Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
M. WATHELET
fremsat den 12. februar 2014[1]

**Sag C-408/12 P**

**YKK Corporation,**
**YKK Holding Europe BV,**
**YKK Stocko Fasteners GmbH**
**mod**

**Europa-Kommissionen**

»Appel — karteller — markedet for lynlåse og »andre lukkeanordninger« samt maskiner til fastgørelse heraf — flere på hinanden følgende ansvar — lovbestemt loft for bøden — forordning (EF) nr. 1/2003 — artikel 23, stk. 2 — begrebet »virksomhed« — personligt ansvar — proportionalitetsprincippet — afskrækkelsesfaktor«

1. I denne appel har YKK Corp., YKK Holding Europa BV (herefter »YKK Holding«) og YKK Stocko Fasteners GmbH (herefter »YKK Stocko«) nedlagt påstand om annullation af Den Europæiske Unions Rets dom af 27. juni 2012[2]. Retten afviste deres principale påstand om annullation af Kommissionens beslutning K(2007) 4257 endelig[3], i det omfang den vedrørte dem, samt deres subsidiære påstand om fritagelse for eller nedsættelse af den bøde, som de var blevet pålagt ved denne beslutning.

2. Med appellen rejses nogle vigtige spørgsmål vedrørende EU-konkurrenceretten, som Domstolen ikke har behandlet tidligere, nemlig for det første fastsættelsen af det lovbestemte loft for bøden som omhandlet i artikel 23, stk. 2, i forordning (EF) nr. 1/2003[4], i de tilfælde, hvor der er tale om flere på hinanden følgende ansvar inden for det samme kartel, og nærmere bestemt når en enhed, som deltager i en overtrædelse, overtages af en anden virksomhed i løbet af kartellets varighed, og for det andet anvendelsen af en afskrækkelsesfaktor ved beregningen af bøden i denne sammenhæng.

## I – **Tvistens baggrund**

3. Tvistens og den omtvistede beslutnings baggrund er beskrevet således i den appellerede doms præmis 1-20:

»1 Den første sagsøger, YKK Corp., er en japansk virksomhed. Den er en af de globale ledere på markedet for lynlåse, men er ligeledes virksom inden for sektoren for »andre lukkeanordninger«.

1 — Originalsprog: fransk.

2 — Sag T-448/07, YKK m.fl. mod Kommissionen (herefter »den appellerede dom«).

3 — Beslutning af 19.9.2007 om en procedure efter EF-traktatens artikel 81 (sag COMP/39.168 – PO/Syartikler af metal: Luknings- og fastgørelsesartikler (herefter »den omtvistede beslutning«). Et resumé af beslutningen er offentliggjort i *Den Europæiske Unions Tidende* (EUT 2009 C 47, s. 8). Den omtvistede beslutning er den ene af tre beslutninger fra Kommissionen vedrørende sektoren for syartikler – beslutning K(2005) 3765 endelig af 14.9.2005 (sag 38.337 – PO/Tråd), beslutning K(2004) 4221 endelig af 26.10.2004 (sag 38.338 – PO/Nåle) og den omtvistede beslutning – som alle blev truffet, efter at der i november 2001 var blevet foretaget inspektioner hos flere producenter af syartikler i metal og plast.

4 — Rådets forordning af 16.12.2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i […] artikel [81 EF] og [82 EF] (EFT 2003 L 1, s. 1).

2 Den anden sagsøger, [YKK Holding], er en virksomhed hjemmehørende i Nederlandene. Den har 24 datterselskaber, [heriblandt] [YKK Stocko]. Den er et helejet datterselskab af YKK Corp. Dens datterselskaber fremstiller knapper og fastgørelsesartikler. Den hverken producerer, sælger eller distribuerer nogen af disse produkter. Den er et holdingselskab af rent finansiel karakter.

3 Den tredje sagsøger, [YKK Stocko], tidligere Stocko Fasteners GmbH og Stocko Verschlußtechnik GmbH & Co. KG, er et tysk selskab med hjemsted i Wuppertal. Det blev oprettet i 1901 og registreret under navnet YKK Stocko Fasteners i september 1995, hvor YKK Holding købte 76% af dets andele, for derefter at erhverve samtlige andele i marts 1997.

[…]

10 Den 16. september sendte Kommissionen en klagepunktsmeddelelse (herefter »klagepunktsmeddelelsen«) vedrørende »andre lukkeanordninger«, maskinerne til fastgørelse heraf og lynlåse til selskaberne Prym Fashion, William Prym, Éclair Prym, Fiocchi Prym, Fiocchi Snaps France, [YKK Stocko], YKK Holding, YKK Corp., Coats, A. Raymond, Berning & Söhne, Berning France, Scovill Fasteners Europe (tidligere Unifast), Scovill Fasteners samt [Fachverband Verbindungs- und Befestigungstechnik (herefter »VBT«].

[…]

12 Den 12. november 2004 anmodede Prym-koncernen i medfør af [Kommissionens] meddelelse [om bødefritagelse eller bødenedsættelse i kartelsager[5]] på vegne af alle koncernens datterselskaber om bødefritagelse, subsidiært nedsættelse af bøderne vedrørende »andre lukkeanordninger«.

[…]

14 Den 18. februar 2005 anmodede YKK-koncernen i medfør af samarbejdsmeddelelsen af 2002 om nedsættelse af bøderne vedrørende »andre lukkeanordninger«.

[…]

16 De beviser, der blev fremlagt til støtte for Prym-koncernens og YKK-koncernens anmodninger om at være omfattet af samarbejdsmeddelelsen af 2002, betød, at Kommissionen kunne sende de pågældende selskaber en supplerende klagepunktsmeddelelse den 7. marts 2006 (herefter »den supplerende klagepunktsmeddelelse«).

17 Den supplerende klagepunktsmeddelelse vedrørende »andre lukkeanordninger«, påhæftningsmaskiner og lynlåse blev sendt til selskaberne A. Raymond, Berning & Söhne og Berning France, Coats og Coats Deutschland og Éclair Prym, Prym Fashion, Fiocchi Prym, Scovill Fasteners Europe, Scovill Fasteners, William Prym, YKK Corp., YKK Holding og YKK Stocko […], samt VBT. […]

18 Den supplerende klagepunktsmeddelelse vedrørte de samme varer som klagepunktsmeddelelsen og rettede, præciserede, sammenfattede og udvidede om nødvendigt de klagepunkter, der var fremsat heri. […]

19 Der blev afholdt en høring den 11. juli 2006.

5 — EFT 2002 C 45, s. 3, herefter »samarbejdsmeddelelsen af 2002«.

20 Efter at have hørt Det Rådgivende Udvalg for Kartel- og Monopolspørgsmål og på baggrund af den endelige rapport fra høringskonsulenten vedtog Kommissionen den 19. september 2007 [den omtvistede] beslutning […]«

4. Ved den omtvistede beslutning fastslog Kommissionen, at sagsøgerne havde deltaget i tre overtrædelser af konkurrencereglerne, nemlig:

— Et samarbejde fra maj 1991 til marts 2001 på markedet for metal- og plastiklukninger (»andre fastgørelsesartikler«) og maskiner til fastgørelse heraf inden for det såkaldte »Basel-Wuppertal og Amsterdam-samarbejde« (herefter »BWA-samarbejdet«). På møderne inden for dette samarbejde aftalte deltagerne koordinerede prisforhøjelser og udvekslede fortrolige oplysninger om priserne og prisforhøjelser på tysk og europæisk plan.

— Et samarbejde fra 1999 til 2003 på markedet for »andre lukkeanordninger«, som Prym-koncernen og YKK-koncernen deltog i (herefter »det bilaterale samarbejde mellem Prym og YKK«). Denne overtrædelse bestod i aftaler og samordnet praksis på europæisk og globalt plan vedrørende fordeling af kunderne og prisfastsættelse, navnlig minimums-, gennemsnits- og målpriser, og kontrol af prisforhøjelser gennem regelmæssig udveksling af prislister og hyppige kontakter.

— Et samarbejde fra april 1998 til november 1999 på markedet for lynlåse, som YKK-koncernen, Coats-koncernen og Prym-koncernen deltog i (herefter »trepartssamarbejdet«). Inden for disse rammer udvekslede de tre koncerner oplysninger om priser og aftalte en metode til fastsættelse af minimumspriser på visse varer på det europæiske marked.

5. Som følge heraf pålagde Kommissionen de pågældende virksomheder bøder for overtrædelse af artikel 81 EF (nu artikel 101 TEUF[6]), der blev beregnet i henhold til den fremgangsmåde, der er angivet i retningslinjerne[7] og Kommissionens meddelelse om bødefritagelse eller bødenedsættelse i kartelsager[8] samt samarbejdsmeddelelsen af 2002.

6. Vedrørende BWA-samarbejdet blev der ved den omtvistede beslutning pålagt følgende bøder:

— A. Raymond Sarl: 8 325 000 EUR

— Berning & Söhne GmbH & Co. KG: 1 123 000 EUR

— Scovill Fasteners Europe SA og Scovill Fasteners Inc., in solidum: 6 002 000 EUR

— William Prym GmbH & Co. KG og Prym Inovan GmbH & Co. KG, in solidum: 24 913 000 EUR

— YKK Stocko: 68 250 000 EUR (heraf YKK Corp. og YKK Holding, in solidum, for 49 000 000 EUR)

— VBT: 1 000 EUR

7. Det skal i denne henseende bemærkes, at den tredje appellant, YKK Stocko, ifølge den omtvistede beslutning deltog i overtrædelsen under hele dens varighed på ni år og ni måneder, mens YKK Corp. og YKK Holding, den første og anden appellant, først deltog (direkte eller indirekte) efter YKK Holdings erhvervelse af YKK Stocko i 1997 og således deltog i fire år (466.-468. betragtning til den

6 — Jeg vil benytte den gamle nummerering i dette forslag til afgørelse, da den omtvistede beslutning blev truffet på grundlag af EF-traktaten.

7 — Retningslinjer for beregningen af bøder i henhold til artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 og artikel 65, stk. 5, i EKSF-traktaten (EFT 1998 C 9, s. 3, herefter »retningslinjerne«).

8 — EFT 1996 C 207, s. 4, herefter »samarbejdsmeddelelsen af 1996«.

omtvistede beslutning). Dette er grunden til, for det første, at YKK Corp. og YKK Holding ikke blev holdt ansvarlige for betalingen af hele den bøde, der blev pålagt YKK Stocko, og for det andet, at sidstnævnte blev holdt eneansvarlig for betalingen af det resterende beløb på 19 250 000 EUR af den pålagte bøde.

8. Vedrørende det bilaterale samarbejde mellem Prym og YKK blev YKK Corp., YKK Holding og YKK Stocko pålagt, in solidum, en bøde på 19 500 000 EUR. Derimod fandt Kommissionen i den omtvistede beslutning, at Prym-koncernen var berettiget til at opnå fuld bødefritagelse.

9. Endelig blev der vedrørende de overtrædelser, der var begået inden for trepartssamarbejdet, pålagt følgende bøder:

— YKK Corp. og YKK Holding, in solidum: 62 500 000 EUR

— Coats Holdings Ltd og Coats Deutschland GmbH, in solidum: 12 155 000 EUR

— William Prym GmbH & Co. KG og Prym Inovan GmbH & Co. KG, in solidum: 6 727 500 EUR (hvoraf Éclair Prym Group SA hæfter solidarisk for 5 850 000 EUR).

## II – **Sagen for Retten og den appellerede dom**

10. Til støtte for deres sag for Retten med påstand om annullation af den omtvistede beslutning fremførte sagsøgerne otte anbringender. Retten ændrede rækkefølgen for behandlingen af disse og opdelte dem i tre kategorier:

— Den første kategori omfattede fem anbringender vedrørende trepartssamarbejdet, der i det væsentlige vedrørte for det første manglende bevis for overtrædelsen (første anbringende), for det andet en ukorrekt vurdering af overtrædelsens art og gennemførelse samt den konkrete virkning af denne overtrædelse (andet, tredje og fjerde anbringende) og for det tredje en ukorrekt vurdering af samarbejdsmeddelelserne af 1996 og 2002 (femte anbringende).

— Den anden kategori bestod af to anbringender vedrørende BWA-samarbejdet, hvor sagsøgerne uden at bestride overtrædelsens eksistens påberåbte sig dels en ukorrekt anvendelse af bødegrænsen, idet Kommissionen ikke havde anvendt loftet på 10% på datterselskabet YKK Stocko for perioden før 1997, hvor YKK Stocko blev erhvervet af YKK Holding (sjette anbringende), dels en ukorrekt anvendelse af multiplikationskoefficienten ved beregningen af den bøde, der blev pålagt YKK Stocko for den samme periode før erhvervelsen af selskabet (syvende anbringende).

— Sagsøgerne fremførte et ottende fælles anbringende vedrørende både overtrædelserne i tilknytning til trepartssamarbejdet og BWA-samarbejdet om tilsidesættelse af princippet om ligebehandling og proportionalitetsprincippet i forbindelse med anvendelsen af afskrækkelsesfaktoren på 1,25 ved beregningen af bøden.

11. I den appellerede dom forkastede Retten alle sagsøgernes anbringender, frifandt Kommissionen og pålagde sagsøgerne at betale sagens omkostninger.

## III – **Om appellen**

12. Appellanterne og Kommissionen deltog i den skriftlige forhandling for Domstolen og i retsmødet, der blev afholdt den 16. oktober 2013.

13. Til støtte for deres appel har appellanterne fremsat fire anbringender, som udelukkende vedrører beregningen af de bøder, de er blevet pålagt som følge af trepartssamarbejdet og BWA.

