Rättsfallssamlingen

TRIBUNALENS DOM (femte avdelningen)

den 26 oktober 2017 *

”Konkurrens – Företagskoncentrationer – Beslut genom vilket böter åläggs för genomförande av en företagskoncentration innan den anmälts och beviljats tillstånd – Artikel 4.1, artikel 7.1 och 7.2 samt artikel 14 i förordning (EG) nr 139/2004 – Oaktsamhet – Principen *ne bis in idem* – Överträdelsens allvar – Bötesbelopp”

I mål T-704/14,

Marine Harvest ASA, Bergen (Norge), företrätt av R. Subiotto, QC,

sökande,

mot

Europeiska kommissionen, företrädd av M. Farley, C. Giolito och F. Jimeno Fernández, samtliga i egenskap av ombud,

svarande,

angående en talan, enligt artikel 263 FEUF, om i första hand ogiltigförklaring av kommissionens beslut C(2014) 5089 final av den 23 juli 2014 genom vilket böter ålades för genomförandet av en koncentration i strid med artikel 4.1 och artikel 7.1 i förordning (EG) nr 139/2004 (ärende COMP/M.7184 – Marine Harvest/Morpol) och i andra hand upphävande eller nedsättning av de böter som ålagts sökanden,

meddelar

TRIBUNALEN (femte avdelningen),

sammansatt av ordföranden A. Dittrich (referent) samt domarna J. Schwarcz och V. Tomljenović,

justitiesekreterare: handläggaren C. Heeren,

efter den skriftliga delen av förfarandet och förhandlingen den 15 september 2016,

följande

* Rättegångsspråk: engelska.

Dom

I. Bakgrund till tvisten

1 Sökandebolaget Marine Harvest ASA är ett norskt bolag som är noterat på börsen i Oslo (Norge) och i New York (Förenta staterna). Bolagets verksamhet utgörs av odling och primär förädling av lax i Kanada, i Chile, i Skottland, på Färöarna, i Irland och i Norge samt odling och primär förädling av hälleflundra i Norge. Sökandebolaget ägnar sig även åt sekundär förädling i Belgien, Chile, Förenta staterna, Frankrike, Irland, Japan, Norge, Nederländerna, Polen och Republiken Tjeckien.

A. Sökandebolagets förvärv av Morpol

2 Den 14 december 2012 ingick sökandebolaget ett avtal om aktieförvärv (Share Purchase Agreement) med Friendmall Ltd och Bazmonta Holding Ltd angående överlåtelse av de aktier som dessa bolag innehade i Morpol ASA.

3 Morpol är en norsk producent och förädlare av lax. Företaget producerar odlad lax och erbjuder ett brett urval av laxprodukter med mervärde. Det ägnar sig åt odling och primär förädling av lax i Skottland och i Norge. Företagets verksamhet består även i sekundär förädling i Polen, Förenade kungariket och Vietnam. Morpol var noterat på Oslobörsen innan det förvärvades av sökandebolaget.

4 Friendmall och Bazmonta Holding var privata aktiebolag som hade bildats och registrerats på Cypern. De båda bolagen kontrollerades av en enda person, nämligen Morpols grundare och tidigare verkställande direktör, M.

5 Tack vare avtalet om aktieförvärv erhöll sökandebolaget en andel i Morpol som uppgick till omkring 48,5 procent av Morpols aktiekapital. Förvärvet (nedan kallat december 2012-förvärvet) avslutades den 18 december 2012.

6 Den 17 december 2012 meddelade sökandebolaget i en börskommuniké att det skulle lägga ett offentligt bud på resterande aktier i Morpol. Den 15 januari 2013 lade sökandebolaget i enlighet med den norska lagen om aktiehandel ett obligatoriskt offentligt bud på resterande aktier i Morpol vilka utgjorde 51,5 procent av bolagets aktier. Enligt bestämmelserna i den norska lagen är förvärvaren av mer än en tredjedel av ett börsnoterat bolags aktier skyldig att lägga ett obligatoriskt offentligt bud på detta bolags återstående aktier.

7 Den 23 januari 2013 utsåg Morpols styrelse en ny verkställande direktör som skulle ersätta M., då denne hade avgått med verkan från den 1 mars 2013, enligt ett åtagande om detta som ingick i avtalet om aktieförvärv.

8 Efter det att det offentliga budet hade fastställts och aktieförvärvet genomförts den 12 mars 2013, innehade sökandebolaget sammanlagt 87,1 procent av aktierna i Morpol. Tack vare det offentliga budet köpte således sökandebolaget aktier motsvarande omkring 38,6 procent av Morpols kapital, utöver de aktier som utgjorde 48,5 procent av Morpols kapital, som det redan hade erhållit genom december 2012-förvärvet.

9 Förvärvet av återstoden av aktierna i Morpol genomfördes den 12 november 2013. Den 15 november 2013 beslutades vid en extraordinarie bolagsstämma att aktierna skulle avnoteras från Oslobörsen, att antalet styrelseledamöter skulle minskas och att utnämningskommittén skulle avskaffas. Den 28 november 2013 var Morpol inte längre noterat på Oslobörsen.

B. Kontakter före anmälan

10 Den 21 december 2012 översände sökandebolaget en begäran till Europeiska kommissionen om att den skulle utse en arbetsgrupp för att handlägga bolagets ärende som rörde förvärvet av kontroll över Morpol. I ansökan underrättade sökandebolaget kommissionen om att december 2012-förvärvet hade avslutats och att det inte skulle utöva sin rösträtt innan kommissionen antagit sitt beslut.

11 Kommissionen begärde att det skulle hållas ett telefonmöte med sökandebolaget, vilket ägde rum den 25 januari 2013. Under telefonmötet begärde kommissionen att få information om koncentrationens struktur och klarlägganden av huruvida december 2012-förvärvet redan kunde ha tillförsäkrat sökandebolaget kontroll över Morpol.

12 Den 12 februari 2013 översände kommissionen en begäran om upplysningar till sökandebolaget, angående dess eventuella faktiska kontroll över Morpol, till följd av december 2012-förvärvet. Den begärde även att dagordningen och protokollen från Morpols bolagsstämmor och styrelsemöten under de tre senaste åren skulle tillhandahållas. Sökandebolaget besvarade delvis begäran om upplysningar den 19 februari 2013 och inkom med ett fullständigt svar den 25 februari 2013.

13 Den 5 mars 2013 lade sökandebolaget fram ett första utkast till det anmälningsformulär som behandlas i bilaga I till kommissionens förordning (EG) nr 802/2004 av den 21 april 2004 om tillämpning av rådets förordning (EG) nr 139/2004 om kontroll av företagskoncentrationer (EUT L 133, 2004, s. 1) (nedan kallat det första utkastet till CO-formulär). Det första utkastet till CO-formulär rörde i huvudsak en världsomspännande marknad som inbegrep odling samt primär och sekundär förädling av lax med olika ursprung.

14 Den 14 mars 2013 översände kommissionen till sökandebolaget en begäran om kompletterande upplysningar angående det första utkastet till CO-formulär. Den 16 april 2013 besvarade sökandebolaget denna begäran om upplysningar. Kommissionen ansåg att svaret var ofullständigt och översände andra skrivelser med begäran om upplysningar den 3 maj, den 14 juni och den 10 juli 2013. Sökandebolaget besvarade respektive begäran den 6 juni, den 3 och den 26 juli 2013.

C. Anmälan och beslut om tillstånd till koncentrationen med förbehåll för iakttagande av vissa åtaganden

15 Den 9 augusti 2013 anmäldes koncentrationen officiellt till kommissionen.

16 Under ett avstämningsmöte som hölls den 3 september 2013, underrättade kommissionen sökandebolaget och Morpol om att den hyste allvarliga tvivel angående koncentrationens förenlighet med den inre marknaden, vad gällde en potentiell marknad för skotsk lax.

17 I syfte att undanröja kommissionens allvarliga tvivel föreslog sökandebolaget den 9 september 2013 att det skulle vidta åtgärder i enlighet med artikel 6.2 i rådets förordning (EG) nr 139/2004 av den 20 januari 2004 om kontroll av företagskoncentrationer (EUT L 24, 2004, s. 1). Kommissionen lät dessa inledande åtaganden bli föremål för en marknadskonsultation. Efter det att vissa ändringar hade gjorts, lades en rad slutliga åtaganden fram den 25 september 2013. Sökandebolaget åtog sig att avyttra omkring tre fjärdedelar av den överlappande kapacitet i fråga om odling av skotsk lax som parterna i koncentrationen förfogade över och skingrade på så sätt kommissionens allvarliga tvivel.

18 Den 30 september 2013 antog kommissionen beslut C(2013) 6449 (ärende COMP/M.6850 – Marine Harvest/Morpol) (nedan kallat tillståndsbeslutet) i enlighet med artikel 6.1 b och 6.2 i förordning nr 139/2004 med förbehåll för iakttagande av åtagandena.

19 I tillståndsbeslutet konstaterade kommissionen att december 2012-förvärvet redan hade gett sökandebolaget kontroll i faktisk mening över Morpol. Den hävdade att det inte kunde uteslutas att det skett ett åsidosättande av skyldigheten att bevara status quo i enlighet med artikel 7.1 i förordning nr 139/2004 och den anmälningsskyldighet som föreskrivs i artikel 4.1 i förordningen. Kommissionen framhöll även att den i ett särskilt förfarande kunde undersöka om det var lämpligt att tillämpa en sanktion enligt artikel 14.2 i förordning nr 139/2004.

D. Det angripna beslutet och det förfarande som ledde till dess antagande

20 I en skrivelse av den 30 januari 2014 informerade kommissionen sökandebolaget om att en undersökning pågick angående eventuella åsidosättanden av artiklarna 7.1 och 4.1 i förordning nr 139/2004.

21 Den 31 mars 2014 riktade kommissionen ett meddelande om invändningar till sökandebolaget i överensstämmelse med artikel 18 i förordning nr 139/2004 (nedan kallat meddelandet om invändningar). I meddelandet om invändningar kom kommissionen fram till den preliminära slutsatsen att sökandebolaget uppsåtligt eller åtminstone av oaktsamhet hade åsidosatt artiklarna 4.1 och 7.1 i förordning nr 139/2004.

22 Den 30 april 2014 besvarade sökandebolaget meddelandet om invändningar. Den 6 maj 2014 redogjorde sökandebolaget under ett hörande för de argument som svaret innehöll. Den 7 juli 2014 höll rådgivande kommittén för koncentrationer ett möte.

23 Den 23 juli 2014 antog kommissionen beslut C(2014) 5089 final, om åläggande av böter för genomförandet av en företagskoncentration med åsidosättande av artiklarna 4.1 och 7.1 i förordning nr 139/2004 (ärende COMP/M.7184 – Marine Harvest/Morpol) (nedan kallat det angripna beslutet).

24 De tre första artiklarna i artikeldelen i det angripna beslutet har följande lydelse:

”Artikel 1

[Sökandebolaget] har genom att genomföra en koncentration av gemenskapsdimension under perioden från den 18 december 2012 till den 30 september 2013, innan den anmälts och förklarats förenlig med den inre marknaden, åsidosatt artiklarna 4.1 och 7.1 i förordning (EG) nr 139/2004.

Artikel 2

Böter på 10 000 000 euro påförs [sökandebolaget] för det åsidosättande av artikel 4.1 i förordning (EG) nr 139/2004 som anges i artikel 1.

Artikel 3

Böter på 10 000 000 euro påförs [sökanden] för det åsidosättande av artikel 7.1 i förordning (EG) nr 139/2004 som anges i artikel 1.”

25 I det angripna beslutet fann kommissionen att sökandebolaget hade förvärvat kontroll i faktisk mening över Morpol efter det att förvärvet avslutats i december 2012, eftersom sökandebolaget nästan var övertygat om att erhålla majoritet vid bolagsstämman med hänsyn till storleken på dess aktieinnehav (48,5 procent) och övriga aktieägarnas närvarotal vid tidigare års bolagsstämmor.

26 Kommissionen ansåg vidare att december 2012-förvärvet inte kunde omfattas av det undantag som föreskrivs i artikel 7.2 i förordning nr 139/2004. I det hänseendet anförde kommissionen att artikel 7.2 i förordning nr 139/2004 endast är tillämplig på offentliga bud eller på flera transaktioner med

värdepapper genom vilka kontroll förvärvas ”från flera säljare” i den mening som avses i artikel 3 förordning nr 139/2004. Enligt kommissionen har i förevarande fall det aktieinnehav som innebär kontroll förvärvats från en enda säljare, det vill säga M., via Friendmall och Bazmonta Holding, tack vare december 2012-förvärvet.

27 Enligt kommissionen är artikel 7.2 i förordning nr 139/2004 inte avsedd att tillämpas på situationer där ett betydande antal aktier förvärvas av en enda säljare och det är lätt att fastställa, med stöd av röstetalen vid ordinarie och extraordinarie bolagsstämmor, att detta antal aktier medför kontroll i faktisk mening över målföretaget.

28 Kommissionen har vidare anfört att december 2012-förvärvet som hade avslutats den 18 december 2012 inte ingick i det offentliga bud som löpte från den 15 januari till den 26 februari 2013. Kommissionen anser att den omständigheten att december 2012-förvärvet kunde ha utlöst en skyldighet för sökandebolaget att lägga ett offentligt bud avseende förvärvet av de resterande aktierna i Morpol saknar relevans, eftersom kontroll i faktisk mening redan hade förvärvats via en enda säljare.

29 Kommissionen anser vidare att sökandebolagets hänvisning till rättskällor, enligt vilka ”flera enhetsstadier” betraktas som utgörande en enda koncentration när de rättsligt eller faktiskt är förenade genom villkor, verkar vara irrelevanta. Den har understrukit att sökandebolaget förvärvade kontroll över Morpol via ett enda förvärv av 48,5 procent av aktierna i Morpol och inte genom flera transaktioner rörande aktier som likväl till sist utgjorde en enda ekonomisk enhet.

30 Kommissionen har anfört att enligt artikel 14.3 i förordning nr 139/2004, ska vid fastställandet av bötesbeloppet hänsyn tas till överträdelsens art, hur allvarlig den är och hur länge den har pågått.

31 Kommissionen har slagit fast att varje åsidosättande av artiklarna 4.1 och 7.1 i förordning nr 139/2004 till sin natur utgör en allvarlig överträdelse.

32 När kommissionen skulle bedöma hur allvarlig överträdelsen var, beaktade den att sökandebolaget hade begått överträdelsen av oaktsamhet, att koncentrationen i fråga väckte allvarliga tvivel angående förenligheten med den inre marknaden, samt att det fanns tidigare ärenden om överträdelser av förfarandereglerna som gällde sökandebolaget och andra bolag.

33 Vad angår överträdelsens varaktighet framhöll kommissionen att ett åsidosättande av artikel 4.1 i förordning nr 139/2004 var en omedelbar överträdelse och att den i förevarande fall begicks den 18 december 2012, det vill säga den dag då koncentrationen genomfördes. Kommissionen anser dessutom att åsidosättandet av artikel 7.1 i förordning nr 139/2004 var en fortlöpande överträdelse och att den i det aktuella fallet hade pågått från den 18 december 2012 till den 30 september 2013, det vill säga från dagen för genomförandet av december 2012-förvärvet till dagen för beviljandet av tillstånd. Enligt kommissionen är nio månader och 12 dagar en synnerligen lång tid.

34 Kommissionen fastställde, som en förmildrande omständighet, att sökandebolaget inte hade använt sig av sina rösträtter i Morpol och att det hade bibehållit Morpol som en avskild enhet i sökandebolaget under förfarandet för kontroll av koncentrationen.

35 Kommissionen fastställde vidare som en förmildrande omständighet att sökandebolaget hade framställt en begäran om att en arbetsgrupp skulle utses några dagar efter det att december 2012-förvärvet avslutats.

36 Kommissionen har däremot inte påstått att det förelåg några försvårande omständigheter.

37 Kommissionen anser att när det rör sig om ett företag av sökandebolagets storlek bör bötesbeloppet vara betydande för att få en avskräckande verkan. Så är fallet i än högre grad när det råder tvivel om huruvida företagskoncentrationen i fråga är förenlig med den inre marknaden.

II. Förfarandet och parternas yrkanden

38 Genom ansökan som inkom till tribunalens kansli den 3 oktober 2014 väckte sökandebolaget förevarande talan.

39 Genom särskild handling som inkom samma dag till tribunalens kansli, begärde sökandebolaget att tribunalen, i enlighet med artikel 76 a i tribunalens rättegångsregler av den 2 maj 1991, skulle avgöra målet genom skyndsam handläggning. Genom skrivelse av den 17 oktober 2014 yttrade sig kommissionen över denna begäran. Genom beslut av den 23 oktober 2014 avslog tribunalen begäran om skyndsam handläggning,

40 På grundval av referentens rapport beslutade tribunalen att inleda den muntliga delen av förfarandet. Som en åtgärd för processledning enligt artikel 89 i tribunalens rättegångsregler ställde den skriftliga frågor till parterna och anmodade kommissionen att förete vissa handlingar. Parterna besvarade de skriftliga frågorna och kommissionen företedde de begärda handlingarna.

41 Sökanden har yrkat att tribunalen ska

– ogiltigförklara det angripna beslutet,

– i andra hand upphäva de böter som ålagts sökanden enligt det angripna beslutet,

– i sista hand, väsentligt sätta ned de böter som ålagts sökanden enligt det angripna beslutet,

– i vart fall förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna, och

– vidta varje annan åtgärd som tribunalen finner lämplig.

42 Kommissionen har yrkat att tribunalen ska

– ogilla talan i dess helhet, och

– förplikta sökanden att ersätta rättegångskostnaderna.

III. Rättslig bedömning

43 Sökandebolaget har till stöd för sin talan åberopat fem grunder. Den första grunden avser en uppenbart felaktig rättstillämpning och en uppenbart felaktig bedömning av de faktiska omständigheterna såvitt kommissionen i det angripna beslutet fann att artikel 7.2 i förordning nr 139/2004 inte var tillämplig. Genom den andra grunden har sökandebolaget anfört att det skett en uppenbart felaktig rättstillämpning och en uppenbart felaktig bedömning av de faktiska omständigheterna, såvitt det i det angripna beslutet påstås att sökandebolaget har handlat oaktsamt. Den tredje grunden bygger på ett åsidosättande av principen *ne bis in idem*. Med den fjärde grunden har sökandebolaget anfört att det har skett en uppenbart felaktig rättstillämpning och en uppenbart felaktig bedömning av de faktiska omständigheterna, såvitt bolaget har påförts böter. Den femte grunden slutligen, avser en uppenbart felaktig rättstillämpning och en uppenbart felaktig bedömning av de faktiska omständigheterna samt utebliven motivering vad gäller fastställandet av bötesnivåerna.

A. Den första grunden: Uppenbart felaktig rättstillämpning och uppenbart felaktig bedömning av de faktiska omständigheterna såvitt kommissionen i det angripna beslutet fann att artikel 7.2 i förordning nr 139/2004 inte var tillämplig

44 Den första grunden består av fyra delar. Den första delgrunden bygger på att det angripna beslutet är behäftat med felaktig rättstillämpning och uppenbart felaktig bedömning av de faktiska omständigheterna såvitt kommissionen förkastade begreppet en enda koncentration i samband med sin tolkning av artikel 7.2 i förordning nr 139/2004. Den andra delgrunden avser en felaktig tolkning av ordalydelsen i artikel 7.2 i förordning nr 139/2004. Sökandebolaget har genom sin tredje grund anfört att syftet med artikel 7.2 i förordning nr 139/2004 har misstolkats. Slutligen har sökandebolaget i den fjärde delgrunden hävdat att det handlat i överensstämmelse med artikel 7.2 i förordning nr 139/2004.

45 I förvarande fall är det lämpligt att pröva den första grundens tre första delar tillsammans, då samtliga rör tolkningen av artikel 7.2 i förordning nr 139/2004.

1. Den första grundens första tre delar

a) Inledande synpunkter

46 Det ska först erinras om att artikel 14.2 a och b i förordning nr°139/2004 har följande lydelse:

”Kommissionen får genom beslut ålägga de berörda personerna som avses i artikel 3.1 b eller de berörda företagen böter om högst 10 % av det berörda företagets sammanlagda omsättning enligt definitionen i artikel 5, om de uppsåtligen eller av oaktsamhet:

a) underlåter att anmäla en koncentration i enlighet med artikel 4 eller artikel 22.3 innan den genomförs, om de inte uttryckligen har fått tillstånd till det med stöd av artikel 7.2 eller med stöd av ett beslut enligt artikel 7.3,

b) genomför en koncentration i strid med artikel 7.”

47 Enligt artikel 4.1 första stycket i förordning nr°139/200 ska ”koncentrationer med en gemenskapsdimension enligt definitionen i denna förordning … anmälas till kommissionen innan de genomförs och efter ingåendet av avtalet, tillkännagivandet av det offentliga budet eller förvärvet av en kontrollerande andel”.

48 Enligt artikel 7.1 i förordningen får ”en koncentration som har en gemenskapsdimension … varken genomföras före anmälan eller innan den har förklarats förenlig med den [inre] marknaden genom ett beslut enligt artikel 6.1 b, artikel 8.1 eller 8.2 eller på grundval av en presumtion enligt artikel 10.6”.

49 Vidare har artikel 3.1 i förordning nr°139/2004 följande lydelse:

”1. En koncentration skall anses uppstå om en varaktig förändring av kontroll följer av att

…

b) en eller flera personer som redan kontrollerar minst ett företag eller ett eller flera företag genom förvärv av värdepapper eller tillgångar, genom avtal eller på annat sätt direkt eller indirekt förvärvar kontroll helt eller delvis över ett eller flera andra företag.”

50 I artikel 3.2 i förordning nr 139/2004, anges slutligen att ”[k]ontroll uppnås genom rättigheter, avtal eller andra medel som, antingen var för sig eller tillsammans och med hänsyn till alla faktiska eller rättsliga förhållanden, ger möjlighet att utöva ett avgörande inflytande på ett företag”.

51 I det aktuella fallet kan det genast konstateras att sökandebolaget, genom december 2012-förvärvet, förvärvade intressen i Morpol som uppgick till omkring 48,5 procent av Morpols aktiekapital.

52 Såsom kommissionen konstaterade i punkt 55 i det angripna beslutet, utan att motsägas av sökandebolaget på denna punkt, var Morpol vid tiden för december 2012-förvärvet ett norskt aktiebolag och därför tilldelades rösträtterna enligt principen ”varje aktie har en röst”. En enkel majoritet av aktier och röster räckte således för att anta ett förslag utom i fråga om några transaktioner som krävde kvalificerad två tredjedels majoritet.

53 Kommissionen anförde dessutom helt riktigt i punkt 57 i det angripna beslutet att en minoritetsaktieägare också ensam kan anses inneha kontroll i faktisk mening. Så är till exempel fallet när aktieägaren kan vara nästan helt säker på att erhålla majoritet vid bolagsstämman med hänsyn till sitt procentuella aktieinnehav och de övriga aktieägarnas närvarotal vid tidigare års bolagsstämmor (se, för ett liknande resonemang, dom av den 12 december 2012, Electrabel/kommissionen, T-332/09, EU:T:2012:672, punkterna 45–48).

54 Därefter har kommissionen anfört att M. (via Friendmall och Bazmonta Holding) alltid fick en klar majoritet av rösterna vid bolagsstämman och att resten av Morpols aktiekapital var mycket spritt, vilket innebar att övriga aktieägare inte hade kunnat bilda en blockerande minoritet som kunde överta M:s beslutsmakt, därför att endast ett litet antal av dem brukade närvara vid bolagsstämmorna.

55 Kommissionen drog då slutsatsen, utan att motsägas av sökandebolaget på denna punkt, att M. ensam utövade kontroll i faktisk mening över Morpol före december 2012-förvärvet via sina intressen i Friendmall och Bazmonta Holding.

56 Kommissionen konstaterade slutligen med rätta att december 2012-förvärvet hade gett sökandebolaget samma rättigheter och samma möjligheter att utöva ett avgörande inflytande över Morpol som M. tidigare hade via Friendmall och Bazmonta Holding.

57 Det följer av det ovan anförda att kommissionen med rätta, i punkt 68 i det angripna beslutet, konstaterade att sökandebolaget hade förvärvat kontroll över Morpol efter det att förvärvet hade avslutats i december 2012.

58 Sökandebolaget har vid flera tillfällen understrukit att det inte utövade sin rösträtt, även om detta skett i andra sammanhang, innan kommissionen hade beviljat tillstånd till koncentrationen. Tribunalen konstaterar att enligt artikel 3.2 i förordning nr 139/2004, är kontroll en följd av de rättigheter som ger ”möjlighet” att utöva ett bestämmande inflytande över ett företags verksamhet. Följaktligen är den avgörande faktorn förvärv av kontroll i formell mening och inte effektivt utövande av en sådan kontroll (se, analogt, dom av den 12 december 2012, Electrabel/kommissionen, T-332/09, EU:T:2012:672, punkt 189). Den omständigheten att innehavet av rösträttigheter ledde till att sökandebolaget erhöll kontroll i faktisk mening över Morpol, kan inte ifrågasättas av det faktum att sökandebolaget inte utövade sina rösträttigheter innan det erhållit tillstånd att genomföra koncentrationen.

59 Såsom kommissionen påpekade i punkterna 72 och 73 i det angripna beslutet föreföll det i vissa artiklar i avtalet om aktieförvärv vara underförstått att sökandebolaget endast skulle utöva sina rösträttigheter i Morpol efter det att tillstånd hade erhållits av konkurrensmyndigheterna. Emellertid innehåller avtalet om aktieförvärv inte någon bestämmelse som utgör hinder mot att sökandebolaget utövade sina rösträttigheter i avvaktan på tillståndet. Det stod följaktligen sökandebolaget fritt att utöva sina rösträttigheter i Morpol, när som helst efter det att december 2012-förvärvet hade avslutats.

60 Sökandebolaget bekräftade för övrigt, som svar på en fråga från tribunalen vid förhandlingen, att det inte bestred att förvärvet av andelen 48,5 procent i Morpol hade inneburit att det erhöll kontroll över Morpol i den mening som avses i förordning nr 139/2004.

61 Enligt vad kommissionen nämnde i punkterna 8, 13 och 66 i det angripna beslutet, hade december 2012-förvärvet avslutats den 18 december 2012. Sökandebolaget medgav i punkt 13 i ansökan att avtalet om aktieförvärv ingicks och de aktier som M. ägde i Morpol överfördes till sökandebolaget den 18 december 2012.

62 Sökandebolaget har inte bestritt att koncentrationen i fråga hade en gemenskapsdimension.

63 Eftersom sökandebolaget erhöll kontroll över Morpol tack vare december 2012-förvärvet, borde det i princip, enligt artikarna 4.1 första stycket och 7.1 i förordning nr 139/2004, ha anmält denna koncentration till kommissionen innan den genomfördes i stället för att genomföra den innan den hade förklarats förenlig med den inre marknaden av kommissionen.

64 Det följer av det ovan anförda att den fråga som är relevant för prövningen av den första grundens första del är huruvida det undantag som föreskrivs i artikel 7.2 i förordning nr 139/2004 var tillämpligt i det aktuella fallet.

b) Huruvida artikel 7.2 i förordning nr 139/2004 var tillämplig

65 Artikel 7.2 i förordning nr 139/2004 har följande lydelse:

”Punkt 1 skall inte utgöra hinder för genomförandet av ett offentligt bud eller av en rad transaktioner med värdepapper, inklusive sådana som kan konverteras till andra värdepapper som kan vara föremål för handel på en marknad såsom en fondbörs, genom vilket kontroll i den mening som avses i artikel 3 förvärvas från flera säljare, förutsatt att

a) koncentrationen anmäls till kommissionen enligt artikel 4 utan dröjsmål,

b) förvärvaren inte utövar de rösträttigheter som följer med värdepapperen i fråga eller gör det endast för att upprätthålla det fulla värdet av sina investeringar, på grundval av en dispens som har meddelats av kommissionen enligt punkt 3.”

66 Artikel 7.2 i förordning nr 139/2004 innehåller således två typfall av vilka det ena är förbundet med ett offentligt bud (det första typfallet) och det andra med värdepapperstransaktioner (det andra typfallet).

67 Som svar på en fråga i samband härmed som ställdes vid förhandlingen, preciserade sökandebolaget att dess resonemang byggde på det första typfallet i artikel 7.2 i förordning nr 139/2004, vilket fördes till förhandlingsprotokollet.

1) Koncentrationen i fråga omfattas inte av ordalydelsen i artikel 7.2 i förordning nr 139/2004

68 Det ska erinras om att enligt det första typfall som anges i artikel 7.2 i förordning nr 139/2004 ska ”[p]unkt 1 … inte utgöra hinder för genomförandet av ett offentligt bud”, förutsatt att koncentrationen anmäls utan dröjsmål och förvärvaren inte utövar sina rösträttigheter innan tillstånd beviljats för koncentrationen.

69 I det aktuella fallet kan det noteras att kommissionen inte konstaterade att sökandebolaget hade åsidosatt artikel 7.1 i förordning nr 139/2004 genom att genomföra ett offentligt bud. Den konstaterade att sökandebolaget hade åsidosatt artiklarna 7.1 och 4.1 i förordning nr 139/2004 genom december 2012-förvärvet. Det ska erinras om att det offentliga budet inte lades förrän 15 januari 2013, det vill säga efter det att december 2012-förvärvet hade avslutats.

70 Den omständigheten att det anges i artikel 7.2 i förordning nr 139/2004 att punkt 1 i samma artikel inte ska utgöra hinder för genomförandet av ett offentligt bud saknar i princip relevans i förevarande mål.

71 I det första typfall som nämns i artikel 7.2 i förordning nr 139/2004 är det under vissa omständigheter möjligt att genomföra ett offentligt bud före anmälan och godkännande, även om detta innebär en koncentration av gemenskapsdimension. Enligt artikelns ordalydelse är det dock inte tillåtet att genomföra ett privat förvärv.

72 Det ska således slås fast att det första typfall som nämns i artikel 7.2 i förordning nr 139/2004 inte är tillämpligt i förevarande mål.

73 Trots att sökandebolaget vid förhandlingen uppgav att det grundade sig på det första typfallet i artikel 7.2 i förordning nr 139/2004, ska det påpekas att koncentrationen i fråga inte heller omfattas av ordalydelsen i det andra typfall som anges i artikel 7.2 i förordning nr 139/2004.

74 Enligt det andra typfallet som anges i artikel 7.2 i förordning nr 139/2004, ska ”b) [p]unkt 1 … inte utgöra hinder för genomförandet … av en rad transaktioner med värdepapper, som kan vara föremål för handel på en marknad såsom en fondbörs, genom vilket kontroll i den mening som avses i artikel 3 förvärvas från flera säljare”, förutsatt att vissa villkor är uppfyllda.

75 Det ska slås fast att sökandebolaget i det aktuella fallet förvärvade kontroll över Morpol via en enda säljare genom en enda värdepapperstransaktion, nämligen december 2012-förvärvet, såsom kommissionen nämnde i punkt 101 i det angripna beslutet.

76 I och med att M. vid den tiden kontrollerade Friendmall och Bazmonta Holding, var han den enda säljaren av aktierna i Morpol.

77 Sökandebolaget gjorde härvidlag vid förhandlingen gällande att kommissionen, i sitt beslut av den 26 februari 2007 (ärende LGI/Telenet – COMP/M.4521) (nedan kallat beslutet LGI/Telenet), inte hade ställt frågan om vem som slutgiltigt kontrollerade de enheter som sålde aktierna i bolaget Telenet. Enligt sökandebolaget kontrollerades dessa enheter, det vill säga mellankommunala sammanslutningar, slutgiltigt av den flamländska regionen. Sökandebolaget har understrukit att kommissionen i det aktuella fallet grundade sig på det förhållandet att både Friendmall och Bazmonta Holding kontrollerades av M. och att sökandebolaget därför enligt kommissionen inte hade förvärvat kontroll via flera säljare, men kommissionen hade dock inte ställt samma fråga i det ärende som ledde fram till beslutet LGI/Telenet.

78 För det första ska det framhållas att tribunalen inte är bunden av kommissionens beslutspraxis. För det andra framgår det av förteckningen över aktieägarnas deltagande vid bolagsstämmorna, vilken återfinns i punkt 59 i det angripna beslutet, att Friendmall ensamt innehade en mycket klar majoritet av rösterna under alla dessa bolagsstämmor. Sökandebolaget ensamt förvärvade således kontroll i faktisk mening över Morpol genom att förvärva enbart de aktier som tillhörde Friendmall. Enligt vad kommissionen konstaterade i punkt 63 i det angripna beslutet, erkände sökandebolaget i sitt svar på kommissionens begäran om upplysningar av den 12 februari 2013 att Morpol kontrollerades helt av Friendmall, med hänsyn till de aktier som företrädde vid årliga och extra ordinarie bolagsstämmor. Det är således inte nödvändigt att i detta sammanhang i detalj studera de faktiska omständigheter som låg till grund för beslutet LGI/Telenet (se punkt 77 ovan).

79 Såsom kommissionen konstaterade, i punkt 66 i det angripna beslutet, avslutades december 2012-förvärvet den 18 december 2012.

80 Det offentliga budet lades inte förrän den 15 januari 2013, det vill säga en dag då sökandebolaget ensamt redan innehade kontroll i faktisk mening över Morpol.

81 Även om det är riktigt att sökandens hela köp av Morpol ägde rum i flera etapper och genom förmedling av flera köpare, genomfördes förvärvet av kontroll genom en enda transaktion via en enda säljare. Kontroll förvärvades således varken via flera säljare eller genom en rad transaktioner.

82 Härav följer att det andra typfall som anges i artikel 7.2 i förordning nr 139/2004 enligt sin lydelse inte heller är tillämpligt.

83 Det ska således anses att december 2012-förvärvet enligt ordalydelsen i artikel 7.2 i förordning nr 139/2004 inte omfattas av denna bestämmelse.

84 Sökandebolagets resonemang grundas på att det rör sig om en ”enda koncentration”, såtillvida att december 2012-förvärvet och det senare offentliga budet utgör en enhet. Det ska prövas om detta argument är välgrundat.

2) Sökandebolagets påstående att det rör sig om en enda koncentration

i) Inledande synpunkter

85 Sökandebolaget har gjort gällande att kommissionen i det angripna beslutet förbisåg det väsentliga rättsliga sambandet och sambandet genom villkor mellan december 2012-förvärvet och det offentliga budet och att den förde ett resonemang som strider mot förordning nr 139/2004, tribunalens rättspraxis, kommissionens konsoliderade tillkännagivande om behörighet enligt rådets förordning (EG) nr 139/2004 (EUT C 43, 2009, s. 10, nedan kallat det konsoliderade tillkännagivandet om behörighet), samt mot kommissionens beslutspraxis och praxis i medlemsstaterna.

86 Enligt sökandebolaget borde kommissionen ha dragit slutsatsen att december 2012-förvärvet och det senare offentliga budet utgjorde etapper i en enda koncentration.

87 Tribunalen erinrar i detta sammanhang om att sökandebolaget vid förhandlingen preciserade att det baserade sitt resonemang på det första typfallet i artikel 7.2 i förordning nr 139/2004. Härav följer att sökandebolaget i huvudsak har gjort gällande att december 2012-förvärvet, trots att det ägde rum innan det offentliga budet lades, dock var en del av detta. Kommissionen har enligt sökandebolaget väsentligen konstaterat att en överträdelse hade begåtts som bestod i genomförandet av ett offentligt bud, och detta trots att det framgår av det första typfallet i artikel 7.2 i förordning nr 139/2004 att artikel 7.1 i förordning nr 139/2004 inte utgör hinder mot ett sådant genomförande.

88 Det ska undersökas huruvida december 2012-förvärvet och det offentliga budet kan betraktas som en enda koncentration eller ej.

89 Det bör inledningsvis preciseras att begreppet en ”enda koncentration” inte förekom i rådets förordning (EEG) nr 4064/89 av den 21 december 1989, angående företagskoncentrationer (EGT L 395, 1989, s. 1) som föregick förordning nr 139/2004.

90 Kommissionen har i flera beslut använt sig av begreppet en ”enda koncentration” och tribu godkände detta begrepp i domen av den 23 februari 2006, Cementbouw Handel & Industrie/kommissionen (T-282/02, EU:T:2006:64).

91 Vad angår förordning nr 139/2004, kan det konstateras att begreppet en enda koncentration enbart förekommer i skäl 20 och inte i förordningens artiklar.

92 Den tredje meningen i skäl 20 i förordning nr 139/2004 har följande lydelse:

”Vidare bör sådana transaktioner som har nära anknytning till varandra genom att de är förenade genom villkor eller genomförs under tämligen kort tid i form av en rad transaktioner med värdepapper betraktas som en enda koncentration.”

93 I praktiken har kommissionen använt begreppet en enda koncentration i två typfall.

94 I detta ämne anges följande i punkt 44 i det konsoliderade tillkännagivandet om behörighet:

”Principen att flera transaktioner kan behandlas som en enda koncentration på de ovan angivna villkoren gäller endast om resultatet är att samma person(er) eller företag förvärvar kontroll över ett eller flera företag. Detta kan först och främst vara fallet om en enda verksamhet eller ett enda företag förvärvas genom flera rättsliga transaktioner. För det andra kan även flera företags förvärv av kontroll – vilka i sig skulle kunna utgöra koncentrationer – ha ett sådant samband att de utgör en enda koncentration.”

95 Det existerar två situationer, nämligen för det första förvärv av en enskild verksamhet eller ett enskilt företag via flera transaktioner och för det andra flera företags förvärv av kontroll som i sig skulle kunna utgöra flera koncentrationer.

96 Det anges sedan i skäl 20 tredje meningen i förordning nr 139/2004 två möjligheter att styrka att det föreligger en enda koncentration. Transaktionerna ska ha nära anknytning till varandra antingen genom att de är förenade genom villkor eller genom att de ska genomföras under tämligen kort tid i form av en rad värdepapperstransaktioner.

97 Som svar på en fråga om detta vid förhandlingen bekräftade sökandebolaget att det baserade sig på den första möjlighet som nämns i tredje meningen i skäl 20 i förordning nr 139/2004, angående transaktioner som är förenade genom villkor, vilket fördes till förhandlingsprotokollet.

98 Det är således lämpligt att undersöka huruvida det i det aktuella fallet kan styrkas att det föreligger en enda koncentration, med stöd av den möjlighet som anges i tredje meningen i skäl 20 i förordning nr 139/2004.

99 Det är tydligt att den i det aktuella fallet berörda koncentrationen inte inbegrips i den andra situationen, såsom den förklaras i punkt 95 ovan, det vill säga den situation där flera företag har förvärvat kontroll.

100 Det ska således prövas huruvida koncentrationen i fråga kan hänföras till den första situationen, såsom den förklaras i punkt 95 ovan, det vill säga den situation där ett enskilt företag förvärvats via flera transaktioner.

101 Sökandebolaget anser att flera transaktioner utgör en enda koncentration om dessa är beroende av varandra så att ingen av dem hade kunnat genomföras utan den andra. Sökandebolaget anser väsentligen att enbart den omständigheten att flera transaktioner är förenade genom villkor räcker för att de ska anses ingå i en enda koncentration. Sökandebolaget har således anfört att kommissionen borde ha ansett att december 2012-förvärvet och det offentliga budet hade en ”enhetlig karaktär” som innebar att de måste prövas och bedömas tillsammans som delar av en enda koncentration.

