, следва да се припомни, че когато е сезиран с жалба за отмяна на решение за прилагане на член 81, параграф 1 ЕО, Първоинстанционният съд трябва като общо правило да упражни пълен контрол по въпроса дали условията за прилагане на член 81, параграф 1 ЕО са изпълнени или не (Решение на Първоинстанционния съд от 15 септември 2005 г. по дело DaimlerChrysler/Комисия, T-325/01, Recueil, стр. II-3319, точка 81, вж. също в този смисъл Решение на Съда от 11 юли 1985 г. по дело Remia и др./Комисия, 42/84, Recueil, стр. 2545, точка 34 и Решение на Съда от 17 ноември 1987 г. по дело BAT и Reynolds/Комисия, 142/84 и 156/84, Recueil, стр. 4487, точка 62).

51 Преди да се пристъпи към разглеждане на фактическите елементи, приети от Комисията в конкретния случай, следва да се уточни, че обратно на твърдяното от нея, не може да се използва като довод това, че Nintendo — другата страна по споразумението, изрично декларирало в отговора си на изложението на възраженията, че приема начина, по който Комисията е представила фактите в посоченото изложение и по този начин напълно признало съществуването на споразумение и на съгласувани практики с жалбоподателя. Всъщност евентуалното признаване на определени факти от Nintendo — другата страна по споразумението за дистрибуция, в никакъв случай не може да постави под въпрос правото на жалбоподателя да оспори посочените факти пред Първоинстанционния съд. Това съображение в случая важи още повече, тъй като жалбоподателят в своя отговор на изложението на възраженията оспорва именно, че е извършил някакво нарушение на член 81, параграф 1 ЕО.

52 Впрочем следва да се отбележи, обратно на това, което жалбоподателят изглежда сочи в своите писмени становища, че Комисията, за да заключи, че съществува споразумение, което противоречи на член 81, параграф 1 ЕО, не се позовава на условията на споразумението за дистрибуция, сключено между Nintendo и жалбоподателя, взето само по себе си. В това отношение Комисията отбелязва

в съображение 196 от Решението, че „[т]екстът на споразумението за дистрибуция, сключено между [жалбоподателя] и Nintendo, позволявал на първия да изнася пасивно“. [неофициален превод] Всъщност за разлика от това, което е прието за някои от посочените в Решението дистрибутори, споразумението за дистрибуция, сключено между жалбоподателя и Nintendo близо две години след началото на разследването на Комисията във връзка с разглежданата дистрибуторска система, само по себе си не съдържало никаква забранена от член 81, параграф 1 ЕО клауза.

53 Необходимо е също да се уточни, че обратно на това, което следва от доводите, изтъкнати от жалбоподателя, Комисията изобщо не се е позовала, що се отнася до жалбоподателя, на съществуването на съгласувана практика между него и Nintendo, а само на сключването на „споразумение“ (вж. съображение 196 от Решението), противоречащо на член 81, параграф 1 ЕО. Следователно доводите на жалбоподателя относно липсата на съгласувана практика са неотносими.

54 При липсата на пряко писмено доказателство за сключването на писмено споразумение между Nintendo и жалбоподателя относно ограничаването или намаляването на пасивния износ Комисията преценява, че участието на последния в споразумение, противоречащо на член 81, параграф 1 ЕО, е доказано от поведението на същия, описано в неговата кореспонденция.

55 При тези обстоятелства следва да се разгледа дали с оглед на съдържанието на тази размяна на писма Комисията е доказала достатъчно убедително от правна страна съществуването на съгласувана воля между жалбоподателя и Nintendo за ограничаване на паралелната търговия.

56 В това отношение е важно да се припомни, че Комисията се позовава в Решението на съвкупност от писмени доказателства, и по-специално на факс, изпратен от жалбоподателя на NOE на 28 октомври 1997 г. Страните не спорят, че този факс е отговор на оплакване от 24 октомври 1997 г., изпратено от Nintendo France до NOE, именно във връзка с износа на стоки от Белгия — територия, на която жалбоподателят е бил оторизираният дистрибутор на Nintendo.

57 Това оплакване в частност посочва следното:

„Макар този вид паралелен внос да е неизбежен, смятаме, че NOE разполага с различни средства да помогне на [Nintendo France] да ограничи тези проблеми. Най-ефективните са следните:

1. […]

2. да преговаря с дистрибуторите, за да се избегне този внос.

Някои (знаем, че това е така в Белгия и в Италия) ги организират почти неофициално с някои търговци на едро и дори с някои търговци на дребно. Какво би станало, ако правим същото, като изнасяме много търсен артикул с намаление за техните клиенти?“

58 Във факса от 28 октомври 1997 г., изпратен на NOE вследствие на това оплакване, жалбоподателят обяснява, че не е бил в състояние да достави определени

количества от стоката на BEM —търговец на едро, установен в Белгия, потенциално извършващ паралелна търговия. Този факс, отчасти възпроизведен в съображение 195, има следното съдържание:

„Проверих вашата информация и не открих никакво съответствие с нашата информация.

1) [BEM] до настоящия момент е получил в различни доставки 960 екземпляра от Lylat Wars. Това е достатъчно точно за снабдяване на неговите около 100 клиенти, намиращи се във франкофонската част на Белгия.

2) Тъй като при започване на дейността на Contact Data Belgium, [BEM] достави конзоли във Франция, ние сме много предпазливи с този клиент и никога няма да му доставяме големи количества.

3) Получихме само 7 000 екземпляра от Lylat Wars и ни е невъзможно да доставим 5 000 екземпляра от софтуера само на един клиент.

[…]

Както обсъдихме с вас миналата седмица, много сме предпазливи с нашите доставки, защото не искаме никакъв износ, тъй като имаме нужда от тези стоки за нашия белгийски пазар.“

59 Обратно на изтъкнатото от Комисията, от текста на този факс не следва ясно, че жалбоподателят е бил запознат с това, че от него се е очаквало да не допуска паралелен износ, и че е искал да се защити срещу твърденията на Nintendo France относно такъв паралелен износ с произход от Белгия. В частност не може с необходимата сигурност да се направи извод, че „предпазливостта“, която жалбоподателят заявява по отношение на клиентите, извършващи износ, по принцип свидетелства за това, че той е одобрил спорната политика на ограничаване на паралелната търговия. Не може също a priori да се отхвърли тълкуването, отстоявано от жалбоподателя, според което посочването на ограничените количества стоки, с които е разполагал, трябва да се разглежда като информация, отнасяща се до неговата фактическа невъзможност да извършва активна продажба с посредничеството на търговец на едро, установен в Белгия.