14. For det første har de gjort gældende, at den appellerede dom ikke på korrekt vis angav grundene til, at Retten forkastede anbringendet om uforholdsmæssigheden af bødens udgangsbeløb, for så vidt som trepartssamarbejdet ikke havde nogen indvirkning på markedet. Hvad dette angår tilsidesatte Retten artikel 23, stk. 2 og 3, i forordning nr. 1/2003 samt proportionalitetsprincippet (første anbringende). Appellanterne har endvidere anført, at Retten tilsidesatte sin begrundelsespligt og lex mitior-princippet med hensyn til anvendelsen af samarbejdsmeddelelserne af 1996 og 2002 (andet anbringende). Desuden har de gjort gældende, at Retten anvendte en ukorrekt fortolkning af artikel 23, stk. 2, i forordning nr. 1/2003 og herved tilsidesatte proportionalitetsprincippet og ligebehandlingsprincippet samt princippet om personligt ansvar, idet den afviste at anvende loftet på 10% på YKK Stockos omsætning alene i perioden forud for YKK Holdings erhvervelse af selskabet (tredje anbringende). Endelig har appellanterne foreholdt Retten at have tilsidesat begrundelsespligten, artikel 23, stk. 2, i forordning nr. 1/2003 samt proportionalitetsprincippet og princippet om personligt ansvar hvad angår anvendelsen af en afskrækkelsesfaktor for overtrædelsesperioden før erhvervelsen af YKK Stocko (fjerde anbringende).

A – *Om det første anbringende, vedrørende trepartssamarbejdet, om den appellerede doms manglende begrundelse hvad angår fastsættelsen af bødens udgangsbeløb i forhold til overtrædelsens indvirkning på markedet og manglende iagttagelse af proportionalitetsprincippet*

1. Det første anbringendes første led

15. Med dette led har appellanterne foreholdt Retten, at den ikke i tilstrækkelig grad har angivet årsagerne til, at den forkastede anbringendet om uforholdsmæssigheden af bødens udgangsbeløb på 50 mio. EUR, i betragtning af at den pågældende overtrædelse ikke formodes at have haft nogen indvirkning på markedet. Den manglende begrundelse gør det umuligt for appellanterne at vide, om Retten ikke gav dem medhold, fordi Kommissionen i tilstrækkelig grad tog hensyn til overtrædelsens indvirkning på markedet, eller den ikke tog hensyn hertil, fordi den ikke havde pligt til det.

16. Appellanterne har tilføjet, at Rettens argumentation er forvirrende, fordi den blander kvalificeringen af overtrædelsen som »meget alvorlig« og beregningen af bødens udgangsbeløb sammen.

17. Jeg deler ikke deres opfattelse.

18. Først skal det fremhæves, at appellanterne udtrykkeligt har frafaldet argumentet »om, at trepartssamarbejdet i sagens natur ikke kunne kvalificeres som »meget alvorligt«, da Kommissionen ikke tog hensyn til dets konsekvenser« (punkt 13 i appelskriftet). Da kvalificeringen af overtrædelsen ikke længere er omtvistet, vedrører denne sag således alene fastsættelsen af bødens udgangsbeløb på 50 mio. EUR, som Retten foreholdes at have stadfæstet uden i tilstrækkelig grad at have tydeliggjort, om Kommissionen tog tilstrækkeligt hensyn til den pågældende overtrædelses indvirkning på markedet, eller hvorvidt den havde pligt til at tage hensyn til denne indvirkning eller ej.

19. Hvad dette angår mener jeg, at Retten til fulde tydeliggjorde, hvorfor Kommissionen, efter Rettens vurdering, havde kunnet kvalificere den pågældende overtrædelse som »meget alvorlig« og fastsætte bødens udgangsbeløb til 50 mio. EUR uden at tage hensyn til denne overtrædelses indvirkning på markedet, fordi den ikke havde pligt til at gøre det.

20. Retten gjorde for det første opmærksom på, at der »i henhold til retningslinjernes punkt 1 A, første afsnit, […] ved vurderingen af overtrædelsens grovhed [skal] tages hensyn til overtrædelsens art, overtrædelsens konkrete indvirkning på markedet – når den kan måles – og det berørte markeds udstrækning« (den appellerede doms præmis 125), men at de tre aspekter af denne vurdering »ikke vejer lige tungt i den samlede vurdering« (den appellerede doms præmis 126). De alvorligste overtrædelser som »aftaler eller samordnet praksis, der bl.a., som i det foreliggende tilfælde, har til formål at fastsætte priser, kan nemlig alene på grund af deres egen beskaffenhed føre til en kvalifikation som »meget alvorlige«, uden at det er fornødent at beskrive den pågældende adfærd nærmere ved at angive dens særlige virkning eller geografiske udstrækning« (den appellerede doms præmis 126).

21. Vedrørende hensyntagen til den konkrete indvirkning på markedet fortsatte Retten sin argumentation ved, i den appellerede doms præmis 140, at anføre, at der kun skal tages hensyn til denne indvirkning, »når den kan måles«, og gjorde i den appellerede doms præmis 141 opmærksom på, at Kommissionen ikke havde »forsøgt at bevise de nøjagtige virkninger af overtrædelsen«. Kommissionen tilkendegav tydeligt, at den på baggrund af de beviser vedrørende trepartssamarbejdets indvirkning på markedet for lynlåse, som var indeholdt i dens sagsakter, ikke havde tilstrækkelige beviser vedrørende den endelige gennemførelse af aftalen om samordning af priser[9] (der var et af elementerne i aftalen, og som ligeledes omfattede udveksling af følsomme oplysninger og drøftelser om prisforhøjelser[10]). Som Retten anførte i den appellerede doms præmis 142, afholdt dette imidlertid ikke Kommissionen fra at konkludere, at aftalen som helhed sandsynligvis havde haft en indvirkning på markedet, selv om denne havde været mere begrænset eller af kortere varighed, end deltagerne havde forudset[11].

22. Efter min opfattelse kunne Kommissionen uden indvendinger fastslå, både at aftalen i sin helhed var blevet gennemført, og at den kunne have haft en indvirkning på markedet, samt tilføje, at denne indvirkning imidlertid ikke kunne måles, da det ikke var muligt med tilstrækkelig sikkerhed at fastlægge de konkurrencemæssige parametre, der fandt anvendelse, hvis der ikke havde været overtrædelser, hvilket Retten tydeligt gjorde rede for i den appellerede doms præmis 141 og 142.

23. Desuden gør jeg opmærksom på, at Rettens begrundelse er helt i overensstemmelse med Domstolens praksis. Den henviste nemlig blot til »princippet om, at overtrædelsens konkrete indvirkning på markedet ikke er et afgørende kriterium for fastsættelsen af bødens størrelse«[12].

24. Domstolen fastslog desuden i dommen i sagen Carbone-Lorraine mod Kommissionen[13], at »virkningen af en konkurrencebegrænsende adfærd ikke i sig selv er et afgørende kriterium ved fastlæggelsen af en passende bøde. Navnlig forhold, der vedrører forsættet, kan have større betydning end forhold, der vedrører disse virkninger, særligt når der er tale om overtrædelser, der efter deres karakter er alvorlige, såsom opdeling af markeder«.

25. Endvidere fastslog Retten i dommen i sagen Sachsa Verpackung mod Kommissionen[14], at »[s]agsøgerens argument om, at Retten i alt væsentligt bør nedsætte den bøde, som Kommissionen har pålagt, når overtrædelsens indvirkning på markedet ikke kan måles, kan […] ikke tages til følge«.

9 — Jf. retningslinjernes punkt 1 A, første afsnit, som Domstolen henviste til i dom af 8.12.2011, sag C-389/10 P, KME Germany m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 13125, præmis 38, samt den appellerede doms præmis 140 og den deri nævnte retspraksis.

10 — Jf. 508. betragtning til den omtvistede beslutning.

11 — Jf. 509. betragtning til den omtvistede beslutning.

12 — Jf. dommen i sagen KME Germany m.fl. mod Kommissionen, præmis 44 (et kartel i sektoren for kobberindustrirør). Jf. desuden punkt 97 ff. i generaladvokat Sharpstons forslag til afgørelse i den sag, der gav anledning til dom af 26.11.2013, sag C-40/12 P, Gascogne Sack Deutschland mod Kommissionen, EU:C:2013:361.

13 — Dom af 12.11.2009, sag C-554/08 P, præmis 44. Jf. desuden dom af 2.10.2003, sag C-194/99 P, Thyssen Stahl mod Kommissionen, Sml. I, s. 10821, præmis 118, og af 3.9.2009, sag C-534/07, Prym og Prym Consumer mod Kommissionen, Sml. I, s. 7415, præmis 96.

14 — Dom af 16.11.2011, sag T-79/06, præmis 118. Jf. desuden dommen i sagen Gascogne Sack Deutschland mod Kommissionen.

26. Appellanterne har desuden anført, at Retten ikke behandlede deres argument om den forholdsmæssige størrelse på udgangsbeløbet som et særskilt klagepunkt.

27. Herom er det tilstrækkeligt at bemærke, at dette argument om forholdsmæssighed kun indgår – i hvert fald i det første anbringendes første led – i forbindelse med den manglende indvirkning på markedet eller forpligtelsen til at tage hensyn til en eventuel manglende indvirkning.

28. Jeg konkluderer derfor, at det første led i det første anbringende om utilstrækkelig begrundelse af den appellerede dom bør forkastes.

2. Det første anbringendes andet led

29. Med dette anbringende har appellanterne hævdet, at dersom det fremgår af den appellerede dom, at Kommissionen i tilstrækkelig grad har taget hensyn til overtrædelsens indvirkning på markedet, har Retten foretaget en ukorrekt fortolkning af den omtvistede beslutning og tilsidesat EU-retten, navnlig artikel 23, stk. 2 og 3, i forordning nr. 1/2003 samt Domstolens praksis, hvorefter Kommissionen, når den finder det berettiget at tage hensyn til indvirkningen på markedet med henblik på at forhøje bødens grundbeløb til mere end det påregnelige mindstebeløb på 20 mio. EUR som fastsat i retningslinjerne, skal fremlægge indicier, der er konkrete, troværdige og tilstrækkelige til at bedømme den faktiske indvirkning, som overtrædelsen har kunnet have på konkurrencen på dette pågældende marked.

30. Dette argument hviler tydeligvis på en ukorrekt læsning af den appellerede dom og den omtvistede beslutning.

31. Som allerede bemærket skal der ved vurderingen af overtrædelsens grovhed kun tages hensyn til overtrædelsens konkrete indvirkning på markedet, når den kan måles.

32. I denne sag har Kommissionen forklaret – ligesom den gjorde i sin beslutning K(2004) 2826 [15] (der gav anledning til tre domme, nemlig dommen i sagen KME Germany m.fl. mod Kommissionen (sag C-272/09 P), dommen i sagen Chalkor mod Kommissionen og dommen i sagen KME Germany m.fl. mod Kommissionen (sag C-389/10 P) [16]) – at den ikke kunne måle den nøjagtige konkrete virkning af trepartssamarbejdet (jf. 507. og 509. betragtning til den omtvistede beslutning).

33. Ligesom det var tilfældet med appellanterne i den sag, der gav anledning til dommen i sagen KME Germany m.fl. mod Kommissionen, har appellanterne fortolket den appellerede dom forkert ved at udlede, »at overtrædelsens konkrete indvirkning skal tages i betragtning i forbindelse med beregningen af udgangsbeløb for den bøde, de er blevet pålagt« [17].

15 — Beslutning af 3.9.2004 om en procedure efter […] artikel [81 EF] og EØS-aftalens artikel 53 (sag COMP/E-1/38.069 – VVS-rør af kobber) (herefter »beslutningen om VVS-rør af kobber«). Jf. 629. betragtning til beslutningen om VVS-rør af kobber, hvori det anføres, at »[s]elv om visse af sagens elementer muliggør en nøjagtig bedømmelse af kartellets indvirkning på priserne i en begrænset periode, er det ikke muligt for Kommissionen at bestemme nøjagtigt, hvordan priserne ville have udviklet sig, hvis kartellet ikke havde eksisteret, i hele den periode, hvor overtrædelsen fandt sted«.

16 — Henholdsvis domme af 8.12.2011; sag C-272/09 P, KME Germany m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 12789, sag C-386/10 P, Chalkor mod Kommissionen, Sml. I, s. 13085 og dommen i sagen KME Germany m.fl. mod Kommissionen.

17 — Dommen i sagen KME Germany m.fl. mod Kommissionen, præmis 45.

34. Jeg mener således, at Kommissionen – igen ligesom i den ovennævnte sag – i den omtvistede beslutning med rette konkluderede, at overtrædelsen sandsynligvis havde haft en vis indvirkning (som ikke kunne måles) på markedet [18], hvilket naturligvis ikke må forveksles med konstateringen af en målbar, konkret virkning, som ikke er påkrævet [19]. Som jeg har gjort rede for ovenfor i forbindelse med det første led, og som Domstolen bekræftede i ovennævnte sag [20], er det ikke selvmodsigende på den ene side at bekræfte, at en konkret indvirkning ikke er et afgørende kriterium i vurderingen af grovheden, og på den anden side mene, at overtrædelsen sandsynligvis har haft en vis indvirkning.

35. Heraf følger, at Retten ikke anvendte en ukorrekt fortolkning af den omtvistede beslutning, og at denne del af det første anbringendes andet led (dvs. punkt 17-22 i appelskriftet) beror på en fejlagtig forudsætning.

36. Jeg er i øvrigt enig med Kommissionen i, at denne argumentation ikke er ugyldiggjort ved dommen i sagen Prym og Prym Consumer mod Kommissionen (navnlig præmis 81 og 82), som appellanterne har påberåbt sig (jf. appelskriftets punkt 23-30).

