

FÖRSTAINSTANSRÄTTENS DOM (fjärde avdelningen)
den 20 mars 2002 *

I mål T-9/99,

HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH & Co. KG,
Rosenheim (Tyskland),

HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH, Verwaltungs-
gesellschaft, Rosenheim,

Isoplus Fernwärmetechnik Vertriebsgesellschaft mbH, Rosenheim,

Isoplus Fernwärmetechnik Gesellschaft mbH, Hohenberg (Österrike),

Isoplus Fernwärmetechnik GmbH, Sondershausen (Tyskland),

företrädna av advokaterna P. Krömer och F. Nusterer, med delgivningsadress i
Luxemburg,

sökande,

* Rättegångsspråk: tyska.

mot

Europeiska gemenskapernas kommission, företrädd av W. Mölls och É. Gippini Fournier, båda i egenskap av ombud, med delgivningsadress i Luxemburg,

svarande,

angående en talan om, i första hand, ogiltigförklaring av kommissionens beslut 1999/60/EG av den 21 oktober 1998 om ett förfarande enligt artikel 85 i EG-fördraget (IV/35.691/E-4 — Kartellen för fjärrvärmerör) (EGT L 24, 1999, s. 1) eller, i andra hand, nedsättning av de böter som sökandena har ålagts genom beslutet,

meddelar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (fjärde avdelningen)

sammansatt av ordföranden P. Mengozzi samt domarna V. Tiili och R.M. Moura Ramos,

justitiesekreterare: byrådirektören J. Palacio González,

med hänsyn till det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 20 oktober 2000,

följande

Dom ¹

Bakgrund till tvisten

- 1 Sökandena är bolag som bildats enligt tysk och österrikisk rätt med verksamhet inom fjärrvärmesektorn. Sökandena har av kommissionen ansetts ingå i "Henss/Isoplus-koncernen".

2
till
7 ...

- 8 Kommissionen fattade den 21 oktober 1998 beslut 1999/60/EG om ett förfarande enligt artikel 85 i EG-fördraget (IV/35.691/E-4 — Kartellen för fjärrvärmerör) (EGT L 24, 1999, s. 1), vilket innan det offentliggjordes rättades genom ett beslut av den 6 november 1998 (K(1998) 3415 slutligt) (nedan kallat beslutet eller det ifrågasatta beslutet). I beslutet fastställdes att en rad företag, däribland vissa av sökandena, deltagit i en samling avtal och samordnade förfaranden i den mening som avses i artikel 85.1 i EG-fördraget (nu artikel 81.1 EG) (nedan kallad den konkurrensbegränsande samverkan eller kartellen).

1 — Nedan återges endast de punkter i domskälen som förstainstansrätten funnit det vara ändamålsenligt att offentliggöra. Vad gäller sakomständigheter och tillämpliga bestämmelser hänvisas till förstainstansrättens dom av den 20 mars 2002 i mål T-23/99, LR AF 1998 mot kommissionen (REG 2002, s. II-1705).

- 9 Enligt beslutet träffades i slutet av år 1990 ett avtal mellan fyra danska producenter av fjärrvärmerör, som byggde på principen om allmänt samarbete på deras nationella marknad. Enligt beslutet var ABB IC Møller A/S (det danska dotterbolaget till den schweizisk-svenska koncernen ABB Asea Brown Boveri Ltd, nedan kallat ABB), Dansk Rørindustri A/S (även känt under firman Starpipe, nedan kallad Dansk Rørindustri), Løgstør Rør A/S (nedan kallat Løgstør) och Tarco Energi A/S (nedan kallat Tarco) (nedan tillsammans kallade de danska producenterna) parter i avtalet. En av de första åtgärderna var att samordna prishöjningar både på den danska marknaden och på exportmarknaden. För att dela upp den danska marknaden lade man upp kvoter som sedan genomfördes och kontrollerades av en "kontaktgrupp", som bestod av försäljningscheferna på de berörda företagen. För varje kommersiellt projekt (nedan kallade projekt) informerades det företag som tilldelats projektet av kontaktgruppen de övriga deltagarna om vilket pris det ämnade bjuda, och de lämnade därefter in anbud med högre priser för att skydda den leverantör som hade blivit utsedd av kartellen.
- 10 Enligt beslutet började på hösten 1991 två tyska producenter, Henss/Isoplus-koncernen och Pan-Isovit GmbH, att delta i de regelbundna mötena med de danska producenterna. Inom ramen för dessa möten ägde förhandlingar rum för att dela upp den tyska marknaden. Förhandlingarna ledde i augusti 1993 fram till att avtal träffades om vilka försäljningskvoter som varje deltagande företag skulle tilldelas.
- 11 Vidare anges det i beslutet att ett avtal mellan samtliga producenter träffades år 1994 för att fastställa kvoterna för hela den europeiska marknaden. Denna europeiska konkurrensbegränsande samverkan hade en tvådelad struktur. "Direktörsklubben", som bestod av ordförandena eller verkställande direktörerna för de företag som deltog i den konkurrensbegränsande samverkan, tilldelade varje företag kvoter både för marknaden som helhet och för var och en av de nationella marknaderna, bland andra Tyskland, Österrike, Danmark, Finland, Italien, Nederländerna och Sverige. För vissa nationella marknader bildades en "kontaktgrupp" bestående av lokala försäljningschefer, vilka fick i uppgift att administrera avtalen genom att tilldela projekt och samordna anbudsgivningen i upphandlingsförfaranden.

- 12 Vad avser den tyska marknaden anges i beslutet att det första mötet med kontaktgruppen för Tyskland hölls den 7 oktober 1994, sedan de sex största europeiska producenterna (ABB, Dansk Rørindustri, Henss/Isoplus-koncernen, Løgstør, Pan-Isovit och Tarco) och Brugg Rohrsysteme GmbH (nedan kallat Brugg) hade träffats den 18 augusti 1994. Gruppens möten fortsatte ännu långt efter det att kommissionen genomfört sina undersökningar i slutet av juni 1995, men mötena ägde från och med undersökningarna rum utanför Europeiska unionen, nämligen i Zürich. Mötena i Zürich fortsatte till och med den 25 mars 1996, således några dagar efter det att vissa av företagen tagit emot begäran om upplysningar från kommissionen.
- 13 I beslutet anges som omständighet som utvisar att det förelåg en konkurrensbegränsande samverkan att det beslutades och vidtogs samordnade åtgärder för att undanröja det enda större företag som inte deltog, nämligen Powerpipe. Kommissionen anger särskilt att vissa deltagare i den konkurrensbegränsande samverkan anställde "nyckelpersoner" i Powerpipe. Deltagarna lät även meddela Powerpipe att bolaget borde dra sig tillbaka från den tyska marknaden. Sedan Powerpipe i mars 1995 tilldelats ett viktigt tyskt projekt, hölls ett möte i Düsseldorf. I detta möte deltog de sex ovannämnda producenterna och Brugg. Enligt kommissionen fattades det vid mötet beslut om att kollektivt bojkotta Powerpipes kunder och leverantörer. Denna bojkott genomfördes sedermera.
- 14 I kommissionens beslut anges skälen till varför inte bara det uttryckliga avtalet om uppdelning av marknader mellan de danska producenterna från slutet av år 1990, utan även de förfaranden som vidtogs från och med oktober 1991 betraktade i sin helhet, skall anses vara ett "avtal" som är förbjudet enligt artikel 85.1 i fördraget. I kommissionens beslut anges vidare att de "danska" och "europeiska" fallen av konkurrensbegränsande samverkan endast gav uttryck för en enda konkurrensbegränsande samverkan, som visserligen började i Danmark men som redan från början hade som långsiktigt mål att utvidga deltagarnas kontroll till att omfatta hela marknaden. Enligt kommissionen hade det fortlöpande avtalet mellan producenterna en märkbar verkan på handeln mellan medlemsstaterna.

