

ARREST VAN HET GERECHT (Vierde kamer)
20 maart 2002 *

In zaak T-9/99,

HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH & Co. KG,
gevestigd te Rosenheim (Duitsland),

HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH, Verwaltungsgesellschaft,
gevestigd te Rosenheim,

Isoplus Fernwärmetechnik Vertriebsgesellschaft mbH, gevestigd te Rosenheim,

Isoplus Fernwärmetechnik Gesellschaft mbH, gevestigd te Hohenberg (Oostenrijk),

Isoplus Fernwärmetechnik GmbH, gevestigd te Sondershausen (Duitsland),

vertegenwoordigd door P. Krömer en F. Nusterer, advocaten, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verzoeksters,

* Procestaal: Duits.

tegen

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door W. Mölls en É. Gippini Fournier als gemachtigden, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verweerster,

betreffende, primair, een verzoek tot nietigverklaring van beschikking 1999/60/EG van de Commissie van 21 oktober 1998 inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EG-Verdrag (IV/35.691/E-4 — Kartel voor voorgeïsoleerde buizen) (PB 1999, L 24, blz. 1), en, subsidiair, een verzoek tot vermindering van de bij deze beschikking aan verzoeksters opgelegde geldboete,

wijst

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Vierde kamer),

samengesteld als volgt: P. Mengozzi, kamerpresident, V. Tiili en R. M. Moura Ramos, rechters,

griffier: J. Palacio González, administrateur,

gezien de stukken en na de mondelinge behandeling op 20 oktober 2000,

het navolgende

Arrest¹

Feiten

- 1 Verzoeksters zijn vennootschappen naar Duits en Oostenrijks recht die werkzaam zijn in de sector afstandswarmte en volgens de Commissie tot de „groep Henss/Isoplus” behoren.

2
tot
7 [...]

- 8 Op 21 oktober 1998 gaf de Commissie beschikking 1999/60/EG inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EG-Verdrag (IV/35.691/E-4 — Kartel voor voorgeïsoleerde buizen) (PB 1999, L 24, blz. 1), die nog vóór de bekendmaking ervan werd gerectificeerd bij beschikking van 6 november 1998 [C(1998) 3415 def.] (hierna: „beschikking” of „bestreden beschikking”), waarbij de deelneming van verschillende ondernemingen, waaronder sommige verzoeksters, aan een geheel van overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de zin van artikel 85, lid 1, EG-Verdrag (thans artikel 81, lid 1, EG) (hierna: „kartel”) werd vastgesteld.

1 — Alleen die punten van het onderhavige arrest waarvan het Gerecht de publicatie nuttig acht, worden weergegeven. De feiten en het rechtskader van deze zaak zijn uiteengezet in het arrest van het Gerecht van 20 maart 2002, LR AF 1998/Commissie (T-23/99, Jurispr. blz. II-1705).

- 9 Volgens de beschikking werd eind 1990 tussen de vier Deense producenten van buizen voor afstandsverwarming een beginselakkoord gesloten over een algemene samenwerking op hun binnenlandse markt. Partijen bij deze overeenkomst waren ABB IC Møller A/S, de Deense dochtermaatschappij van de Zwitsers-Zweedse groep ABB Asea Brown Boveri Ltd (hierna: „ABB”), Dansk Rørindustri A/S, ook bekend onder de naam Starpipe (hierna: „Dansk Rørindustri”), Løgstør Rør A/S (hierna: „Løgstør”) en Tarco Energi A/S (hierna: „Tarco”) (de vier partijen samen worden hierna aangeduid als de „Deense producenten”). Een van de eerste maatregelen bestond erin om zowel voor de Deense markt als voor de exportmarkten een prijsstijging te coördineren. Met het oog op de verdeling van de Deense markt werd een quotaregeling vastgesteld, die vervolgens werd uitgevoerd en gecontroleerd door een „contactgroep”, samengesteld uit de verkoopdirecteuren van de betrokken ondernemingen. Voor elk handelsproject (hierna: „project”) gaf de onderneming waaraan het contract door de contactgroep was toegewezen, de prijs die zij zou opgeven, door aan de andere deelnemers, die vervolgens tegen een hogere prijs inschreven teneinde de door het kartel aangewezen leverancier te beschermen.
- 10 Volgens de beschikking namen vanaf de herfst van 1991 twee Duitse producenten, de groep Henss/Isoplus en Pan-Isovit GmbH, deel aan de regelmatig gehouden bijeenkomsten van de Deense producenten. Tijdens deze bijeenkomsten werd onderhandeld over de verdeling van de Duitse markt, hetgeen in augustus 1993 leidde tot de vaststelling van verkoopquota voor elke deelnemende onderneming.
- 11 Nog steeds volgens de beschikking bereikten al deze producenten in 1994 een akkoord over de vaststelling van quota voor de gehele Europese markt. Dit Europese kartel had een tweetrapsstructuur. De „club van directeuren”, die bestond uit de voorzitters of algemene directeuren van de deelnemende ondernemingen, stelde voor elke onderneming quota vast, zowel voor de gehele markt als voor de verschillende nationale markten, waaronder die van Duitsland, Oostenrijk, Denemarken, Finland, Italië, Nederland en Zweden. Voor bepaalde nationale markten werden „contactgroepen” opgericht, samengesteld uit de lokale verkoopdirecteuren, die tot taak hadden de overeenkomsten toe te passen door de projecten toe te wijzen en de inschrijvingen op aanbestedingen te coördineren.

- 12 Wat de Duitse markt betreft, wordt in de beschikking verklaard dat de eerste bijeenkomst van de contactgroep voor Duitsland op 7 oktober 1994 werd gehouden na een bijeenkomst van de zes belangrijkste Europese producenten (ABB, Dansk Rørindustri, de groep Henss/Isoplus, Løgstør, Pan-Isovit en Tarco) en Brugg Rohrsysteme GmbH (hierna: „Brugg”) op 18 augustus 1994. De bijeenkomsten van deze groep zijn nog lang na de verificaties van de Commissie eind juni 1995 doorgedaan, zij het vanaf dat ogenblik buiten de Europese Unie te Zürich, waar bijeenkomsten hebben plaatsgevonden tot 25 maart 1996, te weten enkele dagen nadat sommige van de ondernemingen van de Commissie verzoeken om inlichtingen hadden ontvangen.
- 13 Een van de oogmerken van het kartel was volgens de beschikking de vaststelling en uitvoering van onderling afgestemde maatregelen om de enige belangrijke onderneming die niet aan het kartel deelnam, Powerpipe, uit te schakelen. De Commissie verklaart dat sommige leden van het kartel „sleutelposities innemende werknemers” van Powerpipe aanwierven en deze onderneming te kennen gaven dat zij zich uit de Duitse markt diende terug te trekken. Nadat in maart 1995 een belangrijk Duits project aan Powerpipe was gegund, vond te Düsseldorf een vergadering plaats van de zes bovengenoemde producenten en Brugg, waarop volgens de Commissie werd beslist de klanten en leveranciers van Powerpipe collectief te boycotten. Deze boycot werd vervolgens doorgevoerd.
- 14 In de beschikking wordt uiteengezet waarom niet alleen de eind 1990 tussen de Deense producenten gesloten expliciete marktverdelingsovereenkomst, maar ook de vanaf oktober 1991 overeengekomen regelingen in hun geheel genomen als een door artikel 85, lid 1, van het Verdrag verboden „overeenkomst” kunnen worden aangemerkt. Verder benadrukt de Commissie dat de „Deense” en „Europese” kartels slechts de uitdrukking waren van één enkel kartel, dat in Denemarken is begonnen, maar dat vanaf het begin de doelstelling op lange termijn had, de controle van de deelnemers tot de gehele markt uit te breiden. Volgens de Commissie had de voortgezette overeenkomst tussen de producenten belangrijke gevolgen voor de handel tussen de lidstaten.

15 Om deze redenen heeft de Commissie de volgende beschikking gegeven:

„Artikel 1

ABB Asea Brown Boveri Ltd, Brugg Rohrsysteme GmbH, Dansk Rørindustri A/S, Henss/Isoplus Group, Ke-Kelit Kunststoffwerk Ges mbH, Oy KWH Tech AB, Løgstør Rør A/S, Pan-Isovit GmbH, Sigma Tecnologie di Rivestimento Srl en Tarco Energie A/S hebben inbreuk gemaakt op artikel 85, lid 1, van het Verdrag door op de wijze en in de mate als uiteengezet in de overwegingen, deel te nemen aan een complex geheel van overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen dat omstreeks november/december 1990 tussen de vier Deense producenten tot stand kwam, vervolgens werd uitgebreid tot andere nationale markten en Pan-Isovit en Henss/Isoplus als nieuwe leden [kreeg], zodat het tegen eind 1994 in een alomvattend kartel bestond dat de gehele gemeenschappelijke markt bestreek.

De duur van de inbreuken bestreek het tijdvak:

[...]

— in het geval van [de groep Henss/Isoplus], van omstreeks oktober 1991 tot [ten minste maart of april 1996],

[...]

De voornaamste kenmerken van de inbreuk zijn:

- het onder elkaar verdelen van nationale markten, en uiteindelijk van de gehele Europese markt, op basis van quota's;
- de toewijzing van nationale markten aan bepaalde producenten en het zo regelen dat andere producenten zich uit die markten terugtrokken;
- het overeenkomen van prijzen voor het product en voor individuele projecten;
- het toewijzen van individuele projecten aan vooraf aangeduide producenten, waarbij de inschrijvingsprocedure voor die projecten werd gemanipuleerd om er zeker van te zijn dat het betrokken contract aan de door het kartel aangeduide producent werd toegekend;
- teneinde het kartel te beschermen tegen concurrentie door Powerpipe AB, de enige belangrijke niet bij het kartel aangesloten onderneming, het overeenkomen en uitvoeren van onderling afgestemde maatregelen om de commerciële activiteiten van Powerpipe te belemmeren, haar schade te berokkenen of zelfs haar volledig uit de markt te verdrijven.

[...]

Artikel 3

Aan de in artikel 1 genoemde ondernemingen worden wegens de bij dat artikel vastgestelde inbreuken de volgende geldboeten opgelegd:

[...]

d) de Henss/Isoplus-groep: een boete van 4 950 000 ECU, waarvoor de volgende ondernemingen gezamenlijk en hoofdelijk aansprakelijk zijn:

— HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH & Co KG,

— HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH Verwaltungsgesellschaft,

— Isoplus Fernwärmetechnik Vertriebsgesellschaft mbH (voormalig Dipl.-Kfm. Walter Henss GmbH Rosenheim),

— Isoplus Fernwärmetechnik GmbH, Sondershausen,

— Isoplus Fernwärmetechnik Ges. mbH — stille Gesellschaft,

— Isoplus Fernwärmetechnik Ges. mbH, Hohenberg;

[...]

Artikel 5

Deze beschikking is gericht tot:

[...]

d) De Henss/Isoplus-groep, vertegenwoordigd door:

— HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH & Co. KG,
Aisingerstraße 12, D-83026 Rosenheim,

— HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH Verwaltungsgesellschaft, Aisingerstraße 12, D-83026 Rosenheim,

— Isoplus Fernwärmetechnik GmbH, Aisingerstraße 12, D-83026 Rosenheim,

- Isoplus Fernwärmetechnik Ges. mbH, Furthoferstraße 1A, A-3192 Hohenberg,

- Isoplus Fernwärmetechnik Ges. mbH — stille Gesellschaft, Furthoferstraße 1A, A-3192 Hohenberg,

- Isoplus Fernwärmetechnik GmbH, Glückaufstraße 34, D-99706 Sondershausen,

[...]”

16
tot
24

[...]

Betrekkingen tussen de ondernemingen waarvan wordt aangenomen dat zij tot de groep Henss/Isoplus behoren

- 25 Een van de ondernemingen die volgens de Commissie tot de groep Henss/Isoplus behoren en die bij de onderhavige procedure zijn betrokken, HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH & Co. KG (hierna: „HFB KG”), is een op 15 januari 1997 opgerichte Komanditgesellschaft naar Duits recht. De beherende vennoot, die persoonlijk en onbeperkt aansprakelijk is voor de schulden van de vennootschap, is HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH, Verwaltungsgesellschaft (hierna: „HFB GmbH”), een

vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, die eveneens op 15 januari 1997 is opgericht. De stille vennoten van HFB KG, die aansprakelijk zijn tot een bepaald bedrag, zijn de heer en mevrouw Henss en de heer en mevrouw Papsdorf. De heer Hens is stille vennoot en hoofdaandeelhouder van HFB KG en tevens hoofdaandeelhouder van HFB GmbH.

- 26 Verzoekster Isoplus Fernwärmetechnik Vertriebsgesellschaft mbH (hierna: „Isoplus Rosenheim”), vóór 1 januari 1997 Dipl.-Kfm. Walter Henss GmbH (hierna: „Henss Rosenheim”), is een vennootschap naar Duits recht. Nadat de echtgenoten Henss hun aandelen van Isoplus Rosenheim en de echtgenoten Papsdorf hun aandelen van Dipl.-Kfm. Walter Henss Fernwärmerohrleitungsbau GmbH, Berlin (hierna: „Henss Berlin”) hadden ingebracht in HFB KG, had deze laatste 100 % van de aandelen van deze twee vennootschappen in handen en liet zij Henss Berlin op 3 december 1997 opslorpen door Isoplus Rosenheim.
- 27 Isoplus Fernwärmetechnik Ges. mbH, Hohenberg (hierna: „Isoplus Hohenberg”) is een Oostenrijkse vennootschap waarvan de heer Henss, via een trustee, hoofdaandeelhouder is.
- 28 Isoplus Fernwärmetechnik GmbH, Sondershausen (hierna: „Isoplus Sondershausen”) is een Duitse vennootschap waarvan alle aandelen op naam van Isoplus Hohenberg staan, die deze voor een deel als trustee voor derden houdt.
- 29 Isoplus Rosenheim is op de markt van de afstandsverwarming vooral werkzaam als distributiemaatschappij. Isoplus Hohenberg en Isoplus Sonderhausen zijn productieondernemingen. HFB KG en HFB GmbH zijn slechts holdingmaatschappijen.

- 30 In haar beschikking heeft de Commissie Isoplus Rosenheim, Henss Berlin, Isoplus Hohenberg en Isoplus Sondershausen als een de-factogroep „Henss/Isoplus” beschouwd. De Commissie heeft de mededeling van de punten van bezwaar aan deze vier ondernemingen toegezonden, nadat zij had vastgesteld dat zij alle vier banden hadden met de heer Henss, die de vergaderingen van de club van directeuren had bijgewoond. Volgens de beschikking heeft de Commissie pas na de toezending van de mededeling van de punten van bezwaar kennis gekregen van het bestaan van een in het handelsregister ingeschreven „Einbringungsvertrag” van 15 januari 1997, waaruit blijkt dat de echtparen Henss en Papsdorf in januari 1997 hun aandelen hebben ingebracht in HFB KG.
- 31 Uit hetzelfde „Einbringungsvertrag” kwam de Commissie te weten dat de heer Henss ook eigenaar was van een holdingmaatschappij, Isoplus Fernwärmetechnik Ges. mbH — Stille Gesellschaft (hierna: „Isoplus stille Gesellschaft”), waarvan de aandelen in handen waren van een trustee.
- 32 Verder heeft de Commissie uit deze overeenkomst vernomen dat de heer Henss via trustees een deelneming bezat in deze vennootschap, hoewel de juridisch adviseurs van verzoeksters dit tijdens de administratieve procedure hebben ontkend. In de onderhavige procedure wordt tussen partijen niet meer betwist dat de heer Henss daadwerkelijk hoofdaandeelhouder was van Isoplus Hohenberg.
- 33 Aangaande de deelneming van Isoplus Hohenberg in Isoplus Sondershausen heeft de Commissie uit het Einbringungsvertrag vernomen dat eenderde van het maatschappelijk kapitaal van Isoplus Sondershausen, dat Isoplus Hohenberg als trustee voor het echtpaar Papsdorf in handen had, was overgedragen aan HFB KG. In de onderhavige procedure verklaren verzoeksters dat Isoplus Hohenberg nog een tweede derde deel van het maatschappelijk kapitaal van Isoplus Sondershausen als trustee in handen had. Verzoeksters erkennen dat zij deze informatie tijdens de administratieve procedure niet aan de Commissie hebben verstrekt.

Het verzoek om maatregelen van instructie

- 34 Krachtens artikel 68 van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht vragen verzoeksters dat de heren Boysen, B. Hansen, N. Hansen, Hybschmann, Jespersen en Vollandt als getuigen worden gehoord „om te bewijzen dat verzoeksters of de groep Henss/Isoplus vóór oktober 1994 niet hebben deelgenomen aan een ongeoorloofde praktijk/maatregel of aan een andere, soortgelijke gedraging in de zin van artikel 85, lid 1, EG-Verdrag”. Verzoeksters zijn bereid om een voorschot ter dekking van de geschatte kosten te betalen.
- 35 Verder vragen verzoeksters het Gerecht, de Commissie te gelasten het gehele onderzoeksdossier betreffende de onderhavige zaak, met inbegrip van de bijlagen en het verslag van de raadadviseur-auditeur, neer te leggen.
- 36 In de eerste plaats zij eraan herinnerd dat in artikel 68, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering wordt bepaald dat het Gerecht ambtshalve of op verzoek van partijen, partijen en de advocaat-generaal gehoord, het bewijs van bepaalde feiten door getuigenverhoor kan bevelen. Volgens de laatste alinea van deze bepaling moet de partij die om een getuigenverhoor verzoekt, daarbij nauwkeurig de feiten aangeven waarop dit verhoor betrekking zal hebben, alsmede de redenen die dit verhoor rechtvaardigen.
- 37 Verzoeksters hebben in hun memories, met name in de punten 20, 40, 50, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 94, 96, 125 en 142 van het verzoekschrift, weliswaar bepaalde personen genoemd die als getuigen kunnen optreden met betrekking tot de in deze punten uiteengezette feiten, maar de zes personen met betrekking tot wie uitdrukkelijk is gevraagd dat zij door het Gerecht als getuigen worden gehoord, worden in deze punten niet genoemd. Derhalve stelt het Gerecht vast dat verzoeksters voor deze zes personen op generlei wijze de feiten hebben aangegeven waarover een getuigenverhoor dient te worden gelast.

- 38 Bijgevolg wijst het Gerecht het verzoek om getuigenverhoor af zonder dat hoeft te worden nagegaan of het opportuun is de zes genoemde personen te horen.
- 39 Wat in de tweede plaats de neerlegging van het onderzoeksdossier betreft, wijst het Gerecht erop dat de Commissie tijdens de contentieuze procedure uit eigen beweging bij brief van 26 juli 1997 de administratieve dossiers in de betrokken zaken heeft neergelegd. Aan verzoeksters is meegedeeld dat de dossiers waren neergelegd en ter griffie konden worden ingezien. In deze omstandigheden hoeft de vordering van verzoeksters om neerlegging van het dossier te gelasten, niet te worden toegewezen.
- 40 Met betrekking tot verzoeksters' vordering tot neerlegging van het verslag van de raadadviseur-auditeur zij opgemerkt dat dit verslag een zuiver intern document van de Commissie is dat slechts de waarde van een advies heeft, dat niet is bedoeld om nieuwe punten van bezwaar te formuleren of nieuw bewijsmateriaal tegen de ondernemingen aan te dragen, en dat dus geen enkel beslissend element bevat waarmee de gemeenschapsrechter bij de uitoefening van zijn toetsingsrecht rekening dient te houden (beschikking Hof van 11 december 1986, ICI/Commissie, 212/86 R, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punten 5-8; arresten Gerecht van 24 oktober 1991, Petrofina/Commissie, T-2/89, Jurispr. blz. II-1087, punten 53 en 54, en 10 maart 1992, Hüls/Commissie, T-9/89, Jurispr. blz. II-499, punten 86 en 87). Volgens vaste rechtspraak worden tijdens de procedure voor de gemeenschapsrechter interne documenten van de Commissie alleen dan aan de verzoekende partijen ter inzage gegeven, indien deze serieuze aanwijzingen hebben verstrekt dat de bijzondere omstandigheden van het geval dit vereisen (beschikking Hof van 18 juni 1986, BAT en Reynolds/Commissie, 142/84 en 156/84, Jurispr. blz. 1899, punt 11; arrest Gerecht van 27 oktober 1994, Deere/Commissie, T-35/92, Jurispr. blz. II-957, punt 31; beschikking Gerecht van 10 december 1997, NMH Stahlwerke e.a./Commissie, T-134/94, T-136/94—T-138/94, T-141/94, T-145/94, T-147/94, T-148/94, T-151/94, T-156/94 en T-157/94, Jurispr. blz. II-2293, punt 35). Deze beperking van het recht van inzage in interne documenten is gerechtvaardigd door de noodzaak de goede werking van de betrokken instelling op het gebied van de bestrijding van

inbreuken op de mededingingsregels van het Verdrag te verzekeren (beschikking NMH Stahlwerke e.a./Commissie, reeds aangehaald, punt 36). Aangezien verzoeksters niet hebben aangetoond hoe de neerlegging van het verslag van de raadadviseur-auditeur van belang kan zijn voor de eerbiediging van de rechten van de verdediging, dient het verzoek eveneens te worden afgewezen voorzover het betrekking heeft op de neerlegging van dit verslag.

- 41 Om deze redenen wijst het Gerecht het door verzoeksters geformuleerde verzoek om maatregelen van instructie af.

De vordering tot nietigverklaring van de beschikking

- 42 De door verzoeksters aangevoerde middelen kunnen worden ingedeeld per onderwerp: de groep Henss/Isoplus, HFB KG en HFB GmbH, Isoplus stille Gesellschaft, en, ten slotte, alle verzoeksters samen.

I — Middelen betreffende de groep Henss/Isoplus

- 43 Met betrekking tot de groep Henss/Isoplus voeren verzoeksters drie middelen aan: onjuiste toepassing van artikel 85, lid 1, van het Verdrag, schending van wezenlijke vormvoorschriften en, ten slotte, niet-nakoming van de motiveringsplicht.

A — *Eerste middel: onjuiste toepassing van artikel 85, lid 1, van het Verdrag bij de kwalificatie van verzoeksters als „ondernemingen van de groep Henss/Isoplus”*

1. Argumenten van partijen

- 44 Verzoeksters stellen dat de Commissie artikel 85, lid 1, van het Verdrag onjuist heeft toegepast door hen aan te merken als ondernemingen van de groep Henss/Isoplus, die wegens haar deelneming aan een mededingingsversturende praktijk een geldboete heeft gekregen waarvoor alle verzoeksters hoofdelijk aansprakelijk zijn.
- 45 Volgens verzoeksters kan een onderneming in de zin van de artikelen 85 van het Verdrag en 86 EG-Verdrag (thans artikel 82 EG) alleen bestaan in natuurlijke of rechtspersonen of in vennootschappen die moeten worden behandeld alsof zij eigen rechtspersoonlijkheid hadden (zogenaamde quasi-rechtspersonen). De groep Henss/Isoplus, waarvan de Commissie het bestaan vermoedt, heeft evenwel geen eigen rechtspersoonlijkheid of quasi-rechtspersoonlijkheid.
- 46 Bij gebreke van een moeder- of holdingmaatschappij met rechtspersoonlijkheid kunnen verzoeksters niet worden aangemerkt als een groep in de zin van het vennootschapsrecht en evenmin — zoals de Commissie in de punten 15 en 157 van de beschikking aanneemt — als een „de-factogroep” in de zin van juridisch zelfstandige ondernemingen waarvan het economische gedrag door een andere onderneming kan worden bepaald.
- 47 Aangaande de holdingmaatschappijen HFB GmbH en HFB KG preciseren verzoeksters om te beginnen dat eerstgenoemde uitsluitend werkzaam is als behorende vennoot van laatstgenoemde. Hoewel HFB KG op het ogenblik van de

vaststelling van de beschikking 100 % van het maatschappelijk kapitaal van Isoplus Rosenheim in handen had, bezat zij slechts eenderde van het maatschappelijk kapitaal van Isoplus Sondershausen. Anders dan in punt 159 van de beschikking wordt verklaard, heeft HFB KG nooit, zelfs niet via een trustee, banden gehad met Isoplus Hohenberg, en is zij evenmin, zelfs niet via een trustee, stille vennoot geweest van een dergelijke vennootschap waarvan Isoplus Hohenberg de „eigenaar” was.

- 48 Voorzover de Commissie stelt dat de ondernemingen waarvan wordt aangenomen dat zij tot de groep Henss/Isoplus te behoren, alle onder dezelfde uniforme controle van de heer Henss vielen, gaat zij voorbij aan het feit dat de heer Henss weliswaar hoofdaandeelhouder van Henss Rosenheim (thans Isoplus Rosenheim) en, via trustees, van Isoplus Hohenberg was, maar dat hij geen aandeelhouder van Henss Berlin of van Isoplus Sondershausen was. Bovendien kan de heer Henss in zijn hoedanigheid van aandeelhouder niet als onderneming in de zin van artikel 85 van het Verdrag worden aangemerkt.
- 49 Verder kan niet worden aangenomen dat Isoplus Sondershausen onder de controle van Isoplus Hohenberg stond, aangezien deze laatste als trustee optrad. Tot 21 oktober 1998 bezat Isoplus Hohenberg immers slechts eenderde van het maatschappelijk kapitaal van Isoplus Sondershausen voor eigen rekening, en eenderde als trustee. Om redenen die verband houden met het zakengeheim, hebben Isoplus Hohenberg en Isoplus Sondershausen de Commissie niet meegedeeld dat Isoplus Hohenberg een trustee was. Overigens leverden Isoplus Hohenberg en Isoplus Sondershausen ten dele op dezelfde markten, hetgeen bij groepen in de regel niet het geval is.
- 50 De hoedanigheid van „groep” kan, anders dan de Commissie stelt, evenmin worden afgeleid uit de vermelding „firma Henss GmbH, groep Isoplus” in een nota van de heer Henss van 21 april 1995 (aanvullend stuk nr. 17 bij de mededeling van de punten van bezwaar), aangezien het gaat om een namens

Henss Rosenheim opgestelde verklaring waarin de komma vóór „groep Isoplus” alleen betekent dat Henss Rosenheim behoorde tot het losse verband waartoe de andere leden van het kartel verzoeksters hadden gerekend wegens de agentuur-overeenkomsten tussen deze laatsten. Dat een dergelijk los verband een gemachtigde of woordvoerder heeft, maakt dit verband nog niet tot een groep in de zin van het vennootschapsrecht.

- 51 Verder wordt in de beschikking geen enkel element aangevoerd op basis waarvan verzoeksters, bij het ontbreken van een — zij het feitelijk — groepsverband, wederzijds aansprakelijk zouden zijn voor de mededingingsverstorende praktijken van elk van hen.
- 52 Verweerster wijst erop dat het begrip groep doelt op de economische entiteit bestaande uit de vier bij het kartel betrokken ondernemingen, te weten Henss Rosenheim (thans Isoplus Rosenheim), Henss Berlin, Isoplus Hohenberg en Isoplus Sondershausen, die aan dezelfde uniforme controle waren onderworpen, in het bijzonder met betrekking tot hun deelneming aan het kartel. De heer Henss was directeur-generaal van Henss Berlin en Henss Rosenheim en controleerde zowel deze laatste als Isoplus Hohenberg en Isoplus Sondershausen via rechtstreekse of indirecte deelnemingen. Verder heeft de heer Henss tijdens de vergaderingen van de club van directeuren, waarop aan de ondernemingen van de groep één enkel quotum is toegekend, de belangen van elk van de ondernemingen van de groep omschreven en vertegenwoordigd.
- 53 Aangezien alle personele, materiële en immateriële elementen die formeel tot de ondernemingen van de groep Henss/Isoplus behoorden, deel uitmaakten van een grotere eenheid waarvan de economische doelstellingen op uniforme wijze werden vastgesteld, is er uit het oogpunt van het mededingingsrecht sprake van één enkele onderneming in de vorm van een groep. Aan deze conclusie wordt niet afgedaan door het feit dat deze entiteit niet door een holdingmaatschappij werd geleid. Het doet evenmin ter zake of de natuurlijke of rechtspersoon die de leiding heeft, ook in eigen naam als ondernemer of onderneming werkzaam is.