37. Det er der en simpel årsag til. I dommen i sagen Prym og Prym Consumer mod Kommissionen [21] fastslog Retten, at Kommissionen ikke havde hævdet, at den konkrete indvirkning ikke kunne måles [22], og det var således på baggrund af, at Kommissionen havde søgt at tage hensyn til og at måle en konkret indvirkning, at Retten fastslog, at den ikke havde opfyldt sin begrundelsespligt [23] (selv om Retten i sidste ende ikke nedsatte bøden) [24].

38. Det er således tydeligt, at Domstolens dom i sagen Prym og Prym Consumer mod Kommissionen ikke kan overføres til den foreliggende sag.

39. Under alle omstændigheder kan Domstolens dom i sagen Prym og Prym Consumer mod Kommissionen (og navnlig præmis 81 og 82, som appellanterne har citeret) ikke fortolkes således, at konstateringen og dokumentationen (med andre midler end antagelser) af, at der har været en målbar konkret indvirkning, er de eneste legitime grunde til at forhøje bødens udgangsbeløb ud over minimumsbeløbet på 20 mio. EUR.

40. I henhold til punkt 1 A, fjerde og sjette afsnit, i retningslinjerne »[…] vil [det] desuden være nødvendigt at tage hensyn til de overtrædende virksomheders faktiske økonomiske muligheder for at påføre andre økonomiske beslutningstagere, herunder forbrugerne, alvorlig skade og at fastsætte bødens størrelse på et niveau, der har en tilstrækkelig afskrækkende virkning«, og »[i] forbindelse med overtrædelser begået af flere virksomheder (karteller) kan det i visse tilfælde være nødvendigt at variere de bødebeløb, der fastlægges inden for hver af ovennævnte tre kategorier, for at tage højde for den specifikke vægt og dermed de faktiske konkurrencemæssige konsekvenser af den rolle, som hver enkelt virksomhed har spillet som led i overtrædelsen, navnlig når der er tale om betydelige størrelsesforskelle mellem virksomheder, der har begået en overtrædelse af samme art«.

41. Desuden skal det bemærkes, at Retten og Domstolen i dommene vedrørende beslutningen om VVS-rør af kobber accepterede et udgangsbeløb, der var højere end minimumsbeløbet på 20 mio. EUR (35 mio. EUR), selv om der ikke var blevet taget hensyn til en konkret (målbar) indvirkning.

18 — Jf. 629. og 673. betragtning til beslutningen om VVS-rør af kobber og 507. betragtning til den omtvistede beslutning.

19 — Dommen i sagen KME Germany m.fl. mod Kommissionen, præmis 41.

20 — Ibidem, præmis 44.

21 — Dom af 12.9.2007, sag T-30/05, EU:T:2007:267.

22 — Jf. denne doms præmis 109, der henviser til 318.-320. betragtning til beslutningen i denne sag. Jf. desuden Domstolens dom i sagen Prym og Prym Consumer mod Kommissionen, præmis 78.

23 — Rettens dom i sagen Prym og Prym Consumer mod Kommissionen, præmis 111 og 112.

24 — Ibidem, præmis 190.

42. Under alle omstændigheder kan det bemærkes, at »det ikke tilkommer Domstolen, når den træffer afgørelse vedrørende retlige spørgsmål under en appelsag, af billighedsgrunde at omgøre det skøn, som Retten har udøvet under udøvelsen af sin fulde prøvelsesret vedrørende størrelsen af de bøder, som er pålagt virksomheder for overtrædelse af [EU-]retten« [25].

43. Det fremgår af det ovenfor anførte, at Retten ikke begik en fejl ved, uden at have taget hensyn til en konkret indvirkning på markedet af den pågældende overtrædelse, at fastslå, at et beløb på 50 mio. EUR i den foreliggende sag var et passende udgangsbeløb for bøden. Det første anbringendes andet led bør derfor forkastes.

3. Det første anbringendes tredje led

44. Med dette led har appellanterne for det første gjort gældende, at dersom det af den appellerede dom fremgår, at Kommissionen ikke tog hensyn til overtrædelsens indvirkning på markedet, fordi den ikke havde pligt hertil (hvilket efter min opfattelse er tilfældet i betragtning af dette anbringendes andet led ovenfor), anvendte Retten EU-retten, hvorefter sanktioner i henhold til national ret og EU-retten ikke blot skal være reelle og have en afskrækkende virkning, men også stå i et rimeligt forhold til overtrædelsen, ukorrekt. I denne henseende har appellanterne fastholdt de argumenter, som de fremførte i deres stævning for Retten, at det er uforholdsmæssigt at forhøje det påregnelige mindstebeløb på 20 mio. (som i retningslinjerne er fastsat for »meget alvorlige« overtrædelser) til 50 mio. EUR (dvs. en forhøjelse på 250%) uden at tage hensyn til, at trepartssamarbejdet ikke havde nogen indvirkning på markedet. I modsat fald lagde den appellerede dom for stor vægt på virksomhedens størrelse som en faktor ved fastsættelsen af bøden og var således i strid med retningslinjerne og Domstolens praksis.

45. Ifølge Kommissionen forudsætter appellanterne, at 20 mio. EUR er grundbeløbet for beregningen, og at Kommissionen skal give en udtrykkelig begrundelse for enhver »forhøjelse« ud over dette beløb, i dette tilfælde på 250% eller 312,5% på grundlag af virksomhedens størrelse alene [26].

46. Som Kommissionen med rette har anført, beror dette argument på en sammenblanding af »udgangsbeløbet« – som fastsættes i forhold til en række specifikke forhold i sagen med tilknytning til overtrædelsen, herunder det pågældende markeds størrelse – og en deltagers klassificering i kartellet i en bestemt gruppe (»grupperingen«) eller anvendelsen af en »afskrækkelsesfaktor« ved beregningen af den bøde, som pålægges en bestemt virksomhed, idet der i denne fase af beregningen tages hensyn til virksomhedens størrelse.

47. I den foreliggende sag oversteg værdien af markedet for lynlåse 400 mio. EUR (12. betragtning til den omtvistede beslutning), og overtrædelsen blev kvalificeret som »meget alvorlig« på baggrund af de specifikke og særlige omstændigheder i den foreliggende sag betragtet som helhed. På baggrund af alle disse forhold blev udgangsbeløbet for den bøde, som den første gruppe virksomheder skulle betale, fastsat til 50 mio. EUR [27].

48. Da appellanterne udgjorde den største deltager i kartellet, hvis man ser på deres andel af markedet for lynlåse, blev de anbragt i den første gruppe (530. betragtning til den omtvistede beslutning). Indtil dette trin i beregningen er der ikke taget hensyn til virksomhedens samlede størrelse. Derefter anvendes en afskrækkelsesfaktor på 1,25 på dette beløb på grund af YKK-koncernens væsentlige samlede størrelse (537.-539. betragtning til den omtvistede beslutning).

25 — Dom af 28.6.2005, forenede sager C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P – C-208/02 P og C-213/02 P, Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 5425, præmis 245.

26 — Ifølge appellanterne svarer et udgangsbeløb for bøden på 50 mio. EUR til 250% af minimumsudgangsbeløbet for overtrædelser, der kvalificeres som »meget alvorlige«, og til 312,5% med faktoren 1,25.

27 — 496., 497., 507.-509., 514.-516., 529. og 530. betragtning til den omtvistede beslutning.

49. Under alle omstændigheder bør det bemærkes, at det tilkommer Retten at undersøge vurderingen af, om disse beløb er passende, og at det i princippet »ikke tilkommer Domstolen, når den træffer afgørelse vedrørende retlige spørgsmål under en appelsag, af billighedsgrunde at omgøre det skøn, som Retten har udøvet under udøvelsen af sin fulde prøvelsesret vedrørende størrelsen af de bøder, som er pålagt virksomheder for overtrædelse af [EU-]retten« [28].

50. Appellanterne har desuden foreholdt Retten, at den ikke har taget hensyn til muligheden for at anse det for en formildende omstændighed, at deres aftale ikke blev gennemført.

51. I denne forbindelse skal det blot bemærkes – som Retten allerede med rette har gjort opmærksom på i sin praksis – at »det ved vurderingen af de formildende omstændigheder, herunder manglende gennemførelse af aftalerne, *ikke er virkningerne af overtrædelsen som helhed*, der skal tages i betragtning – disse virkninger skal der tages hensyn til ved vurderingen af overtrædelsens konkrete indvirkning på markedet i forbindelse med bedømmelsen af overtrædelsens grovhed (retningslinjernes punkt 1 A, første afsnit) – *men hver enkelt virksomheds individuelle adfærd* med henblik på at fastslå den relative grovhed af den enkelte virksomheds deltagelse i overtrædelsen« (min fremhævelse) [29].

52. I sin dom i sagen KME Germany m.fl. mod Kommissionen bekræftede Domstolen Rettens fremgangsmåde, idet den fastslog, at »[h]vad angår det første argument vedrører det den appellerede doms præmis 127, hvori Retten har henvist til sin praksis, hvorefter lovovertræderne for at nyde fordel af formildende omstændigheder som omhandlet i retningslinjernes punkt 3, andet led, skal bevise, at de har udvist en konkurrencemæssig adfærd, eller i det mindste, at de klart og i væsentlig udstrækning overtrådte de forpligtelser, hvorved kartellet skulle gennemføres, i en sådan grad, at det forstyrrede selve dets funktion, og at de ikke tilsyneladende har tilsluttet sig aftalen og dermed tilskyndet andre virksomheder til at gennemføre det pågældende kartel« [30]. I denne doms præmis 96 fastslog Domstolen derfor, at »Retten [ikke] har […] begået en retlig fejl ved at fortolke betingelserne for at drage fordel af formildende omstændigheder som omhandlet i retningslinjernes punkt 3, andet led, strengt. Som Retten har bemærket i den appellerede doms præmis 128, har appellanterne ikke gjort gældende, at de opfyldte disse betingelser. Det første argument er derfor ugrundet«.

53. Da appellanterne ikke har opfyldt – ikke engang påberåbt sig – nogen af de ovennævnte krav med hensyn til formildende omstændigheder, bør deres argument forkastes.

54. Hvad angår sammenligningen med de sager, der gav anledning til dommen i sagen Degussa mod Kommissionen (»metionin-kartellet«) og dommen i sagen Prym og Prym Consumer mod Kommissionen (»nåle-kartellet«) [31], mener jeg (ligesom Kommissionen), at den foreliggende sag adskiller sig fra disse, fordi der her ikke er tale om, at trepartssamarbejdet ikke blev gennemført fuldt ud på markedet for lynlåse i en bestemt periode (som i øvrigt var temmelig lang), men at der simpelthen ikke er nogen beviser for den endelige gennemførelse af det ene af samarbejdets elementer (aftalen om samordning af priser). I øvrigt blev der rent faktisk taget hensyn til denne omstændighed i den samlede vurdering af grovheden.

28 — Dommen i sagen Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommissionen, præmis 245.

29 — Rettens dom af 25.10.2005, sag T-38/02, Groupe Danone mod Kommissionen, Sml. II, s. 4407, præmis 384. Jf. desuden Domstolens dom i sagen KME Germany m.fl. mod Kommissionen, præmis 93 og 96, og Rettens dom af 30.11.2011, sag T-208/06, Quinn Barlo m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 7953, præmis 244.

30 — Jf. denne doms præmis 93. Jf. i denne sammenhæng Rettens dom af 8.7.2004, sag T-50/00, Dalmine mod Kommissionen, Sml. II, s. 2395, præmis 292, og af 15.3.2006, sag T-26/02, Daiichi Pharmaceutical mod Kommissionen, Sml. II, s. 713, præmis 113.

31 — Henholdsvis Rettens dom af 5.4.2006, sag T-279/02, Degussa mod Kommissionen, Sml. II, s. 897, og dommen i sagen Prym og Prym Consumer mod Kommissionen.

55. Hvad angår beslutning K(2006) 1766 og K(2006) 5700 endelig [32] kan appellanterne ikke bestride, at de pågældende markeders størrelse samlet set (340 mio. EUR for markedet for hydrogenperoxid og 550 mio. EUR for markedet for butadiengummi og emulsionsstyrenbutadiengummi (BR/ESBR)) er sammenligneligt med markedet for lynlåse. Heller ikke den grad, hvori aftalen var blevet gennemført af deltagerne, og vurderingen af en sandsynlig, men ikke målbar, indvirkning i disse beslutninger vedrørende kartellet afveg grundlæggende fra den foreliggende sag [33].

56. Det følger heraf, at det første anbringendes tredje led og følgelig det første anbringende i dets helhed, bør forkastes.

B – *Om det andet anbringende, vedrørende trepartssamarbejdet, om begrundelsen af den appellerede dom hvad angår undladelsen af at anvende samarbejdsmeddelelsen af 2002 (første led) og ukorrekt fortolkning af lex mitior-princippet (andet led)*

57. Ligesom Kommissionen er jeg af den opfattelse – selv om det antages, at samarbejdsmeddelelsen af 2002 i denne sammenhæng kan anses for en lex mitior i forhold til samarbejdsmeddelelsen af 1996, hvilket Kommissionen har bestridt – at Retten helt utvetydigt – men dog på implicit vis (i den appellerede doms præmis 184 ff.) – forkastede argumentet vedrørende lex mitior-princippet med den begrundelse, at dette klagepunkt var uden genstand, da Kommissionen havde indrømmet appellanterne en faktisk delvis bødefritagelse, idet den anså deres samarbejde, som der ikke kunne tages hensyn til på grundlag af samarbejdsmeddelelsen af 1996, for en formildende omstændighed. Retten anførte, at denne omstændighed førte til en bødenedsættelse på 9 375 000 EUR (den appellerede doms præmis 187).

58. I øvrigt forklarede Retten, på hvilken måde appellanterne ikke havde overholdt kravene i samarbejdsmeddelelsen af 1996 (den appellerede doms præmis 170-180).