15 Själva beslutet har därför följande lydelse:

”Artikel 1

ABB Asea Brown Boveri Ltd, Brugg Rohrsysteme GmbH, Dansk Rørindustri A/S, Henss/Isoplus-koncernen, Ke-Kelit Kunststoffwerk Ges mbH, Oy KWH Tech AB, Løgstør Rør A/S, Pan-Isovit GmbH, Sigma Tecnologie Di Rivestimento S.r.l. och Tarco Energi A/S har överträtt artikel 85.1 i fördraget genom att inom sektorn fjärrvärmekulvert på det sätt och i den omfattning som anges i skälen delta i ett system av avtal och samordnade förfaranden som inleddes omkring november/december 1990 bland de fyra danska producenterna, som därefter utvidgades till att omfatta andra nationella marknader och involverade Pan-Isovit och Henss/Isoplus och som i slutet av 1994 utgjorde en omfattande kartell som täckte hela den gemensamma marknaden.

Överträdelsens varaktighet var

...

— vad Henss/Isoplus[koncernen] beträffar från omkring oktober 1991 till [åtminstone mars eller april 1996],

...

Överträdelsens huvudsakliga kännetecken var

- att dela upp nationella marknader och så småningom hela den europeiska marknaden mellan medlemmarna på grundval av kvoter,

- att tilldela bestämda producenter nationella marknader och se till att andra producenter drog sig tillbaka,

- att fastställa priser för produkten och för enskilda projekt,

- att tilldela vissa producenter enskilda projekt och manipulera anbudsförfarandet för dessa projekt för att säkerställa att den förutbestämda producenten fick kontraktet i fråga,

- att i syfte att skydda kartellen från konkurrens från den enda viktiga konkurrenten utanför kartellen, Powerpipe AB, samtycka till och vidta samordnade åtgärder för att hindra detta företags kommersiella verksamhet, skada dess affärer eller driva bort det från marknaden helt och hållet.

...

Artikel 3

De i artikel 1 angivna företagen åläggs härmed följande böter för de överträdelser som konstateras i artikel 1:

...

d) Henss/Isoplus-koncernen, böter om 4 950 000 ecu, för vilka följande företag är solidariskt ansvariga:

- HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH & Co KG,
- HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH Verwaltungsgesellschaft,
- Isoplus Fernwärmetechnik Vertriebsgesellschaft mbH (tidigare Dipl-Kfm Walter Henss GmbH Rosenheim),
- Isoplus Fernwärmetechnik GmbH, Sondershausen,
- Isoplus Fernwärmetechnik Gesellschaft mbH stille Gesellschaft och

— Isoplus Fernwärmetechnik Ges mbH, Hohenberg,

...

Artikel 5

Detta beslut riktar sig till

...

d) Henss/Isoplus-koncernen, företrädd av

— 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, Gluckaufstraße 34, D-99706 Sondershausen.

...”

16
till
24

...

Förhållandena mellan de företag som av kommissionen ansetts ingå i Henss/Isoplus-koncernen

- 25 Bland de företag som kommissionen har ansett ingå i Henss/Isoplus-koncernen och som är parter i detta förfarande återfinns HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH & Co. KG (nedan kallat HFB KG). Detta bolag är ett kommanditbolag, bildat den 15 januari 1997 enligt tysk rätt. Kommanditbolagets komplementär, som har ett obegränsat och personligt ansvar för kommanditbolagets förbindelser, är HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH, Verwaltungsgesellschaft (nedan kallat HFB GmbH). HFB GmbH är ett bolag med begränsat ansvar, som också det bildades den 15 januari 1997. HFB KG:s kommanditdelägare, som endast har ansvar för

kommanditbolagets förbindelser upp till ett visst belopp, utgörs av Dr Henss, hans maka och makarna Papsdorf. Dr Henss är majoritetskommanditdelägare i HFB KG och innehar dessutom majoriteten av andelarna i HFB GmbH.

- 26 Isoplus Fernwärmetechnik Vertriebsgesellschaft mbH (nedan kallat Isoplus Rosenheim), som före den 1 januari 1997 hade firman Dipl.-Kfm. Walter Henss GmbH (nedan kallat Henss Rosenheim), är ett bolag bildat enligt tysk rätt. Efter det att makarna Henss andelar i Isoplus Rosenheim och makarna Papsdorfs andelar i Dipl.-Kfm. Walter Henss Fernwärmerohrleitungsbau GmbH, Berlin (nedan kallat Henss Berlin) apportionerats till HFB KG, innehade HFB KG 100 procent av andelarna i de två bolagen. Därvid vidtogs åtgärder den 3 december 1997 för att införliva Henss Berlin i Isoplus Rosenheim.
- 27 Isoplus Fernwärmetechnik Ges. mbH, Hohenberg (nedan kallat Isoplus Hohenberg) är ett bolag bildat enligt österrikisk rätt. I detta bolag innehar Dr Henss majoriteten av andelarna genom en mellanman.
- 28 Isoplus Fernwärmetechnik GmbH, Sondershausen (nedan kallat Isoplus Sondershausen) är ett bolag bildat enligt tysk rätt. Samtliga andelar i bolaget innehas nominellt av Isoplus Hohenberg, som i viss utsträckning innehar andelarna i egenskap av mellanman.
- 29 På fjärrvärmemarknaden bedriver Isoplus Rosenheim verksamhet huvudsakligen som distributionsbolag. Isoplus Hohenberg och Isoplus Sondershausen är produktionsbolag. HFB KG och HFB GmbH bedriver verksamhet endast såsom holdingbolag.

- 30 I beslutet har kommissionen ansett att företagen Isoplus Rosenheim, Henss Berlin, Isoplus Hohenberg och Isoplus Sondershausen i praktiken utgjorde en koncern benämnd "Henss/Isoplus". Kommissionen tillställde alla fyra företagen ett meddelande om anmärkningar, i vilket det konstaterades att det fanns en förbindelse mellan dessa fyra företag och Dr Henss, som hade deltagit i direktörsklubbens möten. I beslutet anges vidare att det var först efter det att meddelandet om anmärkningar hade utfärdats som kommissionen fick kännedom om apportavtalet ("Einbringungsvertrag") av den 15 januari 1997, som förts in i bolagsregistret. Av kontraktet framgår att makarna Henss och Papsdorf i januari 1997 placerade sina andelar i HFB KG.
- 31 Genom apportavtalet fick kommissionen även kännedom om att Dr Henss ägde ett enkelt bolag, Isoplus Fernwärmetechnik Ges. mbH — Stille Gesellschaft (nedan kallat Isoplus stille Gesellschaft). Aktierna i nämnda bolag innehades av en mellanman.
- 32 Vad gäller Isoplus Hohenberg fick kommissionen genom apportavtalet kännedom om att Dr Henss innehade andelar i det bolaget genom en mellanman, trots att sökandenas ombud under det administrativa förfarandet bestritt detta. Under förfarandet inför förstainstansrätten är det inte längre tvistigt att Dr Henss faktiskt innehade majoriteten av kapitalet i Isoplus Hohenberg.
- 33 Vad gäller Isoplus Hohensbergs ägande i Isoplus Sondershausen fick kommissionen genom apportavtalet kännedom om att en tredjedel av aktiekapitalet i Isoplus Sondershausen, som tidigare innehades av Isoplus Hohenberg i egenskap av mellanman för makarna Papsdorf, hade överlåtits till HFB KG. Under detta förfarande har sökandena bekräftat att ytterligare en tredjedel av Isoplus Sondershausens aktiekapital innehades av Isoplus Hohenberg i egenskap av mellanman. Sökandena har vitsordat att kommissionen inte underrättats om detta under det administrativa förfarandet.