2. Beoordeling door het Gerecht

- 54 Artikel 85, lid 1, van het Verdrag, dat ondernemingen onder meer verbiedt, overeenkomsten te sluiten of deel te nemen aan onderling afgestemde feitelijke gedragingen die de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst, richt zich tot economische eenheden die bestaan in een unitaire organisatie van personele, materiële en immateriële elementen die op duurzame basis een bepaald economisch doel nastreeft en ertoe kan bijdragen dat een in deze bepaling bedoelde inbreuk wordt gepleegd (arresten Gerecht van 10 maart 1992, Shell/Commissie, T-11/89, Jurispr. blz. II-757, punt 311, en 14 mei 1998, Mo och Domsjö/Commissie, T-352/94, Jurispr. blz. II-1989, punt 87).
- 55 In casu dient te worden vastgesteld dat de vennootschappen Henss Berlin en Henss Rosenheim (hierna ook: „vennootschappen Henss”) en de vennootschappen Isoplus Hohenberg en Isoplus Sondershausen (hierna ook: „vennootschappen Isoplus”) ten tijde van de inbreuk op de een of andere manier onder de controle van de heer Henss stonden.
- 56 Vaststaat immers dat de heer Henss steeds 90 % van de aandelen van Henss Rosenheim in handen heeft gehad — zijn echtgenote bezat de rest — en dat hij directeur-generaal van deze vennootschap was tot de naam ervan op 1 januari 1997 werd gewijzigd in Isoplus Rosenheim. Rond die tijd hebben de heer en mevrouw Henss hun aandelen overgedragen aan HFB KG, waarvan de heer Henss evenwel hoofdaandeelhouder blijft en die zelf optreedt als moedermaatschappij van Isoplus Rosenheim, waarvan zij het volledige maatschappelijk kapitaal in handen heeft.
- 57 Verder staat vast dat de heer Henss bij de oprichting van Henss Berlin in 1990 90 % van het maatschappelijk kapitaal hiervan verwierf. Op 1 januari 1997, toen alle aandelen van Henss Berlin aan HFB KG werden overgedragen, waren deze in

handen van de heer Papsdorf, directeur-generaal van Isoplus Rosenheim, en zijn echtgenote. Uit het dossier valt niet af te leiden wanneer het echtpaar Papsdorf de aandelen van de heer Henss heeft overgenomen, maar vaststaat dat de heer Henss zelf vanaf februari 1994 directeur van Isoplus Rosenheim was. Verder is gebleken dat de heer Henss reeds in december 1990, toen Henss Berlin een agentuurovereenkomst met Isoplus Hohenberg sloot, Henss Berlin als „enige directeur” vertegenwoordigde.

- 58 Verder betwisten verzoeksters in hun verzoekschrift niet meer dat de heer Henss ten laatste vanaf oktober 1991 via een trustee de meeste aandelen van Isoplus Hohenberg in handen had.
- 59 Verder stonden alle aandelen van Isoplus Sondershausen op naam van Isoplus Hohenberg. Deze laatste bezat weliswaar slechts eenderde van de aandelen voor eigen rekening, maar vaststaat dat zij een ander derde bezat voor rekening van de heer Papsdorf, toentertijd directeur-generaal van Isoplus Rosenheim, en zijn echtgenote, die hun aandelen op 15 januari 1997 hebben ingebracht in HFB KG.
- 60 Verder heeft de heer Henss de vennootschappen Henss en Isoplus vertegenwoordigd op de vergaderingen van de club van directeuren. Uit de nota's van een aantal deelnemers aan de besprekingen over de verdeling van de Duitse markt blijkt dat bepaalde marktaandelen waren bestemd voor een eenheid die hetzij „Isoplus” werd genoemd (zie bijlagen 39, 40, 44, 45 en 49 bij de mededeling van de punten van bezwaar), hetzij „Isoplus/Henss” (zie bijlagen 48 en 53 bij de mededeling van de punten van bezwaar), hetzij zowel „Isoplus” als „Henze” (zie bijlage 37 bij de mededeling van de punten van bezwaar). Verder wordt in de door ABB als voorzitter van de beroepsvereniging „European District Heating Pipe Manufacturers Association” (hierna: „EuHP”) toegezonden uitnodiging voor de vergadering van 11 augustus 1992 (bijlage 38 bij de mededeling van de punten van bezwaar) uitdrukkelijk vermeld dat „Isoplus” daarop wordt vertegenwoordigd door de heer Henss. Ten slotte staat vast dat het kartel de vennootschappen Henss en Isoplus één enkel quotum op Europees niveau heeft toegekend.

- 61 In deze omstandigheden heeft de Commissie de activiteiten van de distributie-maatschappijen Henss Berlin en Henss Rosenheim (thans Isoplus Rosenheim) en de productieondernemingen Isoplus Hohenberg en Isoplus Sondershausen binnen het kartel terecht beschouwd als de gedragingen van één enkele economische entiteit, die onder een en dezelfde controle stond en op duurzame basis een gemeenschappelijk economisch doel nastreefde.
- 62 Het bestaan van één enkele economische entiteit die gemeenschappelijke doelstellingen nastreefde, wordt verder bevestigd door interne documenten van de betrokken vennootschappen. Aldus wordt in de notulen van een vergadering van de raad van commissarissen van de vennootschappen Isoplus van 3 februari 1994 (aanvullend stuk nr. 21 bij de mededeling van de punten van bezwaar) verwezen naar een „groep Isoplus”, waarvan de omzet met name was samengesteld uit de omzetten van „Hohenberg”, „Sondershausen”, en „Henss”. Verder blijkt uit de nota van de heer Henss van 21 april 1995 dat hij bereid was namens de „firma Henss GmbH, groep Isoplus” deel te nemen aan een plan om Powerpipe over te kopen (aanvullend stuk nr. 17 bij de mededeling van de punten van bezwaar).
- 63 Verder kan de stelling van verzoeksters dat de banden tussen de vennootschappen Henss en de vennootschappen Isoplus hun verklaring vinden in het feit dat eerstgenoemde de handelsagenten zijn van laatstgenoemde, niet worden aanvaard. Henss Rosenheim was immers gedurende de gehele betrokken periode ook werkzaam als handelsagent van de Duitse dochtermaatschappij van ABB, ABB Isolrohr GmbH (hierna: „ABB Isolrohr”). Aangezien evenwel op Europees niveau één enkel quotum aan de vennootschappen Henss en Isoplus is toegekend en de heer Henss al deze vennootschappen niet alleen op de vergaderingen van de directeuren heeft vertegenwoordigd, maar er ook directeur of aandeelhouder van was, is het duidelijk dat de vennootschappen Henss en Isoplus samen als één enkele economische entiteit op de markt werkzaam waren.
- 64 Aangaande het feit dat de heer Henss zowel de belangen van Henss Berlin als die van Henss Rosenheim vertegenwoordigde zij verder opgemerkt dat volgens de notulen van een door de heer Henss bijgewoonde vergadering van het kartel van

10 januari 1995 (bijlage 70 bij de mededeling van de punten van bezwaar) het Leipzig-Lippendorf-project is toegewezen aan ABB Isolrohr, Pan-Isovit en „Henz”, zonder dat werd gepreciseerd of het om Henss Berlin dan wel om Henss Rosenheim ging. Vaststaat evenwel dat daarop Henss Berlin, en niet Henss Rosenheim, een offerte voor dit project heeft ingediend, hoewel de heer Henss in naam geen aandeelhouder was van eerstgenoemde, maar wel van laatstgenoemde. Verder worden ABB, Pan-Isovit en „Isoplus” in een door ABB opgestelde lijst van projecten van 22 maart 1995 als favorieten voor het Leipzig-Lippendorf-project genoemd (bijlage 71 bij de mededeling van de punten van bezwaar), hetgeen nogmaals bevestigt dat de vennootschappen Henss en Isoplus werden geacht een economische entiteit te vormen.

65 Dat Isoplus Hohenberg en Isoplus Sondershausen op dezelfde markt werkzaam waren, sluit niet uit dat zij tot eenzelfde economische groep behoorden. Overigens trad Isoplus Sondershausen tijdens de administratieve procedure voor de Commissie nog als 100 %-dochtermaatschappij van Isoplus Hohenberg op.

66 Anders dan verzoeksters stellen, heeft een als „groep” aangemerkte economische entiteit geen rechtspersoonlijkheid te bezitten. In de context van het mededingingsrecht moet onder onderneming immers worden verstaan een met betrekking tot het voorwerp van de desbetreffende overeenkomst bestaande economische eenheid, ook al wordt deze economische eenheid uit juridisch oogpunt gevormd door verschillende natuurlijke of rechtspersonen (arrest Hof van 12 juli 1984, Hydrotherm, 170/83, Jurispr. blz. 2999, punt 11). Wanneer er aan het hoofd van de groep geen rechtspersoon staat die als coördinator van de activiteiten van de groep aansprakelijk kan worden gesteld voor de door de verschillende vennootschappen van de groep gepleegde inbreuken, mag de Commissie de vennootschappen van de groep hoofdelijk aansprakelijk stellen voor alle gedragingen van de groep om te vermijden dat door de formele scheiding van deze vennootschappen als gevolg van hun afzonderlijke rechtspersoonlijkheid hun marktgedrag voor de toepassing van de mededingingsregels niet als één samenhangend geheel kan worden beschouwd (zie, in die zin, arrest Hof van 14 juli 1972, ICI/Commissie, 48/69, Jurispr. blz. 619, punt 140).

- 67 Aangezien de Commissie de groep Henss/Isoplus heeft beschouwd als de onderneming die de inbreuk heeft gepleegd waarvoor de vennootschappen die tot deze groep behoren, aansprakelijk zijn gesteld, is het in casu niet ter zake dienend of de heer Henss zelf als een onderneming in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag kan worden beschouwd.
- 68 Gelet op al het voorgaande dient het middel te worden afgewezen.

B — Tweede middel: schending van wezenlijke vormvoorschriften door de groep Henss/Isoplus in het dispositief van de beschikking te noemen

1. Argumenten van partijen

- 69 Verzoeksters stellen dat de Commissie de met name in verordening nr. 17 neergelegde wezenlijke vormvoorschriften heeft geschonden door te verklaren dat de beschikking tot de „groep Henss/Isoplus” was gericht. Aangezien deze groep geen rechtspersoonlijkheid of quasi-rechtspersoonlijkheid bezit, kan zij inzonderheid voor het Gerecht van eerste aanleg geen partij zijn in een door verordening nr. 17 beheerste procedure op grond van artikel 85 van het Verdrag.
- 70 In dit verband voeren verzoeksters aan dat de Commissie in artikel 1 van de beschikking verklaart dat „Henss/Isoplus Group” artikel 85, lid 1, van het Verdrag heeft geschonden. In artikel 2 van de beschikking preciseert de Commissie vervolgens dat de in artikel 1 genoemde ondernemingen deze inbreuk onverwijld moeten beëindigen, voorzover zij dit niet reeds hebben gedaan. Verder wordt in artikel 3 van de beschikking bepaald dat de geldboeten „aan de in

artikel 1 genoemde ondernemingen [...] wegens de bij dat artikel vastgestelde inbreuken [worden] opgelegd”, en wordt in artikel 3, sub d, gepreciseerd: „de Henss/Isoplus-groep: een boete van 4 950 000 ECU, waarvoor de volgende ondernemingen gezamenlijk en hoofdelijk aansprakelijk zijn: [...]”. Ten slotte wordt in artikel 5, sub d, van de beschikking bepaald dat de beschikking is gericht tot de „Henss/Isoplus-groep, vertegenwoordigd door: [...]”. Uit procesrechtelijk oogpunt heeft de Commissie dus de groep Henss/Isoplus als adressaat van de beschikking beschouwd, en niet de in artikel 5 van de beschikking genoemde ondernemingen, die alleen worden genoemd in verband met hun hoofdelijke aansprakelijkheid voor de geldboete van de groep Henss/Isoplus.

- 71 Dat verzoeksters het onderhavige beroep hebben ingesteld, betekent volgens hen niet dat zij erkennen dat de beschikking op dit punt begrijpelijk is. Integendeel, zij willen hiermee hun eigen rechten en, voorzichtigheidshalve, de rechten van wat de Commissie de groep Henss/Isoplus noemt, doen gelden. Hun vorderingen zijn dus zowel in eigen naam geformuleerd als in naam van de groep waartoe zij volgens de Commissie behoren.
- 72 Verweerster verklaart dat, voorzover dat in casu van belang is, de beschikking is gericht tot de ondernemingen die in artikel 5 van de beschikking duidelijk zijn genoemd. Verzoeksters hebben de beschikking overigens in deze zin begrepen, aangezien zij het beroep in eigen naam hebben ingesteld en zichzelf als adressaten van de beschikking aanduiden.
- 73 Met betrekking tot het gebruik van de benamingen „Henss/Isoplus” of „groep Henss/Isoplus” in de beschikking merkt de Commissie op dat een onderscheid dient te worden gemaakt tussen de vraag welke onderneming — die eventueel de vorm van een groep heeft — een inbreuk heeft gepleegd, en de vraag welke natuurlijke of rechtspersoon als drager van rechten en plichten formeel voor deze inbreuk aansprakelijk is. Ook al is de formulering „Henss/Isoplus-groep,

vertegenwoordigd door [...]” in artikel 5, sub d, van de beschikking niet erg geslaagd, hieruit kan niet worden afgeleid dat de groep Henss/Isoplus als zodanig de geldboete verschuldigd is, aangezien in deze bepaling wordt verwezen naar dezelfde vennootschappen als die welke volgens artikel 3, sub d, van de beschikking hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de geldboete.

- 74 Ten slotte is de beschikking bij afzonderlijke brief betekend aan elk van de vijf verzoeksters, en niet aan de „groep Henss/Isoplus”.

2. Beoordeling door het Gerecht

- 75 Zoals in punt 66 hierboven is vastgesteld, mag de Commissie, wanneer er aan het hoofd van de groep geen rechtspersoon staat die als coördinator van de activiteiten van de groep aansprakelijk kan worden gesteld voor de door de verschillende vennootschappen van de groep gepleegde inbreuken, deze vennootschappen hoofdelijk aansprakelijk stellen voor alle gedragingen van de groep.
- 76 In artikel 1 van de beschikking wordt de „Henss/Isoplus Group” genoemd als een van de ondernemingen die de in deze bepaling beschreven inbreuk hebben gepleegd. In artikel 2 van de beschikking wordt eveneens naar de „in artikel 1 genoemde ondernemingen” verwezen om aan te geven welke ondernemingen de genoemde inbreuk moeten beëindigen, voorzover zij dit niet reeds hebben gedaan.
- 77 Verder noemt de Commissie in de artikelen 3 en 5 van de beschikking de rechtspersonen die aansprakelijk zijn voor de door de „Henss/Isoplus-groep” gepleegde inbreuk en die dus hoofdelijk gehouden zijn tot betaling van de aan deze groep opgelegde geldboete.

- 78 Aangezien de groep Henss/Isoplus geen rechtspersoonlijkheid bezit, kunnen de artikelen 3 en 5 alleen aldus worden begrepen dat de beschikking is gericht tot verzoeksters als ondernemingen van de groep Henss/Isoplus. Dat de groep Henss/Isoplus wordt aangeduid door vermelding van de ondernemingen waaruit zij bestaat, brengt mee dat het deze groep niet aan rechtsbescherming zal ontbreken. Zij kan haar belangen immers in voorkomend geval door deze ondernemingen laten behartigen.
- 79 Verder lijdt het geen twijfel dat de beschikking tot verzoeksters als ondernemingen van de groep Henss/Isoplus is gericht, daar zij aan elk van verzoeksters is betekend en niet aan de groep Henss/Isoplus, die in artikel 1 van de beschikking als de enige inbreukmaker wordt genoemd.
- 80 Aangezien de beschikking tot verzoeksters in hun hoedanigheid van ondernemingen van de groep Henss/Isoplus is gericht, dient het door hen opgeworpen middel inzake schending van verordening nr. 17 te worden afgewezen.

C — *Derde middel: niet-nakoming van de motiveringsplicht*

1. Argumenten van partijen

- 81 Volgens verzoekster is de Commissie de bij artikel 190 EG-Verdrag (thans artikel 253 EG) opgelegde motiveringsverplichting niet nagekomen, daar in de beschikking niet wordt uitgelegd hoe de „groep Henss/Isoplus” partij kan zijn in een procedure op grond van verordening nr. 17 en hoe aldus krachtens deze verordening een beschikking tot haar kan worden gericht. De verklaring van de Commissie in punt 160 van de beschikking dat de mededeling van de punten van

bezwaar tot de groep Henss/Isoplus was gericht en dat bij ontstentenis van één enkele holdingmaatschappij de vier genoemde actieve ondernemingen de groep vertegenwoordigden met het oog op de keuze van woonplaats en de tenuitvoerlegging, weegt niet op tegen haar verklaring in punt 15 van de beschikking, dat de groep Henss/Isoplus een „de-factoconcern” zonder rechtspersoonlijkheid was dat niet in rechte kon optreden.

- 82 Verweerster stelt dat in de punten 157 tot en met 160 van de beschikking is aangetoond dat de als de „groep Henss/Isoplus” aangeduide ondernemingen zich als een feitelijke groep hebben gedragen, zodat verzoeksters hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de betaling van de geldboete. Aangezien de groep Henss/Isoplus geen partij was in de procedure, behoefde dit niet te worden gemotiveerd.

2. Beoordeling door het Gerecht

- 83 Volgens de uitlegging die verzoeksters van de beschikking geven, wordt de groep Henss/Isoplus hierin als de bij de administratieve procedure betrokken partij beschouwd. Deze uitlegging is evenwel als onjuist afgewezen omdat in de artikelen 3 en 5 van de beschikking de vennootschappen worden genoemd die hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de geldboete die is opgelegd wegens de door de groep Henss/Isoplus gepleegde inbreuk en die dus als tot die groep behorende ondernemingen de adressaten zijn van de beschikking (zie de punten 75-80 hierboven).
- 84 Met betrekking tot de door de groep Henss/Isoplus gepleegde inbreuk en het feit dat de Commissie heeft geoordeeld dat verzoeksters als ondernemingen van de groep Henss/Isoplus gehouden zijn om de beschikking uit te voeren, zij herinnerd aan de punten 157 tot en met 160 van de beschikking.

- 85 Om te beginnen heeft de Commissie in punt 157 van de beschikking verklaard dat „de Henss/Isoplus-ondernemingen handelden als een de-factogroep”. Tot staving daarvan voerde zij aan dat de heer Henss de hoofdaandeelhouder was van Isoplus Hohenberg — de vennootschap die zelf het volledige kapitaal van Isoplus Sondershausen in handen had — alsook de hoofdaandeelhouder en de algemeen directeur van Henss Rosenheim en de algemeen directeur (maar geen aandeelhouder) van Henss Berlin, ondernemingen die als handelsagent van Isoplus werkzaam waren in Duitsland. In hetzelfde punt van de beschikking merkt de Commissie op dat „het feit dat Dr. W. Henss steeds de bijeenkomsten van de Club van directeurs heeft bijgewoond, [aantoont] dat hij de persoon was die Isoplus bestuurde en controleerde en dat de ondernemingen van Henss en van Isoplus samen een de-factogroep vormden”. Nog steeds volgens de Commissie „[was het] in de sector [...] algemeen bekend dat Henss de kracht achter Isoplus was”.
- 86 In punt 158 van de beschikking zet de Commissie uiteen dat, aangezien er ten tijde van de toezending van de mededeling van de punten van bezwaar bij haar weten geen holdingmaatschappij bestond tot wie deze mededeling kon worden gericht, zij deze heeft gericht tot de Henss/Isoplus-groep, vertegenwoordigd door haar vier belangrijkste ondernemingen in de Gemeenschap, te weten Isoplus Hohenberg, Isoplus Sondershausen, Henss Rosenheim en Henss Berlin. Volgens de beschikking werd in de mededeling van de punten van bezwaar duidelijk gesteld „dat de procedure op de Henss/Isoplus-groep was gericht en dat bij ontstentenis van een enkele holdingmaatschappij de vier genoemde actieve ondernemingen de groep vertegenwoordigden met het oog op de keuze van woonplaats en de tenuitvoerlegging” (punt 160, vierde alinea).
- 87 Ten slotte stelt de Commissie dat zij, nadat zij uit het „Einbringungsvertrag” van 15 januari 1997 had vernomen dat er holdingmaatschappijen, HFB GmbH en HFB KG, waren opgericht waaraan de deelnemingen in Isoplus Rosenheim en Isoplus Hohenberg waren overgedragen, en dat daarnaast de vennootschap Isoplus stille Gesellschaft was opgericht, de onderhavige beschikking niet alleen tot Isoplus Hohenberg, Isoplus Sondershausen en Isoplus Rosenheim heeft gericht, maar ook tot HFB GmbH, HFB KG en Isoplus stille Gesellschaft (punt 160 van de beschikking).

- 88 Gelet op het voorgaande heeft de Commissie uitgelegd waarom zij de ondernemingen Henss en Isoplus als een feitelijke groep heeft aangemerkt. Verder heeft zij uiteengezet dat zij zich bij ontstentenis van een holdingmaatschappij waarin het bestaan van de groep tot uitdrukking kwam, diende te richten tot de ondernemingen van de groep met het oog op de keuze van woonplaats en de betaling van de geldboete.
- 89 Bijgevolg dient het middel te worden afgewezen.

II — *Middelen betreffende HFB GmbH en HFB KG*

- 90 Met betrekking tot HFB GmbH en HFB KG voeren verzoeksters drie middelen aan: onjuiste toepassing van artikel 85, lid 1, van het Verdrag, schending van de rechten van de verdediging en niet-nakoming van de motiveringsplicht.

A — Argumenten van partijen

- 91 Verzoeksters stellen dat de Commissie ten onrechte heeft bepaald dat HFB GmbH en HFB KG in het kader van de groep Henss/Isoplus samen met de andere verzoeksters hoofdelijk en ondeelbaar tot betaling van de geldboete zijn gehouden.
- 92 Verzoeksters merken op dat de inbreuk volgens de beschikking ten laatste in maart of april 1996 is beëindigd. Aangezien HFB GmbH en HFB KG pas op

15 januari 1997 zijn opgericht en rehtens pas bestonden vanaf hun inschrijving in het handelsregister, respectievelijk op 10 en 27 februari 1997, hebben zij niet aan de inbreuk kunnen deelnemen. Aangezien zij vóór 1997 rehtens nog niet bestonden, konden zij evenmin aansprakelijk worden gesteld voor eventuele mededingingsverstorende gedragingen van andere ondernemingen van de groep Henss/Isoplus. Wegens het vermoeden van onschuld kon in het kader van een bij verordening nr. 17 geregelde procedure op grond van artikel 85 van het Verdrag aan de ondernemingen immers slechts een geldboete worden opgelegd wanneer zij bewust of althans uit onachtzaamheid aan de inbreuk hadden deelgenomen.

93 Alleen wanneer een onderneming een andere rechtsvorm heeft aangenomen of door een andere onderneming is overgenomen, kan deze laatste als algemene rechtsopvolger aansprakelijk worden gesteld voor de door de voormalige onderneming gepleegde inbreuk, op voorwaarde dat de economische identiteit van de onderneming niet is gewijzigd. In dit verband herinneren verzoeksters eraan dat HFB KG haar deelnemingen in Isoplus Rosenheim en Isoplus Sondershausen van natuurlijke personen heeft gekocht, namelijk respectievelijk van het echtpaar Henss en van het echtpaar Papsdorf. Een onderneming kan evenwel niet aansprakelijk worden gesteld als rechtsopvolger van natuurlijke personen die aandelen bezaten van de vennootschap die de inbreuk heeft gepleegd, en die als gewone aandeelhouders zelf geen ondernemingen waren in de zin van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag.

94 Anders dan de Commissie stelt, zijn er onder de leiding van de heer Henss niet veel transformaties binnen de groep Henss/Isoplus gebeurd. HFB GmbH en dus ook HFB KG zijn opgericht om een eventuele globale verkoop van verschillende deelnemingen in ondernemingen uit de sector afstandsverwarming te vergemakkelijken. Bepaalde kapitaalverhogingen en inbrengen waren uitsluitend ingegeven door boekhoudkundige overwegingen. Deze kapitaalwijzigingen en inbrengen zijn na de beëindiging van de inbreuk, en sommige zelfs na de vaststelling van de beschikking, verricht.

95 Verweerster merkt op dat HFB GmbH en HFB KG medeaansprakelijk kunnen worden gehouden voor de door de groep Henss/Isoplus gepleegde inbreuken, ook

al hebben zij zelf de mededingingsregels niet geschonden en hebben zij niet alle rechten en plichten overgenomen van de ondernemingen die de inbreuken hebben gepleegd.

- 96 Een rechtspersoon kan immers aansprakelijk worden gesteld voor inbreuken die zijn gepleegd door een vennootschap waarover zij de controle heeft verworven, ook al zijn de inbreuken gepleegd vóór deze overname (arrest Gerecht van 14 mei 1998, Cascades/Commissie, T-308/94, Jurispr. blz. II-925). Aangezien de Commissie HFB GmbH en HFB KG medeaansprakelijk kon stellen voor de betrokken inbreuken, kon zij hen ook opnemen onder degenen die tot betaling van de geldboete zijn gehouden (arrest Gerecht van 14 mei 1998, Metsä-Serla e.a./Commissie, T-339/94—T-342/94, Jurispr. blz. II-1727).
- 97 Door HFB GmbH en HFB KG voor de gepleegde inbreuken aansprakelijk te stellen, heeft de Commissie het vermoeden van onschuld geenszins geschonden. De herstructureringen waarbij HFB GmbH en HFB KG bepaalde deelnemingen van de heer Henss en aldus de rechtstreekse controle over Isoplus Rosenheim hebben verworven, waren veranderingen binnen één enkele onderneming die door de unitaire leiding ervan werden gecontroleerd.
- 98 Dienaangaande is het van weinig belang dat de aandeelhouders als zodanig geen ondernemingen waren. Volgens de Commissie kunnen ondernemingen uit verschillende onderdelen bestaan, waarvan sommige zich bezighouden met de exploitatie, en andere met de leiding. In casu werd en wordt deze laatste functie nog steeds vervuld door de heer Henss, die evenwel een deel van zijn bevoegdheden heeft gedelegeerd aan HFB KG, een vennootschap die hij zelf controleert.
- 99 In deze context kon de Commissie de heer Henss persoonlijk aansprakelijk stellen voor de door Isoplus Rosenheim gepleegde inbreuken, aangezien deze vennootschap tijdens de periode waarin de inbreuken zijn gepleegd, haar beleid niet

onafhankelijk van hem heeft kunnen vaststellen, temeer daar andere vennootschappen van de groep Henss/Isoplus ook aan de inbreuk hebben deelgenomen. Aangezien de heer Henss een controleparticipatie heeft in HFB GmbH en nog steeds algemeen directeur van deze vennootschap is, dient deze vennootschap, evenals HFB KG, te aanvaarden dat zij aansprakelijk wordt gesteld wegens het feit dat de heer Henss kennis had van de door de overgedragen vennootschap gepleegde inbreuken. Bovendien kan de waarde van de verworven aandelen door de inbreuk zijn beïnvloed.

- 100 Ten slotte dient rekening te worden gehouden met het rechtmatige belang dat de Commissie erbij heeft om bij een eventuele gedwongen tenuitvoerlegging beslag te kunnen leggen op het vermogen van de groep, los van de herstructureringen die in casu hebben plaatsgevonden, en met de moeilijkheden die de Commissie kan ondervinden in geval van gedwongen tenuitvoerlegging tegen particulieren. Een herstructurering zoals de oprichting van HFB GmbH en HFB KG, waarbij de heer Henss zowel koper als verkoper was, mag niet tot gevolg hebben dat de Commissie de mogelijkheid verliest om tegen de nieuwe aandeelhouder op te treden.

B — Beoordeling door het Gerecht

- 101 De Commissie heeft de vennootschappen Henss en Isoplus aangemerkt als een feitelijke groep die zij heeft beschouwd als de onderneming die aan de inbreuk heeft deelgenomen. Bij ontstentenis van een moedermaatschappij die de groep Henss/Isoplus vertegenwoordigt, of van een vennootschap die de activiteiten van de groep coördineert, heeft de Commissie de vennootschappen die op de datum van de vaststelling van de beschikking tot de groep behoorden, waaronder HFB GmbH en HFB KG, aansprakelijk gesteld voor de inbreuk.