60 Както бе напомнено в точка 58 по-горе обаче, факсът от 28 октомври 1997 г. е пряка последица от изпращането на писмото от 24 октомври 1997 г., с което Nintendo France се е оплакало от паралелния износ от Белгия, която тогава представлявала територията, на която жалбоподателят е бил изключителен дистрибутор на съответните стоки, и е помолило NOE да предприеме необходимите мерки за решаване на „проблемите“, които му създавал този износ. Така след оплакването относно паралелния износ от Белгия жалбоподателят е счел за необходимо да даде обяснения относно количествата, с които е разполагал, и условията, при които е изнасял съответните стоки.

61 Що се отнася до документите във връзка с паралелния внос в Белгия и Люксембург, Комисията се позовава на факта, че е била създадена система за практическо сътрудничество и обмен на информация относно паралелната търговия между Nintendo и някои от неговите оторизирани дистрибутори, сред които фигурирал жалбоподателят. Що се отнася до последния, неговото участие в системата за обмен на информация било видно от няколко писма, цитирани в съображение 197 от Решението.

62 Текстът на тези различни писма позволява като продължение на гореизложените съображения да се направи извод, че те са имали за цел да съобщят за паралелния внос на стоки Nintendo в Белгия и че са се вписвали в създадената от Nintendo система за обмен на информация.

63 В писмото от 4 септември 1997 г., изпратено до NOE преди разглеждания период, жалбоподателят по-специално заявява следното:

„Нашите клиенти анулират поръчките си за конзоли N64, защото изглежда могат да ги придобият на по-ниска цена във Франция […] Това безспорно трябва да бъде нашият основен приоритет по време на нашето обсъждане в Монако. Без никакво съмнение се изисква незабавно действие в тази област.“

64 В писмото от жалбоподателя до NOE от 3 ноември 1997 г., което също е посочено от Комисията в съображение 197 от Решението, по-специално се споменава:

„Следната оферта се намира понастоящем на белгийския пазар: 1 420 екземпляра от N64 HW […] с немски наръчник.“

65 Във факса, изпратен на 12 ноември 1997 г. до Nintendo France, което нямало никакви права при определянето на продажните цени на стоките, жалбоподателят отбелязва следното:

„Тъкмо получихме брошура на Toys'R'Us, която предлага SNES Donkey Kong Country 3 в Белгия на цена на дребно от 1 495 [белгийски франка] (около 249 [френски франка]), докато тя се предлага за 372 [френски франка] [без данък] в последната ви ценова листа. Това паралелен внос ли е или специална промоция на този артикул?“

66 Що се отнася до документа от 4 декември 1997 г., изпратен от NOE на жалбоподателя, той представлява искане за информация относно паралелно внасяните стоки.

67 Обстоятелството, че жалбоподателят на практика участва в паралелната търговия, като изнася стоки за клиенти, намиращи се извън Белгия и Люксембург, не е от естество да постави под въпрос извода, изложен в точка 62 по-горе. Всъщност фактът, че предприятие, чието участие в незаконосъобразно по силата на член 81, параграф 1 ЕО споразумение е доказано, не се държи на пазара по начин, съответстващ на договорения с неговите конкуренти, не представлява непременно елемент, който трябва да се вземе предвид. Всъщност предприятие, което въпреки споразумението с неговите конкуренти води политика, различаваща се от договорената, може просто да се опитва да използва картела в своя полза (вж. в този смисъл Решение на Първоинстанционния съд от 29 ноември 2005 г. по дело Union Pigments/Комисия, T-62/02, Recueil, стр. II-5057, точка 130).

68 Накрая, що се отнася до доказателствата за забраната на паралелния внос към Белгия и Люксембург, жалбоподателят не може да твърди, че цитираните от Комисията писма (вж. точки 63—66 по-горе), са били неправилно тълкувани, като е прието, че чрез тях той е имал намерение просто да се увери, че цената, която плащал на Nintendo за съответните стоки, не била много висока. Всъщност от прочита на всички тези писма е видно, в частност от факса от 12 ноември 1997 г. (вж. точка 65 по-горе), че те засягат въпроса за цената на съответните стоки в повече или по-малко пряка връзка със съществуването на паралелен внос.

69 От всички тези съображения следва, че Комисията не е допуснала грешка, като е направила извода, че жалбоподателят е участвал в споразумение с предмет ограничаване на паралелната търговия.

70 Поради това оплакването, изведено от нарушение на член 81, параграф 1 ЕО, трябва да бъде отхвърлено.

Относно съществуването на нарушение на задължението за мотивиране

71 Жалбоподателят по същество изтъква, че Комисията не е направила изложение на положението на всеки един от дистрибуторите. Постъпвайки по този начин, Комисията се основала на аксиомата, че всички дистрибутори са се договорили с Nintendo да пречат на паралелната търговия независимо от датата и обстоятелствата на сключването на споразуменията за дистрибуция.

72 Тези доводи не могат да се приемат. Всъщност Решението ясно посочва фактическите елементи, отнасящи се за всеки един от съответните дистрибутори. Що се отнася в частност до жалбоподателя, Решението съдържа много уточнения по-специално относно събитията, констатирани в Белгия и в Люксембург (съображения 194—197) и относно доводите за съществуването на забранено споразумение и обхвата на нарушението (съображения 313—330).

73 Впрочем според постоянната съдебна практика изискванията от член 253 ЕО мотиви трябва да излагат по ясен и недвусмислен начин съображенията на органа на Общността, който приема оспорвания акт, така че да дадат възможност на заинтересованите лица да се запознаят с основанията за взетата мярка, а на компетентната юрисдикция — да упражни своя контрол. Изискването за мотивиране следва да се преценява в зависимост от обстоятелствата по конкретния случай, по-специално в зависимост от съдържанието на акта, от естеството на изложените мотиви и от интереса, който адресатите или други лица, засегнати пряко и лично от акта, могат да имат от получаване на разяснения (Решение на Съда от 2 април 1998 г. по дело Комисия/Sytraval и Brink's France, C-367/95 P, Recueil, стр. I-1719, точка 63 и Решение на Първоинстанционния съд от 20 март 2002 г. по дело Lögstör Rör/Комисия, T-16/99, Recueil, стр. II-1633, точка 368).