Begäran om åtgärder för bevisupptagning

- 34 I enlighet med artikel 68 i förstainstansrättens rättegångsregler har sökandena yrkat att Boysen, B. Hansen, N. Hansen, Hybschmann, Jespersen och Volandt skall höras som vittnen "till styrkande av att sökandena eller Henss/Isoplus-koncernen varken har deltagit i något olagligt förfarande, vidtagit någon olaglig åtgärd eller gjort sig skyldiga till något annat liknande beteende i den mening som avses i artikel 85.1 i EG-fördraget före oktober 1994". Sökandena har förklarat att de är beredda att ställa säkerhet för att täcka de kostnader som kan uppkomma med anledning av de begärda vittnesmålen.
- 35 Sökandena har dessutom yrkat att förstainstansrätten skall ålägga kommissionen att ge in hela utredningsakten beträffande detta mål, inklusive bilagorna och rapporten från förhørsombudet angående nämnda akt.
- 36 Förstainstansrätten gör följande bedömning. Enligt artikel 68.1 i rättegångsreglerna kan rätten, på eget initiativ eller på begäran av part, sedan generaladvokaten och parterna hörts, förordna att vissa omständigheter skall styrkas genom vittnesförhör. Enligt artikel 68.1 sista stycket skall det i en begäran av part om att ett vittne skall höras i detalj anges de faktiska omständigheter som vittnet skall höras om samt skälen till vittnesförhöret.
- 37 Sökandena har i sina inlagor, bland annat i punkterna 20, 40, 50, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 94, 96, 125 och 142 i ansökan, angett vissa personer som skulle kunna höras som vittne angående de omständigheter för vilka det redogörs i var och en av punkterna. Trots detta återfinns inte namnen på de sex personer vars vittnesmål uttryckligen begärts vid förstainstansrätten i de angivna punkterna. Sökandena har därför underlåtit att i detalj ange angående vilka omständigheter som dessa personer skulle höras.

- 38 Av vad anförts följer att begäran om hörande av vittnen skall ogillas. Det saknas därvid anledning att pröva frågan huruvida det är lämpligt att höra de sex angivna personerna.
- 39 Vad därefter gäller yrkandet att utredningsakten skall ges in till förstainstansrätten gör förstainstansrätten följande bedömning. Under domstolsförfarandet har kommissionen på eget initiativ genom skrivelse av den 26 juli 1997 gett in de administrativa akterna beträffande samtliga relevanta ärenden. Sökandena har underrättats om att akterna getts in till förstainstansrätten och att sökandena ägde ta del av dem på kansliet. Mot denna bakgrund saknas anledning att bifalla sökandenas begäran att akterna skall ges in till förstainstansrätten.
- 40 Vad beträffar sökandenas yrkande att rapporten från förhørsombudet skall ges in till förstainstansrätten gör förstainstansrätten följande bedömning. Under alla omständigheter är rapporten en rent intern handling hos kommissionen, och har endast ett rent rådgivande värde för kommissionen. Syftet med rapporten är varken att framställa nya anmärkningar eller ta fram nya bevis mot företagen. Rapporten är därför inte av avgörande betydelse och utgör därför inte en sådan handling som gemenskapsdomstolen skall ta del av när den utövar sin prövningsrätt (domstolens beslut av den 11 december 1986 i mål 212/86 R, ICI mot kommissionen, ej offentliggjort i rättsfallssamlingen, punkterna 5—8, förstainstansrättens dom av den 24 oktober 1991 i mål T-2/89, Petrofina mot kommissionen, REG 1991, s. II-1087, punkterna 53—54, och av den 10 mars 1992 i mål T-9/89, Hüls mot kommissionen, REG 1992, s. II-499, punkterna 86—87). Enligt fast rättspraxis skall kommissionens interna handlingar inte lämnas ut till sökandena under domstolsförfarandet annat än om det är nödvändigt på grund av synnerliga omständigheter i målet, vilket skall framgå av seriösa uppgifter som sökandena skall anföra (domstolens beslut av den 18 juni 1986 i de förenade målen 142/84 och 156/84, BAT och Reynolds mot kommissionen, REG 1986, s. 1899, punkt 11, förstainstansrättens dom av den 27 oktober 1994 i mål T-35/92, John Deere mot kommissionen, REG 1994, s. II-957, punkt 31, förstainstansrättens beslut av den 10 december 1997 i de förenade målen 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 och T-157/94, NMH Stahlwerke m.fl. mot kommissionen, REG 1997, s. II-2293, punkt 35). Denna begränsning av rätten att

få tillgång till interna handlingar motiveras av nödvändigheten att säkerställa att den berörda institutionen på ett väl fungerande sätt kan vidta sanktionsåtgärder mot överträdelser av fördragets konkurrensregler (beslutet i det ovannämnda målet NMH Stahlwerke m.fl. mot kommissionen, punkt 36). Eftersom sökandena inte styrkt på vilket sätt förhørsombudets rapport skulle ha betydelse för iakttagandet av sökandenas rätt till försvar, ogillar förstainstansrätten sökandenas begäran att nämnda rapport skall ges in till rätten.

- 41 Mot denna bakgrund ogillar förstainstansrätten sökandenas begäran om åtgärder för bevisupptagning.

Yrkandet om ogiltigförklaring av beslutet

- 42 Sökandenas grunder kan indelas efter de företag som de avser. För det första har grunder åberopats avseende Henss/Isoplus-koncernen, för det andra avseende HFB KG och HFB GmbH, för det tredje avseende Isoplus stille Gesellschaft, samt för det fjärde avseende alla sökandena.

I — *Grunderna avseende Henss/Isoplus-koncernen*

- 43 Vad gäller Henss/Isoplus-koncernen har sökandena åberopat tre grunder. Som första grund har det gjorts gällande att kommissionen tillämpade artikel 85.1 i fördraget på ett felaktigt sätt. Den andra grunden avser åsidosättande av väsentliga formföreskrifter. Som tredje grund har det gjorts gällande att motiveringsskyldigheten åsidosattes.

A — *Den första grunden: Felaktig tillämpning av artikel 85.1 i fördraget då det slogs fast att sökandena "ingick i Henss/Isoplus-koncernen"*

1. Parternas argument

- 44 Sökandena har gjort gällande följande. Kommissionen tillämpade artikel 85.1 i fördraget på ett felaktigt sätt då den slog fast att sökandena ingår i Henss/Isoplus-koncernen. Koncernen ålades böter för att ha deltagit i ett konkurrensbegränsande förfarande för vilka alla sökandena är solidariskt ansvariga.
- 45 Ett företag i den mening som avses i artikel 85 i fördraget eller i artikel 86 i EG-fördraget (nu artikel 82 EG) kan endast utgöras av fysiska eller juridiska personer eller av bolag som skall behandlas som om de hade en egen juridisk personlighet (så kallade "kvasijuridiska personer"). Henss/Isoplus-koncernen, som kommissionen ansett föreligga, är emellertid i sig varken en juridisk eller kvasijuridisk person.
- 46 Eftersom det varken finns något moderbolag eller holdingbolag som är juridisk person, kan inte heller sökandena anses utgöra en koncern i associationsrättslig mening eller "i praktiken en koncern", vilket kommissionen ansett i punkterna 15 och 157 i beslutet, i form av juridiskt självständiga företag vars ekonomiska agerande kan beslutas av ett annat företag.
- 47 HFB GmbH bedriver uteslutande sin verksamhet som komplementär i HFB KG. Trots att HFB KG då beslutet fattades innehade 100 procent av aktiekapitalet i Isoplus Rosenheim, innehade det endast en tredjedel av aktiekapitalet i Isoplus

Sondershausen. Vidare förelåg inga ägarförbindelser mellan HFB KG och Isoplus Hohenberg, inte ens genom en mellanman, vilket felaktigt angetts vara fallet i punkt 159 i beslutet. Inte heller förelåg hemliga ägarförbindelser, inte ens genom mellanman, mellan HFB KG och ett enkelt bolag i vilket Isoplus Hohenberg var "aktiv ägare".