- 102 Aangezien HFB GmbH en HFB KG evenwel nog niet bestonden toen de inbreuk werd gepleegd, kunnen zij niet aansprakelijk worden gesteld voor de inbreuk op grond dat zij de gelaakte activiteiten van de andere vennootschappen van de

groep Henss/Isoplus zouden hebben gestimuleerd en gecoördineerd (zie, in dit verband, arrest Shell/Commissie, reeds aangehaald, punt 312).

- 103 Dat HFB GmbH en HFB KG op het ogenblik van de vaststelling van de beschikking tot de groep Henss/Isoplus behoorden, volstaat evenmin om hen voor de inbreuk aansprakelijk te stellen. De aansprakelijkheid voor de inbreuk ligt immers in beginsel bij de natuurlijke of rechtspersoon die de betrokken onderneming leidde toen de inbreuk werd gepleegd, ook al wordt deze onderneming op de dag van vaststelling van de beschikking waarbij de inbreuk wordt vastgesteld, door een andere persoon geleid (arresten Hof van 16 november 2000, Cascades/Commissie, C-279/98 P, Jurispr. blz. 9693, punt 78, en SCA Holding/Commissie, C-297/98 P, Jurispr. blz. I-10101, punt 27). Ook al zouden HFB GmbH en HFB KG in casu als holdingmaatschappijen verantwoordelijk zijn voor de gehele groep Henss/Isoplus of een deel ervan, aangezien deze situatie van na de inbreuk dateert, kunnen zij niet aansprakelijk worden gesteld voor de inbreuken die de groep Henss/Isoplus vóór de gehele of gedeeltelijke overname ervan heeft gepleegd.
- 104 Dit zou slechts anders liggen indien de rechtspersoon of rechtspersonen die verantwoordelijk zijn voor het beheer van de onderneming, na de inbreuk in juridische zin hebben opgehouden te bestaan (arrest Hof van 8 juli 1999, Commissie/Anic Partecipazioni, C-49/92 P, Jurispr. blz. I-4125, punt 145). Vaststaat evenwel dat de ondernemingen die bij de inbreuk betrokken waren op het ogenblik dat deze werd gepleegd, nog steeds bestaan.
- 105 Uit de stukken blijkt dat volgens de Commissie HFB GmbH en HFB KG hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de door de groep Henss/Isoplus gepleegde inbreuk, met name omdat de heer Henss hun de controle over de ondernemingen van de groep, inzonderheid de rechtstreekse controle over Isoplus Rosenheim, heeft overgedragen. Dienaangaande kan worden volstaan met de opmerking dat, aangezien de Commissie in de beschikking de heer Henss niet persoonlijk aansprakelijk heeft gesteld voor de door de groep Henss/Isoplus gepleegde

inbreuk, HFB GmbH en HFB KG als economische opvolgers hiervoor evenmin aansprakelijk kunnen worden gesteld, een aansprakelijkheid die voordien bewust niet werd vastgesteld.

106 In bepaalde omstandigheden kan een inbreuk op de mededingingsregels weliswaar worden toegerekend aan de economische opvolger van de rechtspersoon die deze heeft gepleegd, zelfs indien deze laatste op de datum van de vaststelling van de beschikking waarbij deze inbreuk wordt vastgesteld, nog steeds bestond, om te vermijden dat het nuttig effect van deze regels in gevaar wordt gebracht door wijzigingen in met name de rechtsvorm van de betrokken ondernemingen (zie arrest Gerecht van 11 maart 1999, NMH Stahlwerke/Commissie, T-134/94, Jurispr. blz. II-239, punt 127). Anders dan in het geval dat tot het reeds aangehaalde arrest NMH Stahlwerke/Commissie heeft geleid, hebben de bij de inbreuk betrokken natuurlijke en rechtspersonen in casu hun handelsactiviteiten evenwel onverminderd voortgezet, terwijl HFB GmbH en HFB KG ten tijde van de inbreuk nog niet bestonden.

107 Verder kan aan de hand van de informatie die tijdens de schriftelijke behandeling en later, ter terechtzitting aan het Gerecht is verstrekt, niet worden uitgemaakt of verzoeksters kunstgrepen hebben toegepast met het specifieke doel, te ontkomen aan sancties wegens schending van de mededingingsregels (zie arrest Commissie/Anic Partecipazioni, reeds aangehaald, punt 146).

108 Bijgevolg dient te worden vastgesteld dat de Commissie blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat HFB KG en HFB GmbH hoofdelijk gehouden zijn tot betaling van de geldboete die aan de groep Henss/Isoplus is opgelegd wegens haar deelneming aan de inbreuk. Derhalve behoeft niet te worden beslist op het tweede en het derde middel betreffende HFB GmbH en HFB KG, te weten schending van de rechten van de verdediging en niet-nakoming van de motiveringsplicht.

109 Bijgevolg dienen de artikelen 3, sub d, en 5, sub d, van de beschikking nietig te worden verklaard voorzover zij betrekking hebben op HFB KG en HFB GmbH.

III — *Middelen betreffende Isoplus stille Gesellschaft*

A — Argumenten van partijen

- 110 Verzoeksters en inzonderheid Isoplus Hohenberg verwijten de Commissie dat zij de beschikking ook heeft gericht tot Isoplus stille Gesellschaft als onderneming van de groep Henss/Isoplus. Naar Oostenrijks recht was Isoplus stille Gesellschaft geen rechtspersoon en evenmin een handelsvennootschap, maar slechts een maatschap („Innengesellschaft”) die als zodanig geen drager van rechten en plichten kon zijn; alleen de eigenaar van de onderneming kon drager van rechten en plichten zijn. Bovendien is Isoplus stille Gesellschaft in september 1997 ontbonden zonder te worden vereffend; haar activa zijn met het oog op een kapitaalverhoging overgedragen aan Isoplus Hohenberg.
- 111 In dit verband stelt Isoplus Hohenberg allereerst schending van artikel 85 van het Verdrag op grond dat de beschikking is gericht tot een „stille Gesellschaft” die bij gebreke van rechtspersoonlijkheid of quasi-rechtspersoonlijkheid geen onderneming in de zin van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag is en derhalve niet de adressaat van een beschikking van de Commissie in een procedure op grond van artikel 85 van het Verdrag kan zijn.
- 112 Isoplus Hohenberg stelt verder schending van wezenlijke vormvoorschriften op grond dat de Commissie in haar beschikking een geldboete heeft opgelegd aan een onderneming die als stille Gesellschaft naar Oostenrijks recht geen procesbevoegdheid had en dus geen beroep bij het Gerecht kon instellen. Verder kon een dergelijke beschikking niet worden gericht tot een onderneming die, ongeacht de juridische kwalificatie ervan, op het ogenblik van de vaststelling van de beschikking was ontbonden en dus niet meer bestond.

- 113 Verder merkt Isoplus Hohenberg op dat aan Isoplus stille Gesellschaft geen mededeling van de punten van bezwaar is toegestuurd. Dienaangaande preciseert zij dat tijdens de hoorzitting van 24 en 25 november 1997 niet kon worden nagegaan of een stille Gesellschaft naar Oostenrijks recht rechtspersoonlijkheid of quasi-rechtspersoonlijkheid bezit en derhalve bevoegd is om in rechte op te treden, en dat evenmin de ontbinding van deze stille Gesellschaft kon worden opgehelderd, aangezien de raadadviseur-auditeur, ondanks een desbetreffend verzoek van de juridisch adviseur van Isoplus Hohenberg, geen afzonderlijke hoorzitting over deze punten heeft gehouden. In haar antwoord van 30 maart 1998 op het verzoek om inlichtingen van 24 februari 1998 (hierna: „brief van 30 maart 1998”) is verzoekster dus niet ingegaan op de problematiek van deze stille Gesellschaft. Pas bij brief van 22 oktober 1998 aan de Commissie heeft zij deze kwestie aan de orde gesteld.
- 114 Ten slotte is de Commissie haar motiveringsplicht niet nagekomen, daar zij in de beschikking niet uitlegt hoe zij in een procedure op grond van artikel 85 van het Verdrag een beschikking kan richten tot een stille Gesellschaft naar Oostenrijks recht.
- 115 Verweerster wijst erop dat Isoplus stille Gesellschaft, zoals Isoplus Hohenberg zelf verklaart, op het ogenblik van de vaststelling van de beschikking reeds niet meer bestond. De beschikking kan voor deze vennootschap dus geen rechtsgevolgen hebben. Aan deze omstandigheid kan evenwel geen enkel middel tegen de beschikking worden ontleend. Hetzelfde zou overigens gelden indien de stille Gesellschaft nog had bestaan toen de beschikking werd vastgesteld. Zoals Isoplus Hohenberg zelf erkent, bezat deze vennootschap geen rechtspersoonlijkheid, zodat de beschikking voor haar geen rechtsgevolgen kon hebben en voor haar dus ook niet bezwarend kon zijn.

B — Beoordeling door het Gerecht

- 116 Aangezien Isoplus stille Gesellschaft reeds was ontbonden toen de beschikking werd vastgesteld, kon de beschikking voor haar geen rechtsgevolgen hebben. De

beschikking heeft dus geen rechtsgevolgen gehad voorzover zij tot Isoplus stille Gesellschaft was gericht.

- 117 Aangezien de beschikking ook is gericht tot Isoplus Hohenberg zelf, die steeds drager van alle rechten en plichten met betrekking tot Isoplus stille Gesellschaft is geweest, heeft het feit dat de beschikking ook tot Isoplus stille Gesellschaft is gericht, evenmin voor Isoplus Hohenberg enig rechtsgevolg kunnen hebben dat niet reeds voortvloeit uit het feit dat de beschikking tot haarzelf is gericht en dat zij volgens de beschikking hoofdelijk aansprakelijk is voor de aan de groep Henss/Isoplus opgelegde geldboete.
- 118 Aangezien de beschikking geen rechtsgevolgen heeft voorzover zij is gericht tot en betrekking heeft op Isoplus stille Gesellschaft, is het beroep in zoverre zonder voorwerp en behoeft er dus niet op te worden beslist.

IV — Middelen betreffende alle verzoeksters samen

- 119 Met betrekking tot alle verzoeksters samen worden vijf middelen aangevoerd: dwaling ten aanzien van de feiten en onjuiste rechtsopvatting bij de toepassing van artikel 85, lid 1, van het Verdrag, schending van de rechten van de verdediging, onwettigheid van de richtsnoeren voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17, respectievelijk artikel 65, lid 5, van het EGKS-Verdrag worden opgelegd (PB 1998, C 9, blz. 3; hierna: „nieuwe richtsnoeren” of „richtsnoeren”), schending van de regels inzake geldboeten in mededingingszaken en van de algemene beginselen en beoordelings-

fouten bij de vaststelling van het bedrag van de geldboete, en, ten slotte, niet-nakoming van de motiveringsplicht.

A — Eerste middel: dwaling ten aanzien van de feiten en onjuiste rechtsopvatting bij de toepassing van artikel 85, lid 1, van het Verdrag

1. Deelneming aan de inbreuk vóór oktober 1994

120
tot
181 [...]

b) Juridische beoordeling

182 Met betrekking tot de juridische beoordeling door de Commissie van de vóór oktober 1994 vastgestelde feiten voeren verzoeksters in wezen zes grieven aan. In de eerste plaats komen verzoeksters op tegen de kwalificatie van de inbreuk als „geheel van overeenkomsten en onderling afgestemde gedragingen”. In de tweede plaats stellen zij dat de vastgestelde gedragingen ten onrechte als overeenkomst zijn gekwalificeerd. In de derde plaats laken verzoeksters het feit dat de Commissie het begrip onderling afgestemde feitelijke gedragingen gebruikt. In de vierde plaats merken verzoeksters op dat de Commissie onjuiste rechtsgevolgen heeft verbonden aan de deelneming aan een vergadering met een mededingingsverstoringdoel. In de vijfde plaats stellen zij dat de Commissie blijk heeft gegeven van een onjuiste opvatting ter zake van de bewijslast inzake deelneming aan een alomvattend kartel. In de zesde plaats verwijten zij de Commissie dat zij de individuele aansprakelijkheid van de betrokken vennootschappen als ondernemingen van de groep Henss/Isoplus niet heeft onderzocht.

i) Kwalificatie van de inbreuk als „geheel van overeenkomsten en onderling afgestemde gedragingen”

Argumenten van partijen

- 183 Verzoeksters komen op tegen de verklaring van de Commissie in de punten 131 en 132 van de beschikking dat zij bij een ingewikkeld kartel van lange duur, waar de verschillende onderling afgestemde feitelijke gedragingen en overeenkomsten deel uitmaken van een geheel van opeenvolgende activiteiten van de ondernemingen met als gemeenschappelijke doelstelling de uitschakeling of de verstoring van de mededinging, het recht heeft om deze als één enkele voortgezette inbreuk te beschouwen. De Commissie stelt immers ten onrechte dat het in een dergelijk geval niet noodzakelijk is dat zij de inbreuk uitsluitend als één van beide vormen, namelijk hetzij als „overeenkomst”, hetzij als „onderling afgestemde feitelijke gedraging”, zou kwalificeren.
- 184 Verzoeksters herinneren eraan dat noch bij een overeenkomst in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag, noch bij een „gentlemen’s agreement” met een mededingingsbeperkend doel, behoeft te worden aangetoond dat de mededinging daadwerkelijk is beperkt. Bij onderling afgestemde feitelijke gedragingen daarentegen moet de Commissie, wanneer er geen sprake is van een vrijwillige coördinatie van gedragingen met het doel de mededinging te beperken, bewijzen dat de onderling afgestemde feitelijke gedragingen de mededinging werkelijk hebben beperkt. Gelet op het onderscheid tussen de begrippen overeenkomst en onderling afgestemde feitelijke gedragingen kan de Commissie niet aannemen dat er sprake is van één enkele inbreuk op artikel 85, lid 1, van het Verdrag wanneer deze bepaling op verschillende manieren is geschonden. De eerbiediging van het vermoeden van onschuld eist immers dat in een beschikking op grond van verordening nr. 17 alle bestanddelen van een inbreuk op artikel 85, lid 1, van het Verdrag precies worden aangegeven.
- 185 Verweerster merkt op dat de tijdens de betrokken periode gevolgde overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen deel uitmaakten van een

systeem van periodieke vergaderingen om de markt te reguleren door de vaststelling van prijzen en quota. Aangezien dit ten dele in overeenkomsten en ten dele in onderling afgestemde feitelijke gedragingen tot uitdrukking is gekomen, heeft de Commissie in artikel 1 van de beschikking terecht het bestaan van een overeenkomst en van onderling afgestemde feitelijke gedragingen vastgesteld. Zij heeft de begrippen overeenkomst en onderling afgestemde feitelijke gedragingen daardoor niet onjuist toegepast en heeft daardoor evenmin algemene rechtsbeginselen geschonden.

Beoordeling door het Gerecht

186 Het is vaste rechtspraak dat in het kader van een complexe inbreuk waarbij verschillende producenten gedurende een aantal jaren samen de markt probeerden te reguleren, van de Commissie niet kan worden geëist dat zij de inbreuk voor elke onderneming op elk tijdstip precies als overeenkomst of als onderling afgestemde feitelijke gedragingen kwalificeert, daar artikel 85 van het Verdrag in elk geval op beide vormen van inbreuk ziet. De Commissie heeft derhalve het recht een dergelijke inbreuk, die één geheel vormt, als „overeenkomst en onderling afgestemde feitelijke gedraging” of als overeenkomst „en/of” onderling afgestemde feitelijke gedraging te kwalificeren voorzover deze inbreuk bestanddelen bevat die als „overeenkomst” moeten worden gekwalificeerd en andere bestanddelen die als „onderling afgestemde feitelijke gedragingen” moeten worden gekwalificeerd (arrest Gerecht van 17 december 1991, Hercules Chemicals/Commissie, T-7/89, Jurispr. blz. I-1711, punt 264). Het zou immers kunstmatig zijn, een voortgezette gedraging die wordt gekenmerkt door één enkel doel, op te splitsen en als verschillende afzonderlijke inbreuken te beschouwen (arrest Hercules Chemicals/Commissie, reeds aangehaald, punt 263).

187 In deze omstandigheden mag de dubbele kwalificatie niet aldus worden opgevat dat zij vereist dat gelijktijdig en cumulatief wordt bewezen dat elk van die bestanddelen zowel de kenmerken van een overeenkomst als die van onderling afgestemde feitelijke gedragingen vertoont, maar moet zij worden gezien als de aanduiding van een complex geheel van feitelijke bestanddelen waarvan sommige zijn aangemerkt als overeenkomst en andere als onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag, dat voor dit soort complexe inbreuken niet in een specifieke kwalificatie voorziet (arrest Hercules Chemicals/Commissie, reeds aangehaald, punt 264).

- 188 Het begrip onderling afgestemde feitelijke gedragingen is in artikel 85, lid 1, van het Verdrag naast de begrippen overeenkomsten tussen ondernemingen en besluiten van ondernemersverenigingen opgenomen om verschillende vormen van coördinatie en samenspanning tussen ondernemingen onder de verbodsbepalingen van dit artikel te brengen (arrest ICI/Commissie, reeds aangehaald, punt 64). Dit betekent evenwel niet dat een aantal gedragingen die hetzelfde mededingingsbeperkende doel hebben en waarvan elke gedraging, op zich beschouwd, onder het begrip „overeenkomst”, „onderling afgestemde feitelijke gedraging” of „besluit van een ondernemersvereniging” valt, niet verschillende verschijningsvormen van één enkele inbreuk op artikel 85, lid 1, van het Verdrag kunnen vormen. Bijgevolg kan een aantal gedragingen van verschillende ondernemingen de uitdrukking zijn van één enkele complexe inbreuk die ten dele onder het begrip overeenkomst en ten dele onder het begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging valt (arrest Commissie/Anic Partecipazioni, reeds aangehaald, punten 112-114).
- 189 Anders dan verzoeksters stellen, kon de Commissie ervan uitgaan dat het in een dergelijk geval niet noodzakelijk is de inbreuk uitsluitend als één van beide vormen, namelijk hetzij als „overeenkomst”, hetzij als „onderling afgestemde feitelijke gedraging”, te kwalificeren.
- 190 Bij vergelijking van de begrippen overeenkomst en onderling afgestemde feitelijke gedraging in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag blijkt immers dat deze begrippen in subjectief opzicht samenspanningsvormen van dezelfde aard omvatten die enkel verschillen in de intensiteit en in de vorm waarin zij zich manifesteren. De begrippen overeenkomst en onderling afgestemde feitelijke gedraging hebben dus ten dele verschillende bestanddelen, maar sluiten elkaar niet uit. De Commissie behoeft dus niet elk van de vastgestelde gedragingen als overeenkomst of als onderling afgestemde feitelijke gedraging te kwalificeren, maar kan sommige van deze gedragingen primair als overeenkomst en andere subsidiair als onderling afgestemde feitelijke gedragingen kwalificeren (arrest Commissie/Anic Partecipazioni, reeds aangehaald, punten 131-132).
- 191 Een dergelijke uitlegging heeft geen onaanvaardbare consequenties voor de bewijsvoering. De Commissie moet nog steeds aantonen dat elke gedraging als overeenkomst, onderling afgestemde feitelijke gedraging of besluit van een

ondernemersvereniging onder het verbod van artikel 85, lid 1, van het Verdrag valt. Verder kunnen de ondernemingen die van deelneming aan de inbreuk worden beschuldigd, voor elk van deze gedragingen de door de Commissie gegeven kwalificatie(s) betwisten op grond dat de Commissie de bestanddelen van de verschillende gestelde inbreukvormen niet heeft aangetoond (arrest Commissie/Anic Partecipazioni, reeds aangehaald, punten 134-136).

- 192 Bijgevolg heeft de Commissie niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door de betrokken inbreuk in artikel 1 van de beschikking als „geheel van overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen” te kwalificeren, zonder haar in één van deze categorieën in te delen.

ii) Kwalificatie van de vastgestelde gedragingen als overeenkomst

Argumenten van partijen

- 193 Verzoeksters stellen dat, aangezien een overeenkomst in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag volgens artikel 85, lid 2, van het Verdrag van rechtswege nietig is, een dergelijke overeenkomst een juridische verbintenis moet inhouden. Een zogenaamd gentlemen's agreement is dus geen overeenkomst. Zolang er tussen de ondernemingen geen consensus bestaat, kunnen hun gedragingen slechts worden gekwalificeerd als pogingen om tot een overeenkomst te komen, en daarvoor kan volgens het communautaire mededingingsrecht geen geldboete worden opgelegd.

- 194 Volgens verzoeksters heeft er tijdens de betrokken periode geen overeenkomst bestaan aangezien pas in de herfst van 1994 een overeenkomst inzake prijzen en quota is gesloten.

- 195 Met betrekking tot de quotaregeling, die volgens de Commissie in augustus of september 1993 is vastgesteld, zij opgemerkt dat deze laatste in punt 51 van de beschikking, aangaande de streefdoelen voor de Duitse markt voor 1994, zelf heeft verklaard dat „blijkbaar” een algemene consensus werd bereikt, waaruit blijkt dat er geen consensus bestond. Volgens hetzelfde punt van de beschikking zou Tarco een voorbehoud hebben gemaakt ten aanzien van de quota. In punt 52 van de beschikking preciseert de Commissie verder dat het nooit tot een dergelijke overeenkomst is gekomen. Afgezien van het feit dat verzoeksters nooit een dergelijke overeenkomst hebben gesloten of aan een dergelijke overeenkomst hebben meegewerkt, kunnen de door de Commissie vastgestelde feiten hooguit worden aangemerkt als een poging om een overeenkomst te sluiten.
- 196 De Commissie stelt in punt 137 van de beschikking ten onrechte dat de vóór 1994 buiten Denemarken gesloten „embryonale, losse en vaak fragmentarische” regelingen in elk geval een inbreuk op artikel 85, lid 1, opleverden. Embryonale overeenkomsten zijn immers nog geen overeenkomsten, aangezien tussen de betrokken ondernemingen geen wilsovereenstemming tot stand is gekomen. Dergelijke fragmentaire, embryonale regelingen zijn dan ook slechts pogingen om tot een overeenkomst te komen, en daarvoor kan geen geldboete worden opgelegd.
- 197 In elk geval hebben Henss Rosenheim en dus ook de groep Henss/Isoplus zich niet alleen niet gevoegd naar de resultaten van de in de beschikking genoemde vergaderingen, zij hebben zich zelfs openlijk gedistantieerd van deze resultaten. Dat Henss Rosenheim een advocaat in de arm heeft genomen en bij een scheidsrechtelijke instantie een klacht heeft ingediend tegen ABB Isolrohr, kan niets anders betekenen dan dat zij zich in de zin van de rechtspraak publiekelijk heeft gedistantieerd van de resultaten van deze vergaderingen.
- 198 Verweerster merkt op dat volgens de rechtspraak van een overeenkomst kan worden gesproken wanneer de betrokken ondernemingen de gemeenschappelijke wil tot uitdrukking hebben gebracht, zich op een bepaalde manier op de markt te gedragen. Het is geenszins noodzakelijk dat de partijen zich juridisch hebben

verbonden. In deze context vormen de in oktober of december 1991 besliste prijsverhoging, de in augustus of september 1993 overeengekomen quotaregeling en de in mei of augustus goedgekeurde prijslijst overeenkomsten.

Beoordeling door het Gerecht

- 199 Volgens vaste rechtspraak kan het bestaan van een overeenkomst in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag reeds worden aangenomen indien de betrokken ondernemingen hun gezamenlijke wil tot uitdrukking hebben gebracht om zich op een bepaalde wijze op de markt te gedragen (arresten Hof van 15 juli 1970, ACF Chemiefarma/Commissie, 41/69, Jurispr. blz. 661, punt 112, en 29 oktober 1980, Van Landewyck/Commissie, 209/78—215/78 en 218/78, Jurispr. blz. 3125, punt 86; arrest Gerecht van 24 oktober 1991, Rhône-Poulenc/Commissie, T-1/89, Jurispr. blz. II-867, punt 120).
- 200 Dit is het geval wanneer tussen verschillende ondernemingen een „gentlemen's agreement” bestaat dat de getrouwe weergave is van een dergelijke gezamenlijke wil en dat strekt tot beperking van de mededinging (arresten ACF Chemiefarma/Commissie, reeds aangehaald, punt 112, en arrest Gerecht van 6 april 1995, Tréfileurope/Commissie, T-141/89, Jurispr. blz. II-791, punt 96). Onder deze omstandigheden behoeft niet te worden onderzocht of de ondernemingen zich — juridisch, feitelijk of moreel — verplicht achtten zich overeenkomstig de afspraak te gedragen (arrest Gerecht van 14 mei 1998, Mayr-Melnhof/Commissie, T-347/94, Jurispr. blz. II-1751, punt 65).
- 201 Anders dan verzoeksters stellen, kan uit de sanctie van nietigheid waarin artikel 85, lid 2, van het Verdrag voorziet voor het geval dat er werkelijk sprake is van een juridische verbintenis, niet het omgekeerde worden afgeleid. Dat deze sanctie naar haar aard slechts kan gelden voor verbindende overeenkomsten, betekent immers niet dat niet-verbindende overeenkomsten aan het in artikel 85, lid 1, van het Verdrag vastgelegde verbod dienen te ontsnappen.

- 202 In casu heeft de Commissie in punt 137 van de beschikking in verband met de regelingen buiten de Deense markt vóór 1994 geoordeeld dat er in augustus 1993 ten minste een expliciete overeenkomst bestond over de prijsstijging in Duitsland vanaf 1 januari 1992, over de prijsvaststelling en de verdeling van projecten in Italië, en over de marktquotaregeling. Met betrekking tot de deelneming van verzoeksters aan het kartel vóór oktober 1994 staat vast dat de Commissie de in oktober en december 1991 voor 1992 vastgestelde verhoging van de prijzen op de Duitse markt, de in augustus of september 1993 overeengekomen quotaregeling en de in mei en augustus 1994 goedgekeurde prijslijst als overeenkomsten heeft aangemerkt.
- 203 Dienaangaande zij verwezen naar de punten 137 tot en met 181 hierboven, waarin is vastgesteld dat de Commissie op basis van het verzamelde bewijsmateriaal heeft kunnen concluderen dat de groep Henss/Isoplus betrokken was bij het uiterlijk op 10 december 1991 gesloten akkoord over de verhoging van de brutoprijzen in Duitsland, bij het uiterlijk in september 1993 gesloten akkoord over de verdeling van de Duitse markt en bij een op de vergaderingen van mei en augustus 1994 gesloten akkoord over een prijslijst.
- 204 In dit verband kan het verzet van Henss Rosenheim tegen de door ABB Isolrohr opgelegde provisieverhogingen niet als een distantiëring van de andere leden van het kartel worden aangemerkt, aangezien dit verzet alleen betrekking had op de door Henss Rosenheim in het kader van de handelsagentuur toegepaste provisies, en niet op de door de betrokken ondernemingen vastgestelde verkoopprijzen voor de Duitse markt.
- 205 Aangaande het in augustus 1993 gesloten akkoord over de verdeling van de Duitse markt kan niet worden volgehouden dat de Commissie, door in punt 51 van de beschikking te verklaren dat „blijkbaar” een algemene consensus over de quotaregeling was bereikt, heeft vastgesteld dat er geen wilsovereenstemming was. Het woord „blijkbaar” kan daar alleen maar betekenen dat de Commissie ervan overtuigd was dat uit de omstandigheden van de zaak kon worden afgeleid dat op dat ogenblik een algemene consensus over een quotaregeling tot stand was

gekomen. Dat Tarco een voorbehoud over haar marktaandeel heeft gemaakt, belette de Commissie evenmin om vast te stellen dat een beginselakkoord was bereikt. Uit het antwoord van ABB blijkt immers dat Tarco tijdens de onderhandelingen over een prijsakkoord in april en mei 1993 heeft „geweigerd aan een prijsakkoord deel te nemen, indien niet tegelijkertijd een marktverdelingsakkoord werd gesloten”, omdat „zij zonder agressief prijsbeleid geen bestellingen binnenhaalde”. Zoals in punt 153 hierboven is opgemerkt, is het standpunt van Tarco tot uitdrukking gekomen in een verzoek om een hoger quotum dan de op basis van de audit vastgestelde 17 %, hetgeen ertoe heeft geleid dat haar in een later voorstel een groter marktaandeel werd toegewezen. Uit deze houding van Tarco kan evenwel niet worden afgeleid dat zij zich tegen het beginsel van een verdeling van de Duitse markt heeft verzet.