59. Kommissionen har ret i, at det eneste spørgsmål, der er relevant her (i forbindelse med det andet anbringendes andet led), er, hvorvidt Retten udtrykkeligt burde have forklaret, hvorfor appellanterne ud over den delvise (faktiske) bødefritagelse ikke havde ret til en yderligere fordel på grundlag af samarbejdsmeddelelsen af 2002, dvs. en yderligere bødenedsættelse for i perioden fra den 28. april 1998 til den 2. juni 1999 at have udleveret oplysninger eller bevismateriale, som repræsenterer en betydelig merværdi (punkt 21 i samarbejdsmeddelelsen af 2002).

60. Ved at undlade at anvende samarbejdsmeddelelsen af 2002 og i stedet anvende samarbejdsmeddelelsen af 1996 fortolkede Retten, ifølge appellanterne, EU-retten ukorrekt, navnlig lex mitior-princippet, som er fastsat i artikel 7 i den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder, der blev undertegnet i Rom den 4. november 1950, samt artikel 49, stk. 1, i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, hvorefter den mest gunstige lov skal anvendes med tilbagevirkende kraft. Da der i samarbejdsmeddelelsen af 1996 i modsætning til samarbejdsmeddelelsen af 2002 kun kan indrømmes bødenedsættelse, hvis virksomhederne ikke bestrider de faktiske omstændigheder, udgør det en tilsidesættelse af lex mitior-princippet (appelskriftets punkt 62-65), at de blev nægtet denne fordel på grundlag af et forhold, som ikke længere var relevant. Sagsøgerne har konkluderet, at det

32 — Henholdsvis Kommissionens beslutning af 3.5.2006 om en procedure i henhold til artikel [81 EF] og EØS-aftalens artikel 53 angående Akzo Nobel NV, Akzo Nobel Chemicals Holding AB, EKA Chemicals AB, Degussa AG, Edison SpA, FMC Corporation, FMC Foret SA, Kemira OYJ, L'Air Liquide SA, Chemoxal SA, Snia SpA, Caffaro Srl, Solvay SA/NV, Solvay Solexis SpA, Total SA, Elf Aquitaine SA og Arkema SA (sag COMP/F/C.38.620 – Hydrogenperoxid og perborat), hvoraf der er offentliggjort et resumé i *Den Europæiske Unions Tidende* (EUT 2006 L 353, s. 54), ligesom den findes på Kommissionens Generaldirektorat for Konkurrences websted, og Kommissionens beslutning af 29.11.2006 om en procedure i henhold til artikel [81 EF] og EØS-aftalens artikel 53 (sag COMP/F/38.638 – BR/ESBR), som der er offentliggjort et resumé af i *Den Europæiske Unions Tidende* (EUT 2008 C 7, s. 11), ligesom den findes på Kommissionens Generaldirektorat for Konkurrences websted.

33 — Jf. vedrørende beslutning K(2006) 1766, 455. betragtning til denne beslutning, og vedrørende beslutning K(2006) 5700 endelig, 462. betragtning til denne beslutning.

bevismateriale, som de udleverede, repræsenterede en betydelig merværdi for undersøgelsen, for så vidt som det satte Kommissionen i stand til at bevise, at den formodede overtrædelse havde varet i længere tid. Derfor burde de være blevet indrømmet en supplerende bødenedsættelse i denne forbindelse (ud over den delvise nedsættelse, som de havde fået for at have dokumenteret den forlængede varighed af kartellet), dvs. en »dobbelt fordel« for de samme oplysninger og beviser i form af for det første en bødenedsættelse og for det andet en delvis fritagelse.

61. For det første bemærkes, at det ikke er samarbejdsmeddelelsen (hverken af 1996 eller af 2002), der udgør retsgrundlaget for bøder for overtrædelse af Unionens konkurrenceregler, men artikel 23, stk. 2 og 3, i forordning nr. 1/2003. Som Kommissionen korrekt med rette har anført, er denne bestemmelse ikke blevet ændret gennem tiden og er i øvrigt i det væsentlige identisk med artikel 15 i forordning nr. 17 [34]. Indholdet af den retlige ramme for bøder er således ikke blevet ændret.

62. Det skal dog for det første bemærkes, at Prym og Coats havde fremsat deres første anmodning om bødenedsættelse før den 14. februar 2002, og at det i henhold til punkt 28 i samarbejdsmeddelelsen af 2002 [35] var samarbejdsmeddelelsen af 1996, der fortsat var tidsmæssigt gældende for kartellet som helhed på markedet for lynlåse.

63. For det andet gør jeg opmærksom på, at Domstolen [36] har fastslået, at »en virksomheds samarbejde med Kommissionen[, hvad enten det er i henhold til samarbejdsmeddelelsen af 1996 eller samarbejdsmeddelelsen af 2002 eller i form af en formildende omstændighed,] udelukkende [kan] begrunde en nedsættelse af bøden i henhold til samarbejdsmeddelelsen, såfremt et sådant bidrag rent faktisk giver Kommissionen mulighed for at forfølge sin opgave, der består i at konstatere overtrædelsen og bringe den til ophør«.

64. I denne sammenhæng bemærkes, at »Kommissionen har et vidt skøn med hensyn til bødeberegningsmetoden, og den kan herved tage hensyn til mange forhold, herunder de pågældende virksomheders samarbejde ved undersøgelserne gennemført af denne institutions tjenestegrene. Kommissionen skal som led heri foretage vanskelige faktiske skøn, bl.a. vedrørende de nævnte virksomheders respektive samarbejde« [37].

65. For det tredje fremgår det af sagens akter, at appellanterne ikke har bestridt den appellerede doms præmis 170-181 og således ikke længere hævder, at Kommissionen anvendte samarbejdsmeddelelsen af 1996 ukorrekt.

66. For det fjerde skal det fremhæves, at de kvalitative krav i samarbejdsmeddelelserne af 1996 og 2002 samlet set er sammenlignelige (samarbejdsmeddelelsen af 2002 er i alle tilfælde ikke mindre streng end samarbejdsmeddelelsen af 1996 [38]), hvorved en manglende overholdelse af kravene i samarbejdsmeddelelsen af 1996 – navnlig den omstændighed, at appellanterne har bestridt de faktiske omstændigheder – i sig selv medfører, at de tilsvarende krav i samarbejdsmeddelelsen af 2002 ikke er blevet overholdt.

34 — Rådets forordning af 6.2.1962, første forordning om anvendelse af bestemmelserne i traktatens artikler [81] og [82] (EFT 1959-1962, s. 81).

35 — »Fra 14.2.2002 erstatter denne meddelelse 1996-meddelelsen for så vidt angår alle sager, hvor der ikke er nogen virksomheder, der har henvendt sig til Kommissionen for at nyde godt af den favorable behandling, der er omhandlet i meddelelsen«.

36 — Jf. dom af 10.5.2007, sag C-328/05 P, SGL Carbon mod Kommissionen, Sml. I, s. 3921, præmis 83. Jf. i denne retning dom af 16.11.2000, sag C-297/98 P, SCA Holding mod Kommissionen, Sml. I, s. 10101, præmis 36, og dommen i sagen Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommissionen, præmis 399.

37 — Jf. dommen i sagen SGL Carbon mod Kommissionen, præmis 81.

38 — Jf. punkt 21 og 22 i samarbejdsmeddelelsen af 2002 i forhold til punkt 1, D, i samarbejdsmeddelelsen af 1996. Hvordan kan det f.eks. rimeligvis hævdes, at oplysninger, som ikke opfylder betingelsen om, at de skal »bidrage til at fastslå overtrædelsens eksistens« (punkt D i samarbejdsmeddelelsen af 1996) kan udgøre bevismateriale, som »i betydelig grad øger værdien af det materiale, Kommissionen allerede er i besiddelse af« (punkt 21 i samarbejdsmeddelelsen af 2002).

67. Som Kommissionen har anført, er det, uanset den delvise bødefritagelse, som ikke længere anfægtes, på ingen måde fastslået, at appellanterne har ret i deres påstand (jf. punkt 56 i appelskriftet) om, at samarbejdsmeddelelsen af 2002 ville være mere gunstig for dem end samarbejdsmeddelelsen af 1996.

68. Appellanterne argumenterer rent faktisk for, at en virksomhed, der forsyner Kommissionen med bevismateriale om en bestemt overtrædelsesperiode og herved giver denne mulighed for at forlænge kartellets varighed, ikke kun bør indrømmes delvis bødefritagelse for denne periode, men også en yderligere fordel i form af en procentvis nedsættelse af bøden for deres overtrædelse.

69. Ud over at jeg finder det udelukket at give en dobbelt belønning, mener jeg for det første ikke, at et sådant synspunkt er foreneligt med det generelle formål med de bødenedsættelser, der indrømmes ved et samarbejde. En virksomhed bør ikke belønnes for at have hjulpet Kommissionen med at fastslå overtrædelsens eksistens, hvis den slet ikke har bidraget med noget, der øger værdien af Kommissionens undersøgelse vedrørende den periode, hvor den er ansvarlig (dvs. perioden efter den periode, som den har opnået delvis bødefritagelse for).

70. I realiteten anmoder appellanterne om anvendelsen af et omvendt princip om dobbeltstraf, nemlig en bødenedsættelse for at have øget værdien af Kommissionens undersøgelse og bødefritagelse for de omstændigheder, de har oplyst om!

71. Jeg mener ikke, at man kan give belønning for de samme oplysninger både i henhold til samarbejdsmeddelelsen (for at opnå en procentvis bødenedsættelse) og uden for samarbejdsmeddelelsen (for at opnå delvis bødefritagelse som en formildende omstændighed i forbindelse med samarbejdet uden for meddelelsen) [39].

72. Jeg mener heller ikke, at appellanterne kan få held med at påberåbe sig tidligere praksis hvad dette angår.

73. I den sag, der gav anledning til dommen i sagen FRA.BO mod Kommissionen [40] (»fittings-kartellet«), blev den delvise bødefritagelse ikke kombineret med bødenedsættelse som følge af det samme samarbejde inden for samarbejdsmeddelelsen, da der var tale om et samarbejde vedrørende to forskellige perioder, som havde givet FRA.BO SpA en bødenedsættelse i henhold til samarbejdsmeddelelsen (for perioden før 2001) og en delvis bødefritagelse i henhold til samarbejdet derudover (for en anden periode mellem 2001 og 2004).

74. I modsætning til, hvad sagsøgerne har hævdet, bekræftede Retten tydeligt, at der ikke kunne være tale om kumulativ belønning [41]. Under alle omstændigheder kan det tilføjes, at appellanterne, i modsætning til FRA.BO SpA, her har bestridt de faktiske omstændigheder vedrørende trepartssamarbejdet på markedet for lynlåse efter den 2. juni 1999 og deres retlige kvalificering som overtrædelse.

75. Endelig mener jeg ikke, at de oplysninger, som appellanterne forsynede Kommissionen med, i betydelig grad øgede værdien af dens undersøgelse i punkt 21 i samarbejdsmeddelelsen af 2002's forstand.

39 — Jf. Rettens dom af 15.3.2006, sag T-15/02, BASF mod Kommissionen, Sml. II, s. 497, præmis 588, hvorefter »det [ville] være en nødvendig forudsætning for en nedsættelse i henhold til denne bestemmelse [dvs. punkt 3, sjette led, i retningslinjerne for beregningen af bøder, som vedrører samarbejdet uden for samarbejdsmeddelelsen af 1996], at samarbejdet ikke kunne belønnes inden for rammerne af samarbejdsmeddelelsen«.

40 — Rettens dom af 24.3.2011, sag T-381/06, EU:T:2011:111.

41 — Dommen i sagen FRA.BO mod Kommissionen, præmis 93, 105 og 106.

76. For så vidt angår perioden før den 2. juni 1999 kan det konstateres, at dette samarbejde blev belønnet med delvis (faktisk) bødefritagelse, og at der ikke er noget, der begrunder en indrømmelse af en dobbelt belønning. De faktiske omstændigheder efter denne dato har appellanterne bestridt.

77. Jeg mener således, at Retten med føje fastslog, at sagsøgernes samarbejde vedrørende perioden før den 2. juni 1999 ikke hjalp Kommissionen med at fastslå de faktiske omstændigheder og overtrædelsen vedrørende perioden efter denne dato. Dette er en gyldig vurdering både med hensyn til samarbejdsmeddelelsen af 1996 og på grundlag af kriterierne i samarbejdsmeddelelsen af 2002.

78. Det følger heraf, at det andet anbringende bør forkastes.

*C – Om det tredje anbringende vedrørende BWA-samarbejdet og den ukorrekte anvendelse af loftet på 10% af omsætningen for perioden før YKK Holdings erhvervelse af YKK Stocko*

79. Med det tredje anbringende har appellanterne gjort gældende, at Retten, idet den forkastede deres anbringende vedrørende den ukorrekte anvendelse af loftet på 10% for perioden før YKK Holdings erhvervelse af YKK Stocko – som YKK Stocko blev anset for eneansvarlig for – tilsidesatte artikel 23, stk. 2, i forordning nr. 1/2003 samt proportionalitetsprincippet, princippet om ligebehandling og princippet om individuel straf.

80. Den del af bøden, som vedrører den første del af overtrædelsen, udgør 19,25 mio. EUR, hvilket svarer til 55% af YKK Stockos samlede omsætning i 2006 (som var på 34,91 mio. EUR), dvs. betydeligt mere end loftet på 10% i henhold til artikel 23, stk. 2, andet afsnit, i forordning nr. 1/2003.