74 В това отношение трябва да се посочи, че както се установява при разглеждането на първата част от първото правно основание, Решението излага по ясен и недвусмислен начин съображенията на Комисията и позволява на жалбоподателя да се запознае с основанията за взетата мярка и на Първоинстанционния съд — да упражни своя контрол.

75 Поради това първото правно основание трябва да бъде отхвърлено.

2. *По второто правно основание, изведено от нарушение на принципите на добра администрация, на равно третиране и на пропорционалност, както и от нарушение на задължението за мотивиране*

Доводи на страните

76 Жалбоподателят поддържа, че при определянето на размера на глобата за нарушение на член 81 ЕО Комисията винаги трябва да взема предвид поотделно положението на всяко участващо предприятие. Тя трябвало по-специално да взема предвид съществуващите разлики между съответната роля на всяко от разследваните предприятия за нарушението, както и разликите по отношение на степента на участие или по отношение на неговата продължителност. Впрочем според жалбоподателя Комисията нарушила тези принципи, като наложила на жалбоподателя глоба, с размер, който е сравним, дори по-висок от размера на глобите, наложени на другите дистрибутори на Nintendo, докато твърдяното нарушение, което той бил извършил, имало по-ограничено отражение и продължителност.

77 Впрочем Комисията не била взела предвид по отношение на жалбоподателя нито различните смекчаващи обстоятелства, предвидени в Насоките, нито характеристиките на конкретното му положение.

78 В това отношение той на първо място изтъква, че неговото поведение не разкрива нито намерение, нито осъзнаване на неправомерно поведение. Той никога не бил участвал във формално споразумение, целящо да ограничи паралелния внос, не получавал въпросник или участвал в срещи, по време на които била обсъждана проблематиката на паралелния внос. Жалбоподателят подчертава, че е бил

дребен дистрибутор, който не притежава юридически и икономически познания и инфраструктури, които дават възможност на по-големите предприятия да установят, че тяхното поведение представлява нарушение.

79 По-нататък жалбоподателят счита, че ако се предположи, че той е участвал в нарушение, той е имал само пасивна роля в него, което трябвало съгласно Насоките да доведе до намаляване размера на наложената му глоба. Комисията всъщност не била доказала, че той е имал активна роля, като е информирал Nintendo за паралелния внос на стоките на същото. Жалбоподателят дори действал в нарушение на твърдяното споразумение, като доставял стоки на дружества, установени в чужбина, и на дружества, установени на негова територия, като знаел, че стоките ще бъдат изнесени. Той подчертава също, че към момента на твърдените ограничения на паралелната търговия, той не бил сред дистрибуторите на Nintendo и следователно не знаел за посочените ограничения.

80 Жалбоподателят счита, че ако такива обстоятелства не трябвало да доведат до отмяната на наложената му глоба, то те трябвало най-малкото да накарат Първоинстанционният съд да я намали с 50 % съгласно принципа на равно третиране. Той всъщност отбелязва, че Concentra е ползвало такова намаление, независимо че собствената му роля не била по-малко активна, отколкото тази на жалбоподателя. В писмената си реплика жалбоподателят сочи по-специално, че Concentra, както и той, е предоставяло сведения на NOE.

81 Жалбоподателят впрочем счита, че твърдяното негово незаконосъобразно поведение във всеки случай е имало само ограничено отражение върху пазара. Той припомня, че не е приложил твърдяното споразумение и че в сравнение по-специално с поведението на другите дистрибутори нарушението, за което бил упрекван, е с много кратка продължителност.

82 Жалбоподателят впрочем упреква Комисията, че е нарушила принципа на равно третиране, като е разпределила извършителите на нарушението в три групи. По-специално той се оплаква, че е бил поставен в същата група, що се отнася до основната сума на глобата, с няколко дистрибутори, които са участвали в твърдяното нарушение през много по-дълги периоди и които, за разлика от него, са участвали активно в нарушението. Като е третирала по един и същ начин

различни положения, т.е. като е наложила един и същ основен размер на глобата от 1 милион евро на тези дружества, Комисията нарушила принципа на равно третиране.

83 В писмената си реплика жалбоподателят изтъква по-специално, че разликите, изразени в пазарни дялове, между предприятията от третата група, са по-големи от разликите между предприятията в трите групи. Така било трудно разбираемо, че с оглед на съответните средни дялове на разследваните предприятия в продажбата на разглежданите стоки Concentra, Linea GIG SpA, Nortec AE, Bergsala AB, Itochu и жалбоподателят са поставени в една и съща единствена група, докато John Menzies и Nintendo попадат в различни групи. Тази разлика била още по-необяснима, когато става въпрос за основните суми на глобите, които са били определени за всяка от тези групи.

84 Жалбоподателят упреква Комисията и в това, че за целите на класифицирането на разглежданите предприятия в три групи се е основала изключително на пазарните дялове, притежавани от всяко едно от тях, което свидетелствало за липса на отчитане на действителното отражение на съответното им поведение.

85 Жалбоподателят счита освен това, че решението за налагане на глоба от 1 милион евро на зависим неголям дистрибутор за твърдяно споразумение с максимална продължителност от два месеца, което никога не е било прилагано, и което в действителност е било постоянно нарушавано, нарушава принципа на пропорционалност.

86 Жалбоподателят упреква Комисията и за това, че се е свързала с него едва на 9 юни 1999 г. — дата, на която разследването е било на път да приключи. Тоест, Комисията го лишила от възможност да сътрудничи и следователно да се ползва от намаление на основната сума на глобата на това основание от поне 40 %. Фактът, че Комисията не счела за нужно да го уведоми за разследването, като му поиска информация, представлява указание за неговата ограничена роля в създадената от Nintendo система.