206 Anders dan verzoeksters stellen, kunnen de door de Commissie uiteengezette feiten niet worden aangemerkt als een poging om tot een akkoord te komen. Uit de opeenvolging van vergaderingen waarop de verdeling van de marktaandelen is besproken, blijkt immers dat de betrokken ondernemingen althans op een bepaald ogenblik de gemeenschappelijke wil hebben geuit, zich op een bepaalde manier op de markt te gedragen. Zoals in de punten 151 tot en met 157 hierboven is vastgesteld, werden de onderhandelingen gedurende een bepaalde periode in 1993 gekenmerkt door de gemeenschappelijke wil om de mededinging op de Duitse markt te beperken aan de hand van voor elke ondernemer vastgestelde marktaandelen, ook al hebben de onderhandelingen niet alle punten tot een akkoord geleid.

207 In deze context kan de overweging van de Commissie in punt 137 van de beschikking dat „het mogelijk [is] dat deze regelingen embryonaal, los en vaak fragmentarisch waren”, niet aldus worden begrepen dat de betrokken ondernemingen met betrekking tot de door de Commissie als overeenkomst gekwalificeerde feiten nog niet de gemeenschappelijke wil hadden om zich op een bepaalde manier op de markt te gedragen. Deze overweging van de Commissie — die tevens aangeeft dat de afspraken niet steeds alle punten van de onderhandelingen en alle mogelijke details betroffen, en dat zij sporadisch en niet ononderbroken waren — sluit immers geenszins uit dat de betrokken ondernemingen een akkoord hadden bereikt over een of meerdere elementen die ertoe strekten de mededinging op de betrokken markt te beperken.

208 Bijgevolg dient de door verzoeksters aangevoerde grief te worden afgewezen.

iii) Begrip onderling afgestemde gedragingen

Argumenten van partijen

209 Verzoeksters stellen aangaande de onderling afgestemde feitelijke gedragingen dat bij ontbreken van een vrijwillige coördinatie van de gedragingen om de mededinging te beperken, de Commissie dient te bewijzen dat de onderling afgestemde feitelijke gedragingen de mededinging werkelijk hebben beperkt. In casu heeft de Commissie zelf evenwel erkend dat, wat de periode vóór oktober 1994 betreft, de prijzen buiten de Deense markt sinds oktober 1990 alleen maar zijn gedaald, vooral op de Duitse markt.

210 Verweerster wijst erop dat zij zich op de in de rechtspraak gegeven definitie van onderling afgestemde feitelijke gedragingen heeft gebaseerd. Dienaangaande heeft zij in punt 138 van de beschikking aangetoond dat de onderling afgestemde feitelijke gedragingen in casu bestonden in de uitwisseling van commerciële informatie die normalerwijs als gevoelig wordt beschouwd. Dat de prijzen in de betrokken periode in Duitsland zijn gedaald, pleit uit juridisch oogpunt niet tegen het bestaan van onderling afgestemde feitelijke gedragingen; het kan hooguit twijfel doen rijzen over het succes van het kartel. Bovendien heeft de Commissie bewijsmateriaal aangedragen dat rechtstreeks betrekking heeft op de samenwerking door de partijen.

Beoordeling door het Gerecht

- 211 Volgens vaste rechtspraak ziet het begrip onderling afgestemde feitelijke gedragingen op een vorm van coördinatie tussen ondernemingen, die, zonder dat het tot een eigenlijke overeenkomst komt, de risico's van de onderlinge concurrentie welbewust vervangt door een feitelijke samenwerking (arresten Hof van 16 december 1975, Suiker Unie e.a./Commissie, 40/73—48/73, 50/73, 54/73—56/73, 111/73, 113/73 en 114/73, Jurispr. blz. 1663, punt 26, en 8 juli 1999, Hüls/Commissie, reeds aangehaald, punt 158).
- 212 Volgens deze rechtspraak dienen de termen coördinatie en samenwerking te worden verstaan in het licht van de in de verdragsbepalingen inzake de mededinging besloten opvatting dat iedere ondernemer zelfstandig moet bepalen welk beleid hij op de gemeenschappelijke markt zal voeren. Deze zelfstandigheidseis ontnemt de ondernemers niet het recht, hun beleid intelligent aan het vastgestelde of te verwachten marktgedrag van de concurrenten aan te passen, maar staat wel onverbiddeijk in de weg aan enigerlei al dan niet rechtstreeks contact tussen dergelijke ondernemers waardoor hetzij het marktgedrag van een bestaande of potentiële concurrent wordt beïnvloed, hetzij deze concurrent op de hoogte wordt gebracht van het aangenomen of voorgenomen marktgedrag, wanneer dit contact tot doel of tot gevolg heeft dat mededingingsvoorwaarden ontstaan die, gelet op de aard van de producten of verleende diensten, de grootte en het aantal van de ondernemingen en de omvang van de markt, niet met de normaal te achten voorwaarden van deze markt overeenkomen (arresten Suiker Unie e.a./Commissie, reeds aangehaald, punten 173 en 174; 8 juli 1999, Hüls/Commissie, reeds aangehaald, punten 159 en 160, en Rhône-Poulenc/Commissie, reeds aangehaald, punt 121).
- 213 Verder vereist het begrip onderling afgestemde feitelijke gedraging, zoals uit de bewoordingen van artikel 85, lid 1, van het Verdrag blijkt, behalve de afstemming tussen de ondernemingen een daaropvolgend marktgedrag en een oorzakelijk verband tussen beide (zie arresten Commissie/Anic Partecipazioni, reeds aangehaald, punt 118, en Hüls/Commissie, reeds aangehaald, punt 161).

- 214 In deze context dient de opmerking van de Commissie in punt 138, tweede alinea, van de beschikking te worden beoordeeld dat, „zelfs indien het begrip ‚overeenkomst‘ niet van toepassing zou zijn op fases van het proces van afspraken die tot een allesomvattende overeenkomst hebben geleid, [...] de betrokken handelwijze toch nog steeds [valt] onder het verbod van artikel 85 als een onderling afgestemde feitelijke gedraging”. Dienaangaande omschrijft de Commissie de regelmatige vergaderingen als „een forum [...] waarin [...] normalerwijs gevoelige commerciële informatie werd uitgewisseld, [waarbij de betrokkenen] de bedoeling [moeten] hebben gehad om over hun gedrag tot een zekere mate van begrip, wederkerigheid en voorwaardelijke of gedeeltelijke overeenstemming te komen [...]”. Verder benadrukt de Commissie dat „hoe het ook zij, [het niet anders kan dan dat de deelnemers] bij de vaststelling van hun commercieel beleid [...], hetzij rechtstreeks hetzij onrechtstreeks, rekening hebben gehouden met de inlichtingen die zij tijdens die regelmatige vergaderingen verkregen”.
- 215 Met betrekking tot de periode vóór oktober 1994 blijkt uit verschillende stukken dat de groep Henss/Isoplus in 1992 en 1993 herhaaldelijk heeft deelgenomen aan een uitwisseling van informatie over marktaandelen. Zoals in de punten 146, 148 en 149 hierboven is vastgesteld, gaat het om de in de bijlagen 37, 44, 49 en 53 bij de mededeling van de punten van bezwaar opgenomen stukken.
- 216 De ondernemingen die hun gedrag onderling afstemmen en op de markt actief blijven, worden evenwel behoudens door de betrokken ondernemers te leveren tegenbewijs vermoed, bij de bepaling van hun gedrag op deze markt rekening te houden met de met hun concurrenten uitgewisselde informatie (arresten Commissie/Anic Partecipazioni, reeds aangehaald, punt 121, en 8 juli 1999, Hüls/Commissie, reeds aangehaald, punt 162). Dit klemt temeer wanneer de afstemming gedurende een lange periode en met een zekere regelmaat heeft plaatsgevonden, hetgeen in casu het geval was (zie arresten Commissie/Anic Partecipazioni, reeds aangehaald, punt 121, en 8 juli 1999, Hüls/Commissie, reeds aangehaald, punt 162).
- 217 Verder volgt uit de rechtspraak dat onderling afgestemde feitelijke gedragingen zelfs dan onder artikel 85, lid 1, van het Verdrag vallen wanneer zij geen

mededingingsbeperkende gevolgen op de markt hebben. Om te beginnen volgt reeds uit de tekst van deze bepaling dat onderling afgestemde feitelijke gedragingen, evenals overeenkomsten tussen ondernemingen of besluiten van ondernemersverenigingen, ongeacht of zij enig gevolg hebben, zijn verboden wanneer zij de mededinging beogen te verstoren. Verder veronderstelt het begrip onderling afgestemde feitelijke gedragingen weliswaar een marktgedrag van de deelnemende ondernemingen, maar vereist het niet noodzakelijkerwijs dat deze gedragingen de mededinging concreet beperken, verhinderen of vervalsen (zie arresten Commissie/Anic Partecipazioni, reeds aangehaald, punten 122-124, en 8 juli 1999, Hüls/Commissie, reeds aangehaald, punten 163-165).

- 218 Gelet op het voorgaande heeft de Commissie, voorzover zij de groep Henss/Isoplus heeft verweten dat zij in de periode vóór oktober 1994 heeft deelgenomen aan een „geheel van overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen”, niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door de uitwisseling van handelsinformatie subsidiair als onderling afgestemde feitelijke gedragingen te kwalificeren.
- 219 De door verzoeksters dienaangaande aangevoerde grief dient dus eveneens te worden afgewezen.

iv) Rechtsgevolgen van de deelneming aan een vergadering met een mededingingsverstoringdoel

Argumenten van partijen

- 220 Volgens verzoeksters dient de rechtspraak volgens welke een onderneming die zich niet voegt naar de resultaten van vergaderingen met een mededingingsbeperkend doel, aansprakelijk kan worden gesteld voor een inbreuk op de mededingingsregels wanneer zij zich niet publiekelijk van de inhoud van deze

vergaderingen heeft gedistantieerd, restrictief te worden uitgelegd, gelet op de arresten van het Gerecht van 1 april 1993, BPB Industries en British Gypsum/Commissie (T-65/89, Jurispr. blz. II-389), en van het Hof van 6 april 1995, BPB Industries en British Gypsum/Commissie (C-310/93 P, Jurispr. blz. I-865), waarin werd vastgesteld dat de Commissie terecht geen inzage had verleend in bepaalde, in het dossier opgenomen brieven van cliënten van de onderneming die een machtspositie innam.

- 221 Wanneer aan een kartel wordt deelgenomen door ondernemingen die een machtspositie of althans een sterke economische positie op de markt innemen, brengt het feit dat andere, economisch zwakkere ondernemingen zich niet publiekelijk van het mededingingsbeperkende resultaat van een vergadering distantieëren, geenszins mee dat desondanks moet worden aangenomen dat deze ondernemingen uit het oogpunt van het mededingingsrecht aansprakelijk zijn voor het resultaat van deze vergadering. Voor minder belangrijke ondernemingen is het immers vaak eenvoudiger om tijdens de vergaderingen waarvoor de marktleider hen op basis van zijn economische machtspositie heeft uitgenodigd, te zwijgen en zich vervolgens niet overeenkomstig de afspraak te gedragen.
- 222 Verweerster stelt dat het voor de juridische beoordeling van een kartel geen rol speelt of een onderneming vrijwillig dan wel onder dwang aan het kartel deelneemt, aangezien zij steeds de mogelijkheid heeft om het kartel aan te brengen. Bovendien berusten bovengenoemde arresten op de opvatting dat de Commissie zoveel mogelijk moet vermijden, zelf aanleiding te geven tot inbreuken op de mededingingsregels, en doen zij geen afbreuk aan de rechtspraak volgens welke een onderneming die zich niet voegt naar de resultaten van vergaderingen met een mededingingsverstoringdoel, hiervoor aansprakelijk kan worden gesteld wanneer zij zich niet publiekelijk van de inhoud van deze vergaderingen heeft gedistantieerd.

Beoordeling door het Gerecht

- 223 Zoals in punt 137 hierboven in herinnering is gebracht, kan, wanneer een onderneming, zelfs zonder daarin een actief aandeel te hebben, deelneemt aan

ondernemersvergaderingen die tot doel hebben de mededinging te verstoren, en zich niet publiekelijk van de inhoud ervan distantieert, waardoor zij bij de andere deelnemers de indruk wekt dat zij instemt met het resultaat van de vergaderingen en dat zij zich daaraan zal houden, als bewezen worden beschouwd dat zij deelneemt aan de uit deze vergaderingen resulterende mededingingsregeling.

224 Anders dan verzoeksters stellen, is het niet ter zake dienend of de betrokken onderneming samenkomt met ondernemingen die een machtspositie of althans een sterke economische positie op de markt innemen.

225 De door verzoeksters aangehaalde rechtspraak heeft betrekking op de verplichting van de Commissie om in een administratieve procedure inzake de toepassing van het mededingingsrecht de vertrouwelijkheid van bepaalde stukken in het dossier te eerbiedigen. In die context is geoordeeld dat de Commissie ondernemingen waaraan misbruik van machtspositie ten laste was gelegd, de toegang tot bepaalde briefwisseling met derde ondernemingen mocht weigeren op grond van de vertrouwelijke aard ervan, aangezien een onderneming waaraan een mededeling van punten van bezwaar is gericht en die een machtspositie op de markt inneemt, daardoor vergeldingsmaatregelen zou kunnen nemen tegen een concurrerende onderneming, een leverancier of een afnemer die aan het onderzoek van de Commissie heeft meegewerkt (arrest van 1 april 1993, BPB Industries en British Gypsum/Commissie, reeds aangehaald, punt 33, bevestigt op hogere voorziening door arrest van 6 april 1995, BPB Industries en British Gypsum/Commissie, reeds aangehaald, punten 26 en 27). Aangezien deze rechtspraak over iets geheel anders gaat, namelijk over de verplichting van de Commissie om toegang tot het dossier te verlenen, verstrekt zij geen relevante elementen voor het beantwoorden van de vraag of de resultaten van vergaderingen met een mededingingsbeperkend doel dienen te worden toegerekend aan de ondernemingen die aan deze vergaderingen hebben deelgenomen.

226 Verder zij eraan herinnerd dat een onderneming die, zij het onder dwang van andere, economisch sterkere deelnemers, aan ondernemersvergaderingen met een mededingingsbeperkend doel deelneemt, steeds de mogelijkheid heeft, bij de

Commissie een klacht in te dienen en de betrokken mededingingsversturende activiteiten aan te brengen in plaats van verder aan deze vergaderingen deel te nemen (zie punt 178 hierboven).

- 227 Bijgevolg heeft de Commissie niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door artikel 85, lid 1, van het Verdrag aldus uit te leggen dat een onderneming die aan ondernemersvergaderingen met een mededingingsbeperkend doel deelneemt zonder zich publiekelijk van de inhoud hiervan te distantieëren, kan worden geacht aan het uit deze vergaderingen voortvloeiende kartel te hebben deelgenomen.

v) Bewijslast betreffende de deelneming aan een alomvattend kartel

Argumenten van partijen

- 228 Verzoeksters komen op tegen de stelling van de Commissie in punt 134 van de beschikking dat „het voor het bestaan van een overeenkomst [niet] noodzakelijk (is), dat elke vermeende deelnemer voor de gehele duur van zijn aansluiting bij de gezamenlijke regeling alle individuele elementen of uitingen van het kartel uitdrukkelijk heeft goedgekeurd of daarvan op de hoogte was”. Deze rechtsopvatting vindt geen steun in de rechtspraak en is vooral in strijd met artikel 6, lid 2, EVRM en met het schuldbeginnsel als algemeen rechtsbeginnsel. Ten slotte leidt deze opvatting tot een omkering van de bewijslast.
- 229 In dit verband wijzen verzoeksters erop dat een onderneming, zelfs indien vaststaat dat zij slechts rechtstreeks heeft deelgenomen aan een of meerdere bestanddelen van een kartel, voor het gehele kartel aansprakelijk kan worden

gesteld wanneer zij wist of noodzakelijkerwijze moest weten dat de heimelijke verstandhouding waaraan zij deelnam, deel uitmaakte van een algemeen plan, alsook dat dit algemene plan alle bestanddelen van het kartel dekte (arrest Gerecht van 14 mei 1998, Gruber + Weber/Commissie, T-310/94, Jurispr. blz. II-1043, punt 140). Ook al heeft deze rechtspraak vooral betrekking op overeenkomsten in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag en kan zij dus niet zonder meer gelden voor onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de zin van deze bepaling, toch kan daaruit worden afgeleid dat de Commissie in de beschikking precies dient vast te stellen wat de aard van de overeenkomst is en wat de betrokken onderneming wist of noodzakelijkerwijs moest weten. Vooral volgt daaruit dat aan een onderneming geen deelneming aan een alomvattend kartel ten laste kan worden gelegd voor een periode vóór zij aan de inbreuk heeft deelgenomen, en evenmin voor een markt waarop zij nooit werkzaam is geweest.

- 230 Volgens verweerster gaat het in punt 134 van de beschikking over de aard van de inbreuk, namelijk één enkel kartel, en handelt dit punt niet over de omvang van de jegens elk van de ondernemingen geuite beschuldigingen. Uit de beschikking blijkt duidelijk dat de Commissie een onderscheid heeft gemaakt tussen de vraag of er sprake is van één enkele voortgezette inbreuk, en de vraag in hoeverre elke onderneming aansprakelijk is voor de inbreuk.

Beoordeling door het Gerecht

- 231 Volgens de rechtspraak kan een onderneming, zelfs indien vaststaat dat zij slechts rechtstreeks heeft deelgenomen aan een of meerdere bestanddelen van een kartel, voor het gehele kartel aansprakelijk worden gesteld wanneer zij wist of noodzakelijkerwijze moest weten dat de heimelijke verstandhouding waaraan zij deelnam, deel uitmaakte van een algemeen plan, alsook dat dit algemene plan

alle bestanddelen van het kartel dekte (zie arresten Gerecht van 14 mei 1998, *Buchmann/Commissie*, T-295/94, *Jurispr. blz. II-813*, punt 121, en *Gruber + Weber/Commissie*, reeds aangehaald, punt 140). Verder kan een onderneming die aan één enkele complexe inbreuk heeft deelgenomen door eigen gedragingen die een bijdrage aan de verwezenlijking van de inbreuk in zijn geheel beoogden te leveren, voor de gehele duur van haar deelneming aan die inbreuk tevens aansprakelijk zijn voor de gedragingen van andere ondernemingen in het kader van diezelfde inbreuk, wanneer vaststaat dat de betrokken onderneming de onrechtmatige gedragingen van de andere deelnemers kende of redelijkerwijs kon voorzien en bereid was het risico ervan te aanvaarden. Een dergelijke conclusie is niet in strijd met het beginsel dat de aansprakelijkheid voor dergelijke inbreuken persoonlijk is, en heeft evenmin tot gevolg dat het individuele onderzoek van het bezwarend bewijsmateriaal in strijd met de bewijsregels wordt verwaarloosd of dat de rechten van de verdediging van de betrokken ondernemingen worden geschonden (arrest *Commissie/Anic Partecipazioni*, reeds aangehaald, punt 203).

- 232 Volgens verzoeksters blijkt uit punt 134, zesde alinea, van de beschikking dat de Commissie de in deze rechtspraak vervat liggende beginselen niet heeft geëerbiedigd.
- 233 Dit argument berust evenwel op een onjuiste lezing van punt 134 van de beschikking.
- 234 De betrokken passage valt immers onder het kopje „Overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen”, waaronder de Commissie om te beginnen heeft uiteengezet wat zij onder de begrippen overeenkomst en onderling afgestemde feitelijke gedragingen verstaat (punten 129 en 130 van de beschikking), en vervolgens heeft uitgelegd waarom zij meende te mogen concluderen tot het bestaan van één enkele voortgezette inbreuk, zonder dat zij de inbreuk bij een van beide vormen, een overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedra-

ging, behoefde onder te brengen (punten 131-133 van de beschikking). Verder heeft de Commissie in punt 134 van de beschikking opgemerkt dat het mogelijk is dat er geen consensus heeft bestaan over alle bestanddelen van het kartel, dat geen formele overeenkomst is bereikt over alle aspecten ervan en dat de leden in verschillende mate bij het kartel betrokken waren, maar dat geen van deze elementen eraan in de weg staat dat deze regeling een overeenkomst of een onderling afgestemde feitelijke gedraging in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag is wanneer de partijen één enkel gemeenschappelijk en voortgezet doel nastreven. Verder in punt 134 merkt de Commissie ten slotte op dat leden het kartel kunnen verlaten of zich daarbij kunnen aansluiten zonder dat het daarom, bij elke wijziging van haar samenstelling, als een nieuwe „overeenkomst” moet worden beschouwd.

- 235 In de door verzoeksters bedoelde passage verduidelijkt de Commissie dus slechts de voorwaarden waaronder een kartel volgens haar als één enkele voortgezette inbreuk kan worden beschouwd, maar laat zij zich niet uit over de aansprakelijkheid van de ondernemingen die aan deze inbreuk hebben deelgenomen.
- 236 Deze uitlegging van de beschikking vindt overigens steun in punt 148, sub b, van de beschikking, waarin uitdrukkelijk wordt verklaard dat „niet [wordt] beweerd dat elke adressaat van de onderhavige beschikking aan elk onderdeel van de vermelde concurrentiebeperkende regelingen heeft deelgenomen of zulks gedurende de gehele duur van de inbreuk deed”, en dat „de rol van elke deelnemer en de omvang van ieders betrokkenheid [...] in de onderhavige beschikking uitvoerig [wordt] uiteengezet”.
- 237 Aangaande de deelneming van de groep Henss/Isoplus aan de door de Commissie vastgestelde inbreuk zij verder opgemerkt dat verzoeksters in het kader van deze grief niet hebben gepreciseerd in welke zin de Commissie hun voor een periode vóórdat zij aan de inbreuk hebben deelgenomen, of voor een markt waarop zij

nooit werkzaam zijn geweest, deelneming aan een alomvattend kartel ten laste heeft gelegd. Zoals reeds is vastgesteld, heeft de Commissie de groep Henss/Isoplus terecht verweten dat zij vanaf oktober 1991 aan de inbreuk heeft deelgenomen, en heeft zij haar voor de periode vóór oktober 1994 een dergelijke deelneming alleen ten laste gelegd wegens haar toetreding tot het kartel van de Deense producenten op de Duitse markt.

238 Bijgevolg dient de door verzoeksters aangevoerde grief te worden afgewezen.

vi) Individuele aansprakelijkheid van de vennootschappen die worden geacht te behoren tot de groep Henss/Isoplus

Argumenten van partijen

239 Verzoeksters komen op tegen de stelling van de Commissie dat zij niet voor elke onderneming van de groep Henss/Isoplus behoeft te bewijzen dat zij zich vóór oktober 1994 aldus op de markt heeft gedragen dat zij bij de inbreuk betrokken was. Nu verzoeksters in dit verband als juridisch zelfstandige ondernemingen moeten worden beschouwd, daar er geen groep Henss/Isoplus heeft bestaan, bevat de beschikking geen enkele vaststelling waaruit blijkt waarom elke verzoekster aansprakelijk wordt gesteld voor deelneming aan het onrechtmatige kartel. Bovendien heeft de Commissie niet duidelijk gemaakt of zij met de term „Henss” in de beschikking de heer Henss persoonlijk, de groep Henss/Isoplus of een vennootschap Henss, zoals Henss Rosenheim of Henss Berlin, heeft bedoeld.

- 240 Verder merken verzoeksters op dat Isoplus Hohenberg een vennootschap naar Oostenrijks recht is, dat Oostenrijk pas op 1 januari 1995 tot de Europese Gemeenschap is toegetreden, en dat de mededingingsregels van artikel 53 van de EER-Overeenkomst pas vanaf 1 juli 1994 van toepassing zijn. Nog afgezien van het probleem van het territorialiteitsbeginsel in het mededingingsrecht dient erop te worden gewezen dat de beschikking geen enkele feitelijke vaststelling bevat waaruit blijkt dat Isoplus Hohenberg zich vóór oktober 1994 schuldig heeft gemaakt aan een mededingingsbeperkende gedraging in de zin van artikel 85 van het Verdrag of artikel 53 van de EER-Overeenkomst.
- 241 Verweerster betoogt dat de vier werkmaatschappijen als één enkele, door de heer Henss vertegenwoordigde entiteit zijn opgetreden. Zij hadden er duidelijk belang bij om aan het kartel deel te nemen, aangezien zij werkzaam waren op de Duitse markt, waar de prijzen vrij laag waren gebleven. Om deze redenen dient ook te worden afgewezen het middel dat de Commissie onvoldoende heeft bewezen dat het in Oostenrijk gevestigde Isoplus Hohenberg aan het kartel heeft deelgenomen.

Beoordeling door het Gerecht

- 242 Zoals in de punten 54 tot en met 66 hierboven is vastgesteld, heeft de Commissie terecht geoordeeld dat de vennootschappen Henss en Isoplus als één enkele economische entiteit, die in de beschikking nu eens „groep Henss/Isoplus”, dan weer „Henss/Isoplus” wordt genoemd, aan het kartel hebben deelgenomen. In de beschikking behoefde dan ook niet steeds te worden gespecificeerd of met „Henss” werd bedoeld op een van de vennootschappen Henss, dan wel op de groep Henss/Isoplus. Waar de heer Henss in de beschikking wordt genoemd, is dat eveneens in zijn hoedanigheid van vertegenwoordiger van het samenstel van de vennootschappen Henss en Isoplus, die hij controleerde en binnen het kartel vertegenwoordigde.

- 243 Ook al is de heer Henss in de periode vóór 1994 tijdens de vergaderingen van de club van directeuren mogelijkterwijs voor de vennootschappen Henss Rosenheim en Henss Berlin opgetreden in het kader van hun handelsagentuurovereenkomsten op de Duitse markt, dit neemt niet weg dat hij tegelijkertijd de eigen belangen van deze twee vennootschappen, alsook die van de Isoplus Hohenberg en Isoplus Sondershausen vertegenwoordigde. Zoals in punt 60 hierboven is vastgesteld, blijkt immers uit nota's van andere deelnemers dat alle vennootschappen Henss en Isoplus tijdens de besprekingen over de verdeling van de Duitse markt als één enkele entiteit met de naam „Isoplus” of „Isoplus/Henss” werden beschouwd.
- 244 Bijgevolg heeft de Commissie rechtens voldoende aangetoond dat elk van de vennootschappen Henss en Isoplus tot de groep Henss/Isoplus behoorde en als zodanig aansprakelijk diende te worden gesteld voor de door deze groep gepleegde inbreuk.
- 245 Isoplus Hohenberg behoorde reeds vóór 1994 tot de groep Henss/Isoplus. Aangezien de Commissie Isoplus Hohenberg op deze grond aansprakelijk heeft gesteld voor de door de groep Henss/Isoplus gepleegde inbreuk, die bestond in een kartel dat — wat deze groep betreft — de Duitse markt bestreek, kan niet worden volgehouden dat de Commissie haar aansprakelijk heeft gesteld voor activiteiten die, wegens het land waar zij is gevestigd, buiten de territoriale werkingssfeer van artikel 85 van het Verdrag vielen.
- 246 Bijgevolg dient deze grief eveneens te worden afgewezen.

247
tot
286 [...]

B — *Tweede middel: schending van de rechten van de verdediging*287
tot
322 [...]]

3. Schending van het recht om te worden gehoord, wegens het ontbreken van vertaling van bepaalde stukken

Argumenten van partijen

323 Verzoeksters menen dat hun recht om te worden gehoord, is geschonden doordat de Commissie hun niet alle stukken in het Duits ter beschikking heeft gesteld. Zo hebben zij geen vertaling gekregen van bepaalde stukken die bij de oorspronkelijke en de aanvullende mededeling van de punten van bezwaar en bij de antwoorden van andere ondernemingen op de verzoeken om inlichtingen van de Commissie waren gevoegd.