81. Kommissionen har indvendt, at dette argument beror på en juridisk ukorrekt opfattelse af formålet med loftet på 10% i henhold til artikel 23, stk. 2, i forordning nr. 1/2003, som indebærer, at når der er sket en udvikling i en virksomheds struktur (f.eks. efter et moderselskabs erhvervelse af et datterselskab), skal der beregnes en særskilt bøde for hver periode i denne udvikling (f.eks. før og efter erhvervelsen).

82. Kommissionen har hævdet, at der derimod skal pålægges en samlet bøde, da grænsen i artikel 23, stk. 2, i forordning nr. 1/2003 ikke er et element i den bøde, som hænger sammen med den samordnede praksis i overtrædelsesperioden, men et lovbestemt maksimum, der er knyttet til virksomhedens økonomiske kapacitet til at betale bøden og først og fremmest har til formål at beskytte virksomheden mod at blive pålagt en uforholdsmæssig stor bøde i forhold til dens størrelse. Det, der har betydning, er således virksomhedens økonomiske formåen (som den samlede omsætning giver et fingerpeg om) i den form, den har på tidspunktet for vedtagelsen af beslutningen om at pålægge bøden. Kun dette kan forklare, hvorfor den pågældende bestemmelse udtrykkeligt henviser til dette tidspunkt med henblik på beregningen af loftet på 10%. Som følge heraf er det uden betydning, at virksomhedens økonomiske kapacitet var mindre på et tidligere tidspunkt, f.eks. før den blev erhvervet af et andet selskab, som det er tilfældet i den foreliggende sag.

83. Kommissionen har tilføjet, at selv om moderselskabet beslutter ikke at støtte datterselskabet økonomisk hvad angår den del af bøden, som dette pålægges eneansvaret for, hvilket kan true datterselskabets overlevelsesmuligheder, er dette blot en virkeliggørelse af den risiko, som moderselskabet løber ved at investere i en juridisk person (datterselskabet), som før (men også efter) erhvervelsen udøvede en konkurrencebegrænsende adfærd, der straffes med bøde. Ved at overtage kontrollen over datterselskabet påtager moderselskabet sig denne risiko, som det dog kan begrænse ved at indsætte en skadesløshedsbestemmelse i den salgsaftale, der indgås med den oprindelige indehaver.

84. Sammenfattende er Kommissionen af den opfattelse, at kun den virksomhed, der er ansvarlig i de sidste faser af overtrædelsen og på tidspunktet for vedtagelsen af den endelige beslutning, er den rette referenceenhed i forbindelse med vurderingen af spørgsmål om ansvar og afskrækkende virkning, for så vidt som Kommissionen fastslår, at denne virksomhed (dvs. den enhed, som omfatter de nye moderselskaber) selv har deltaget i overtrædelsen. Af de samme grunde har Kommissionen anført, at appellanterne ikke med føje kan gøre gældende, at bøden er pålagt under tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet eller ligebehandlingsprincippet.

85. Som nævnt i indledningen til dette forslag til afgørelse rejser dette anbringende et vigtigt konkurrenceretligt spørgsmål, som Domstolen endnu ikke har taget stilling til, nemlig fastsættelsen af det lovbestemte loft for bøden som omhandlet i artikel 23, stk. 2, i forordning nr. 1/2003, når der er tale om flere på hinanden følgende ansvar inden for det samme kartel, og nærmere bestemt når en enhed, der deltager i kartellet, overtages af en anden virksomhed i løbet af kartellets varighed.

86. I henhold til denne bestemmelse i forordning nr. 1/2003 kan »[b]øden […] for *hver af de virksomheder*, som har *deltaget i overtrædelsen*, ikke overstige 10% af den samlede omsætning i det foregående regnskabsår« (min fremhævelse).

87. Domstolen skal således for første gang fortolke begrebet »virksomhed, som har deltaget i overtrædelsen« i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i denne forordnings artikel 23, stk. 2 – navnlig i lyset af princippet om personligt ansvar (dvs., at sanktionerne skal være specifikke i forhold til lovovertræderen og lovovertrædelsen) – i en situation, hvor den pågældende virksomhed vedrørende en bestemt periode anses for eneansvarlig for betalingen af en del af bøden og efterfølgende er blevet erhvervet af en anden virksomhed.

88. Det skal bemærkes, at dette spørgsmål også blev stillet Domstolen for nylig i sagen Gascogne Sack Deutschland mod Kommissionen. I forslaget til afgørelse i denne sag blev spørgsmålet behandlet grundigt af generaladvokat Sharpston. Da Domstolens Store Afdeling endnu ikke havde afsagt dom i sagen (den blev afsagt den 26.11.2013) var generaladvokat Sharpstons forslag til afgørelse naturligvis i fokus for forhandlingerne i retsmødet i den foreliggende sag, der fandt sted den 16. oktober 2013 [42].

89. Desværre valgte Store Afdeling ikke at afgøre spørgsmålet ved at afvise argumenterne i sagen. Dette er så meget desto mere beklageligt, eftersom Domstolen ikke tidligere var blevet bedt om at fortolke artikel 23, stk. 2, i forordning nr. 1/2003 under omstændigheder som i sagen Gascogne Sack Deutschland mod Kommissionen (eller i den foreliggende sag), og eftersom Kommissionens praksis (samt Rettens praksis i relation hertil) ikke er ensartet, med de konsekvenser for retssikkerheden, som man kan forvente.

90. Jeg vil vende tilbage til generaladvokat Sharpstons argumentation i sagen Gascogne Sack Deutschland mod Kommissionen.

91. For det første anførte hun i punkt 83 i forslaget til afgørelse, at »artikel 23, stk. 2, andet afsnit, i forordning nr. 1/2003 [fastsætter], at »[b]øden kan for hver af de virksomheder, som har deltaget i overtrædelsen, ikke overstige 10% af den samlede omsætning i det foregående regnskabsår«. Retten fastslog det ikke udtrykkeligt selv, men accepterede implicit Kommissionens konklusion i den anfægtede beslutning, nemlig at [Gascogne Sack Deutschland (GSD)] var 100% ansvarlig for overtrædelsen i perioden før Groupe Gascognes erhvervelse af dette selskab [...]. Da GSD var den virksomhed, der deltog i overtrædelsen i perioden fra den 9. februar 1988 til den 1. januar 1994, udgør dette selskab alene tilsyneladende den »virksomhed«, der er omfattet af artikel 23, stk. 2, i forordning nr. 1/2003 hvad angår den overtrædelse, som blev begået i denne periode«. Desuden

42 — ? Derfor kunne jeg i retsmødet ikke oplyse datoen for fremsættelsen af mit forslag til afgørelse, da det endnu var uvist, hvornår denne dom ville blive afsagt.

anfører hun i punkt 84 i forslaget til afgørelse: »Hvad angår den senere periode fra den 1. januar 1994 til den 26. juni 2002 udgjordes den »virksomhed«, der deltog i overtrædelsen, af Groupe Gascogne (i medfør af formodningen om bestemmende indflydelse) og GSD (i realiteten). De to selskaber er derfor solidarisk ansvarlige for denne periode.«

92. For det andet anførte hun i punkt 85 i forslaget til afgørelse, at »ordet »virksomhed« i artikel 23, stk. 2, andet afsnit, i forordning nr. 1/2003 [er] så bredt, at det, såfremt lovovertræderens identitet ændrer sig, mens overtrædelsen finder sted, fordi 100% af datterselskabet efterfølgende erhverves af et moderselskab, kan rumme en sådan »variabel form««.

93. For det tredje kræver ifølge punkt 86 i forslaget til afgørelse »artikel 23, stk. 2, i forordning nr. 1/2003, at loftet på 10% fastsættes med udgangspunkt i tidspunktet for Kommissionens beslutning, selv om bøden vedrører datterselskabets tidligere handlinger. I denne henseende er et datterselskab ikke anderledes stillet end enhver anden virksomhed, for så vidt som loftet på 10% fastsættes i forhold til det år, der gik forud for Kommissionens beslutning vedrørende en fortidig overtrædelse. Det er derfor vigtigt at sondre mellem datterselskabets og moderselskabets omsætning, og det loft på 10%, som anvendes på datterselskabet i forbindelse med en bøde, som pålægges for en periode forud for moderselskabets erhvervelse af dette, bør fastsættes i forhold til dets omsætning alene«.

94. For det fjerde, som generaladvokat Sharpston præciserede i punkt 87 i forslaget til afgørelse, »forekommer denne fortolkning at være mere i overensstemmelse med formålene med artikel 23, stk. 2, end Kommissionens fremgangsmåde [i sagen Gascogne Sack Deutschland mod Kommissionen samt i den foreliggende sag]. Formålet med loftet på 10% er at beskytte en virksomhed mod uforholdsmæssig høje bøder, som kunne ødelægge dens økonomiske situation[43]. Såfremt et datterselskab sanktioneres for en overtrædelse, som det er 100% ansvarligt for, inden for en øvre grænse, som er beregnet på grundlag af en hel koncerns verdensomspændende omsætning, vil dette højst sandsynligt give et højere tal (da 10% af en koncerns verdensomspændende omsætning normalt vil være mere end 10% af et enkelt datterselskabs omsætning). Denne beregningsmetode vil således medføre en højere bøde, end hvis loftet på 10% blev fastsat med udgangspunkt i datterselskabets omsætning alene«.

95. Generaladvokat Sharpston tilføjede i punkt 89 i sit forslag til afgørelse: »[Det] forekommer […] mig rimeligt at antage, at Kommissionen under omstændigheder som de foreliggende opdeler ansvaret for perioderne før og efter moderselskabets erhvervelse af datterselskabet for at afspejle princippet om personligt ansvar[44]. Fordi datterselskabets konkurrencebegrænsende adfærd i den første periode blev begået, før det og moderselskabet udgjorde den samme virksomhed, er moderselskabet ikke solidarisk ansvarligt for den pågældende periode af overtrædelsen. Analogt hermed finder jeg det imidlertid meget vanskeligt at begrunde, at der skulle tages hensyn til koncernens verdensomspændende omsætning ved fastsættelsen af loftet på 10% hvad angår en bøde, som datterselskabet alene skal betale, og som er pålagt for en overtrædelse, som moderselskabet ikke selv begik, og som ikke er tilregnet dette hvad angår den pågældende periode.«

96. Af nedenstående grunde er jeg enig i generaladvokat Sharpstons forslag til afgørelse hvad dette angår.

43 — Forslaget til afgørelse henviser her til dommen i sagen Dansk Rørindustri mfl. mod Kommissionen, præmis 280 og 281.

44 — Generaladvokat Sharpston tilføjede i fodnote 39 til samme forslag til afgørelse: »Jf. vedrørende en forklaring på personligt ansvar, når ansvaret for en overtrædelse, der er begået af et datterselskab, tilregnes dets moderselskab [dom af 19.7.2012, forenede sager C-628/10 P og C-14/11 P, Alliance One International og Standard Commercial Tobacco mod Kommissionen og Kommissionen mod Alliance One International m.fl., EU:C:2012:479]«. Hun henviste ligeledes til punkt 36-40 i sit forslag til afgørelse i sagen, der gav anledning til dom af 26.11.2013, sag C-50/12 P, Kendrion mod Kommissionen, EU:C:2013:771.

1. Begrebet »virksomhed« som omhandlet i artikel 23, stk. 2, i forordning nr. 1/2003

97. For det første bør begrebet »virksomhed« som omhandlet i artikel 23, stk. 2, i forordning nr. 1/2003 svare til begrebet »den ansvarlige virksomhed« i henhold til artikel 81 EF.

98. Kommissionen anså YKK Stocko for at være eneansvarlig for betalingen af en del af bøden, nemlig 19 250 000 EUR. Ved den omtvistede beslutnings artikel 1, stk. 1, og artikel 2, stk. 1, blev YKK Stocko pålagt en bøde på 68 250 000 EUR, hvoraf YKK Corp. og YKK Holding hæftede solidarisk for 49 000 000 EUR. Beløbet på 19 250 000 svarer således til ca. 55% af YKK Stockos omsætning i 2006 [45].

99. Det fremgår klart af den omtvistede beslutning, at Kommissionen pålagde YKK Stocko eneansvaret for betalingen af denne del af bøden, fordi YKK Stocko også blev anset for eneansvarlig for en del af den periode, hvor Kommissionen havde konstateret, at der var begået overtrædelser inden for BWA-samarbejdet.

100. Det fremgår af 429. betragtning til den omtvistede beslutning, at YKK Corp., YKK Holding og YKK Stocko »bør holdes solidarisk ansvarlige for de overtrædelser, der blev begået inden for [BWA]-samarbejdet«, som er beskrevet i punkt 4.2 i denne beslutning, fra det tidspunkt hvor [YKK Stocko] blev et 100% ejet datterselskab af [YKK Holding] og således af [YKK Corp.], dvs. fra marts 1997 til den 15. marts 2001. [*YKK Stocko] bør holdes ansvarlig for hele den periode, hvori selskabet deltog i det ulovlige [BWA]-samarbejde, dvs. fra den 24. maj 1991 til den 15. marts 2001*« (min fremhævelse).

101. Derefter fastslog Kommissionen, i fodnote 112 til den omtvistede beslutning, vedrørende fastsættelsen af bøden, under overskriften »bødeforøgelse på grund af overtrædelsens varighed«, at »udgangsbeløbet forøget med 40% vedrører den periode, for hvilken [YKK Stocko], [YKK Holding] og [YKK Corp.] hæfter solidarisk [dvs. fire år]. *Resten af den procentvise forøgelse vedrører den periode, som [YKK Stocko] holdes eneansvarlig for*« [46] (dvs. de øvrige 55%, som vedrører en periode på fem år og ni måneder).

102. Kommissionen fordelte således korrekt ansvaret på de enkelte virksomheder, eftersom YKK Stocko og YKK-koncernen før marts 1997 (hvor YKK Holding erhvervede YKK Stocko) var to separate enheder og således udgjorde to »økonomiske enheder« eller virksomheder som omhandlet i artikel 81 EF og artikel 23, stk. 2, i forordning nr. 1/2003 [47].