87 На последно място, жалбоподателят твърди, че Комисията е нарушила принципа на добра администрация и правото на защита, като го е лишила от възможността да представи своите становища по време на официално изслушване в присъствието на трети лица. Той изтъква, че на заинтересованите предприятия трябва да бъде дадена възможност да представят по надлежен начин своето становище по възраженията срещу тях и по доказателствата, на които се основават тези възражения. Правото на страните да бъдат изслушани по време на официално изслушване, ръководено от независим служител по изслушването, било особено важно при прилагането на разпоредбите на Договора относно конкуренцията; всъщност това била единствената възможност да съобщят становищата си на трети независими лица, които могат да повлияят на решението на Комисията.

88 В случая Комисията осъществила „злоупотреба с влияние“ спрямо жалбоподателя, за да се откаже от правото си на изслушване в присъствието на независими трети лица. Жалбоподателят поддържа, че дори Комисията да не била упражнила пряк натиск върху него, за да се откаже от правото си на официално изслушване, тя оказала силен натиск, за да се задоволи с неформално изслушване, с довода, че тази възможност представлявала икономия на време и средства. Следователно Комисията de facto ограничила правото на защита на жалбоподателя по време на административното производство. Жалбоподателят отбелязва във връзка с това, че макар да се отказал от това право поради изразеното от Комисията желание да произнесе решение колкото е възможно по-бързо, повече от две години били изтекли от нейното искане до приемането на Решението. Той счита също, че Комисията е трябвало във всеки случай да вземе предвид неговото сътрудничество, изразяващо се в липсата на искане за такова изслушване, и следователно да намали размера на наложената му глоба.

89 В писмената си реплика жалбоподателят посочва, че не е твърдял, че Комисията упражнила пряк или недвусмислен натиск върху него, за да се откаже да се защитава по време на официално изслушване, водено от служител по изслушването. По същия начин той не твърдял, че Комисията не го е информирала за неговото право на официално изслушване. Наред с това той признава, че именно адресатите на изложението на възраженията трябва да поискат официално изслушване. Жалбоподателят обаче изтъква, че се е почувствал задължен да се откаже от това право, защото е бил информиран от длъжностното лице, отговарящо за преписката, че другите страни вече са се отказали от него и че службите на Комисията имали желание да стигнат до решение колкото е възможно по-бързо. Според жалбоподателя практиката на Комисията противоречи на член 10 от Регламент (ЕО) № 2842/98 на Комисията от 22 декември 1998 година относно изслушването на страни в някои производства по членове [81 ЕО] и [82 ЕО] (ОВ L 354, стр. 18), уточнен с член 4 от Решение 2001/462/ЕО, ЕОВС на Комисията от 23 май 2001 година относно мандата на служителите по

изслушването в някои производства по конкуренция (ОВ L 162, стр. 21, Специално издание на български език, 2007 г., глава 8, том 1, стр. 108), който предвижда, че изслушванията се провеждат от служител по изслушването. От тези разпоредби следвало, че всички въпроси във връзка с правото на страните на изслушване трябва да бъдат разглеждани от служителя по изслушването, а не от служителите, отговарящи за преписката в Комисията, които вземат решение по случая. Отговарящите за преписката следователно нямали възможност да се свързват със страните, за да обсъждат доколко е уместно да се организира изслушване. Жалбоподателят счита, че доколкото подобно съществено нарушение на процедурата само по себе си не трябвало да води до отмяна на Решението, в частта, отнасяща се до него, Комисията трябвало поне да го вземе предвид при определянето на размера на глобата.

90 Комисията оспорва всички тези оплаквания.

Преценка на Първоинстанционния съд

91 В рамките на второто си правно основание жалбоподателят изтъква различни доводи, които се отнасят, от една страна, до начина, по който е определен размерът на наложената му глоба, и от друга страна, до протичането на административното производство.

92 Повдигнатите оплаквания поставят въпроса за спазването, на първо място, на принципите на равно третиране и на пропорционалност при определянето на размера на глобите, на второ място, на правото на защита на жалбоподателя и на принципа на добра администрация по време на административното производство, проведено преди приемането на Решението, и на трето място, на задължението за мотивиране.

По спазването на принципите на равно третиране и на пропорционалност при определянето на размера на глобата, наложена на жалбоподателя

93 В конкретния случай е необходимо да се припомни, че от съображения 366—464 от Решението е видно, че глобите, за установените нарушения на член 81, параграф 1 ЕО и на член 53, параграф 1 от Споразумението за ЕИП, са наложени от Комисията на основание член 15, параграф 2 от Регламент № 17, и че Комисията, както тя изрично потвърждава в своята защита, е определила размера на глобите по метода, посочен в Насоките.

94 Независимо че не могат да се разглеждат като правна норма, която администрацията във всеки случай е длъжна да спазва, Насоките съдържат правило за поведение, поясняващо практиката, която трябва да се следва, от което в конкретен случай администрацията не може да се отклони, без да изложи причини, които да са съвместими с принципа на равно третиране (вж. Решение на Съда 18 май 2006 г. по дело Archer Daniels Midland и Archer Daniels Midland Ingredients/Комисия, C-397/03 P, Recueil, стр. I-4429, точка 91 и цитираната съдебна практика).

95 Впрочем, като изтъква, че Комисията е пропуснала да вземе предвид конкретното му положение на различни стадии на изчисляването на размера на глобата, жалбоподателят до голяма степен смесва, от една страна, преценката за действителното отражение на дадено нарушение върху пазара за целите на оценяването на неговата тежест (точка 1 A, първа алинея от Насоките), в рамките на която следва да се вземат предвид последиците, които са резултат от нарушението в неговата цялост, а не реалното поведение на всяко предприятие, и от друга страна, преценката на индивидуалното поведение на всяко предприятие за оценяване на отегчаващите вината обстоятелства или на смекчаващите обстоятелства (точки 2 и 3 от Насоките), в рамките на която съгласно принципа на индивидуализиране на наказанията и на санкциите следва да се разгледа относителната тежест на участието на предприятието в нарушението.

96 Всъщност, когато Комисията се основава на отражението на нарушението, за да оцени неговата тежест, в съответствие с точка 1 A, първа и втора алинея от Насоките, за това оценяване трябва да бъдат взети предвид последиците, които

са резултат от нарушението в неговата цялост, в което са участвали всички предприятия, така че взимането предвид на индивидуалното поведение или на присъщи на всяко предприятие данни в това отношение е без значение (Решение на Първоинстанционния съд от 29 април 2004 г. по дело Tokai Carbon и др./Комисия, T-236/01, T-239/01, T-244/01—T-246/01, T-251/01 и T-252/01, Recueil, стр. II-1181, точка 203).