324 Volgens verzoeksters gelden de overwegingen van het Hof in het arrest van 24 november 1998, Bickel en Franz (C-274/96, Jurispr. blz. I-7637), over het recht van de burgers van de Unie om te verkrijgen dat de strafprocedure in hun moedertaal wordt gevoerd, ook voor een procedure voor de Commissie op grond van verordening nr. 17, die als een strafprocedure in de zin van de artikelen 5 en 6 EVRM dient te worden gekwalificeerd. Voor de procedure voor de Commissie geldt het beginsel van equality of arms, dat eist dat niet alleen de mededeling van de punten van bezwaar en de beschikking, maar ook alle bijlagen die hierop betrekking hebben, worden betekend in de officiële taal van de plaats waar de maatschappelijke zetel van de betrokken vennootschap is gevestigd, of in enige andere door deze laatste gekozen procestaal. In elk geval bestaat huns inziens de verplichting om de bij de briefwisseling van de andere ondernemingen en van de klager gevoegde stukken te vertalen, aangezien de Commissie zelf deze stukken in de verschillende officiële talen van de Gemeenschap moet vertalen.

325 Verweerster merkt op dat de in verordening nr. 17 bedoelde procedurestukken, te weten de mededeling van de punten van bezwaar en de beschikking, overeenkomstig artikel 3 van verordening nr. 1 van de Raad van 15 april 1958 tot regeling van het taalgebruik in de Europese Economische Gemeenschap (PB 1958, 17, blz. 385), in het Duits aan de betrokken partijen zijn betekend. De stukken die niet van de Commissie afkomstig zijn en ter informatie aan de partijen worden toegestuurd om hun de mogelijkheid te bieden zich te verdedigen, moeten hun daarentegen in de oorspronkelijke taal worden meegedeeld. De stelling van verzoeksters dat de Commissie deze stukken in de verschillende officiële talen van de Gemeenschap moet vertalen, mist dus elke rechtsgrondslag.

Beoordeling door het Gerecht

326 Verzoeksters stellen dat zij niet alleen een vertaling hadden moeten krijgen van de bijlagen bij de mededeling van de punten van bezwaar, maar ook van de bijlagen bij de antwoorden van andere ondernemingen op de verzoeken om inlichtingen van de Commissie.

327 Om te beginnen is het vaste rechtspraak dat niet van de Commissie afkomstige bijlagen bij de mededeling van de punten van bezwaar geen „stukken” in de zin van artikel 3 van verordening nr. 1 zijn, maar moeten worden beschouwd als bewijsstukken waarop de Commissie zich baseert en die derhalve in hun oorspronkelijke staat aan de adressaat van de beschikking ter kennis moeten worden gebracht, zodat deze kennis kan nemen van de uitlegging die de Commissie daaraan heeft gegeven en waarop zij zowel de mededeling van de punten van bezwaar als de beschikking heeft gebaseerd (arresten Gerecht van 6 april 1995, Tréfilunion/Commissie, T-148/89, Jurispr. blz. II-1063, punt 21, en 14 mei 1998, Finnboard/Commissie, T-338/94, Jurispr. blz. II-1617, punt 53). Bijgevolg heeft de Commissie, door deze bijlagen in de oorspronkelijke taal mee te delen, het recht van de betrokken ondernemingen om te worden gehoord, niet geschonden.

- 328 Verder bevat de mededeling van de punten van bezwaar, die in het Duits aan verzoeksters is betekend, relevante uittreksels uit de bij deze mededeling gevoegde bijlagen. Verzoeksters konden aldus precies te weten komen op welke feiten en juridische overwegingen de Commissie zich baseerde. Zij hebben zich bijgevolg naar behoren kunnen verdedigen (zie ook arrest Tréfilunion/Commissie, reeds aangehaald, punt 21).
- 329 Hetzelfde geldt voor de bijlagen bij de antwoorden van andere ondernemingen op de verzoeken om inlichtingen van de Commissie. Geen enkele communautaire bepaling verplicht de Commissie, een vertaling te verstrekken van dergelijke stukken, die niet van haar afkomstig zijn. Aangezien deze stukken ter informatie aan de betrokken ondernemingen worden meegedeeld om hun de mogelijkheid te bieden zich te verdedigen, dienen zij ook in hun oorspronkelijke staat aan hen ter kennis worden gebracht, zodat de betrokken ondernemingen zelf de uitlegging die de Commissie daaraan heeft gegeven en waarop zij haar beschikking heeft gebaseerd, kunnen beoordelen.
- 330 Een dergelijke situatie levert geen schending van het beginsel van equality of arms op aangezien, zoals de Commissie heeft verklaard, de originele stukken zowel voor de Commissie als voor de betrokken ondernemingen het enige relevante bewijs vormen.
- 331 Verzoeksters trachten tevergeefs het reeds aangehaalde arrest Bickel en Franz op een andere dan de hierboven beschreven manier uit te leggen. Het Hof heeft zich in dit arrest immers uitgesproken voor de niet-discriminatoire toepassing van een taalregeling die de betrokken personen het recht verleent om de strafprocedure in hun moedertaal te laten verlopen. De vraag of de schriftelijke bewijsstukken ter eerbiediging van de rechten van de verdediging in de proces taal moeten worden vertaald, wordt in dat arrest evenwel niet behandeld.

- 332 Om deze redenen dient de grief dat het recht om te worden gehoord is geschonden door het ontbreken van vertaling van de stukken, te worden afgewezen.

4. Schending van het recht om te worden gehoord, wegens ontoereikende termijnen om opmerkingen te maken

Argumenten van partijen

- 333 Verzoeksters stellen dat de Commissie hun rechten van de verdediging heeft geschonden door hun geen toereikende termijnen te verlenen om hun standpunt over het gehele dossier kenbaar te maken.

- 334 In dat verband merken zij op dat de Commissie, na de mededeling van de punten van bezwaar, bij brief van 22 mei 1997 nog tal van andere stukken met niet in het Duits gestelde bijlagen heeft opgestuurd, waarbij aan de adressaten van de mededeling van de punten van bezwaar een termijn tot 30 juni 1997 werd verleend om hun standpunt kenbaar te maken. De Commissie heeft niet geantwoord op een vraag van verzoeksters om deze termijn te verlengen, waarop zij hun opmerkingen over deze mededeling binnen de gestelde termijn hebben ingediend. Vervolgens hebben verzoeksters bij brief van de Commissie van 19 september 1997 de antwoorden van andere betrokken ondernemingen op de mededeling van de punten van bezwaar ontvangen, alsook bijlagen met stukken die niet in het Duits waren vertaald, met het verzoek om hierover vóór 10 oktober 1997 hun opmerkingen te maken. Verder hebben verzoeksters op 24 september en 9 oktober 1997 nog brieven van de Commissie gekregen, waarbij eveneens niet-vertaalde stukken waren bijgevoegd. Verzoeksters hebben op 12 en 17 november 1997 hun opmerkingen kenbaar gemaakt, doch daarbij deze handelwijze van de Commissie aan de kaak gesteld. Ondanks het protest van

verzoeksters op de hoorzitting van 24 en 25 november 1997 heeft de raadadviseur-auditeur alle aldus meegeedeelde bewijsstukken toegelaten. Bovendien zijn de laatste schriftelijke opmerkingen van de andere ondernemingen niet aan verzoeksters meegeedeeld.

- 335 Verzoeksters wijzen erop dat aanvaarding van het standpunt van de Commissie dat de bijlagen en de aanvullingen bij de mededeling van de punten van bezwaar niet behoeven te worden betekend in de taal van de plaats waar de maatschappelijke zetel van de onderneming is gevestigd, impliceert dat de vele anderstalige stukken voor verzoeksters eerst in het Duits moeten worden vertaald, hetgeen enige tijd in beslag neemt.
- 336 Op de verklaring van de Commissie dat verzoeksters toch ook over de later toegezonden stukken opmerkingen hebben ingediend, antwoorden verzoeksters dat zij, om hun rechten veilig te stellen, verplicht waren om binnen korte termijn beknopte opmerkingen in te dienen, die niet met de gewenste zorgvuldigheid en nauwkeurigheid konden worden uitgewerkt. Zij hebben evenwel elke keer uitdrukkelijk kritiek uitgeoefend op de ontoereikende termijnen.
- 337 Ten slotte heeft de gemachtigde van de Commissie tijdens de hoorzitting aan de raadsman van Isoplus Hohenberg en Isoplus Sondershausen het Einbringungsvertrag van 15 januari 1997 voorgelegd, waarvan deze raadsman op dat ogenblik niets afwist, en hem hierover verschillende vragen gesteld. Verzoeksters hebben geprotesteerd tegen het feit dat dit bewijsstuk door de raadadviseur-auditeur werd toegelaten, terwijl zij geen tijd hadden gehad om hierover opmerkingen te maken.
- 338 Verweerster stelt dat de verleende termijnen toereikend waren. Zo waren bij de brief van 22 mei 1997 maar zeer weinig stukken gevoegd en was het perfect mogelijk om vóór het verstrijken van de gestelde termijn hierover een standpunt

te bepalen. Dit geldt ook voor de opmerkingen over de door de Commissie niet gebruikte stukken die de ondernemingen onderling hadden uitgewisseld. De Commissie diende verzoeksters geen inzage te verlenen in de opmerkingen van andere ondernemingen over door de Commissie meegedeelde stukken, waarop de beschikking niet was gebaseerd.

339 Verzoeksters erkennen dat zij hun opmerkingen tijdig hebben ingediend. Zij beschikten over voldoende tijd om op de mededeling van de punten van bezwaar te antwoorden en om de brieven van de Commissie van 19 en 24 september en 9 oktober 1997 en de stukken waarnaar in deze brieven wordt verwezen, te bestuderen. Tijdens de administratieve procedure, die pas met de hoorzitting is beëindigd, hebben verzoeksters niet verder aangedrongen om aanvullende schriftelijke opmerkingen in te dienen. De hoorzitting is overigens verschoven van 21 en 22 oktober 1997 naar 24 en 25 november 1997, zodat verzoeksters voldoende tijd hebben gehad om een schriftelijk antwoord in te dienen.

340 Verder kunnen verzoeksters niet stellen dat zij hun standpunt over het Einbringungsvertrag van 15 januari 1997 niet naar behoren kenbaar hebben kunnen maken. De beschikking is immers slechts op dit stuk gebaseerd voorzover het ertoe bijdraagt aan te tonen dat verzoeksters een groep vormden onder de leiding van de heer Henss. De toenmalige werkmaatschappijen zijn tijdens de schriftelijke procedure uitdrukkelijk over dit laatste punt ondervraagd, en hebben ontkend dat er een groep bestond en in het bijzonder dat de heer Henss enige deelneming in Isoplus Hohenberg en Isoplus Sondershausen bezat. De vraag of de heer Henss deze vennootschappen controleerde en in het bijzonder of hierover iets te vinden was in het Einbringungsvertrag, kon tijdens de hoorzitting gemakkelijk worden beantwoord.

341 Bovendien verwijten verzoeksters in hun brieven van 8 en 9 december 1997 de Commissie alleen dat zij het Einbringungsvertrag tijdens de hoorzitting aan de openbaarheid heeft prijsgegeven, en gaan zij in die brieven niet in op de kwestie

van de door de heer Henss uitgeoefende controle. Dus zelfs al zouden verzoeksters tijdens de betrokken procedure onvoldoende gelegenheid hebben gekregen om naar behoren opmerkingen te maken over dit laatste punt, dan nog zijn hun rechten van de verdediging toch geëerbiedigd.

Beoordeling door het Gerecht

342 Verzoeksters stellen dat zij niet voldoende tijd hebben gekregen om hun standpunt kenbaar te maken over de stukken die hun zijn toegezonden vóór het verstrijken van de termijn voor het indienen van opmerkingen over de mededeling van de punten van bezwaar, over de later toegezonden stukken, waarover zij vóór 10 oktober 1997 opmerkingen dienden in te dienen, en over het tijdens de hoorzitting overgelegde Einbringungsvertrag, waarover zij zonder voorbereidingstijd opmerkingen hebben moeten maken.

343 In de eerste plaats staat vast dat de op 22 mei 1997 toegezonden stukken volgens de begeleidende brief van de Commissie relevant konden zijn voor de in de mededeling van de punten van bezwaar van 20 maart 1997 besproken feiten. Aangezien de Commissie verzoeksters een termijn van veertien weken, dat wil zeggen tot 1 juli 1997, had verleend om hun opmerkingen over de mededeling van de punten van bezwaar kenbaar te maken, hadden zij, toen zij de brief van 22 mei 1997 ontvingen, nog ruim een maand de tijd om hun standpunt over deze aanvullende stukken uit te werken.

344 Dienaangaande zij opgemerkt dat artikel 11, lid 1, van verordening nr. 99/63, dat beoogt te garanderen dat de adressaten van de mededeling van de punten van bezwaar over voldoende tijd beschikken om hun rechten van de verdediging uit te oefenen, bepaalt dat de Commissie bij de vaststelling van de termijn, die ten

minste twee weken moet bedragen, rekening moet houden met de tijd die nodig is om opmerkingen te formuleren, en met de spoedeisendheid van de zaak. De verleende termijn moet in concreto worden beoordeeld met inachtneming van de moeilijkheid van de zaak. Aldus heeft de gemeenschapsrechter in bepaalde — nochtans omvangrijke — zaken geoordeeld dat een termijn van twee maanden volstond om opmerkingen over de mededeling van de punten van bezwaar te maken (arrest Hof van 14 februari 1978, *United Brands/Commission*, 27/76, *Jurispr. blz. 207*, punten 272 en 273, en arrest *Suiker Unie e.a./Commissie*, reeds aangehaald, punten 94-99).

345 Een termijn van meer dan een maand diende dus te volstaan om opmerkingen te maken over de op 22 mei 1997 toegezonden stukken, aangezien het om een klein aantal stukken ging (bijlagen X1-X9) en bovendien de relevantie ervan in de begeleidende brief werd uitgelegd. Ook de meest bezwarende passages van de klacht van Powerpipe, die eveneens, met inbegrip van de bijlagen, bij de brief van 22 mei 1997 was gevoegd, waren in de mededeling van de punten van bezwaar aangehaald.

346 Wat in de tweede plaats de later toegezonden stukken betreft, zij opgemerkt dat de termijn tot de dag van de hoorzitting redelijk was. De Commissie heeft in haar begeleidende brief van 19 september 1997 bij de antwoorden van andere ondernemingen op de mededeling van de punten van bezwaar aangegeven dat de ondernemingen eventuele opmerkingen over deze antwoorden vóór 10 oktober 1997 moesten indienen, en dat zij in elk geval tijdens de hoorzitting de gelegenheid zouden krijgen om hun mening kenbaar te maken. Met betrekking tot de bij *Dansk Rørindustri* gevonden stukken, die de Commissie bij brief van 24 september 1997 heeft toegezonden om volledige inzage in het dossier te verlenen, heeft zij daarentegen geen melding gemaakt van de mogelijkheid om opmerkingen te maken en dus evenmin een termijn daarvoor verleend. In de brief van 9 oktober 1997 die een aantal aanvullende stukken (nrs. 1-28) bij de mededeling van de punten van bezwaar en de antwoorden van *Løgstør*, *Powerpipe* en *DSD* op de verzoeken om inlichtingen van de Commissie begeleidde, werd evenmin melding gemaakt van de mogelijkheid om opmerkingen te maken.

- 347 Aangezien verzoeksters in elk geval tot en met 24 en 25 november 1997, toen de hoorzitting plaatsvond, de gelegenheid hebben gehad om opmerkingen te maken over de op 19 en 24 september en 9 oktober 1997 door de Commissie toegezonden stukken, beschikten zij over een termijn van vijf weken tot twee maanden om hun opmerkingen over deze stukken kenbaar te maken. In casu volstond een dergelijke termijn om de rechten van de verdediging nuttig te kunnen uitoefenen.
- 348 Aangaande de op 9 oktober 1997 toegezonden stukken zij opgemerkt dat in de bijgevoegde tabellen duidelijk is aangegeven op welke punten deze stukken relevant zijn voor de mededeling van de punten van bezwaar, en dat de meeste van deze aanvullende stukken bij de mededeling van de punten van bezwaar, zoals in de begeleidende brief is uiteengezet, door de ondernemingen onderling waren uitgewisseld.
- 349 Verder kunnen verzoeksters niet met succes aanvoeren dat zij, toen zij de op 19 en 24 september en 9 oktober 1997 toegezonden stukken ontvingen, nog niet wisten dat zij tot 24 en 25 november 1997 de tijd zouden hebben om hun opmerkingen voor te bereiden. Verzoeksters hebben hun opmerkingen over deze stukken weliswaar voorbereid in de veronderstelling dat zij over een kortere termijn beschikten, maar uiteindelijk hebben zij voldoende tijd gehad om hun opmerkingen te verbeteren en nader uit te werken, hetgeen Isoplus Hohenberg en Isoplus Sondershausen overigens hebben gedaan, door hun opmerkingen van 14 oktober 1997 aan te vullen met opmerkingen van 12 november 1997.
- 350 In de derde plaats kunnen verzoeksters niet staande houden dat zij niet de gelegenheid hebben gehad om hun standpunt over het door de Commissie tijdens de hoorzitting van 15 januari 1997 overgelegde Einbringungsvertrag nuttig kenbaar te maken.

- 351 Uit het proces-verbaal van de hoorzitting en de punten 159 en 160 van de beschikking blijkt immers dat de Commissie dit document tijdens de hoorzitting met Isoplus Hohenberg en Isoplus Sondershausen heeft aangedragen om aan te tonen dat de heer Henss deelnemingen bezat in Isoplus Hohenberg en Isoplus stille Gesellschaft en dat er een moedermaatschappij, HFB KG, bestond, die na de overdracht van de aandelen van de echtparen Henss en Papsdorf deelnemingen bezat in Isoplus Rosenheim, Isoplus Sondershausen, Isoplus Hohenberg en Isoplus stille Gesellschaft.
- 352 Verzoeksters hebben weliswaar niet de gelegenheid gehad om hun opmerkingen over het Einbringungsvertrag voor te bereiden voordat de Commissie dit tijdens de hoorzitting overlegde, maar zij hebben in casu reeds tijdens de administratieve procedure de gelegenheid gehad om hun standpunt kenbaar te maken over de conclusies die de Commissie uit dit document kon trekken. De Commissie heeft immers in de mededeling van de punten van bezwaar — toen zij het Einbringungsvertrag nog niet had ontdekt — uiteengezet dat Isoplus Hohenberg blijkbaar door de heer Henss werd gecontroleerd, maar dat deze laatste in het lokale handelsregister niet als aandeelhouder werd genoemd, en dat er geen holdingmaatschappij was die als vertegenwoordiger van de groep Isoplus kon worden aangemerkt. Verzoeksters konden uit de mededeling van de punten van bezwaar dus afleiden, enerzijds, dat de oprichting van HFB KG en de inbreng van aandelen hierin voor de Commissie van belang waren, aangezien dit haar stelling bevestigde dat de vennootschappen Henss en Isoplus tot één enkele groep behoorden, en, anderzijds, dat de Commissie hier nog niets van afwist. Isoplus Hohenberg en Isoplus Sondershausen hebben de Commissie evenwel in hun opmerkingen van 30 juni 1997 over de mededeling van de punten van bezwaar verder onjuiste informatie verstrekt over dit punt, met name over de deelneming van de heer Henss in Isoplus Hohenberg.
- 353 In elk geval hebben verzoeksters na de hoorzitting bij brieven van 8 en 9 december 1997 en 13 februari 1998 hun opmerkingen over dit document en over de omstandigheden waarin dit werd overgelegd, kenbaar gemaakt. Bijgevolg heeft de Commissie verzoeksters niet belet, hun standpunt over het betrokken stuk nuttig kenbaar te maken.

- 354 Uit al het voorgaande volgt dat verzoeksters voldoende tijd hebben gehad om hun standpunt over de door de Commissie gestelde feiten, grieven en omstandigheden kenbaar te maken.
- 355 Bijgevolg kan de grief niet worden aanvaard voorzover hij betrekking heeft op de termijnen om opmerkingen te maken.

5. Schending van het beroepsgeheim en het zakengeheim

Argumenten van partijen

- 356 Verzoeksters stellen dat de Commissie en de raadadviseur-auditeur de eerbiediging van het in artikel 20 van verordening nr. 17 bedoelde beroeps- en zakengeheim niet hebben gewaarborgd; hieronder vallen met name gedetailleerde gegevens over de relaties tussen vennootschappen en de economische en juridische gronden om dergelijke relaties tot stand te brengen.
- 357 Tijdens de hoorzitting heeft de raadadviseur-auditeur verzoeksters niet de gelegenheid gegeven, de juridische relatie tussen Isoplus Hohenberg en Isoplus Sondershausen, enerzijds, en Isoplus Rosenheim (toentertijd de vennootschappen Henss Rosenheim en Henss Berlin), anderzijds, op vertrouwelijke wijze toe te lichten. In plaats daarvan is het Einbringungsvertrag van 15 januari 1997 ten overstaan van alle andere adressaten van de beschikking en de klagende partij overgelegd. Aangezien de zaak niet vertrouwelijk werd behandeld, zijn de raadsman van Isoplus Hohenberg en Isoplus Sondershausen en vooral de heer Henss als directeur van Isoplus Rosenheim niet in detail op een ander kunnen ingaan. De raadslieden van Isoplus Hohenberg, Isoplus Sondershausen en Isoplus Rosenheim hebben overigens bij brieven van 8 en 9 december 1997 tegen deze gang van zaken geprotesteerd.

- 358 Het Einbringungsvertrag van 15 januari 1997 is volgens verzoeksters op onrechtmatige wijze en per vergissing in het handelsregister van het Amtsgericht Charlottenburg beland en is intussen uit het dossier van dit register verwijderd. Het Einbringungsvertrag bevat gedetailleerde informatie over deelnemingen die onder artikel 20 van verordening nr. 17 valt. In dit document is sprake van trustverbanden „Treuhandverhältnisse” die vooral om redenen in verband met de mededinging niet openbaar mogen worden gemaakt en die als zakengeheim vertrouwelijk dienen te worden behandeld, aangezien de werkelijke eigenaar of aandeelhouder niet bekend mag worden. Verzoeksters hebben naar eigen zeggen in het verzoekschrift de precieze omstandigheden aangegeven waaruit blijkt dat zij er een wettig belang bij hebben dat deze trustverbanden geheim blijven.
- 359 Verder zijn het zakengeheim en de vertrouwelijkheid die tijdens de mededingingsprocedure voor de Commissie, daaronder begrepen de hoorzitting, dienen te worden geëerbiedigd, in casu geschonden, aangezien er in 1998 in de Deense kranten uittreksels zijn verschenen van wat er tijdens de hoorzitting is gezegd. Reeds in de lente van 1996 zijn vertrouwelijke delen van de onderhavige procedure in de pers uitgelekt, hetgeen verzoeksters toen reeds, in het antwoord van de vennootschappen Henss en in het antwoord van Isoplus Hohenberg van 24 april 1996 op het verzoek om inlichtingen van 13 maart 1996 (hierna: „antwoord van Isoplus Hohenberg”), aan de kaak hebben gesteld.
- 360 Verweerster stelt dat zij bij de bespreking van het Einbringungsvertrag van 15 januari 1997 artikel 20 van verordening nr. 17 niet heeft geschonden aangezien deze akte in het handelsregister voor iedereen toegankelijk was. Bovendien heeft de heer Henss zich tijdens de hoorzitting bij dit standpunt aangesloten en eraan toegevoegd dat alleen de met behulp van de groepsstructuur toegepaste strategieën onder het zakengeheim vallen.
- 361 Verder hebben verzoeksters niet aangetoond waarom de in het Einbringungsvertrag vervatte informatie onder het zakengeheim valt. Het belang dat een onderneming heeft bij het geheimhouden van informatie waarvan de bekendma-

king aan derden de belangen van de informatieverstrekker kan schaden, wordt alleen beschermd voorzover het om een rechtmatig belang gaat.

- 362 Zelfs al zou de Commissie tijdens de hoorzitting het zakengeheim hebben geschonden, dit zou niet tot gevolg hebben dat de beschikking onrechtmatig is. De gestelde schending, namelijk het feit dat andere ondernemingen kennis hebben gekregen van de werkelijke deelnemingsverhoudingen binnen de groep Henss/Isoplus, heeft de inhoud van de beschikking niet beïnvloed. Ten slotte verklaart de Commissie dat haar diensten niets van de inhoud van de hoorzitting hebben gelekt.

Beoordeling door het Gerecht

- 363 Volgens artikel 214 van het Verdrag (thans artikel 287 EG) zijn de ambtenaren en personeelsleden van de instellingen gehouden de inlichtingen waarover zij beschikken en die onder de geheimhoudingsplicht vallen, niet openbaar te maken. Artikel 20 van verordening nr. 17, dat aan deze bepaling uitvoering geeft op het gebied van de voor ondernemingen geldende regels, bepaalt in lid 2 in het bijzonder dat, „onverminderd hetgeen in de artikelen 19 en 21 is bepaald, [...] de Commissie en de bevoegde autoriteiten der lidstaten, alsmede hun personeelsleden en functionarissen verplicht [zijn] de inlichtingen welke zij bij de toepassing van deze verordening hebben ingewonnen en welke naar hun aard onder de geheimhoudingsplicht vallen, niet openbaar te maken”.

- 364 De artikelen 19 en 21 van verordening nr. 17, die dus onverminderd van toepassing zijn, betreffen respectievelijk de verplichtingen van de Commissie inzake het horen van belanghebbenden en derden en inzake de bekendmaking van beschikkingen. Hieruit volgt dat de in artikel 20, lid 2, geformuleerde geheimhoudingsplicht minder strikt is ten aanzien van de derden aan wie artikel 19, lid 2, het recht toekent om te worden gehoord, en in het bijzonder dus ten aanzien van de derde klager. De Commissie mag aan hem bepaalde onder de geheimhoudingsplicht vallende gegevens meedelen wanneer dit noodzakelijk is voor een goed verloop van de instructie. Dit geldt evenwel niet voor elke soort

documenten die naar hun aard onder de geheimhoudingsplicht vallen. Artikel 21, betreffende de bekendmaking van bepaalde beschikkingen, legt de Commissie de verplichting op, rekening te houden met het rechtmatige belang van de ondernemingen dat hun zakengeheimen niet aan de openbaarheid worden prijsgegeven. Hoewel deze bepalingen betrekking hebben op bijzondere gevallen, zijn zij te beschouwen als de uitdrukking van een algemeen beginsel dat gedurende de gehele administratieve procedure van toepassing is (arrest Hof van 24 juni 1986, AKZO Chemie/Commissie, 53/85, Jurispr. blz. 1965, punten 27 en 28).

365 In artikel 9, lid 3, van verordening nr. 99/63 wordt bepaald dat de hoorzitting niet openbaar is, dat de opgeroepen afzonderlijk of in aanwezigheid van andere opgeroepen worden gehoord, en dat in het laatste geval rekening wordt gehouden met het rechtmatige belang van de ondernemingen dat hun zakengeheimen niet aan de openbaarheid worden prijsgegeven.

366 Verzoeksters hebben niet aangetoond in hoeverre de Commissie tijdens de hoorzitting met Isoplus Hohenberg en Isoplus Sondershausen zakengeheimen zou hebben onthuld ten overstaan van de klagende partij en van andere adressaten van de mededeling van de punten van bezwaar.

367 Wat in de eerste plaats het Einbringungsvertrag van 15 januari 1997 betreft, zij om te beginnen opgemerkt dat verzoeksters alleen stellen dat deze akte per vergissing in het handelsregister is beland, zonder te preciseren aan wie deze vergissing is toe te schrijven, en dat de opname in het handelsregister onrechtmatig was, zonder hiervan zelfs maar een begin van bewijs te leveren. In deze omstandigheden kan de Commissie niet worden verweten dat zij dit bewijsstuk heeft gebruikt. Wat verder het publieke karakter van de in deze overeenkomst vervatte informatie betreft, zij opgemerkt dat de heer Henss in zijn hoedanigheid van directeur van Isoplus Rosenheim op de hoorzitting heeft bevestigd dat het om een publieke akte ging, en eraan heeft toegevoegd dat alleen de onderliggende gronden voor de in dit document beschreven operaties, die verband houden met de strategie van de betrokken ondernemingen, onder het zakengeheim vallen. Noch de directeur van Isoplus Hohenberg en Isoplus Sondershausen, noch hun raadsman hebben op de hoorzitting dit standpunt betwist.