102 Kommissionen fann däremot i punkt 105 i det angripna beslutet att ”det saknar relevans att [sökandebolaget] kanske uppfattade att december 2012-förvärvet och de följande etapperna i dess övertagande av Morpol i ekonomiskt avseende var en del av samma transaktion”. Kommissionen framhöll sedan i punkt 113 i det angripna beslutet att ”[sökandebolagets] hänvisningar till rättskällor verkar irrelevanta, enligt vilka ”flera enhetsstadier” betraktas som utgörande en enda koncentration när de rättsligt eller faktiskt är förenade genom villkor”, vilket den förklarade i detalj i punkterna 114–117 i det angripna beslutet. Kommissionen uttalade sig inte i det angripna beslutet om huruvida december 2012-förvärvet och det senare offentliga budet, rättsligt eller faktiskt, var förenade genom villkor.

103 Tribunalen ska således undersöka huruvida inom ramen för den första situationen, det vill säga när ett enskilt företag har förvärvats via flera transaktioner, enbart förekomsten av nära anknytning mellan transaktionerna genom att de rättsligt eller faktiskt är förenade genom villkor är tillräcklig för att slå fast att det rör sig om en enda koncentration, även när kontroll över målföretaget har förvärvats genom en enda privat transaktion innan det offentliga budet läggs.

104 I detta sammanhang ska tribunalen pröva för det första sökandebolagets påstående enligt vilket kommissionens ståndpunkt strider mot det konsoliderade tillkännagivandet om behörighet, för det andra sökandebolagets påstående att kommissionens ståndpunkt strider mot tribunalens rättspraxis och kommissionens beslutspraxis, för det tredje sökandebolagets påstående att kommissionens ståndpunkt strider mot skäl 20 i förordning nr 139/2004, för det fjärde sökandebolagets påstående att kommissionens ståndpunkt strider mot praxis i medlemsstaterna och för det femte sökandebolagets påstående att kommissionen har misstolkat syftet med artikel 7.2 i förordning nr 139/2004.

ii) Sökandebolagets påstående att kommissionens ståndpunkt strider mot det konsoliderade tillkännagivandet om behörighet

105 Sökandebolaget anser att den ståndpunkt som kommissionen intog i det angripna beslutet strider mot det konsoliderade tillkännagivandet om behörighet. Sökandebolaget har anfört att det konsoliderade tillkännagivandet om behörighet i punkt 43 anger att ”två eller flera transaktioner utgör en enda koncentration när de har ett *rättsligt* samband, det vill säga, själva avtalen är *’ömsesidigt villkorade*’ av varandra, eller ett *faktiskt* samband, …”.

106 Detta påstående från sökandebolagets sida bygger på att det har missförstått punkt 43 i det konsoliderade tillkännagivandet om behörighet. Denna punkt har följande lydelse:

”Att transaktioner är förenade med varandra genom villkor innebär att ingen av dem skulle genomföras utan de andra och de utgör därmed en enda transaktion. Sådan villkorlighet kan normalt påvisas om transaktionerna har ett rättsligt samband med varandra, dvs. själva avtalen är ömsesidigt villkorade av varandra. Om det med tillräcklig säkerhet kan påvisas att en faktisk villkorlighet föreligger, kan det också vara tillräckligt för att behandla transaktionerna som en enda koncentration. Detta kräver en ekonomisk bedömning av huruvida var och en av transaktionerna nödvändigtvis är beroende av att de andra transaktionerna genomförs. Andra tecken på att flera transaktioner är beroende av varandra kan vara uttalanden från parterna själva eller det faktum att de berörda avtalen har ingåtts samtidigt. Det är svårt att konstatera att flera transaktioner faktiskt är beroende av varandra om de inte har genomförts samtidigt. Även för transaktioner som rättsligt är villkorade av varandra kan det ifrågasättas om de verkligen är beroende av varandra om det är uppenbart att de inte genomförts samtidigt.”

107 Vad angår begreppet ”en enda koncentration” innehåller denna punkt enbart konstaterandet att om faktisk villkorlighet föreligger, detta också ”kan” vara tillräckligt för att transaktionerna ska betraktas som en enda koncentration Det följer inte av denna formulering att det alltid är tillräckligt att villkorlighet föreligger för att flera transaktioner ska kunna behandlas som en enda koncentration.

108 Tribunalen uppmärksammar att den första meningen i punkt 45 i det konsoliderade tillkännagivandet om behörighet är formulerad på följande sätt:

”Det kan alltså vara fråga om en enda koncentration om samma köpare (en eller flera) *förvärvar kontroll* över en enda verksamhet, dvs. en enda ekonomisk enhet, *genom flera rättsliga transaktioner* om dessa är villkorade av varandra” (kursivering tillagd).

109 Den punkten rör, enligt vad texten anger, förvärv av ett enda företag (det vill säga den första situationen såsom den beskrivs i punkt 95 ovan). Det är nödvändigt, enligt punkt 45 i det konsoliderade tillkännagivandet om behörighet, för att det i den första situationen ska kunna vara fråga om en enda koncentration, att förvärvet av kontroll sker genom flera transaktioner. I det aktuella fallet förvärvades emellertid kontroll enbart via december 2012-förvärvet vilket hade avslutats innan det offentliga budet lades på de resterande aktierna i Morpol.

110 Sökandebolaget har dessutom utgått från punkt 40 i det konsoliderade tillkännagivandet om behörighet, där det i första meningen anges att ”transaktioner som är beroende av varandra med hänsyn till parternas ekonomiska syften också bör bedömas i ett enda förfarande enligt [förordning nr 139/2004]”. Det ska emellertid noteras att den andra meningen i punkt 40 i det konsoliderade tillkännagivandet om behörighet anger följande: ”Under dessa omständigheter uppstår förändringen av marknadsstrukturen genom dessa transaktioner tillsammans.” Således avser punkt 40 i det konsoliderade tillkännagivandet om behörighet situationer där marknadsstrukturen förändrats till följd av ett antal transaktioner och inte situationer där den förändrade marknadsstrukturen, det vill säga förvärvet av kontroll över ett enskilt målföretag, sker genom en enda transaktion.

111 När kontroll förvärvas över ett enda företag genom flera transaktioner är det möjligt, enligt det konsoliderade tillkännagivandet om behörighet, att under vissa förutsättningar betrakta dessa transaktioner som en enda koncentration. Förvärvet av kontroll med hjälp av flera transaktioner utgör således en förutsättning för att begreppet en enda koncentration ska kunna tillämpas i den första situationen, såsom den beskrivs i punkt 95 ovan, det vill säga ett förvärv av en enskild verksamhet eller ett enskilt företag via flera transaktioner.

112 Sökandebolaget har väsentligen gjort gällande att eftersom december 2012-förvärvet och det senare offentliga budet är förenade genom villkor, utgör de en enda koncentration och det har därav dragit slutsatsen att det förvärvade kontroll över Morpol genom flera transaktioner.

113 Ett förvärv av kontroll över ett enskilt företag via flera transaktioner utgör emellertid, enligt det konsoliderade tillkännagivandet om behörighet, ett villkor för att flera transaktioner ska kunna betraktas som en enda koncentration och inte en konsekvens av att dessa transaktioner utgör en enda koncentration.

114 I förevarande mål är detta villkor inte uppfyllt, då det inte var genom flera transaktioner som kontroll förvärvades över Morpol.

115 Vid förhandlingen stödde sökandebolaget sig även på punkt 38 i det konsoliderade tillkännagivandet om behörighet. Det betonade att det framgår av den punkten att vad som är avgörande vid bedömningen av huruvida flera transaktioner utgör en enda koncentration är frågan om ”slutresultatet” är en enda koncentration. Enligt sökandebolaget ska slutresultatet anses vara det förvärv av 100 procent av aktierna i Morpol som sökandebolaget hade planerat från början.

116 Tribunalen framhåller att punkt 38 i det konsoliderade tillkännagivandet om behörighet i huvudsak är en sammanfattning av punkterna 104–109 i domen av den 23 februari 2006, Cementbouw Handel & Industrie/kommissionen (T-282/02, EU:T:2006:64), vilka det hänvisas till i fotnot 43 i tillkännagivandet. Såsom framgår av punkt 128 nedan, följer det av punkt 104 i den domen att den relevanta frågan inte är när förvärvet av alla aktier i ett målföretag ägde rum utan när förvärvet av

kontroll ägde rum. Punkt 38 i det konsoliderade tillkännagivandet om behörighet innehåller ingen upplysning som gör det möjligt att anse att ”slutresultatet” – när ett företag redan från början har för avsikt att förvärva samtliga aktier i ett målföretag – ska fastställas i förhållande till förvärvet av samtliga aktier och inte i förhållande till förvärvet av kontroll.

117 I första meningen i punkt 38 i det konsoliderade tillkännagivandet om behörighet, precis som i punkt 104 i domen av den 23 februari 2006, Cementbouw Handel & Industrie/kommissionen (T-282/02, EU:T:2006:64), hänvisas det tydligt till definitionen av en koncentration vilken återfinns i artikel 3.1 i förordning nr 139/2004, eftersom ”resultatet är kontroll” över ett eller flera företag. Det anges dessutom i tredje meningen i punkt 38 i det konsoliderade tillkännagivandet om behörighet att ”det bör därför fastställas huruvida resultatet leder till att ett eller flera företag får direkt eller indirekt ekonomisk kontroll över ett eller flera andra företags verksamhet”. Den meningen bekräftar att resultatet ska fastställas i förhållande till förvärvet av kontroll över målföretaget.

118 I det aktuella fallet erhölls detta resultat, det vill säga förvärvet av kontroll, enbart till följd av december 2012-förvärvet.

119 I motsats till vad sökandebolaget har påstått, är således det angripna beslutet förenligt med det konsoliderade tillkännagivandet om behörighet.

iii) Sökandebolagets påstående att kommissionens ståndpunkt strider mot tribunalens rättspraxis och kommissionens beslutspraxis

120 Sökandebolaget har dessutom påstått att kommissionens resonemang i det angripna beslutet strider mot tribunalens rättspraxis och kommissionens beslutspraxis.

121 Tribunalen anser att följande ska uppmärksammas.

122 Sökandebolaget har främst grundat sig på domen av den 23 februari 2006, Cementbouw Handel & Industrie/kommissionen (T-282/02, EU:T:2006:64).

123 I det mål som avgjordes genom denna dom uppkom frågan om flera grupper av transaktioner utgjorde flera skilda företagskoncentrationer eller en enda företagskoncentration (dom av den 23 februari 2006, Cementbouw Handel & Industrie/kommissionen, T-282/02, EU:T:2006:64, punkterna 8, 45 och 91). Detta mål hänför sig således till den andra situationen såsom den beskrivits i punkt 95 ovan, det vill säga situationen där flera företag har förvärvat kontroll, vilket i sig skulle kunna behandlas som flera koncentrationer. Det kan härvidlag erinras om att förevarande mål inte kan inbegripas i denna andra situation (se punkt 99 ovan).

124 Tribunalen konstaterade att det ankommer på kommissionen att bedöma huruvida åtgärderna ”kan ses som en enhet, varför de skall anses som en enda företagskoncentration, i den mening som avses i artikel 3 förordning nr 4064/89” (dom av den 23 februari 2006, Cementbouw Handel & Industrie/kommissionen, T-282/02, EU:T:2006:64, punkt 105). Den framhöll sedan att ”[f]ör att avgöra huruvida åtgärderna i fråga utgör delar av en enhet måste tribunalen för varje enskilt fall bedöma huruvida åtgärderna är beroende av varandra, varför de inte skulle ha genomförts enskilt var och en för sig” (dom av den 23 februari 2006, Cementbouw Handel & Industrie/kommissionen, T-282/02, EU:T:2006:64, punkt 107).

125 Sökandebolaget har baserat sig på punkt 107 i domen av den 23 februari 2006, Cementbouw Handel & Industrie/kommissionen (T-282/02, EU:T:2006:64), och hävdat att det följer av denna punkt att flera juridiskt skilda transaktioner har en enhetlig karaktär och utgör en enda koncentration enligt förordning nr 139/2004 om ”dessa transaktioner är beroende av varandra, varför de inte skulle ha genomförts enskilt var och en för sig”.

126 Tribunalen finner dock att det inte är möjligt att av domen av den 23 februari 2006, Cementbouw Handel & Industrie/kommissionen (T-282/02, EU:T:2006:64), sluta sig till att varje gång flera transaktioner är ömsesidigt beroende av varandra, de med nödvändighet utgör en enda koncentration.

127 I punkt 104 i domen av den 23 februari 2006, Cementbouw Handel & Industrie/kommissionen (T-282/02, EU:T:2006:64) konstaterade tribunalen följande:

”Denna allmänna och resultatinriktade definition av begreppet företagskoncentration – där resultatet är kontrollen över ett eller flera företag – tyder på att det inte spelar någon roll om denna direkta eller indirekta *kontroll* har *förvärvats* i två eller flera etapper genom två eller flera åtgärder, förutsatt att det uppnådda resultatet är en enda företagskoncentration” (kursivering tillagd).

128 Det argument som sökandebolaget framförde vid förhandlingen enligt vilket det framgår av punkt 104 i domen av den 23 februari 2006, Cementbouw Handel & Industrie/kommissionen (T-282/02, EU:T:2006:64) att den relevanta frågan är huruvida kontroll förvärvats i slutet av en rad transaktioner, oavsett vid vilken tidpunkt denna kontroll har förvärvats, kan inte godtas. Det ska betonas att det i punkt 104 i den domen inte nämns något om förvärv av målföretag som kan ske i en eller flera etapper, utan förvärv av kontroll som kan ske i en eller flera etapper. Det relevanta är således inte den tidpunkt vid vilken förvärvet av samtliga aktier i ett målföretag ägde rum, utan vid vilken tidpunkt förvärvet av kontroll ägde rum. Det ska framhållas att när förvärvet av kontroll i faktisk mening, som i det aktuella fallet, sker genom en enda första transaktion, är de senare transaktioner genom vilka förvärvaren erhåller ytterligare andelar i detta företag inte längre relevanta för att förvärva kontroll och således för att genomföra koncentrationen.

129 I punkt 108 i domen av den 23 februari 2006, Cementbouw Handel & Industrie/kommissionen (T-282/02, EU:T:2006:64), konstaterade tribunalen att detta tillvägagångssätt syftade ”till att säkerställa att företag som anmäler en företagskoncentration behandlas enligt rättssäkerhetens krav vad gäller samtliga åtgärder som ingår i denna transaktion”.

130 I det aktuella fallet rör det sig inte om en rad transaktioner ”genom vilka företagskoncentrationen genomförs”, i och med att företagskoncentrationen hade genomförts enbart genom december 2012-förvärvet.

131 Slutligen slog tribunalen i punkt 109 i domen av den 23 februari 2006, Cementbouw Handel & Industrie/kommissionen (T-282/02, EU:T:2006:64) fast att en företagskoncentration kan ”uppstå även genom flera formellt sett skilda åtgärder om åtgärderna är beroende av varandra, varför de inte skulle ha genomförts var och en för sig, och *som har till resultat att ett eller flera företag får direkt eller indirekt ekonomisk kontroll* över ett eller flera andra företags verksamhet” (kursivering tillagd).

132 Denna punkt i domen av den 23 februari 2006, Cementbouw Handel & Industrie/kommissionen (T-282/02, EU:T:2006:64), bekräftar att resultatet av ”flera formellt sett skilda åtgärder” ska utgöras av ekonomisk kontroll över ett eller flera företags verksamhet. I det aktuella fallet är förvärvet av kontroll resultatet av en enda transaktion, nämligen december 2012-förvärvet och inte av flera transaktioner.

133 Det följer av det ovan anförda att det inte från domen av den 23 februari 2006, Cementbouw Handel & Industrie/kommissionen (T-282/02, EU:T:2006:64), kan härledas att i en situation där förvärv av kontroll över ett enda målföretag har skett genom en enda transaktion, det skulle vara nödvändigt att betrakta denna transaktion som en del av en enda koncentration, när det förvärv av aktier som utmynnade i förvärvet av kontroll och ett obligatoriskt offentligt bud som lades senare är beroende av varandra.

134 Sökandebolaget har sedan utgått från domen av den 6 juli 2010, Aer Lingus Group/kommissionen (T-411/07, EU:T:2010:281), och kommissionens beslut som var i fråga i den domen. Sökandebolaget har anfört att Ryanair Holdings plc (nedan kallat Ryanair) hade förvärvat ungefär 19 procent av aktierna i Aer Lingus Group plc och Aer Lingus Ltd (nedan sammantagna kallade Aer Lingus) och därefter lagt ett offentligt bud. Kommissionen ansåg härvid, i likhet med tribunalen, att de båda transaktionerna utgjorde en enda koncentration. Enligt sökandebolaget följer härav att ett förvärv av aktier som äger rum före ett offentligt bud och det offentliga budet i sig, ska betraktas som en enda koncentration.

135 Det framgår av punkt 16 i domen av den 6 juli 2010, Aer Lingus Group/kommissionen (T-411/07, EU:T:2010:281), att kommissionen i det beslut i vilket den planerade koncentrationen förklarades oförenlig med den inre marknaden slog fast följande:

”Med tanke på att Ryanair förvärvade de första 19 procenten av aktiekapitalet i Aer Lingus inom mindre än tio dagar före det offentliga budet och ytterligare 6 procent kort därefter, och med hänsyn till Ryanairs förklaringar rörande bolagets ekonomiska målsättning vid tidpunkten för dessa transaktioner, ska hela förfarandet med förvärv av aktier före och efter tiden för [det offentliga budet] liksom [det offentliga budet] i sig anses utgöra en enda koncentration i den mening som avses i artikel 3 i koncentrationsförordningen.”

136 I detta mål hade Ryanair inte förvärvat kontroll över Aer Lingus genom en enda transaktion innan det offentliga budet lades. Såsom kommissionen har uppmärksammat är det förvärvet av de första 19 procenten av Aer Lingus aktiekapital, kombinerat med förvärvet av de aktier som Ryanair hoppades erhålla med hjälp av det offentliga budet, som skulle ha gett Ryanair kontroll över Aer Lingus. Ryanair förvärvade slutligen aldrig kontroll över Aer Lingus, eftersom det offentliga budet förföll efter det att kommissionen hade beslutat att inleda det förfarande som föreskrivs i artikel 6.1 c i förordning nr 139/2004.

137 Av kommissionens beslut kan således inte slutsatsen dras att den ansåg att förvärv av aktier i ett företag genom en privat transaktion och ett offentligt bud på de resterande aktierna alltid borde betraktas som en enda koncentration, även när förvärvet av aktier genom en privat transaktion gav köparen kontroll över målföretaget innan det offentliga budet lades.

138 I domen av den 6 juli 2010, Aer Lingus Group/kommissionen (T-411/07, EU:T:2010:281), uttalade sig tribunalen inte heller om huruvida förvärvet av kontroll via en enda privat transaktion och ett obligatoriskt offentligt bud som läggs senare ska betraktas som en enda koncentration.

139 Sökandebolaget anser att om kommissionen hade tillämpat det resonemang som den förde, i punkt 101 i det angripna beslutet, i det mål som avgjordes genom dom av den 6 juli 2010, Aer Lingus Group/kommissionen (T-411/07, EU:T:2010:281), skulle den inte ha tagit någon som helst hänsyn till Ryanairs aktieförvärv, enligt ett privat avtal, vilka ägde rum innan det offentliga budet lades, i synnerhet som dessa privata förvärv inte ledde till kontroll över målföretaget.

140 Detta påstående är inte övertygande. Det är nämligen just den omständigheten att det privata förvärvet inte medförde kontroll över målföretaget i det mål som avgjordes genom domen av den 6 juli 2010, Aer Lingus Group/kommissionen (T-411/07, EU:T:2010:281), som innebär att om kontroll hade förvärvats, skulle det ha varit via flera transaktioner.

141 Sökandebolaget har därefter grundat sig på beslutet LGI/Telenet.

142 Detta mål rörde emellertid inte det fall då en första transaktion, genom vilken en köpare redan har förvärvat kontroll över ett målföretag, åtföljs av en andra transaktion genom vilken samma köpare förvärvar ytterligare andelar i samma målföretag.

143 I det beslut som ledde fram till beslutet LGI/Telenet utgjordes den första transaktionen av ”transaktionen Telenet”, genom vilken Telenet förvärvade UPC Belgium. Denna första transaktion krävde ingen anmälan, då den inte nådde upp till tröskelvärdena (se punkt 6 i beslutet LGI/Telenet). Den andra transaktionen var ”transaktionen LGE” genom vilken LGE ensamt förvärvade kontroll över Telenet, inklusive UPC Belgium (se punkt 7 i beslutet LGI/Telenet). Kommissionen fann att dessa transaktioner som var förenade genom villkor i faktisk mening utgjorde en enda koncentration.

144 De faktiska omständigheter som låg till grund för beslutet LGI/Telenet var således helt olika dem i förevarande mål. Sökandebolaget kan därför inte med giltig verkan göra gällande att kommissionen i beslutet LGI/Telenet slog fast att det rörde sig om en enda koncentration och inte heller dra några slutsatser härav för förvarande mål.

145 Sökandebolaget har därefter åberopat kommissionens beslut av den 20 oktober 2011 (ärende COMP/M.6263, Aelia/Aéroports de Paris/JV). Sökandebolaget har understrukit att kommissionen, i det ärendet, betraktade de två första etapperna i transaktionen som en enda koncentration.

146 Tribunalen konstaterar att detta ärende inte gällde en situation där den första av transaktionerna var tillräcklig för att leda till ändrad kontroll över ett målföretag och att de senare transaktionerna helt enkelt bestod i att förvärva ytterligare andelar i samma målföretag. Den omständigheten att kommissionen i detta ärende betraktade de första två transaktionerna som en enda koncentration, betyder således inte att den ansåg att förvärvet av kontroll över ett målföretag dels via en enda transaktion i form av aktieförvärv från en enda säljare, dels via senare transaktioner med förvärv av ytterligare aktier i målföretaget skulle kunna utgöra en enda koncentration.

147 Det ska understrykas att sökandebolaget inte har tillhandahållit något exempel från kommissionens beslutspraxis eller Europeiska unionens domstolars rättspraxis där det konstaterades dels att en transaktion i form av ett privat förvärv från en enda säljare i sig gav kontroll över ett målföretag, dels att ett senare offentligt bud på de resterande aktierna i detta målföretag utgjorde en enda koncentration. Mer generellt har sökandebolaget inte tillhandahållit något exempel på att flera transaktioner av köp av aktier i ett enda målföretag har betraktats som utgörande en enda koncentration när kontroll över målföretaget hade förvärvats genom den första transaktionen.

iv) Sökandebolagets påstående att kommissionens ståndpunkt strider mot skäl 20 i förordning nr 139/2004

148 Sökandebolaget har vidare hävdat att det resonemang som kommissionen förde i det angripna beslutet strider mot skäl 20 i förordning nr 139/2004. Det har framhållit att det anges i detta skäl att ”[v]idare bör sådana transaktioner som har *nära anknytning till varandra* genom att de *är förenade genom villkor* eller genomförs under tämligen kort tid i form av en rad transaktioner med värdepapper betraktas som en enda koncentration”. Enligt sökandebolaget bekräftar skäl 20 lagstiftarens intention att kommissionen ska fästa avseende vid om det finns ett starkt samband mellan de olika etapper som utgör en transaktion, snarare än vid dess formella struktur.

149 Tribunalen erinrar om att sökandebolaget har utgått från den första möjlighet som nämns i tredje meningen i skäl 20 i förordning nr 139/2004 angående transaktioner som är förenade genom villkor (se punkt 97 ovan).

150 Det kan konstateras att den enda mycket korta meningen som citeras i punkt 148 ovan inte är en uttömmande definition av förutsättningarna för att två transaktioner ska anses utgöra en enda koncentration. Dessutom är det så att skälen i en förordning visserligen kan tjäna som tolkningsdata för en rättsregel, men de kan inte i sig utgöra en sådan regel (se dom av den 11 juni 2009, X,

C-429/07, EU:C:2009:359, punkt 31 och där angiven rättspraxis). Ingressen till en gemenskapsrättsakt är inte juridiskt bindande (se, dom av den 19 juni 2014, Karen Millen Fashions, C-345/13, EU:C:2014:2013, punkt 31 och där angiven rättspraxis).

151 Om man betraktade den mening som citeras i punkt 148 ovan som en uttömmande definition av förutsättningarna för att två transaktioner ska anses utgöra en enda koncentration, skulle konsekvensen bli att alla transaktioner som är förenade genom villkor eller som har formen av en rad transaktioner med aktier skulle behandlas som en enda koncentration, även när dessa transaktioner, sammantagna, inte är tillräckliga för att kontrollen över målföretaget ska övergå till köparen, vilket helt skulle sakna mening.

152 Det framgår av skäl 20 i förordning nr 139/2004 att lagstiftaren avsåg att befästa begreppet en enda koncentration. Det framgår emellertid inte av det skälet att lagstiftaren önskade utvidga begreppet.

153 Sökandebolagets argument att kommissionens ståndpunkt strider mot skäl 20 i förordning nr 139/2004 ska därför underkännas.

v) Sökandebolagets påstående att kommissionens ståndpunkt strider mot praxis i medlemsstaterna

154 Sökandebolaget anser att det resonemang som kommissionen förde i det angripna beslutet strider mot ”praxis i medlemsstaterna”. Sökandebolaget har hävdat att ”[i] de nationella rättsordningarna avspeglas även principen att ett privat förvärv av aktier som innebär kontroll, vilket åtföljs av ett offentligt bud på de återstående aktierna ska behandlas som en enda koncentration”.

155 Den enda nationella rätt som sökandebolaget konkret har åberopat är fransk rätt. Det har anfört att enligt en skrivelse från den franska ekonomi- och industriministern av den 18 november 2002 till styrelsen för bolaget Atria Capital Partenaires, angående en koncentration i hemfriseringsbranschen (ärende C2002–39), ”utgör ett förvärv genom OTC-handel av aktier som innebär kontroll, åtföljt av en skyldighet att lägga ett [offentligt bud] på det återstående aktiekapitalet” två etapper i samma koncentration.

156 Kommissionen har understrukit att de franska myndigheterna kommenterade räckvidden av artikel 6 i dekret nr 2002–689 av den 30 april 2002 om tillämpningsföreskrifter för bok IV i code de commerce (handelslagen) angående fri prissättning och konkurrens (JORF av den 3 maj 2002, s. 8055) (nedan kallad dekretet). Artikel 6 har en vidare materiell räckvidd än artikel 7.2 i förordning nr 139/2004. Den omständigheten att de franska myndigheterna således ansåg att artikel 6 i dekretet var tillämplig på aktieförvärv på en reglerad marknad enligt ett privat avtal som utlöste ett offentligt bud har ingen inverkan på tolkningen av artikel 7.2 i förordning nr 139/2004.

157 Sökandebolaget har genmält att i skrivelsen från franska ekonomi- och industriministern av den 18 november 2002 fastställde denne först att det ursprungliga förvärvet och det obligatoriska offentliga bud som hade lagts efter förvärvet utgjorde en enda koncentration och att först därefter omfattades artikel 6 i dekretet av undersökningen.

158 Sökandebolaget har dessutom gjort gällande att enligt rättspraxis, och särskilt enligt domen av den 7 november 2013, Romeo (C-313/12, EU:C:2013:718, punkt 22), föreligger ”det … nämligen ett klart unionsintresse av att – för att i framtiden förhindra skilda tolkningar – de bestämmelser eller begrepp som har hämtats från unionsrätten tolkas på ett enhetligt sätt när regleringen i en nationell lagstiftning av situationer som inte omfattas av den aktuella unionsrättsakten anpassats till den reglering som har valts i denna rättsakt. Syftet med detta är att säkerställa att inhemska situationer och situationer som regleras av unionsrätten behandlas på samma sätt, *oberoende av de omständigheter under vilka de bestämmelser eller begrepp som har hämtats från unionsrätten ska tillämpas …*”

159 Här ska framhållas att punkt 22 i domen av den 7 november 2013, Romeo (C-313/12, EU:C:2013:718), ska läsas mot bakgrund av punkt 23 i samma dom, enligt vilken ”[s]å är fallet när unionsbestämmelserna i fråga genom nationell rätt har blivit direkt och ovillkorligt tillämpliga på sådana situationer”.

160 Sökandebolaget har inte anfört någon omständighet som gör det möjligt att anse att så är fallet i förevarande mål. Sökandebolaget har endast nämnt i punkt 19 i repliken att vissa ansträngningar har gjorts av den franske lagstiftaren och de franska konkurrensmyndigheterna för att anpassa några begrepp angående kontroll av koncentrationer till de begrepp som används i förordning nr 139/2004 och de olika tillkännagivanden som kommissionen offentliggjort. Sådana ansträngningar att anpassa sig innebär inte att unionsrättsliga bestämmelser har gjorts direkt och ovillkorligt tillämpliga.

161 Den nationella rätten eller beslutspraxis i en medlemsstat kan i vart fall inte binda kommissionen eller unionsdomstolarna. Enligt rättspraxis ska nämligen unionsrättsliga begrepp i princip inte definieras med utgångspunkt i en eller flera nationella rättsordningar, om inte annat uttryckligen anges (se dom av den 22 maj 2003, kommissionen/Tyskland, C-103/01, EU:C:2003:301, punkt 33 och där angiven rättspraxis).

162 Vidare ska det i det aktuella fallet framhållas att regelverket i Frankrike avviker från motsvarande unionsrättsliga bestämmelser.

163 Artikel 6 i dekretet är nämligen formulerad på följande sätt:

”När en koncentration genomförs genom köp eller konvertering av värdepapper på en reglerad marknad, ska dess effektiva genomförande, i den mening som avses i artikel L 430–4 i handelslagen, anses äga rum när de rättigheter som är förbundna med värdepapperen utövas. Att ministern inte har antagit ett beslut utgör inte hinder för överföring av nämnda värdepapper.”

164 Följaktligen skiljer sig fransk rätt på ett påtagligt sätt från unionsrätten på denna punkt. Enligt unionsrätten är det tillräckligt att värdepapperen överlåts för att koncentrationen ska genomföras (se punkt 58 ovan). Enligt fransk rätt har koncentrationen däremot inte genomförts förrän vid den tidpunkt då de rättigheter utövas som är förbundna med värdepapperen.

165 Den ståndpunkt som franska ekonomi- och industriministern intog i skrivelsen av den 18 november 2002 får således inte till följd att det genom tillämpning av begreppet en enda koncentration skulle vara tillåtet för en aktör att förvärva kontroll över ett målföretag utan att begära tillstånd i förväg. Det framgår nämligen tydligt av denna skrivelse att ”uppskjutandet av det effektiva genomförandet av transaktionen i den mening som avses i artikel 6 … ska tillämpas såväl på utövandet av rättigheter som är förbundna med värdepapper förvärvade utanför marknaden som på utövandet av rättigheter som är förbundna med ett offentligt bud”.

166 I det aktuella fallet utgick emellertid sökandebolaget från begreppet en enda koncentration just för att göra gällande att det hade rätt att genomföra december 2012-förvärvet utan föregående anmälan och tillstånd.

167 Det är således inte meningsfullt för sökandebolaget att stödja sig på fast praxis i Frankrike.

vi) Sökandebolagets påstående att kommissionen har misstolkat syftet med artikel 7.2 i förordning nr 139/2004

168 Sökandebolaget har påstått att det var med orätt som kommissionen i punkt 103 i det angripna beslutet fann att artikel 7.2 i förordning nr 139/2004 inte är avsedd att tillämpas på situationer där det är lätt att fastställa att det rör sig om kontroll i faktisk mening.

169 Tribunalen framhåller att punkt 103 i det angripna beslutet är formulerad på följande sätt:

”Artikel 7.2 i förordning [nr 139/2004] är däremot inte avsedd att tillämpas på situationer där en betydande antal aktier förvärvas från en enda säljare och det är lätt att fastställa, med stöd av röstetalen vid ordinarie och extra ordinarie bolagsstämmor att detta antal aktier medför kontroll i faktisk mening över målföretaget.”

170 Kommissionen har således inte påstått att enbart den omständigheten att det är lätt att fastställa att det rör sig om förvärv av kontroll, generellt skulle utesluta att artikel 7.2 i förordning nr 139/2004 är tillämplig. I punkt 103 i det angripna beslutet stödde sig kommissionen även på den omständigheten att en betydande mängd aktier som medförde kontroll i faktisk mening över målföretaget hade förvärvats från en enda säljare.

171 Det kan dessutom konstateras att kommissionen i punkt 102 i det angripna beslutet påpekade att artikel 7.2 i förordning nr 139/2004 var avsedd ”att täcka situationer där det är svårt att avgöra precis vilka, av de aktier eller mängder med aktier som förvärvats via flera tidigare aktieägare, som kommer att placera förvärvaren i en situation med kontroll i faktisk mening över målföretaget” och att artikel 7.2 i förordningen syftar till att ”tillhandahålla en tillräcklig grad av rättssäkerhet vid fall av offentliga bud eller smygövertaganden och på så sätt bevara fondbörsernas likviditet och skydda budgivarna mot ofrivilliga och oförutsedda åsidosättanden av skyldigheten att bevara status quo”.

172 Tribunalen anser emellertid att kommissionen härigenom inte hävdade att tillämpningen av artikel 7.2 i förordning nr 139/2004 borde begränsas till situationer där det föreligger konkreta svårigheter att fastställa vilka av de aktier, som förvärvats via flera tidigare aktieägare, som kommer att placera förvärvaren i en situation med kontroll i faktisk mening över målföretaget. I det angripna beslutet utgick kommissionen inte enbart från den omständigheten att det var lätt att fastställa att december 2012-förvärvet gav sökandebolaget kontroll i faktisk mening över Morpol, när den uteslöt att artikel 7.2 i förordning nr 139/2004 var tillämplig.

173 Sökandebolaget har tillhandahållit flera exempel i syfte att visa att det till och med i situationer där artikel 7.2 i förordning nr 139/2004 är tillämplig kan vara lätt att fastställa att det rör sig om ett förvärv av kontroll. Kommissionen påstod inte i det angripna beslutet att enbart den omständigheten att det är lätt att fastställa att kontroll har förvärvats skulle utesluta att artikel 7.2 i förordning nr 139/2004 är tillämplig. Följaktligen kan inte de argument som sökandebolaget har anfört visa att kommissionen begick ett misstag i det angripna beslutet.

174 Sökandebolaget har vidare gjort gällande att det verkliga syftet med artikel 7.2 i förordning nr 139/2004 överensstämmer med vad kommissionen själv uttryckligen uppgav i punkt 66 i redogörelsen för motiveringen till förslaget till rådets förordning om kontroll av företagskoncentrationer KOM(2002) 711 slutlig (EUT C 20, 2003, s. 4) (nedan kallat förslaget till förordning). Där anges följande:

”I linje med vad som föreslogs i grönboken, föreslås att tillämpningsområdet för det automatiska undantaget i artikel 7.2 (f.d. artikel 7.3) utvidgas till att gå utöver offentliga bud och omfatta alla förvärv som sker från olika säljare via fondbörsen, t.ex. så kallade ”smygövertaganden”. Därigenom avlägsnas den eventuella osäkerhet kring rättsläget som orsakats av artikel 7.1 i samband med sådana förvärv.”

175 Det framgår av detta förslag att kommissionen föreslår att tillämpningsområdet för artikel 7.2 i förordning nr 139/2004 utsträcks till att omfatta smygövertaganden. Sökandebolagets övertagande av Morpol var emellertid inte ett ”smygövertagande”. Förvärvet av kontroll över Morpol ägde nämligen inte rum i flera etapper. Tvärtom genomfördes förvärvet av kontroll genom en enda privat inköpstransaktion från en enda säljare och det avslutades innan det offentliga budet lades på de återstående aktierna i Morpol.

176 Det ska vidare erinras om att sökandebolaget har preciserat att det i sitt resonemang baserade sig på det första typfallet i artikel 7.2 i förordning nr 139/2004, nämligen det som rör ett offentligt bud (se punkterna 66 och 67 ovan). Däremot framgår det av punkt 66 i skälen i förslaget till förordning att kommissionen föreslog att det andra typfallet skulle läggas till, vilket numera anges i artikel 7.2 i förordning nr 139/2004, angående en rad transaktioner med värdepapper, för att avlägsna all osäkerhet kring rättsläget. Med hänsyn till att koncentrationen i fråga, enligt sökandebolaget, omfattas av tillämpningsområdet för det första typfallet i artikel 7.2 i förordning nr 139/2004, framgår det inte klart vilket argument sökandebolaget önskar härleda ur det förhållandet att kommissionen ville lägga till det andra typfallet för att undanröja all rättsosäkerhet.

177 Sökandebolaget har även baserat sig på punkt 134 i grönboken om översynen av rådets förordning (EEG) nr 4064/89 (KOM/2001/0745 slutlig) (nedan kallad grönboken), som har följande lydelse:

”’Smygövertaganden’ via fondbörsen är ett annat exempel på koncentrationer som består av flera transaktioner. Sådana transaktioner kan genomföras på ett flertal mer eller mindre sofistikerade sätt, alltifrån relativt direkta aktieförvärv från ett antal tidigare aktieägare till transaktionsstrukturer som innefattar hur många finansiella mellanhänder som helst som använder olika finansiella instrument … I sådana situationer är det normalt både opraktiskt och artificiellt att anse att koncentrationen uppstår via just den aktie eller aktiepost som ger förvärvaren (de facto) kontroll över målföretaget. Det är i stället normalt så att det står klart för alla inblandade parter att flera rättsligt sett separata förvärv av rättigheter ur en ekonomisk synvinkel utgör en enhet och att avsikten är att förvärva kontroll över målföretaget …”

178 Först och främst noterar tribunalen att ett sådant dokument som grönboken endast är ett dokument vars mål är att stimulera till eftertanke i ett särskilt ämne på europeisk nivå.

179 Det ska även nämnas att det framgår av den första meningen i punkt 134 i grönboken att denna punkt angår smygövertaganden som utgör ”exempel på koncentrationer som består av flera transaktioner” Det ska emellertid erinras om att koncentrationen i det aktuella fallet inte var ett smygövertagande och att kontrollen över Morpol förvärvades genom en enda transaktion och inte via flera transaktioner.

180 Dessutom anges det i punkt 134 i grönboken att ”avsikten är att förvärva kontroll över målföretaget” i samband med ”flera rättsligt sett separata förvärv av rättigheter”. I det aktuella fallet var det enbart december 2012-förvärvet som genomfördes i avsikt att ta kontroll över Morpol. Sökandebolaget köpte visserligen upp hela Morpol och för att åstadkomma det krävdes flera inköpstransaktioner, det vill säga december 2012-förvärvet och köp av aktier från diverse innehavare av aktier i Morpol inom ramen för det offentliga budet. I och med att sökandebolaget hade kontroll över Morpol från och med förvärvets genomförande i december 2012 utfördes de senare inköpstransaktionerna inte längre i avsikt att ta kontroll över målföretaget.