103. Da Kommissionen holdt YKK Stocko eneansvarlig for de første fem og et halvt år af BWA-samarbejdet (og for betalingen af en del af bøden), indebærer dette nødvendigvis, at den var »den samme økonomiske enhed« (en selvstændig økonomisk enhed) i denne periode.

104. På dette grundlag skulle Kommissionen i stedet for at beregne loftet på 10% ud fra omsætningen i den største af de to virksomheder (den, der blev skabt i 1997 ved YKK-koncernens køb af YKK Stocko) logisk set have anvendt to separate lofter på 10%.

105. Artikel 23, stk. 2, i forordning nr. 1/2003 stiller nemlig det krav, at »[b]øden […] for *hver af de virksomheder*, som har *deltaget i overtrædelsen*, ikke [kan] overstige 10% af den samlede omsætning i det foregående regnskabsår« (min fremhævelse).

45 — I henhold til den omtvistede beslutning deltog den tredje appellant, Stocko, i overtrædelsen under hele dens varighed på ni år og ni måneder, mens YKK Corp. og YKK Holding, den første og anden appellant, først deltog (direkte eller indirekte) efter erhvervelsen af YKK Stocko Fasteners GmbH i 1997 (nu YKK Stocko) og således deltog i fire år (466.-468. betragtning til den omtvistede beslutning). Dette er grunden til for det første, at YKK Corp. og YKK Holding ikke blev pålagt ansvar for betalingen af hele den bøde, der blev pålagt YKK Stocko, og for det andet, at sidstnævnte blev pålagt eneansvaret for betalingen af beløbet på 19 250 000 EUR.

46 — Fri oversættelse og min fremhævelse.

47 — Jf. i denne retning dom af 2.10.2003, sag C-196/99 P, Aristrain mod Kommissionen, Sml. I, s. 11005, præmis 95-99, og dommen i sagen Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommissionen, præmis 118.

106. Domstolen har fastslået[48], at »[…] [grænsen] [på 10% af omsætningen i henhold til artikel 23, stk. 2, i forordning nr. 1/2003] [netop] har til formål, at bøderne[, som pålægges af Kommissionen,] ikke er urimelige i forhold til virksomhedens størrelse«, og at »[bødebeløbet] […] kan forhøjes til 10% af omsætningen i det sidste regnskabsår i hver af de virksomheder, *som har medvirket ved overtrædelsen*« (min fremhævelse).

107. Ved fortolkningen af denne artikel bør man nemlig holde sig den grundlæggende forbindelse mellem ansvar og bøde for øje. Efter min opfattelse fastsætter denne bestemmelse for det første, at der kun kan tages hensyn til omsætningen i den virksomhed, der holdes ansvarlig, med henblik på beregningen af loftet på 10%, og for det andet, at loftet på 10% i en sag, hvor forskellige virksomheder efter hinanden har deltaget i et kartel, skal beregnes af deres respektive omsætninger.

108. I øvrigt gør jeg opmærksom på, at Kommissionens beslutningspraksis i denne henseende ikke er konsekvent.

109. Kommissionen har tidligere, i andre beslutninger, anvendt forskellige lofter på 10% alt afhængig af den pågældende overtrædelsesperiode.

110. I sin beslutning af 2005/349/EF[49] (herefter »beslutningen om organiske peroxider«) beregnede Kommissionen de 10% ud fra datterselskabernes omsætning for den periode, hvor de blev anset for eneansvarlige, mens den for den periode, hvor moderselskabet og datterselskaberne var solidarisk ansvarlige, tog udgangspunkt i koncernens omsætning.

111. I sagen Gascogne Sack Deutschland mod Kommissionen anførte generaladvokat Sharpston desuden følgende: »Jeg mener, at den tilgang, der blev anvendt i beslutningen vedrørende organiske peroxider, er mere i overensstemmelse med ordlyden af og formålene med artikel 23, stk. 2, i forordning nr. 1/2003 end den tilgang, der er anvendt i den foreliggende sag.«

112. I 2011 anvendte Kommissionen den samme tilgang i en afgørelse om forspændingsstål[50] (herefter »beslutningen om forspændingsstål«).

113. I denne afgørelse anerkendte Kommissionen implicit, at der var grundlag for det anbringende, som sagsøgerne havde påberåbt sig (vedrørende ukorrekt anvendelse af loftet på 10%), og ændrede sin oprindelige afgørelse ved at reducere de bøder, som var blevet pålagt flere enheder, som den havde konstateret var eneansvarlige for perioden forud for koncernens erhvervelse af disse. Kommissionen foretog denne reduktion »*for at sikre, at bødeniveauet stod i rimeligt forhold til de pågældende virksomheders størrelse og omsætning. […] Kommissionen reducerede de pågældende bøder til ti procent af de juridiske personers egen omsætning*« (min fremhævelse)[51].

114. Kommissionens omskiftelige praksis viser i det mindste, at den ikke har nogen principielle grunde til at beslutte, som den har gjort i den foreliggende sag. De argumenter, som den har fremført for at anvende et enkelt i stedet for to separate lofter på 10% er heller ikke overbevisende.

48 — Dom af 7.6.1983, forenede sager 100/80-103/80, Musique Diffusion française m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 1825, henholdsvis præmis 119 og 118.

49 — Beslutning af 10.12.2003 om en procedure efter EF-traktatens artikel 81 og EØS-aftalens artikel 53 (sag COMP/E-2/37.857 – Organiske peroxider), K(2003) 4570 endelig, og berigtigelse K(2004) 4. Et resumé af beslutningen er offentliggjort i *Den Europæiske Unions Tidende* (EUT 2005 L 110, s. 44).

50 — Kommissionens afgørelse af 30.6.2010 om en procedure efter artikel 101 [TEUF] og artikel 53 i EØS-aftalen over for virksomhederne ArcelorMittal, Emesa/Galycas/ArcelorMittal (España), GlobalSteelWire/Tycsa, Proderac, Companhia Previdente/Socitrel, Fapricela, Nedri/HIT Groep, WDI/Pampus, DWK/Saarstahl, voestalpine Austria Draht, Rautaruukki/Ovako, Italcables/Antonini, Redaelli, CB Trafilati Acciai, I.T.A.S., Ori Martin/Siderurgica Latina Martin, Emme Holding (sag COMP/38.344 – Forspændingsstål), som ændret ved Kommissionens afgørelse af 30.9.2010 og Kommissionens afgørelse af 4.4.2011. Et resumé af afgørelsen er offentliggjort i *Den Europæiske Unions Tidende* (EUT 2011 C 339, s. 7) (ottende betragtning).

51 — Jf. afgørelse af 30.6.2010 om forspændingsstål, ottende betragtning. Jf. 1072a. betragtning til den oprindelige udgave af afgørelsen af 30.6.2010, meddelt under dokumentnummer K(2010) 4387 endelig.

115. Under retsmødet anførte Kommissionen, at moderselskabet i sagen vedrørende beslutningen om organiske peroxider og sagen vedrørende beslutningen om forspændingsstål kun var solidarisk ansvarligt for henholdsvis 7 ud af de 27 og 3 ud af de 17 år, som overtrædelsen havde varet, hvorved den antydede, at de tilsvarende tal i den foreliggende sag, nemlig 4 år ud af 9 år og 7 måneders overtrædelse, krævede en anden tilgang.

116. Ud over, at det er vanskeligt at afgøre, ved hvilket tal en sådan grænse skulle gå, kan jeg ikke se, at der er nogen principiel grund (og i sagens akter heller ingen begrundelse) for at undlade at anvende to separate lofter på 10%, som den korrekte fortolkning af artikel 23, stk. 2, i forordning nr. 1/2003 efter min opfattelse kræver.

117. Jeg mener heller ikke, at de øvrige argumenter, som Kommissionen har fremført (at beregningerne er komplicerede, og at der er risiko for misbrug), kan gendrive ovenstående analyse. Hvorfor skulle beregningerne være mere komplicerede i denne sag end i beslutningen om organiske peroxider og afgørelsen om forspændingsstål [52]? Med hensyn til risikoen for, at moderselskabet eller det erhvervende selskab kunstigt reducerer omsætningen i det ansvarlige datterselskab, blev dette ikke nævnt i den omtvistede beslutning, og Kommissionen har heller ikke fremlagt nogen form for beviser i denne sag.

118. Det fremgår af det ovenstående, at Retten tilsidesatte artikel 23, stk. 2, i forordning nr. 1/2003, idet datterselskabet (YKK Stocko) alene skulle have været anset for den »virksomhed, som har deltaget i overtrædelsen«, for den første periodes vedkommende, således at der med henblik på beregningen af loftet på 10% skulle have været taget hensyn til datterselskabets og ikke koncernens omsætning.

2. Princippet om personligt ansvar og om individuel fastsættelse af sanktioner

119. Jeg mener endvidere, at den tilgang, som Kommissionen og Retten har valgt at anlægge til den foreliggende sag, er i strid med princippet om personligt ansvar og individuel fastsættelse af sanktioner.

120. Det står klart, at Kommissionen kun kan pålægge en virksomhed at betale en bøde, hvis den kan påvise, at denne virksomhed har begået en overtrædelse i artikel 81 EF's forstand eller har deltaget i en sådan overtrædelse. Den logiske og retlige forbindelse, der er mellem skyld og ansvar på den ene side og straf på den anden, indebærer nødvendigvis, at en bøde skal fastsættes i forhold til den ansvarlige virksomhed (dvs. den virksomhed, der har deltaget i overtrædelsen).

121. Ifølge dette grundprincip, som indgår i fast retspraksis, og som under alle omstændigheder gælder i enhver administrativ procedure, som kan medføre sanktioner i henhold til EU's konkurrenceregler, kan en virksomhed kun forfølges for omstændigheder, som den individuelt kritiseres for [53].

122. Sanktionerne bør pålægges individuelt i den forstand, at de bør stå i forhold til de omhandlede virksomheders adfærd og kendetegn [54].

52 — Selv om artikel 23, stk. 2, i forordning nr. 1/2003 kræver, at beregningen af loftet på 10% tager udgangspunkt i den samlede omsætning i det regnskabsår, der gik forud for Kommissionens beslutning vedrørende en fortidig overtrædelse, er dette ikke til hinder for, at dette loft fastsættes på grundlag af datterselskabets omsætning alene vedrørende den bøde, som det pålægges at betale det fulde beløb af, for en periode, før det blev erhvervet af moderselskabet. Det skal i denne forbindelse tilføjes, at appellanterne i denne appelsag i øvrigt ikke har bestridt, at det relevante år, som der skal tages hensyn til i forbindelse med denne vurdering, er det år, der gik forud for den omtvistede beslutning.

53 — Dom af 13.12.2001, forenede sager T-45/98 og T-47/98, Krupp Thyssen Stainless og Acciai speciali Terni mod Kommissionen, Sml. II, s. 3757, præmis 63.

54 — Jf. i denne retning dom af 7.6.2007, sag C-76/06 P, Britannia Alloys & Chemicals mod Kommissionen, Sml. I, s. 4405, præmis 44.

123. I øvrigt er det som udgangspunkt den fysiske eller juridiske person, der ledte den pågældende virksomhed på det tidspunkt, hvor overtrædelsen blev begået, der er ansvarlig for overtrædelsen, selv om det på tidspunktet for vedtagelsen af den beslutning, hvorved overtrædelsen blev fastslået, var en anden person, der havde ansvaret for virksomhedens drift [55].

124. Nærmere bestemt har Domstolen tidligere fastslået, at et erhvervende selskab ikke kan anses for ansvarligt for overtrædelser, som blev begået selvstændigt af to af dets datterselskaber før erhvervelsen, da disse datterselskaber selv må bære ansvaret for den retsstridige adfærd, de udviste, inden de blev erhvervet af moderselskabet, uden at dette kan anses for ansvarligt herfor [56].

125. Domstolen har gentagne gange fastslået, at »[n]år en […] økonomisk enhed overtræder konkurrencereglerne, påhviler det den ifølge princippet om personligt ansvar at stå til regnskab for overtrædelsen« [57].

126. Det følger således af artikel 23, stk. 2, i forordning nr. 1/2003 (hvorefter Kommissionen kun kan pålægge de virksomheder, som den anser for ansvarlige, en bøde) og af det grundlæggende princip om individuelle straffe og sanktioner, at pålæggelsen af en bøde forudsætter anerkendelsen af virksomhedens ansvar (hvad enten dette ansvar er direkte eller pålagt), og at størrelsen på den bøde, hvormed virksomheden sanktioneres for deltagelsen i overtrædelsen, bør fastsættes i forhold til dette ansvar. Dette princip gælder efter min opfattelse for beregningen af det loft på 10% af omsætningen, som bøden ikke må overstige.

127. Når overtrædelsen for en bestemt periodes vedkommende tilregnes et datterselskab i stedet for moderselskabet, som det er tilfældet i denne sag, er med andre ord alene det ansvarlige datterselskabs omsætning relevant for beregningen af loftet på 10%.

128. I dommen i sagen Hoek Loos mod Kommissionen [58] fastslog Retten, at »*Kommissionen ved anvendelsen af loftet på 10% [skal] tage hensyn til omsætningen for den berørte virksomhed, dvs. den virksomhed, som er blevet tilregnet overtrædelsen, og som derfor er blevet fundet ansvarlig og har fået tilsendt beslutningen om pålæggelse af en bøde*« (min fremhævelse).