97 Както следва от съдебната практика обаче, когато дадено нарушение е извършено от няколко предприятия, е уместно да се разгледа относителната тежест на участието в нарушението на всяко едно от тях (Решение на Съда от 16 декември 1975 г. по дело Suiker Unie и др./Комисия, 40/73—48/73, 50/73, 54/73—56/73, 111/73, 113/73 и 114/73, Recueil, стр. 1663, точка 623 и Решение по дело Комисия/Anic Partecipazioni, точка 49 по-горе, точка 150), за да се определи дали съществуват по отношение на тях отегчаващи или смекчаващи обстоятелства.

98 Този извод е логическата последица от принципа на индивидуализиране на наказанията и на санкциите, съгласно който предприятието трябва да бъде санкционирано само за деяния, за които е упреквано индивидуално — принцип, който е приложим във всяко административно производство, което може да доведе до санкции съгласно общностните правила на конкуренцията (Решение по дело Union Pigments/Комисия, точка 67 по-горе, точка 119, вж. също в този смисъл Решение на Първоинстанционния съд от 13 декември 2001 г. по дело Krupp Thyssen Stainless и Acciai speciali Terni/Комисия, T-45/98 и T-47/98, Recueil, стр. II-3757, точка 63).

99 В това отношение точки 2 и 3 от Насоките предвиждат промяна на основната сума на глобата в зависимост от някои отегчаващи и смекчаващи обстоятелства, които са характерни за всяко от съответните предприятия.

100 Следователно е необходимо да се разгледат поотделно доводите, повдигнати от жалбоподателя, според това дали се отнасят до определянето на основния размер в зависимост от тежестта и продължителността на нарушението или до установяването на някои смекчаващи обстоятелства.

— По определянето на основната сума на глобата: разпределяне на засегнатите предприятия с оглед на определянето на конкретен начален размер на глобата и продължителност на участието в нарушението

101 Според определения в Насоките метод Комисията взема като база за изчисляване размера на глобите, които налага на съответните предприятия, размер, определен в съответствие с тежестта на нарушението. При оценяване на тежестта на нарушението трябва да бъде взет предвид неговият характер, неговото действително отражение върху пазара, където това може да бъде определено, а също така да бъде взет предвид и размерът на съответния географски пазар (точка 1 A, първа алинея). В тази рамка нарушенията се класифицират в три категории, а именно „незначителни нарушения“, за които вероятният размер на глобите е между 1 000 и 1 милион евро, „сериозни нарушения“, за които вероятният размер на глобите е между 1 и 20 милиона евро, и „много сериозни нарушения“, за които вероятният размер на глобите надхвърля 20 милиона евро (точка 1 A, втора алинея, първо—трето тире). В рамките на всяка от тези категории предложената скала на глоби дава възможност съгласно Насоките за прилагане на диференциран подход по отношение на предприятията в зависимост от характера на извършеното нарушение (точка 1 A, трета алинея). Също така е необходимо съгласно Насоките да бъде взет предвид ефективният икономически капацитет на нарушителите за нанасяне на значителни вреди на други оператори, и по-специално потребители, и да се определи глоба в размер, който гарантира, че тя има сериозен възпиращ характер (точка 1 A, четвърта алинея).

102 В рамките на всяка от така определените три категории нарушения в някои случаи може да е необходимо съгласно Насоките да се приложат добавки към определените суми с цел да бъде взета предвид специфичната тежест на нарушението и следователно действителното отражение на нарушението на всяко едно от предприятията върху конкуренцията, по-специално когато е налице значителна несъразмерност по отношение на големината на предприятията, извършили същия вид нарушения, и вследствие на това да се адаптира базата на основната сума според специфичния характер на всяко предприятие (точка 1 A, шеста алинея).

103 В случая жалбоподателят не оспорва нито много сериозния характер на разглежданото нарушение, нито съображенията, върху които Комисията се основава, за да направи извод, че посоченото нарушение е много сериозно — съображения, които се отнасят до неговия характер, до неговото действително влияние върху пазара и до размера на разглеждания географски пазар (съображения 374—384 от Решението). Жалбоподателят не оспорва и самия

принцип за разпределяне на членовете на картела в няколко категории. За сметка на това той упреква Комисията, че е нарушила принципите на равно третиране и на пропорционалност, като, от една страна, е класифицирала в една и съща категория предприятия с различна големина, и от друга страна, като е пренебрегнала разликите в участието на различните предприятия в разглежданото нарушение, както с оглед продължителността, така и с оглед интензитета.

104 В това отношение Първоинстанционният съд напомня, че методът, състоящ се в разпределяне на членовете на картела в категории с цел диференцирано третиране на стадия на определяне на началните размери на глобите, чийто принцип впрочем е утвърден от практиката на Първоинстанционния съд, въпреки че пренебрегва разликите в големината на предприятията от една и съща категория, води до общо определяне на началния размер за предприятията от една и съща категория (вж. Решение на Първоинстанционния съд от 15 март 2006 г. по дело Daiichi Pharmaceutical/Комисия, T-26/02, Recueil, стр. II-713, точка 83 и цитираната съдебна практика).

105 Разбира се, подобно разпределяне в категории трябва да спазва принципа на равно третиране, според който е забранено сходни положения да се третират по различен начин и различни положения да се третират еднакво, освен ако такова третиране не е обективно обосновано. От друга страна, според съдебната практика размерът на глобите трябва да бъде най-малкото пропорционален по отношение на обстоятелствата, взети предвид при преценката на тежестта на нарушението. За да провери дали разпределянето на членовете на картела в категории е в съответствие с принципите на равно третиране и на пропорционалност, в рамките на контрола за законосъобразност на упражняването на правото на преценка, с което Комисията разполага в тази област, Първоинстанционният съд трябва все пак да се ограничи до проверка на това дали разпределянето е последователно и обективно обосновано, без да замества веднага преценката на Комисията със своята преценка (Решение по дело Daiichi Pharmaceutical/Комисия, точка 104 по-горе, точки 84 и 85).