181 Det kan dessutom konstateras att det med rätta anförs i grönboken att det ”[i] sådana situationer är … normalt både opraktiskt och artificiellt att anse att koncentrationen uppstår via just den aktie eller aktiepost som ger förvärvaren (de facto) kontroll över målföretaget”. Detta påstående gäller emellertid endast scenariot med ett smygövertagande. När flera aktieförvärv eller aktiepaket behövs för att förvärva kontroll över målföretaget, skulle det vara artificiellt att betrakta förvärvet av aktier eller aktiepaketet i sig, som en koncentration.

182 I en situation som den i förevarande mål där kontroll över det enda målföretaget har förvärvats från en enda säljare, enbart genom den första transaktionen, är det inte alls artificiellt att anse att denna transaktion i sig utgör en koncentration.

183 Sökandebolaget har sedan understrukit att syftet med att utvidga undantaget i artikel 7.2 i förordning nr 139/2004 var att undanröja all rättsosäkerhet (se punkt 174 ovan). Enligt sökandebolaget framgår det av punkt 134 i grönboken att artikel 7.2 i förordning nr 139/2004 ska tillämpas även på en enkel transaktionsstruktur för att underlätta offentliga bud och smygövertaganden.

184 Tribunalen påpekar att artikel 7.2 i förordning nr 139/2004 förvisso kan tillämpas även när det rör sig om en enkel transaktionsstruktur. I det aktuella fallet är det emellertid inte transaktionen som sådan som utesluter tillämpningen av artikel 7.2 i förordning nr 139/2004, utan den omständigheten att kontroll redan har förvärvats från en enda säljare via den första transaktionen.

185 Det ska vidare understrykas att enligt artikel 5 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/25 av den 21 april 2004 om uppköpserbjudanden (EUT L 142, 2004, s. 12), är medlemsstaterna skyldiga att säkerställa att en person som till följd av eget förvärv av värdepapper erhållit kontroll över ett bolag är förpliktigad att lämna ett erbjudande för att skydda minoritetsaktieägarna i bolaget. Detta erbjudande ska riktas till alla innehavare av dessa värdepapper och omfatta hela deras innehav. Härav följer att den skyldighet, som åligger ett företag som erhållit värdepapper genom ett privat förvärv som ger det kontroll över ett målföretag, att lägga ett offentligt bud på de återstående aktierna i målföretaget gäller unionens samtliga medlemsstater.

186 Resultatet av sökandebolagets resonemang, enligt vilket ett förvärv av kontroll via en enda privat transaktion som åtföljs av ett obligatoriskt offentligt bud utgör en enda koncentration, skulle bli att privata förvärv av värdepapper som ger kontroll vid koncentrationer som inbegriper börsnoterade bolag, belägna i medlemsstaterna, alltid skulle omfattas av undantaget i artikel 7.2 i förordning nr 139/2004. Det föreligger nämligen alltid en skyldighet att lägga ett offentligt bud som, enligt sökandebolagets resonemang, ingår i en enda koncentration vilken omfattar såväl det köp som ger kontroll som det offentliga budet. Detta skulle få till följd att tillämpningsområdet för undantaget i förordning nr 139/2004 utvidgades för mycket.

187 Vad angår sökandebolagets argument att syftet med artikel 7.2 i förordning nr 139/2004 är att underlätta offentliga bud och smygövertaganden, ska det för det första erinras om att kommissionen inte ålade bolaget böter med anledning av att det offentliga budet hade genomförts utan med anledning av att december 2012-förvärvet hade genomförts. För det andra ska det erinras om, såsom konstaterats i punkt 175 ovan, att övertagandet i det aktuella fallet inte var något smygövertagande.

188 Det har inte visat sig att den ståndpunkt som kommissionen intog i det angripna beslutet skulle strida mot rättssäkerhetsprincipen. Det ska erinras om att situationen i förevarande mål inte omfattas av ordalydelsen i artikel 7.2 i förordning nr 139/2004 (se punkterna 68–83 ovan). Den omständigheten att kommissionen inte har utvidgat tillämpningsområdet för begreppet en enda koncentration, för att de situationer där kontroll förvärvas över ett enda målföretag ska omfattas, strider inte mot rättssäkerhetsprincipen.

189 Även om man hänvisar till grönboken för att fastställa syftet med artikel 7.2 i förordning nr 139/2004, såsom sökandebolaget har föreslagit, framgår det inte att det skulle strida mot denna bestämmelses syfte att utesluta en situation från dess tillämpningsområde i vilken ett företag förvärvar kontroll över det enda målföretaget genom en första privat transaktion från en enda säljare, även om denna åtföljs av ett obligatoriskt offentligt bud.

190 Sökandebolaget har vidare påstått att kommissionens tolkning i punkterna 102 och 103 i det angripna beslutet av syftet med artikel 7.2 i förordning nr 139/2004 är oförenlig med den tolkning som tribunalen gjorde i domen av den 6 juli 2010, Aer Lingus Group/kommissionen (T-411/07, EU:T:2010:281, punkt 83). Sökandebolaget har hävdat att tribunalen i denna dom ”… bekräftade kommissionens inställning som gick ut på att tillämpa artikel 7.2 i [förordning nr 139/2004] på ett förvärv av ett minoritetsinnehav på 19 procent i Aer Lingus som hade ägt rum innan ett offentligt bud

lades. Tribunalen ansåg att förvärvet hade en enhetlig karaktär och utgjorde en enda koncentration, trots att det otvivelaktigt var enkelt att dra slutsatsen att ett sådant minoritetsinnehav av aktier *inte* medförde kontroll”.

191 Tribunalen framhåller att den i domen av den 6 juli 2010, Aer Lingus Group/kommissionen (T-411/07, EU:T:2010:281, punkt 83), slog fast att ”förvärv av ett innehav som inte i sig ger kontroll i den mening som avses i artikel 3 i [förordning nr 139/2004] kan omfattas av artikel 7 i förordningen”. Det framgår endast av denna dom att det är möjligt att ett förvärv av ett minoritetsinnehav som inte ger kontroll över målföretaget, åtföljt av ett offentligt bud, kan ingå i en enda koncentration som omfattas av tillämpningsområdet för artikel 7.2 i förordning nr139/2004. Det ankom emellertid inte på tribunalen att uttala sig om en situation i vilken redan den första transaktionen ledde till kontroll över målföretaget (se punkt 138 ovan).

192 Det ska slås fast att i ett fall där ett minoritetsinnehav förvärvas som inte ger kontroll över målföretaget och som åtföljs av ett offentligt bud, kan de båda transaktionerna sättas genomföras i avsikt att förvärva kontroll över målföretaget. Eftersom den första transaktionen i det aktuella fallet redan hade gett sökandebolaget kontroll över Morpol är det dock uteslutet att det offentliga budet lades i avsikt att förvärva kontroll över Morpol (se punkt 180 ovan).

193 De av sökanden anförda argumenten som bygger på domen av den 6 juli 2010, Aer Lingus Group/kommissionen (T-411/07, EU:T:2010:281) ska således underkännas.

194 Sökandebolaget har vidare påstått att artikel 7.2 i förordning nr 139/2004 ska tolkas till dess fördel, med anledning av böternas straffrättsliga karaktär, i den mening som avses i artikel 6 i Europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (nedan kallad Europakonventionen). Enligt sökandebolaget åsidosätts i det angripna beslutet den princip enligt vilken strafflagen inte får tillämpas extensivt till nackdel för den tilltalade. Tolkningen av artikel 7.2 i förordning nr 139/2004, såsom den utförts i det angripna beslutet, innebär att så vida begrepp och så vaga kriterier används att den ifrågavarande straffrättsliga bestämmelsen inte har den kvalitet som krävs enligt Europakonventionen, i termer av klarhet och förutsebara verkningar.

195 Kommissionen har understrukit att det i artikel 14.4 i förordning nr 139/2004 föreskrivs att böter som åläggs enligt denna artikel inte ska vara av straffrättslig art.

196 Det ska noteras att även om de påföljder som föreskrivs i artikel 14.2 i förordning nr 139/2004 var av straffrättslig art, skulle det finnas anledning att avfärda sökandebolagets argument.

197 Sökandebolaget har hävdat att den ifrågavarande straffrättsliga bestämmelsen inte har den kvalitet som krävs enligt Europakonventionen, i termer av klarhet och förutsebara verkningar. Detta argument rör väsentligen det påstådda åsidosättande av den straffrättsliga legalitetsprincipen som sökandebolaget har gjort gällande inom ramen för den fjärde grundens första del, vilken kommer att studeras i punkterna 376–394 nedan.

198 Sökandebolagets har därefter påstått att kommissionen i det angripna beslutet underlät att beakta principen om att strafflagen inte får tillämpas extensivt till nackdel för den tilltalade. I detta ämne ska följande framhållas.

199 Såsom kommissionen med rätta har anfört, ålades inte sökandebolaget böter för att ha överträtt artikel 7.2 i förordning nr 139/2004, utan i enlighet med artikel 14.2 a och b i förordning nr 139/2004, för att ha överträtt artiklarna 4.1 och 7.1 i förordning nr 139/2004.

200 Det ska vidare erinras om att det i artikel 7.2 i förordning nr 139/2004 föreskrivs ett undantag från artikel 7.1 i förordning nr 139/2004.

201 Kommissionen har med rätta betonat att det framgår av fast rättspraxis att undantag ska tolkas strikt (se, för ett liknande resonemang, dom av den 17 juni 2010, kommissionen/Frankrike, C-492/08, EU:C:2010:348, punkt 35, och dom av den 23 oktober 2014, flyLAL-Lithuanian Airlines, C-302/13, EU:C:2014:2319, punkt 27). Vad särskilt angår konkurrensrätten och tolkningen av bestämmelserna i förordningarna om avvikelser per kategori, bekräftade tribunalen i punkt 48 i domen av den 8 oktober 1996, Compagnie maritime belge transports m.fl./kommissionen (T-24/93-T-26/93 och T-28/93, EU:T:1996:139), att med hänsyn till den allmänna principen om förbud mot konkurrensbegränsande överenskommelser, måste bestämmelser om avvikelser från detta förbud i en förordning om undantag, på grund av sin art, vara föremål för en restriktiv tolkning. I domen av den 22 mars 1984, Paterson m.fl. (90/83, EU:C:1984:123), vilken rörde tolkningsfrågor som ställts i ett brottmål (se punkt 2 i domen), konstaterade domstolen i punkt 16 att en artikel, såvitt den föreskriver undantag från allmänna regler i en förordning, inte kan tolkas så att dess verkningar går utöver vad som är nödvändigt för att skydda de intressen som den är ämnad att säkertälla. Denna dom bekräftar att principen enligt vilken undantag ska tolkas strikt är tillämplig även på det straffrättsliga området.

202 Det ska i vart fall framhållas att enligt ordalydelsen i artikel 7.2 i förordning nr 139/2004 ska artikeln inte tillämpas på en sådan situation som den som är i fråga i det aktuella målet (se punkterna 68–83 ovan).

203 Sökandebolaget har i huvudsak försökt utvidga tillämpningsområdet för begreppet en enda koncentration i syfte att utvidga tillämpningsområdet för det undantag som anges i artikel 7.2 i förordning nr 139/2004.

204 Även om det antas att de böter som ålagts i enlighet med artikel 14 i förordning nr 139/2004 är av straffrättslig art, är det i det aktuella fallet inte möjligt att anse att kommissionen har tillämpat straffrätten extensivt till nackdel för den tilltalade. Kommissionen har nämligen endast vägrat att utvidga tillämpningsområdet för undantaget i artikel 7.2 i förordning nr 139/2004 så att det skulle gå utöver bestämmelsens ordalydelse och vägrat att tillämpa begreppet en enda koncentration på en situation där kontroll över det enda målföretaget förvärvades genom en enda privat transaktion, från en enda säljare innan det obligatoriska offentliga budet lades.

205 Sökandebolagets argument ska således underkännas.

206 Sökandebolaget har vidare påstått att det angripna beslutet strider mot syftet med artikel 7.2 i förordning nr 139/2004 ”vilket är att underlätta förvärv och att säkerställa likviditeten på börsmarknaderna”. Det angripna beslutet inverkar negativt enbart på de bolag som har den modell för bolagsstyrning som generellt används av bolag etablerade i Kontinentaleuropa och Skandinavien, vilket faktiskt leder till att bolag som är etablerade i dessa regioner diskrimineras i förhållande till dem som är etablerade i Förenade kungariket och Förenta staterna, genom att det bli svårare att förvärva aktier och följaktligen hämmas investeringar i bolag som är etablerade i Kontinentaleuropa och Skandinavien genom att beslutet har en skadlig inverkan på kapitalmarknaderna och de bolag som är etablerade i dessa regioner. Anledningen härtill är att de bolag som är etablerade i Kontinentaleuropa och Skandinavien i allmänhet kännetecknas av att de har stora och ”koncentrerade” aktieägare, i motsats till de bolag som är etablerade i Förenade kungariket och Förenta staterna vilka tenderar att ha en spridd aktieägarstruktur. Vägran att i det angripna beslutet tillämpa undantaget för offentliga bud enligt artikel 7.2 i förordning nr 139/2004 på det ursprungliga förvärvet av ett antal aktier som ger kontroll samt på det obligatoriska offentliga budet som är en följd härav är endast relevant i fråga om bolag med en koncentrerad aktieägarstruktur.

207 Det ska uppmärksammas att sökandebolaget väsentligen grundade sig på likabehandlingsprincipen när det gjorde gällande att bolag som är etablerade i Kontinentaleuropa och Skandinavien diskrimineras i förhållande till bolag etablerade i Förenade kungariket och Förenta staterna. Enligt fast rättspraxis innebär likabehandlingsprincipen och icke-diskrimineringsprincipen att lika situationer inte får

behandlas olika, såvida det inte finns sakliga skäl att göra en skillnad (se dom av den 11 juli 2007, Centeno Mediavilla m.fl./kommissionen, T-58/05, EU:T:2007:218, punkt 75 och där angiven rättspraxis).

208 Märkas bör att det i det aktuella målet rör sig om två situationer som inte är jämförbara och att det därför inte föreligger hinder mot att behandla dem på olika sätt. Den ena situationen avser ett förvärv av kontroll över det enda målföretaget genom ett enda uppköp av aktier från en enda säljare, åtföljt av ett obligatoriskt offentligt bud och den andra situationen gäller ett förvärv av kontroll genom ett offentligt bud eller via flera säljare och en rad transaktioner. I en situation som den i förevarande mål där kontroll över det enda målföretaget har förvärvats från en enda säljare enbart genom den första transaktionen, är det således inte alls konstlat att anse att denna transaktion i sig utgör en koncentration (se punkt 182 ovan). Enbart det förhållandet att det är möjligt att den första situationen är vanligare i Kontinentaleuropa och Skandinavien än i Förenade kungariket och Förenta staterna betyder inte att de båda situationerna måste behandlas på exakt samma sätt.

209 Dessutom betyder inte enbart den omständigheten att artikel 7.2 i förordning nr 139/2004 är avsedd att underlätta förvärv och att säkerställa likviditeten på börsmarknaderna, såsom sökandebolaget har gjort gällande, att det skulle vara nödvändigt att utvidga bestämmelsens tillämpningsområde utöver dess ordalydelse för att ytterligare underlätta förvärv.

210 I det angripna beslutet och i svaromålet har kommissionen angett flera sätt på vilka sökandebolaget hade kunnat genomföra koncentrationen i fråga utan att överträda artiklarna 4.1 och 7.1 i förordning nr 139/2004. Kommissionen hävdade således i punkt 106 i det angripna beslutet att sökandebolaget hade kunnat lägga det offentliga budet utan att i förväg förvärva M:s aktier (den första valmöjligheten). Sökandebolaget skulle även ha kunnat ingå ett avtal med M. om uppköp av aktierna innan det offentliga budet lades och senarelägga avtalets genomförande till dess att tillstånd erhållits av konkurrensmyndigheterna (den andra valmöjligheten).

211 Sökandebolaget har gjort gällande att dessa valmöjligheter skulle kunna skada målföretagets minoritetsaktieägare, underlätta marknadsmissbruk och motverka syftet med direktiv 2004/25. Beträffande den första valmöjligheten har sökandebolaget framhållit att kommissionen i sin politik aktivt strävar efter att förhindra att förvärvare ersätter obligatoriska bud med frivilliga bud därför att detta skulle göra det möjligt för budgivarna att slippa lägga ett frivilligt bud till ett rimligt pris. I Morpols fall hade det inte varit praktiskt genomförbart att lägga ett frivilligt bud, eftersom förvärvet av Morpol hade ett affärsmässigt samband med förvärvet av ”hjälpföretag” som kontrollerades av M. och dessa juridiska enheter hade inte kunnat överlåtas i samband med ett frivilligt bud. Vad angår den andra valmöjligheten, har sökandebolaget gjort gällande att den skulle ge upphov till ett minimipris som skulle kunna manipuleras och höjas artificiellt vilket skulle strida mot syftet med direktiv 2004/25 vilket är att förebygga marknadsmissbruk.

212 I detta avseende ska det noteras att det ankom på sökandebolaget att utforma koncentrationen så att den på bästa sätt motsvarade bolagets behov och att samtidigt iaktta sina skyldigheter enligt artiklarna 4.1 och 7.1 i förordning nr 139/2004. Kommissionen har påpekat att den på intet sätt föreskriver eller rekommenderar något särskilt sätt på vilket sökandebolaget ska utforma sin transaktion.

213 Vad angår den andra valmöjlighet som beskrivs i punkt 210 ovan, ska följande framhållas beträffande sökandebolagets påstående att det finns risk för att aktiekursen kan komma att manipuleras.

214 Kommissionens inställning i det angripna beslutet skapar inga problem vad angår skyddet av minoritetsaktieägarnas rättigheter. Såsom sökandebolaget har understrukit, ska budgivaren enligt de norska reglerna om förvärv erlägga det pris för de återstående aktierna som är det högsta av de båda följande priserna. Det pris som budgivaren har betalat eller det pris som avtalats under en period av sex månader före den tidpunkt då det obligatoriska budet utlöses (det vill säga det pris som

överenskommits i avtalet om aktieförvärv) eller marknadspriset vid den tidpunkt då skyldigheten att lägga ett obligatoriskt bud utlöses. Det är följaktligen säkert att minoritetsaktieägarna kan erhålla ett rimligt pris för sina aktier.

215 Sökandebolaget har emellertid hävdat att om artikel 7.2 i förordning nr 139/2004 inte var tillämplig, skulle budgivaren vara tvungen att skjuta upp det offentliga budet till dess att han beviljats tillstånd till koncentrationen av kommissionen, när minimipriset kan ha stigit som en konsekvens av att det marknadsnoterade priset var högre än det i avtalet om aktieförvärv överenskomna priset. Minimipriset skulle således kunna manipuleras och höjas vilket potentiellt skulle tvinga budgivaren att köpa de resterande aktierna till ett pris som översteg det pris som överenskommits i avtalet om aktieförvärv, det vill säga det rimliga priset.

216 Här finns det anledning att konstatera att det i princip kan föreligga risk för att aktiekurserna manipuleras i uppåtgående riktning. Om sökandebolaget i det aktuella fallet hade ansett att det förelåg en sådan risk skulle det ha kunnat begära att kommissionen meddelade dispens enligt artikel 7.3 i förordning nr 139/2004. Det föreskrivs i denna bestämmelse att kommissionen på begäran får meddela dispens från de skyldigheter som föreskrivs i artikel 7.1 och 7.2 i förordning nr 139/2004.

217 Kommissionen har i detta hänseende understrukit att den redan tidigare har meddelat dispens enligt artikel 7.3 i förordning nr 139/2004 just i sådana situationer där ett försenat offentligt bud kan leda till marknadsmanipulering. Den har som exempel tagit upp sitt beslut av den 20 januari 2005 (ärende Orkla/Elkem – COMP/M.3709) (nedan kallat beslutet Orkla/Elkem), vilket antogs i enlighet med artikel 7.3 i förordning nr°139/2004. I det beslutet hade Orkla som redan innehade 39,85 procent av aktierna i Elkem, ingått individuella avtal med tre andra aktieägare i Elkem. Enligt dessa avtal skulle Orkla förvärva kontroll över Elkem. För att kunna genomföra transaktionen hade Orkla i överensstämmelse med norsk lag tvingats lägga ett obligatoriskt offentligt bud på de återstående aktierna.

218 Orkla hade innan vart och ett av avtalen genomfördes begärt att kommissionen skulle meddela dispens i enlighet med artikel 7.3 i förordning nr 139/2004. Företaget underströk att det med anledning av det ringa antalet aktier i Elkem som var fritt tillgänglig, inte skulle bli svårt att manipulera priset på dessa aktier i uppåtgående riktning. Sex dagar efter det att kommissionen mottagit Orklas begäran, meddelade den dispens och förklarade att ”uppskjutandet av transaktionen [kunde] få den inverkan på Orkla att det skulle utsätta sig för en avsevärd risk att tvingas lägga ett offentligt bud på de resterande aktierna i Elkem till ett betydligt högre pris efter det att transaktionen har förklarats förenlig med den [inre] marknaden”. Kommissionen företog en intresseavvägning och framhöll att skyldigheten att uppskjuta genomförandet allvarligt kunde påverka Orkla, att transaktionen inte verkade skapa problem för konkurrensen och att en dispens inte skulle påverka tredje parts legitima intressen.

219 Beslutet Orkla/Elkem visar således att möjligheten att begära dispens enligt artikel 7.3 i förordning nr 139/2004 utgör ett effektivt medel för att bemöta situationer där det finns risk för manipulering av aktiekurserna.

220 Sökandebolaget har väsentligen gjort gällande att den teoretiska risken för manipulering av aktiekursen i uppåtgående riktning tvingar kommissionen att tolka artikel 7.2 i förordning nr 139/2004 extensivt. Det argumentet kan emellertid inte godtas, eftersom artikel 7.3 i förordning nr 139/2004 gör det möjligt att på ett tillfredsställande sätt hantera en situation där det föreligger en sådan risk.

221 I artikel 7.3 i förordning nr 139/2004 föreskrivs en möjlighet för kommissionen att meddela dispens från skyldigheten att uppskjuta koncentrationen i ett särskilt fall efter det att en avvägning gjorts mellan de ifrågavarande intressena. En sådan dispens i ett särskilt fall är ett mer adekvat instrument för att bemöta eventuella risker för manipulering än en extensiv tillämpning av artikel 7.2 i förordning nr 139/2004 vilket innebär att undantaget tillämpas automatiskt utan någon möjlighet att företa en intresseavvägning.

222 Vid förhandlingen gjorde sökandebolaget gällande att kommissionen i beslutet Orkla/Elkem erkände att det finns ett tvingande krav på skyndsamhet och ett behov av att undvika marknadsmanipulering under sådana förhållanden som dem i förevarande mål.

223 Den omständigheten att kommissionen i det ärendet tog hänsyn till kravet på skyndsamhet och det nödvändiga i att undvika marknadsmanipulering när den meddelade dispens, enligt artikel 7.3 i förordning nr 139/2004, innebär inte att artikel 7.2 i förordning nr 139/2004 ska tolkas extensivt.

224 Sökandebolaget gjorde slutligen vid förhandlingen gällande att det var nödvändigt enligt artikel 7.3 i förordning nr 4064/89 som föregick artikel 7.2 i förordning nr 139/2004 att anmäla det offentliga budet eller konverteringen inom den tidsfrist som anges i artikel 4.1 i förordning nr 4064/89, det vill säga, inom en vecka och att det enligt artikel 7.2 i förordning nr 139/2004 räcker att anmäla koncentrationen till kommissionen ”utan dröjsmål”. Enligt sökandebolaget vittnar denna ändring om lagstiftarens önskan att prioritera proceduren med offentliga förvärv framför förfarandet för kontroll av koncentrationer.

225 I samband härmed bör noteras att det inte längre föreskrivs i artikel 4.1 i förordning nr 139/2004 en frist på en vecka för anmälan av koncentrationer, räknat från avtalets ingående eller publiceringen av det offentliga budet, såsom föreskrevs i artikel 4.1 i förordning nr 4064/89.

226 Skälet till att denna frist avskaffades framgår av punkterna 61–64 i motiveringen till förslaget till förordning. Kommissionen framhöll bland annat att ”de senaste 12 årens praxis har visat att en strikt tillämpning av tidsfristen på en vecka för att ge in anmälningar … varken är realistisk eller nödvändig” och att det ”[m]ed hänsyn till den uppskjutande verkan av artikel 7.1 ligger … i företagens eget kommersiella intresse att få ett lagstadgat godkännande från kommissionen så fort som möjligt, så att de kan genomföra koncentrationen”.

227 Skälet till att denna frist togs bort är, i motsats till vad sökandebolaget har hävdat, således inte lagstiftarens önskan att prioritera proceduren med offentliga förvärv framför förfarandet för kontroll av koncentrationer.

228 Sökandebolagets argument som är avsett att visa att kommissionens tolkning av artikel 7.2 i förordning nr 139/2004 är oförenlig med denna bestämmelses syfte ska således avfärdas.

229 Mot bakgrund av det ovan anförda ska sökandebolagets påstående att december 2012-förvärvet och det offentliga budet utgjorde en enda koncentration förkastas. Begreppet en enda koncentration är inte ämnat att tillämpas i ett fall där kontroll i faktisk mening över det enda målföretaget förvärvas från en enda säljare enbart genom en första privat transaktion, även om denna åtföljs av ett obligatoriskt offentligt bud.

230 Det är således inte nödvändigt att pröva parternas argument i frågan huruvida december 2012-förvärvet och det offentliga budet är rättsligt eller faktiskt förenade genom villkor.

2. Den första grundens fjärde del: Sökandebolaget har iakttagit artikel 7.2 i förordning nr 139/2004

231 Sökandebolaget har i den första grundens fjärde del gjort gällande att det har iakttagit de villkor som anges i artikel 7.2 a och b i förordning nr 139/2004 genom att utan dröjsmål anmäla koncentrationen till kommissionen och inte utöva sina rösträttigheter i Morpol innan kommissionen hade beviljat tillstånd till koncentrationen.

232 I det avseendet räcker det att slå fast att artikel 7.2 i förordning nr 139/2004 inte är tillämplig i det aktuella fallet, enligt vad som följer av prövningen av den första grundens tre första delar. Frågan om sökandebolaget har iakttagit villkoren i artikel 7.2 a och b i förordning nr 139/2004 saknar således relevans.

233 Av det ovan anförda följer att talan inte kan vinna bifall såvitt avser den första grunden i dess helhet.

B. Den andra grunden: Uppenbart felaktig rättstillämpning och uppenbart felaktig bedömning av de faktiska omständigheterna, såvitt det slås fast i det angripna beslutet att sökandebolaget har varit oaktsamt

234 Sökandebolaget har hävdat att det var med orätt som kommissionen i det angripna beslutet fann att det hade varit oaktsamt. Enligt sökandebolaget skulle inget normalt upplyst och tillräckligt uppmärksamt företag rimligen ha kunnat förutse att december 2012-förvärvet måste anmälas och att motsvarande aktier inte kunde överföras till [sökandebolaget] innan tillstånd beviljats. Sökandebolagets tolkning av artikel 7.2 i förordning nr 139/2004 var rimlig, vilket har bekräftats av ett juridisk yttrande från sökandenbolagets externa juridiska rådgivare.

235 Kommissionen har bestritt sökandebolagets argument.

236 Det bör erinras om att kommissionen enligt artikel 14.2 i förordning nr 139/2004 får ålägga böter endast för åsidosättanden som begåtts ”uppsåtligen eller av oaktsamhet”.

237 När det gäller frågan huruvida överträdelserna varit uppsåtliga eller berott på oaktsamhet följer det av rättspraxis att detta villkor är uppfyllt när det berörda företaget inte kan ha varit omedvetet om att dess agerande var konkurrensbegränsande, oberoende av huruvida det var medvetet om att det åsidosatte fördragets konkurrensbestämmelser (se, angående överträdelser för vilka böter ålagts enligt artikel 23.2 första stycket i rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artikel [101 FEUF] och artikel [102 FEUF] (EGT L 1, 2003, s. 1), dom av den 18 juni 2013, Schenker & Co. m.fl. C-681/11, EU:C:2013:404, punkt 37 och där angiven rättspraxis).

238 Den omständigheten att det berörda företaget har gjort en felaktig rättslig kvalificering av det agerande som ligger till grund för den fastställda överträdelsen får inte leda till att företaget undgår att åläggas böter om företaget inte kunde ha varit omedvetet om att nämnda agerande var konkurrensbegränsande (se, analogt, dom av den 18 juni 2013, Schenker & Co. m.fl., C-681/11, EU:C:2013:404, punkt 38). Ett företag kan inte undgå att åläggas böter när en överträdelse av konkurrensreglerna har sin grund i att företaget missbedömt rättsenligheten i sitt agerande till följd av innehållet i en advokats juridiska rådgivning (se, analogt, dom av den 18 juni 2013, Schenker & Co. m.fl., C-681/11, EU:C:2013:404, punkt 43).

239 Det är mot bakgrund av dessa överväganden som det ska undersökas om det var med rätta som kommissionen i det angripna beslutet fann att sökandebolaget hade handlat oaktsamt när det genomförde december 2012-förvärvet med åsidosättande av artiklarna 4.1 och 7.1 i förordning nr 139/2004.

240 Det ska inledningsvis nämnas att kommissionen beaktade att det förekommit juridisk rådgivning när den i punkt 142 i det angripna beslutet konstaterade att sökandebolaget hade begått överträdelserna av oaktsamhet och inte uppsåtligen.

241 I punkterna 144–148 i det angripna beslutet drog kommissionen slutsatsen att sökandebolaget hade varit oaktsamt på grundval av följande omständigheter:

– Sökandebolaget är ett stort europeiskt bolag som har en gedigen erfarenhet av förfarandena för kontroll av koncentrationer samt för anmälan till kommissionen och de nationella konkurrensmyndigheterna.

– Sökandebolaget visste eller borde ha vetat att det genom att förvärva aktier som uppgick till 48,5 procent av Morpols kapital skulle få kontroll i faktisk mening över Morpol.

– Sökandebolaget har inte bevisat att det av sina juridiska rådgivare hade mottagit en bedömning av huruvida artikel 7.2 i förordning nr 139/2004 var tillämplig före den 18 december 2012, det vill säga den dag då december 2012-förvärvet avslutades.

– Förekomsten av ett prejudikat rörande tolkningen av artikel 7.2 i förordning nr 139/2004 [kommissionens beslut av den 21 september 2007 (ärende COMP/M.4730 – Yara/Kemira GrowHow) (nedan kallat beslutet Yara/Kemira GrowHow)], borde ha fått sökandebolaget att inse att genomförandet av december 2012-förvärvet troligen skulle leda till att artiklarna 4.1 och 7.1 i förordning nr 139/2004 åsidosattes eller åtminstone att det inte var lätt att tillämpa artikel 7.2 i det aktuella fallet och att sökandebolaget hade kunnat vända sig till kommissionen och borde ha gjort detta via ett rådgivningsförfarande angående tillämpligheten av artikel 7.2 i förordning nr 139/2004 eller genom att begära dispens från skyldigheten att bevara status quo enligt artikel 7.3 i förordning nr 139/2004.

– Sökandebolaget hade redan ålagts böter på nationell nivå för det förtida genomförandet av en koncentration i samband med sitt förvärv av bolaget Fjord Seafood. Därför fanns det anledning att förvänta sig en hög nivå av omsorg från bolagets sida.

242 Sökandebolaget har bestritt relevansen av alla dessa omständigheter.

243 Det ska framhållas att sökandebolaget i det aktuella fallet med lätthet kunde förutse att det i och med förvärvet av 48,5 procent av aktierna i Morpol skulle erhålla kontroll i faktisk mening över bolaget. Sökandebolaget har inte påstått att det inte fått kännedom om vissa faktiska omständigheter och att det på grund härav hade varit omöjligt för bolaget att inse att genomförandet av december 2012-förvärvet innebar att sökandebolaget genomförde en koncentration av gemenskapsdimension.

244 Det följer för övrigt av börskommunikén av den 17 december 2012, vilken nämnts i punkt 6 ovan att sökandebolaget var medvetet om att förvärvet av Morpol utgjorde en koncentration av gemenskapsdimension. Sökandebolaget anförde följande i börskommunikén:

”Det är högst troligt att förvärvet kommer att ge upphov till en skyldighet att anmäla det till unionens konkurrensmyndigheter varvid Marine Harvest inte kommer att tillåtas att utöva de rösträttigheter som är kopplade till dess aktier i Morpol förrän transaktionen har tillåtits.”

245 Enbart det faktum att sökandebolaget med orätt ansåg att dess skyldigheter var begränsade till att inte utöva rösträttigheterna innan tillståndet beviljats, kan inte leda till ett ifrågasättande av att bolaget var fullt medvetet om att det rörde sig om en koncentration av gemenskapsdimension.

246 Det ska erinras om att det klart framgår av ordalydelsen i artiklarna 4.1 och 7.1 i förordning nr 139/2004 att en koncentration av gemenskapsdimension ska anmälas innan den genomförs och att den inte får genomföras utan föregående anmälan och tillstånd.

247 Sökandebolaget kunde inte vara ovetande om dessa bestämmelser och det har för övrigt inte påstått att det inte kände till dem.

248 Det ska vidare erinras om att artikel 7.2 i förordning nr 139/2004 inte kan tillämpas i en sådan situation som den i det aktuella målet (se punkterna 68–83 ovan).

249 Sökandebolaget har påstått att dess tolkning av artikel 7.2 i förordning nr 139/2004 åtminstone var rimlig och att det därför inte har handlat oaktsamt.

250 Det ska här erinras om att sökandebolaget, genom sitt resonemang inom ramen för den första grunden, i huvudsak har försökt utvidga tillämpningsområdet för begreppet en enda koncentration i syfte att utvidga tillämpningsområdet för det undantag som anges i artikel 7.2 i förordning nr 139/2004 (se punkt 203 ovan). Det ska vidare erinras om att sökandebolaget inte har funnit något exempel i kommissionens beslutspraxis eller Europeiska unionens domstolars rättspraxis på att flera förvärv av andelar i ett enda målföretag har betraktats som en enda koncentration, när kontroll över målföretaget förvärvats genom den första transaktionen (se punkt 147 ovan).

251 Det finns däremot ett beslut av kommissionen, det vill säga beslutet Yara/Kemira GrowHow, i vilket den konstaterade följande i punkterna 6 och 7:

> ”6. Den 24 maj 2007 köpte Yara aktier av finska staten som motsvarade 30,05 procent av GrowHow. Yara anser att detta förvärv utgör den första etappen av det offentliga bud som syftar till förvärv av GrowHow vilket tillkännagavs den 18 juli 2007 och att det som sådant omfattas av det undantag som anges i artikel 7.2 i förordning [nr 139/2004], från förbudet mot att genomföra en koncentration. Yara har uppgett att företaget inte kommer att utöva sina rösträttigheter till följd av aktieinnehavet på 30,05 procent under kommissionens undersökning av koncentrationen. De upplysningar som parterna har tillhandahållit anger att Yara tog kontroll över GrowHow genom förvärvet av 30,05 procent av aktierna.
>
> 7. Artikel 7.2 [i förordning nr 139/2004] är tillämplig på förvärv av aktiepaket från ”flera säljare”, det vill säga på ”smygerbjudanden”. Kommissionen anser att undantaget i artikel 7. 2 [i förordning nr 139/2004] följaktligen inte är tillämpligt i ett ärende där ett aktieinnehav som ger kontroll erhålls av förvärvaren av ett enda aktiepaket från en enda säljare. Kommissionen är således av den åsikten att det inte kan uteslutas att ett åsidosättande av den skyldighet att bevara status quo som föreskrivs i artikel 7.1 [i förordning nr 139/2004] och av anmälningsskyldigheten enligt artikel 4.1 [i förordning nr 139/2004] har begåtts i det aktuella fallet och att den i ett särskilt förfarande kan undersöka om en påföljd enligt artikel 14.2 [i förordning nr 139/2004] är lämplig.”

252 Det är visserligen sant, såsom sökandebolaget har understrukit, att konstaterandet, enligt vilket ett åsidosättande av artiklarna 4.1 och 7.1 i förordning nr 139/2004 inte kunde uteslutas, utgör *obiter dictum* till beslutet Yara/Kemira GrowHow vilket är ett beslut om tillstånd till en koncentration med förbehåll för iakttagande av vissa åtaganden. Slutligen inledde kommissionen inte något förfarande för åläggande av böter enligt artikel 14.2 i förordning nr 139/2004. Sökandebolaget har med rätta understrukit att ett sådant *obiter dictum* saknar tvingande rättsverkningar

253 Det kvarstår inte desto mindre att till och med ett sådant *obiter dictum* kan ge aktörerna anvisningar om hur kommissionen tolkar artikel 7.2 i förordning nr 139/2004. Det faktum att beslutet Yara/Kemira GrowHow finns, vilket rörde en situation som liknar den i förevarande mål och i vilket kommissionen hade framhållit att den ansåg att undantaget i artikel 7.2 i förordning nr 139/2004 inte var tillämpligt, är en omständighet som gör det svårare för företag att motivera att ett fel som begåtts vad gäller tolkningen av artikel 7.2 i förordning nr 139/2004 inte utgör ett oaktsamt beteende.

254 Det är visserligen sant, såsom sökandebolaget har understrukit i samband med den fjärde grunden, att beslutet Yara/Kemira GrowHow inte har publicerats i *Europeiska unionens officiella tidning* och att den fullständiga versionen endast finns tillgänglig på engelska.

255 Ett meddelande har emellertid publicerats i *Europeiska unionens officiella tidning* (EUT C 245, 2007, s. 7) på vart och ett av de officiella språken. I meddelandet anges en internetlänk som ger tillgång till beslutet i dess helhet på engelska. Kommissionen har vidare med rätta betonat att beslutet Yara/Kemira GrowHow och särskilt den tolkning som ges i beslutet av artikel 7.2 i förordning nr 139/2004 har citerats i praktiserande juristers arbeten. En uppmärksam aktör kunde således få kännedom om beslutet och det sätt på vilket kommissionen tolkade artikel 7.2 i förordning nr 139/2004.

256 Det ska vidare beaktas att sökandebolaget hade kunnat rådfråga kommissionen angående tolkningen av artikel 7.2 i förordning nr 139/2004. I den mån ett företag hyser tvivel om vilka skyldigheter det har enligt förordning nr 139/2004 är det lämpligt att företaget vänder sig till kommissionen (se, för ett liknande resonemang, dom av den 12 december 2012, Electrabel/kommissionen, T-332/09, EU:T:2012:672, punkt 255). Sökandebolaget har inte påstått att det inte kände till den möjligheten.

257 Kommissionen hade även rätt att, såsom den gjorde i punkt 144 i det angripna beslutet, ta hänsyn till den omständigheten att sökandebolaget var ett stort europeiskt bolag som hade gedigen erfarenhet av förfarandena för kontroll av koncentrationer och anmälan till kommissionen och de nationella konkurrensmyndigheterna. Det framgår således av punkt 252 i domen av den 12 december 2012, Electrabel/kommissionen (T-332/09, EU:T:2012:672), att ett företags erfarenhet på området för koncentrationer och anmälningsförfaranden är en relevant omständighet för bedömningen av om det har varit oaktsamt.