- 48 Kommissionen slog fast i beslutet att de berörda företagen ingick i Henss/Isoplus-koncernen och att Dr Henss själv utövade kontrollen över samtliga bolag. Därigenom underlät kommissionen att beakta att Dr Henss, trots att denne innehade majoriteten av kapitalet i Henss Rosenheim (nu Isoplus Rosenheim) och genom förvaltningsbolag majoriteten av kapitalet i Isoplus Hohenberg, inte hade några ägarintressen i Henss Berlin eller i Isoplus Sondershausen. Vidare kan inte Dr Henss, i egenskap av delägare, kvalificeras som ett företag i den mening som avses i artikel 85 i fördraget.
- 49 Isoplus Hohenberg hade ingen möjlighet att kontrollera Isoplus Sondershausen med tanke på Isoplus Hohenberg's egenskap av mellanman. Isoplus Hohenberg innehade nämligen för egen räkning fram till och med den 21 oktober 1998 endast en tredjedel av aktiekapitalet i Isoplus Sondershausen, medan bolaget innehade ytterligare en tredjedel i egenskap av mellanman. Isoplus Hohenberg och Isoplus Sondershausen underlät att underrätta kommissionen om att Isoplus Hohenberg var mellanman, eftersom de inte ville röja denna affärshemlighet. För övrigt levererade Isoplus Hohenberg och Isoplus Sondershausen delvis till samma marknader, vilket inte brukar vara fallet då det är fråga om en koncern.
- 50 Det är inte heller möjligt att, av det förhållandet att det i Dr Henss skrivelse av den 21 april 1995 (tillägg till meddelandet om anmärkningar nr 17) angetts "företaget Henss GmbH, koncernen Isoplus", dra slutsatsen att de berörda företagen utgör en "koncern", vilket kommissionen gjort. Denna skrivelse utgör

nämligen en förklaring för Henss Rosenheims räkning, där kommatecknet före begreppet "koncernen Isoplus" endast anger att företaget Henss Rosenheim ingick i den tillfälliga gruppering i vilken de andra kartelldeltagarna indelat sökandena på grund av de sistnämndas handelsagenturavtal. Att det finns en mellanman eller en talesman för en dylik tillfällig gruppering utgör inte tillräcklig grund för att anse att det är fråga om en koncern i associationsrättslig mening.

- 51 I beslutet anges dessutom inte någon omständighet som kan utgöra grund för att hålla sökandena solidariskt ansvariga, när de inte ingår i någon rättslig eller ens *de facto*-koncern, för de konkurrensbegränsande beteenden som var och en av dem gjort sig skyldig till.
- 52 Kommissionen har gjort gällande följande. Kommissionen har använt begreppet koncern som beteckning på den ekonomiska enhet som bestått av de fyra företag som deltog i den konkurrensbegränsande samverkan, nämligen Henss Rosenheim (nu Isoplus Rosenheim), Henss Berlin, Isoplus Hohenberg och Isoplus Sondershausen. Dessa företag kontrollerades på ett enhetligt sätt, i synnerhet vad gäller företagens deltagande i den konkurrensbegränsande samverkan. Dr Henss var verkställande direktör i Henss Berlin och Henss Rosenheim och kontrollerade sistnämnda företag samt Isoplus Hohenberg och Isoplus Sondershausen genom direkta eller indirekta aktieinnehav. Under direktörsklubbens möten — då koncernföretagen tilldelades en gemensam kvotdel — var det dessutom Dr Henss som angav och tillvaratog intressena för vart och ett av koncernbolagen.
- 53 Eftersom all personal och samtliga materiella och immateriella tillgångar, som formellt sett kunde knytas till företagen i Henss/Isoplus-koncernen, ingick i en större enhet vars ekonomiska mål fastställdes på ett enhetligt sätt, var det i konkurrensrättslig mening fråga om ett enda företag i form av en "koncern". Det saknas anledning att dra någon annan slutsats av den anledningen att det inte var ett finansbolag som utövade ledningen av enheten. Det är inte heller relevant huruvida den fysiska eller juridiska person som utövar ledningen även bedriver ett företag i eget namn.

2. Förstainstansrättens bedömning

- 54 Det i artikel 85.1 i fördraget föreskrivna förbudet för företag att ingå annat ingå avtal eller delta i samordnade förfaranden som kan påverka handeln mellan medlemsstater och som har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvräda konkurrensen inom den gemensamma marknaden riktas sig till ekonomiska enheter som var och en består av en enhetlig organisation med personal samt materiella och immateriella tillgångar, vilken på ett varaktigt sätt eftersträvar ett bestämt ekonomiskt mål, och som kan medverka till en överträdelse av det slag som avses i denna bestämmelse (förstainstansrättens dom av den 10 mars 1992 i mål T-11/89, Shell mot kommissionen, REG 1992, s. II-757, svensk specialutgåva, volym 12, s. 47, punkt 311, och av den 14 maj 1998 i mål T-352/94, Mo och Domsjö mot kommissionen, REG 1998, s. II-1989, punkt 87).
- 55 När överträdelsen i förevarande mål begicks kontrollerade Dr Henss på ett eller annat sätt Henss Berlin och Henss Rosenheim (nedan även kallade Henss-bolagen) jämte Isoplus Hohenberg och Isoplus Sondershausen (nedan även kallade Isoplus-bolagen).
- 56 Det är nämligen utrett att Dr Henss hela tiden innehaft 90 procent av aktiekapitalet i Henss Rosenheim och att hans maka innehade resterande 10 procent. Vidare är det utrett att Dr Henss var verkställande direktör i bolaget fram till det att bolaget den 1 januari 1997 ändrade firma till Isoplus Rosenheim. Vid det tillfället överlät Dr Henss och hans maka sina andelar till HFB KG, som Dr Henss dock fortfarande var majoritetsägare i och som i egenskap av ensam aktieägare var moderbolag för Isoplus Rosenheim.
- 57 Det är utrett att Dr Henss förvärvade 90 procent av aktiekapitalet i Henss Berlin då företaget bildades i augusti 1990. Då samtliga andelar i Henss Berlin den 1 januari 1997 överläts till HFB KG, var det den verkställande direktören i

Isoplus Rosenheim, herr Papsdorf, och hans maka, som innehade andelarna. Även om det av handlingarna i målet inte framgår vid vilken tidpunkt som makarna Papsdorf förvärvade andelarna från Dr Henss, är det utrett att Dr Henss själv var direktör i Isoplus Rosenheim från och med februari 1994. Vidare har det framgått att Dr Henss redan i december 1990 företrädde Henss Berlin i egenskap av "ensam direktör" då bolaget träffade ett återförsäljaravtal med Isoplus Hohenberg.

- 58 Sökandena har i sin ansökan inte längre bestritt att Dr Henss genom en mellanman i vart fall från och med oktober 1991 innehade majoriteten av aktiekapitalet i Isoplus Hohenberg.
- 59 Det har vidare framgått att samtliga aktier i Isoplus Sondershausen nominellt innehas av Isoplus Hohenberg. Trots att sistnämnda bolag endast innehar en tredjedel av aktierna för egen räkning, är det utrett att ytterligare en tredjedel innehades för herr Papsdorf, som vid det tillfället var verkställande direktör i Isoplus Rosenheim, och för hans maka. Makarna Papsdorfs innehav överläts sedermera till HFB KG genom apportavtalet av den 15 januari 1997.
- 60 Vidare finner förstainstansrätten att Dr Henss företrädde Henss-bolagen och Isoplus-bolagen vid direktörsklubbens möten. Av anteckningar från vissa av deltagarna i diskussionerna om uppdelningen av den tyska marknaden framgår att marknadsandelar skulle tilldelas den enhet som kallades antingen "Isoplus" (se bilagorna 39, 40, 44, 45 och 49 till meddelandet om anmärkningar), "Isoplus/Henss" (se bilagorna 48 och 53 till meddelandet om anmärkningar) eller samtidigt "Isoplus" och "Henze" (se bilaga 37 till meddelandet om anmärkningar). Vidare anges uttryckligen i den inbjudan till mötet den 11 augusti 1992 (bilaga 38 till meddelandet om anmärkningar) som skickades ut av ABB i dess egenskap av ordförande i branschsammanlutningen "European District Heating Pipe Manufacturers Association" (nedan kallad EuHP) att Dr Henss vid mötet skulle företräda "Isoplus". Slutligen är det utrett att Henss-bolagen och Isoplus-bolagen tilldelades en enda gemensam kvotdel då kartellen delade ut kvoter på europainivå.