106 В конкретния случай Комисията счита, че „разследваните предприятия [можели] по принцип да бъдат подразделени в три групи в съответствие с относителното значение на всяко от тях спрямо Nintendo […] като дистрибутор на съответните стоки (и единствено на тях) в ЕИП, като сравнението се извърши с оглед на частта на всяка страна от общия обем игрови конзоли и касети Nintendo, закупени с цел тяхната дистрибуция в ЕИП през 1997 г. — последната година, през която е било

извършвано нарушението“ (съображение 386 от Решението) [неофициален превод]. Така Nintendo (чийто пазарен дял се оценява на [*поверително*] [1] %) и отделно John Menzies (с пазарен дял от [*поверително*] %) са поставени съответно в първата и втората група. Другите разследвани предприятия (с пазарен дял от [*поверително*] до [*поверително*] %), сред които попада жалбоподателят, са поставени в третата група.

107 Решението на Комисията да групира предприятията с пазарен дял в дистрибуцията на съответните стоки под [*поверително*] % не може да бъде квалифицирано като произволно и не превишава пределите на правото на преценка, с което тя разполага в областта.

108 Фактът, че началните размери за всяка от категориите не са напълно пропорционални на съответните пазарни дялове на засегнатите предприятия, не може да бъде санкциониран доколкото той е само резултат от системата на разпределяне в категории и от общото определяне на размерите, които предполага. Всъщност следва да се напомни, че дори ако поради разпределянето в групи за някои предприятия се прилага един и същ начален размер, независимо че те се различават по големина, следва да се заключи, че разликата в третирането е обективно оправдана от по-голямото значение, което се придава на характера на нарушението в сравнение с големината на предприятията при определяне на тежестта на нарушението (вж. Решение на Първоинстанционния съд от 19 март 2003 г. по дело CMA CGM и др./Комисия, Т-213/00, Recueil, стр. II-913, точка 411 и цитираната съдебна практика).

109 В конкретния случай, дори наистина да съществуват разлики като относителна стойност между пазарните дялове на предприятията, класирани в една и съща група, тези разлики като абсолютна стойност не са от такова значение, че да обосноват класирането на жалбоподателя в друга група. В частност възприетият от Комисията метод не е довел до грубо деформирано представяне на съответните пазари (вж. в този смисъл Решение на Първоинстанционния съд от 15 март 2006 г. по дело BASF/Комисия, Т-15/02, Recueil, стр. II-497, точка 159). Всъщност към момента на настъпване на фактите съответният пазар, а именно пазарът на дистрибуцията на стоките Nintendo, е бил доминиран от Nintendo и неговите дъщерни дружества. Независимите дистрибутори, с изключение на

1 — Поверителни данни, които са заличени.

John Menzies, заемали само относително скромно място в разглежданата дистрибуторска система (вж. съображения 388—390 от Решението).

110 Следователно трябва да се направи изводът, че съществуването на голяма относителна разлика между пазарните дялове на принадлежащите към последната категория предприятия, което е присъщо на системата на разпределяне в категории и на наложеното от нея общо определяне, е обективно обосновано. Възможността Комисията да извърши класифициране в категории би била лишена от голяма част от своята полезност, ако всяко едно различие между пазарните дялове, когато е относително голямо, дори когато в процентно изражение е много малко, е пречка за класифициране на различни предприятия в една и съща категория.

111 При тези обстоятелства жалбоподателят не може да упреква Комисията, че на този етап не е взела предвид разликите в участието на всяко от съответните предприятия, доколкото посочените разлики могат да бъдат преценявани само на етапа на разглеждането на смекчаващите обстоятелства (вж. точки 97—99 по-горе).

112 Що се отнася, на последно място, до довода, според който Комисията била пропуснала да вземе предвид много кратката продължителност на участието на жалбоподателя в нарушението, достатъчно е да се припомни, че според методологията, изложена в Насоките, размерът на глобата се променя в съответствие с продължителността след определянето на размера на глобата в съответствие с тежестта.

113 Освен това Комисията ясно посочва в съображение 404 от Решението, че доколкото участието на жалбоподателя е било едва малко повече от два месеца, тя е решила да не увеличава на това основание предварителния размер на глобата, определен в съответствие с тежестта. Следователно Комисията надлежно е взела предвид относително кратката продължителност на участието на жалбоподателя в разглежданото нарушение.

— Относно съществуването на смекчаващи обстоятелства и по спазването на принципа на равно третиране в това отношение

114 В конкретния случай следва да се разгледа дали Комисията основателно е отказала да вземе предвид някои обстоятелства по отношение на жалбоподателя, а именно, на първо място, факта, че той не е имал познания, които да му позволят да осъзнае неправомерния характер на своето поведение, и на второ място, факта, че е имал само пасивна роля в нарушението.

115 Що се отнася до първото твърдяно обстоятелство, то не може да се приеме, както впрочем подчертава Комисията, като смекчаващо обстоятелство по смисъла на Насоките. Позоваването в точка 1 A от Насоките на факта, че „[в] общи линии, следва да бъде взет предвид фактът, че големите предприятия обикновено притежават юридически и икономически познания и имат инфраструктури, които им дават възможност по-лесно да установят, че тяхното поведение представлява нарушение и са наясно с последиците, произтичащи от него съгласно законодателството в областта на конкуренцията“, не предполага a contrario, че Комисията е длъжна да вземе предвид скромния размер на някои предприятия.

116 Относно второто твърдяно обстоятелство, а именно предполагаемата пасивна роля на жалбоподателя за нарушението, следва да се припомни, че Комисията посочва в съображение 431 от Решението, че той спонтанно е съобщавал информация относно паралелната търговия на NOE и че следователно неговото участие трябвало да се разглежда като активно. По този въпрос Комисията препраща към съображение 197 от Решението, в което се посочват четири писма на жалбоподателя съответно с дати 4 септември, 3 ноември, 12 ноември и 4 декември 1997 г.

117 Писмото от 4 септември 1997 г., цитирано в точка 63 по-горе, предхожда периода на нарушението и по тази причина е неотносимо. Писмата от 3 ноември и 4 декември 1997 г., които са изпратени до NOE, съобщават за съществуването на оферти за стоки Nintendo на белгийския и люксембургския пазар. Писмото от

12 ноември 1997 г. свидетелства от своя страна, че жалбоподателят е установил контакт с Nintendo France, и само с него, по повод на касети, за които подозирал, че са били внесени паралелно.