258 Kommissionen hade dessutom rätt att, såsom den gjorde i punkt 148 i det angripna beslutet, beakta den omständigheten att sökandebolaget (vid den tiden, Pan Fish) redan hade ålagts böter på nationell nivå för det förtida genomförandet av en koncentration i samband med sitt förvärv av bolaget Fjord Seafood. Det är sant att den franska ekonomiministerns beslut av den 8 december 2007 (ärende Pan Fish/Fjord Seafood) (nedan kallat beslutet Pan Fish/Fjord Seafood) inte rörde tolkningen av artikel 7.2 i förordning nr 139/2004. Icke desto mindre kvarstår att det finns anledning att förvänta sig särskild omsorg av ett stort europeiskt företag som redan hade ålagts böter, även om det var på nationell nivå, för det förtida genomförandet av en koncentration.

259 I det aktuella fallet ska det slås fast att sökandebolaget handlade oaktsamt när det tolkade artikel 7.2 i förordning nr 139/2004 på ett sätt som varken täcks av dess ordalydelse, kommissionens beslutspraxis eller av unionsdomstolarnas rättspraxis och som inte är förenligt med vad kommissionen konstaterade, även om det var i ett *obiter dictum* till beslutet Yara/Kemira GrowHow och utan att i förväg kontakta kommissionen för att kontrollera att dess tolkning var korrekt. Genom att agera på detta vis handlade sökandebolaget på egen risk och det kan inte med giltig verkan hävda att dess tolkning är rimlig.

260 Sökandebolagets argument, att ”inget normalt upplyst och tillräckligt uppmärksamt företag skulle rimligen ha kunnat förutse att december 2012-förvärvet måste anmälas och att motsvarande aktier inte kunde överföras till [sökandebolaget] innan tillstånd beviljats” ska således avfärdas.

261 Vad angår sökandebolagets påståenden angående den bedömning som dess externa juridiska rådgivare gjorde, kan följande anföras.

262 Sökandebolaget har för det första hävdat att dess externa juridiska rådgivare, som är mycket erfarna vad angår konkurrensrättsliga frågor, var överens om att december 2012-förvärvet och det offentliga budet skulle betraktas som en enda koncentration och omfattas av artikel 7.2 i förordning nr 139/2004 vilket bekräftar att dess tolkning är rimlig. För det andra har sökandebolaget hävdat att dess erfarenheter i samband med den transaktion som ledde fram till beslutet Pan Fish/Fjord Seafood

är en av de faktorer som föranledde det att vid flera tillfällen begära och erhålla försäkringar om att förvärvet av 48,5 procent av aktierna i Morpol omfattades av artikel 7.2 i förordning nr 139/2004. Slutligen har sökandebolaget gjort gällande att det var med orätt som kommissionen i punkt 146 i det angripna beslutet fann att det inte hade försökt erhålla och inte hade erhållit något som helst utlåtande angående räckvidden av artikel 7.2 i förordning nr 139/2004 före den 18 december 2012.

263 Det finns således anledning att studera innehållet i utlåtandena från sökandebolagets externa juridiska rådgivare.

264 Sökandebolaget har baserat sig på ett e-postmeddelande som dess norska juridiska rådgivare riktade till det den 29 november 2012. Av e-postmeddelandet framgick följande:

”6. Konkurrens

Friendmalls förvärv av aktierna i [Morpol] kommer att föranleda en anmälan till de behöriga konkurrensmyndigheterna.

Vi har inte någon överblick över de båda bolagens omsättning fördelad per jurisdiktion och förfogar inte heller över någon annan information som är nödvändig för att kunna analysera på vilket sätt denna anmälan ska utföras och var den ska äga rum.

Vi rekommenderar starkt att ni gör allt ni kan för att prioritera fastställandet av dessa uppgifter i och med att de gör det möjligt för oss att upprätta och inge anmälningar relativt snabbt efter dagen för ett eventuellt förvärv.

Vår erfarenhet visar att det kommer att ta tid att få de nödvändiga tillstånden till dessa förvärv. Det kan inte uteslutas att ni kommer att bli beordrad att sälja vissa delar av verksamheten för att erhålla det nödvändiga tillståndet vid vissa domstolar. Så snart ni får reda på var detta skulle kunna bli nödvändigt borde ni lägga upp en strategi för hur sådana invändningar ska bemötas.

Såsom nämnts ovan, kommer [Marine Harvest] inte vara i stånd att utöva några som helst av de aktieägarrättigheter som är förbundna med de förvärvade aktierna i [Morpol] förrän ni har erhållit alla konkurrensrättsliga tillstånd.”

265 Det framgår tydligt av detta e-postmeddelande att sökandebolagets norska juridiska rådgivare inte förfogade över den nödvändiga informationen angående de berörda företagens omsättning och att han därför inte kunde analysera frågan om till vilka konkurrensmyndigheter koncentrationen skulle anmälas. Sökandebolaget kunde inte förvänta sig att dess norska juridiska rådgivare skulle göra en utförlig analys av koncentrationens följder ur konkurrensrättslig synpunkt, redan innan han förfogade över uppgifter som skulle göra det möjligt att avgöra huruvida det rörde sig om en koncentration av gemenskapsdimension.

266 De få punkter i e-postmeddelandet som ägnas åt konkurrensrätten, såsom de citeras i punkt 264 ovan, kan inte betraktas som en analys i egentlig mening av sökandebolagets skyldigheter i fråga om anmälningar och eventuella skyldigheter att bevara status quo. Sökandebolaget kunde inte *e contrario* dra slutsatsen enbart av meningen ”[s]åsom nämnts ovan, kommer [Marine Harvest] inte vara i stånd att utöva några som helst av de aktieägarrättigheter som är förbundna med de förvärvade aktierna i [Morpol] förrän ni har erhållit alla konkurrensrättsliga tillstånd”, att det hade rätt att avsluta december 2012-förvärvet utan vare sig föregående anmälan eller tillstånd.

267 Att detta e-postmeddelande från den norska juridiska rådgivaren existerar, kan under inga omständigheter befria sökandebolaget från dess ansvar.

268 Samma juridiska rådgivare adresserade den 14 december 2012 kl. 10.02, ett e-postmeddelande till en juridisk rådgivare vid advokatbyrån F. vilket var formulerat på följande sätt:

”Förhandlingarna om projekt [Morpol] är för närvarande nästan avslutade och vi är ganska säkra på att en överenskommelse kommer att nås under dagens lopp och att avtalet om aktieförvärv kommer att undertecknas sent i eftermiddag.

Det senaste utkastet bifogas för att ni ska studera det och kommentera det från en konkurrensrättslig synvinkel.

Hittills har ingen fokuserat särskilt mycket på den aspekten och detta är inte ovanligt. Vi har också nått ett stadium där jag verkligen skulle föredra att inga fler ändringar gjordes i texten eftersom detta lätt kan distrahera parterna.

Kan ni därför titta på detta utkast och endast återkomma till mig med de kommentarer eller förslag till ändringar som ni anser vara absolut nödvändiga med avseende på tillståndsförfarandet enligt unionens konkurrensrätt?

Naturligtvis är detta ganska brådskande och jag skulle därför vara mycket tacksam om ni genast ville ägna det er uppmärksamhet.”

269 Detta e-postmeddelande visar klart att sökandebolaget inte betedde sig som en omsorgsfull uppmärksam aktör skulle ha gjort. Det framgår nämligen härav att ”ingen [hade] betonat den konkurrensrättsliga aspekten särskilt mycket” förrän den dag då e-postmeddelandet skickades, det vill säga samma dag som avtalet om aktieförvärv undertecknades. En omsorgsfull aktör skulle ha inriktat sig på koncentrationens följder i konkurrensrättsligt hänseende i ett tidigare skede.

270 När sökandebolaget förhördes om detta vid förhandlingen uppgav det att författaren till e-postmeddelande av den 14 december 2012 även var författare till e-postmeddelandet av den 29 november 2012 och att det sistnämna e-postmeddelandet visar att han redan på det stadiet hade funderingar om konkurrensrätten. Sökandebolaget framhöll dessutom att sökandebolagets norska juridiska rådgivare var advokat och specialist på bolagsrätt och inte på konkurrensrätt och att han hade begärt ett sakkunnigutlåtande från advokatbyrån F. den 14 december 2012.

271 Tribunalen erinrar om att e-postmeddelandet av den 29 november 2012 inte innehåller någon analys i egentlig mening av sökandebolagets skyldigheter i fråga om anmälningar och eventuella skyldigheter att bevara status quo (se punkt 266 ovan). Visserligen hade den norska juridiska rådgivaren funderat över den konkurrensrättsliga aspekten, men enligt vad han själv erkände i e-postmeddelandet hade han inte ”betonat den konkurrensrättsliga aspekten särskilt mycket”.

272 I och med att sökandebolaget under förhandlingen framhöll att dess juridiska rådgivare var en advokat som specialiserat sig på bolagsrätt och inte på konkurrensrätt, nyanserade sökandebolaget åtminstone påståendet om den juridiska rådgivaren i punkt 71 i ansökan enligt vilket de externa juridiska rådgivarna hade lång erfarenhet av konkonkurrensrättsliga frågor.

273 Den 14 december 2012 kl. 22.36 besvarade den juridiska rådgivaren vid advokatbyrån F. det ovan i punkt 268 citerade e-postmeddelandet med följande ord:

”En fråga bara: Vi har inte kunnat finna någon bestämmelse som täcker frågan om utövandet av rösträttigheter så länge tillståndsförfarandet pågår. Det är uppenbart att köparen inte kan utöva sina rösträttigheter innan tillstånd beviljats.”

274 Detta e-postmeddelande som utväxlades mellan två av sökandebolagets externa juridiska rådgivare kan inte betraktas som en analys i egentlig mening av koncentrationens konsekvenser i konkurrensrättsligt hänseende och den juridiska rådgivaren vid advokatbyrån F. hade för övrigt inte tillräckligt med tid för att utföra en sådan analys.

275 Det kan konstateras att varken e-postmeddelandet av den 29 november 2012 eller e-postmeddelandena av den 14 december 2012 nämner artikel 7.2 i förordning nr 139/2004.

276 Den första handling i vilken artikel 7.2 i förordning nr 139/2004 uttryckligen nämns är en promemoria daterad den 18 december 2012 som sökandebolagets norska juridiska rådgivaren hade skrivit.

277 Efter att ha citerat ordalydelsen i artikel 7.1 och 7.2 i förordning nr 139/2004 gjorde den juridiska rådgivaren följande uttalande:

”Det framgår av det ovan anförda att Marine Harvest kan överta aktierna i Morpol men inte utöva de rösträttigheter som är förenade med aktierna förrän kommissionen har tillåtit koncentrationen. Marine Harvest kan således inte utöva sina rättigheter som aktieiägare i Morpol och i praktiken kommer det således inte att kontrollera bolaget förrän tillståndet har erhållits.”

278 Denna promemoria innehåller emellertid inte någon analys i egentlig mening av huruvida artikel 7.2 i förordning nr 139/2004 är tillämplig. Att enbart citera ordalydelsen i den artikeln och påstå att sökandebolaget kunde överta aktierna i Morpol om det inte utövade sina rösträttigheter är inte detsamma som att utföra en sådan analys, särskilt med tanke på den omständigheten att artikel 7.2 i förordning nr 139/2004 enligt sin ordalydelse inte är tillämplig. I promemorian åberopade sökandebolagets norska juridiska rådgivare inte att det rörde sig om en enda koncentration för att motivera påståendet att artikel 7.2 i förordning nr 139/2004 var tillämplig.

279 Därefter bör det erinras om att avtalet om aktieförvärv redan hade undertecknats den 14 december 2012. Det föreskrevs i artikel 7.1 i avtalet att förvärvet skulle avslutas så snabbt som möjligt och senast tre vardagar efter undertecknandet. Dessutom angavs i artikel 7.2 att sökandebolaget måste visa att aktierna var betalda den dag då köpet avslutades. Slutligen föreskrevs det i artikel 7.3 i avtalet om aktieförvärv att säljarna samma dag skulle visa att de hade överfört aktierna till sökandebolaget.

280 Promemorian av den 18 december 2012 upprättades således vid en tidpunkt då sökandebolaget redan hade åtagit sig att avsluta köpet senast tre vardagar efter det att avtalet om aktieförvärv hade undertecknats.

281 Vad angår kommissionens konstaterande i punkt 146 i det angripna beslutet, enligt vilket sökandebolaget inte har företett några bevis som styrker att det mottog en bedömning av sina juridiska rådgivare som rörde tillämpligheten av 7.2 i förordning nr 139/2004 före den 18 december 2012, vilket sökandebolaget har bestritt, ska följande anföras.

282 Sökandebolaget angav förvisso indirekt på sidan 14 i sitt svar på meddelandet om invändningar av den 30 april 2014 att det före den 18 december 2012 hade informerats av sin norska juridiska rådgivare om att villkoren för tillämpning av artikel 7.2 i förordning nr 139/2004 var uppfyllda. Sökandebolaget uppgav att denna information hade upprepats skriftligen i rådgivarens promemoria av den 18 december 2012.

283 Kommissionens konstaterande att sökandebolaget ”inte har företett några bevis” för att det mottog denna bedömning före den 18 december 2012 är korrekt. Även om sökandebolaget indirekt hävdade i sitt svar på meddelandet om invändningar att det hade informerats av sin norska juridiska rådgivare före den 18 december 2012 om att villkoren för tillämpning av artikel 7.2 i förordning nr 139/2004 var uppfyllda, har det inte företett något bevis för detta. Det företedde exempelvis inte e-postmeddelandena

av den 29 november och den 14 december 2012 i bilagor till sitt svar på meddelandet om invändningar, vilka sökandebolaget hade bifogat ansökan. E-post:meddelandena har citerats ovan i punkterna 264, 268 och 273.

284 I vart fall kan dessa e-postmeddelanden inte medföra att sökandebolagets oaktsamhet ifrågasätts. I e-postmeddelandet av den 29 november 2012, vilket företeddes vid tribunalen, nämns inte artikel 7.2 i förordning nr 139/2004 och det innehåller inte någon analys i egentlig mening av sökandebolagets skyldigheter (se punkterna 264–266 ovan). Detsamma gäller e-postmeddelandet av den 14 december 2012 från den juridiska rådgivaren vid advokatbyrån F. (se punkterna 273–275 ovan).

285 Även om det antogs att sökandebolaget hade informerats av sin norska juridiska rådgivare före den 18 december 2012 om att villkoren för tillämpning av artikel 7.2 i förordning nr 139/2004 var uppfyllda, skulle detta i vart fall inte leda till ett ifrågasättande av konstaterandet att sökandebolaget handlat oaktsamt.

286 För det första ska det erinras om att ett företag inte kan undgå att åläggas böter när en överträdelse av konkurrensreglerna har sin grund i att företaget missbedömt rättsenligheten i sitt agerande till följd av innehållet i en advokats juridiska rådgivning (se punkt 238 ovan).

287 För det andra bekräftar inte alls e-postmeddelandet från sökandebolagets norska juridiska rådgivare av den 14 december 2012, på vilket sökandebolaget stödjer sig, att sökandebolaget har visat omsorg. Det bekräftar tvärtom dess oaktsamhet, eftersom det är en följd av att ”ingen [hade] fokuserat särskilt mycket” på den konkurrensrättsliga aspekten fram till själva dagen för undertecknandet av avtalet om aktieförvärv.

288 Om sökandebolaget hade uppfört sig som en omsorgsfull aktör skulle det ha försäkrat sig om att en fullständig analys av konsekvenserna av avtalet om aktieförvärv i konkurrensrättsligt hänseende utfördes innan avtalet om aktieförvärv undertecknades, i synnerhet som avtalet om aktieförvärv föreskrev att köpet skulle avslutas senast tre vardagar efter undertecknandet.

289 Sökandebolaget har även hänvisat till ett e-postmeddelande som advokaten vid advokatbyrån F. skickade den 27 januari 2013. Detta e-postmeddelande avsändes efter det att december 2012-förvärvet hade avslutats och det kan således under inga omständigheter befria sökandebolaget från ansvar. För övrigt innehåller e-postmeddelandet inte någon analys i egentlig mening av de villkor som föreskrivs i artikel 7.2 i förordning nr 139/2004 utan det inskränker sig till att väsentligen återge bestämmelsens ordalydelse. I detta e-postmeddelande nämns inte ens begreppet en enda koncentration.

290 Det följer av det ovan anförda att det var med rätta som kommissionen konstaterade att åsidosättandet av artiklarna 4.1 och 7.1 i förordning nr 139/2004 hade begåtts av oaktsamhet.

291 Talan kan således inte bifallas såvitt avser den andra grunden.

C. Tredje grunden: Åsidosättande av principen ne bis in idem

292 Sökandebolaget har hävdat att kommissionen ålade det böter två gånger för ett och samma agerande, i strid med principen *ne bis in idem*. Det har påpekat att ett åsidosättande av den i artikel 4.1 i förordning nr 139/2004 föreskrivna anmälningsskyldigheten med nödvändighet innebär ett åsidosättande av skyldigheten att bevara status quo vilken anges i artikel 7.1 i förordningen. Enligt sökandebolaget är åsidosättandet av artikel 4.1 i förordning nr 139/2004 den mer specifika överträdelsen, medan åsidosättandet av artikel 7.1 i förordningen är den mer generella överträdelsen och därför inbegriper åsidosättandet av artikel 4.1 i förordning nr 139/2004 åsidosättandet av artikel 7.1 i förordningen eller utgör åtminstone hinder för att kommissionen ålägger särskilda böter för den överträdelsen.

293 Kommissionen har bestritt sökandebolagets argument.

1. Inledande synpunkter på förhållandet mellan artiklarna 4.1, 7.1 samt 14.2 a och b i förordning nr 139/2004

294 Tribunalen anser, i likhet med vad sökandebolaget har gjort gällande och kommissionen har medgett, att ett åsidosättande av artikel 4.1 i förordning nr 139/2004 automatiskt leder till ett åsidosättande av artikel 7.1 i samma förordning. Om ett företag åsidosätter skyldigheten att i enlighet med artikel 4.1 i förordning nr 139/2004 anmäla en koncentration innan den genomförs, får detta till följd att företaget överträder förbudet mot att genomföra en koncentration innan den anmälts och beviljats tillstånd.

295 Det är emellertid inte sant att motsatsen gäller. När ett företag anmäler en koncentration innan den genomförs, men genomför denna koncentration innan den har förklarats förenlig med den inre marknaden, åsidosätter företaget artikel 7.1 men inte artikel 4.1 i förordning nr 139/2004.

296 Vidare föreskrivs det i artikel 14.2 a och b i förordning nr 139/2004 en möjlighet att ålägga böter dels för åsidosättande av anmälningsskyldigheten i artikel 4 i förordning nr 139/2004, dels för genomförandet av en koncentration med åsidosättande av artikel 7 i förordningen.

297 Det följer av det ovan anförda att när ett företag åsidosätter artikel 4.1 i förordning nr 139/2004, åsidosätter det automatiskt artikel 7.1 i förordningen vilket enligt förordningens ordalydelse får till följd att kommissionen kan ålägga böter såväl enligt artikel 14.2 a i förordning nr 139/2004 som enligt artikel 14.2 b i förordningen.

298 Märkas bör att det rör sig om en situation som endast föreligger sedan ikraftträdandet av förordning nr 139/2004. Det ska erinras om att det inte längre föreskrivs i artikel 4.1 i förordning nr 139/2004 en frist på en vecka för anmälan av koncentrationer, räknat från avtalets ingående eller publiceringen av det offentliga budet, såsom föreskrevs i artikel 4.1 i förordning nr 4064/89 (se punkt 225 ovan).

299 När förordning nr 4064/89 var i kraft kunde ett företag överträda artikel 4.1 i förordningen utan att överträda artikel 7.1 i förordningen. Ett företag som anmälde en koncentration mer än en vecka efter avtalets ingående, men inväntade kommissionens tillstånd innan den genomfördes, överträdde artikel 4.1 i förordning nr 4064/89 men inte artikel 7.1 i samma förordning.

300 Vad angår de föreskrivna påföljderna bör nämnas att det i artikel 14.1 a i förordning nr 4064/89 föreskrevs att påföljden för utebliven anmälan enligt artikel 4 i förordning nr 4064/89 var böter på endast 1 000–-50 000 ecu. För genomförandet av en koncentration med åsidosättande av artikel 7.1 i förordning nr 4064/89 var påföljden enligt artikel 14.2 b i förordning nr 4064/89 böter upp till 10 procent av de berörda företagens sammanlagda omsättning.

301 I förordning nr 139/2004 anges däremot inte längre åsidosättande av anmälningsskyldigheten enligt artikel 4, i artikel 14.1, utan i artikel 14.2 i förordningen vilket innebär att straffskalan för åsidosättande av artikel 4.1 och straffskalan för åsidosättande av artikel 7.1 i förordning nr 139/2004 hädanefter är densamma och innebär att det är möjligt att ålägga böter upp till 10 procent av de berörda företagens totala omsättning.

302 Även om artikel 4.1 i förordning nr 139/2004 föreskriver en skyldighet att agera (anmäla en koncentration innan den genomförs) och artikel 7.1 i förordningen föreskriver en skyldighet att inte agera (inte genomföra en koncentration innan den anmälts och beviljats tillstånd), medför ett åsidosättande av skyldigheten att agera, automatiskt ett åsidosättande av skyldigheten att inte agera enligt artikel 7.1 i förordning nr 139/2004. Enligt nu gällande bestämmelser är det bara vid tidpunkten för genomförandet av en koncentration som det är möjligt att få veta att ett företag inte har anmält koncentrationen före genomförandet.

303 Härav följer att vid den tidpunkt då ett företag åsidosätter artikel 4.1 i förordning nr 139/2004 börjar automatiskt ett åsidosättande av artikel 7.1 i förordning nr 139/2004. Vid tidpunkten för genomförandet av koncentrationen åsidosätter nämligen det berörda företaget den skyldighet att anmäla koncentrationen innan den genomförs som föreskrivs i artikel 4.1 i förordning nr 139/2004 och det motsvarande förbud mot att genomföra en koncentration före anmälan som anges i artikel 7.1, det första typfallet, i förordning nr 139/2004. Företaget bryter samtidigt mot förbudet att genomföra en koncentration innan den beviljats tillstånd enligt artikel 7.1, det andra typfallet, i förordning nr 139/2004, därför att en koncentration som inte har anmälts inte kan förklaras vara förenlig med den inre marknaden.

304 Det har inte bestritts i det aktuella fallet att ett åsidosättande av artikel 4.1 i förordning nr 139/2004 utgör en överträdelse vid en viss tidpunkt. Ett åsidosättande av artikel 7.1 i förordning nr 139/2004 är emellertid en överträdelse som pågår så länge som koncentrationen inte har förklarats förenlig med den inre marknaden av kommissionen, såsom kommissionen konstaterade i punkterna 128, 165 och 166 i det angripna beslutet (se, angående artikel 7.1 i förordning nr 4064/89, dom av den 12 december 2012, Electrabel/kommissionen, T-332/09, EU:T:2012:672, punkt 212).

305 I det aktuella fallet fann kommissionen i punkt 127 i det angripna beslutet att det agerande som gav upphov till åsidosättandet av artikel 4.1 i förordning nr 139/2004 och åsidosättandet av artikel 7.1 i förordningen var ett och samma agerande, det vill säga genomförandet av en koncentration av gemenskapsdimension innan den anmälts och beviljats tillstånd. Som svar på en skriftlig fråga som tribunalen ställde i detta ämne, bekräftade kommissionen att den inte bestred att de faktiska omständigheter som ledde till åsidosättandet av dessa båda bestämmelser var identiska i det aktuella fallet.

306 Det kan konstateras att den aktuella rättsliga ramen är ovanlig, såtillvida att det finns två artiklar i förordning nr 139/2004, vilkas åsidosättande medför böter på samma straffskala, men i fråga om vilka den första med nödvändighet medför ett åsidosättande av den andra. Det ska emellertid framhållas att det rör sig om bestämmelser som kommissionen var skyldig att tillämpa och att sökandebolaget inte har framställt någon invändning om rättsstridighet vad angår vissa bestämmelser i förordning nr 139/2004.

2. Huruvida principen ne bis in idem kan tillämpas på det aktuella fallet

307 Det följer av fast rättspraxis att principen *ne bis in idem* ska respekteras i bötesförfaranden som följer av konkurrensrätten. Denna princip innebär på konkurrensrättens område ett förbud mot att ett företag på nytt hålls ansvarigt eller att ett förfarande enligt konkurrensreglerna på nytt inleds mot företaget avseende ett konkurrensbegränsande beteende som företaget redan har ålagts böter för eller som företaget har förklarats inte vara ansvarigt för genom ett tidigare beslut som inte längre kan överklagas (se dom av den 14 februari 2012, Toshiba Corporation m.fl. C-17/10, EU:C:2012:72, punkt 94 och där angiven rättspraxis).

308 Hittills har domstolen i konkurrensrättsliga förfaranden utgått från att tillämpningen av principen *ne bis in idem* är underkastad ett trefaldigt krav på att de faktiska omständigheterna ska vara identiska, att det är fråga om en och samma regelöverträdare och att det är ett och samma rättsliga intresse som skyddas (se dom av den 14 februari 2012, Toshiba Corporation m.fl. C-17/10, EU:C:2012:72, punkt 97 och där angiven rättspraxis).

309 Det framgår av den rättspraxis som anges i punkt 307 ovan att principen *ne bis in idem* innehåller två delar. Den förbjuder såväl att ett företag ”åtalas” på nytt som att det ”bestraffas” på nytt. Enligt den formulering som återges i punkt 307 ovan förutsätter dessa båda delar att företaget i fråga har blivit föremål för påföljder eller förklarats inte vara ansvarigt ”genom ett tidigare beslut som inte längre kan överklagas”.

310 Artikel 50 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (nedan kallad stadgan) är formulerad på följande sätt:

”Ingen får lagföras eller straffas på nytt för en lagöverträdelse för vilken han eller hon redan har blivit frikänd eller dömd i unionen genom en lagakraftvunnen brottmålsdom i enlighet med lagen.”

311 Även denna artikel innehåller dessa båda delar, det vill säga förbudet mot dubbel lagföring och förbudet mot dubbel påföljd (lagföras eller bestraffas). Det ska dessutom påpekas att denna artikel tydligt anger en ”lagakraftvunnen” dom utan att göra någon skillnad mellan de båda delarna. Dessutom nämns den omständigheten att den berörda personen ”redan” har blivit frikänd eller dömd genom en dom vilket bekräftar att det måste röra sig om en tidigare dom.

312 Det är riktigt att principen *ne bis in idem* är tillämplig i förfaranden som syftar till att ålägga böter på det konkurrensrättsliga området och detta oberoende av om dessa böter kvalificeras som straffrättsliga eller ej. På det konkurrensrättsliga området där böter åläggs av kommissionen är det inte nödvändigt att det finns en ”dom” enligt vilken böter åläggs. Såsom detta avspeglas i den formulering som återges i punkt 307 ovan, räcker det att det finns ett tidigare ”beslut” som inte längre kan överklagas. Enbart förekomsten av ett sådant beslut av kommissionen genom vilket böter åläggs, som inte har bestritts inom den föreskrivna fristen och som således inte längre kan överklagas, räcker för att principen *ne bis in idem* ska kunna tillämpas. Den ”slutgiltiga” komponent som framgår av artikel 50 i stadgan är emellertid tillämplig även i konkurrensrätten, såsom framgår av formuleringen ”tidigare beslut som inte längre kan överklagas”.

313 Artikel 4.1 i protokoll nr 7 till Europakonventionen är formulerad på följande sätt:

”Ingen får lagföras eller straffas på nytt i en brottmålsrättegång i samma stat för ett brott för vilket han redan blivit slutligt frikänd eller dömd i enlighet med lagen och rättegångsordningen i denna stat.”

314 Denna bestämmelse innehåller likaledes två delar, det vill säga förbudet mot dubbel lagföring och förbudet mot dubbel påföljd (lagföras eller straffas) och den förutsätter också att det finns en ”slutgiltig” dom. Dessutom nämns i bestämmelsen den omständigheten att den berörda personen ”redan” har blivit slutligt frikänd eller dömd vilket bekräftar att det måste röra sig om en tidigare dom.

315 Dessa bestämmelsers ordalydelse täcker således inte en situation där en myndighet ålägger två påföljder i ett och samma beslut, såsom är fallet i förevarande mål.

316 Detta är förenligt med principen *ne bis in idem*. Enligt den principen ska gärningsmannen när han har lagförts och bestraffats kunna veta att brottet har sonats genom att påföljden verkställts och inte behöva vara rädd för en ny påföljd (förslag till avgörande av generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomer, Gözütok och Brügge, C-187/01 och C-385/01, EU:C:2002:516, punkt 49).

317 Det strider inte mot detta syfte att ålägga två påföljder i ett och samma beslut. Enligt vad kommissionen påpekade, som svar på en skriftlig fråga som hade ställts till parterna, kan nämligen den berörde när två påföljder åläggs i ett och samma beslut gå vidare i vetskap om att han inte på nytt kommer att åläggas en påföljd för samma överträdelse.

318 Det förhåller sig visserligen så att sökandebolaget inte uttryckligen har åberopat principen *ne bis in idem*, utan principen *nemo debet bis puniri pro uno delicto*. Sökandebolaget har emellertid bekräftat, som svar på en skriftlig fråga om detta från tribunalen, att den princip som sökandebolaget åberopade överensstämde med den andra delen av principen *ne bis in idem*, det vill säga förbudet mot dubbel bestraffning och att det inte åberopade en annan princip än principen *ne bis in idem*. Kommissionen har likaledes bekräftat som svar på tribunalens skriftliga frågor att principen *nemo debet bis puniri pro uno delicto* överensstämmer med den andra delen av principen *ne bis in idem*.

319 Tribunalen konstaterar att principen *ne bis in idem* är tillämplig i det aktuella fallet då påföljderna ålades av samma myndighet i ett och samma beslut.

320 Detta resultat kan inte ifrågasättas vare sig av sökandebolagets argument eller av rättspraxis från unionsdomstolarna eller från Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna (nedan kallad Europadomstolen).

321 Sökandebolaget har som svar på tribunalen skriftliga frågor påstått att unionsdomstolarnas fasta rättspraxis på konkurrensrättens område innehåller flera exempel där principen *ne bis in idem* har tillämpats när flera böter hade ålagts genom ett och samma beslut.

322 Sökandebolaget har först utgått från domen av den 21 juli 2011, Beneo-Orafti (C-150/10, EU:C:2011:507), och påstått att det framgår av punkt 68 i den domen att domstolen tillämpade principen *ne bis in idem* när den undersökte huruvida denna princip utgjorde hinder för en kumulering av åtgärderna enligt artiklarna 26.1 och 27 i förordning nr 968/2006 och artikel 15 i kommissionens förordning (EG) nr 968/2006 av den 27 juni 2006 om fastställande av tillämpningsföreskrifter för rådets förordning (EG) nr 320/2006 av den 20 februari 2006 om inrättande av en tillfällig ordning för omstrukturering av sockerindustrin i gemenskapen (EUT L 176, 2006, s. 32).

323 I det målet slog emellertid domstolen fast att principen *ne bis in idem* inte var tillämplig med motiveringen att endast en av de tre åtgärder som var i fråga i detta mål kunde kvalificeras som en sanktion (dom av den 21 juli 2011, Beneo-Orafti, C-150/10, EU:C:2011:507, punkt 74). I och med att domstolen hade förnekat att principen *ne bis in idem* var tillämplig av en annan anledning, uttalade den sig helt enkelt inte om huruvida den principen kunde tillämpas i en situation där flera påföljder åläggs i ett och samma beslut eller där en andra påföljd åläggs när det beslut genom vilket den första påföljden åläggs ännu inte har blivit slutgiltigt.

324 I den mån sökandebolaget stödjer sig på förslaget till avgörande av generaladvokat Bot, Beneo-Orafti (C-150/10, EU:C:2011:164), räcker det att konstatera att domstolen inte följde detta förslag till avgörande i fråga om tillämpligheten av principen *ne bis in idem*.

325 Sökandebolaget har sedan åberopat domen av den 13 december 2006, FNCBV m.fl./kommissionen (T-217/03 och T-245/03, EU:T:2006:391). Parterna i målet i den domen gjorde gällande att kommissionen hade åsidosatt principen *ne bis in idem* genom att i ett enda beslut ålägga flera sammanslutningar böter vilkas medlemmar delvis var desamma. Enligt dessa sökande hade medlemmarna därför indirekt påförts flera böter.

326 Tribunalen inskränkte sig till att, i punkt 344 i dom av den 13 december 2006, FNCBV m.fl./kommissionen (T-217/03 och T-245/03, EU:T:2006:391), konstatera att det inte förelåg någon identitet mellan regelöverträdarna, eftersom sanktionsåtgärder inte vidtagits i det angripna beslutet mot samma enheter eller personer mer än en gång för samma faktiska omständigheter. Därför fann tribunalen att principen *non bis in idem* inte hade kränkts. De uttalade sig således inte i frågan om principen *ne bis in idem* kan tillämpas i det fall då flera påföljder åläggs i ett och samma beslut.

327 När domstolen prövade överklagandet av den sistnämnda domen i sin dom av den 18 december 2008, Coop de France bétail et viande m.fl./kommissionen (C-101/07 P och C-110/07 P, EU:C:2008:741, punkt 130), vilken också har åberopats av sökandebolaget, inskränkte den sig till att endast bekräfta tribunalens uppfattning.

328 Sökandebolaget har därefter hänvisat till domen av den 5 oktober 2011, Transcatab/kommissionen (T-39/06, EU:T:2011:562). I den domen fann tribunalen att principen *ne bis in idem* inte hade åsidosatts, då det inte förelåg någon identitet vare sig mellan de faktiska omständigheterna eller mellan regelöverträdarna (se punkterna 255–259 i domen). Tribunalen uttalade sig inte om huruvida principen *ne bis in idem* är tillämplig i en situation där flera böter har ålagts i ett och samma beslut.

329 Slutligen har sökandebolaget hänvisat till domen av den 14 februari 2012, Toshiba Corporation m.fl. (C-17/10, EU:C:2012:72). Det har hävdat att principen *ne bis in idem* tillämpades i den domen på ett kommissionsbeslut av den 24 januari 2007 som ännu inte var slutligt, åtminstone inte i fråga om Toshiba och beslutets övriga huvudadressater, ens den dag då domstolen meddelade domen, det vill säga den 14 februari 2012.

330 Tribunalen framhåller emellertid att domstolen i domen av den 14 februari 2012, Toshiba Corporation m.fl. (C-17/10, EU:C:2012:72, punkterna 98–103), fann att principen *ne bis in idem* inte kunde tillämpas av ett annat skäl, nämligen att det inte förelåg identitet mellan de faktiska omständigheterna.

331 Sökandebolaget har dessutom hävdat att domstolen i domen av den 14 februari 2012, Toshiba Corporation m.fl. (C-17/10, EU:C:2012:72), tillämpade principen *ne bis in idem* från dagen för ”antagandet av [kommissions]beslutet”. Domstolen använde förvisso i punkt 103 i denna dom uttrycket ett ”beslut som kommissionen fattat före antagandet av den nationella konkurrensmyndighetens beslut” och inte uttrycket ett ”beslut som blivit slutligt” före denna dag. Det kvarstår dock att domstolen i punkt 94 i domen klart uttalade att principen *ne bis in idem* innebär ett förbud ”mot att ett företag på nytt hålls ansvarigt eller att ett förfarande på nytt inleds mot företaget avseende ett konkurrensbegränsande beteende som företaget redan har bötfällts för, eller som företaget har frikänts från ansvar för, genom ett tidigare beslut som inte längre kan överklagas”. Det framgår således tydligt av denna dom att principen *ne bis in idem* inte ska tillämpas när det inte finns ett tidigare slutligt beslut.

332 Det ska slås fast att sökandebolaget inte har funnit någon dom som meddelats av unionsdomstolarna i vilken ett åsidosättande av principen *ne bis in idem* har konstaterats föreligga i en situation där flera påföljder hade ålagts i ett och samma beslut eller där en andra påföljd hade ålagts innan det beslut, i vilket den första påföljden ålades, blev slutligt.

333 Vad angår Europadomstolens rättspraxis, framgår det klart av denna att principen *ne bis in idem* inte är tillämplig i en situation där flera påföljder åläggs i ett och samma beslut.

334 Sålunda framgår det av Europadomstolens dom av den 7 december 2006, Hauser-Sporn mot Österrike (CE:ECHR:2006:1207JUD003730103), att enbart den omständigheten att ett agerande utgör mer än en överträdelse inte strider mot artikel 4 i protokoll nr 7 till Europakonventionen. Enligt samma dom är det uteslutande i den situation där flera överträdelser som grundas på samma faktiska omständigheter lagförs efter varandra, det ena efter ett slutligt beslut angående det andra, som det enligt Europadomstolen finns skäl att pröva om överträdelserna innehåller samma väsentliga beståndsdelar.

335 Europadomstolen uttalade följande i domen av den 17 februari 2015, Boman mot Finland:

”Artikel 4 i protokoll nr 7 [till Europakonventionen] syftar till att förbjuda att straffrättsliga förfaranden som har utmynnat i ett ”slutligt” beslut inleds på nytt.

…

Beslut som kan bli föremål för ordinarie talan omfattas inte av tillämpningsområdet för den garanti som anges i artikel 4 i protokoll nr 7 [till Europakonventionen] så länge fristen för en sådan talan inte har löpt ut.”

336 Sökandebolaget har, som svar på tribunalens skriftliga frågor, medgett att vid fall av successiva påföljder har Europadomstolen tillämpat principen *ne bis in idem* om det beslut i vilket den första påföljden ålades hade blivit slutligt.

337 Sökandebolaget har emellertid påstått att unionsdomstolarnas rättspraxis ger ett mer omfattande skydd mot dubbel påföljd därför att de tillämpar principen redan från det att beslutet antagits, även om detta ännu inte har blivit slutligt.

338 Detta argument kan inte godtas. Det framgår nämligen klart av den rättspraxis som anges i punkt 307 ovan att principen *ne bis in idem* ”innebär ett förbud mot att ett företag på nytt hålls ansvarigt eller att ett förfarande enligt konkurrensreglerna på nytt inleds mot företaget avseende ett konkurrensbegränsande beteende som företaget redan har ålagts böter för eller som företaget har förklarats inte vara ansvarigt för genom ett tidigare beslut som inte längre kan överklagas”. Såsom framgår av punkterna 322–332 ovan, har denna princip inte ifrågasatts i den rättspraxis som sökandebolaget stödjer sig på.

339 Slutligen ska det uppmärksammas att sökandebolaget även nämnde avräkningsprincipen (Anrechnungsprinzip) i ansökan. Som svar på tribunalens skriftliga frågor preciserade sökandebolaget att den tredje grunden avsåg åsidosättande av principen *ne bis in idem* och att avräkningsprincipen utgör en annan princip som dock är närbesläktad med principen *ne bis in idem* samt att avräkningsprincipen hade tillämpats i fall där principen *ne bis in idem* inte fullt ut kunde tilämpas. Sökandebolaget har vidare preciserat att det enligt dess mening inte var nödvändigt att använda avräkningsprincipen i det aktuella fallet eftersom principen *ne bis in idem* kunde tillämpas. Det har hävdat att även om tribunalen ansåg att det fanns skäl att tillämpa avräkningsprincipen i det aktuella fallet, resultatet i vart fall skulle bli detsamma, det vill säga att det första bötesbeloppet skulle avräknas från det andra.