- 368 Wat in de tweede plaats het feit betreft dat de hoorzitting met Isoplus Hohenberg en Isoplus Sondershausen niet vertrouwelijk is verlopen, kan worden volstaan met de vaststelling dat verzoeksters geen enkele aanwijzing hebben verstrekt dat de Commissie tijdens de hoorzitting zakengeheimen aan derden zou hebben onthuld. In dit verband kan aan de Commissie niet worden verweten dat zij door verzoeksters verstrekte vertrouwelijke informatie heeft verspreid. Zoals uit het proces-verbaal van de hoorzitting blijkt, heeft de Commissie in haar vragen aan Isoplus Hohenberg en Isoplus Sondershausen over hun relaties met de vennootschappen Henss immers alleen informatie over de positie van deze vennootschappen verstrekt, waarover hun raadsman in zijn inleidende uiteenzetting tijdens de hoorzitting had uitgeweid, en — later tijdens de hoorzitting — informatie uit openbare registers.
- 369 Wat in de derde plaats de onthulling in de pers van tijdens de administratieve procedure gebruikte vertrouwelijke informatie betreft, zij opgemerkt dat verzoeksters niet hebben gepreciseerd welke vertrouwelijke informatie tijdens de administratieve procedure in de genoemde persartikelen openbaar is gemaakt.
- 370 Zelfs al zouden de diensten van de Commissie verantwoordelijk zijn voor het lekken van de door de pers verspreide informatie, hetgeen evenwel noch door de Commissie wordt erkend, noch door verzoekster wordt aangetoond, deze omstandigheid heeft hoe dan ook geen gevolgen voor de rechtmatigheid van de beschikking, aangezien niet is aangetoond dat de beschikking in werkelijkheid niet zou zijn gegeven of anders zou zijn uitgevallen, indien de betrokken uitlatingen niet waren gedaan (arrest United Brands, reeds aangehaald, punt 286). Verzoeksters hebben in casu geen enkele aanwijzing verstrekt die een dergelijke conclusie kan rechtvaardigen.
- 371 Bijgevolg dient de grief inzake schending van het beroepsgeheim en van het zakengeheim te worden afgewezen.

6. Schending van de bepalingen inzake het getuigenverhoor

Argumenten van partijen

- 372 Verzoeksters verwijten de Commissie dat zij artikel 3, lid 3, van verordening nr. 99/63 en artikel 19 van verordening nr. 17 heeft geschonden door het gevraagde getuigenverhoor niet te houden.
- 373 Verzoeksters herinneren eraan dat de betrokken ondernemingen volgens artikel 3 van verordening nr. 99/63 de Commissie kunnen voorstellen personen te horen die de aangevoerde feiten kunnen bevestigen. In het kader van hun opmerkingen over de mededeling van de punten van bezwaar hebben Isoplus Hohenberg en Isoplus Sondershausen de Commissie bij brief van 30 juni 1997 voorgesteld om bepaalde personen, waaronder de heer Henss, te horen. Isoplus Rosenheim heeft bij brief van dezelfde dag eveneens verzocht om bepaalde personen als getuigen te horen. Bij brief van 16 september 1997 heeft de Commissie hun evenwel geantwoord dat de ondernemingen er in het kader van artikel 3, lid 3, van verordening nr. 99/63 zelf voor moeten zorgen dat de betrokken personen op de hoorzitting aanwezig zijn, en dat zij hen zelf als getuigen moeten oproepen; de Commissie voerde daartoe aan dat zij geen rechterlijke instantie is, dat zij niemand kan dwingen om tijdens een hoorzitting te getuigen en dat zij evenmin de eed kan opleggen. Dienaangaande hebben Isoplus Hohenberg en Isoplus Sondershausen bij brief van 30 september 1997 verder gepreciseerd dat de genoemde getuigen niet voor hen, maar voor concurrerende ondernemingen werkten, en dat zij hen dus niet konden dwingen als getuige te verschijnen. Van de door Isoplus Rosenheim voorgestelde getuigen werkte er ook niemand voor verzoeksters; zij werkten allen voor Powerpipe of andere concurrerende ondernemingen. Noch de mededingingsdiensten van de Commissie, noch de raad-adviseur-auditeur hebben evenwel de genoemde personen als getuigen opgeroepen. Omdat deze personen niet zijn opgeroepen en niet zijn verschenen, konden zij door de Commissie niet als getuigen worden gehoord over de feiten waaromtrent verzoeksters om hun getuigenis hadden verzocht.

- 374 Hoewel de heer Henss als directeur van Isoplus Rosenheim de hoorzitting heeft bijgewoond, is hij niet officieel gehoord, aangezien de raadadviseur-auditeur hem geen vragen heeft gesteld. Een formeel verhoor van de heer Henss is weliswaar ten dele overbodig geworden door de tijdens de hoorzitting door de raadsman van Isoplus Rosenheim gemaakte opmerkingen, maar doordat deze hoorzitting niet vertrouwelijk was, is de heer Henss als directeur van Isoplus Rosenheim niet in detail op een en ander kunnen ingaan.
- 375 Verzoeksters merken op dat, indien de Commissie de getuigen had opgeroepen en hen vervolgens had ondervraagd of gehoord, zij op basis van hun verklaringen tot de conclusie zou zijn gekomen, dat Isoplus Rosenheim, Isoplus Hohenberg en Isoplus Sondershausen of de groep Henss/Isoplus vóór eind 1994 niet aan een inbreuk op artikel 85 van het Verdrag hadden deelgenomen en evenmin hadden deelgenomen aan maatregelen om Powerpipe te boycotten. Verzoeksters hadden ook om een getuigenverhoor verzocht om bevestiging te verkrijgen dat de Europese prijslijst voor 1994 niet door de heer Henss of door Henss Rosenheim was opgesteld.
- 376 Volgens verzoeksters hangt artikel 3, lid 3, van verordening nr. 99/63 samen met het algemene recht om te worden gehoord en met het in artikel 6 EVRM, meer bepaald in lid 3, sub d, ervan, neergelegde recht om getuigen à decharge te doen oproepen en ondervragen en vragen te stellen aan de getuigen à charge. Indien de bij een procedure op grond van verordening nr. 17 betrokken ondernemingen krachtens artikel 3, lid 3, van verordening nr. 99/63 verzoeken om personen op te roepen en te horen, is de Commissie in beginsel verplicht om deze personen op te roepen en te horen, ook al kan zij geen sancties opleggen indien zij niet verschijnen. Alleen in bepaalde gevallen kan de Commissie dergelijke verzoeken bij een met redenen omklede individuele beschikking afwijzen.
- 377 Ook al zou de Commissie geen „rechterlijke instantie” in de zin van artikel 6 EVRM zijn, dit betekent niet dat de andere in dit artikel genoemde garanties niet van toepassing zijn op de voor haar gevoerde procedure. Een procedure die door

de Commissie wordt gevoerd met het dubbele doel een schending van de mededingingsregels te doen ophouden en een geldboete op te leggen, heeft immers een strafrechtelijk karakter in de zin van artikel 6 EVRM. De Commissie dient dit artikel dus volledig na te leven, met inbegrip van lid 3, sub d, ervan.

- 378 Verweerster betoogt dat verordening nr. 99/63 haar niet machtigt om „getuigen” in de juridische betekenis van het woord te horen. Artikel 3, lid 3, van verordening nr. 99/63 heeft geen betrekking op getuigen, maar verleent de belanghebbenden alleen het recht om bepaalde bewijsstukken te gebruiken. De Commissie is niet bevoegd en, a fortiori, niet verplicht om eventuele getuigen à décharge op te roepen die door de onderneming zelf niet tot het afleggen van verklaringen kunnen worden aangezet. Bovendien heeft de Commissie, anders dan verzoeksters stellen, niet geweigerd de voorgestelde personen te horen.
- 379 Verder merkt de Commissie op dat zij geen „rechterlijke instantie” in de zin van artikel 6 EVRM is. Zij oefent de haar door de communautaire mededingingsregels opgedragen controle uit onder toezicht van het Gerecht en het Hof. Dat de toepasselijke procedureregels, met name die welke voortvloeien uit verordening nr. 17, haar niet de bevoegdheid verlenen om de verschijning van getuigen à décharge te gelasten, is in elk geval niet in strijd met het in artikel 6, lid 3, sub d, EVRM neergelegde beginsel van equality of arms. In de procedure voor de Commissie zijn er immers ook geen getuigen „à charge”, aangezien de voornaamste bewijzen waarop de Commissie haar punten van bezwaar kan baseren, de stukken en inlichtingen zijn die zij krachtens artikel 11 van verordening nr. 17 bij de bevoegde autoriteiten van de lidstaten en bij ondernemingen en ondernemersverenigingen kan opvragen.
- 380 Verder kan het Gerecht bij de uitoefening van zijn toezicht op de wijze waarop de Commissie haar taak vervult, de verschijning van getuigen, met name van getuigen à décharge, gelasten. In feite beschikken de betrokken ondernemingen

voor het Gerecht over sterkere wapens dan de Commissie aangezien zij zich op verklaringen van getuigen kunnen beroepen om de in de beschikking van de Commissie geformuleerde verwijten te weerleggen, terwijl de Commissie zich niet op getuigenverklaringen kan beroepen tot staving van verwijten die niet reeds door bewijselementen in de beschikking en de mededeling van de punten van bezwaar worden geschraagd.

Beoordeling door het Gerecht

381 Artikel 19, lid 2, van verordening nr. 17 bepaalt dat, indien natuurlijke of rechtspersonen verzoeken gehoord te worden en aannemelijk maken dat zij hierbij in voldoende mate belang hebben, aan dit verzoek gevolg moet worden gegeven. Volgens artikel 5 van verordening nr. 99/63 stelt de Commissie hen in de gelegenheid binnen een door haar bepaalde termijn schriftelijk hun standpunt kenbaar te maken. Volgens artikel 7, lid 1, van verordening nr. 99/63 moet de Commissie personen die dit bij hun schriftelijke opmerkingen hebben verzocht, in de gelegenheid stellen hun standpunt mondeling toe te lichten wanneer deze personen aantonen daarbij voldoende belang te hebben of wanneer de Commissie hun een geldboete of een dwangsom wil opleggen. Artikel 7, lid 2, bepaalt dat de Commissie ook in andere gevallen gelegenheid tot mondelinge uiteenzettingen kan geven.

382 Volgens artikel 19, lid 2, van verordening nr. 17 en de artikelen 5 en 7 van verordening nr. 99/63 is de Commissie slechts verplicht tot het horen van natuurlijke of rechtspersonen die een voldoende belang aannemelijk maken, indien dezen hier daadwerkelijk om verzoeken (arrest Hof van 9 juli 1987, Ancides/Commissie, 43/85, Jurispr. blz. 3131, punt 8). In casu hebben de door verzoeksters als getuigen voorgestelde personen evenwel nooit zelf verzocht om te worden gehoord.

- 383 Verder bepaalt artikel 3, lid 3, van verordening nr. 99/63 dat ondernemingen en ondernemersverenigingen waartegen een procedure op grond van verordening nr. 17 is ingesteld, „de Commissie [eveneens kunnen] voorstellen personen te horen, die de aangevoerde feiten kunnen bevestigen”. In dit geval beschikt de Commissie volgens artikel 7 van verordening nr. 99/63 over een zekere beoordelingsvrijheid om al dan niet personen te horen wier getuigenis van belang kan zijn voor de instructie van de zaak (arrest Hof van 17 januari 1984, VBVB en VBBB/Commissie, 43/82 en 63/82, Jurispr. blz. 19, punt 18). De eerbiediging van de rechten van de verdediging vereist immers niet dat de Commissie de door de belanghebbende genoemde getuigen hoort wanneer zij de feitelijke omstandigheden voldoende opgehelderd acht (arrest Hof van 16 mei 1984, Eisen und Metall Aktiengesellschaft/Commissie, 9/83, Jurispr. blz. 2071, punt 32).
- 384 In casu hebben verzoeksters geen enkel element aangedragen waaruit valt af te leiden dat de Commissie, door de genoemde personen niet te horen, de instructie van de zaak ten onrechte heeft ingeperkt en daarmee de mogelijkheid voor verzoeksters heeft verkleind, de verschillende aspecten van de door de punten van bezwaar van de Commissie gerezen problemen te doen toelichten (zie arrest VBVB en VBBB/Commissie, reeds aangehaald, punt 18).
- 385 Verzoeksters hebben in hun verzoekschrift immers niet gepreciseerd hoe uit de verklaringen van de genoemde getuigen had kunnen blijken dat de groep Henss/Isoplus of verzoeksters niet vanaf 10 oktober 1991, maar pas vanaf eind 1994 aan een kartel op Europees niveau hadden deelgenomen. Ook al zou het gevraagde getuigenis hebben bevestigd dat noch de heer Henss, noch Isoplus Hohenberg of Isoplus Sondershausen vóór hun toetreding tot de EuHP interne informatie van deze laatste hadden gekregen, dit zou de door de Commissie jegens verzoeksters geformuleerde grieven niet hebben kunnen ontkrachten. Hetzelfde geldt voor de vraag of de heer Henss of Henss Rosenheim betrokken was bij de opstelling van de binnen het Europese kartel gebruikte prijslijst. Verder was de Commissie, gelet op de in de punten 264 tot en met 277 hierboven genoemde bewijzen, terecht van mening dat geen getuigen behoeften te worden gehoord over de vraag of

Powerpipe aan Isoplus Hohenberg en Isoplus Sondershausen had voorgesteld, aan een ongeoorloofd kartel deel te nemen.

- 386 Voorzover is voorgesteld, de heer Henss als getuige te horen, zij hieraan toegevoegd dat deze als directeur van Isoplus Rosenheim aanwezig was tijdens de hoorzitting, maar dat noch de raadsman van laatstgenoemde vennootschap, noch de raadsman van Isoplus Hohenberg en Isoplus Sondershausen hem hebben verzocht een getuigenverklaring af te leggen. Volgens het proces-verbaal van de hoorzitting heeft de heer Henss immers alleen tijdens het verhoor van Isoplus Hohenberg en Isoplus Sondershausen het woord genomen, nadat de raad-adviseur-auditeur hem een vraag had gesteld over het Einbringungsvertrag.
- 387 Verder blijkt uit dit proces-verbaal dat verzoeksters tijdens de hoorzitting niet hebben gevraagd dat de heer Bech, die aan Løgstør was verbonden en eveneens als getuige was voorgesteld, zou worden gehoord, hoewel deze ook op de hoorzitting aanwezig was.
- 388 Gelet op het voorgaande heeft de Commissie, voorzover zij niet is ingegaan op het voorstel om getuigen te horen, artikel 19 van verordening nr. 17 en de bepalingen van verordening nr. 99/63 correct toegepast.
- 389 Ten slotte baseren verzoeksters zich op artikel 6, lid 3, sub d, EVRM, volgens hetwelk „eenieder tegen wie een vervolging is ingesteld, [...] in het bijzonder de volgende rechten [heeft]: [...] de getuigen à charge te ondervragen of te doen ondervragen en het oproepen en de ondervraging van getuigen à decharge te doen geschieden onder dezelfde voorwaarden als het geval is met de getuigen à charge”.

- 390 Dienaangaande zij eraan herinnerd dat volgens vaste rechtspraak de Commissie geen rechterlijke instantie in de zin van artikel 6 EVRM is (arrest Van Landewyck e.a./Commissie, reeds aangehaald, punt 81, arrest Hof van 7 juni 1983, *Musique diffusion française e.a./Commissie*, 100/80—103/80, Jurispr. blz. 1825, punt 7, en arrest *Shell/Commissie*, reeds aangehaald, punt 39). Verder wordt in artikel 15, lid 4, van verordening nr. 17 met zoveel woorden verklaard dat de beschikkingen waarbij de Commissie geldboeten oplegt wegens schending van het mededingingsrecht, geen strafrechtelijk karakter hebben (arrest *Gerecht van 6 oktober 1994, Tetra Pak/Commissie*, T-83/91, Jurispr. blz. II-755, punt 235).
- 391 Ook al is de Commissie geen rechterlijke instantie in de zin van artikel 6 EVRM en hebben de door de Commissie opgelegde geldboeten geen strafrechtelijk karakter, toch moet de Commissie in de administratieve procedure de algemene beginselen van gemeenschapsrecht eerbiedigen (arresten *Musique diffusion française e.a./Commissie*, reeds aangehaald, punt 8, en *Shell/Commissie*, reeds aangehaald, punt 39).
- 392 Dat de Commissie volgens de communautaire mededingingsregels niet verplicht is voorgestelde getuigen à decharge op te roepen, is niet in strijd met deze beginselen. Hoewel de Commissie natuurlijke en rechtspersonen kan horen wanneer zij dit noodzakelijk acht, bezit zij immers evenmin het recht om getuigen à charge op te roepen zonder het akkoord van deze laatsten.
- 393 Om al deze redenen dient de grief inzake het niet horen van getuigen te worden afgewezen.

7. Schending van de bepalingen inzake het mandaat van de raadadviseur-auditeur

Argumenten van partijen

394 Verzoeksters verwijten de Commissie dat zij besluit 94/810/EGKS, EG van de Commissie van 12 december 1994 betreffende het mandaat van de raadadviseur-auditeur in mededingingsprocedures voor de Commissie (PB L 330, blz. 67) heeft geschonden doordat de raadadviseur-auditeur in de onderhavige procedure een verslag heeft opgesteld hoewel hij het grootste deel van de hoorzitting niet heeft bijgewoond.

395 De raadadviseur-auditeur die de hoorzitting heeft voorbereid en geleid, de heer Gilchrist, is op 31 december 1997 met pensioen gegaan. De heer Daout, die vanaf 1 januari 1998 de taak van raadadviseur-auditeur overnam, was aanwezig op de hoorzitting van 24 november 1997, maar niet op die van 25 november 1997. De heer Daout heeft de hoorzitting met Isoplus Rosenheim en Henss Berlin, die op 24 november 1997 's avonds en op 25 november 1997 heeft plaatsgevonden, dus slechts ten dele bijgewoond. Aan de hoorzitting met Isoplus Hohenberg en Isoplus Sondershausen, die uitsluitend op 25 november 1997 heeft plaatsgevonden, heeft hij helemaal niet deelgenomen. Vervolgens heeft hij bij brief van 3 april 1998 het voorlopig proces-verbaal van de hoorzitting verzonden. Na de goedkeuring van het proces-verbaal heeft de raadadviseur-auditeur overeenkomstig artikel 8 van besluit 94/810 het verslag over de hoorzitting opgesteld.

396 Verzoeksters stellen dat hun rechten van de verdediging door deze gang van zaken zijn geschonden. De nieuwe raadadviseur-auditeur heeft weliswaar overeenkomstig artikel 8 van besluit 94/810 na de goedkeuring van het proces-verbaal een verslag opgesteld, maar hij heeft het grootste deel van de hoorzitting en

inzonderheid de hoorzitting met Isoplus Hohenberg en Isoplus Sondershausen niet bijgewoond. De raadadviseur-auditeur heeft zich derhalve zelf geen beeld kunnen vormen van de groep Henss/Isoplus en van alle verzoeksters en heeft met name ook geen vragen kunnen stellen. Bij gebreke van een objectief verslag van de raadadviseur-auditeur in de zin van artikel 8 van besluit 94/810 heeft de Commissie de bestreden beschikking niet op een objectieve basis kunnen vaststellen.

- 397 Voor het geval dat de gepensioneerde raadadviseur-auditeur het verslag heeft opgesteld, zoals de Commissie betoogt, stellen verzoeksters subsidiair ook schending van wezenlijke vormvoorschriften van besluit 94/810 en verordening nr. 99/63, aangezien de raadadviseur-auditeur het verslag dan heeft opgesteld vóór de goedkeuring van het proces-verbaal van de hoorzitting en zonder kennis te hebben genomen van de andere rechtstreekse opmerkingen van Isoplus Hohenberg, Isoplus Sondershausen en Isoplus Rosenheim en deze te hebben bestudeerd. Ook in dit geval is er geen volledig en correct verslag voorhanden, zodat de beschikking niet op objectieve wijze is vastgesteld.
- 398 De onafhankelijke raadadviseur-auditeur behoeft het verslag over de hoorzitting of over de procedure op grond van verordening nr. 17 weliswaar niet aan de betrokken ondernemingen mee te delen om hun de mogelijkheid te bieden dit in te zien of er opmerkingen over te maken, doch dit verslag is daarom niet minder doorslaggevend bij de vaststelling van inbreuken in mededingingsprocedures, hetgeen de Commissie overigens zelf toegeeft door te verklaren dat dit verslag voor haar de waarde van een niet-bindend advies heeft.
- 399 Verweerster merkt op dat het in artikel 8 van besluit 94/810 bedoelde verslag is opgesteld door de heer Gilchrist. Dat de raadadviseur-auditeur te zijner tijd niet over het goedgekeurde proces-verbaal van de hoorzitting beschikte, doet niet ter zake aangezien dit proces-verbaal dient ter informatie van de personen die niet op de hoorzitting aanwezig zijn, te weten de leden van het Adviescomité en van de Commissie. Aangezien de raadadviseur-auditeur uit hoofde van zijn functie de gehele hoorzitting moet bijwonen, dient het proces-verbaal niet te zijner

informatie. Volgens de Commissie weerspiegelde het verslag van de raadadviseur-auditeur de stand van de besprekingen ten tijde van de hoorzitting. Ten slotte heeft dit verslag voor de Commissie slechts de waarde van een niet-bindend advies.

- 400 De Commissie benadrukt verder dat er vóór de hoorzitting gewoonlijk schriftelijke opmerkingen over de punten van bezwaar worden ingediend; de hoorzitting vindt dus plaats in een vergevorderd stadium van de besprekingen. Aangezien de hoorzitting wordt beëindigd zodra de zitting wordt opgeheven, wordt in het proces-verbaal alleen maar de inhoud van deze zitting weergegeven. De aan de partijen geboden mogelijkheid om na te gaan of het proces-verbaal correct is, vormt dus geen voortzetting van de hoorzitting.
- 401 Het verslag van de raadadviseur-auditeur sluit geenszins uit dat de Commissie rekening houdt met na de hoorzitting gemaakte opmerkingen. Artikel 8 van besluit 94/810 bepaalt immers uitdrukkelijk dat de raadadviseur-auditeur kan voorstellen, aanvullende informatie te verzamelen, indien de later aangedragen elementen een nieuwe hoorzitting noodzakelijk zouden maken. Dit was in casu evenwel niet het geval.
- 402 De tijdelijke afwezigheid van de heer Daout tijdens de hoorzitting heeft geen invloed gehad op de geldigheid van de beschikking aangezien de betrokkene op dat ogenblik nog geen raadadviseur-auditeur was.

Beoordeling door het Gerecht

- 403 Volgens artikel 2, lid 1, van besluit 94/810 heeft de raadadviseur-auditeur tot taak voor het goede verloop van de hoorzitting te zorgen en aldus tot het objectieve karakter zowel van de hoorzitting als van enige te geven beschikking

bij te dragen. In deze context ziet de raadadviseur-auditeur er met name op toe dat bij het uitwerken van ontwerp-beschikkingen van de Commissie op het gebied van de mededinging ten volle rekening wordt gehouden met alle relevante feiten, ongeacht of deze voor de betrokkenen gunstig zijn of niet.

- 404 Artikel 8 van besluit 94/810 bepaalt dat de raadadviseur-auditeur aan de directeur-generaal Concurrentie verslag uitbrengt over de hoorzitting en over zijn gevolgtrekkingen dienaangaande, dat hij opmerkingen kan maken over het vervolg van de procedure en dat deze opmerkingen onder meer betrekking kunnen hebben op de noodzaak om aanvullende informatie te verkrijgen, op het laten vallen van bepaalde punten van bezwaar of op de mededeling van bijkomende punten van bezwaar.
- 405 Volgens zowel artikel 9, lid 4, van verordening nr. 99/63 als artikel 7, lid 4, van beschikking 94/810 wordt van de hoofdinhoud van de verklaringen van iedere persoon die gehoord is, een proces-verbaal opgemaakt, dat door deze persoon wordt gelezen en goedgekeurd. Volgens laatstgenoemde bepaling dient de raadadviseur-auditeur hier zorg voor te dragen.
- 406 In casu is het in artikel 8 van besluit 94/810 bedoelde verslag opgesteld door de heer Gilchrist, die het op 26 november 1997 aan de Commissie heeft overgelegd. De grief van verzoeksters dient derhalve aldus te worden begrepen dat zij opkomen tegen het feit dat de raadadviseur-auditeur dit verslag heeft opgesteld vóór de goedkeuring van het proces-verbaal van de hoorzitting en zonder kennis te hebben genomen van de opmerkingen van verzoeksters hierover.
- 407 Om te beginnen zij opgemerkt dat noch verordening nr. 99/63 noch besluit 94/810 zich ertegen verzetten dat de raadadviseur-auditeur het in artikel 8 van besluit 94/810 bedoelde verslag overlegt alvorens het proces-verbaal van de hoorzitting overeenkomstig artikel 9, lid 4, van verordening nr. 99/63 en artikel 7, lid 4, van besluit 94/810 door ieder van de gehoorde personen is goedgekeurd.

Zoals gezegd, is het verslag van de raadadviseur-auditeur een zuiver intern document van de Commissie, dat niet is bedoeld om de argumenten van de ondernemingen aan te vullen of te corrigeren en dat dus geen enkel beslissend element bevat waarmee de gemeenschapsrechter bij de uitoefening van zijn toetsingsrecht rekening dient te houden (zie punt 40 hierboven).

- 408 Verder beoogt artikel 9, lid 4, van verordening nr. 99/63 de gehoorde personen ervan te verzekeren dat het proces-verbaal met hun essentiële verklaringen overeenstemt (arrest ICI/Commissie, reeds aangehaald, punt 29, en arrest Hof van 14 juli 1972, Bayer/Commissie, 51/69, Jurispr. blz. 745, punt 17). Het proces-verbaal dient dus aan de partijen ter goedkeuring te worden voorgelegd om hun de mogelijkheid te bieden de tijdens de hoorzitting afgelegde verklaringen te controleren en niet om nieuwe elementen aan te dragen waarmee de raadadviseur-auditeur rekening zou moeten houden.
- 409 Verzoeksters hebben niet aangetoond hoe het voorlopige karakter van het proces-verbaal waarover de raadadviseur-auditeur beschikte toen hij zijn verslag opstelde, hem heeft belet aan de directeur-generaal Concurrentie verslag uit te brengen onder voorwaarden die bijdroegen tot de objectiviteit van de procedure.
- 410 Volgens de rechtspraak levert het voorlopige karakter van het aan het Adviescomité en de Commissie overgelegde proces-verbaal van de hoorzitting immers slechts een in de administratieve procedure begane fout — die de beschikking waartoe zij leidt, onwettig kan maken — op wanneer de betrokken tekst zodanig is opgesteld dat bij de adressaten ervan dwaling op een punt van wezenlijk belang kan ontstaan (arrest Hof van 15 juli 1970, Buchler/Commissie, 44/69, Jurispr. blz. 733, punt 17). In elk geval heeft de Commissie het voorlopige proces-verbaal samen met de daarover door de ondernemingen gemaakte aan- en opmerkingen ontvangen, zodat moet worden aangenomen dat de leden van de Commissie bij het geven van de beschikking op de hoogte waren van alle relevante gegevens (zie arrest Petrofina/Commissie, reeds aangehaald, punt 44). Derhalve kan niet worden volgehouden dat de verschillende bij de opstelling van de eindbeschikking betrokken instanties niet naar behoren op de hoogte zijn gebracht van hetgeen de ondernemingen op de hun door de Commissie

meegedeelde punten van bezwaar hebben geantwoord, en van de bewijzen die de Commissie tot staving van deze punten van bezwaar heeft aangedragen (zie arrest Petrofina/Commissie, reeds aangehaald, punt 53, en arrest van 10 maart 1992, Hüls/Commissie, reeds aangehaald, punt 86).