118 Що се отнася до Concentra, елементите в основата на констатацията за неговата пасивна роля са изложени в съображения 212, 213 и 421 от Решението. Именно там е посочено, че дори да не съществува никакво доказателство, че Concentra е попречило или се е опитало да попречи на паралелната търговия, все пак съществуват „доказателства, сочещи, че Concentra е съобщило на NOE за паралелния внос в Португалия и е поискало помощта му в това отношение“ (вж. съображения 212 и 213 от Решението). Не се спори, че от четирите писма от Concentra до NOE или Nintendo of America, Inc., посочени в съображение 213 от Решението, три са в отговор на изпращането на въпросник и едно е било изпратено спонтанно. В писмото, изпратено спонтанно на 21 ноември 1997 г., цитирано отчасти в съображение 213 от Решението, Concentra съобщава:

„За съжаление сме сигурни, че някои търговци на дребно не ще устоят на тази възможност да увеличат своя марж от N64 [и иска от NOE да му помогне доколкото] се надяваме, че Nintendo ще намери разрешение на това положение в най-близко бъдеще“. [неофициален превод]

119 Трябва да се посочи, че документите, цитирани от Комисията, както и обстоятелствата, при които те са били предадени, не разкриват никаква забележима разлика между ролята на жалбоподателя за нарушението и ролята на Concentra. Разликата в третирането от страна на Комисията е още по-малко оправдана, тъй като, от една страна, жалбоподателят е осъществил особено късно навлизане на пазара, обект на нарушението (вж. в този смисъл Решение на Първоинстанционния съд от 9 юли 2003 г. по дело Cheil Jedang/Комисия, T-220/00, Recueil, стр. II-2473, точка 168 и цитираната съдебна практика), и от друга страна, Concentra било сключило с Nintendo ограничаващо конкуренцията официално споразумение за дистрибуция, което не било така в случая на жалбоподателя.

120 От тези съображения следва, че като е заключила, че участието на жалбоподателя в нарушението не било изключително пасивно, като същевременно е признала на Concentra правото на това смекчаващо обстоятелство, Комисията е нарушила принципа на равно третиране.

121 Следователно настоящото правно основание трябва да бъде частично уважено и поради това е необходимо да се измени Решението, като на жалбоподателя се предостави процент на намаление на глобата, еднакъв с предоставения на Concentra на основание на смекчаващото обстоятелство, свързано с пасивния характер на ролята за спорното нарушение, т.е. намаление от 50 %. Конкретните последици от това изменение ще бъдат уточнени по-нататък.

По зачитане на правото на защита на жалбоподателя и на принципа на добра администрация

122 Що се отнася до твърдението, съгласно което Комисията подтикнала жалбоподателят да се откаже от правото си на официално изслушване, трябва да се отбележи, че то изобщо не е доказано. Всъщност жалбоподателят споменава факта, че „Комисията [го] е уведомила на 3 юли 2000 г. […], че всички други адресати са се отказали от правото си на изслушване и че Комисията искала да напредва по случая възможно най-бързо“ и че по този начин тя имплицитно го била принудила да се откаже от правото си на официално изслушване.

123 Това указание не може да представлява доказателство за нарушение на правото на защита или също на принципа на добра администрация. Впрочем Комисията ясно посочва в съпроводителното писмо към изложението на възраженията, че страните са длъжни в съответствие с Регламент № 2842/98 да поискат в писмените си становища да развият своите доводи по време на устно изслушване.

124 Доводът, изведен от това, че Комисията нарушила член 10 от Регламент № 2842/98, уточнен с член 4 от Решение 2001/462, който почива върху погрешна предпоставка, също не може да бъде приет. Всъщност тези разпоредби предвиждат съответно, че „[и]зслушванията се провеждат от служител по изслушването“ (член 10 от Регламент № 2842/98) [неофициален превод] или също, че „[с]лужителят по изслушването организира и ръководи изслушванията, предвидени в разпоредбите за прилагане на членове 81 [CE] и 82 [ЕО]“ (член 4 от Решение 2001/462). [неофициален превод] От това изобщо не следва, че само служителите по изслушването могат да контактуват с обвинените предприятия, за да обсъждат и да ги информират за евентуалното провеждане на официално изслушване. Поради това такова установяване на контакт, което се вписва в рамките на обикновените административни дейности, не навлиза в кръга на възложената на служителя по изслушването мисия.

125 Впрочем фактът, че жалбоподателят е избрал да не поиска устно изслушване, не може да се тълкува като сътрудничество, което му открива възможност да се ползва от намаление на размера на наложената му глоба. Всъщност като сътрудничество, което, когато са налице условията за това, дава право на намаление на размера на глобата на основание на точка 3 от Насоките, трябва да се разглежда „ефективно[то] сътрудничество между предприятията в процедурите [да се чете: „на предприятието в процедурата“]“, т.е. именно поведение, което е позволило на Комисията с по-малко трудности да установи съществуването на нарушение и когато са налице основания за това, да го прекрати (Решение на Съда от 16 ноември 2000 г. по дело SCA Holding/Комисия, C-297/98 P, Recueil, стр. I-10101, точка 36 и Решение на Съда от 10 май 2007 г по дело SGL Carbon/Комисия, C-328/05 P, Сборник, стр. I-3921, точка 83). Отказът от провеждане на официално изслушване, ако се предположи, че той е позволил на Комисията да не забавя приемането на Решението, не може да се квалифицира като сътрудничество по смисъла на точка 3 от Насоките.

126 Жалбоподателят освен това не може да претендира, че Комисията го е лишила от възможност да сътрудничи, като го е информирала за разследването едва на 9 юни 1999 г. Всъщност, както това е припомнено в точка 125 по-горе, евентуално намаляване на размера на наложената на дадено предприятие глоба на основание на точка 3 от Насоките предполага „ефективно сътрудничество“ от негова страна. В случая обаче нищо не позволява да се направи извод, че жалбоподателят е бил в състояние да окаже такова сътрудничество, щом като самият той твърди, че не е знаел за неправомерните практики.