- 61 Mot denna bakgrund gjorde kommissionen en riktig bedömning då den ansåg att distributionsbolagen Henss Berlins och Henss Rosenheims (nu Isoplus Rosenheim) och produktionsbolagen Isoplus Hohenbergs och Isoplus Sondershausens agerande inom kartellen utgjorde ett beteende av en enda ekonomisk enhet som kontrollerades gemensamt och som på ett varaktigt sätt eftersträvade ett gemensamt ekonomiskt mål.
- 62 Att det verkligen var fråga om en enda ekonomisk enhet med gemensamma intressen bekräftas dessutom av interna handlingar från ifrågavarande bolag. I protokollet från ett möte av den 3 februari 1994 med övervakningsgruppen för Isoplus-bolagen (tillägg nr 21 till meddelandet om anmärkningar) anges "Isoplus-koncernen", vars omsättning bland annat utgörs av omsättningen för "Hohenberg" och "Sondershausen" tillsammans med omsättningen för "Henss". Vidare framgår av Dr Henss anteckning av den 21 april 1995 att han för "företaget Henss GmbH:s räkning inom Isoplus-koncernen" gick med på att delta i ett projekt för att förvärva Powerpipe (tillägg nr 17 till meddelandet om anmärkningar).
- 63 Förstainstansrätten kan för övrigt inte godta sökandenas version att Henss-bolagens förbindelser med Isoplus-bolagen berodde på att de förra var återförsäljare för de senare. Henss Rosenheim var nämligen under hela den aktuella tidsperioden även återförsäljare för ABB:s tyska dotterbolag, ABB Isolrohr GmbH (nedan kallat ABB Isolrohr). Eftersom Henss-bolagen och Isoplus-bolagen på europainivå tilldelades en enda gemensam kvotdel och mot bakgrund av att Dr Henss både var företrädare för samtliga dessa bolag vid direktörsklubbens möten och direktör eller delägare i nämnda bolag, finner förstainstansrätten att det är uppenbart att Henss-bolagen och Isoplus-bolagen agerade gemensamt på marknaden såsom en enda ekonomisk enhet.
- 64 Vad gäller omständigheten att Dr Henss tillvaratog Henss Berlins intressen på samma sätt som Henss Rosenheims intressen, finner förstainstansrätten dessutom att det beträffande Leipzig-Lippendorf-projektet framgår av protokollet från

kartellens möte den 10 januari 1995, vid vilket Dr Henss var närvarande (bilaga 70 till meddelandet om anmärkningar) att beslut fattades om att tilldela ABB Isolrohr, Pan-Isovit och "Henz" projektet, utan närmare angivelse av om det var fråga om Henss Berlin eller Henss Rosenheim. Det är emellertid utrett att det var Henss Berlin och inte Henss Rosenheim som gav in ett motsvarande anbud på projektet, trots att Dr Henss nominellt inte var aktieägare i förstnämnda bolag men väl i det sistnämnda. Vidare anges i den av ABB den 22 mars 1995 upprättade projektförteckningen att ABB, Pan-Isovit och "Isoplus" var favoriter till att tilldelas Leipzig-Lippendorf-projektet (bilaga 71 till meddelandet om anmärkningar). Denna omständighet styrker ytterligare att Henss-bolagen och Isoplus-bolagen ansågs ingå i samma ekonomiska enhet.

- 65 Att Isoplus Hohenberg och Isoplus Sondershausen bedrev verksamhet på samma marknad innebär inte att de inte kan ingå i samma koncern. Under det administrativa förfarandet vid kommissionen har det för övrigt uppgetts att Isoplus Sondershausen fortfarande var helägt dotterbolag till Isoplus Hohenberg.
- 66 Till skillnad från vad sökandena har påstått är det inte nödvändigt att den "koncern" som bedömts vara en ekonomisk enhet i sig är en juridisk person. Begreppet företag skall i ett konkurrensrättsligt sammanhang förstås som en ekonomisk enhet med beaktande av avsikten med avtalet i fråga, även om enheten i juridisk mening består av flera fysiska eller juridiska personer (domstolens dom av den 12 juli 1984 i mål 170/83, Hydrotherm, REG 1984, s. 2999, punkt 11). När det inte går att fastställa en juridisk person som, såsom ansvarig för samordningen av koncernens handlande, borde tillskrivas de överträdelser som de olika bolagen i koncernen gjort sig skyldiga till, har kommissionen rätt att hålla koncernbolagen solidariskt ansvariga för samtliga åtgärder som vidtagits inom koncernen, för att undvika att det faktum att bolagen formellt är åtskilda, som en följd av att de är särskilda juridiska personer, hindrar att de anses uppträda som en enhet på marknaden med avseende på tillämpningen av konkurrensreglerna (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 14 juli 1972 i mål 48/69, ICI mot kommissionen, REG 1972, s. 619, punkt 140; svensk specialutgåva, volym 2, s. 25).

67 Eftersom kommissionen har ansett att Henss/Isoplus-koncernen var det företag som begått överträdelsen för vilken koncernbolagen hållits ansvariga, saknas det anledning att i förevarande mål pröva huruvida Dr Henss personligen skall anses utgöra ett företag i den mening som avses i artikel 85.1 i fördraget.

68 Av vad anförts följer att talan inte kan vinna bifall på denna grund.

B — Den andra grunden: Åsidosättande av väsentliga formföreskrifter vid angivandet av Henss/Isoplus-koncernen i själva beslutet

1. Parternas argument

69 Sökandena har gjort gällande följande. Kommissionen åsidosatte väsentliga formföreskrifter, bland annat dem som anges i förordning nr 17, genom att rikta beslutet till "Henss/Isoplus-koncernen". Eftersom koncernen varken är en juridisk eller kvasijuridisk person, saknar Henss/Isoplus-koncernen rättskapacitet inom ramen för ett förfarande enligt artikel 85 i fördraget som regleras av förordning nr 17, bland annat inför förstainstansrätten.

70 I artikel 1 i beslutet anges att "Henss/Isoplus-koncernen" har överträtt bestämmelserna i artikel 85.1 i fördraget. I artikel 2 i beslutet anges vidare att de i artikel 1 angivna företagen omedelbart skall upphöra med den nämnda överträdelsen om de inte redan har gjort det. I artikel 3 i beslutet föreskrivs att "[d]e i artikel 1 angivna företagen åläggs härmed följande böter för de

överträdelser som konstateras i artikel 1", och i led d i artikel 3 åläggs "Henss-Isoplus-koncernen, böter om 4 950 000 ecu, för vilka följande företag är solidariskt ansvariga:...". Slutligen anges i artikel 5 d i beslutet att beslutet riktar sig till "Henss/Isoplus-koncernen, företrädd av...". I processrättsligt hänseende har kommissionen således ansett att beslutet riktar sig till Henss/Isoplus-koncernen och inte till de företag som anges i artikel 5 i beslutet. Dessa företag har endast angetts med avseende på sin solidariska betalningsskyldighet för Henss/Isoplus-koncernens böter.

- 71 Den omständigheten att sökandena har väckt förevarande talan kan inte anses utgöra något stöd för att det är möjligt att begripa beslutet i detta avseende. Syftet med talan är i stället att tillvarata sökandenas individuella rättigheter samt, för säkerhets skull, rättigheterna för det rättssubjekt som kommissionen anser utgörs av Henss/Isoplus-koncernen. Yrkandena i detta mål framställs således både för sökandena själva och för Henss/Isoplus-koncernen, som enligt kommissionen består av sökandena.
- 72 Svaranden har gjort gällande följande. I den mån det har betydelse för förevarande mål, riktar sig beslutet till de företag som klart och tydligt anges i artikel 5 i beslutet. Sökandena har för övrigt själva uppfattat beslutet på det sättet, eftersom de väckt talan i eget namn och själva ansett att beslutet riktar sig till dem.
- 73 Vad gäller användningen i beslutet av benämningarna "Henss/Isoplus" eller "Henss-Isoplus-koncernen" finns det anledning att skilja mellan å ena sidan angivandet av det företag, eventuellt en koncern, som begått överträdelserna och å andra sidan angivandet av den fysiska eller juridiska person med förmåga att ha rättigheter och skyldigheter som i formellt hänseende är ansvarig för överträdelserna. Det är visserligen riktigt att den i artikel 5 d i beslutet använda

formuleringen "Henss/Isoplus-koncernen, företrädd av..." inte är särskilt lyckad, men det går inte att därav dra slutsatsen att det är Henss/Isoplus-koncernen som sådan som åläggs att betala böterna. Artikel 5 d avser nämligen samma bolag som de som i artikel 3 d i beslutet angetts som solidariskt ansvariga för böterna.