- 411 Verder heeft het Hof geoordeeld dat een onregelmatigheid bij de opstelling van het proces-verbaal slechts gevolgen voor de rechtmatigheid van de beschikking kan hebben wanneer tijdens de hoorzitting afgelegde verklaringen onjuist zijn weergegeven (arresten ICI/Commissie, reeds aangehaald, punt 31, en Bayer/Commissie, reeds aangehaald, punt 17). In casu hebben verzoeksters niet aangegeven op welke punten het proces-verbaal de inhoud van de hoorzitting niet eerlijk en nauwkeurig weergeeft (zie arrest Petrofina/Commissie, reeds aangehaald, punt 45). Daarentegen wordt niet betwist dat de door verzoeksters voorgestelde correcties van het voorlopige proces-verbaal, met name die betreffende de aanwezigheid van de heer Daout tijdens de hoorzitting, in het definitieve proces-verbaal zijn opgenomen.
- 412 Gelet op al het voorgaande heeft het feit dat de raadadviseur-auditeur zijn verslag in casu vóór de goedkeuring van het proces-verbaal van de hoorzitting heeft opgesteld, geen invloed gehad op de rechtmatigheid van de beschikking die daarop is gegeven.
- 413 De grief inzake schending van de bepalingen betreffende het mandaat van de raadadviseur-auditeur dient derhalve te worden afgewezen.
- 414 Bijgevolg dient het middel inzake schending van de rechten van de verdediging in zijn geheel te worden afgewezen.

415
tot
496 [...]]

D — *Vierde middel: onjuiste rechtsopvatting en beoordelingsfouten bij de vaststelling van het bedrag van de geldboete*

497
tot
518 [...]]

2. Schending van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 door de vijf verzoeksters hoofdelijk aansprakelijk te stellen

Argumenten van partijen

519 Verzoeksters stellen dat de Commissie hen ten onrechte hoofdelijk aansprakelijk heeft gehouden tot betaling van de geldboete. Indien de groep Henss/Isoplus niet als een groep, quasi-groep of „de-factogroep” wordt aangemerkt, dient aan iedere verzoekster afzonderlijk een geldboete te worden opgelegd. De situatie van verzoeksters valt niet te vergelijken met het geval dat heeft geleid tot het reeds aangehaalde arrest *Metsä-Serla e.a./Commissie*, waarin de verzoekende vennootschappen aansprakelijk werden gehouden voor het mededingingsverstorende gedrag van de ondernemersvereniging Finnboard zodat aan elk van hen een opzettelijke schending van artikel 85 van het Verdrag ten laste kon worden gelegd.

520 Verder volgt uit artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 dat wanneer verschillende ondernemingen aansprakelijk worden gehouden, de geldboete waartoe zij ondeelbaar gehouden zijn, voor elke onderneming beneden het maximum van tien procent van haar omzet in het voorafgaande boekjaar dient te blijven. In casu zijn verzoeksters hoofdelijk veroordeeld tot betaling van een bedrag dat voor elk van hen meer bedraagt dan het maximum van 10 % van hun omzet. Indien een van hen insolvent zou worden, zou dit automatisch betekenen dat de anderen een geldboete van meer dan 10 % van hun omzet moeten betalen,

hetgeen in strijd zou zijn met de letter en de geest van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17. In de zaak die tot het arrest *Metsä-Serla e.a./Commissie* heeft geleid, is het bedrag waarvoor de verschillende ondernemingen hoofdelijk aansprakelijk waren, voor elk van hen afzonderlijk en op een verschillende hoogte vastgesteld, zodat voor elk van hen het maximum in acht is genomen.

- 521 Verweerster stelt dat de vier vennootschappen *Henss* en *Isoplus* als één enkele onderneming in de zin van artikel 15 van verordening nr. 17 dienden te worden behandeld aangezien zij tijdens de gehele duur van de inbreuk onder één en dezelfde leiding hieraan hebben deelgenomen zonder dat een onderscheid kan worden gemaakt naar de mate waarin elk van hen hieraan heeft deelgenomen. De Commissie heeft het in artikel 15 van verordening nr. 17 bepaalde maximum dus terecht toegepast op de gezamenlijke omzet van de drie op het ogenblik van de vaststelling van de beschikking nog bestaande werkmaatschappijen en hun hoofdelijk tot betaling van de geldboete veroordeeld. De aansprakelijkheid van *HFB KG* en *HFB GmbH* vloeit voort uit die van de werkmaatschappijen, zodat zij als delen van dezelfde onderneming mede hoofdelijk aansprakelijk konden worden gesteld.

Beoordeling door het Gerecht

- 522 Verzoeksters verwijten de Commissie dat zij hen hoofdelijk aansprakelijk heeft gesteld voor de door de groep *Henss/Isoplus* gepleegde inbreuk.
- 523 Aangezien is geoordeeld dat de beschikking in elk geval blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting voorzover *HFB KG* en *HFB GmbH* hoofdelijk aansprakelijk zijn gesteld tot betaling van de aan de groep *Henss/Isoplus* opgelegde geldboete (zie punten 101-108 hierboven), behoeft het onderhavige middel niet meer te worden onderzocht voorzover het betrekking heeft op deze twee vennootschappen.

- 524 Met betrekking tot Isoplus Rosenheim, Isoplus Hohenberg en Isoplus Sondershausen is in de punten 54 tot en met 68 hierboven vastgesteld dat de activiteiten van Henss Berlin en Henss Rosenheim, thans Isoplus Rosenheim, en van Isoplus Hohenberg en Isoplus Sondershausen binnen het kartel moeten worden beschouwd als het gedrag van één enkele economische entiteit, die onder één en dezelfde controle staat en duurzaam een gemeenschappelijk economisch doel nastreeft.
- 525 Aangezien Isoplus Rosenheim, Isoplus Hohenberg en Isoplus Sondershausen met betrekking tot hun activiteiten binnen het kartel als één enkele economische entiteit dienen te worden beschouwd, dienen zij hoofdelijk aansprakelijk te worden gehouden voor het hun ten laste gelegde gedrag (arrest Hof van 6 maart 1974, Istituto chemioterapico en Commercial Solvents/Commissie, 6/73 en 7/73, Jurispr. blz. 223, punt 41).
- 526 De hoofdelijke aansprakelijkheid van deze vennootschappen is in casu temeer gerechtvaardigd omdat er ten tijde van de inbreuk geen rechtspersoon aan het hoofd van alle ondernemingen van de groep Henss/Isoplus stond die als verantwoordelijke voor de activiteiten van de groep aansprakelijk kon worden gesteld voor de inbreuk. Dienaangaande heeft het Gerecht geoordeeld dat in een situatie waarin het wegens de familiale samenstelling van de groep en de spreiding van het aandelenbezit onmogelijk of uiterst moeilijk is om de rechtspersoon aan het hoofd van de groep te identificeren die als coördinator van haar activiteiten aansprakelijk kan worden gesteld voor de door de verschillende ondernemingen van de groep gepleegde inbreuken, de Commissie de dochtermaatschappijen hoofdelijk aansprakelijk mag stellen voor alle gedragingen van de groep, om te vermijden dat door de formele scheiding van deze vennootschappen als gevolg van hun afzonderlijke rechtspersoonlijkheid hun gedragingen op de markt niet als een geheel zouden kunnen worden beschouwd voor de toepassing van de mededingingsregels. Het spreekt voor zich dat deze redenering, die betrekking heeft op een situatie waarin het onmogelijk of uiterst moeilijk was om de rechtspersoon aan het hoofd van de groep te identificeren die aansprakelijk kon worden gesteld voor de door de verschillende ondernemingen van de groep gepleegde inbreuken, a fortiori geldt voor de situatie waarin een dergelijke rechtspersoon ontbreekt.

527 Verder moet artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 volgens de rechtspraak aldus worden uitgelegd dat een onderneming samen met een andere onderneming die opzettelijk of uit onachtzaamheid een inbreuk heeft gepleegd, hoofdelijk aansprakelijk kan worden gesteld voor de betaling van een aan deze laatste onderneming opgelegde geldboete, mits de Commissie in de desbetreffende handeling aantoont dat zij deze inbreuk ook had kunnen vaststellen ten aanzien van de onderneming die hoofdelijk aansprakelijk is voor de geldboete (arresten *Metsä-Serla e.a./Commissie*, reeds aangehaald, punten 42-45, en *Finnboard/Commissie*, reeds aangehaald, punten 27, 28 en 34-38). In de zaak die heeft geleid tot de reeds aangehaalde arresten *Metsä-Serla e.a./Commissie* en *Finnboard/Commissie*, ging het om een ondernemersvereniging, *Finnboard*, waaraan een geldboete was opgelegd waarvoor de leden van de vereniging hoofdelijk aansprakelijk waren. Dienaangaande heeft de gemeenschapsrechter geoordeeld dat de Commissie elk van de verzoekende partijen terecht samen met *Finnboard* hoofdelijk aansprakelijk had gesteld op grond dat de economische en juridische betrekkingen tussen de betrokken ondernemingen van dien aard waren dat *Finnboard* slechts als een hulporgaan van elk van deze vennootschappen handelde en dat zij zich aan de door hen gegeven instructies diende te houden en een van elk van hen onafhankelijk gedrag op de markt onmogelijk was, zodat *Finnboard* in werkelijkheid een economische eenheid vormde met elk van de bij haar aangesloten vennootschappen (arrest *Metsä-Serla e.a./Commissie*, reeds aangehaald, punten 58-59). In casu hebben *Isoplus Rosenheim*, *Isoplus Hohenberg* en *Isoplus Sondershausen* gehandeld als hulporganen van de feitelijke groep *Henss/Isoplus* en dienden zij zich aan de door de groepsleiding gegeven instructies te houden zonder dat zij zich op de markt onafhankelijk konden gedragen. Het spreekt voor zich dat elk van deze vennootschappen in deze omstandigheden hoofdelijk aansprakelijk kan worden gehouden voor de inbreuk die is gepleegd door de groep *Henss/Isoplus*, die zelf de onderneming is die de inbreuk heeft gepleegd in de zin van artikel 85 van het Verdrag.

528 Anders dan verzoeksters stellen, betekent het feit dat verschillende vennootschappen hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld tot betaling van een geldboete, voor de toepassing van het in artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 vastgestelde maximum van 10 % van de omzet niet dat het bedrag van de geldboete voor de medeaansprakelijke vennootschappen ten hoogste 10 % van de door elk van deze vennootschappen tijdens het laatste boekjaar behaalde omzet mag bedragen. Het in deze bepaling bedoelde maximum van 10 % van de omzet dient immers te worden berekend op basis van de gezamenlijke omzet van alle ondernemingen die deel uitmaken van de als „onderneming” in de zin van artikel 85 van het Verdrag handelende economische entiteit.

529 Dienaangaande zij eraan herinnerd dat volgens de rechtspraak inzake de door ondernemersverenigingen gepleegde inbreuken het in artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 bepaalde maximum van 10 % van de omzet in dat geval moet worden berekend op basis van de omzet die gezamenlijk is behaald door alle ondernemingen die lid zijn van de ondernemersverenigingen, althans wanneer de vereniging op grond van haar interne regels haar leden kan binden (arresten Gerecht van 23 februari 1994, CB en Europay/Commissie, T-39/92 en T-40/92, Jurispr. blz. II-49, punt 136, en 21 februari 1995, SPO e.a./Commissie, T-29/92, blz. II-289, punt 385). Naar het oordeel van het Gerecht is een dergelijke uitleg gerechtvaardigd, aangezien bij de vaststelling van het bedrag van de geldboeten rekening kan worden gehouden met de invloed die een ondernemersvereniging op de markt heeft kunnen uitoefenen, welke invloed afhangt van de omzet van haar leden, die — anders dan haar eigen „omzet” — een aanwijzing van haar omvang en haar economische macht vormt (arresten Gerecht CB en Europay/Commissie, reeds aangehaald, punt 136, en SPO e.a./Commissie, reeds aangehaald, punt 385). Ook bij een „onderneming” die bestaat in een als één enkele economische entiteit handelende groep van vennootschappen, kan alleen de gezamenlijke omzet van de vennootschappen van de groep een aanwijzing vormen van de omvang en de economische macht van de betrokken onderneming.

530 Aldus heeft het Gerecht een beschikking van de Commissie geldig verklaard waarbij aan twee zustermaatschappijen één geldboete was opgelegd wegens een inbreuk waarvoor zij beide hoofdelijk aansprakelijk werden geacht, en waarbij juist hun gezamenlijke omzet in aanmerking was genomen.

531 In dit verband vorderen verzoeksters ten onrechte toepassing van de in het arrest Metsä-Serla e.a./Commissie gekozen oplossing, volgens welke elke verzoekster ten belope van een bepaald bedrag hoofdelijk aansprakelijk werd gehouden tot betaling van de aan de ondernemersvereniging opgelegde geldboete. Deze oplossing was immers ingegeven door het feit dat de vereniging Finnboard met elk van de bij haar aangesloten vennootschappen afzonderlijk een economische entiteit vormde. In casu is er daarentegen slechts sprake van één enkele economische entiteit, waarvan Isoplus Rosenheim, Isoplus Hohenberg en Isoplus Sondershausen deel uitmaken.

- 532 Om deze redenen dient de grief inzake de hoofdelijke aansprakelijkheid van Isoplus Rosenheim, Isoplus Hohenberg en Isoplus Sondershausen te worden afgewezen.

3. Onjuiste beoordeling van de omzet van de betrokken ondernemingen

Argumenten van partijen

- 533 Verzoeksters stellen dat, toen de Commissie de geldboete aanpaste om beneden het bij artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 vastgestelde maximum van 10 % van de omzet te blijven, zij niet had mogen uitgaan van een gezamenlijke omzet voor de groep Henss/Isoplus van 49 500 000 ECU voor 1997. Volgens verzoeksters had de Commissie moeten uitgaan van een bedrag van slechts 49 055 000 ECU, hetgeen overeenstemt met de gezamenlijke omzet onder aftrek van de intragroepsverrichtingen tussen Isoplus Hohenberg, Isoplus Sondershausen en Isoplus Rosenheim. De Commissie had dus slechts een geldboete van 4 905 000 ECU mogen opleggen.
- 534 Daarbij had volgens hen de in mei 1998 door de Europese Centrale Bank definitief vastgestelde koers voor de omrekening tussen de ecu en de euro per 1 januari 1999 moeten worden toegepast.
- 535 Verder kan de Commissie de geldboete van 4 950 000 ECU niet rechtvaardigen met het argument dat bij de berekening van de totale omzet van de groep Henss/Isoplus ook de omzet uit stalen buizen in aanmerking diende te worden genomen. Volgens artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 kon de omzet uit een ander product dat is bestemd voor een andere markt dan die waarop de inbreuk is gepleegd, in casu immers niet bij de berekening van de totale omzet van de groep Henss/Isoplus worden betrokken.

536 Volgens verweerster stellen verzoeksters ten onrechte dat de geldboete 45 000 ECU teveel bedraagt. Verzoeksters passen niet de correcte omrekeningskoers toe, dat wil zeggen de gemiddelde omrekeningskoers tussen de nationale valuta en de ecu voor het referentiejaar 1997. Verder hadden verzoeksters voor Isoplus Rosenheim niet alleen de omzet uit plasticbuizen, maar ook de in artikel 15 van verordening nr. 17 bedoelde totale omzet zonder onderscheid naar productcategorie in aanmerking moeten nemen.

Beoordeling door het Gerecht

537 Bij de verlaging van de aan de groep Henss/Isoplus opgelegde geldboete tot het in artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 vastgelegde maximum is de Commissie uitgegaan van een omzet van ongeveer 49 500 000 ECU.

538 De Commissie heeft in haar verweerschrift uiteengezet dat zij zich daarvoor heeft gebaseerd op de gezamenlijke omzet van Isoplus Rosenheim, Isoplus Hohenberg en Isoplus Sondershausen voor 1997, onder aftrek van de door deze vennootschappen tijdens de administratieve procedure meegedeelde omzet uit intra-groepsverrichtingen. Verder heeft de Commissie in haar verweerschrift verklaard dat deze cijfers, die in nationale valuta waren uitgedrukt, in ecu zijn omgerekend op basis van de gemiddelde omrekeningskoers tussen de nationale valuta en de ecu voor het referentiejaar 1997.

539 Het bedrag dat in de beschikking als totale gezamenlijke omzet van de drie vennootschappen in aanmerking is genomen, stemt inderdaad overeen met het bedrag dat volgens de door de Commissie uiteengezette methode voortvloeit uit de door verzoeksters meegedeelde cijfers.

- 540 In dit verband kunnen verzoeksters de Commissie niet verwijten dat zij zich voor Isoplus Rosenheim heeft gebaseerd op de totale omzet van deze laatste, en niet alleen op de omzet uit voorgeïsoleerde buizen voor afstandsverwarming.
- 541 Het is immers vaste rechtspraak dat de in artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 bedoelde omzet, op basis waarvan het maximum van de mogelijke geldboete wordt berekend, moet worden begrepen als de totale omzet van de betrokken onderneming, de enige omzet die een benaderende aanwijzing geeft van het belang en de invloed van deze onderneming op de markt (arrest *Musique diffusion française e.a./Commissie*, reeds aangehaald, punt 119; arresten *Gerecht van 10 maart 1992, ICI/Commissie, T-13/89, Jurispr. blz. II-1021, punt 376*, en *7 juli 1994, Dunlop Slazenger/Commissie, T-43/92, Jurispr. blz. II-441, punt 160*). Zolang de Commissie beneden het bij deze bepaling gestelde maximum blijft, kan zij de geldboete bepalen op basis van de door haar gekozen omzet, zowel wat het geografische gebied als wat de betrokken producten betreft.
- 542 Verder heeft de Commissie bij de omrekening van de in nationale valuta uitgedrukte cijfers in ecu terecht de gemiddelde omrekeningskoers tussen de nationale valuta en de euro voor het referentiejaar 1997 toegepast.
- 543 Zoals het Gerecht heeft geoordeeld, kan de Commissie, wanneer zij het bedrag van de geldboete heeft berekend op basis van de in nationale valuta uitgedrukte omzet van een bepaald referentiejaar, deze omzet in ecu omrekenen op basis van de gemiddelde wisselkoers van dit referentiejaar, en niet op basis van de wisselkoers op het tijdstip van vaststelling van de beschikking (arrest *Gerecht van 14 mei 1998, Enso Española/Commissie, T-348/94, Jurispr. blz. II-1875, punten 336-341*).
- 544 Om deze redenen dient de grief inzake onjuiste beoordeling van de omzet te worden afgewezen.

4. Schending van de rechten van de verdediging bij de beoordeling van de verzwarende omstandigheden

Argumenten van partijen

545 Met betrekking tot de in punt 179 van de beschikking genoemde verzwarende omstandigheden stellen verzoeksters dat de Commissie de fundamentele rechten van de verdediging heeft geschonden voorzover zij de groep Henss/Isoplus „systematische pogingen om de Commissie te misleiden wat de werkelijke band tussen de ondernemingen [van de groep betreft]”, alsook „[het bewust belemmeren van het onderzoek van de Commissie]” ten laste heeft gelegd.

546 In een procedure die tot de oplegging van geldboeten kan leiden en waarin de vraag rijst of er een groep, een quasi-groep of een feitelijke groep bestaat, behoort het tot de rechten van de verdediging om bepaalde vennootschapsrechtelijke relaties tussen natuurlijke of rechtspersonen te ontkennen en bepaalde trustverbanden geheim te houden. Het behoort immers tot het wezen van de trust dat de identiteit van de opdrachtgever van de trustee slechts wordt vrijgegeven aan bepaalde autoriteiten, zoals de financiële autoriteiten en centrale banken, en niet aan derden en andere autoriteiten en rechterlijke instanties, aangezien het trustverband meestal juist in het leven is geroepen om deze identiteit voor derden geheim te houden. Verzoeksters hebben hun advocaten dus moeten verplichten zich strikt te houden aan het beroepsgeheim waaraan dezen door hun beroepsregels zijn gebonden. Door deze houding van verzoeksters bij de berekening van het bedrag van de geldboete als een verzwarende omstandigheid te beschouwen, heeft de Commissie de fundamentele rechten van de verdediging geschonden.

547 Anders dan de Commissie denkt, hebben verzoeksters er wel degelijk een rechtmatig belang bij om de trustverbanden en dus de identiteit van de hoofdaandeelhouder met name met betrekking tot Isoplus Hohenberg, maar

ten dele ook met betrekking tot Isoplus Sondershausen geheim te houden. Om de redenen die de heer Henss reeds tijdens een vertrouwelijk gesprek met de Commissie op 3 maart 1998 heeft uiteengezet en bij brief van 4 maart 1998 heeft bevestigd, hebben verzoeksters, door zich aldus te gedragen, slechts hun rechten van verdediging uitgeoefend.

548 Met betrekking tot de verklaring van de Commissie dat, indien de opzettelijke belemmering van het onderzoek was geslaagd, „[de onderneming mogelijkserwijs] aan een passende geldboete [zou] zijn ontkomen en/of [...] de invordering ervan moeilijker [zou] zijn geworden”, preciseren verzoeksters om te beginnen dat zelfs indien de trustverbanden zouden zijn blootgelegd, verschillende rechtsvragen inzake de kwalificatie van de groep Henss/Isoplus als groep, quasi-groep of feitelijke groep en dus als onderneming in de zin van artikel 85 van het Verdrag in een administratieve procedure hadden moeten worden opgelost. Het behoort onbetwistbaar tot de rechten van de verdediging, een ander juridisch standpunt in te nemen dan de Commissie.

549 Verder stelt de Commissie ten onrechte dat, indien de stelling van verzoeksters was gevolgd, dit tot een aanzienlijke verlaging van de geldboete had kunnen leiden. In de door de Commissie aangenomen hypothese dat de groep Henss/Isoplus een groep of een feitelijke groep was, hadden bij de berekening van de omzet voor de vaststelling van het bedrag van de geldboete, de intragroepsverrichtingen tussen de groepsleden moeten worden afgetrokken. De geconsolideerde omzet van Henss/Isoplus voor het referentiejaar 1997 zou dan 49 055 000 ECU hebben bedragen. Indien er daarentegen van wordt uitgegaan dat de groep Henss/Isoplus niet als zodanig heeft bestaan, had de omzet van elk van de betrokken ondernemingen in aanmerking moeten worden genomen, met inbegrip van de omzet uit onderlinge verkopen, inzonderheid van de omzet van Isoplus Rosenheim als distributiemaatschappij of handelsagent. In dit laatste geval zou de basis voor de berekening van het bedrag van de geldboeten uiteindelijk niet erg verschillend zijn geweest. Bij de omzet van Isoplus Hohenberg en Isoplus Sondershausen hadden in dit geval immers de door Isoplus Rosenheim als handelsagent ingehouden provisies en dekkingsbijdragen moeten worden opgeteld, hetgeen zou hebben geleid tot een totale omzet van ongeveer 46 000 000 ECU.

- 550 Ten slotte had, indien ervan uit wordt gegaan dat er geen groep heeft bestaan, maar ook het standpunt van verzoeksters wordt verworpen dat Isoplus Rosenheim louter als handelsagent voor Isoplus Hohenberg en Isoplus Sondershausen werkzaam was, de omzet van Isoplus Rosenheim moeten worden opgeteld bij de totale omzet die diende als basis voor de berekening van de geldboete. In dat geval zou de gezamenlijke, niet geconsolideerde omzet van Isoplus Rosenheim, Isoplus Hohenberg en Isoplus Sondershausen, met inbegrip van de omzet uit intragroepsverrichtingen, ongeveer 68 000 000 ECU hebben bedragen.
- 551 Uit het voorgaande blijkt dat verzoeksters, door de trustverbanden geheim te houden en de kwalificatie van de vennootschappen Henss en Isoplus als groep, quasi-groep of feitelijke groep te betwisten, geen bedrieglijke manoeuvres hebben verricht om een verlaging van de geldboete te verkrijgen.
- 552 Verweerster stelt om te beginnen dat de advocaat van de vennootschappen Henss en die van de vennootschappen Isoplus haar bewust hebben misleid omtrent het belangrijke punt of de heer Henss ook de vennootschappen Isoplus controleerde. De bedrieglijke manoeuvres van verzoeksters hadden niets met de uitoefening van de rechten van de verdediging te maken. Overigens vormt de bij verordening nr. 17 opgelegde verplichting om te antwoorden op een verzoek om inlichtingen geen schending van de rechten van de verdediging. Dit klemmt temeer daar de bedrieglijke manoeuvres niet zozeer betrekking hadden op het bestaan van de inbreuk, als wel op de basis voor de berekening van het bedrag van de geldboete.
- 553 Met betrekking tot het vertrouwelijke karakter van de trustverbanden is de Commissie van mening dat uit de door verzoeksters aangehaalde omstandigheden niet blijkt dat zij er een rechtmatig belang bij hadden de door de Commissie gevraagde informatie achter te houden. De Commissie is in elk geval volgens artikel 20 van verordening nr. 17 verplicht geheimen, inzonderheid zakengeheimen, niet openbaar te maken wanneer een onderneming daarbij een rechtmatig belang heeft.

554 Met betrekking tot de vraag in hoeverre de misleiding van de Commissie ertoe strekte, een aanzienlijke verlaging van de geldboete te verkrijgen, merkt de Commissie op dat zelfs indien bepaalde intragroepsverrichtingen tussen verzoeksters in aanmerking zouden zijn genomen, het bedrag van de opgelegde geldboete lager zou zijn geweest.

Beoordeling door het Gerecht

555 De Commissie heeft „de systematische pogingen [van de groep Henss/Isoplus] om de Commissie te misleiden wat de werkelijke band tussen de ondernemingen [van de groep betreft]”, samen met de welbewuste voortzetting van het kartel en de leidende rol bij de afdwinging van het kartel als verzwarende omstandigheden aangemerkt en op grond hiervan het bedrag van de aan de ondernemingen van deze groep opgelegde geldboete met 30 % verhoogd (punt 179, derde alinea, van de beschikking).

556 Dienaangaande dient te worden vastgesteld dat bepaalde informatie die verzoeksters hebben verstrekt met betrekking tot de situatie van de aandeelhouders van de vennootschappen die volgens de Commissie tot de groep Henss/Isoplus behoren en met betrekking tot de eigendomsbanden tussen deze vennootschappen, onjuist was.

557 In de eerste plaats heeft Isoplus Hohenberg op het verzoek om inlichtingen van 13 maart 1996, waarin de Commissie haar verzocht om nadere inlichtingen over de vergaderingen met concurrerende vennootschappen en inzonderheid om de naam, de onderneming en de functie van de deelnemers aan deze vergaderingen, verklaard dat de heer Henss de vennootschappen Isoplus op deze vergaderingen slechts op grond van een door hen verleende volmacht vertegenwoordigde (aanvullend antwoord van Isoplus Hohenberg van 10 oktober 1996; hierna:

„aanvullend antwoord van Isoplus Hohenberg”). Vervolgens hebben Isoplus Hohenberg en Isoplus Sondershausen in hun opmerkingen over de mededeling van de punten van bezwaar van 30 juni 1997 uitdrukkelijk betwist dat de vennootschappen Henss en Isoplus één enkele groep of verbonden vennootschappen onder de leiding of de controle van de heer Henss vormden, en hebben zij verklaard dat de stukken geen enkel element bevatten waaruit bleek dat de heer Henss, zij het via een trustee, Isoplus Hohenberg of de met deze laatste verbonden vennootschappen heeft gecontroleerd. Zoals verzoeksters voor het Gerecht hebben erkend, was de heer Henss evenwel, althans vanaf oktober 1991, hoofdaandeelhouder van Isoplus Hohenberg tot hij zijn aandelen bij het Einbringungsvertrag van 15 januari 1997 aan HFB KG overdroeg. Hij bezat in die periode dus een indirecte deelneming in Isoplus Sondershausen en nam dus ook als eigenaar van Isoplus Hohenberg en, indirect, van Isoplus Sondershausen deel aan de vergaderingen van het kartel.

558 In de tweede plaats heeft Isoplus Hohenberg in haar aanvullend antwoord verklaard dat zij 100 % van het kapitaal van Isoplus Sondershausen in handen had, hetgeen werd bevestigd door Isoplus Hohenberg en Isoplus Sondershausen in hun opmerkingen over de mededeling van de punten van bezwaar. Deze informatie is evenwel onjuist gebleken, aangezien de Commissie uit het Einbringungsvertrag te weten is gekomen dat eenderde van het maatschappelijk kapitaal van Isoplus Sondershausen in handen was van Isoplus Hohenberg als trustee van het echtpaar Papsdorf, dat dit bij het Einbringungsvertrag aan HFB KG heeft overgedragen; bovendien verklaren verzoeksters in hun memories voor het Gerecht dat Isoplus Hohenberg nog een tweede derde van het maatschappelijk kapitaal als trustee in handen had.