340 Det bör framhållas att avräkningsprincipen har diskuterats på det konkurrensrättsliga området i situationer rörande böter som ålagts i en medlemsstat eller en tredjestat.

341 I domen av den 13 februari 1969, Wilhelm m.fl. (14/68, EU:C:1969:4), vilken meddelades vid en tidpunkt då förordning nr 1/2003 ännu inte hade trätt i kraft (se, angående situationen efter skapandet av Europeiska konkurrensnätverket, dom av den 13 juli 2011, ThyssenKrupp Liften Ascenseurs/kommissionen, T-144/07, T-147/07–T-150/07 och T-154/07, EU:T:2011:364, punkt 187), slog domstolen fast följande. Medlemsstaternas konkurrensmyndigheter kan i princip ingripa mot konkurrensbegränsande samverkan med tillämpning av respektive stats nationella lag även då det pågår en prövning vid kommissionen av denna samverkan. Domstolen framhöll även i punkt 11 i domen att om möjligheten att föra talan genom två förfaranden samtidigt skulle leda till en kumulering av påföljder följer av ett allmänt rättvisekrav att man skall beakta alla ”tidigare påföljdsbeslut” vid bestämmandet av en eventuell påföljd (se även, för ett liknade resonemang, dom av den 6 april 1995, Sotralentz/kommissionen, T-149/89, EU:T:1995:69, punkt 29). Domstolen påpekade dessutom i punkt 3 i domen av den 14 december 1972, Boehringer Mannheim/kommissionen (7/72, EU:C:1972:125), att då kommissionen fastställer ett bötesbelopp är den förpliktigad att beakta de påföljder som ”redan” har ålagts samma företag för samma gärning, då det gäller påföljder som ålagts för överträdelser av en medlemsstats rättsregler beträffande konkurrensbegränsande samverkan.

342 Det handlar således om en princip som är tillämplig när det finns ett ”tidigare påföljdsbeslut” eller då det gäller påföljder som ålagts för överträdelser av en medlemsstats rättsregler beträffande konkurrensbegränsande samverkan, i det fall där påföljder ”redan” har ålagts samma företag för samma gärning och inte i det fall där två böter ålagts av samma myndighet i ett och samma beslut. Det är för övrigt helt adekvat att behandla dessa typer av situationer på olika sätt. När kommissionen och en myndighet i en medlemsstat ålägger påföljder för samma konkurrensbegränsande samverkan, finns det nämligen risk för att varje bötesbelopp, taget för sig, är proportionerligt men att två bötesbelopp, sammantagna, är oproportionerliga om det första bötesbeloppet inte beaktas när det andra bötesbeloppet fastställs. När flera böter fastställs i ett och samma beslut kan emellertid kommissionen försäkra sig om att dessa böter, sammantagna, är proportionerliga och tribunalen kan likaledes pröva den frågan.

343 Slutligen har sökandebolaget,som svar på tribunalens skriftliga frågor, gjort gällande att med hänsyn till likabehandlingsprincipen och proportionalitetsprincipen är det lika orättvist att ålägga en dubbel påföljd för samma beteende i parallella förfaranden som i successiva förfaranden. Detta argument kan inte godtas. När två påföljder åläggs av samma myndighet i ett och samma beslut, kan denna nämligen försäkra sig om att påföljderna, sammantagna, är proportionerliga och en domstol kan likaledes kontrollera att påföljderna, sammantagna, är proportionerliga (se punkt 342 ovan). Att två påföljder åläggs för samma beteende av samma myndighet i ett och samma beslut kan således inte i sig anses strida mot likabehandlingsprincipen och proportionalitetsprincipen.

344 Mot bakgrund av det ovan anförda är principen *ne bis in idem* och avräkningsprincipen inte tillämpliga i en situation där flera påföljder åläggs i ett och samma beslut, även om dessa påföljder åläggs för samma faktiska omständigheter. När flera bestämmelser åsidosätts till följd av ett agerande för vilket påföljden är böter, hänför sig frågan om flera böter kan åläggas i ett och samma beslut, i realiteten inte till principen *ne bis in idem* utan till de principer som reglerar sammanträffande av överträdelser (se, angående problemen i samband med sammanträffande av överträdelser, punkterna 345–373 nedan).

3. Sökandebolagets argument i fråga om sammanträffande av överträdelser

345 Sökandebolaget har gjort gällande att i internationell privaträtt och tysk rätt betyder ”synbar konflikt” eller ”falsk konflikt” (unechte Konkurrenz) att när ett agerande förefaller omfattas av två lagbestämmelser, utesluter den bestämmelse som primärt är tillämplig alla andra bestämmelser på grundval av subsidiaritetsprincipen, absorbtionsprincipen eller specialitetsprincipen och att många andra medlemsstater tillämpar begreppet synbar konflikt i en eller annan form. Enligt sökandebolaget är det ett visst antal av de övriga medlemsstaterna som inte uttryckligen använder begreppet synbar konflikt eller falsk konflikt men som likaledes förbjuder att dubbla påföljder åläggs för en allvarligare överträdelse och en mindre allvarlig överträdelse som är inbegripen i den förstnämnda överträdelsen.

346 Vad angår de bestämmelser som är i fråga i det aktuella fallet, har sökandebolaget, närmare bestämt, gjort gällande att åsidosättandet av artikel 4.1 i förordning nr 139/2004 är den mer specifika överträdelsen medan åsidosättandet av artikel 7.1 i förordningen är den mer generella. Åsidosättandet av artikel 4.1 i förordning nr 139/2004 inbegriper därför åsidosättandet av artikel 7.1 i förordningen eller förhindrar åtminstone att kommissionen ålägger särskilda böter för detta.

347 Kommissionen har bestritt sökandens argument.

348 Tribunalen konstaterar att det inte existerar några specifika regler om konkurrens mellan överträdelser i unionens konkurrensrätt. Det är således lämpligt att pröva sökandebolagets argument angående principer i internationell privaträtt och medlemsstaternas rättsordningar.

349 Enligt sökandebolagets argument (se punkt 345 ovan), utesluter den ”primärt tillämpliga bestämmelsen” alla andra bestämmelser.

350 I detta avseende har kommissionen med rätta understrukit att lagstiftaren inte har definierat en överträdelse såsom varande allvarligare än någon annan, då båda omfattas av samma högsta tillåtna procenttal enligt artikel 14.2 a och b i förordning nr 139/2004. Det finns således ingen anledning att betrakta den ena av dessa bestämmelser som primärt tillämplig.

351 När det gäller sökandebolagets påstående att överträdelsen av artikel 4.1 är den mer specifika överträdelsen som inbegriper åsidosättandet av artikel 7.1 i förordning nr 39/2004, kan följande tilläggas.

352 Det ska erinras om att artikel 4.1 i förordning nr 139/2004 är en överträdelse vid en viss tidpunkt medan en överträdelse av artikel 7.1 i förordning nr 139/2004 är en fortlöpande överträdelse som inleds vid samma tidpunkt som överträdelsen av artikel 4.1 i förordning nr 139/2004 äger rum (se punkt 304 ovan).

353 Det ska därefter framhållas att enligt artikel 1.1 a i rådets förordning (EEG) nr 2988/74 av den 26 november 1974 om preskriptionstider i fråga om förfaranden och verkställande av påföljder enligt Europeiska ekonomiska gemenskapens transport- och konkurrensregler (EGT L 319, 1974, s. 1) är preskriptionstiden tre år, vad gäller överträdelser av bestämmelserna om företags anmälningar. Härav följer att preskriptionstiden är tre år vid överträdelser av artikel 4.1 i förordning nr 139/2004. Vid överträdelser av artikel 7.1 i förordning nr 139/2004, är däremot preskriptionstiden fem år enligt artikel 1.1 b i förordning nr°2988/74. Härav följer att det var med rätta som kommissionen i förevarande fall tillämpade artikel 1.1 b i förordning nr 2988/74 för att fastställa en preskriptionstid på fem år (se, analogt, dom av den 12 december 2012, Electrabel/kommissionen, T-332/09, EU:T:2012:672, punkt 209).

354 Om man följer sökandebolagets resonemang blir konsekvensen att ett företag som åsidosätter såväl anmälningsskyldigheten som förbudet mot att genomföra en koncentration innan tillstånd har beviljats, skulle behandlas förmånligare än ett företag som enbart åsidosätter förbudet mot att genomföra en koncentration innan tillstånd har beviljats.

355 Ett företag som anmäler en koncentration före genomförandet men genomför den innan det har erhållit tillstånd för den, kan åläggas böter enligt artikel 14.2 b i förordning nr 139/2004 jämförd med artikel 7.1 i förordningen. Företaget kan således åläggas påföljd för en fortlöpande överträdelse som varar så länge som transaktionen inte har förklarats förenlig med den inre marknaden av kommissionen och i fråga om vilken en preskriptionstid på fem år ska tillämpas.

356 För det fall samma företag inte ens hade anmält koncentrationen innan den genomfördes skulle kommissionen enligt sökandebolagets resonemang endast kunna ålägga det böter enligt artikel 14.2 a i förordning nr 139/2004 jämförd med artikel 4.1 i förordningen. Företaget skulle således enbart kunna åläggas påföljd för en överträdelse vid en viss tidpunkt vars preskriptionstid endast är tre år. Detta innebär att ett företag skulle gynnas, om det utöver förbudet mot att genomföra en koncentration innan tillstånd beviljats, även åsidosatte skyldigheten att anmäla den.

357 Det är emellertid uteslutet att tolka förordning nr 139/2004 på ett sätt som skulle leda till ett så absurt resultat.

358 Sökandebolagets argument att överträdelsen av artikel 4.1 i förordning nr 139/2004 är den mer specifika överträdelsen och att den inbegriper åsidosättandet av artikel 7.1 i förordning nr 139/2004 kan följaktligen inte godtas.

359 Det resultatet undergrävs inte av sökandebolagets påståenden vid förhandlingen som syftade till att ifrågasätta den omständigheten att överträdelser av artikel 4.1 i förordning nr 139/2004 preskriberas efter endast tre år. Enligt den mycket klara ordalydelsen i artikel 1.1 a i förordning nr 2988/74 är preskriptionstiden tre år vid överträdelser av bestämmelser om företags anmälningar.

360 Sökandebolaget har understrukit att lagstiftaren höjde taket för de högsta tillåtna böterna för åsidosättande av anmälningsskyldigheten genom att i artikel 14.2 i förordning nr 139/2004 föreskriva att böter om högst 10 procent av det berörda företagets sammanlagda omsättning kan åläggas, till skillnad mot det högsta bötesbelopp på 50 000 ecu som föreskrevs i artikel 14.1 a i förordning nr 4064/89 (se punkt 300 ovan). Den omständigheten kan inte ändra preskriptionstiden vilken fortfarande regleras i artikel 1.1 a i förordning nr 2988/74.

361 Även om det antogs att preskriptionstiden för åsidosättande av artikel 4.1 i förordning nr 139/2004 och preskriptionstiden för åsidosättande av artikel 7.1 i förordningen var lika långa, skulle detta inte kunna påverka den omständigheten, vilken för övrigt inte har bestritts av sökandebolaget, att en överträdelse av artikel 4.1 i förordning nr 139/2004 är en överträdelse vid en viss tidpunkt, medan en överträdelse av artikel 7.1 i förordning nr 139/2004 är en fortlöpande överträdelse. Även enligt denna hypotes skulle det faktum att överträdelsen av artikel 4.1 i förordning nr 139/2004 betraktades som en mer specifik överträdelse som inbegrep åsidosättandet av artikel 7.1 i förordningen, få konsekvensen att det skulle vara fördelaktigt för ett företag om det förutom att åsidosätta förbudet mot att genomföra en koncentration innan den beviljats tillstånd även åsidosatte skyldigheten att anmäla den. Enligt sökandebolagets resonemang skulle nämligen ett företag som enbart åsidosätter förbudet mot att genomföra en koncentration innan det erhållit tillstånd för den, kunna åläggas påföljd för en fortlöpande överträdelse som varar så länge som koncentrationen inte har förklarats förenlig med den inre marknaden, medan ett företag som även åsidosätter skyldigheten att anmäla koncentrationen innan den genomförs, endast skulle kunna åläggas påföljd för en överträdelse vid en viss tidpunkt. Det sistnämnda företaget skulle således gynnas i förhållande till det förstnämnda dels i fråga om överträdelsens varaktighet, dels vad gäller startpunkten för preskriptionstiden. Sökandens resonemang kan följaktligen inte godtas.

362 Det ska således slås fast att det var med rätta som kommissionen ålade sökandebolaget påföljder för åsidosättande av två bestämmelser.

363 Detta resultat påverkas inte av de övriga argument som sökandebolaget har framfört.

364 Sökandebolaget har påstått att ”enligt fast rättspraxis från de internationella domstolarna är det förbjudet att ålägga en person dubbel påföljd för åsidosättande av en bestämmelse som inte kan åsidosättas utan att en annan bestämmelse åsidosätts”. Sökandebolaget har angett domar som meddelats av Internationella krigsförbrytartribunalen för det forna Jugoslavien (nedan kallad ICTY) och Internationella krigsförbrytartribunalen för Rwanda (nedan kallad ICTR).

365 Sökandebolaget stödjer sig särskilt på ICTY, 17 januari 2005, åklagaren mot Vidoje Blagojević & Dragan Jokić, mål nr IT-02–60-T, 799 §, enligt vilken

> ”[f]lera fällande domar kan meddelas med stöd av bestämmelser i stadgan med anledning av samma beteende, endast om var och en av dessa bestämmelser har en klart självständig beståndsdel som saknas i den andra bestämmelsen … Den mer specifika överträdelsen inbegriper den mindre specifika eftersom begåendet av den förstnämnda överträdelsen med nödvändighet medför att den sistnämnda överträdelsen begås.”

366 Det följer av ICTY:s dom, åklagaren mot Dragoljub Kunarac, Radomir Kovač och Zoran Vuković, mål nr IT-96–23 & IT-96–23/1-A, 12 juni 2002, 168 §, att detta synsätt i hög grad har inspirerats av den dom som meddelades av Supreme Court of the United States (Förenta staternas högsta domstol) i målet Blockburger mot Förenta staterna, 284 U.S. 299 (1932).

367 Det ska vidare nämnas att ICTR i domen Alfred Musema mot åklagaren, mål nr ICTR-96–13-A, 16 november 2001, 360 § konstaterade att de nationella åsikterna i fråga om flera fällande domar som grundas på samma faktiska omständigheter var inbördes skiljaktiga.

368 Enbart den omständigheten att ICTY tillämpar ett visst prövningskriterium i sina domar i vilka straffrättsliga påföljder åläggs vilket har sitt ursprung i amerikansk rätt innebär inte alls att kommissionen eller unionsdomstolarna är skyldiga att tillämpa samma kriterium. Det ska understrykas att ICTY inte prövar huruvida de beslut som fattas och de domar som meddelas på nationell nivå är förenliga med de grundläggande rättigheterna. Den uttalar endast, i samband med de straffrättsliga påföljder som den själv ålägger, principer som den tillämpar i det fall då samma agerande strider mot flera straffrättsliga bestämmelser. ICTY har således helt enkelt, i sina egna domar, bestämt

det synsätt som den ansåg vara det mest ändamålsenliga. Detta betyder inte alls att ICTY har uttalat en allmän folkrättslig princip som alla stater eller unionen måste följa. Detsamma gäller rättspraxis från Internationella brottmålsdomstolen för Rwanda.

369 Sökandebolagets argument som bygger på rättspraxis från ICTY och Internationella brottmålsdomstolen för Rwanda ska således underkännas.

370 Sökandebolaget har dessutom påstått att själva syftet med principen *ne bis in idem* är ”att förhindra kumulering av påföljder för ett beteende som, i likhet med i det aktuella fallet, samtidigt åsidosätter olika rättsregler”.

371 Här handlar det inte om en fråga som hänför sig till principen *ne bis in idem*. Dessutom innehåller inte bestämmelserna om sammanträffande av överträdelser något generellt förbud mot att ett företag åläggs påföljd för åsidosättande av flera olika rättsregler, även om dessa har åsidosatts till följd av samma agerande.

372 Sökandebolaget har begränsat sig till att åberopa begreppet synbar konflikt eller falsk konflikt, vilket innebär att när ett agerande förefaller att omfattas av två lagbestämmelser utesluter den bestämmelse som primärt är tillämplig alla andra bestämmelser (se punkt 345 ovan). Tillämpningen av detta begrepp förutsätter emellertid att det finns en primärt tillämplig bestämmelse. Om det, i likhet med vad som är fallet i förevarande mål, inte existerar någon sådan bestämmelse utgör ett samtidigt åsidosättande av olika rättsregler ett ”idealsammanträffande” av överträdelser.

373 I och med att det i det aktuella fallet inte existerar någon primärt tillämplig bestämmelse ska sökandebolagets argument förkastas.

374 Talan kan mot bakgrund av det ovan anförda inte vinna bifall såvitt avser den tredje grunden.

D. Den fjärde grunden: Uppenbart felaktig rättstillämpning och uppenbart felaktig bedömning av de faktiska omständigheterna, såvitt sökandebolaget har ålagts böter

375 Den fjärde grunden innehåller två delar, av vilka den första avser åsidosättande av rättssäkerhetsprincipen och principen *nullum crimen, nulla poena sine lege* och den andra avser åsidosättande av likabehandlingsprincipen.

1. Den första delgrunden: Åsidosättande av rättssäkerhetsprincipen och principen nullum crimen, nulla poena sine lege

376 Sökandebolaget har gjort gällande att åläggandet av böter i det aktuella fallet åsidosätter artikel 49.1 i stadgan och artikel 7.1 i Europakonventionen i vilka det föreskrivs att överträdelser och de straff som de ger upphov till tydligt måste definieras i lagen. Enligt sökandebolaget innebär tolkningen av artikel 7.2 i förordning nr 139/2004, på det sätt den utfördes i det angripna beslutet, att så vida begrepp och vaga kriterier används att den straffrättsliga bestämmelsen i fråga inte har den kvalitet som krävs enligt Europakonventionen i termer av klarhet och förutsebara verkningar.

377 Det ska inledningsvis erinras om att enligt rättspraxis fordrar den straffrättsliga legalitetsprincipen att överträdelser och de påföljder som de leder till är tydligt definierade i lag. Det villkoret är uppfyllt när en enskild av den relevanta bestämmelsens lydelse och, vid behov, med hjälp av domstolarnas tolkning av lydelsen, kan utläsa vilka handlingar och vilken underlåtenhet som leder till ansvar och vid behov, med hjälp av domstolarnas tolkning av lydelsen, kan utläsa vilka handlingar och underlåtenhetshandlingar som leder till straffrättsligt ansvar (se dom av den 22 oktober 2015, AC-Treuhand/kommissionen, C-194/14 P, EU:C:2015:717, punkt 40 och där angiven rättspraxis).

378 Av rättspraxis framgår även att denna princip gäller både regler av straffrättslig karaktär och specifika administrativa bestämmelser som föreskriver eller gör det möjligt att föreskriva administrativa sanktioner. Principen är inte bara tillämplig på bestämmelser i vilka det anges vad som utgör en överträdelse, utan även på bestämmelser i vilka konsekvenserna av en överträdelse av de förstnämnda bestämmelserna föreskrivs (se dom av den 27 september 2006, Jungbunzlauer/kommissionen, T-43/02, EU:T:2006:270, punkt 72 och där angiven rättspraxis).

379 I det aktuella målet har sökandebolaget ålagts böter i enlighet med artikel 14.2 a och b i förordning nr 139/2004 för överträdelse av artiklarna 4.1 och 7.1 i förordning nr 139/2004 (se punkt 199 ovan). Dessa bestämmelsers ordalydelse är tydlig. Ingen av bestämmelserna innehåller vare sig vida begrepp eller vaga kriterier.

380 Sökandebolaget har väsentligen gjort gällande att artikel 7.2 i förordning nr 139/2004 som föreskriver ett undantag är otydlig.

381 Tribunalen framhåller att även om det antogs att det krav på klarhet som följer av den straffrättsliga legalitetsprincipen är tillämpligt på bestämmelser som föreskriver ett undantag från ett förbud, för vars överträdelse påföljden är böter, är artikel 7.2 i förordning nr 139/2004 enligt sin ordalydelse inte tillämplig på sådana situationer som dem som är i fråga i det aktuella fallet (se punkterna 68–83 ovan).

382 Sökandebolaget kunde således, utifrån de relevanta bestämmelsernas ordalydelse, veta att genomförandet av december 2012-förvärvet utan föregående anmälan och tillstånd skulle medföra böter.

383 I och med att sökandebolaget kunde veta det utifrån de relevanta bestämmelsernas ordalydelse, var det inte nödvändigt att dessa blev föremål för tolkning av domstolarna. Enligt den formulering som citeras i punkt 377 ovan, måste nämligen en enskild, av den relevanta bestämmelsens lydelse och vid behov, med hjälp av domstolarnas tolkning av lydelsen, kunna utläsa vilka handlingar och underlåtenhetshandlingar som leder till straffansvar.

384 Det är förvisso sant att *obiter dictum* till beslutet Yara/Kemira GrowHow inte är detsamma som en domstolstolkning och än mindre motsvarar ”fast och publicerad rättspraxis”. I detta hänseende bör det framhållas att utöver artikel 7.2 i förordning nr 139/2004 ska hänsyn tas inte bara till själva lydelsen av lagen, utan även till om de använda oklara begreppen har preciserats i fast och publicerad rättspraxis (se dom av den 28 april 2010, Amann & Söhne och Cousin Filterie/kommissionen, T-446/05, EU:T:2010:165, punkt 129 och där angiven rättspraxis).

385 Sökandebolagets argument är verkningslösa eftersom det inte är nödvändigt med en precisering i rättspraxis när de ifrågavarande bestämmelsernas ordalydelse är tydlig och inte innehåller några oklara begrepp som behöver preciseras.

386 Tribunalen erinrar i detta sammanhang om att sökandebolaget i huvudsak försöker utvidga tillämpningsområdet för begreppet en enda koncentration i syfte att utvidga tillämpningsområdet för det undantag som anges i artikel 7.2 i förordning nr 139/2004 (se punkt 203 ovan).

387 Den straffrättsliga legalitetsprincipen innebär inte att det är nödvändigt att ge ett begrepps tillämpningsområde en vid tolkning som inte anges i en bestämmelses ordalydelse som föreskriver ett undantag från ett förbud för vars överträdelse påföljden är böter, i syfte att utvidga tillämpningsområdet för detta förbud utöver dess lydelse.

388 Att det rörde sig om en överträdelse och att böter kunde åläggas var förutsebart för sökandebolaget. Det har redan konstaterats i samband med prövningen av den andra grunden att sökandebolaget har agerat oaktsamt.

389 Enbart den omständigheten att unionsdomstolarna vid tidpunkten för den aktuella överträdelsen ännu inte hade haft tillfälle att specifikt uttala sig om ett bestämt beteende, utesluter inte i sig att ett företag i förekommande fall måste förvänta sig att dess beteende skulle anses oförenligt med unionens konkurrensregler (se, för ett liknande resonemang, dom av den 22 oktober 2015, AC-Treuhand/kommissionen, C-194/14P, EU:C:2015:717, punkt 43).

390 Det framgår även av rättspraxis från Europadomstolen att det nya med avseende på rättspraxis hos den rättsfråga som väckts inte i sig utgör ett hot mot kraven på lagens tillgänglighet och förutsebarhet, eftersom den valda lösningen var en av de möjliga och rimligt förutsebara tolkningarna (Europadomstolen, 1 september 2016, X och Y mot Frankrike, CE:ECHR:2016:0901JUD004815811). Det framgår dessutom av § 60 i samma dom att även i det fall där sambandet mellan bestämmelserna i fråga kan utgöra ett allvarligt tolkningsproblem, betyder detta inte att den behöriga myndigheten är oförmögen att rättsligt kvalificera de förseelser som begåtts i ett särskilt fall.

391 Sökandebolagets argument att kommissionens uppfattning i förevarande mål strider mot dess uppfattning i beslut LGI/Telenet har avfärdats redan i punkterna 141–144 ovan.

392 Sökandebolaget har hävdat att i avsaknad av relevanta prejudikat har unionsdomstolarnas och kommissionens sedan länge fasta praxis varit att avstå från att ålägga några som helst böter eller att endast ålägga symboliska böter. Det bör påpekas att det inte finns någon fast praxis i denna mening. Förvisso finns det ärenden i vilka kommissionen inte ålade några böter eller symboliska böter i brist på prejudikat. I andra ärenden ålade kommissionen höga böter till och med i situationer där det inte fanns prejudikat som rörde ett agerande med samma kännetecken.

393 Det framgår av rättspraxis att den omständigheten att kommissionen ännu inte i tidigare beslut har prövat ett uppträdande som uppvisar samma egenskaper inte fråntar företaget dess ansvar (dom av den 9 november 1983, Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/kommissionen, 322/81, EU:C:1983:313, punkt 107, och dom av den 1 juli 2010, AstraZeneca/kommissionen, T–321/05, EU:T:2010:266, punkt 901). I de mål som avgjordes genom dessa domar ålade kommissionen böter vilkas belopp inte var symboliska.

394 Talan kan således inte bifallas såvitt avser den fjärde grundens första del.

2. Den andra delgrunden: Åsidosättande av likabehandlingsprincipen

395 Inom ramen för den fjärde grundens andra del har sökandebolaget väsentligen åberopat tre tidigare fall och begärt samma behandling. Det rör sig för det första om beslutet Yara/Kemira GrowHow, för det andra om domen av den 28 februari 2002, Compagnie générale maritime m.fl./kommissionen (T-86/95, EU:T:2002:50) och för det tredje om domen av den 30 september 2003, Atlantic Container Line m.fl./kommissionen (T-191/98 och T-212/98–T-214/98, EU:T:2003:245).

396 Såsom sökandebolaget har understrukit, rör både förevarande mål och beslutet Yara/Kemira GrowHow förvärvet av en inledande ”startaktiepost” (initial build-up-stake) från en av målföretagets största aktieägare, vilket gav upphov till en skyldighet att lägga ett offentligt bud. Det offentliga budet lades kort tid efter genomförandet av det inledande förvärvet och förvärvarna underrättade kommissionen om koncentrationen kort tid därefter och avstod från att utöva sina rösträttigheter.

397 I det ärende som ledde fram till beslutet Yara/Kemira GrowHow inledde kommissionen inte någon undersökning och ålade inte några böter. Enligt sökandebolaget finns det ingen objektiv skillnad som motiverar att bolaget Yara och sökandebolaget behandlas olika. Sökandebolaget har uppmanat tribunalen att använda det synsätt som tillämpades i domen av den 28 februari 2002, Compagnie

générale maritime m.fl./kommissionen (T-86/95, EU:T:2002:50, punkt 487), i vilken tribunalen konstaterade att det inte var motiverat att ålägga böter därför att kommissionen inte hade ålagt böter i ett tidigare beslut angående ett liknande beteende.

398 Tribunalen anser att det förhållandet att kommissionen inte påförde ett företag som överträtt konkurrensreglerna böter inte i sig kan hindra att böter påförs ett företag som gjort sig skyldigt till en överträdelse av samma art (dom av den 28 februari 2002, Compagnie générale maritime m.fl./kommissionen, T-86/95, EU:T:2002:50, punkt 487). Ett företag som genom sitt beteende har åsidosatt konkurrensreglerna kan dessutom inte undgå påföljd på grund av att ett annat företag inte har ålagts böter när, såsom i förevarande fall, det senare företagets fall inte ens anhängiggjorts vid domstolen (se, för ett liknande resonemang, dom av den 11 juli 2014, Sasol m.fl./kommissionen, T–541/08, EU:T:2014:628, punkt 194).

399 I domen av den 28 februari 2002, Compagnie générale maritime m.fl./kommissionen (T–86/95, EU:T:2002:50), inskränkte sig inte tribunalen till att konstatera att kommissionen inte hade ålagt böter i ett tidigare beslut angående ett liknande beteende för att motivera att böterna upphävdes. Tribunalen slog fast att ”den behandling i rättsligt hänseende som ett sådant sorts avtal skall förbehållas, i synnerhet på grund av dess nära band till sjötransport som är föremål för en reglering som är speciell och som utgör ett undantagsfall i konkurrensrätten, [är] inte uppenbar och ger bland annat upphov till komplicerade frågor av såväl ekonomisk som rättslig karaktär” (dom av den 28 februari 2002, Compagnie générale maritime m.fl./kommissionen, T-86/95, EU:T:2002:50, punkt 484). Tribunalen tillade att det ”fanns … åtskilliga omständigheter som kunde få sökandena att anse att det ifrågavarande avtalet var rättsenligt” (dom av den 28 februari 2002, Compagnie générale maritime m.fl./kommissionen, T-86/95, EU:T:2002:50, punkt 485) och att ”kommissionen i sitt beslut 94/980 inte ålade de företag som var parter i detta avtal böter, trots att även det avtalet inte endast innehöll bestämmelser om fastställande av priser för landdelen av kombinerad transport, utan dessutom andra allvarliga överträdelser av konkurrensbestämmelserna” (dom av den 28 februari 2002, Compagnie générale maritime m.fl./kommissionen, T-86/95, EU:T:2002:50, punkt 487). Vad angår kommissionens beslut 94/980/EG av den 19 oktober 1994, angående ett förfarande enligt artikel 85 i EG-fördraget (IV/34.446 – Trans Atlantic Agreement) (EGT L 376, 1994, s.1), konstaterade tribunalen att det rörde sig om ett beslut ”som meddelades mycket kort tid före det ifrågasatta beslutet” (dom av den 28 februari 2002, Compagnie générale maritime m.fl./kommissionen, T-86/95, EU:T:2002:50, punkt 487).

400 Det ska nämnas att beslut 94/980 antogs den 19 oktober 1994 och att i domen av den 28 februari 2002, Compagnie générale maritime m.fl./kommissionen (T-86/95, EU:T:2002:50), hade meddelandet om invändningar delgetts genom skrivelse av den 21 december 1992 och det angripna beslutet antagits den 21 december 1994, såsom framgår av punkterna 20 och 22 i domen.

401 Härav följer att de berörda aktörerna i domen av den 28 februari 2002, Compagnie générale maritime m.fl./kommissionen (T-86/95, EU:T:2002:50) inte hade haft möjlighet att beakta de klargöranden som kommissionen bidrog med i beslut 94/980 för undvikande av att överträda konkurrensreglerna. När de kunde få kännedom om kommissionen beslut av den 19 oktober 1994, var det inte möjligt för dem att retroaktivt ändra sitt beteende som hade gett upphov till meddelandet om invändningar vilket delgavs genom skrivelse av den 21 december 1992.

402 I det aktuella fallet var emellertid beslutet Yara/Kemira GrowHow mer än fem år gammalt vid den tidpunkt då sökandebolaget gjorde sig skyldigt till överträdelser av artiklarna 4.1 och 7.1 i förordning nr 139/2004, såsom kommissionen med rätta har understrukit. Sökandebolaget hade således kunnat beakta kommissionens tolkning av artikel 7.2 i förordning nr 139/2004 i det beslutet, även om det rörde sig om *obiter dictum*, och vid behov rådfråga kommissionen om hur bestämmelsen lämpligen borde tolkas.

403 Sökandebolaget har påstått att kommissionen bortsåg från en viktig omständighet i det mål som avgjordes genom domen av den 28 februari 2002, Compagnie générale maritime m.fl./kommissionen (T-86/95, EU:T:2002:50), vilken gör att den tidsmässiga olikheten saknar relevans eller åtminstone gör den obetydlig. Det sistnämnda målet innehöll ett beslut angående en överträdelse enligt artikel 101 FEUF, vilket kan jämföras med enbart *obiter dictum* till beslutet Yara/Kemira GrowHow, det vill säga ett beslut om tillstånd till en koncentration.

404 Tribunalen finner att sökandebolagets resonemang inte kan godtas. Enbart den omständigheten att beslut 94/980 utgjorde ett beslut i vilket en överträdelse konstaterades kunde nämligen inte på något sätt hjälpa aktörerna att undvika överträdelser som de redan hade begått den dag då beslutet antogs. I det aktuella fallet kunde den omständigheten att det fanns *obiter dictum* till beslutet Yara/Kemira GrowHow ge anvisningar om hur artikel 7.2 i förordning nr 139/2004 borde tolkas och således hjälpa sökandebolaget att undvika att begå ifrågavarande överträdelser.

405 Det ska därefter uppmärksammas att sökandebolaget stödjer sig på påstådd praxis från unionsdomstolarna och kommissionen som skulle vara att avstå från att ålägga några som helst böter eller endast ålägga symboliska böter i avsaknad av prejudikat (se punkt 392 ovan). Vidare har sökandebolaget åberopat likabehandlingsprincipen och gjort en jämförelse med ett annat företag som inte hade ålagts böter.

406 Om detta resonemang tillämpades skulle kommissionen aldrig kunna ålägga böter som överskred ett symboliskt belopp. I samband med det första beslut som rör ett särskilt beteende skulle den vara tvungen att inte ålägga böter över ett symboliskt belopp i avsaknad av relevanta prejudikat. I de senare ärendena skulle den vara tvungen att inte ålägga böter över ett symboliskt belopp i enlighet med likabehandlingsprincipen.

407 Det ska anses att likabehandlingsprincipen i princip kan åberopas med ändamålsenlig verkan i förhållande till ett företag som inte har ålagts böter i ett tidigare beslut för samma typ av beteende, enbart av aktörer som inte har haft möjlighet att beakta klargörandena i det tidigare beslutet, för att undvika att överträda konkurrensreglerna, eftersom detta beslut meddelades vid en tidpunkt då överträdelsen redan hade begåtts.

408 Vidare fanns det inte många omständigheter i det aktuella fallet som kunde få sökandena att tro att deras agerande var lagenligt i motsats till vad tribunalen konstaterade i domen av den 28 februari 2002, Compagnie générale maritime m.fl./kommissionen (T-86/95, EU:T:2002:50, punkt 485).

409 Det följer av det ovan anförda att det i det aktuella fallet inte finns anledning att välja samma väg som tribunalen gjorde i domen av den 28 februari 2002, Compagnie générale maritime m.fl./kommissionen (T-86/95, EU:T:2002:50), och att sökandebolaget inte med ändamålsenlig verkan kan åberopa denna dom som stöd för sitt argument om ett påstått åsidosättande av likabehandlingsprincipen.

410 I domen av den 30 september 2003, Atlantic Container Line m.fl./kommissionen (T-191/98 och T-212/98–T-214/98, EU:T:2003:245), fann tribunalen att det var motiverat att inte ålägga böter (punkt 1633 i domen). Sökandebolaget har yrkat att tribunalen ska dra samma slutsats i förevarande mål.

411 I domen av den 30 september 2003, Atlantic Container Line m.fl./kommissionen (T-191/98 och T-212/98–T-214/98, EU:T:2003:245), anförde tribunalen följande omständigheter som motivering till att inte ålägga böter:

– För det första röjde parterna i domstolsförfarandet i det mål som avgjordes genom denna dom på eget initiativ de förfaranden som kommissionen ansett utgöra otillåtna förfaranden (punkterna 1603–1610 i domen).

– För det andra utgjorde det ifrågavarande beslutet i det mål som avgjordes genom domen det första beslut i vilket kommissionen direkt hade bedömt huruvida linjekonferensernas förfaranden i fråga om serviceavtal var lagenliga med avseende på gemenskapens konkurrensregler (punkterna 1611–1614 i domen).

– För det tredje var den rättsliga behandling som borde förbehållas linjekonferensernas förfaranden i fråga om serviceavtal inte uppenbar och den gav upphov till komplicerade juridiska frågor (punkterna 1615 och 1616 i domen).

– För det fjärde utgjorde det missbruk som blev följden av dessa förfaranden i fråga om serviceavtal inte en klassisk form av missbruk (punkterna 1617–1621 i domen);

– För det femte hade sökandena i det mål som avgjordes genom domen all anledning att, under det administrativa förfarandet, tro att kommissionen inte skulle ålägga dem böter på grund av deras förfaranden i fråga om serviceavtal (punkterna 1622–1632 i domen).

412 Det är lämpligt att pröva de argument som sökandebolaget har framfört till stöd för sitt påstående att den situation som låg till grund för domen av den 30 september 2003, Atlantic Container Line m.fl./kommissionen (T-191/98 och T-212/98–T-214/98, EU:T:2003:245), kan jämföras med situationen i förevarande mål.

413 Sökandebolaget har för det första påstått att det, precis som sökandena i det mål som avgjordes genom domen av den 30 september 2003 (T-191/98 och T-212/98–T-214/98, EU:T:2003:245), tog upp den påstådda överträdelsen på eget initiativ, i och med att den omedelbart underrättade kommissionen om företagskoncentrationen.

414 Tribunalen finner att omständigheterna i förevarande mål inte alls kan jämföras med dem som låg till grund för domen av den 30 september 2003, Atlantic Container Line m.fl./kommissionen (T-191/98 och T-212/98–T-214/98, EU:T:2003:245).

415 I det mål som avgjordes genom domen av den 30 september 2003, Atlantic Container Line m.fl./kommissionen (T-191/98 och T-212/98–T-214/98, EU:T:2003:245), hade anmälan av avtalet i fråga skett frivilligt. Tribunalen konstaterade att det inte i någon av de aktuella förordningarna föreskrevs någon obligatorisk anmälan för erhållande av individuellt undantag. Sökandenas anmälan av TACA-avtalet, det vill säga det avtal som är i fråga i målet, hade således skett frivilligt (dom av den 30 september 2003, Atlantic Container Line m.fl./kommissionen, T-191/98 och T-212/98–T-214/98, EU:T:2003:245, punkt 1606).

416 I det aktuella fallet var sökandebolaget skyldigt att anmäla koncentrationen i fråga, vilken utgjorde en koncentration av gemenskapsdimension och det bedömdes för övrigt vara skyldigt att anmäla den i enlighet med artikel 7.2 a i förordning nr 139/2004 jämförd med artikel 4 i förordningen.

417 I det aktuella fallet gjordes anmälan kort tid efter det att koncentrationen hade genomförts medan i det mål som avgjordes genom domen av den 30 september 2003, Atlantic Container Line m.fl./kommissionen (T-191/98 och T-212/98–T-214/98, EU:T:2003:245), hade det berörda företaget anmält avtalet i fråga innan det trädde i kraft. Såsom framgår av punkterna 34 och 37 i domen av den 30 september 2003, Atlantic Container Line m.fl./kommissionen (T-191/98 och T-212/98–T-214/98, EU:T:2003:245), hade det ifrågavarande avtalet i det mål som avgjordes genom denna dom anmälts den 5 juli 1994 och trätt i kraft den 24 oktober 1994.