- 74 Slutligen har beslutet delgetts de fem sökandena genom separata skrivelser och inte "Henss/Isoplus-koncernen".

2. Förstainstansrättens bedömning

- 75 Det har i punkt 66 ovan slagits fast att då det är omöjligt att fastställa en juridisk person som, i ledning för Henss/Isoplus-koncernen och såsom ansvarig för samordningen av koncernens handlande, skulle ha kunnat tillskrivas de överträdelser som de olika bolagen i koncernen gjort sig skyldiga till, har kommissionen rätt att hålla koncernbolagen solidariskt ansvariga för hela koncernens agerande.

- 76 I detta avseende anges i artikel 1 i beslutet "Henss/Isoplus-koncernen" bland de företag som begått den i artikel 1 nämnda överträdelser. I artikel 2 i beslutet görs en hänvisning till "[d]e i artikel 1 angivna företagen" för att identifiera de företag som skall upphöra med överträdelserna om de inte redan har gjort det.

- 77 Vidare har kommissionen i artiklarna 3 och 5 i beslutet identifierat de juridiska personer som skall hållas ansvariga för de överträdelser som begåtts av "Henss/Isoplus-koncernen" och som därför är solidariskt ansvariga för de böter som ålagts koncernen.

- 78 Mot bakgrund av att Henss/Isoplus-koncernen inte är en juridisk person, kan artiklarna 3 och 5 i beslutet inte förstås på annat sätt än att beslutet riktar sig till sökandena i deras egenskap av bolag inom Henss/Isoplus-koncernen. Eftersom Henss/Isoplus-koncernen identifierats genom de bolag som utgör nämnda koncern, kan den inte anses ha ett bristande rättsligt skydd. Koncernen kan nämligen i förekommande fall tillvarata sina intressen genom koncernbolagen.
- 79 Det föreligger dessutom inte något tvivel om att beslutet riktar sig till sökandena i deras egenskap av bolag inom Henss/Isoplus-koncernen. Beslutet har nämligen separat delgetts var och en av sökandena och inte Henss/Isoplus-koncernen, som i artikel 1 i beslutet bedömts vara den som ensam begått överträdelsen.
- 80 Mot bakgrund av att beslutet riktar sig till sökandena såsom bolag i Henss/Isoplus-koncernen, kan talan inte vinna bifall på den grunden att förordning nr 17 åsidosatts.

C — Den tredje grunden: Åsidosättande av motiveringsskyldigheten

1. Parternas argument

- 81 Sökandena har gjort gällande följande. Kommissionen åsidosatte den i artikel 190 i EG-fördraget (nu artikel 253 EG) föreskrivna motiveringsskyldigheten, genom att inte i beslutet ge någon motivering till hur "Henss/Isoplus-koncernen" kan vara part i ett förfarande enligt förordning nr 17 och till hur ett beslut som antogs med tillämpning av nämnda förordning därför kan rikta sig till koncernen. Kommissionen har i punkt 160 i beslutet angett att meddelandet om anmärk-

ningar riktades till Henss/Isoplus-koncernen och att i avsaknad av ett gemensamt holdingbolag var de fyra namngivna driftsbolagen företrädare för koncernen i fråga om delgivning och verkställighet. Detta påstående är dock otillräckligt mot bakgrund av vad kommissionen angett i punkt 15 i beslutet, nämligen att Henss/Isoplus-koncernen bildade "i praktiken en... koncern" som inte var någon juridisk person med egen rättskapacitet.

- 82 Svaranden har gjort gällande följande. Det har i punkterna 157—160 i beslutet visats att de företag som återfanns under beteckningen "Henss/Isoplus-koncernen" i praktiken agerade som en koncern, varför sökandena skall hållas solidariskt betalningsansvariga för böterna. Eftersom Henss/Isoplus-koncernen inte varit part i förfarandet, saknas det anledning att lämna någon motivering i det avseendet.

2. Förstainstansrättens bedömning

- 83 Sökandena har tolkat beslutet så, att Henss/Isoplus-koncernen bedömdes vara part i det administrativa förfarandet. Förstainstansrätten har emellertid inte godtagit denna tolkning eftersom artiklarna 3 och 5 i beslutet identifierar de bolag som hålls solidariskt betalningsansvariga för de böter som ålagts för Henss/Isoplus-koncernens överträdelse och beslutet därför riktats till dessa bolag såsom bolag i koncernen (se punkterna 75—80 ovan).
- 84 Vad beträffar Henss/Isoplus-koncernens överträdelse och den omständigheten att sökandena i egenskap av bolag inom Henss/Isoplus-koncernen har ansetts vara skyldiga att följa beslutet, erinrar förstainstansrätten om vad som angetts i punkterna 157—160 i beslutet.

- 85 I punkt 157 i beslutet har kommissionen angett att "[f]öretagen Henss/Isoplus agerade i praktiken som en koncern". Till stöd för detta påstående har kommissionen förklarat att Dr Henss var majoritetsaktieägare i Isoplus Hohenberg, vilket i sin tur ägde 100 procent av aktierna i Isoplus Sondershausen, och att Dr Henss var majoritetsaktieägare och verkställande direktör i Henss Rosenheim och verkställande direktör (men inte aktieägare) i Henss Berlin. De två sistnämnda företagen var dessutom återförsäljare för Isoplus i Tyskland. Kommissionen har i samma punkt angett att "[a]v det faktum att det var Dr Henss som alltid närvarade vid direktörsklubbens möten framgår klart att han var den person som utövade ledningen och kontrollen över Isoplus och att företagen Henss och Isoplus tillsammans i faktisk mening utgjorde en koncern". Vidare har kommissionen angett att "[d]et var allmänt känt i branschen att Henss var kraften bakom Isoplus".
- 86 I punkt 158 i beslutet har kommissionen angett att eftersom den då den skickade ut meddelandet om anmärkningar inte kände till att det fanns ett holdingbolag som nämnda meddelande kunde riktas till, riktades meddelandet i stället till Henss/Isoplus-koncernen. Nämnda koncern företrädde av de fyra största bolagen inom gemenskapen, nämligen Isoplus Hohenberg, Isoplus Sondershausen, Henss Rosenheim och Henss Berlin. Enligt beslutet angavs det tydligt i meddelandet om anmärkningar "att förfarandena riktades mot Henss/Isoplus-koncernen och att, i avsaknad av ett gemensamt holdingbolag, de fyra namngivna driftsbolagen var företrädare för koncernen i fråga om delgivning och verkställighet" (punkt 160 fjärde stycket).
- 87 Kommissionen har slutligen angett att den tack vare ett apportavtal av den 15 januari 1997 fick kännedom om att två holdingbolag bildats, HFB GmbH och HFB KG, till vilka andelarna i Isoplus Rosenheim och Isoplus Hohenberg överlätits, samt att ett enkelt bolag, Isoplus stille Gesellschaft, bildats. Efter det att kommissionen hade fått kännedom om dessa omständigheter, riktades beslutet inte bara till Isoplus Hohenberg, Isoplus Sondershausen och Isoplus Rosenheim, utan även till HFB GmbH, HFB KG och Isoplus stille Gesellschaft (punkt 160 i beslutet).

- 88 Av vad anförts följer att kommissionen motiverat varför den ansåg att företagen Henss/Isoplus i praktiken utgjorde en koncern. Vidare har kommissionen förklarat varför den — i avsaknad av ett holdingbolag som skulle kunna företräda hela koncernen — ansåg att koncernen företräddes av bolagen inom koncernen i fråga om delgivning och betalning av böterna.
- 89 Talan kan således inte vinna bifall på denna grund.

II — *Grunder avseende omständigheter som rör HFB GmbH och HFB KG*

- 90 Vad beträffar HFB GmbH och HFB KG har sökandena åberopat tre grunder. Som första grund har det gjorts gällande att kommissionen tillämpade artikel 85.1 i fördraget på ett felaktigt sätt. Den andra grunden avser åsidosättande av rätten till försvar. Som tredje grund har det gjorts gällande att motiveringskyldigheten åsidosattes.