129. Holdes det for øje, at formålet med loftet på 10% er at sikre, at bøden ikke overstiger den virksomheds betalingsevne, som er skyldig i en overtrædelse af konkurrenceretten, vil det, hvis der tages udgangspunkt i hele koncernens omsætning ved beregningen af dette loft, når overtrædelsen er begået af et datterselskab alene i en bestemt periode, før det indgik i koncernen, have til følge, enten at det fratages den beskyttelse, som var hensigten med at indføre loftet, eller at det nye moderselskab (som ikke er ansvarligt for overtrædelsen) pålægges en sanktion, hvis datterselskabet ikke er i stand til at betale bøden, på nøjagtig samme måde, som hvis koncernen blev anset for at være solidarisk ansvarlig for hele overtrædelsen [59].

55 — Domme af 16.11.2000, sag C-248/98 P, KNP BT mod Kommissionen, Sml. I, s. 9641, præmis 71, sag C-279/98 P, Cascades mod Kommissionen, Sml. I, s. 9693, præmis 78 og 79, sag C-286/98 P, Stora Kopparbergs Bergslags mod Kommissionen, Sml. I, s. 9925, præmis 37, og dommen i sagen SCA Holding mod Kommissionen, præmis 27, samt dom af 29.3.2011, sag C-352/09 P, ThyssenKrupp Nirosta mod Kommissionen, Sml. I, s. 2359, præmis 143.

56 — Jf. dommen i sagen Cascades mod Kommissionen, præmis 78-80.

57 — Jf. i denne retning dom af 8.7.1999, sag C-49/92 P, Kommissionen mod Anic Partecipazioni, Sml. I, s. 4125, præmis 145, dommen i sagen Cascades mod Kommissionen, præmis 78, dom af 11.12.2007, sag C-280/06, ETI m.fl., Sml. I, s. 10893, præmis 39, og af 10.9.2009, sag C-97/08 P, Akzo Nobel m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 8237, præmis 56.

58 — Dom af 4.7.2006, sag T-304/02, Sml. II, s. 1887, præmis 116 og 120.

59 — Jeg skal desuden bemærke, at jeg ikke mener – i modsætning til, hvad Kommissionen har anført – at det skader formålet om at afskrække fra overtrædelser, hvis der på et datterselskab anvendes et loft, som alene beregnes ud fra dettes omsætning, vedrørende en overtrædelse, som det har begået selvstændigt. Dette står nemlig ikke i vejen for, at der også tages hensyn til koncernens omsætning i beregningen af bøden for så vidt angår den bøde, som koncernen skal betale for den del af overtrædelsen, som den har begået.

130. I retsmødet tilkendegav Kommissionen, at den ville have beregnet loftet på 10% ud fra omsætningen i virksomheden YKK Stocko alene, hvis de øvrige virksomheder i koncernen slet ikke havde deltaget i overtrædelsen, efter at YKK Stocko var indgået i koncernen. Jeg kan ikke se, hvordan den omstændighed, at de øvrige virksomheder i koncernen også deltog i overtrædelsen eller ikke, efter at YKK Stocko var indgået i koncernen, kan ændre på beregningen af bøden for den periode, hvor YKK Stocko var en selvstændig virksomhed og følgelig eneansvarlig for den overtrædelse, der blev begået i den periode.

131. Desuden henviste Kommissionen i retsmødet til Rettens dom i sagen Tokai Carbon m.fl. mod Kommissionen [60] for at tage afstand fra den tilgang, den havde anvendt i beslutningen om organiske peroxider og afgørelsen om forspændingsstål, til fordel for den anvendte tilgang i dommen i sagen Gascogne Sack Deutschland og i den foreliggende sag.

132. Som generaladvokat Sharpston forklarede i sagen Gascogne Sack Deutschland mod Kommissionen (punkt 77 i hendes forslag til afgørelse), vedrørte dommen i sagen Tokai Carbon m.fl. mod Kommissionen imidlertid en noget anden, for ikke at sige den omvendte, situation. Selv om moderselskabet og datterselskabet var en del af den samme virksomhed på tidspunktet for overtrædelsen i denne sag, havde forholdet ændret sig i løbet af det år, som der skulle tages hensyn til med henblik på beregningen af loftet på 10%. På det tidspunkt var moderselskabet ikke længere ansvarligt for sit forhenværende datterselskab, idet de nu var søsterselskaber. Det blev fastslået, at de to selskaber var solidarisk ansvarlige i den periode, hvor overtrædelsen fandt sted, men beslutningen blev rettet til det forhenværende datterselskab og det forhenværende moderselskab hver især, og loftet på 10% blev anvendt på selskaberne hver især [61].

133. Rettens dom overholdt således ikke princippet om individuelt ansvar og individuelle sanktioner i forbindelse med anvendelsen af loftet på 10% som fastsat i artikel 23, stk. 2, i forordning nr. 1/2003.

### 3. Ligebehandlingsprincippet og proportionalitetsprincippet

134. Endelig mener jeg ikke, at ligebehandlingsprincippet og proportionalitetsprincippet er blevet overholdt i Kommissionens fremgangsmåde, hvilket Retten bekræftede.

135. I henhold til Domstolens praksis indebærer ligebehandlingsprincippet, at ensartede situationer ikke må behandles forskelligt, og forskellige situationer ikke må behandles ens, medmindre en sådan behandling er objektivt begrundet [62].

136. Den appellerede dom behandler imidlertid ensartede situationer forskelligt, eftersom to virksomheder, der hver især er identificeret som eneansvarlig for den samme overtrædelse, behandles forskelligt med alene den begrundelse, at den ene af dem senere er blevet erhvervet af en virksomhedskoncern.

137. I øvrigt kan formålet med den pågældende bestemmelse (dvs. forbuddet mod at pålægge for store bøder i forhold til den pågældende virksomheds omsætning) samt det grundlæggende proportionalitetsprincip, som ligger bag dette formål, ikke udgøre en objektiv begrundelse for den forskellige behandling af ensartede situationer.

60 — Dom af 15.6.2005, forenede sager T-71/03, T-74/03, T-87/03 og T-91/03. Dommen er offentliggjort i resumé. Den foreligger i fuldstændig udgave på tysk, engelsk og fransk på Rettens websted.

61 — Dommen i sagen Tokai Carbon m.fl. mod Kommissionen, præmis 389-391.

62 — Dom af 10.1.2006, sag C-344/04, IATA og ELFAA, Sml. I, s. 403, præmis 95, og af 3.5.2007, sag C-303/05, Advocaten voor de Wereld, Sml. I, s. 3633, præmis 56.

138. I dommen i sagen Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommissionen fastslog Domstolen, at loftet på 10% i henhold til artikel 23, stk. 2, i forordning nr. 1/2003 er »en grænse, der finder ensartet anvendelse på samtlige virksomheder, og som er fastsat under hensyn til den enkelte virksomheds størrelse, med det formål at undgå bøder på et urimeligt og uforholdsmæssigt niveau. Denne øvre grænse har dermed et formål, der adskiller sig fra og er selvstændigt i forhold til formålet med kriterierne vedrørende overtrædelsens grovhed og varighed« [63] .

139. På samme måde fastslog Retten i dommen i sagen Tokai Carbon m.fl. mod Kommissionen, præmis 389, at »loftet tilsigter bl.a. at beskytte virksomhederne mod et for vidtgående bødeniveau, som kunne ødelægge deres økonomiske situation«. Med andre ord har loftet på 10% til formål at sikre, at bødens størrelse ikke bringer den ansvarlige virksomheds overlevelse i fare.

140. Endelig er jeg enig med appellanterne i, at de domme, som Retten henviste til, da den forkastede deres anbringender (dvs. dommen i sagen HFB m.fl. mod Kommissionen [64] og dommen i sagen Tokai m.fl. mod Kommissionen), ikke er relevante, og at Retten foretog en ukorrekt vurdering af relevansen af Domstolens dom i sagen Cascades mod Kommissionen.

141. I den sag, der gav anledning til dommen i sagen HFB m.fl. mod Kommissionen, havde Kommissionen anset flere juridiske personer, som tilhørte en økonomisk enhed, der var kvalificeret som virksomhed, for solidarisk ansvarlige. Da Retten ikke skulle tage stilling til en sag, hvor den ene af disse virksomheder blev holdt eneansvarlig for en overtrædelse i en periode, før virksomheden blev en del af en koncern, undersøgte den i dommen i sagen HFB m.fl. mod Kommissionen derfor ikke, om der skulle tages hensyn til to lofter på 10%.

142. Desuden synes henvisningen til præmis 390 i dommen i sagen Tokai Carbon m.fl. mod Kommissionen langtfra at støtte Kommissionens argumentation, men bekræfter derimod appellanternes argument. I sagen Tokai Carbon m.fl. mod Kommissionen var alle adressaterne for Kommissionens beslutning blevet anset for at være solidarisk ansvarlige under hele overtrædelsens varighed. I denne forbindelse udtalte Retten, at »det mål, som forfølges med indførelsen af loftet på 10%, kan kun virkeliggøres, hvis dette loft for det første anvendes på hver enkelt adressat for den beslutning, som pålægger bøden«, og at »kun hvis det, for det andet, viser sig, at flere adressater *udgør virksomheden i den forstand, at det er den økonomiske enhed, der er ansvarlig for den sanktionerede overtrædelse* […], kan loftet beregnes på grundlag af denne virksomheds samlede omsætning« (min fremhævelse). Dommen i sagen Tokai Carbon m.fl. mod Kommissionen bekræfter således, at såfremt en virksomhed er eneansvarlig for en overtrædelse vedrørende perioden, før den blev erhvervet af en større koncern, skal loftet på 10% beregnes ud fra den pågældende virksomheds omsætning, og ikke omsætningen i den koncern, som den tilhører på tidspunktet for beslutningens vedtagelse (idet de øvrige juridiske personer i denne koncern på ingen måde er ansvarlige for overtrædelsen).

143. I øvrigt er jeg ligesom appellanterne af den overbevisning, at Retten begik en retlig fejl, da den i den appellerede doms præmis 194 uden i øvrigt at forklare dette anførte, at de ikke kunne påberåbe sig dommen i sagen Cascades mod Kommissionen [65], »for så vidt som YKK Holding og YKK Corp. ikke anses for ansvarlige for betalingen af hele [YKK Stockos] bøde«. Som jeg har gjort opmærksom på ovenfor i punkt 124 i dette forslag til afgørelse, er dommen i sagen Cascades mod Kommissionen derimod relevant, fordi den fastsætter, at et datterselskab skal hæfte for overtrædelser, der er begået, før det blev erhvervet, og at det nye moderselskab ikke kan holdes ansvarligt. Datterselskabet alene skal således betale den bøde, det er blevet pålagt som en særskilt økonomisk enhed.

63 — Præmis 281 og 282 (min fremhævelse). Jf. ligeledes Domstolens dom i sagen Musique Diffusion française m.fl. mod Kommissionen, præmis 121, og Rettens dom af 29.11.2005, sag T-33/02, Britannia Alloys & Chemicals mod Kommissionen, Sml. II, s. 4973, præmis 35.

64 — Dom af 20.3.2002, sag T-9/99, HFB m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 1487.

65 — Nærmere bestemt i denne doms præmis 77-80.

144. Det følger af det ovenstående, at det tredje anbringende bør tiltrædes, idet Retten har anlagt en ukorrekt fortolkning af artikel 23, stk. 2, i forordning nr. 1/2003 og tilsidesat de almindelige principper om personligt ansvar og individuelle sanktioner, om proportionalitet og om ligebehandling. Den bøde, som er pålagt YKK Stocko for BWA-samarbejdet, bør derfor være på maksimalt 3,491 mio. EUR, svarende til 10% af virksomhedens omsætning i regnskabsåret forud for vedtagelsen af den omtvistede beslutning.

145. I øvrigt har appellanterne anmodet om en bødenedsættelse for samarbejde – af det reviderede beløb på 10% af deres omsætning – på 20%, som Kommissionen havde indrømmet YKK-koncernen, der havde anmodet herom på alle sagsøgernes vegne (jf. 657.-664. betragtning til den anfægtede beslutning). Den omstændighed, at loftet på 10% burde været blevet beregnet anderledes, ændrer efter min mening ikke på anvendelsen af en nedsættelse for samarbejde, og at appellanternes anmodning derfor imødekommes, hvilket Kommissionen i øvrigt ikke har bestridt – ikke engang subsidiært – i sine indlæg eller i retsmødet, og dette hverken for Retten eller for Domstolen. Det er så mere desto mere logisk, som Kommissionens praksis [66], i henhold til retningslinjerne fra 1998, var at anvende nedsættelsen for samarbejde (sjette trin) *efter* at have kontrolleret, at loftet på 10% ikke var overskredet (hvilket svarer til femte trin i processen). Den nævnte nedsættelse for samarbejde på 20% skal derfor anvendes på det reviderede beløb. Efter nedsættelsen på 20% i henhold til samarbejdsmeddelelsen er YKK Stockos bøde således på 2 792 800 EUR.

D – *Om det fjerde anbringende om BWA-samarbejdet og vedrørende anvendelsen af en afskrækkelsesfaktor for perioden før erhvervelsen af YKK Stocko*

146. Vedrørende det fjerde anbringende har appellanterne for det første anført, at Retten ikke gav en tilstrækkelig begrundelse for afvisningen af deres anbringende om ukorrekt anvendelse af multiplikationskoefficienten for perioden før erhvervelsen af YKK Stocko. For det andet mener de, at Retten under alle omstændigheder tilsidesatte artikel 23, stk. 2, i forordning nr. 1/2003, proportionalitetsprincippet, princippet om individuelle straffe og sanktioner samt ligebehandlingsprincippet, idet den anså en forøgelse af den afskrækkende virkning for berettiget for perioden forud for YKK Holdings erhvervelse af YKK Stocko (den periode, som YKK Stocko blev anset for eneansvarlig for).