418 Sökandebolaget har vidare påstått att beslutet i det aktuella fallet utgör det första beslutet i vilket kommissionen bedömde räckvidden av artikel 7.2 i förordning nr 139/2004 på detta sätt. Precis som i det mål som avgjordes genom domen av den 30 september 2003, Atlantic Container Line

m.fl./kommissionen (T-191/98 och T-212/98–T-214/98, EU:T:2003:245), skulle det angripna beslutet således vara det första beslut i vilket kommissionen direkt bedömde huruvida de ifrågavarande förfarandena var lagenliga.

419 Tribunalen påpekar att kommissionen redan i beslutet Yara/Kemira GrowHow hade uttalat sig om, även om det var i ett *obiter dictum*, hur artikel 7.2 i förordning nr 139/2004 skulle tolkas. Situationen såsom den ter sig i förevarande mål är således inte jämförbar med den som låg till grund för det mål som avgjordes genom domen av den 30 september 2003, Atlantic Container Line m.fl./kommissionen (T-191/98 och T-212/98–T-214/98, EU:T:2003:245).

420 Sökandebolaget stödjer sig dessutom på punkt 1614 i domen av den 30 september 2003, Atlantic Container Line m.fl./kommissionen (T-191/98 och T-212/98–T-214/98, EU:T:2003:245). I den punkten konstaterade tribunalen följande:

”[Ä]ven om det är riktigt, … att den i sitt meddelande om [invändningar] i TAA-ärendet uppgav för TAA-parterna att den avsåg att ålägga böter för missbruk av dominerande ställning med avseende på serviceavtal, finner dock förstainstansrätten att kommissionen i sitt slutliga beslut inte konstaterar att det skett någon överträdelse av artikel 86 i fördraget på denna punkt. Under dessa förhållanden kunde sökandena, med hänsyn till att meddelandet om anmärkningar är provisoriskt till sin karaktär, tro att kommissionen hade återkallat sina [invändningar] om tillämpningen av artikel 86 i fördraget på förfaranden i fråga om serviceavtal.”

421 Sökandebolaget anser att det, analogt, på grund av kommissionens bristande agerande kunde tro att kommissionen hade återkallat sina invändningar angående tillämpningen av det undantag som föreskrivs i artikel 7.2 i förordning nr 139/2004.

422 Dessa situationer är dock inte jämförbara. Ett meddelande om invändningar utgör endast en förberedande handling som för övrigt inte publiceras. I TAA-ärendet vilket nämns i punkt 1614 i domen av den 30 september 2003, Atlantic Container Line m.fl./kommissionen (T-191/98 och T-212/98–T-214/98, EU:T:2003:245), hade kommissionen för övrigt antagit ett beslut men den hade inte konstaterat att det rörde sig om missbruk av dominerande ställning på området för serviceavtal i detta beslut. Det var under dessa förhållanden som tribunalen hade konstaterat att sökandena i det målet kunde tro att kommissionen hade återkallat en del av sina invändningar.

423 Däremot kunde *obiter dictum* till beslutet Yara/Kemira GrowHow ge företagen en anvisning om det sätt på vilket kommissionen tolkade artikel 7.2 i förordning nr 139/2004. Den omständigheten att kommissionen inte inledde något förfarande mot bolaget Yara gör det inte möjligt för aktörerna att anse att kommissionen tog tillbaka denna tolkning. Kommissionen förfogar över ett omfattande utrymme för skönsmässig bedömning i frågan om det är lämpligt eller ej att lagföra en överträdelse av konkurrensreglerna och den kan själv bestämma vad den vill prioritera. Det går inte alls att dra slutsatsen att kommissionen betraktar ett beteende som lagenligt av det skälet att den beslutar att inte inleda en undersökning.

424 Sedan har sökandebolaget åberopat punkt 1615 i domen av den 30 september 2003, Atlantic Container Line m.fl./kommissionen (T-191/98 och T-212/98–T-214/98, EU:T:2003:245). I den punkten konstaterade tribunalen att det är ”omöjligt att på allvar bestrida att den rättsliga behandling som det var lämpligt att förbehålla linjekonferensernas förfaranden i fråga om serviceavtal inte var uppenbar och bland annat gav upphov till komplicerade juridiska frågor, särskilt med tanke på de nära banden till de avtal som var föremål för gruppundantag vilka föreskrivs i helt specifika och exceptionella konkurrensrättsliga regler”. Sökandebolaget anser att tolkningen i det angripna beslutet av det undantag som anges i artikel 7.2 i förordning nr 139/2004 likaledes är långt ifrån uppenbar.

425 Tribunalen framhåller att i punkt 1615 i domen av den 30 september 2003, Atlantic Container Line m.fl./kommissionen (T-191/98 och T-212/98–T-214/98, EU:T:2003:245), tog tribunalen särskilt fasta på de nära banden mellan förfarandena i fråga och ”de avtal som var föremål för gruppundantag vilka föreskrivs i helt specifika och exceptionella konkurrensrättsliga regler”. Det rörde sig således om mycket speciella omständigheter som inte föreligger i det aktuella fallet.

426 Sökandebolaget har således anfört att tribunalen i punkt 1617 i domen av den 30 september 2003, Atlantic Container Line m.fl./kommissionen (T-191/98 och T-212/98–T-214/98, EU:T:2003:245), konstaterade att ”det missbruk som [blev] följden av dessa förfaranden i fråga om serviceavtal inte [utgjorde] en klassisk form av missbruk i den mening som avses i artikel 86 i fördraget”. Enligt sökandebolaget utgör förevarande mål på sin höjd ett mål om felaktig tolkning av ett undantag i stället för ett tydligt klassiskt åsidosättande av skyldigheten att bevara status quo.

427 Det räcker att erinra om att skyldigheten att anmäla koncentrationen i fråga och att invänta tillstånd innan den genomförs, följer klart av ordalydelsen i artikel 4.1 och artikel 7.1 i förordning nr 139/2004. Den omständigheten att sökandebolaget kunde tolka det undantag som föreskrivs i artikel 7.2 i förordning nr 139/2004 felaktigt, kan inte befria det från dess ansvar.

428 Sökandebolaget har slutligen understrukit att tribunalen i punkterna 1626 och 1627 i domen av den 30 september 2003, Atlantic Container Line m.fl./kommissionen (T-191/98 och T-212/98–T-214/98, EU:T:2003:245), framhöll att ”trots den oavbrutna skriftväxlingen med TACA-parterna under det administrativa förfarandet i det ärende som är föremål för prövning i detta mål, har kommissionen fram till dess att meddelandet om anmärkningar avsändes inte underrättat nämnda parter om att den avsåg att beteckna ifrågavarande förfaranden inte enbart som konkurrensbegränsningar i den mening som avses i artikel 85 i fördraget utan även som missbruk av dominerande ställning i den mening som avses i artikel 86 i fördraget” och ”[f]örstainstansrätten erinrar emellertid om att de böter som påförts genom det omtvistade beslutet i deras helhet påförts för perioden från anmälan av TACA-avtalet till avsändandet av meddelandet om [invändningar]”.

429 Sökandebolaget har påstått analogt att, trots en oavbruten skriftväxling mellan bolaget självt och kommissionen angående räckvidden av det undantag som föreskrivs i artikel 7.2 i förordning nr 139/2004, kommissionen fram till dess att tillståndsbeslutet skickades iväg inte underrättat sökandebolaget om att det hade för avsikt att kvalificera transaktionen som åsidosättande av skyldigheten att bevara status quo. Dessutom har, enligt sökandebolaget, ”de böter som ålagts genom [beslutet] … i sin helhet ålagts under en period som sträcker sig från anmälan av [transaktionen] till [tillståndet för den]”.

430 Tribunalen understryker att situationen i det mål som avgjordes genom domen av den 30 september 2003, Atlantic Container Line m.fl./kommissionen (T-191/98 och T-212/98–T-214/98, EU:T:2003:245) inte alls kan jämföras med den som är i fråga i förevarande mål.

431 Inledningsvis ska det slås fast att sökandebolagets påstående, i analogi med det mål som avgjordes genom domen av den 30 september 2003, Atlantic Container Line m.fl./kommissionen (T-191/98 och T-212/98–T-214/98, EU:T:2003:245), att ”de böter som ålagts genom [beslutet] har i sin helhet ålagts under en period som sträcker sig från anmälan av [transaktionen] till [tillståndet för den]” helt saknar grund.

432 I det angripna beslutet konstaterade kommissionen att det förelåg en överträdelse av artikel 4.1 i förordning nr 139/2004 som hade begåtts den 18 december 2012 och en överträdelse av artikel 7.1 i förordning nr 139/2004 som hade begåtts under perioden från den 18 december 2012 till den 30 september 2013.

433 Den första kontakt som sökandebolaget tog med kommissionen, det vill säga genom ansökan om att en arbetsgrupp skulle utses för att handlägga dess ärende angående förvärvet av kontroll över Morpol, var daterad den 21 december 2012.

434 Redan den dag då sökandebolaget för första gången tog kontakt med kommissionen, hade således överträdelsen av artikel 4.1 i förordning nr 139/2004 upphört och överträdelsen av artikel 7.1 i förordning nr 139/2004 inletts. Så var fallet i än högre grad på dagen för den formella anmälan, det vill säga den 9 augusti 2013.

435 Eftersom sökandebolaget hade kontaktat kommissionen först efter att ha begått överträdelserna kan det inte alls kräva samma behandling som sökandena beviljades i domen av den 30 september 2003, Atlantic Container Line m.fl./kommissionen (T-191/98 och T-212/98–T-214/98, EU:T:2003:245). I den domen hade sökandena anmält TACA-avtalet frivilligt innan det trädde i kraft (se punkterna 415 och 417 ovan).

436 Det framgår vidare av punkt 1620 i domen av den 30 september 2003, Atlantic Container Line m.fl./kommissionen (T-191/98 och T-212/98–T-214/98, EU:T:2003:245), att det i det mål som avgjordes genom denna dom ”inte var förrän i meddelandet om anmärkningar efter tre års undersökning av ifrågavarande förfaranden som kommissionen för första gången uppgav för TACA-parterna att den hade för avsikt att tillämpa artikel 86 i fördraget på nämnda förfaranden, trots att det framgår av den skriftväxling som pågick under det administrativa förfarandet att den redan hade undersökt dessa förfaranden i detalj i slutet av år 1994 och i början av år 1995”, och ”[k]ommissionen gjorde emellertid på detta stadium inte vid något tillfälle några antydningar om en eventuell tillämpning av artikel 86 i fördraget”.

437 Tribunalen erinrar om att sökandebolagets första kontakt med kommissionen i det aktuella fallet, det vill säga ansökan om att en arbetsgrupp skulle utses för att handlägga dess ärende angående förvärvet av kontroll över Morpol, var daterad den 21 december 2012. Såsom framgår av punkt 21 i det angripna beslutet, i brist på all kontakt från sökandebolagets sida efter det att ansökan hade framställts om att en arbetsgrupp skulle utses, begärde kommissionen att det skulle hållas ett telefonmöte vilket skedde den 25 januari 2013. Under telefonmötet begärde kommissionen att få upplysningar om transaktionens struktur och förtydliganden om huruvida december 2012-förvärvet redan kunde ha inneburit att sökandebolaget erhållit kontroll över Morpol.

438 Den omständigheten att kommissionen redan från början intresserade sig för frågan om skyldigheten att bevara status quo eventuellt kunde ha åsidosatts bekräftas av ett e-postmeddelande som den juridiska rådgivaren vid advokatbyrån F. skrev den 27 januari 2013 till sökandebolaget. I e-postmeddelandet skrev den juridiska rådgivaren att ”[p]å begäran av arbetsgruppen med ansvar för ärendet, har vi kortfattat beskrivit transaktionens struktur” och att ”[i] samband härmed har kommissionen visat ett särskilt intresse för transaktionens förlopp, med avseende på genomförandet”.

439 Härutöver översände kommissionen den 12 februari 2013 en begäran om upplysningar till sökandebolaget angående ett eventuellt förvärv av kontroll i faktisk mening över Morpol till följd av december 2012-förvärvet. I denna begäran om upplysningar ställde kommissionen bland annat följande fråga:

”Var vänlig och förklara mot bakgrund av artikel 4.1 och artikel 7.1 i förordning [nr 139/2004], vilken tidtabell ni föreslår för anmälan. I synnerhet var vänlig och förklara varför ni anser att skyldigheten att bevara status quo enligt artikel 7.1 i förordningen inte är tillämplig på Marine Harvests förvärv av aktier som motsvarar 48,5 procent i Morpol via Friendmall och Bazmonta.”

440 Kommissionen uttryckte således kort tid efter det att sökandebolaget hade tagit en första kontakt med sökanden oro för att skyldigheten att bevara status quo eventuellt hade åsidosatts. Denna situation kan inte alls jämföras med situationen i det mål som avgjordes genom domen av den 30 september 2003,

Atlantic Container Line m.fl./kommissionen (T-191/98 och T-212/98–T-214/98, EU:T:2003:245), i vilken det inte var förrän ”efter tre års undersökning av ifrågavarande förfaranden som kommissionen för första gången uppgav för TACA-parterna att den hade för avsikt att tillämpa artikel 86 i fördraget på nämnda förfaranden” (se punkt 436 ovan).

441 Det följer av det ovan anförda att den analogi som sökandebolaget har försökt fastställa mellan förevarande mål och det mål som avgjordes genom domen av den 30 september 2003, Atlantic Container Line m.fl./kommissionen (T-191/98 och T-212/98–T-214/98, EU:T:2003:245), inte är övertygande.

442 Talan kan således inte vinna bifall, såvitt avser den fjärde grundens andra del och därmed inte såvitt avser den fjärde grunden i dess helhet.

E. Den femte grunden: Uppenbart felaktig rättstillämpning och uppenbart felaktig bedömning av de faktiska omständigheterna samt utebliven motivering såvitt angår fastställandet av bötesnivån

443 Den femte grunden består av fem delar som för det första rör utebliven motivering såvitt angår fastställandet av böterna. Den andra delgrunden avser felaktig bedömning av de påstådda överträdelsernas svårighetsgrad. Den tredje delgrunden gäller felaktig bedömning av överträdelsens varaktighet. Den fjärde delgrunden bygger på att böterna är oproportionerliga och den femte grunden handlar om att det angripna beslutet med orätt inte medger att det föreligger några förmildrande omständigheter.

1. Den första delgrunden: Utebliven motivering såvitt angår fastställandet av böterna

444 Sökandebolaget har gjort gällande att motiveringen i det angripna beslutet vad angår bötesbeloppet är begränsad till två koncisa punkter (punkterna 206 och 207) som endast innehåller allmänna överväganden. Enligt sökandebolaget saknar följaktligen de ålagda böterna en adekvat motivering och ska upphävas.

445 Kommissionen har bestritt sökandebolagets argument.

446 Det framgår av fast rättspraxis att det av den motivering som det ställs upp krav på i artikel 296 andra stycket FEUF på ett klart och otvetydigt sätt ska framgå hur den institution som har framställt rättsakten har resonerat, så att den som berörs kan få veta vad som ligger bakom den åtgärd som har vidtagits och så att domstolen kan utöva sin kontroll (se dom av den 15 april 1997, Irish Farmers Association m.fl. C-22/94, EU:C:1997:187, punkt 39 och där angiven rättspraxis). Det fordras inte att motiveringen av en rättsakt anger samtliga relevanta sakförhållanden och rättsliga överväganden, eftersom frågan huruvida motiveringen av en rättsakt uppfyller kraven i artikel 296 andra stycket FEUF inte enbart ska bedömas mot bakgrund av motiveringens lydelse, utan även mot bakgrund av det sammanhang i vilket motiveringen ingår samt alla rättsregler som reglerar det ifrågavarande området (se dom av den 6 mars 2003, Interporc/kommissionen, C-41/00 P, EU:C:2003:125, punkt 55 och där angiven rättspraxis).

447 Vad angår de böter som ålades i enlighet med artikel 14 i förordning nr 139/2004, föreskrivs följande i artikel 14.3: ”När bötesbeloppet fastställs skall hänsyn tas till överträdelsens art, hur allvarlig den är och hur länge den har pågått.”

448 Enligt artikel 14.2 i förordning nr 139/2004 får kommissionen dessutom ålägga de berörda företagen böter om högst 10 procent av deras sammanlagda omsättning i den mening som avses i artikel 5 i förordningen, för åsidosättande av skyldigheten att anmäla en koncentration i enlighet med artikel 4 i förordning nr 139/2004 eller för genomförande av en koncentration med åsidosättande av artikel 7 i förordningen.

449 För övrigt har kommissionen inte antagit riktlinjer som påbjuder vilken beräkningsmetod den ska använda inom ramen för fastställandet av bötesbeloppet enligt artikel 14 i förordning nr 139/2004, vilket sökandebolaget för övrigt har medgett.

450 I brist på sådana riktlinjer bör ramen för kommissionens bedömning vara artikel 14.3 i förordning nr 139/2004 (se, analogt, dom av den 12 december 2012, Electrabel/kommissionen, T-332/09, EU:T:2012:672, punkt 228). Kommissionen är emellertid skyldig att på ett klart och otvetydigt sätt i det angripna beslutet visa vilka omständigheter som har beaktats vid fastställandet av böterna (dom av den 12 december 2012, Electrabel/kommissionen, T-332/09, EU:T:2012:672, punkt 228).

451 I det aktuella fallet finns det endast två punkter under rubriken ”5. Bötesbeloppet” i det angripna beslutet, nämligen punkterna 206 och 207. I dessa punkter inskränkte kommissionen sig till att konstatera att i fall med företag av sökandebolagets storlek måste böterna vara höga för att ha en avskräckande verkan, att detta i än högre grad är fallet när den koncentration som har genomförts innan den beviljats tillstånd har väckt allvarliga tvivel om huruvida den är förenlig med den inre marknaden och att ”[i] syfte att ålägga böter för överträdelsen och förebygga att den upprepas samt med hänsyn till de specifika omständigheterna i det aktuella fallet” var det lämpligt att i enlighet med artikel 14.2 i förordning nr 139/2004 ålägga böter på 10 000 000 euro för åsidosättande av artikel 4.1 i förordning nr 139/2004 och böter på 10 000 000 euro för åsidosättande av artikel 7.1 i förordningen.

452 Såsom emellertid kommissionen har betonat, framgår det av åberopandet av de ”specifika omständigheterna i det aktuella fallet”, i punkt 207 i det angripna beslutet, att det också fanns anledning att beakta framställningen under rubriken ”4. Beslutet att ålägga böter” i det angripna beslutet, det vill säga punkterna 124–205.

453 I dessa punkter studerade kommissionen de faktorer som räknas upp i artikel 14.3 i förordning nr 139/2004, det vill säga överträdelsens art, hur allvarlig den är och hur länge den har pågått (se sammanfattningen i punkterna 31–33 ovan). Inom denna ram visade kommissionen på ett klart och otvetydigt sätt vilka omständigheter som hade beaktats vid fastställandet av böterna och gav på så sätt sökandebolaget möjlighet att försvara sig och tribunalen att utöva sin kontroll. I samband med den femte grundens andra och tredje del har sökandebolaget för övrigt i detalj bestritt kommissionens bedömning av hur allvarlig överträdelsen var och dess varaktighet vilket bekräftar att prövningen av dessa faktorer i det angripna beslutet är tillräckligt precis för att sökandebolaget ska kunna försvara sig.

454 Sökandebolaget har understrukit att kommissionen inte har nämnt vare sig böternas utgångsbelopp, det synsätt som låg till grund för deras fastställande, eller vilken vikt kommissionen lade vid de olika faktorer som påverkade böterna.

455 Tribunalen erinrar om att när kommissionen inte har antagit några riktlinjer för den beräkningsmetod som ska användas vid fastställandet av bötesbelopp enligt en bestämd bestämmelse och kommissionens överväganden i det angripna beslutet kommer till uttryck på ett klart och tydligt sätt, är kommissionen inte skyldig att ange grundbeloppet eller eventuella försvårande eller förmildrande omständigheter i absoluta värden eller i procentsatser (dom av den 15 december 2010, E.ON Energie/kommissionen, T-141/08, EU:T:2010:516, punkt 284, och dom av den 26 november 2014, Energetický a průmyslový och EP Investment Advisors/kommissionen, T-272/12, EU:T:2014:995, punkt 101).

456 Sökandebolagets argument att kommissionen borde ha specificerat böternas grundbelopp och den vikt som olika faktorer tilldelades ska således avfärdas.

457 Detta resultat kan inte påverkas av den rättspraxis som sökandebolaget har åberopat.

458 Vad gäller domen av den 8 december 2011, Chalkor/kommissionen (C-386/10°P, EU:C:2011:815), och domen av den 10 juli 2014, Telefónica och Telefónica de España/kommissionen (C-295/12 P, EU:C:2014:2062), handlar det om domar som rör åsidosättanden av artikel 101 FEUF eller artikel 102 FEUF och i de mål som avgjordes genom dessa domar var riktlinjerna för beräkning av böterna tillämpliga.

459 Det är förvisso sant att tribunalen, i punkt 142 i domen av den 6 april 1995, Tréfilunion/kommissionen (T-148/89, EU:T:1995:68), nämnde att det vore önskvärt att företagen – för att bedöma sin ställning med full vetskap om saken – på det sätt som kommissionen anser vara lämpligt i detalj skulle kunna få kännedom om sättet att beräkna beloppet av de böter som har ålagts dem i ett beslut om överträdelse av konkurrensreglerna utan att för den skull vara tvungna att väcka talan mot detta beslut.

460 I det mål som avgjordes genom denna dom hade emellertid sökandebolaget gjort gällande att kommissionen inte hade angett om den utgick från företagets hela omsättning eller endast från omsättningen för Frankrike eller eventuellt för Benelux-länderna. I det målet var det inte förrän under förfarandet vid tribunalen som kommissionen preciserade att den som beräkningsgrund för böterna hade använt den omsättning för svetsat armeringsnät som företagen uppnått på den aktuella geografiska marknaden (se, för ett liknande resonemang, dom av den 6 april 1995, Tréfilunion/kommissionen, T-148/89, EU:T:1995:68, punkterna 135, 136 och 142).

461 I detta mål hade kommissionen således utfört en beräkning grundad på omsättningen på en särskild marknad, men den hade inte specificerat vilken, i det angripna beslutet. Det är i det sammanhanget som det ovan i punkt 459 återgivna citatet ska läsas. Sedan biföll tribunalen inte talan i domen av den 6 april 1995, Tréfilunion/kommissionen (T-148/89, EU:T:1995:68, punkterna 140–144), såvitt avsåg grunden om åsidosättande av motiveringsskyldigheten.

462 Sökandebolaget gjorde dessutom i punkt 104 i ansökan gällande att ”[det angripna] beslutet [inte] förklarar … på vilket sätt [sökandebolagets] omsättning och den förtjänst som [sökandebolaget] i förekommande fall skulle göra på den påstådda överträdelsen av artikel 4.1 och artikel 7.1 i förordning [nr 139/2004] har haft en inverkan på bötesnivån”. Sökandebolaget påstod dessutom i punkt 104 i ansökan att ”böter måste vara anpassade till den som har begått överträdelsen och till överträdelsen och de ska fastställas med beaktande av bland annat den vinst som den har genererat”. Sökandebolaget hävdar att det inte har tjänat något alls på den påstådda överträdelsen.

463 Som svar på en fråga vid förhandlingen om huruvida punkt 104 i ansökan angick det angripna beslutets motivering eller ett materiellt fel i det angripna beslutet, bekräftade sökandebolaget att denna punkt gällde det angripna beslutets motivering vilket fördes till förhandlingsprotokollet.

464 Beträffande sökandebolagets argument att det angripna beslutet inte förklarar på vilket sätt sökandebolagets omsättning har inverkat på bötesnivån, ska det anföras att kommissionen angav sökandebolagets sammanlagda omsättning i fotnot 5 i det angripna beslutet.

465 Inom ramen för prövningen av de omständigheter som är relevanta för fastställandet av böterna har kommissionen dessutom vid flera tillfällen åberopat sökandebolagets storlek. Således anförde kommissionen i punkt 144 i det angripna beslutet, i samband med bedömningen av hur allvarlig överträdelsen var, att sökandebolaget är ”ett stort europeiskt bolag”. Vidare nämnde den i punkt 150 i det angripna beslutet, likaledes i samband med bedömningen av hur allvarlig överträdelsen var, att ”genom koncentrationen kombinerades på den potentiella marknaden [för skotsk lax] två av de största

odlarna och primära förädlarna i EES”. Det sistnämnda konstaterandet upprepades i punkt 172 i det angripna beslutet, i samband med bedömningen av överträdelsens varaktighet. Slutligen påpekade kommissionen i punkt 206 i det angripna beslutet att den tog hänsyn till sökandebolagets storlek när den fastställde bötesbeloppet.

466 Det framgår således klart av motiveringen till det angripna beslutet att kommissionen beaktade sökandebolags storlek vid fastställandet av bötesbeloppet.

467 Sökandebolaget har påstått att det angripna beslutet inte förklarar på vilket sätt den förtjänst som sökandebolaget i förekommande fall skulle göra på den påstådda överträdelsen av artiklarna 4.1 och 7.1 i förordning nr 139/2004 påverkade bötesnivån. Det kan konstateras att kommissionen i det angripna beslutet inte prövade om sökandebolaget eventuellt hade kunnat göra någon förtjänst på överträdelsen. Härav följer klart att kommissionen inte beaktade någon eventuell förtjänst eller eventuell avsaknad av förtjänst som sökandebolaget kunnat göra när den fastställde böterna. Det saknas således ingen motivering på den punkten.

468 Även om det antogs att det argument som framförts i punkt 104 i ansökan borde tolkas tvärtemot det uttalande som sökandebolaget gjorde vid förhandlingen, såtillvida att sökandebolaget även har åberopat ett materiellt fel som består i att kommissionen underlät att ta i beaktande att överträdelsen inte hade inneburit någon förtjänst för sökandebolaget, ska det argumentet förkastats då det inte finns fog för det.

469 Det framgår av rättspraxis att det inte har fastställts någon tvingande eller uttömmande förteckning över de kriterier som måste beaktas vid bedömningen av hur allvarlig överträdelsen är (se, angående överträdelser av artikel 101 FEUF, dom av den 17 juli 1997, Ferriere Nord/kommissionen, C-219/95 P, EU:C:1997:375, punkt 33, och överträdelser av artikel 102 FEUF, dom av den 19 april 2012, Tomra Systems m.fl./kommissionen, C-549/10 P, EU:C:2012:221, punkt 107).

470 Kommissionen har inte någon skyldighet att pröva frågan om en sökande har vunnit något på att åsidosätta artiklarna 4.1 och 7.1 i förordning nr 139/2004. I detta sammanhang bör det påpekas att det inte rör sig om en omständighet som utgör en överträdelse av artikel 4.1 eller artikel 7.1 i förordning nr 139/2004 och att det inte alltid är möjligt att avgöra om en sökande har tjänat på att genomföra en koncentration innan den anmälts och godkänts och än mindre att beräkna förtjänsten.

471 Sökandebolaget har åberopat flera domar till stöd för sitt påstående att böterna måste fastställas med beaktande av bland annat den förtjänst som den påstådda överträdelsen har gett upphov till. Den rättspraxis som sökandebolaget har angett i detta sammanhang rör mål om överträdelser av artikel 101 FEUF (dom av den 7 juni 1983, Musique Diffusion française m.fl./kommissionen, 100/80–103/80, EU:C:1983:158, punkt 129, dom av den 28 juni 2005, Dansk Rørindustri m.fl./kommissionen C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P–C-208/02 P och C-213/02 P, EU:C:2005:408, punkt 242, dom av den 3 september 2009, Prym och Prym Consumer/kommissionen, C-534/07 P, EU:C:2009:505, punkt 96, och dom av den 8 december 2011, Chalkor/kommissionen, C-386/10 P, EU:C:2011:815, punkt 56) eller av artikel 102 FEUF (förslag till avgörande av generaladvokat Wathelet, Telefónica och Telefónica de España/kommissionen, C-295/12 P, EU:C:2013:619, punkt 117).

472 Endast förslaget till avgörande av generaladvokat Bot, E.ON Energie/kommissionen (C-89/11 P, EU:C:2012:375), vilket sökandebolaget har nämnt i detta sammanhang, rörde en annan typ av överträdelse, nämligen brytande av försegling. Här kan det konstateras att domstolen inte följde generaladvokaten Bots förslag till avgörande och ogillade överklagandet i domen av den 22 november 2012, E.ON Energie/kommissionen (C-89/11 P, EU:C:2012:738), tvärtemot vad generaladvokaten hade föreslagit. Vidare framgår det inte av generaladvokaten Bots förslag till avgörande i detta mål att denne ansåg att kommissionen är skyldig att i varje fall undersöka hur stor den vinst är som överträdelsen har genererat. Han begränsade sig till att i punkt 114 i sitt förslag till

avgörande anför att hänsyn ska tas till alla omständigheter som utmärker målet, ”såsom” den vinst företaget kunnat göra genom överträdelsen. Han räknade endast upp exempel på kriterier som kan tas i beaktande och erinrade samtidigt i punkt 113 om att det enligt rättspraxis inte har fastställts någon tvingande eller uttömmande förteckning över de kriterier som måste beaktas.

473 Det framgår för övrigt av fast rättspraxis att även i samband med en överträdelse av artikel 101 FEUF kan den omständigheten att överträdelsen inte medfört någon vinst för ett företag inte hindra att böter åläggs, eftersom böterna annars skulle förlora sin avskräckande verkan (se dom av den 8 juli 2008, BPB/kommissionen, T-53/03, EU:T:2008:254, punkt 441 och där angiven rättspraxis). Kommissionen är inte skyldig att vid fastställandet av bötesbeloppet beakta att överträdelsen inte genererat någon vinst (se dom av den 29 november 2005, SNCZ/kommissionen, T-52/02, EU:T:2005:429, punkt 90 och där angiven rättspraxis). Kommissionen är inte skyldig att under alla omständigheter styrka den ekonomiska fördelen av den fastställda överträdelsen när den bestämmer bötesbelopp. Att det inte förelegat någon sådan fördel kan inte anses utgöra en förmildrande omständighet (se dom av den 8 juli 2008, BPB/kommissionen, T-53/03, EU:T:2008:254, punkt 442 och där angiven rättspraxis).

474 Likaledes är kommissionen inte skyldig att vid fastställandet av böterna ta i beaktande att genomförandet av en koncentration innan den anmälts och beviljats tillstånd eventuellt inte genererat någon vinst.

475 Det kan förvisso vara relevant att bedöma den otillåtna behållningen från överträdelsen när kommissionen, vid bedömningen av hur allvarlig överträdelsen är eller vid beräkningen av bötesbeloppen, har grundat sig på en sådan behållning (dom av den 15 mars 2000, Cimenteries CBR m.fl./kommissionen, T-25/95, T-26/95, T-30/95–T-32/95, T-34/95–T-39/95, T-42/95–T-46/95, T-48/95, T-50/95–T-65/95, T-68/95–T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 och T-104/95, EU:T:2000:77, punkt 4882). Så är emellertid inte fallet här.

476 I syfte att styrka att sökandebolaget inte gjorde någon som helst vinst på den påstådda överträdelsen har det dessutom grundat sig på punkt 71 i repliken, särskilt på den omständigheten att det inte utövade sina rösträttigheter i Morpol förrän tillståndet för koncentrationen erhållits. Denna uppgift har kommissionen beaktat som en förmildrande omständighet (punkterna 196 och 198 i det angripna beslutet).

477 Det följer av det ovan anförda att kommissionen varken har åsidosatt sin motiveringsskyldighet eller gjort sig skyldig till ett materiellt fel genom att avstå från att fastställa och ta med i beräkningen den eventuella vinsten eller eventuella uteblivna vinsten från överträdelsen.

2. Den andra delgrunden: Felaktig bedömning av hur allvarlig överträdelse var

478 Sökandebolaget har hävdat att ingen av de faktorer som beaktades i det angripna beslutet vid bedömningen av hur allvarlig överträdelsen var, det vill säga oaktsamheten, de allvarliga tvivlen angående koncentrationens förenlighet med den inre marknaden och förekomsten av prejudikat som angick sökandebolaget och andra bolag, är relevant.

479 Kommissionen har bestritt sökandebolagets påstående.

480 Tribunalen framhåller först att sökandebolaget inte har bestritt de överväganden som finns i punkterna 131–136 i det angripna beslutet angående överträdelsens karaktär. I dessa punkter ansåg kommissionen att varje åsidosättande av artiklarna 4.1 och 7.1 i förordning nr 139/2004 till sin natur var allvarligt. Denna bedömning, som bör bekräftas, byggde särskilt på punkt 235 i domen av den 12 december 2012, Electrabel/kommissionen (T-332/09, EU:T:2012:672). I den punkten hade tribunalen slagit fast att det var med rätta som kommissionen i punkt 187 i det angripna beslutet preciserade att ”[g]enom att en koncentration med gemenskapsdimension kräver en förhandsanmälan

och ett förhandsgodkännande har lagstiftaren velat säkerställa att kommissionens kontroll av koncentrationer med gemenskapsdimension blir effektiv och att det blir möjligt för denna att vid behov förhindra att koncentrationer genomförs innan ett slutligt beslut har antagits och på så sätt förebygga att irreparabel och bestående skada åsamkas konkurrensen". Tribunalen hade även konstaterat att "[k]ommissionen har således, utan att begå något fel, kunnat kvalificera överträdelsen som allvarlig med hänsyn till dess art".

481 Sökandebolaget har dock bestritt att de faktorer skulle vara relevanta som kommissionen tog hänsyn till vid sin konkreta bedömning av hur allvarlig den ifrågavarande överträdelsen var.

482 Tribunalen erinrar inledningsvis om att bedömningen av hur allvarlig en överträdelse är ska göras med hänsyn till ett stort antal omständigheter, såsom de särskilda omständigheterna i målet, dess kontext och böternas avskräckande verkan, utan att det har fastställts någon tvingande eller uttömmande förteckning över de kriterier som absolut ska tas i beaktande (dom av den 28 juni 2005, Dansk Rørindustri m.fl./kommissionen, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P-C-208/02 P och C-213/02 P, EU:C:2005:408, punkt 241).

a) Beaktandet av sökandebolagets oaktsamhet

483 Vad gäller sökandebolagets påstående att det inte har handlat oaktsamt, är det tillräckligt att erinra om att det påståendet redan har avfärdats i samband med prövningen av den andra grunden.

484 I motsats till vad sökandebolaget har påstått, rörde det sig inte om ett ursäktligt misstag från dess sida. Begreppet ursäktligt misstag, som kan hänföras direkt till strävan att iaktta rättssäkerhetsprincipen och principen om berättigade förväntningar, kan enligt fast rättspraxis endast avse undantagsfall i vilka främst den berörda institutionens beteende, antingen ensamt eller i en avgörande omfattning, ger upphov till en oklarhet som kan ursäktas hos en enskild som handlar i god tro och visar den omsorg som kan förväntas av en normalt upplyst person (se dom av den 15 september 2011, CMB och Christof/kommissionen, T-407/07, ej publicerad, EU:T:2011:477, punkt 99 och där angiven rättspraxis). I det aktuella fallet har sökandebolaget inte visat den omsorg som kan förväntas av en normalt upplyst person vilket utesluter ett ursäktligt misstag från dennes sida.

b) Beaktandet av att det förelåg allvarliga tvivel angående koncentrationens förenlighet med den inre marknaden

485 I frågan om det ska beaktas att det förelåg allvarliga tvivel angående koncentrationens förenlighet med den inre marknaden ska följande anföras.

486 I punkt 150 i det angripna beslutet erinrade kommissionen om att sökandebolagets förvärv av Morpol hade beviljats tillstånd efter det att sökandebolaget hade presenterat ett stort antal korrigerande åtgärder för att skingra de allvarliga tvivel som kommissionen gett uttryck för vad beträffar den potentiella marknaden för skotsk lax. Sökandebolaget hade också framhållit att genom koncentrationen kombinerades på denna potentiella marknad två av de största odlarna och primära förädlarna i Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES).

487 Kommissionen ansåg att den genomförda koncentrationen kunde haft en negativ inverkan på konkurrensen på den potentiella marknaden för skotsk lax under hela den tid som överträdelsen varade. Kommissionen hävdade att även om sökandebolaget inte utövade sina rösträttigheter i Morpol, var det åtminstone möjligt att konkurrensen mellan sökandebolaget och Morpol påverkades som en konsekvens av december 2012-förvärvet.

488 Tribunalen konstaterar att sökandebolaget inte har framfört något argument som kan ifrågasätta kommissionens bedömning att koncentrationen i fråga väckte allvarliga tvivel angående förenligheten med den inre marknaden. Det har emellertid bestritt att denna faktor beaktades som en för överträdelserna försvårande omständighet. Sökandebolaget anser att påstående i punkt 157 i det angripna besluter, enligt vilket ”enbart den omständigheten att koncentrationen har väckt allvarliga tvivel angående förenligheten med den inre marknaden är i sig en faktor som gör överträdelsen allvarligare” förvanskar det resonemang som tribunalen förde i sin dom av den 12 december 2012, Electrabel/kommissionen (T-332/09, EU:T:2012:672, punkt 247). Tribunalen slog i denna punkt fast att ”förekomsten av en skada på konkurrensen skulle göra överträdelsen ännu allvarligare”.

489 Angående det sätt på vilket det är lämpligt att tolka domen av den 12 december 2012, Electrabel/kommissionen (T-332/09, EU:T:2012:672), ska följande anföras.

490 Det mål som avgjordes genom denna dom rörde en koncentration beträffande vilken kommissionen hade konstaterat att den inte gav upphov till några konkurrensproblem. Kommissionen framhöll i punkt 194 i beslut K(2009) 4416 slutlig, av den 10 juni 2009 (ärende COMP/M.4994 – Electrabel/Compagnie nationale du Rhône) (nedan kallat beslutet Electrabel), att ”förekomsten av en skada på konkurrensen skulle faktiskt göra överträdelsen allvarligare” och att ”avsaknaden av en sådan skada på konkurrensen i förevarande ärende är en betydande omständighet att ta i beaktande vid fastställandet av böterna” men att, ”den omständigheten att koncentrationen inte har gett upphov till konkurrensproblem är inte sådan att den kan påverka överträdelsens allvarliga karaktär”. Detta påstående ska läsas mot bakgrund av den omständigheten att kommissionen i punkt 191 i samma beslut hade konstaterat att varje överträdelse av artikel 7.1 i förordning nr 4064/89 till sin natur var en allvarlig överträdelse.

491 Kommissionen konstaterade således att överträdelsen av artikel 7.1 i förordning nr 4064/89 fortfarande var en allvarlig överträdelse och detta trots att koncentrationen inte hade gett upphov till några konkurrensproblem. Det är inte tillåtet att *e contrario* dra slutsatsen, såsom sökandebolaget försöker göra, att förekomsten av konkurrensproblem inte kan göra den påstådda överträdelsen ännu allvarligare. Kommissionen konstaterade nämligen inte att det saknade relevans för bedömningen av hur allvarlig överträdelsen var huruvida det förekommit konkurrensproblem eller ej. Kommissionen konstaterade endast att överträdelsen till sin karaktär fortfarande var allvarlig, även i avsaknad av alla konkurrensproblem orsakade av koncentrationen.