559 Anders dan verzoeksters stellen, kan hun gedrag tijdens de administratieve procedure niet worden beschouwd als de loutere uitoefening van het recht om op te komen tegen het feit dat de Commissie de vennootschappen Henss en Isoplus als „groep” aanmerkt.

- 560 Om te beginnen zijn verzoeksters tijdens de administratieve procedure niet alleen opgekomen tegen het oordeel, rechtens en feitelijk, van de Commissie, maar hebben zij haar in hun antwoorden op de verzoeken om inlichtingen en in hun opmerkingen over de mededeling van de punten van bezwaar ook onvolledige en gedeeltelijk onjuiste informatie verstrekt.
- 561 Verordening nr. 17 legt de onderneming waartegen een onderzoek loopt, de verplichting op om actief mee te werken, hetgeen betekent dat de onderneming alle informatie die betrekking heeft op het voorwerp van het onderzoek, ter beschikking van de Commissie moet houden (arrest Hof van 18 oktober 1989, Orkem/Commissie, 374/87, Jurispr. blz. 3283, punt 27; arrest Gerecht van 8 maart 1995, Société Générale/Commissie, T-34/93, Jurispr. blz. II-545, punt 72). Het staat de onderneming weliswaar vrij om al of niet te antwoorden op krachtens artikel 11, lid 1, van verordening nr. 17 gestelde vragen, maar uit artikel 15, lid 1, sub b, eerste zinsdeel, van verordening nr. 17 blijkt dat de onderneming die bereid is te antwoorden, juiste inlichtingen moeten verstrekken.
- 562 Verder kunnen verzoeksters zich niet beroepen op het vertrouwelijke karakter van de trustverbanden onder de aandeelhouders van Isoplus Hohenberg en Isoplus Sondershausen, aangezien de Commissie volgens artikel 20, lid 2, van verordening nr. 17 verplicht is de inlichtingen die zij krachtens deze verordening heeft ingewonnen, en die naar hun aard onder de geheimhoudingsplicht vallen, niet openbaar te maken. Verder wordt in artikel 20, lid 1, van verordening nr. 17 bepaald dat de krachtens de artikelen 11, 12, 13 en 14 ingewonnen inlichtingen slechts mogen worden gebruikt voor het doel waarvoor zij zijn gevraagd. Gelet op de verplichting van de Commissie om onder de geheimhoudingsplicht vallende informatie vertrouwelijk te behandelen, kon het vertrouwelijke karakter van de identiteit van de opdrachtgevers in het kader van de trustverbanden het gedrag van verzoeksters niet rechtvaardigen. Het is overigens niet uitgesloten dat aan de Commissie had kunnen worden meegedeeld welke controle door de heer Henss werkelijk op de vennootschappen Isoplus werd uitgeoefend en welke de relaties

tussen deze vennootschappen waren, zonder dat de identiteit van de derden die in het kader van de trustverbanden als opdrachtgever handelden, behoefde te worden vrijgegeven.

563 Aangezien Isoplus Hohenberg en Isoplus Sondershausen moesten weten dat de Commissie de achtergehouden informatie nodig had om na te gaan wat de werkelijke relaties waren tussen de vennootschappen die de Commissie vanaf haar verzoek om inlichtingen van 13 maart 1996 als één enkele groep („de groep Henss”) heeft beschouwd, heeft de Commissie het gedrag van verzoeksters terecht aangemerkt als „systematische pogingen [van de groep Henss/Isoplus] om de Commissie te misleiden wat de werkelijke band tussen de ondernemingen [van de groep betreft]” en als „[het bewust belemmeren van het onderzoek van de Commissie]”. Dat dit opzettelijk gebeurde, wordt bevestigd door het feit dat de advocaat die met de verdediging van Isoplus Hohenberg en Isoplus Sondershausen was belast, wist dat de tijdens de administratieve procedure verstrekte informatie onjuist was, aangezien hijzelf, zoals verzoeksters erkennen, in het kader van de trustverbanden als trustee was opgetreden.

564 Met betrekking tot de overweging dat indien de bewuste belemmering „was geslaagd, [de onderneming mogelijkswijs] aan een passende geldboete [zou] zijn ontkomen en/of [...] de invordering ervan moeilijker [zou] zijn geworden”, kan worden volstaan met de opmerking dat de activiteiten van de vennootschappen Henss en de vennootschappen Isoplus, gelet op de door de heer Henss uitgeoefende controle, in de omstandigheden van het onderhavige geval moeten worden beschouwd als gedragingen van een feitelijke groep „Henss/Isoplus”, waarvoor Isoplus Rosenheim, Isoplus Hohenberg en Isoplus Sondershausen hoofdelijk aansprakelijk kunnen worden gesteld. Bijgevolg kan niet worden uitgesloten — zonder dat hoeft te worden nagegaan of de geldboete in een bepaald geval hoger zou zijn geweest — dat de Commissie niet tot het bedrag van de werkelijk opgelegde geldboete zou zijn gekomen, indien niet was komen vast te staan dat de heer Henss Isoplus Hohenberg en dus ten dele ook Isoplus Sondershausen controleerde, hetgeen verzoeksters tijdens de administratieve procedure juist hadden betwist.

565 Bijgevolg dient de grief inzake schending van de rechten van de verdediging bij de beoordeling van de verzwarende omstandigheden te worden afgewezen.

5. De verzwarende omstandigheid bestaande in de rol die verzoeksters in het kartel hebben gespeeld

Argumenten van partijen

- 566 Verzoeksters komen op tegen het feit dat de Commissie de „leidende rol die [Henss/Isoplus] heeft gespeeld bij de afdwinging van het kartel” als verzwarende omstandigheid heeft beschouwd. In dit verband betwisten zij de verklaringen van de Commissie in de punten 75, 121 en 141 van de beschikking.
- 567 De activiteiten van Henss Rosenheim en de heer Henss met betrekking tot ABB moeten vooral voor de periode van oktober 1991 tot oktober 1994 worden gezien uit het oogpunt van hun hoedanigheid van handelsagent voor ABB Isolrohr met de daaruit voortvloeiende contractuele verplichtingen.
- 568 Met betrekking tot het verwijt dat Henss „een van de ijverigste handhavers van de onderlinge afspraken inzake de marktverdeling en van de ‚opzetjes’-regeling bij de inschrijving was”, verklaren verzoeksters dat zij er voor een aantal projecten in zijn geslaagd, in de plaats van de favoriete onderneming de opdracht binnen te halen. In deze gevallen heeft de betrokken onderneming, bijvoorbeeld Tarco, verzoeksters en vooral de heer Henss heftige verwijten gemaakt. Het is dan ook normaal dat wanneer Tarco opdrachten binnenhaalde waarvoor verzoeksters favoriet waren, zij op haar beurt verwijten kreeg. In deze context heeft de Commissie erkend dat uit de vergelijkende tabellen van december 1995 betreffende de marktaandeelen van de leden van het kartel blijkt dat Tarco en Løgstør ten koste van ABB, de groep Henss/Isoplus en KWH een veel groter marktaandeel hadden verkregen dan binnen het kartel was overeengekomen. Hieruit blijkt dat de groep Henss/Isoplus of verzoeksters zeker geen leidende rol hebben gespeeld.

- 569 Ook wat de maatregelen tegen Powerpipe betreft, hebben verzoeksters geen leidende rol gespeeld bij de uitvoering van het kartel. Zij hebben niet deelgenomen aan de vanaf 1992 door ABB gevolgde langetermijnstrategie om de markt te controleren en Powerpipe uit te schakelen, waaraan Løgstør heeft deelgenomen door mee te werken aan het weghalen van werknemers bij Powerpipe. Verzoeksters zijn nooit aanwezig geweest op de Zweedse markt en zijn pas begin 1993 voor het eerst op de Deense markt verschenen, terwijl Powerpipe haar activiteiten pas in 1994 naar Duitsland heeft uitgebreid. Met betrekking tot het Leipzig-Lippendorf-project heeft Isoplus Rosenheim noch de heer Henss ooit boycotmaatregelen tegen Powerpipe geëist.
- 570 Verder hebben verzoeksters nooit deelgenomen aan strafmaatregelen in geval van niet-nakoming van de binnen het Europese kartel gesloten overeenkomsten. Uit bijlage 7 bij de opmerkingen van Løgstør bij de mededeling van de punten van bezwaar en uit het plan dat ABB dienaangaande heeft voorgesteld, blijkt immers dat de idee van strafmaatregelen binnen het Europese kartel niet van verzoeksters of de heer Henss afkomstig is.
- 571 De gemeenschappelijke prijslijsten genoemd „EU List”, „Euro Price List” of „Europa-Preisliste” zijn na de totstandkoming van het Europese kartel weliswaar ook door verzoeksters gebruikt, maar zijn niet door hen of de heer Henss opgesteld. De verklaringen van Løgstør hieromtrent zijn niet betrouwbaar.
- 572 Verder beklemtoont de Commissie in de beschikking dat ABB de leider van en de voornaamste drijvende kracht achter het kartel was en dat Løgstør een actieve rol heeft gespeeld bij de planning en uitvoering van de strategie van het kartel; beide ondernemingen hebben actief aan de boycot tegen Powerpipe deelgenomen door druk uit te oefenen op hun leveranciers om niet aan Powerpipe te leveren.

- 573 Dat de groep Henss/Isoplus een leidende rol heeft gespeeld, wordt ook tegengesproken door haar positie in de Europese ranglijst van aandelen van de betrokken markt en door het feit dat zij pas in augustus 1995 in de EuHP is opgenomen. Met betrekking tot de marktpositie van Henss/Isoplus blijkt uit de in de punten 10 tot en met 15 van de beschikking genoemde cijfers dat zij in de betrokken periode naar marktaandeel hooguit de vijfde belangrijkste groep was na ABB, Løgstør, Tarco en Pan-Isovit, en dit alleen indien verzoeksters als een economische eenheid worden beschouwd.
- 574 Verweerster merkt op dat de leidende rol van de groep Henss/Isoplus met name blijkt uit haar activiteiten bij het doorvoeren van de overeengekomen verdeling van projecten, bij de opstelling van geheime prijslijsten, bij de uitwerking van een sanctieregeling en bij de acties tegen Powerpipe. Volgens de Commissie zijn de argumenten van verzoeksters op dit punt grotendeels een herhaling van reeds aangevoerde middelen.
- 575 Het is volgens de Commissie onjuist dat een handelsagent geen leidende rol kan spelen in een kartel van producenten. De groep Henss/Isoplus heeft in haar geheel een leidende rol gespeeld; in het kader van de binnen het Europese kartel gesloten marktverdelingsakkoorden heeft zij immers niet minder dan 10 % van de Europese markt gekregen, het grootste aandeel na dat van ABB en dat van Løgstør. In dit verband dient ook rekening te worden gehouden met de voor de Duitse markt overeengekomen quotaregeling. Wat er ook van zij, de Commissie heeft de leidende rol van de groep Henss/Isoplus niet afgeleid uit haar marktpositie, maar uit haar gedrag binnen het kartel. Ten slotte heeft de Commissie de leidende rol van de groep Henss/Isoplus evenmin afgeleid uit de gebeurtenissen bij de boycot met betrekking tot het Leipzig-Lippendorf-project; deze rol is evenwel duidelijk geworden in het kader van andere, in de punten 94 tot en met 97 en 106 van de beschikking beschreven maatregelen tegen Powerpipe. De punten 121 en 179 van de beschikking hebben betrekking op de uitvoering van het kartel, inzonderheid op de maatregelen tegen Powerpipe.

Beoordeling door het Gerecht

- 576 Volgens punt 179 van de beschikking is de leidende rol die de groep Henss/Isoplus bij de afdwinging van het kartel heeft gespeeld, een van de verzwarende omstandigheden op grond waarvan de aan de groep Henss/Isoplus opgelegde geldboete met 30 % is verhoogd.
- 577 Dienaangaande blijkt uit de stukken dat de groep Henss/Isoplus, los van haar marktaandeel, actief toezag op de uitvoering van de binnen het kartel gesloten overeenkomsten, zoals blijkt uit de in punt 75 van de beschikking beschreven bijlagen 86, 87, 88, 89, 92 en 93 bij de mededeling van de punten van bezwaar en zoals wordt bevestigd door de verklaringen van Tarco (antwoorden van 26 april 1996 en 31 mei 1996 op het verzoek om inlichtingen van 13 maart 1996) en Løgstør (opmerkingen over de mededeling van de punten van bezwaar). Dat Tarco toentertijd op dezelfde manier als de groep Henss/Isoplus reageerde wanneer deze laatste een voor Tarco bestemd project binnenhaalde, is door verzoeksters niet aangetoond.
- 578 Zelfs indien de groep Henss/Isoplus de prijslijsten niet heeft opgesteld, wordt haar rol als initiatiefnemer — naast ABB — met betrekking tot de prijsakkoorden voor de Duitse markt niet alleen bevestigd door Løgstør in haar opmerkingen over de mededeling van de punten van bezwaar, maar ook door Tarco (antwoord van 26 april 1996) en door de fax van de executive vice president van ABB van 28 juni 1994 (bijlage X 8 bij de mededeling van de punten van bezwaar), waarin wordt beschreven welke stappen deze laatste heeft ondernomen om de coördinator van het kartel en de heer Henss ertoe te brengen de instructies van de directeur van ABB IC Møller op te volgen. Verder stelt Brugg dat de heer Henss haar heeft verzocht aan het kartel deel te nemen (antwoord van Brugg). Met betrekking tot de maatregelen tegen Powerpipe is in de punten 261 tot en met 268 hierboven reeds geoordeeld dat de Commissie volgens de regels heeft aangetoond dat de groep Henss/Isoplus vanaf het ogenblik dat Powerpipe haar activiteiten op de Duitse markt heeft begonnen, een actieve rol heeft gespeeld, met name bij het indienen van offertes voor het Neubrandenburg- en het Leipzig-Lippendorf-project.

- 579 Zoals in de punten 168 tot en met 172 en 179 hierboven is vastgesteld, kan noch de door Henss Rosenheim uitgeoefende functie van handelsagent, noch het feit dat geen enkele onderneming van de groep Henss/Isoplus vóór de zomer van 1995 was aangesloten bij de EuHP, een ander licht werpen op de rol die de groep Henss/Isoplus binnen het kartel heeft gespeeld, zoals deze blijkt uit de vaststellingen van de Commissie.
- 580 Ten slotte worden de conclusies van de Commissie niet ontkracht door het feit dat ABB en Løgstør de drijvende kracht achter het kartel waren, aangezien de geldboete van ABB in elk geval met 50 % is verhoogd wegens de rol die zij in het kartel heeft gespeeld, en ook de geldboete van Løgstør met 30 % is verhoogd, hoewel deze laatste geen poging om het onderzoek van de Commissie te belemmeren, ten laste is gelegd.
- 581 In deze omstandigheden heeft de Commissie de leidende rol die de groep Henss/Isoplus bij de afdwinging van het kartel heeft gespeeld, terecht als verzwarende omstandigheid in aanmerking genomen.
- 582 Dit onderdeel van het vierde middel dient dus te worden afgewezen.

6. Niet-inaanmerkingneming van verzachtende omstandigheden

Argumenten van partijen

- 583 Verzoeksters voeren een aantal omstandigheden aan die de Commissie in aanmerking had moeten nemen of die althans het Gerecht in aanmerking zou

moeten nemen om de geldboete te verlagen, ook al zouden de elders in het verzoekschrift opgeworpen middelen die eveneens op deze omstandigheden zijn gebaseerd, worden afgewezen.

584 In de eerste plaats dient bij de beoordeling van de gevolgen van het kartel rekening te worden gehouden met het feit dat de prijzen van voorgeïsoleerde buizen voor afstandsverwarming in de periode van 1990 tot 1994 op de Europese markten, behalve op die van Denemarken, voortdurend zijn gedaald. Door deze lage prijzen hebben vele ondernemingen grote verliezen geleden. De prijsstijging die volgde op de vorming van het Europese kartel was niet ingrijpend, zodat de klanten die de betrokken producten gebruiken, niet echt schade hebben geleden door het kartel. Bovendien waren verzoeksters werkzaam op markten waar vóór 1994 geen enkele prijsstijging had plaatsgevonden. Zelfs in 1995 en begin 1996 hebben de klanten van de producenten en distributeurs van voorgeïsoleerde buizen steeds kunnen kopen tegen eerlijke en billijke prijzen die geenszins overdreven waren.

585 In de tweede plaats dient rekening te worden gehouden met het feit dat het opduiken van verzoeksters op de Deense markt begin 1993 samen met andere omstandigheden heeft geleid tot de ontbinding van het Deense kartel en tot de gedeeltelijke opschorting van de mededingingsverstorende afspraken van 1993 tot begin 1994.

586 In de derde plaats was Henss Rosenheim (thans Isoplus Rosenheim) toentertijd werkzaam als handelsagent voor ABB Isolrohr. In de periode van oktober 1991 tot oktober 1994 diende het gedrag van Henss Rosenheim dus, althans ten dele, aan de ABB-groep te worden toegerekend. Deze groep heeft ook een geldboete gekregen, zodat de geldboete van Isoplus Rosenheim, en dus ook die van de groep

Henss/Isoplus, gelet op het verbod van een dubbele straf, dient te worden verlaagd. Bepaalde verkopen van Henss Rosenheim zijn immers in aanmerking genomen bij de berekening van de omzet van zowel de groep Henss/Isoplus als ABB. Bij de vaststelling van het bedrag van de geldboete dient in elk geval de principaal en niet de handelsagent te worden bestraft. Verder wijzen verzoeksters erop zij vooral wegens de door ABB IC Møller veroorzaakte instorting van de prijzen en onder de door ABB en Løgstør uitgeoefende druk tijdens de periode na oktober 1994 aan het Europese kartel hebben deelgenomen.

587 In de vierde plaats zij opgemerkt dat, voorzover verzoeksters eventueel aansprakelijk dienen te worden gehouden voor de maatregelen tegen Powerpipe, deze maatregelen een te verwaarlozen rol hebben gespeeld. De heer Henss of Henss Rosenheim heeft niet meer dan een poging ondernomen om het Neubrandenburg-project binnen te halen; de betrokken maatregelen hebben immers niets opgeleverd en Powerpipe heeft het betrokken project binnengehaald.

588 In de vijfde plaats kan de aan verzoeksters opgelegde geldboete ertoe leiden dat zij insolvent worden. In beginsel dient te worden onderzocht of de vastgestelde geldboete tot gevolg kan hebben dat de betrokken onderneming insolvent wordt. Anders zou het opleggen van een geldboete ertoe kunnen leiden dat de betrokken onderneming van de markt verdwijnt, waardoor op deze markt een oligopolie of een machtspositie kan ontstaan. Aangezien Pan-Isovit en Tarco zijn overgenomen door Løgstør, en KWH eveneens heeft besloten op middellange termijn de markt van voorgeïsoleerde buizen te verlaten, zouden de twee „leiders” van het kartel, ABB en Løgstør, door de uitschakeling van verzoeksters een oligopoliepositie op de markt van voorgeïsoleerde buizen verwerven.

589 Zoals verzoeksters reeds in hun brieven van 27 en 30 maart 1998 aan de Commissie en tijdens de hoorzitting voor de Commissie hebben aangevoerd, bestaat bij de oplegging van een hoge geldboete het gevaar dat Isoplus Rosenheim, Isoplus Hohenberg en Isoplus Sondershausen insolvent worden, hetgeen zou leiden tot het verlies van banen en tot het verdwijnen van twee productiemaatschappijen en een belangrijke distributiemaatschappij. De insolventie van deze verzoeksters zou dezelfde gevolgen hebben voor HFB GmbH en HFB KG. Wegens hun precaire liquiditeitspositie hebben verzoeksters op 10 februari 1999 bij het Gerecht een kortgedingprocedure ingeleid, waarbij zij uitvoerig hebben gewezen op het risico van insolventie. Zij baseren zich hierbij op het deskundigenverslag van een accountantskantoor van 4 februari 1999 (hierna: „deskundigenverslag”), dat tijdens de kortgedingprocedure aan het Gerecht is voorgelegd. Verzoeksters vragen het Gerecht krachtens artikel 48, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering om het bij hun memorie van repliek gevoegde deskundigenverslag met inbegrip van de bijlagen als aanvullend bewijs toe te laten, aangezien het gaat om bewijsstukken die ten tijde van de instelling van het onderhavige beroep op 18 januari 1995 nog niet bestonden.

590 Ten slotte kan de Commissie niet stellen dat zij bij de vaststelling van het bedrag van de geldboete verzachtende omstandigheden in aanmerking heeft genomen. Als gevolg van de onrechtmatige toepassing van de richtsnoeren konden dergelijke omstandigheden hoe dan ook niet in aanmerking worden genomen, aangezien de aan verzoeksters opgelegde geldboete gelijk is aan het in artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 vastgestelde maximum.

591 Verweerster stelt dat zij naar behoren rekening heeft gehouden met de prijsontwikkeling op de betrokken markt tussen 1990 en 1996. Op het argument dat de groep Henss/Isoplus de ontbinding van het Deense kartel heeft veroorzaakt of onder druk van ABB en Løgstør tot het kartel is toegetreden, heeft zij reeds elders geantwoord. Dat er een zakenrelatie bestond tussen ABB Isolrohr en Henss Rosenheim, betekent niet dat ABB Isolrohr en Henss/Isoplus een economische entiteit vormden. Verder kunnen de maatregelen tegen Powerpipe niet los van het

kartel worden beschouwd. De moeilijke financiële situatie waarin een onderneming zich bevindt, kan bij de berekening van het bedrag van de geldboete niet als verzachtende omstandigheid in aanmerking worden genomen. Bovendien blijkt uit de reeds aangehaalde beschikking HFB e.a./Commissie dat de in die procedure overgelegde stukken, met inbegrip van het deskundigenverslag, geen afdoend bewijs opleverden van de moeilijke financiële situatie van verzoeksters. De bewijsstukken die dienden aan te tonen dat verzoeksters zich op het ogenblik van de vaststelling van de beschikking in een moeilijke financiële situatie bevonden, waren niet ter zake dienend en waren te laat aangedragen. Ten slotte is het niet mogelijk aan de hand van de richtsnoeren het exacte bedrag van een geldboete te berekenen; in elk geval heeft het maximum van 10 % van de omzet betrekking op het eindbedrag van de geldboete.

Beoordeling door het Gerecht

⁵⁹² Bij de vaststelling van het bedrag van de aan de groep Henss/Isoplus op te leggen geldboete heeft de Commissie, na de zwaarte en de duur van de inbreuk te hebben beoordeeld en rekening te hebben gehouden met de verzwarende omstandigheden, geen verzachtende omstandigheden in aanmerking genomen.

⁵⁹³ De Commissie behoefde de prijsontwikkeling op de relevante markt tijdens de betrokken periode niet in aanmerking te nemen als een verzachtende omstandigheid die tot verlaging van de geldboete leidt. Volgens punt 166, laatste alinea, van de beschikking is bij de vaststelling van het bedrag van de geldboeten rekening gehouden met het feit dat de overeenkomsten die verband hielden met de Duitse markt tussen eind 1991 en 1993, beperkte praktische gevolgen hebben gehad. Verder kunnen voor de periode van eind 1991 tot 1993 de prijsdaling buiten

Denemarken en de lage prijzen op de Duitse markt, vergeleken met die op de Deense markt, niet tot een verlaging van de aan verzoeksters opgelegde geldboete leiden, aangezien de hoge prijzen op de Deense markt het gevolg waren van geheime afspraken tussen de Deense producenten, waarvan verzoeksters perfect op de hoogte waren. Het prijsniveau kan des te minder een verzachtende omstandigheid zijn daar de Commissie heeft vastgesteld dat de prijzen op de Duitse markt vanaf eind 1994 aanzienlijk zijn gestegen.

594 Verder is reeds in de punten 176 en 177 hierboven vastgesteld dat verzoeksters zich niet kunnen beroepen op de rol die zij bij de verwording van het Deense kartel in 1993 hebben gespeeld, aangezien deze niet alleen te wijten was aan het opduiken van Henss/Isoplus op deze markt. Hetzelfde geldt voor het optreden als handelsagent voor ABB IC Møller, aangezien de deelneming van de groep Henss/Isoplus aan het kartel veel verder ging dan haar activiteiten als distributeur voor ABB. In elk geval kan een onderneming die samen met andere deelneemt aan mededingingsversturende activiteiten, niet aanvoeren dat zij onder dwang van de andere deelnemers hieraan heeft deelgenomen, aangezien zij de op haar uitgeoefende druk had kunnen aanbrengen (zie punt 178 hierboven).

595 Het argument van verzoeksters dat hun bijdrage aan de maatregelen tegen Powerpipe niet meer was dan een poging om samen te spannen, dient eveneens te worden afgewezen (zie punten 283-285 hierboven).

596 Zonder dat hoeft te worden nagegaan of de hoogte van de aan verzoeksters opgelegde geldboete hen insolvel kan maken en of de bewijzen hiervoor te laat zijn aangedragen, zij ten slotte opgemerkt dat de Commissie volgens vaste rechtspraak niet verplicht is om bij de vaststelling van het bedrag van de geldboete rekening te houden met de deficitaire financiële situatie van de betrokken onderneming, aangezien de erkenning van een dergelijke verplichting

zou neerkomen op het verschaffen van een ongerechtvaardigd concurrentievoordeel aan de ondernemingen die het minst zijn aangepast aan de eisen van de markt (arrest Hof van 8 november 1983, IAZ e.a./Commissie, 96/82—102/82, 104/82, 105/82, 108/82 en 110/82, Jurispr. blz. 3369, punten 54 en 55; arrest Gerecht van 14 mei 1998, Fiskeby Board/Commissie, T-319/94, Jurispr. blz. II-1331, punten 75-76; arrest Enso Española/Commissie, reeds aangehaald, punt 316).

597 Aangezien er geen verzachtende omstandigheden in aanmerking dienden te worden genomen, kunnen verzoeksters niet op goede gronden stellen dat de toepassing van de richtsnoeren in casu heeft verhinderd dat de geldboete op grond van verzachtende omstandigheden werd verlaagd, temeer daar de richtsnoeren voorzien in een verlaging van de geldboete om rekening te houden met verzachtende omstandigheden (tweede alinea en punt 3 van de richtsnoeren).

598 Om al deze redenen dient deze grief van verzoeksters te worden afgewezen.

599
tot
638 [...]]

V — Conclusie

639 Uit al het voorgaande volgt dat de artikelen 3, sub d, en 5, sub d, van de beschikking nietig moeten worden verklaard voorzover zij betrekking hebben op HFB GmbH en HFB KG. Voor het overige dient het beroep te worden verworpen.

Kosten

⁶⁴⁰ Volgens artikel 87, lid 3, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht kan het Gerecht de proceskosten over de partijen verdelen of beslissen dat elke partij haar eigen kosten zal dragen, indien zij onderscheidenlijk op een of meer punten in het ongelijk worden gesteld. Aangezien het beroep slechts ten dele is toegewezen, eist een billijke beoordeling van de feiten van de zaak dat verzoeksters hun eigen kosten dragen, met inbegrip van de kosten die op de procedure in kort geding zijn gevallen, alsmede 80 % van de kosten van de Commissie, met inbegrip van de kosten die op de procedure in kort geding zijn gevallen, en dat de Commissie 20 % van haar eigen kosten, met inbegrip van die welke op de procedure in kort geding zijn gevallen, draagt.

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Vierde kamer),

rechtdoende:

- 1) Verklaart de artikelen 3, sub d, en 5, sub d, van beschikking 1999/60/EG van de Commissie van 21 oktober 1998 inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EG-Verdrag (IV/35.691/E-4 — Kartel voor voorgeïsoleerde buizen) nietig voorzover zij betrekking hebben op HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH & Co. KG en HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH, Verwaltungsgesellschaft.

- 2) Verwerpt het beroep voor het overige.

- 3) Verstaat dat verzoeksters hoofdelijk hun eigen kosten zullen dragen met inbegrip van de kosten die op de procedure in kort geding zijn gevallen, alsmede 80 % van de kosten van de Commissie, met inbegrip van de kosten die op de procedure in kort geding zijn gevallen.

- 4) Verstaat dat de Commissie 20 % van haar eigen kosten, met inbegrip van die welke op de procedure in kort geding zijn gevallen, zal dragen.

Mengozzi

Tiili

Moura Ramos

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 20 maart 2002.

De griffier

De president van de Vierde kamer

H. Jung

P. Mengozzi