147. Kommissionen har bestridt denne argumentation. Med hensyn til den angiveligt manglende begrundelse har Kommissionen navnlig fremhævet, at det fremgår af punkt 114 i appelskriftet, at appellanterne fuldt ud har forstået Rettens argumentation i bl.a. den appellerede doms præmis 204, hvorefter det forhold, som der tages hensyn til med henblik på den afskrækkende virkning, er den pågældende virksomheds økonomiske kapacitet i den form, den havde på tidspunktet for vedtagelsen af en beslutning om bøde. Med hensyn til argumenterne vedrørende sagens realitet har Kommissionen forklaret, at afskrækkelsesfaktoren ikke var blevet pålagt for en bestemt overtrædelsesperiode, eksempelvis den periode, hvor YKK Stocko blev anset for eneansvarlig, men blev anvendt for det udgangsbeløb, som var fælles for hele YKK-koncernen (herunder YKK Stocko), og som var blevet fastsat for overtrædelsen som helhed. Den har tilføjet, at den afskrækkende virkning, som det er vigtigt at sikre, vedrører virkningen på selve den økonomiske enhed (virksomhed) i den form, den havde, da beslutningen om bøderne blev vedtaget. På tidspunktet for beslutningens vedtagelse (og rent

66 — »In setting fines under the 1998 Guidelines the Commission took a seven-stage approach. First, it evaluated the »objective« gravity of the infringement taken as a whole […] Second, it determined an »individual starting amount« for each member of the cartel […] Third, the Commission applied, when appropriate, an increase percentage to those individual starting amounts, which reflected the additional impact caused by the duration of the infringement committed by each cartel participant […] Fourth, the Commission considered the »subjective« responsibility of each cartel participant […] *Fifth, it considered whether the upper limit of 10 per cent of the annual turnover applicable to the fine had been exceeded. Sixth, where relevant and as appropriate, it reduced the fine, in application of the Leniency Notice*. Finally, the Commission took account of any exceptional circumstances justifying an adjustment to the final amount of the fine« (min fremhævelse) (J. Faull og A. Nikpay (red.), *The EC law of competition*, Oxford University Press, 2007, s. 1025-1026, denne kommentar er forfattet af tjenestemænd i Generaldirektoratet for Konkurrence). Se også en anden væsentlig kommentar: C. Bellamy og G. Child. (red.), *European Union Law of Competition*, Oxford University Press, 2013, s. 1095-1097.

faktisk fire år, før overtrædelsen blev bragt til ende) var den ansvarlige virksomhed imidlertid blevet udvidet, således at den nu bestod ikke kun af YKK Stocko, men også af de to moderselskaber. Efter at YKK Stocko var erhvervet af YKK Holding og YKK Corp., kunne selskabet ikke længere betragtes isoleret med henblik på vurderingen af bødens virkning, heller ikke for de dele af bøden, som den selv skulle betale.

148. Jeg mener, at de samme betragtninger, som jeg har gjort rede for ovenfor vedrørende det tredje anbringende, kan finde tilsvarende anvendelse her.

149. Som appellanterne med rette har anført, er der i Unionens retspraksis angivet to grunde, som kan føre til anvendelsen af en afskrækkelsesfaktor, nemlig for det første nødvendigheden af at sikre en tilstrækkelig afskrækkende virkning af bøden, herunder for de virksomheder, som råder over omfattende økonomiske ressourcer på tidspunktet for beslutningens vedtagelse, og for det andet den omstændighed, at de store virksomheder i løbet af overtrædelsesperioden [67] har kunnet råde over flere ressourcer end deres konkurrenter og således bedre har kunnet sætte sig ind i loven og holde sig inden for dens rammer.

150. Dette indebærer, at Kommissionen kun kan tage højde for den virksomheds ressourcer og økonomiske midler, som den finder ansvarlig for en overtrædelse [68].

151. I den omtvistede beslutning anvendte Kommissionen en multiplikationskoefficient på 1,25 på grundlag af for det første den større juridisk-økonomiske viden og infrastruktur, som de pågældende virksomheder havde rådet over, i forhold til deres konkurrenter, og for det andet de »omfattende økonomiske ressourcer«, som de havde rådet over.

152. I denne henseende henviser den omtvistede beslutning, i 538. betragtning, for det første til YKK-koncernens »størrelse« og for det andet til koncernens »internationale dimension«, et udtryk, som Retten selv anvendte i dommen i sagen Danone mod Kommissionen [69] – som Kommissionen i øvrigt citerede i 537. betragtning til den omtvistede beslutning som begrundelse for ikke kun at anvende multiplikationskoefficienten på den del af bøden, som appellanterne blev pålagt, in solidum, men også på den bøde, som YKK Stocko blev pålagt for den overtrædelsesperiode, som virksomheden blev holdt eneansvarlig for, dvs. før marts 1997.

153. Mens det af disse grunde kunne forsvares at anvende multiplikationskoefficienten på 1,25 for perioden efter 1997 (hvor YKK Stocko reelt var en del af YKK-koncernen), mener jeg ikke, at denne koefficient er begrundet vedrørende perioden før erhvervelsen af YKK Stocko.

154. Det fremgår nemlig af sagens akter, at YKK Stocko før erhvervelsen var en lille virksomhed, som rådede over begrænsede ressourcer og ikke havde nogen juridisk tjeneste. Det står klart, at YKK Stocko før marts 1997 ikke rådede over omfattende økonomiske ressourcer.

155. For så vidt angår ligebehandlingsprincippet (i betragtning af den betydelige forskel mellem de ressourcer, som YKK Stocko på den ene side rådede over i den overtrædelsesperiode, som virksomheden er blevet holdt eneansvarlig for, og på den anden side hele YKK-koncernen (herunder YKK Stocko) i den overtrædelsesperiode, som de blev holdt solidarisk ansvarlige for, dvs. efter

67 — I præmis 379 og 382 i dom af 18.6.2008, sag T-410/03, Hoechst mod Kommissionen, Sml. II, s. 881, fastslås det, med hensyn til den anden grund til at forhøje bøden, at de pågældende virksomheders størrelse bør vedrøre deres stilling på det tidspunkt, hvor overtrædelsen fandt sted.

68 — Jf. Rettens dom af 12.10.2011, sag T-38/05, Agroexpansión mod Kommissionen, Sml. II, s. 7005, præmis 215.

69 — Præmis 175, hvori det angives, at »sagsøgeren rådede over juridisk-økonomisk ekspertise og infrastruktur, der gjorde det muligt for sagsøgeren bedre at vurdere, om sagsøgerens adfærd var ulovlig, og hvilke konkurrenceretlige konsekvenser den havde«.

erhvervelsen af YKK Stocko) og hvad angår princippet om individuelle straffe, hvorefter straffene skal tilpasses de pågældende virksomheders adfærd og kendetegn [70], burde Retten have foreholdt Kommissionen anvendelsen af den samme multiplikationskoefficient for begge disse overtrædelsesperioder.

156. Det er interessant at drage en parallel mellem den foreliggende sag og Kommissionens beslutning vedrørende »monochloreddikesyre-kartellet« [71]. I denne beslutning pålagde Kommissionen udelukkende Arkema (tidligere Atofina SA, herefter »Atofina«), datterselskab af koncernen Elf/Total, en bøde for gentagen overtrædelse.

157. Ved beregningen af denne bøde sørgede Kommissionen for – med henblik på at justere udgangsbeløbet for bøden af hensyn til den afskrækkende virkning – at tage hensyn til en multiplikationskoefficient, som ikke kun afspejlede Arkemas økonomiske kapacitet (betragtet uafhængigt af virksomhedens moderselskab, Elf Aquitaine SA, herefter »Elf«), uanset at Arkema og Elf udgjorde den samme økonomiske enhed på tidspunktet for vedtagelsen af den pågældende beslutning.

158. Kommissionen anførte i fodnote 222 til denne beslutning, at »den multiplikationskoefficient på 2,5, der er anvendt på Elf, [ikke] er […] medtaget i beregningen. Der anvendes i stedet en multiplikationskoefficient på 1,5, som ville have været anvendt, hvis Atofina havde været beslutningens eneste adressat (eftersom selskabets samlede omsætning er på 17,8 mia. EUR), med henblik på at beregne gentagelsen. Atofina pålægges derfor en særskilt bøde på dette beløb«.

159. Med andre ord anvendte Kommissionen ved beregningen af den bøde, som blev pålagt datterselskabet alene, en multiplikationskoefficient på 1,5 – til forskel fra den koefficient på 2,5, som blev anvendt ved beregningen af den bøde, som moderselskabet (Elf) og datterselskabet (Arkema) blev pålagt med fælles og solidarisk hæftelse – for at tage hensyn til datterselskabets ringere økonomiske kapacitet betragtet uafhængigt af dets moderselskab.

160. Kommissionen har i den foreliggende sag ikke anført nogen grund til, at den ikke har anvendt den samme fremgangsmåde ved beregningen af den bøde, som YKK Stocko var eneansvarlig for.

161. Ved fordelingen af appellanternes ansvar inden for BWA-samarbejdet anerkendte den omtvistede beslutning udtrykkeligt, at YKK Stocko var en separat virksomhed i forhold til YKK-koncernen før marts 1997. Endvidere konstaterer den omtvistede beslutning, at der er tale om overtrædelser af forskellig varighed begået af henholdsvis YKK Stocko og YKK Stocko sammen med YKK-koncernen [72]. Ved beregningen af bøden, og nærmere bestemt fastsættelsen af en afskrækkelsesfaktor, tog Kommissionen imidlertid kun hensyn til YKK-koncernens samlede ressourcer, også for den overtrædelsesperiode, hvor den virksomhed, som blev anset for ansvarlig, ikke rådede over disse ressourcer.

162. Imidlertid er det den virksomhed, som er ansvarlig i artikel 81 EF's forstand, hvis størrelse og globale ressourcer der skal tages hensyn til ved fastsættelsen af en eventuel afskrækkelsesfaktor.

163. Retten begik således en retlig fejl, da den fastslog, at Kommissionen kunne anvende en multiplikationskoefficient på 1,25 ved beregningen af den bøde, som blev pålagt YKK Stocko alene.

70 — Jf. i denne retning Domstolens dom i sagen Britannia Alloys & Chemicals mod Kommissionen, præmis 44.

71 — Kommissionens beslutning 2006/897/EF af 19.1.2005 om en procedure efter EF-traktatens artikel 81 og EØS-aftalens artikel 53 mod Akzo Nobel NV, Akzo Nobel Nederland BV, Akzo Nobel Chemicals BV, Akzo Nobel Functional Chemicals BV, Akzo Nobel Base Chemicals AB, Eka Chemicals AB og Akzo Nobel AB in solidum, Clariant AG og Clariant GmbH in solidum, Elf Aquitaine SA og Arkema SA in solidum samt Hoechst AG (sag C.37.773 – MCAA) (EUT 2006 L 353, s. 12-15).

72 — 541. betragtning til den omtvistede beslutning.

164. Som det fremgår af det ovenfor anførte, er det min opfattelse, at det i den foreliggende sag ikke er berettiget at anvende en multiplikationskoefficient hvad angår YKK Stocko. Bøden for perioden før YKK-koncernens erhvervelse af YKK Stocko bør således fastsættes til 2 792 800 EUR.

## IV – **Sagens omkostninger**

165. I henhold til artikel 184, stk. 2, i Domstolens procesreglement træffer Domstolen, såfremt appellen tages til følge, og Domstolen selv endeligt afgør sagen, afgørelse om sagsomkostningerne. Samme procesreglements artikel 138, stk. 3, som i medfør af dettes artikel 184, stk. 1, finder anvendelse i appelsager, fastsætter, at hvis hver af parterne henholdsvis taber eller vinder på et eller flere punkter, bærer hver part sine egne omkostninger.

166. I det foreliggende tilfælde skal dels bemærkes, at mens to af de fire anbringender, som appellanterne har påberåbt sig, efter min mening bør tages til følge, og den appellerede dom bør ophæves på dette punkt, er dette derimod ikke tilfældet for så vidt angår de to øvrige anbringender, som jeg foreslår, at Domstolen forkaster.

167. Hvad angår sagen i første instans skal det bemærkes, at Domstolen ved at nedsætte bøden ligeledes vil give medhold i to af appellanternes otte anbringender[73]. Det fremgår til gengæld af den appellerede dom, at Domstolen ikke bør give appellanterne medhold i de øvrige anbringender, som de har gjort gældende i første instans, og at den appellerede dom ikke på disse punkter bør underkendes af Domstolen.

168. På dette grundlag, og idet hver af parterne delvist har tabt sagen i såvel første instans som under denne appel, bør det fastslås, at hver part bærer sine egne omkostninger.

## V – **Forslag til afgørelse**

169. Jeg foreslår derfor Domstolen at træffe følgende afgørelse:

»Det første og det andet anbringende forkastes.

— Den Europæiske Unions Rets dom af 27. juni 2012, sag T-448/07, YKK m.fl. mod Kommissionen, ophæves, for så vidt som Retten ved beregningen af den bøde, der blev pålagt YKK Stocko Fasteners GmbH, begik retlige fejl hvad angår anvendelsen af loftet på 10% i henhold til artikel 23, stk. 2, i Rådets forordning nr. 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82 og af afskrækkelsesfaktoren.

— Den bøde, som pålægges Stocko Fasteners GmbH for den overtrædelsesperiode, som virksomheden er eneansvarlig for, fastsættes til 2 792 800 EUR i stedet for 19 250 000 EUR.

— Europa-Kommissionen tilpligtes at bære sine egne omkostninger i forbindelse med sagen i første instans og appelsagen.

— YKK Corp., YKK Holding Europe BV og YKK Stocko Fasteners GmbH tilpligtes at bære deres egne omkostninger i forbindelse med sagen i første instans og appelsagen.«

73 — Jf. punkt 10, andet led, i dette forslag til afgørelse.