492 I domen av den 12 december 2012, Electrabel/kommissionen (T-332/09, EU:T:2012:672), befäste tribunalen kommissionens synsätt. Den påpekade i punkt 246 i domen, att ”det är med rätta som kommissionen har hävdat att en bedömning i efterhand av att en koncentration inte har haft några verkningar på marknaden rimligen inte kan vara en avgörande faktor vid bedömningen av i vilken mån systemet med förhandsgranskning har tagit skada”. Tribunalen konstaterade därefter följande i punkt 247 i domen:

”Detta hindrar emellertid inte att avsaknaden av verkningar på marknaden är en relevant omständighet vid fastställandet av böterna, såsom kommissionen själv har angett i skäl 194 i det angripna beslutet. Kommissionen har i samma skäl dessutom med rätta gjort gällande att förekomsten av en skada på konkurrensen skulle göra överträdelsen ännu allvarligare.”

493 Påståendet i punkt 246 i domen av den 12 december 2012, Electrabel/kommissionen (T-332/09, EU:T:2012:672), enligt vilket ”en bedömning i efterhand av att en koncentration inte har haft några verkningar på marknaden rimligen inte kan vara en avgörande faktor vid bedömningen av i vilken mån systemet med förhandsgranskning har tagit skada” ska inte tolkas så att det inte spelar någon roll om konkurrensen har skadats eller ej vid bedömningen av hur allvarlig överträdelsen är. Detta framgår av punkt 247 i denna dom där tribunalen konstaterade att ”förekomsten av en skada på konkurrensen

skulle göra överträdelsen ännu allvarligare". Påståendet i punkt 246 i domen ska läsas mot bakgrund av den omständigheten att tribunalen bemötte Electrabels argument att överträdelsen inte kunde vara av allvarlig art då den inte hade orsakat konkurrensen någon skada.

494 I det ärende som ledde fram till beslutet Electrabel, uttalade sig kommissionen och tribunalen om två typfall. För det första konstaterade de att den avsaknad av skada på konkurrensen som visade sig genom att den för tidigt genomförda koncentrationen inte gav upphov till några konkurrensproblem, inte ändrade överträdelsens inneboende allvarliga karaktär. För det andra tog de upp som en illustration att förekomsten av skadliga verkningar skulle ha gjort överträdelsen ännu allvarligare.

495 Det finns emellertid ett tredje typfall i fråga om vilket kommissionen och tribunalen inte intog någon ståndpunkt i det ärende som ledde fram till beslutet Electrabel. Det rör sig om en "mellanliggande situation" där koncentrationen genomfördes för tidigt och väckte allvarliga tvivel angående förenligheten med den inre marknaden, men där det inte kunde avgöras om genomförandet i den form som ursprungligen planerats och som inte beviljats tillstånd av kommissionen har haft skadliga verkningar på konkurrensen.

496 Då uppkommer frågan huruvida kommissionen i detta tredje typfall kan beakta den omständigheten att koncentrationen väckte allvarliga tvivel angående förenligheten med den inre marknaden som en försvårande omständighet.

497 Denna fråga måste besvaras jakande. Det skulle nämligen inte vara adekvat att behandla ett förtida genomförande av koncentrationer som väcker allvarliga tvivel angående förenligheten med den inre marknaden, på samma sätt som ett förtida genomförande av koncentrationer som inte ger upphov till några som helst konkurrensproblem.

498 Syftet med artiklarna 4.1 och 7.1 i förordning nr 139/2004 är att säkerställa effektiviteten hos systemet med förhandskontroll av verkningarna av koncentrationer med gemenskapsdimension (se, för ett liknande resonemang och analogt, dom av den 12 december 2012, Electrabel/kommissionen, T-332/09, EU:T:2012:672, punkt 246). Dessutom är syftet med unionslagstiftningen på området för kontroll av företagskoncentrationer att förebygga irreparabla och permanenta skador på konkurrensen (dom av den 12 december 2012, Electrabel/kommissionen, T-332/09, EU:T:2012:672, punkt 245). Systemet med kontroll av koncentrationer ska möjliggöra "en effektiv kontroll av alla koncentrationer med avseende på deras verkningar på konkurrensstrukturen" (skäl 6 i förordning nr 139/2004).

499 I fallet med koncentrationer som väcker allvarliga tvivel angående förenligheten med den inre marknaden är de möjliga risker för konkurrensen som är kopplade till ett förtida genomförande inte desamma som i fallet med koncentrationer som inte ger upphov till konkurrensproblem.

500 Det faktum att en koncentration väcker allvarliga tvivel angående förenligheten med den inre marknaden gör således det förtida genomförandet av denna koncentration allvarligare än det förtida genomförandet av en koncentration som inte ger upphov till konkurrensproblem, såvida inte, trots att koncentrationen väcker sådana allvarliga tvivel, det i ett enskilt fall kan uteslutas att dess genomförande i den form som ursprungligen planerats och inte beviljats tillstånd av kommissionen, kunde haft skadliga verkningar på konkurrensen.

501 Det var således med rätta som kommissionen i punkt 157 i det angripna beslutet konstaterade att "enbart den omständigheten att koncentrationen har väckt allvarliga tvivel angående förenligheten med den inre marknaden är i sig en faktor som gör överträdelsen allvarligare" och detta efter att uttryckligen i punkt 151 i det angripna beslutet ha slagit fast att den genomförda koncentrationen kunde haft en negativ inverkan på konkurrensen på den potentiella marknaden för skotsk lax under hela den tid som överträdelsen varade och att det åtminstone var möjligt att konkurrensen mellan sökandebolaget och Morpol hade påverkats som en konsekvens av december 2012-förvärvet.

502 Det är inte tillåtet att dra slutsatsen *e contrario* av konstaterandet i domen av den 12 december 2012, Electrabel/kommissionen (T-332/09, EU:T:2012:672, punkt 247), enligt vilket ”förekomsten av en skada på konkurrensen skulle göra överträdelsen ännu allvarligare”, att det endast är när de skadliga verkningarna kan styrkas som detta kan göra överträdelsen allvarligare. Den omständigheten att tribunalen som en illustration tog upp att förekomsten av skadliga verkningar skulle ha gjort överträdelsen allvarligare, möjliggör inte slutsatsen att det rör sig om den enda hypotes som skulle göra överträdelsen allvarligare. I det ärende som ledde fram till beslutet Electrabel uttalade sig kommissionen och tribunalen helt enkelt inte om den mellanliggande situationen, såsom den definierats i punkt 495 ovan.

503 Sökandebolaget har gjort gällande att kommissionen paradoxalt nog i punkterna 156 och 157 i det angripna beslutet förklarade att ”förekomsten av en skada på konkurrensen skulle göra överträdelsen ännu allvarligare”, trots att ”en bedömning i efterhand av en koncentrations verkningar på marknaden rimligen inte kan vara en avgörande faktor vid bedömningen av i vilken mån systemet med förhandsgranskning har tagit skada”.

504 Det ska noteras att kommissionen återgav innehållet i tribunalens uttalanden i domen av den 12 december 2012, Electrabel/kommissionen (T-332/09, EU:T:2012:672, punkterna 246 och 247), såsom de citeras i punkt 492 ovan. Det räcker att erinra om synpunkterna i nämnda dom på hur dessa punkter bör tolkas (punkt 493 ovan).

505 Det är lämpligt att undersöka huruvida det var med rätta som kommissionen i punkt 151 i det angripna beslutet ansåg att den genomförda koncentrationen kunde haft en negativ inverkan på konkurrensen på den potentiella marknaden för skotsk lax under hela den tid som överträdelsen varade och att ”det åtminstone [var] möjligt att konkurrensen mellan Marine Harvest och Morpol hade påverkats som en konsekvens av december 2012-förvärvet”.

506 Kommissionen uppgav i punkt 151 i det angripna beslutet att den tidigare verkställande direktören för Morpol, M., hade avgått med verkan från den 1 mars 2013 till följd av att en bestämmelse hade införts i det avtal om aktieförvärv som ingåtts med sökandebolaget. Enligt kommissionen verkade sökandebolagets förvärv av aktier som uppgick till 48,5 procent av Morpols kapital följaktligen ha kunnat påverka de strategiska besluten inom Morpol, exempelvis beslutet att ersätta den verkställande direktören, oavsett om rösträttigheterna faktiskt hade utövats vid bolagsstämmorna.

507 Sökandebolaget har gjort gällande att december 2012-förvärvet inte var en avgörande faktor för M:s beslut att lämna sin befattning. Enligt sökandebolaget hade tvärtom företaget Morpols ledningsstruktur inklusive M:s avgång varit föremål för intensiva diskussioner i Morpols styrelse sedan mer en ett år.

508 I det aktuella fallet är det inte möjligt att med säkerhet avgöra huruvida M:s beslut att lämna sin befattning hade påverkats av 2012-förvärvet eller ej.

509 Sökandebolaget har förvisso visat att M:s eventuella avgång hade varit föremål för diskussioner redan före december 2012-förvärvet, genom att lägga fram protokollen från Morpols styrelsemöten den 12 och den 15 september 2011. Sökandebolaget har även nämnt att Morpol haft betydande problem med företagets ledning, att Morpols största kreditgivande bank hade velat reducera sin exponering för Morpols skulder och att dessa händelser hade lett till ett kursfall på Morpols aktie, som hade gått från approximativt 21 norska kronor (NOK) vid tiden för dess notering på Oslobörsen år 2010 till mindre än 8 NOK i november 2012. Kommissionen har inte bestritt detta konstaterande.

510 Detta utesluter dock inte att avslutandet av december 2012-förvärvet och särskilt den klausul som infördes i avtalet om aktieförvärv i detta syfte, kan ha haft inflytande över M:s avgångsbeslut. Enligt artikel 12.1.1. i avtalet om aktieförvärv, hade M. åtagit sig att lämna sin befattning som verkställande direktör för Morpol senast den 1 mars 2013. Det förefaller för övrigt ganska troligt att beslutet att

avgå just med verkan från den 1 mars 2013 påverkades av att avtalet om aktieförvärv hade genomförts. Kommissionen har med rätta understrukit att om sökandebolaget hade skjutit upp genomförandet av avtalet om aktieförvärv i avvaktan på tillståndet skulle M. inte ha varit tvungen att rätta sig efter artikel 12.1.1. i avtalet om aktieförvärv innan transaktionen avslutades.

511 Kommissionen uppgav därefter i punkt 151 i det angripna beslutet att sökandebolaget hade ”övertagit en stor del av Morpols vinst som uppkommit via december 2012-förvärvet”. Kommissionen ansåg följaktligen att ”de sannolika ekonomiska verkningarna av december 2012-förvärvet, vilka [hade] undanröjt incitamenten för [sökandebolaget] att upprätthålla det konkurrenstryck som utövats på Morpol före förvärvet, [betraktades] som tillräckliga för att ha gett upphov till en potentiell skada på konkurrensen”.

512 Sökandebolaget har gjort gällande att kommissionens påstående att den omständigheten att sökandebolaget hade övertagit en stor del av Morpols vinst undanröjde de faktorer som uppmuntrade det att vidmakthålla konkurrenstrycket, är grundlöst och har i vart fall inget särskilt samband med överträdelsen. Enligt sökandebolaget gäller detsamma varje koncentration som inte har genomförts i och med att de bolag som är förvärvare efter det att tillstånd har beviljats ofta brukar retroaktivt ta igen den vinst som verksamheten genererat under perioden, från avtalets undertecknande till förvärvets avslutande.

513 Tribunalen framhåller att situationerna inte är desamma. I det aktuella fallet övertog nämligen sökandebolaget en stor del av den vinst som Morpol hade åstadkommit innan det mottog tillståndet till koncentrationen. Incitamenten att upprätthålla konkurrenstrycket på Morpol kunde då vara mindre starka än i det fall då ett bolag enbart har att se fram emot att retroaktivt kunna ta igen den vinst som verksamheten genererat efter avtalets undertecknande, när bolaget väl har erhållit tillstånd till koncentrationen.

514 De båda omständigheter som har prövats i punkterna 506–513 ovan var i sig tillräckliga för att motivera konstaterandet i punkt 151 i det angripna beslutet, enligt vilket en negativ inverkan på konkurrensen på den potentiella marknaden för skotsk lax var möjlig, under hela den tid som överträdelsen varade.

515 Det är således inte nödvändigt att undersöka den tredje omständighet som kommissionen grundade sig på i punkt 151 i det angripna beslutet, det vill säga att det enligt kommissionen inte kunde uteslutas att sökandebolaget, i egenskap av Morpols största aktieägare, hade erhållit priviligierad tillgång till Morpols marknadskännedom under perioden från avslutandet av december 2012-förvärvet till antagandet av tillståndsbeslutet.

516 Det kan således konstateras att de åtgärder som sökandebolaget vidtog, nämligen att det avstod från att utöva rösträttigheterna och höll enheterna åtskilda till dess att tillstånd till koncentrationen hade beviljats, inte kunde undanröja risken för skadliga verkningar på konkurrensen till följd av att koncentrationen i fråga genomfördes i den form som ursprungligen planerats och inte beviljats tillstånd av kommissionen, även om dessa åtgärder kunde minska den eventuella konkurrensbegränsande verkan.

517 Det följer av det ovan anförda att det i det aktuella fallet rör sig om den mellanliggande situationen såsom den definierats i punkt 495 ovan, det vill säga den där koncentrationen har genomförts för tidigt och har väckt allvarliga tvivel angående förenligheten med den inre marknaden, men där det inte kan avgöras om genomförandet i den form som ursprungligen planerats och inte beviljats tillstånd av kommissionen har haft skadliga verkningar på konkurrensen.

518 Sökandebolagets påstående vid förhandlingen, att kommissionen åberopade de uppgifter som nämns i punkterna 506, 511 och 515 ovan, först på stadiet för svaromålet, saknar stöd i de faktiska omständigheterna. Dessa uppgifter återfinns nämligen i punkt 138 i meddelandet om invändningar samt punkt 151 i det angripna beslutet.

519 Sökandebolaget har vidare hävdat att när kommissionen grundar sig på den påstådda inverkan på marknaden av en påstådd överträdelse för att visa att den är allvarlig måste kommissionen styrka sina påståenden genom att ge konkreta och övertygande indikationer på att överträdelsen med skälig sannolikhet har påverkat marknaden. Till stöd för detta påstående har sökandebolaget åberopat dom av den 27 september 2006, Roquette Frères/kommissionen (T-322/01, EU:T:2006:267, punkt 75), dom av den 27 september 2006, Jungbunzlauer/kommissionen (T-43/02, EU:T:2006:270), dom av den 27 september 2006, Archer Daniels Midland/kommissionen (T-59/02, EU:T:2006:272, punkt 161), och dom av den 6 maj 2009, KME Germany m.fl./kommissionen (T-127/04, EU:T:2009:142, punkt 68).

520 Tribunalen konstaterar att den rättspraxis som sökandebolaget har angett rör konkurrensbegränsande samverkan. Tribunalen fann i punkt 68 i domen av den 6 maj 2009, KME Germany m.fl./kommissionen (T-127/04, EU:T:2009:142), att ”[f]örstainstansrätten … nämligen vid flera tillfällen [har] slagit fast att den konkreta påverkan på marknaden som en konkurrensbegränsande samverkan haft ska anses vara tillräckligt styrkt, om kommissionen kan ge konkreta och tillförlitliga indikationer på att samverkan med skälig sannolikhet har påverkat marknaden”.

521 I enlighet med punkt 1 A första stycket i riktlinjerna för beräkning av böter som döms ut enligt artikel 15.2 i förordning nr 17 och artikel 65.5 [EKSG] (EGT C 9, 1998, s. 3) beaktade kommissionen för att beräkna böterna med hänsyn till hur allvarlig överträdelsen var, överträdelsens ”konkreta påverkan på marknaden, om den [var] mätbar”. Riktlinjerna var tillämpliga på de domar som hade meddelats av tribunalen på vilka sökandebolaget stödjer sig och som anges i punkt 519 ovan.

522 Den rättspraxis som sökandebolaget har nämnt kan således inte ifrågasätta de överväganden som återfinns i punkterna 495–501 ovan. Syftet med unionens bestämmelser på området för kontroll av företagskoncentrationer är ju att förebygga irreparabel och bestående skada på konkurrensen (se punkt 498 ovan).

523 När det gäller överträdelserna av artiklarna 4.1 och 7.1 i förordning nr 139/2004, kan enbart det faktum att det är möjligt att det uppkommer skadliga verkningar på konkurrensen tas i beaktande vid bedömningen av hur allvarlig överträdelsen är även om kommissionen inte visar att sådana verkningar är sannolika. Koncentrationen vilken genomfördes i den form som ursprungligen hade planerats och inte beviljades tillstånd av kommissionen, väckte nämligen allvarliga tvivel angående förenligheten med den inre marknaden.

524 När förekomsten av skadliga verkningar på konkurrensen till följd av genomförandet av en koncentration i den form som ursprungligen planerats och inte beviljats tillstånd av kommissionen kan styrkas, kan detta göra överträdelsen ännu allvarligare än en överträdelse som begåtts i den mellanliggande situationen. Detta hindrar inte att enbart den omständigheten att skadliga verkningar på konkurrensen inte kan uteslutas gör överträdelsen allvarligare än det förtida genomförandet av en koncentration som inte medför några som helst konkurrensproblem.

525 Slutligen har sökandebolaget understrukit att det aldrig har vunnit eller ens förväntat sig att vinna något på det som kommissionen betraktar som en överträdelse av reglerna om kontroll av företagskoncentrationer, då det har rättat sig efter de krav som uppställs i artikel 7.2 i förordning nr 139/2004 genom att avstå från att utöva sina rösträttigheter i Morpol.

526 Tribunalen erinrar om att den omständigheten att överträdelsen inte medfört någon vinst för ett företag inte kan hindra att böter åläggs, eftersom böterna annars skulle förlora sin avskräckande verkan (se punkt 473 ovan).

527 Det ska även erinras om att sökandebolaget inte utövade sina rösträttigheter i Morpol förrän tillståndet för koncentrationen erhållits. Denna uppgift har kommissionen beaktat som en förmildrande omständighet (se punkt 476 ovan).

528 Det följer av det ovan anförda att det var med rätta som kommissionen i det aktuella fallet beaktade den omständigheten att koncentrationen väckte allvarliga tvivel angående förenligheten med den inre marknaden som en försvårande omständighet.

c) Beaktandet av prejudikat som rörde sökandebolaget och andra bolag

529 Kommissionen fann i punkt 159 i det angripna beslutet att sökandebolaget (vid den tiden, Pan Fish) redan år 2007 hade ålagts böter av de franska konkurrensmyndigheterna för att ha åsidosatt skyldigheten att bevara status quo i samband med sitt förvärv av Fjord Seafood. Kommissionen ansåg vidare att ”detta betyder att det inte är första gången som [sökandebolaget] åsidosätter skyldigheten att bevara status quo i ett sammanhang med ett förfarande för kontroll av en företagskoncentration”.

530 Kommissionen anförde i punkt 163 i det angripna beslutet att ”den tidigare påföljden borde ha föranlett [sökandebolaget] att särskilt omsorgsfullt undersöka sina skyldigheter vad beträffar kontrollen av företagskoncentrationer vid tiden för december 2012-förvärvet” och ”av den anledningen gör åsidosättandet av skyldigheten att bevara status quo på nationell nivå att överträdelsen blir allvarligare”.

531 Kommissionen underströk dessutom i punkt 160 i det angripna beslutet att förordning nr 139/2004 redan hade varit i kraft sedan mer än tio år och att liknande bestämmelser angående skyldigheten att bevara status quo fanns i förordning nr 4064/89 som hade fortsatt att vara giltig i mer än tretton år. Härutöver framhöll kommissionen att den redan hade inlett överträdelseförfaranden mot andra bolag och ålagt dem böter för åsidosättande av artikel 7.1 i förordning nr 4064/89 och att den redan hade antagit flera andra beslut med stöd av artikel 14 i förordning nr 4064/89. Enligt kommissionen borde följaktligen sökandebolaget ha ”varit fullt medvetet om gällande rättsregler och kommissionens tillämpning av dessa”.

1) Beaktandet av det ärende som ledde fram till beslutet Pan Fish/Fjord Seafood

532 Sökandebolaget har gjort gällande att den omständigheten att det fick en strängare påföljd med motiveringen att det var recidivist, eftersom det hade blivit föremål för påföljder i Frankrike i beslutet Pan Fish/Fjord Seafood, inte är förenlig med rättspraxis enligt vilken recidiv innebär att en person har begått nya överträdelser efter att ha ålagts påföljder för liknande överträdelser.

533 Såsom kommissionen dock har betonat, betraktade den inte förekomsten av tidigare överträdelser av förfaranderegleran begångna av sökandebolaget, som en försvårande omständighet. Den slog uttryckligen i punkt 201 i det angripna beslutet fast att det inte förelåg några försvårande omständigheter i det aktuella fallet.

534 Det ska påpekas att kommissionen inte använde termerna ”recidiv” och ”recidivist” i det angripna beslutet. Helt säkert är det snarare innehållet i det angripna beslutet än terminologin som man ska ta fasta på i syfte att undersöka om kommissionen beaktade den omständigheten att sökandebolaget hade begått upprepade överträdelser.

535 Det ska erinras om att ett beaktande av förekomsten av upprepade överträdelser ”syftar till att förmå företag som uppenbarligen har en benägenhet att överträda konkurrensreglerna att förändra sitt beteende” (dom av den 12 december 2007, BASF och UCB/Kommissionen, T-101/05 och T-111/05, EU:T:2007:380, punkt 67). I det aktuella fallet uttalade kommissionen inte ens underförstått i det angripna beslutet att det var nödvändigt att ålägga högre böter med motiveringen att den påföljd som

ålades i beslutet Pan Fish/Fjord Seafood inte varit tillräcklig för att avskräcka sökandebolaget från att begå andra överträdelser. I de punkter som ägnas åt böternas nödvändiga avskräckande verkan, det vill säga punkterna 157, 172 och 206 i det angripna beslutet, åberopade endast kommissionen sökandebolagets storlek, den omständigheten att koncentrationen i fråga hade väckt allvarliga tvivel angående förenligheten med den inre marknaden och den omständigheten att det inte kunde uteslutas att konkurrensen skulle skadas. Tvärtemot vad sökandebolaget anser, beaktade kommissionen således inte förekomsten av påstådda upprepade överträdelser från sökandebolagets sida. Sökandebolagets argument bygger följaktligen på en felaktig premiss.

536 Såsom framgår av punkt 163 i det angripna beslutet, ansåg kommissionen att ”den tidigare påföljden borde ha föranlett [sökandebolaget] att särskilt omsorgsfullt undersöka sina skyldigheter vad beträffar kontrollen av företagskoncentrationer vid tiden för december 2012-förvärvet”. Det var ”av den anledningen” som kommissionen konstaterade att åsidosättandet av skyldigheten att bevara status quo på nationell nivå gjorde att överträdelsen blev allvarligare.

537 Det har konstaterats i punkt 258 ovan att kommissionen hade rätt att beakta den omständigheten att sökandebolaget redan hade ålagts böter på nationell nivå för det förtida genomförandet av en koncentration och att det finns anledning att förvänta sig särskild omsorg av ett stort europeiskt företag som redan har ålagts böter, även om det var på nationell nivå, för det förtida genomförandet av en koncentration.

538 Det rör sig om en omständighet som kan tas i beaktande vid bedömningen dels av huruvida sökandebolaget varit oaktsamt, dels av graden av denna oaktsamhet.

539 I punkterna 159 och 163 i det angripna beslutet beaktade kommissionen förekomsten av ett prejudikat i det ärende som ledde fram till beslutet Pan Fish/Fjord Seafood, och betraktade detta som en omständighet som ökade graden av oaktsamhet från sökandebolagets sida och härigenom ”[gjorde] överträdelsen allvarligare”. Det konstaterande som punkt 163 i det angripna beslutet innehåller, enligt vilket den tidigare påföljden borde ha föranlett sökandebolaget att särskilt omsorgsfullt undersöka sina skyldigheter vad beträffar kontroll av företagskoncentrationer, rör i huvudsak graden av oaktsamhet. Vid förhandlingen bekräftade kommissionen att den i det angripna beslutet hade grundat sig på det ärende som ledde fram till beslutet Pan Fish/Fjord Seafood enbart som en faktor som gällde graden av sökandebolagets oaktsamhet.

540 Vid förhandlingen medgav sökandebolaget att kommissionen hade beaktat det ärende som ledde fram till beslutet Pan Fish/Fjord Seafood i samband med bedömningen av oaktsamheten. Sökandebolaget har gjort gällande att detta ärende inte var relevant inom ramen för bedömningen av förekomsten eller graden av oaktsamhet, då de faktiska omständigheter som låg till grund för detta ärende var fullständigt olika dem som låg till grund för förevarande mål och att sökandebolaget därför inte kunde dra några slutsatser av detta som var användbara i förevarande mål.

541 Tribunalen erinrar om att beslutet Pan Fish/Fjord Seafood förvisso inte avsåg tolkningen av artikel 7.2 i förordning nr 139/2004 (se punkt 258 ovan). Den omständigheten att sökandebolaget redan hade ålagts böter på nationell nivå för det förtida genomförandet av en koncentration betyder att det fanns anledning att förvänta sig särskild omsorg av från sökandebolagets sida (se punkt 258 ovan). Därför ökade förekomsten av detta prejudikat graden av sökandebolagets oaktsamhet vilket var en faktor som gjorde överträdelsen allvarligare.

542 Kommissionen begick således inget fel när den beaktade det ärende som ledde fram till beslutet Pan Fish/Fjord Seafood inom ramen för bedömningen av hur allvarlig överträdelsen var.

2) Beaktandet av ärenden som rör andra bolag

543 Sökandebolaget har hävdat att påståendet i punkt 160 i det angripna beslutet att ”kommissionen redan hade inlett överträdelseförfaranden mot andra bolag och ålagt dem böter för åsidosättande av artikel 7.1 i [förordning nr 4064/89]” inte tar hänsyn till det väsentliga problem som består i att inget av dessa ärenden rör räckvidden av artikel 7.2 i förordning nr°139/2004 eller artikel 7.3 i förordning nr 4064/89.

544 Tribunalen konstaterar att kommissionen i punkt 160 i det angripna beslutet uppgav att förordning nr 139/2004 redan hade varit i kraft sedan mer än tio år och att liknande bestämmelser angående skyldigheten att bevara status quo fanns i förordning nr 4064/89 som hade fortsatt att vara giltig i mer än tretton år. Kommissionen uppmärksammade också att den redan hade inlett överträdelseförfaranden mot andra bolag och ålagt dem böter för åsidosättande av artikel 7.1 i förordning nr 4064/89 och att den även hade antagit flera andra beslut med stöd av artikel 14 i förordning nr 4064/89.

545 Härigenom motiverade kommissionen väsentligen den omständigheten att den inte längre hade skäl att visa sig ”mild” vid fastställandet av böterna enligt artikel 14 i förordning nr 139/2004.

546 Det ska tilläggas att kommissionen visserligen kan välja att ålägga böter med låga belopp när den för första gången eller de första gångerna tillämpar en bestämmelse som gör det möjligt att ålägga böter. Kommissionen kan emellertid lagenligt anse att den inte längre har anledning att göra detta när den redan vid upprepade tillfällen har ålagt böter med tillämpning av denna bestämmelse.

547 Sökandebolagets argument att prejudikaten varken rör artikel 7.2 i förordning nr 139/2004 eller artikel 7.3 i förordning nr 4064/89 saknar relevans i detta sammanhang. Förekomsten av prejudicerande beslut i vilka böter ålades på grundval av artikel 14 i förordning nr 4064/89 kunde förvarna sökandebolaget om att det skulle åläggas en sträng påföljd för det fall artiklarna 4.1 och 7.1 i förordning nr 139/2004 åsidosattes. Särskilt den omständigheten att kommissionen redan hade ålagt en sträng påföljd, nämligen böter på 20 miljoner euro i beslutet Electrabel, kunde ge sökandebolaget en indikation om att det skulle riskera att åläggas en sträng påföljd om det genomförde den ifrågavarande koncentrationen för tidigt.

548 Sökandebolaget har hävdat att kommissionen inte inledde någon undersökning och inte ålade några böter i det ärende som ledde fram till beslutet Yara/Kemira GrowHow. Här räcker det att konstatera att kommissionen inte baserade sig på ärendet i punkt 160 och i fotnoterna 64 och 65 i det angripna beslutet.

549 Sökandebolaget har slutligen gjort gällande att slutsatsen i punkt 163 i det angripna beslutet, att förekomsten av tidigare överträdelser av förfaranderegleran som rörde sökandebolaget och andra bolag gjorde överträdelsen allvarligare, uppenbarligen är behäftad med felaktig rättstillämpning och felaktig bedömning av de faktiska omständigheterna.

550 I punkt 163 i det angripna beslutet framhöll emellertid kommissionen att ”den tidigare påföljden”, det vill säga den påföljd som ålades i beslutet Pan Fish/Fjord Seafood, borde ha föranlett sökandebolaget att särskilt omsorgsfullt undersöka vilka skyldigheter det har” och ”[a]v den anledningen [gjorde] förekomsten, av ett åsidosättande av skyldigheten att bevara status quo på nationell nivå, överträdelsen allvarligare”. Kommissionen konstaterade således endast i punkt 163 i det angripna beslutet att det faktum att sökandebolaget tidigare i det ärende som ledde fram till beslutet Pan Fish/Fjord Seafood hade överträtt konkurrensregler, gjorde överträdelsen allvarligare. Kommissionen konstaterade dock inte att förekomsten av tidigare överträdelser av förfaranderegler, vilka rörde andra bolag, gjorde sökandebolagets överträdelse allvarligare.

551 Med hänsyn till det ovan anförda kan talan inte bifallas såvitt avser den femte grundens andra del.

3. Den tredje delgrunden: Huruvida kommissionen gjorde en oriktig bedömning av överträdelsens varaktighet

552 Sökandebolaget har påstått att kommissionen i syfte att motivera sin vägran att utesluta perioden för förhandsanmälan från överträdelsens varaktighet felaktigt hävdade i punkt 173 i det angripna beslutet att sökandebolaget inte hade varit tillräckligt benäget att delge information under fasen för förhandsanmälan. Enligt sökandebolaget iakttog kommissionen inte likabehandlingsprincipen i det angripna beslutet när den bedömde hur länge överträdelsen hade varat. Kommissionen använde sig nämligen inte av samma synsätt som i beslutet Electrabel, vilket bestod i att inte räkna in perioderna för förhandsanmälan och undersökning av koncentrationen i överträdelsens varaktighet.

553 Kommissionen har bestritt sökandebolagets argument.

554 Först och främst ska det erinras om att kommissionen i punkterna 128 och 165 i det angripna beslutet konstaterade att åsidosättandet av artikel 4.1 i förordning nr 139/2004 var en överträdelse vid en viss tidpunkt och att detta åsidosättande i det aktuella fallet hade gjorts den 18 december 2012, det vill säga den dag då december 2012-förvärvet avslutades.

555 Kommissionen framhöll dessutom i punkterna 128 och 166 i det angripna beslutet att ett åsidosättande av artikel 7.1 i förordning nr 139/2004 var en fortlöpande överträdelse som varade så länge koncentrationen inte hade förklarats förenlig med den inre marknaden av kommissionen, i överensstämmelse med förordning nr 139/2004. Enligt kommissionen inleddes överträdelsen av artikel 7.1 i förordning nr 139/2004 i det aktuella fallet den 18 december 2012 och upphörde den dag då tillståndsbeslutet antogs, nämligen den 30 september 2013.

556 Kommissionen fastställde följaktligen varaktigheten till nio månader och tolv dagar i fråga om överträdelsen av artikel 7.1 i förordning nr 139/2004. Den ansåg att denna period kunde betraktas som synnerligen lång särskilt vad gäller en företagskoncentration som har potentiella konkurrensbegränsande verkningar.

557 Kommissionen fann att det var ”motiverat att den med utövande av sin befogenhet att göra en skönsmässig bedömning beaktade perioden från förhandsanmälan och den fördjupade undersökningen i fas I, när den beräknade hur länge åsidosättandet av artikel 7.1 [i förordning nr 139/2004] hade varat”. För det första erinrade kommissionen om att den planerade koncentrationen hade väckt allvarliga tvivel angående den potentiella marknaden för skotsk lax och att det inte kunde uteslutas att konkurrensen hade skadats. Under dessa förhållanden borde enligt kommissionen böterna ha starkast möjliga avskräckande verkan. För det andra framhöll kommissionen att sökandebolaget inte hade varit tillräckligt benäget att delge information under fasen för förhandsanmälan för att det skulle vara motiverat att inte räkna in denna period i den sammanlagda tid som överträdelsen varade, av skäl som förklaras mer detaljerat i punkterna 174–194 i det angripna beslutet.

558 Sökandebolaget har inte bestritt att åsidosättandet av artikel 4.1 i förordning nr 139/2004 utgjorde en överträdelse vid en viss tidpunkt. Den femte grundens tredje del avser endast kommissionens bedömning av hur länge överträdelsen av artikel 7.1 i förordning nr 139/2004 varade.

559 Vad angår den period som överträdelsen av artikel 7.1 i förordning nr 139/2004 varade, ska det erinras om att tribunalen i punkt 212 i domen av den 12 december 2012, Electrabel/kommissionen (T-332/09, EU:T:2012:672), konstaterade att ”[f]örmågan att utöva ett avgörande inflytande över det kontrollerade företagets verksamhet ingår naturligtvis i varaktigheten räknad från den dag då kontrollen förvärvades till dess att kontrollen upphörde” och ”den enhet som förvärvat kontroll över företaget fortsätter att utöva denna kontroll i strid med skyldigheten att skjuta upp genomförandet i artikel 7.1 i förordning nr 4064/89 fram till den tidpunkt då skyldigheten upphör, genom att kommissionen godkänner den eller genom att enheten avstår från att utöva denna kontroll”. Tribunalen preciserade därefter i punkt 212 i domen att ”överträdelsen [fortgår] lika länge som den kontroll som förvärvats i strid med

nämnda artikel 7.1 utövas, och så länge koncentrationen inte har godkänts av kommissionen” samt ”[d]et var således med rätta som kommissionen kvalificerade överträdelsen som en pågående överträdelse fram till den dag då koncentrationen godkändes eller i förekommande fall fram till en tidigare dag som fastställts utifrån omständigheterna i det särskilda fallet”.

560 Dessa överväganden som rörde artikel 7.1 i förordning nr 4064/89 är analogt tillämpliga på artikel 7.1 i förordning nr 139/2004.

561 Med tillämpning av dessa principer var startpunkten för överträdelsen av artikel 7.1 i förordning nr 139/2004 den 18 december 2012, det vill säga dagen för genomförandet av koncentrationen i fråga, såsom kommissionen med rätta konstaterade. Sökandebolaget har för övrigt inte bestritt den startpunkt som kommissionen fastställde för överträdelsen av artikel 7.1 i förordning nr 139/2004.

562 Vad angår den dag som överträdelsen upphörde, framgår det av övervägandena i punkt 559 ovan att en överträdelse av artikel 7.1 i förordning nr 139/2004 upphör vid den tidpunkt då kommissionen ger tillstånd till koncentrationen eller vid den tidpunkt då företaget i fråga upphör med att utöva kontroll. En överträdelse av artikel 7.1 i förordning nr 139/2004 upphör även vid den tidpunkt då en eventuell dispens meddelas av kommissionen i enlighet med artikel 7.3 i förordning nr 139/2004.

563 I det aktuella fallet var det således med rätta som kommissionen konstaterade att överträdelsen upphörde den dag då kommissionen godkände den, det vill säga den 30 september 2013. Ingen dispens från skyldigheten att uppskjuta genomförandet av koncentrationen hade beviljats av kommissionen och inte ens begärts av sökandebolaget, och det sistnämnda upphörde inte vid någon tidpunkt med att utöva kontroll över Morpol. Överträdelsen av artikel 7.1 i förordning nr 139/2004 varade således från den 18 december 2012 till den 30 september 2013, det vill säga nio månader och 12 dagar, såsom kommissionen konstaterade.

564 I punkterna 172–195 i det angripna beslutet motiverade kommissionen på ett detaljerat sätt sitt beslut att inte utesluta vare sig perioden för förhandsanmälan eller perioden för den fördjupade undersökningen i fas I, vid fastställandet av hur länge åsidosättandet av artikel 7.1 i förordning nr 139/2004 hade varat.

565 Sökandebolaget anser att kommissionen borde ha uteslutit perioden för förhandsanmälan från överträdelsens varaktighet och det har bestritt flera av de överväganden som återfinns i punkterna 172–195 i det angripna beslutet.

566 Tribunalen anser att det är fullständigt normalt, när kommissionen konstaterar att det skett en överträdelse med en varaktighet på nio månader och tolv dagar, att den tar med denna varaktighet i beräkningen vid fastställandet av böterna. Kommissionen kan visserligen i enlighet med sitt utrymme för skönsmässig bedömning besluta att inte beakta en del av den tid som överträdelsen pågått, precis som den har rätt att besluta att inte vidta rättsliga åtgärder på grund av en överträdelse. Dock finns det i princip inte någon skyldighet för kommissionen att inte beakta en del av den tid som en överträdelse varat.

567 När sökandebolaget vid förhandlingen fick frågan varför det enligt bolaget fanns en skyldighet att inte räkna in perioden med förhandsanmälan i den tid som överträdelsen varat, svarade det att argumentet enbart byggde på likabehandlingsprincipen och att sökandebolaget krävde att bli behandlat på samma sätt som bolaget Electrabel i beslutet Electrabel.

568 Tribunalen framhåller att kommissionen i punkt 215 i beslutet Electrabel ”inom ramen för sin skönsmässiga bedömning och utan att det påverkade dess principiella ståndpunkt” beslutade att inte ta i beaktande den period som omfattade förhandsanmälan och undersökningen av koncentrationen och att slå fast att det rörde sig om en överträdelse först vid den tidpunkt då Electrabel hade underrättat kommissionen om koncentrationen.

569 Inte desto mindre konstaterade kommissionen också i punkt 211 i beslutet Electrabel, att en överträdelse av artikel 7 i förordning nr 4064/89 inte kunde upphöra förrän kommissionen godkände koncentrationen eller i förekommande fall meddelade dispens.

570 Det kan konstateras att enbart den omständigheten att kommissionen beslutade att i ett särskilt fall inte beakta en del av den tid som överträdelsen varade, och detta uttryckligen ”inom ramen för sin skönsmässiga bedömning och utan att det påverkade dess principiella ståndpunkt”, inte är av den art att den kan ändra den rättsliga ramen.

571 Omnämnandet i punkt 212 i domen av den 12 december 2012, Electrabel/kommissionen (T-332/09, EU:T:2012:672), av ”en tidigare dag [än dagen för koncentrationens godkännande] som fastställts utifrån omständigheterna i det särskilda fallet” ska förstås som en hänvisning till kommissionens möjlighet att inom ramen för sin befogenhet att göra en skönsmässig bedömning avstå från att beakta en period av överträdelsen vid fastställandet av dess varaktighet. Härav följer ingen skyldighet för kommissionen att, som den dag då överträdelsen upphörde, fastställa en tidigare dag än dagen för kommissionens godkännande av koncentrationen.