A — Parternas argument

- 91 Sökandena har gjort gällande följande. Kommissionen gjorde fel då den ålade HFB GmbH och HFB KG att solidariskt och gemensamt tillsammans med de andra sökandena betala böterna inom ramen för Henss/Isoplus-koncernen.
- 92 I beslutet har det angetts att överträdelsen upphörde senast i mars eller april 1996. HFB GmbH och HFB KG bildades först den 15 januari 1997 och blev i

rättslig mening juridiska personer först då de registrerades i handelsregistret, nämligen den 10 och den 27 februari 1997. Av den anledningen är det inte möjligt att de båda bolagen deltog i överträdelsen. Eftersom bolagen inte var juridiska personer före år 1997, kan de inte heller hållas ansvariga för eventuella konkurrensbegränsande beteenden som begåtts av andra företag inom Henss/Isoplus-koncernen. Enligt oskyldighetspresumtionen kan företagen åläggas böter i förfarande enligt artikel 85 i fördraget, vilket regleras av förordning nr 17, endast om de deltar i dylika beteenden eller i vart fall är vårdslösa.

- 93 Det är endast om ett företag ombildas till eller uppgår i ett annat företag som det sistnämnda företaget i egenskap av universalsuccessor kan hållas ansvarigt för det förstnämnda företagens överträdelser, dock under förutsättning att företagets ekonomiska identitet inte förändrats. HFB KG förvärvade sina andelar i Isoplus Rosenheim och Isoplus Sondershausen från fysiska personer. Således förvärvades Isoplus Rosenheim från makarna Henss och Isoplus Sondershausen från makarna Papsdorf. Ett företag kan emellertid inte hållas ansvarigt i egenskap av successor av rättigheter som tillkommit fysiska personer, vilka endast innehaft andelar i det bolag som begått överträdelsen och vilka i egenskap av andelsägare inte själva utgjorde företag i den mening som avses i artiklarna 85 och 86 i fördraget.
- 94 Till skillnad från vad som påståtts av kommissionen saknas det grund att påstå att det inom Henss/Isoplus-koncernen förekommit ett stort antal olika företag under Dr Henss ledning. Skälet till att HFB GmbH och därigenom HFB KG bildades var att underlätta en eventuell samtidig försäljning av olika innehav i fjärrvärmeföretag. Vissa höjningar av aktiekapitalet och olika apportåtgärder vidtogs endast av bokföringsskäl. Dessa åtgärder och förändringar i aktiekapitalet genomfördes först efter det att själva överträdelsen upphört och i vissa fall till och med efter det att beslutet fattats.
- 95 Svaranden har gjort gällande följande. HFB GmbH och HFB KG kan hållas medansvariga för de överträdelser som begåtts av Henss/Isoplus-koncernen. Det

saknas därvid betydelse att det inte var dessa båda företag som överträtt konkurrensreglerna och att de inte hade övertagit samtliga rättigheter och skyldigheter från de företag som begått överträdelserna.

- 96 En juridisk person kan nämligen hållas ansvarig för de överträdelser som begåtts av det bolag som den juridiska personen övertagit kontrollen för, även om överträdelserna begicks före det att kontrollen övertogs (förstainstansrättens dom av den 14 maj 1998 i mål T-308/94, Cascades mot kommissionen, REG 1998, s. II-925). Eftersom kommissionen ägde hålla HFB GmbH och HFB KG medansvariga för de aktuella överträdelserna, fick den även inbegripa nämnda företag bland dem som bötfälldes (förstainstansrättens dom av den 14 maj 1998 i de förenade målen T-339/94—T-342/94, Metsä-Serla m.fl. mot kommissionen, REG 1998, s. II-1727).
- 97 Kommissionen har inte heller åsidosatt oskyldighetspresumtionen genom att hålla HFB GmbH och HFB KG ansvariga för överträdelserna. Den omstrukturering som genomförts i förevarande fall genom att HFB GmbH och HFB KG förvärvade andelar från Dr Henss och därigenom fick direkt kontroll över Isoplus Rosenheim, utgjorde förändringar inom ett enda företag som kontrollerats av företagets ledning.
- 98 Det är i detta avseende av föga betydelse att andelsägarna inte i sig var företag. Företag kan utgöras av olika enheter, där vissa bedriver verksamheten medan andra utför ledningsuppgifter. I förevarande mål var det Dr Henss som utförde och fortsatte att utföra ledningsuppgifter. Dr Henss hade emellertid delegerat en del av ledningsuppgifterna till HFB KG, som kontrollerades av densamme.
- 99 Mot denna bakgrund kunde kommissionen hålla Dr Henss personligen ansvarig för Isoplus Rosenheims överträdelser. Grunden för detta är att bolagets policy under den period då överträdelserna begicks inte kunde läggas fast utan dennes

medverkan, samt att även andra bolag i Henss/Isoplus-koncernen deltog i överträdelsen. Eftersom Dr Henss kontrollerar HFB GmbH genom sitt aktieinnehav och även fortsättningsvis är verkställande direktör för bolaget, borde HFB GmbH och HFB KG inte kunna ifrågasätta att Dr Henss kännedom om de överträdelser som begåtts av det överlåtna bolaget skall anses innebära att även de har sådan kännedom. Dessutom hade värdet på de förvärvade andelarna kunnat förändras genom överträdelsen.

- 100 Slutligen bör det beaktas att kommissionen har ett berättigat intresse av att vid en eventuell utsökning kunna ta i anspråk koncernens tillgångar oberoende av de omstruktureringar som genomförts i förevarande mål. Vidare bör det beaktas att kommissionen kan stöta på problem då det är enskilda personer som är föremål för utsökning. En omstrukturering som den i förevarande mål — i vilken HFB GmbH och HFB KG bildades och där Dr Henss både var säljare och köpare — får inte innebära att kommissionen förlorar möjligheten att ingripa mot den nya aktieägaren.

B — Förstainstansrättens bedömning

- 101 Kommissionen har samlat Henss-bolagen och Isoplus-bolagen i en koncern som bedömts föreligga i praktiken. Denna koncern har sedan bedömts vara det företag som deltagit i överträdelsen. Eftersom det varken fanns något moderbolag som kunde agera som företrädare för Henss/Isoplus-koncernen eller något bolag som ansvarade för samordningen av koncernen, har kommissionen hållit de bolag som återfanns i koncernen då beslutet fattades som ansvariga för överträdelsen. Bland dessa bolag ingick HFB GmbH och HFB KG.
- 102 Varken HFB GmbH eller HFB KG existerade emellertid då överträdelsen begicks. De två bolagen kan därför inte hållas ansvariga för överträdelsen på den grunden att de skulle ha stimulerat och samordnat de olagliga åtgärderna som vidtagits av

de andra bolagen i Henss/Isoplus-koncernen (se domen i det ovannämnda målet Shell mot kommissionen, punkt 312).