127 Следователно всички оплаквания, които се отнасят до протичането на административното производство, трябва да бъдат отхвърлени.

По спазването на задължението за мотивиране

128 Що се отнася до твърдението за непълнота на мотивите на Решението относно преценката на конкретното положение на жалбоподателя, достатъчно е да се отбележи, че от съображения 194—197, 313—330, 352, 359, 404, 430 и 431 от Решението е видно, че Комисията ясно се е позовала на обстоятелства, характеризиращи неговото положение. Такива мотиви отговарят на изискванията на член 253 ЕО, както се тълкува в съдебната практика, припомнена в точка 73 по-горе.

3. *По правното основание, повдигнато в съдебното заседание, относно продължителността на административното и на съдебното производство*

129 На последно място, що се отнася до довода на жалбоподателя, повдигнат в съдебното заседание с цел размерът на глобата, която му е била наложена, да бъде намален предвид продължителността на административното и на съдебното производство, той също не може да бъде приет.

130 Всъщност, доколкото това правно основание се отнася до продължителността на проведеното от Комисията административно производство, то трябва да се обяви за недопустимо по силата на член 48, параграф 2 от Процедурния правилник на Първоинстанционния съд, доколкото посоченото правно основание, което не е било посочено в жалбата, не може да се разглежда като разгръщане на правно основание, посочено преди това изрично или имплицитно в исковата молба или жалбата, и не почива върху правни или фактически обстоятелства, установени в хода на производството. Впрочем при обстоятелствата по настоящото дело не следва служебно да се разглежда правното основание, изведено от неразумния срок на производството пред Комисията (вж. в този смисъл Решение на Първоинстанционния съд от 13 декември 1999 г. по дело SGA/Комисия, Т-189/95, Т-39/96 и Т-123/96, Recueil, стр. II-3587, точка 46, потвърдено с Определение на Съда от 13 декември 2000 г. по дело SGA/Комисия, C-39/00 P, Recueil, стр. I-11201, точки 42—45).

131 Що се отнася до оспорването на продължителността на производството пред Първоинстанционния съд, трябва да се посочи, че нейната евентуална прекомерност не засяга законосъобразността на Решението, която Първоинстанционният съд е призван да контролира. Оттук следва, че такова правно основание е неотносимо.

4. *По определянето на окончателния размер на глобата*

132 Както следва от точки 116—121 по-горе, необходимо е Решението да бъде изменено в частта, в която не признава на жалбоподателя възможността да се ползва от смекчаващо обстоятелство във връзка с неговата изключително пасивна роля за нарушението, като същевременно признава правото на това смекчаващо обстоятелство на Concentra.

133 В останалата част изложените в Решението съображения на Комисията, както и приложеният в случая метод на изчисляване на глобите, остават непроменени.

134 Следователно окончателният размер на глобата се изчислява, както следва: основната сума на наложената на жалбоподателя глоба (1 милион евро) се намалява с 50 % на основание на смекчаващото обстоятелство във връзка с неговата изключително пасивна роля за нарушението, което води до окончателен размер на глобата от 500 000 EUR.

По съдебните разноски

135 По силата на член 87, параграф 3 от Процедурния правилник Първоинстанционният съд може да разпредели съдебните разноски или да реши всяка страна да

понесе направените от нея съдебни разноски, ако всяка от страните е загубила по едно или няколко от предявените основания. При конкретните обстоятелства всяка страна следва да понесе направените от нея съдебни разноски.

По изложените съображения

ПЪРВОИНСТАНЦИОННИЯТ СЪД (осми състав)

реши:

1) **Определя размера на глобата, наложена на CD-Contact Data GmbH, на 500 000 EUR.**

2) **Отхвърля жалбата в останалата ѝ част.**

3) **Всяка страна понася направените от нея съдебни разноски.**

Martins Ribeiro Papasavvas Wahl

Постановено в открито съдебно заседание в Люксембург на 30 април 2009 година.

Подписи

Съдържание

Обстоятелства, предхождащи спора . . . . . II - 1029

1. Съответните предприятия . . . . . II - 1029

2. Административно производство . . . . . II - 1030

Разследване относно сектора на видео игрите (преписка IV/35.587 PO Video Games) . . . . . II - 1030

Допълнително разследване специално относно дистрибуторската система на Nintendo (преписка IV/35.706 PO Nintendo Distribution) . . . . . II - 1030

Разследване, последвало жалбата, подадена от Omega Electro BV (преписка IV/36.321 Omega — Nintendo) . . . . . II - 1031

3. Спорното решение . . . . . II - 1033

Производство и искания на страните . . . . . II - 1037

От правна страна . . . . . II - 1038

1. По първото право основание, изведено от нарушение на член 81 ЕО, на задължението за мотивиране, както и от явна грешка в преценката . . . . . II - 1039

Доводи на страните . . . . . II - 1039

Съображения на Първоинстанционния съд . . . . . II - 1042

По съществуването на нарушение на член 81, параграф 1 ЕО . . . . . II - 1042

Относно съществуването на нарушение на задължението за мотивиране . . . II - 1050

2. По второто правно основание, изведено от нарушение на принципите на добра администрация, на равно третиране и на пропорционалност, както и от нарушение на задължението за мотивиране . . . . . II - 1051

Доводи на страните . . . . . II - 1051

Преценка на Първоинстанционния съд . . . . . II - 1055

По спазването на принципите на равно третиране и на пропорционалност при определянето на размера на глобата, наложена на жалбоподателя . . . . . II - 1056

— По определянето на основната сума на глобата: разпределяне на засегнатите предприятия с оглед на определянето на конкретен начален размер на глобата и продължителност на участието в нарушението . . . . . II - 1058

— Относно съществуването на смекчаващи обстоятелства и по спазването на принципа на равно третиране в това отношение . . . . . II - 1062

По зачитане на правото на защита на жалбоподателя и на принципа на добра администрация . . . . . II - 1064

По спазването на задължението за мотивиране . . . . . II - 1066

3. По правното основание, повдигнато в съдебното заседание, относно продължителността на административното и на съдебното производство . . . . . II - 1066

4. По определянето на окончателния размер на глобата . . . . . II - 1067

По съдебните разноски . . . . . II - 1067