572 I syfte att motivera sitt beslut att inte utesluta vare sig fasen med föranmälan eller fasen med undersökning av koncentrationen från överträdelsens varaktighet enligt artikel 7.1 i förordning nr 139/2004, angav kommissionen i punkt 172 i det angripna beslutet att den planerade koncentrationen hade väckt allvarliga tvivel angående förenligheten med den inre marknaden och att det inte kunde uteslutas att konkurrensen åtminstone i viss mån hade skadats efter det att den planerade koncentrationen hade genomförts innan den beviljats tillstånd.

573 Tribunalen finner att detta övervägande i sig är tillräckligt för att motivera att kommissionen inte hade samma inställning som i beslutet Electrabel, vilken bestod i att utesluta den period som omfattade förhandsanmälan och undersökningen av koncentrationen från överträdelsens varaktighet.

574 I det sammanhanget ska det erinras om att i det ärende som ledde fram till beslutet Electrabel, konstaterade kommissionen att koncentrationen inte gett upphov till några som helst konkurrensproblem. Detta innebär att det förtida genomförandet av den koncentrationen inte hade haft någon skadlig inverkan på konkurrensen.

575 I det aktuella fallet kan förekomsten av skadliga verkningar på konkurrensen dock inte uteslutas (se punkterna 505–517 ovan). Under dessa förhållanden skulle det inte vara adekvat att kommissionen uteslöt den period som omfattade förhandsanmälan och undersökningen av koncentrationen från överträdelsens varaktighet. Risken för skadliga verkningar på konkurrensen ökar i ett sådant fall i takt med överträdelsens varaktighet. Sökandebolagets situation och bolaget Electrabels situation i det ärende som ledde fram till beslutet Electrabel är således inte jämförbara och sökandebolaget kan därför inte med ändamålsenlig verkan åberopa likabehandlingsprincipen.

576 Härav följer att det inte är nödvändigt att pröva sökandenbolagets argument som syftar till att bestrida kommissionens bedömning, i det angripna beslutet, att sökandebolaget hade varit motvilligt till att tillhandahålla kommissionen alla relevanta uppgifter om marknaden. Även om det antogs att sökandebolaget hade visat prov på större samarbetsvilja under förfarandet för anmälan av koncentrationen, såsom det har hävdat, skulle detta inte motivera att samma synsätt tillämpades som i beslutet Electrabel och att den period som omfattade förhandsanmälan och undersökningen av koncentrationen uteslöts från den tid som överträdelsen av artikel 7.1 i förordning nr 139/2004 varade.

577 Det följer av det ovan anförda att kommissionen bedömde den period som överträdelsen av artikel 7.1 i förordning nr 139/2004 varade på ett korrekt sätt och det var med rätta som den varken uteslöt perioden för förhandsanmälan eller perioden för undersökning av koncentrationen från överträdelsens varaktighet.

578 Talan kan därför inte bifallas såvitt avser den femte grundens tredje del

4. Den fjärde delgrunden: Böterna är oproportionerliga

579 Den femte grundens fjärde del är uppdelad i tre anmärkningar, av vilka den första bygger på att böterna går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå det eftersträvade syftet. Den andra anmärkningen går ut på att böterna är oproportionerliga i förhållande till de påstådda överträdelsernas varaktighet och till hur allvarliga de är. Den tredje anmärkningen innebär att böterna är överdrivet höga och att de bör sättas ned.

580 Det ska först och främst erinras om att proportionalitetsprincipen kräver att unionsinstitutionernas rättsakter inte får gå utöver gränserna för vad som är lämpligt och nödvändigt för att förverkliga de legitima målen för lagstiftningen i fråga och att om valet står mellan flera lämpliga åtgärder ska den minst ingripande väljas samt att de olägenheter som orsakas inte är orimliga i förhållande till de åsyftade målen. Härav följer att bötesbeloppet måste stå i rimlig proportion till de eftersträvade målen, det vill säga i förhållande till iakttagandet av konkurrenslagstiftningen, och att det bötesbelopp som åläggs ett företag på grund av en konkurrensrättslig överträdelse ska vara proportionerligt mot överträdelsen, bedömd i sin helhet med beaktande av bland annat hur allvarlig den varit (se dom av den 12 december 2012, Electrabel/kommissionen, T-332/09, EU:T:2012:672, punkt 279 och där angiven rättspraxis).

581 Vidare framgår det av artikel 16 i förordning nr 139/2004 att domstolen har oinskränkt rätt att pröva beslut genom vilka kommissionen har fastställt böter eller viten. Domstolen kan upphäva, sätta ned eller höja ålagda böter eller viten. Förutom att pröva påföljdens lagenlighet är unionsdomstolarna därmed behöriga att ersätta kommissionens bedömning med sin egen bedömning och följaktligen att undanröja, sätta ned eller höja de böter eller det vite som ålagts (se dom av den 8 december 2011, KME Germany m.fl./kommissionen, C-272/09 P, EU:C:2011:810, punkt 103 och där angiven rättspraxis, se även, för ett liknande resonemang, dom av den 5 oktober 2011, Romana Tabacchi/kommissionen, T-11/06, EU:T:2011:560, punkt 265).

a) Den första anmärkningen om att böterna överstiger vad som är nödvändigt för att säkerställa det eftersträvade syftet

582 Sökandebolaget har erinrat om att kommissionen i punkt 206 i det angripna beslutet ansåg att det var nödvändigt med höga böter för att säkerställa en tillräckligt avskräckande verkan. Sökandebolaget har medgett att enligt domen av den 12 december 2012, Electrabel/kommissionen (T-332/09, EU:T:2012:672, punkt 282), har kommissionen ”rätt *att beakta* det nödvändiga i att säkerställa att böterna har en tillräckligt avskräckande verkan”. Detta betyder däremot inte, enligt sökandebolaget, att böterna i sig är ”nödvändiga” i det aktuella fallet för att förverkliga det eftersträvade syftet. Enligt sökandebolaget skulle ett beslut i vilket det konstateras att en överträdelse har begåtts och där räckvidden av artikel 7.2 i förordning nr 139/2004 förtydligas, ha varit tillräckligt i det aktuella fallet för att säkerställa rättssäkerheten och det skulle ha utgjort den minst ingripande åtgärden.

583 Tribunalen erinrar om att flera av sökandebolagets påståenden som syftar till att visa att kommissionen begick ett misstag när den ålade böter som överskred symboliska böter redan har förkastats i samband med prövningen av den fjärde grunden.

584 Vad särskilt angår böternas avskräckande verkan bör observeras att enbart ett beslut i vilket det konstateras att en överträdelse har begåtts och där räckvidden av artikel 7.2 i förordning nr 139/2004 förtydligas inte skulle ha samma avskräckande verkan som det angripna beslutet genom vilket 20 miljoner euro åläggs i böter (se, för ett liknande resonemang, dom av den 12 december 2012, Electrabel/kommissionen, T-332/09, EU:T:2012:672, punkt 295). Det var således nödvändigt att ålägga höga böter för att uppnå syftet att säkerställa att konkurrensreglerna kommer att iakttas i framtiden.

585 Enbart den omständigheten att överträdelserna begicks av oaktsamhet innebär inte att det var onödigt att ålägga böter till ett belopp som var tillräckligt avskräckande. Det ärende som ledde fram till beslutet Electrabel rörde likaledes en överträdelse som hade begåtts av oaktsamhet (se, för ett liknande resonemang, dom av den 12 december 2012, Electrabel/kommissionen, T-332/09, EU:T:2012:672, punkt 276).

586 Sökandebolaget har hävdat att förevarande mål angår en eventuell överträdelse som begåtts på grund av en ursäktlig misstolkning av artikel 7.2 i förordning nr 139/2004. Det räcker här att erinra om att sökandebolaget har betett sig oaktsamt och att det inte rörde sig om ett ursäktligt misstag från dess sida (se prövningen av den andra grunden och punkt 484 ovan).

587 Sökandebolaget har således inte framfört något argument, inom ramen för den första anmärkningen i den femte grundens fjärde del, som kan ifrågasätta att de böter som ålades var proportionerliga.

b) Den andra anmärkningen om att böterna är oproportionerliga i förhållande till de påstådda överträdelsernas varaktighet och i förhållande till hur allvarliga de var

588 Sökandebolaget har gjort gällande att böterna är uppenbart oproportionerliga i förhållande till hur allvarlig den påstådda överträdelsen var och hur länge den varade, på grund av felaktig rättstillämpning och felaktig bedömning av de faktiska omständigheterna vid bedömningen av hur allvarlig den påstådda överträdelsen var och hur länge den varade.

589 Tribunalen anser att det räcker att erinra om att sökandebolagets argument angående påstådda fel som begåtts av kommissionen vid bedömningen av hur allvarlig den påstådda överträdelsen var och hur länge den varade, underkändes i samband med prövningen av den femte grundens andra och tredje del.

590 Den andra anmärkningen i den femte grundens fjärde del ska således avfärdas.

c) Den tredje anmärkningen om att böterna är alltför höga och att de bör sättas ned

591 Sökandebolaget har anfört att kommissionen i det angripna beslutet ålade böter som var exakt lika höga som de böter som ålades i beslutet Electrabel, trots att det finns påtagliga olikheter mellan de båda ärendena bland annat i fråga om de påstådda överträdelsernas varaktighet och företagens globala omsättning. Sökandebolaget har understrukit att överträdelsens varaktighet i det ärende som ledde fram till beslutet Electrabel var mer än de 4,5 gånger längre än vad gäller överträdelsen av artikel 7.1 i förordning nr 139/2004 i det aktuella fallet. Sökandebolaget har därefter anfört att de böter som ålades i beslutet Electrabel motsvarade 0,04 procent av det för överträdelsen ansvariga företagets sammanlagda intäkter, mot 1 procent i det aktuella fallet. Sökandebolaget har sedan understrukit att de böter som ålades i beslutet Electrabel motsvarade endast 0,42 procent av de högsta tillåtna böterna, mot 10 procent i det aktuella fallet. De böter som ålades Electrabel motsvarade dessutom omkring 1/13 av koncentrationens värde, medan de uppgick till omkring 1/6 av koncentrationens värde i förevarande mål.

592 Tribunalen erinrar om att kommissionens tidigare beslutspraxis, såsom sökandebolaget har medgett, inte utgör den rättsliga ramen för åläggande av böter på konkurrensområdet (se dom av den 12 december 2012, Electrabel/kommissionen, T-332/09, EU:T:2012:672, punkt 259 och där angiven rättspraxis).

593 Sökandebolaget har understrukit att den inte begär att tribunalen ska tillämpa samma matematiska formel som tillämpades i beslutet Electrabel vilket skulle medföra en nedsättning av sökandebolagets böter med en koefficient på 25. Sökandebolaget har dock yrkat att tribunalen med utövande av sin fulla behörighet ska beakta olikheten i behandling mellan Electrabel och sökandebolaget, vilken är påfallande, och ta vederbörlig hänsyn till omständigheterna i fallet.

594 Böterna i det aktuella fallet är visserligen mycket högre i förhållande till sökandebolagets omsättning än dem som ålades i beslutet Electrabel, trots att böterna är identiska i absoluta tal (20 miljoner euro i båda ärendena). Det ska emellertid erinras om att kommissionens tidigare beslut angående böter endast kan vara relevanta med avseende på iakttagandet av principen om likabehandling om det visas att de faktiska omständigheterna i de ärenden som dessa tidigare beslut gäller, nämligen marknaderna, produkterna, länderna, företagen och de berörda tidsperioderna är jämförbara med dem i förevarande mål (se dom av den 29 juni 2012, E.ON Ruhrgas och E.ON/kommissionen, T-360/09, EU:T:2012:332, punkt 262 och där angiven rättspraxis).

595 I det aktuella fallet ska först beaktas att i beslutet Electrabel hade kommissionen endast ålagt böter för åsidosättande av artikel 7.1 i förordning nr 4064/89. I det aktuella fallet hade kommissionen rätt att ålägga böter för åsidosättandet av både artikel 4.1 och artikel 7.1 i förordning nr 139/2004.

596 Sedan ska den omständigheten beaktas att den i det aktuella fallet planerade koncentrationen väckte allvarliga tvivel angående förenligheten med den inre marknaden och att det förtida genomförandet av koncentrationen har kunnat medföra negativa verkningar för konkurrensen, i motsats till vad som var fallet i det ärende som ledde fram till beslutet Electrabel. Enbart den omständigheten motiverar att mycket högre böter åläggs än dem som ålades i beslutet Electrabel.

597 Sökandebolaget har gjort gällande att kommissionen i beslutet Electrabel hade betonat att den omständigheten att koncentrationen inte hade gett upphov till konkurrensproblem inte var sådan att den kunde påverka överträdelsens allvarliga karaktär och att förekomsten av skada på konkurrensen skulle ha gjort överträdelsen allvarligare. Enligt sökandebolaget har varken det ärende som ledde fram till beslutet Electrabel eller förvarande mål inneburit någon som helst faktisk skada på konkurrensen.

598 Tribunalen erinrar för det första om att den omständigheten att en koncentration väcker allvarliga tvivel angående förenligheten med den inre marknaden således gör det förtida genomförandet av denna koncentration allvarligare än det förtida genomförandet av en koncentration som inte ger upphov till konkurrensproblem, såvida inte, trots att koncentrationen väcker sådana allvarliga tvivel, det i ett enskilt fall kan uteslutas att dess genomförande i den form som ursprungligen planerats och inte beviljats tillstånd av kommissionen kunde haft skadliga verkningar på konkurrensen (se punkt 500 ovan). För det andra går det inte att i det aktuella fallet utesluta att det förtida genomförandet av koncentrationen har haft en negativ inverkan på konkurrensen (se punkt 514 ovan).

599 Sökandebolaget har dessutom gjort gällande att förevarande måls kontext, det vill säga – för det första, användningen av den dispens som föreskrivs i artikel 7.2 i förordning nr 139/2004, för det andra det samtidiga iakttagandet av de villkor som föreskrivs i artikel 7.2 och för det tredje samarbetet fullt ut med kommissionen vid utarbetandet av lämpliga korrigerande åtgärder – gör varje eventuell faktisk olikhet med det ärende som ledde fram till beslutet Electrabel betydelselös.

600 Tribunalen erinrar om, vad angår den första beståndsdelen, att förevarande mål rör en överträdelse som begåtts av oaktsamhet, precis som den ifrågavarande överträdelsen i det ärende som ledde fram till beslutet Electrabel. Den omständigheten att sökandebolagets misstag har kunnat avse räckvidden av undantaget i artikel 7.2 i förordning nr 139/2004 gör inte överträdelsen mindre allvarlig.

601 När det gäller den andra beståndsdelen beaktade kommissionen som förmildrande omständigheter det förhållandet att sökandebolaget inte hade utövat sina rösträttigheter i Morpol och att det hade bibehållit Morpol i egenskap av en från sökandebolaget avskild enhet under förfarandet för kontroll av

koncentrationen (punkterna 196 och 198 i det angripna beslutet). Det ska erinras om att dessa åtgärder inte utesluter att det förtida genomförandet av koncentrationen har kunnat ge upphov till negativa verkningar på konkurrensen (se punkt 516 ovan).

602 I fråga om den tredje beståndsdelen har kommissionen med rätta understrukit att det låg i sökandebolagets eget affärsmässiga intresse att föreslå korrigerande åtgärder. Om sökandebolaget inte hade föreslagit dessa åtgärder, skulle kommissionen ha inlett förfarandena i den andra fasen, vilka skulle ha förlängt överträdelsen och till sist hade kunnat leda till ett förbud mot koncentrationen. Den omständigheten att sökandebolaget föreslog lämpliga korrigerande åtgärder gör således inte överträdelsen mindre allvarlig.

603 Angående jämförelsen mellan förevarande mål och det ärende som ledde till beslutet Electrabel ska det noteras att den omständigheten att kommissionen tidigare har tillämpat en viss bötesnivå för vissa överträdelser inte innebär att kommissionen fråntas möjligheten att höja denna nivå inom de gränser som anges i bestämmelserna i fråga, om detta är nödvändigt för att säkerställa genomförandet av unionens konkurrenspolitik. En effektiv tillämpning av unionens konkurrensregler kräver tvärtom att kommissionen vid varje tillfälle kan anpassa bötesnivån efter vad denna politik kräver (se dom av den 12 december 2012, Electrabel/kommissionen, T-332/09, EU:T:2012:672, punkt 286 och där angiven rättspraxis).

604 Sökandebolaget har gjort gällande att det i förevarande mål inte rör sig om ett klart åsidosättande av skyldigheten att bevara status quo och att det på sin höjd handlar om en felaktig tolkning av artikel 7.2 i förordning nr 139/2004 som beror på ett ursäktligt misstag. Enligt sökandebolaget finns det inget konkurrenspolitiskt argument som skulle kunna motivera nivån på böterna i det aktuella fallet.

605 Vad angår sökandebolagets argument anser tribunalen att det är tillräckligt att erinra om att bolaget har agerat oaktsamt och att det inte rör sig om ett ursäktligt misstag från dess sida (se prövningen av den andra grunden och punkt 484 ovan).

606 Vidare utgör de, i det aktuella fallet, ålagda böternas sammanlagda belopp omkring 1 procent av sökandebolagets omsättning. Kommissionen har uppgett att beloppet motsvarar 10 procent av det högsta tillåtna beloppet.

607 Kommissionen har med rätta i svaromålet understrukit att den omständigheten att kommissionen valde att fastställa böterna till ett belopp som befinner sig i den lägre delen av det tillåtna intervallet avspeglar kommissionens strävan att uppnå jämvikt mellan, å ena sidan, överträdelsernas allvarliga karaktär, den potentiella negativa inverkan på konkurrensen som företagskoncentration kan ha orsakat, sökandebolagets storlek och komplexa struktur samt det nödvändiga i att tillämpa en tillräckligt avskräckande påföljd och, å andra sidan, vissa förmildrande omständigheter som exempelvis sökandebolagets mer oaktsamma än uppsåtliga attityd, den omständigheten att det begärde juridisk rådgivning, den omständigheten att det inte utövade de rösträttigheter som det hade genom sitt aktieinnehav och avskiljandet av de båda verksamheterna till dess att koncentrationen hade godkänts.

608 Mot bakgrund av de omständigheter som nämns i punkt 607 ovan kan böterna inte betraktas som oproportionerliga. Bötesbeloppen befinner sig nämligen, även sammantagna, i den lägre delen av det tillåtna intervallet vilket avspeglar en rättvis avvägning mellan de faktorer som ska beaktas och vad som är proportionerligt med hänsyn till omständigheterna i det särskilda fallet. Av dessa skäl ska det anses att de ålagda böterna är lämpliga med hänsyn till omständigheterna i det aktuella fallet.

609 Inget av de argument som sökandebolaget har framfört och inget av de bevis som det förebringat gör det möjligt för tribunalen att inom ramen för dess fulla behörighet konstatera att de böter som ålagts inte är lämpliga.

610 Sökandebolagets har påstått att unionsdomstolarna påtagligt har satt ned böter som ålagts av kommissionen under förhållanden som liknar dem i förevarande mål. Det ska slås fast att enligt vad kommissionen har framhållit var de omständigheter som låg till grund för dessa mål inte jämförbara med omständigheterna i förevarande mål.

611 När det först gäller domen av den 28 mars 1984, Officine Bertoli/kommissionen (8/83, EU:C:1984:129), satte domstolen ned de böter som ålagts sökanden med 75 procent, för en överträdelse av artikel 60 EKSG. Den anförde följande i punkt 29 i den domen:

”[V]issa särskilda omständigheter i det aktuella fallet motiverar att böterna sätts ned av billighetsskäl. Under de senaste 30 åren har sökandebolaget trots talrika kontroller av kommissionen aldrig blivit föremål för påföljder för överträdelser av bestämmelserna om priser, avgifter eller kvoter. Härtill kommer att kommissionens meddelanden inte alltid har varit tydliga, såtillvida att samtidigt som de har underrättat de berörda företagen om att kontrollerna skulle förstärkas och bli mer omfattande i fråga om iakttagandet av de priser och försäljningsvillkor som föreskrivs i artikel 60 EKSG, har de inte uppmärksammat dem på kommissionens intention att ålägga strängare påföljder, vilket den hade befogenhet att göra, för de överträdelser som skulle komma att konstateras.”

612 Sökandebolaget har påstått att ”[p]å liknande sätt infördes dispens från skyldigheten att bevara status quo, ungefär 25 år innan beslutet” och att ”ingen påföljd har någonsin ålagts för en felaktig tillämpning av denna dispens”.

613 Tribunalen påpekar att kommissionen inte ålade böterna för en felaktig tillämpning av det undantag som föreskrivs i artikel 7.2 i förordning nr 139/2004, utan för åsidosättandet av artikel 4.1 och artikel 7.1 i förordning nr 139/2004. Det rör sig inte om det första ärendet i vilket kommissionen ålade böter för genomförandet av en koncentration före anmälan och godkännande.

614 De överväganden som återfinns i punkt 29 i domen av den 28 mars 1984, Officine Bertoli/kommissionen (8/83, EU:C:1984:129), rörde situationen med ett och samma företag som inte hade ålagts böter trots talrika kontroller. Dessa överväganden kan inte överföras på alla företag, när inget av företagen har ålagts böter.

615 Vad sedan angår iakttagandet av konkurrensreglerna, finns det inte något system med regelbundna kontroller, tvärtemot vad som var fallet i situationen i domen av den 28 mars 1984, Officine Bertoli/kommissionen (8/83, EU:C:1984:129).

616 Vad därefter angår domen av den 19 oktober 1983, Lucchini Siderurgica/kommissionen (179/82, EU:C:1983:280), har sökandebolaget understrukit att domstolen satte ned de böter som hade ålagts för överskridande av produktionskvoter för stål med 50 procent.

617 Domstolen konstaterade att ”exceptionella omständigheter” motiverade att avsteg gjordes från det normala bötesbeloppet som kommissionen beslutat. Domstolen fann att sökanden i det mål som avgjordes genom denna dom haft mycket stora svårigheter att iaktta den tilldelade kvoten och hade minskat sin senare produktion. Domstolen konstaterade vidare att sökanden i målet i förväg hade erbjudit per telex att kompensera överskridandet av kvoten genom att minska sin senare produktion och att kommissionen inte hade besvarat detta telex. Kommissionen hade härvid åsidosatt reglerna om god förvaltningssed och låtit sökanden sväva i ovisshet om huruvida kommissionen godtog företagets erbjudande eller ej (dom av den 19 oktober 1983, Lucchini Siderurgica/kommissionen, 179/82, EU:C:1983:280, punkterna 25–27).

618 Sökandebolaget har påstått att den även minimerade alla negativa konsekvenser av sin eventuella överträdelse genom att avstå från att utöva sina rösträttigheter och bibehålla Morpol som en avskild enhet i sökandebolaget under kommissionens tillståndsförfarande. Enligt sökandebolaget lät

kommissionen det sväva i ovisshet om huruvida det undantag som föreskrivs i artikel 7.2 i förordning nr 139/2004 var tillämpligt till dess att kommissionen hade avslutat förfarandet för kontroll av koncentrationen.

619 I det aktuella fallet finns det inte, till skillnad mot vad som var fallet i domen av den 19 oktober 1983, Lucchini Siderurgica/kommissionen (179/82, EU:C:1983:280), någon fastställd sats för böter som åläggs för överträdelser av artiklarna 4.1 och 7.1 i förordning nr 139/2004. Såsom framgår av punkt 25 i domen av den 19 oktober 1983, Lucchini Siderurgica/kommissionen (179/82, EU:C:1983:280), skulle böterna fastställas enligt ett generellt beslut, till ett belopp på 75 ecu för varje ton som överskreds, utom i undantagsfall som motiverade att avsteg gjordes från det normala bötesbeloppet.

620 I det aktuella fallet beaktade kommissionen, i punkterna 196 och 198 i det angripna beslutet, vederbörligen den omständigheten att sökandebolaget minskade risken för negativa verkningar på konkurrensen genom att avstå från att utöva sina rösträttigheter och genom att bibehålla Morpol som en avskild enhet i sökandebolaget under den tid som kommissionens undersökning av koncentrationen pågick, som förmildrande omständigheter. Det finns således ingen anledning att beakta denna omständighet en andra gång genom att sätta ned de böter som ålagts av kommissionen.

621 Sökandebolaget har hävdat att kommissionen lät det sväva i ovisshet om huruvida det undantag som föreskrivs i artikel 7.2 i förordning nr 139/2004 var tillämpligt. Här är det tillräckligt att konstatera att eftersom sökandebolaget inte hade kontaktat kommissionen i syfte att erhålla klargöranden angående tillämpligheten av artikel 7.2 i förordning nr 139/2004 i det aktuella fallet, kan det inte förebrå kommissionen för att det lät bolaget sväva i ovisshet på denna punkt. Till skillnad mot i det mål som avgjordes genom domen av den 19 oktober 1983, Lucchini Siderurgica/kommissionen (179/82, EU:C:1983:280), tog sökandebolaget i det aktuella fallet aldrig någon kontakt med kommissionen som inte blev besvarad.

622 Sökandebolaget har därefter åberopat domen av den 16 maj 1984, Eisen und Metall/kommissionen (9/83, EU:C:1984:177), i vilken domstolen med 50 procent nedsatte ned de böter som ålagts sökanden, en stålhandlare, för att ha sålt till underpris i förhållande till företagets offentliggjorda prislista och således för att ha tillämpat olika villkor på liknande transaktioner (se punkterna 27 och 41–46 i domen).

623 Domstolen konstaterade i den domen att när ett åsidosättande har begåtts av en handlare, är det begränsade inflytande som han kan utöva på marknadssituationen en omständighet som mildrar det allvarliga i överträdelsen. Det kan vara motiverat att tillämpa mycket höga böter endast under omständigheter som visar att det åsidosättande som handlaren gjort sig skyldig till är synnerligen allvarligt (dom av den 16 maj 1984, Eisen und Metall/kommissionen, 9/83, EU:C:1984:177, punkterna 43 och 44). Det var under dessa förhållanden som domstolen i punkt 45 i denna dom konstaterade att böter som motsvarade 110 procent av den försäljning som skett till underpris inte var berättigade, då kommissionen hade motiverat böterna enbart med hänvisning till att de borde uppgå till en sådan nivå att de var tillräckliga för att avskräcka företaget från att på nytt sälja till underpris.

624 Det framgår således endast av domen av den 16 maj 1984, Eisen und Metall/kommissionen (9/83, EU:C:1984:177), att åberopandet av att det är nödvändigt med en tillräckligt avskräckande verkan inte räcker för att visa att ett åsidosättande som en handlare har gjort sig skyldig till är synnerligen allvarligt.

625 I det aktuella fallet var kommissionen inte skyldig att visa att överträdelsen var synnerligen allvarlig för att motivera åläggandet av höga böter. Det kan nämligen inte påstås att sökandebolaget enbart kunde utöva ett begränsat inflytande på marknaden.

626 Såvitt sökandebolaget har gjort gällande att det begick ett ursäktligt misstag när det tolkade artikel 7.2 i förordning nr 139/2004, räcker det att erinra om att det argumentet redan har underkänts i punkt 484 ovan.

627 Sökandebolaget har därefter åberopat domen av den 14 juli 1994, Parker Pen/kommissionen (T-77/92, EU:T:1994:85). I punkt 94 i domen fann tribunalen att ”kommissionen inte har beaktat att omsättningen avseende de av överträdelsen berörda produkterna var relativt låg i förhållande till Parkers sammanlagda försäljning” och att ”fastställandet av ett lämpligt bötesbelopp inte kan ske genom en enkel beräkning som grundas på den totala omsättningen”. Tribunalen satte således ned böterna med omkring 43 procent, från 700 000 ecu till 400 000 ecu (punkt 95 i domen).

628 Sökandebolaget har gjort gällande att på liknande sätt var Morpols försäljning av odlad skotsk lax år 2012 relativt liten i förhållande till den sammanlagda försäljningen, det vill säga 5 procent, i denna sektor där kommissionen har identifierat konkurrensproblem.

629 Tribunalen framhåller att domen av den 14 juli 1994, Parker Pen/kommissionen (T-77/92, EU:T:1994:85), rörde en överträdelse av artikel 101 FEUF. Vad angår åsidosättandena av artiklarna 4.1 och 7.1 i förordning nr 139/2004 är det inte adekvat att beräkna böterna på grundval av försäljningens värde i en sektor som har eventuella konkurrensproblem. Genomförandet av en koncentration före anmälan och godkännande angår inte uteslutande den marknadssektor på vilken konkurrensproblem har kunnat identifieras av kommissionen. Annars borde böterna i princip fastställas till 0 euro i det fall där en koncentration inte har gett upphov till något som helst konkurrensproblem.

630 I det aktuella fallet gjorde kommissionen inte någon ”enkel beräkning grundad på den totala omsättningen” utan den beaktade en mängd omständigheter vid bedömningen av överträdelsens art, varaktighet och hur allvarlig den var.

631 Talan kan därför inte bifallas såvitt avser den femte grundens fjärde del.

5. Den femte delgrunden: Det förnekas med orätt i det angripna beslutet att det föreligger förmildrande omständigheter

632 Sökandebolaget har gjort gällande att kommissionen borde ha beaktat följande faktorer som förmildrande omständigheter:

– Sökandebolagets samarbete i förfarandet för kontroll av företagskoncentrationer.

– Avsaknaden av relevanta prejudikat.

– Förekomsten av ett ursäktligt misstag som var ursprunget till de påstådda överträdelserna.

633 Kommissionen har bestritt sökandebolagets argument.

634 Tribunalen finner inledningsvis vad gäller sökandebolagets påstådda samarbete inom ramen för förfarandet för kontroll av koncentrationer, om det antas vara sant, att det inte rör sig om en förmildrande omständighet i ett förfarande angående överträdelser av artiklarna 4.1 och 7.1 i förordning nr 139/2004.

635 Visserligen kan en sökandes samarbete under det administrativa förfarandet i förfaranden angående överträdelser av artikel 101 FEUF eller artikel 102 FEUF i förekommande fall beaktas som en förmildrande omständighet. I sådana ärenden i vilka kommissionen försöker fastställa överträdelser är det emellertid inte alls uppenbart att de företag som undersökningen avser visar en samarbetsvillig attityd och aktivt hjälper kommissionen att fastställa överträdelsen.

636 I det aktuella fallet har sökandebolaget dock inte påstått att det samarbetat under det administrativa förfarande som syftade till att fastställa överträdelser av artiklarna 4.1 och 7.1 i förordning nr 139/2004.

637 Sökandebolaget har endast påstått att det var samarbetsvilligt under förfarandet för kontroll av koncentrationer. Det är helt och hållet logiskt att ett företag som önskar erhålla tillstånd till en koncentration samarbetar med kommissionen i syfte att skynda på förfarandet vilket ligger i dess eget intresse (se, angående sökandebolagets förslag till korrigerande åtgärder, punkt 602 ovan).

638 Kommissionen kan således inte kritiseras för att inte ha beaktat detta samarbete som en förmildrande omständighet.

639 Sökandebolaget har vidare påstått att kommissionen borde ha beviljat det förmånen av en förmildrande omständighet på grund av att det saknas relevanta prejudikat i vilka det fastställts att det skett åsidosättanden av skyldigheten att bevara status quo i samband med artikel 7.2 i förordning nr 139/2004. Sökandebolaget har understrukit att kommissionen i sitt beslut av den 18 februari 1998 (ärende nr IV/M.920 – Samsung/AST) (nedan kallat beslutet Samsung/AST och i sitt beslut av den 10 februari 1999 (ärende nr IV/M.969 – A. P. Møller) (nedan kallat beslutet A. P. Møller), godtog som förmildrande omständighet att agerandet i fråga ägde rum vid en tidpunkt då kommissionen ännu inte hade fattat något beslut i vilket en överträdelse konstaterats avseende agerandet i fråga.

640 Tribunalen framhåller att kommissionen inte har någon som helst skyldighet att som en förmildrande omständighet beakta den omständighet att ett agerande som har exakt samma kännetecken som det ifrågavarande ännu inte har lett till åläggande av böter. Dessutom ska det för det första erinras om att kommissionen redan i beslutet Yara/Kemira GrowHow, även om det var *obiter dictum*, uttalade sig om hur artikel 7.2 i förordning nr 139/2004 borde tolkas (se punkt 419 ovan). För det andra har kommissionen i flera ärenden ålagt böter enligt artikel 14 i förordning nr 4064/89, även om dessa inte rörde tolkningen av undantaget i artikel 7.2 i förordning nr 139/2004.

641 Vad angår beslutet Samsung/AST, ska det nämnas att kommissionen, i skäl 28 punkt 5, konstaterade att detta beslut ”är det första som fattas av kommissionen enligt artikel 14 i [förordning nr 4064/89]”. I skäl 21 i beslutet A. P. Møller, konstaterade kommissionen att ”[ö]verträdelserna skedde samtidigt som den överträdelse som omfattades av Samsung-beslutet. Vid denna tidpunkt hade kommissionen ännu inte fattat något beslut enligt artikel 14 i [förordning nr 4064/89]” och ”[d]enna omständighet betraktades som en förmildrande omständighet i Samsung-beslutet och samma resonemang gäller i detta ärende.”

642 I dessa beslut begränsade sig kommissionen således inte till att konstatera att den ännu inte hade ålagt böter för ett agerande som hade exakt samma kännetecken, utan den framhöll att den inte hade antagit något beslut enligt artikel 14 i förordning nr 4064/89. Situationen i det aktuella fallet är således inte jämförbar med de situationer som låg till grund för besluten Samsung/AST och A. P. Møller.

643 Sökandebolaget har till slut gjort gällande att även om det antas att det angripna beslutet har rätt att kvalificera sökandebolagets påstådda åsidosättanden av artiklarna 4.1 och 7.1 i förordning nr 139/2004 som oaktsamma, låter det inte sökandebolaget komma i åtnjutande av den förmildrande omständighet som är en följd av att den påstådda överträdelsen orsakades av ett ursäktligt misstag och inte var avsedd att kringgå kommissionens kontroll.

644 Tribunalen finner att det räcker att slå fast att förekomsten av ett ursäktligt misstag förutsätter att den berörda personen har visat den omsorg som kan förväntas av en normalt underrättad person (se punkt 484 ovan). Konstaterandet att sökandebolaget har agerat oaktsamt utesluter således med nödvändighet att det rör sig om ett ursäktligt misstag från dess sida.

645 Talan kan inte vinna bifall såvitt avser den femte grundens femte del och således inte såvitt avser någon del av den femte grunden.

646 Av det som har anförts ovan följer att talan ska ogillas i sin helhet.

Rättegångskostnader

647 Enligt artikel 134.1 i rättegångsreglerna ska tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Kommissionen har yrkat att sökandebolaget ska ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom sökandebolaget har tappat målet ska det förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna i enlighet med kommissionens yrkande.

Mot denna bakgrund beslutar

TRIBUNALEN (femte avdelningen)

följande:

1) Talan ogillas.

2) Marine Harvest ASA ska ersätta rättegångskostnaderna.

Dittrich Schwarcz Tomljenović

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 26 oktober 2017.

Underskrifter

Innehållsförteckning

I. Bakgrund till tvisten 1

A. Sökandebolagets förvärv av Morpol 2

B. Kontakter före anmälan 3

C. Anmälan och beslut om tillstånd till koncentrationen med förbehåll för iakttagande av vissa åtaganden 3

D. Det angripna beslutet och det förfarande som ledde till dess antagande 4

II. Förfarandet och parternas yrkanden 6

III. Rättslig bedömning 6

A. Den första grunden: Uppenbart felaktig rättstillämpning och uppenbart felaktig bedömning av de faktiska omständigheterna såvitt kommissionen i det angripna beslutet fann att artikel 7.2 i förordning nr 139/2004 inte var tillämplig 7

1. Den första grundens första tre delar 7

a) Inledande synpunkter 7

b) Huruvida artikel 7.2 i förordning nr 139/2004 var tillämplig 9

1) Koncentrationen i fråga omfattas inte av ordalydelsen i artikel 7.2 i förordning nr 139/2004 9

2) Sökandebolagets påstående att det rör sig om en enda koncentration 11

i) Inledande synpunkter 11

ii) Sökandebolagets påstående att kommissionens ståndpunkt strider mot det konsoliderade tillkännagivandet om behörighet 13

iii) Sökandebolagets påstående att kommissionens ståndpunkt strider mot tribunalens rättspraxis och kommissionens beslutspraxis 15

iv) Sökandebolagets påstående att kommissionens ståndpunkt strider mot skäl 20 i förordning nr 139/2004 18

v) Sökandebolagets påstående att kommissionens ståndpunkt strider mot praxis i medlemsstaterna 19

vi) Sökandebolagets påstående att kommissionen har misstolkat syftet med artikel 7.2 i förordning nr 139/2004 20

2. Den första grundens fjärde del: Sökandebolaget har iakttagit artikel 7.2 i förordning nr 139/2004 28

B. Den andra grunden: Uppenbart felaktig rättstillämpning och uppenbart felaktig bedömning av de faktiska omständigheterna, såvitt det slås fast i det angripna beslutet att sökandebolaget har varit oaktsamt 29

C. Tredje grunden: Åsidosättande av principen *ne bis in idem* 36

1. Inledande synpunkter på förhållandet mellan artiklarna 4.1, 7.1 samt 14.2 a och b i förordning nr 139/2004 37

2. Huruvida principen ne bis in idem kan tillämpas på det aktuella fallet 38

3. Sökandebolagets argument i fråga om sammanträffande av överträdelser 43

D. Den fjärde grunden: Uppenbart felaktig rättstillämpning och uppenbart felaktig bedömning av de faktiska omständigheterna, såvitt sökandebolaget har ålagts böter 46

1. Den första delgrunden: Åsidosättande av rättssäkerhetsprincipen och principen nullum crimen, nulla poena sine lege 46

2. Den andra delgrunden: Åsidosättande av likabehandlingsprincipen 48

E. Den femte grunden: Uppenbart felaktig rättstillämpning och uppenbart felaktig bedömning av de faktiska omständigheterna samt utebliven motivering såvitt angår fastställandet av bötesnivån ... 55

1. Den första delgrunden: Utebliven motivering såvitt angår fastställandet av böterna 55

2. Den andra delgrunden: Felaktig bedömning av hur allvarlig överträdelse var 59

a) Beaktandet av sökandebolagets oaktsamhet 60

b) Beaktandet av att det förelåg allvarliga tvivel angående koncentrationens förenlighet med den inre marknaden 60

c) Beaktandet av prejudikat som rörde sökandebolaget och andra bolag 66

1) Beaktandet av det ärende som ledde fram till beslutet Pan Fish/Fjord Seafood 66

2) Beaktandet av ärenden som rör andra bolag 68

3. Den tredje delgrunden: Huruvida kommissionen gjorde en oriktig bedömning av överträdelsens varaktighet 69

4. Den fjärde delgrunden: Böterna är oproportionerliga 72

a) Den första anmärkningen om att böterna överstiger vad som är nödvändigt för att säkerställa det eftersträvade syftet 72

b) Den andra anmärkningen om att böterna är oproportionerliga i förhållande till de påstådda överträdelsernas varaktighet och i förhållande till hur allvarliga de var 73

c) Den tredje anmärkningen om att böterna är alltför höga och att de bör sättas ned 73

5. Den femte delgrunden: Det förnekas med orätt i det angripna beslutet att det föreligger förmildrande omständigheter 78

Rättegångskostnader 80