- 103 Inte heller kan HFB GmbH och HFB KG hållas ansvariga för överträdelsen endast på den grunden att de ingick i Henss/Isoplus-koncernen då beslutet fattades. Ansvar för överträdelsen ankommer nämligen i princip på den fysiska eller juridiska person som ledde det berörda företaget när överträdelsen begicks, även om driften av företaget har övergått på en annan person när beslutet om fastställelse av överträdelsen antas (domstolens dom av den 16 november 2000 i mål C-297/98 P, SCA Holding mot kommissionen, REG 2000, s. I-10101, punkt 27). Även om det skulle antas att HFB GmbH och HFB KG är holdingbolag som helt eller delvis är ansvariga för Henss/Isoplus-koncernen, finner förstainstansrätten att detta förhållande inträffade efter det att överträdelsen begicks. Av denna anledning kan de två bolagen inte hållas ansvariga för Henss/Isoplus-koncernens konkurrensbegränsande åtgärder som vidtogs före det att de helt eller delvis förvärvade denna koncern (domen av den 16 november 2000 i det ovannämnda målet Cascades mot kommissionen, punkt 77).
- 104 Det skulle kunna förhålla sig på annat sätt endast om de juridiska personer som är ansvariga för företagets drift juridiskt sett upphört att existera efter det att överträdelsen begicks (domstolens dom av den 8 juli 1999 i mål C-49/92 P, kommissionen mot Anic Partecipazioni, REG 1999, s. I-4125, punkt 145). Det är emellertid utrett att de bolag som var i fråga då överträdelsen begicks fortfarande existerar.
- 105 Av handlingarna i målet framgår att kommissionen har hållit HFB GmbH och HFB KG solidariskt ansvariga för Henss/Isoplus-koncernens överträdelse. En av anledningarna till det var att nämnda bolag från Dr Henss övertog kontrollen över koncernföretagen, särskilt den direkta kontrollen över Isoplus Rosenheim. Förstainstansrätten finner i detta avseende att eftersom kommissionen inte hållit Dr Henss personligen ansvarig för Henss/Isoplus-koncernens överträdelse, kan

inte heller HFB GmbH och HFB KG på grund av succession hållas ansvariga för omständigheter för vilka ansvar under uppsåt tidigare inte konstaterats.

- 106 Under vissa omständigheter kan en ekonomisk efterträdare till en juridisk person hållas ansvarig för en överträdelse av konkurrensreglerna som den juridiske personen gjort sig skyldig till — till och med när den sistnämnde inte upphört att existera då beslutet om fastställelse av överträdelsen fattades — för att den ändamålsenliga verkan med dessa regler inte skall äventyras på grund av förändringarna i bland annat de berörda företagens juridiska form (se förstainstansrättens dom av den 11 mars 1999 i mål T-134/94, NMH Stahlwerke mot kommissionen, REG 1999, s. II-239, punkt 127). Till skillnad från vad som var fallet i det ovannämnda målet NMH Stahlwerke mot kommissionen, har de i förevarande mål berörda fysiska och juridiska personer som var inblandade i överträdelsen fortsatt sin affärsverksamhet, medan bolagen HFB GmbH och HFB KG ännu inte hade bildats då överträdelsen begicks.
- 107 Det är på grundval av de upplysningar som lämnats till förstainstansrätten under det skriftliga förfarandet och under förhandlingen dessutom inte möjligt att fastställa att åtgärder vidtagits i syfte att undgå sanktionsåtgärder som vidtas på grund av en överträdelse av konkurrensreglerna (se domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Anic Partecipazioni, punkt 146).
- 108 Kommissionen har således tillämpat gällande rätt på ett felaktigt sätt genom att hålla HFB KG och HFB GmbH solidariskt ansvariga för de böter som dömts ut med anledning av Henss/Isoplus-koncernens överträdelse. Det saknas därför anledning för förstainstansrätten att pröva den andra och den tredje grunden beträffande HFB GmbH och HFB KG, enligt vilka det gjorts gällande att kommissionen åsidosatt rätten till försvar och motiveringsskyldigheten.
- 109 Artiklarna 3 d och 5 d i beslutet skall således ogiltigförklaras såvitt artiklarna gäller HFB KG och HFB GmbH.

III — *Grunder avseende omständigheter som rör Isoplus stille Gesellschaft*

A — Parternas argument

- 110 Sökandena, i synnerhet Isoplus Hohenberg, har klandrat kommissionen för att ha riktat beslutet även till Isoplus stille Gesellschaft såsom företag inom Henss/Isoplus-koncernen. Enligt österrikisk rätt är Isoplus stille Gesellschaft i egenskap av enkelt bolag varken en juridisk person eller ett rörelsedrivande bolag, utan endast ett internt bolag som i sig inte kan ha några rättigheter eller skyldigheter. Det är endast rörelsens ägare som kan ha rättigheter och skyldigheter. I september 1997 upplöstes dessutom Isoplus stille Gesellschaft utan likvidation, varigenom tillgångarna överfördes till stiftarbolaget Isoplus Hohenberg i form av kapitalökning.
- 111 Isoplus Hohenberg har först gjort gällande att kommissionen åsidosatte artikel 85 i fördraget genom att rikta beslutet till ett enkelt bolag som varken är en juridisk person eller en kvasijuridisk person och därmed inte heller ett företag i den mening som avses i artiklarna 85 och 86 i fördraget. Ett kommissionsbeslut som fattats inom ramen för ett förfarande enligt artikel 85 i fördraget kan således inte riktas mot ett sådant enkelt bolag.
- 112 Isoplus Hohenberg har vidare gjort gällande att kommissionen åsidosatte väsentliga formföreskrifter genom att bötfälla ett företag som i egenskap av enkelt bolag enligt österrikisk rätt inte kan föra talan i domstol och därmed inte kan väcka talan vid förstainstansrätten. Ett dylikt beslut kan dessutom inte riktas mot ett företag — oberoende av hur det rättsligt kvalificeras — som upplöstes och därmed inte existerade då beslutet fattades.

- 113 Isoplus Hohenberg har för övrigt gjort gällande att kommissionen inte skickade något meddelande om anmärkningar till Isoplus stille Gesellschaft. Vid sammanträdet den 24 och den 25 november 1997 var det inte möjligt att pröva huruvida ett enkelt bolag enligt österrikisk rätt utgör en juridisk eller kvasijuridisk person med rättskapacitet. Det var inte heller möjligt att pröva det enkla bolagets upplösning, eftersom förhørsombudet inte föranstaltade om ett separat sammanträde beträffande denna fråga, trots att ombudet för det enkla bolaget hade begärt detta. I sitt svar av den 30 mars 1998 på begäran om upplysningar av den 24 februari 1998 (nedan kallat skrivelsen av den 30 mars 1998) underlät sökanden följaktligen att beröra frågeställningen kring det enkla bolaget. Frågeställningen aktualiserades först genom skrivelsen av den 22 oktober 1998 till kommissionen.
- 114 Slutligen görs det gällande att kommissionen åsidosatte motiveringsskyldigheten genom att inte förklara på vilka grunder som ett kommissionsbeslut som fattats inom ramen för ett förfarande enligt artikel 85 i fördraget kan riktas till ett enkelt bolag bildat enligt österrikisk rätt.
- 115 Svaranden har gjort gällande följande. Såsom påståtts av Isoplus Hohenberg hade Isoplus stille Gesellschaft redan upphört att existera då beslutet fattades. Beslutet saknar således verkan gentemot nämnda bolag. Talan kan emellertid inte vinna bifall på grund av den omständigheten. Dessutom skulle det ha varit möjligt att dra samma slutsats om det enkla bolaget fortfarande hade existerat då beslutet fattades. Isoplus Hohenberg har nämligen själv vitsordat att nämnda bolag inte är någon juridisk person, vilket innebär att beslutet inte medfört några rättsverkningar för bolaget och således inte heller påverkat det på ett negativt sätt.

B — Förstainstansrättens bedömning

- 116 Mot bakgrund av att Isoplus stille Gesellschaft hade upplösts då beslutet fattades, medförde beslutet inte några rättsverkningar för bolaget. Beslutet medförde

således inte några rättsverkningar i den mån det riktades till Isoplus stille Gesellschaft.

- 117 Isoplus Hohenberg har hela tiden varit det bolag som haft de rättigheter och skyldigheter som uppstått på grund av Isoplus stille Gesellschaft. Beslutet har vidare riktats också till Isoplus Hohenberg. Att Isoplus stille Gesellschaft fanns med bland de bolag till vilka beslutet riktades kan mot denna bakgrund inte ha medfört några andra rättsverkningar för Isoplus Hohenberg än att beslutet riktades till Isoplus Hohenberg och att det hölls solidariskt ansvarigt för de böter som ålades Henss/Isoplus-koncernen.
- 118 Beslutet medför inte några rättsverkningar i den mån det riktas till och avser Isoplus stille Gesellschaft. Såvitt gäller nämnda bolag har talan således inte något föremål, och det saknas därför anledning att döma i saken i den delen.

IV — *Grunder avseende omständigheter som rör alla sökandena*

- 119 Fem grunder har åberopats som rör samtliga sökande. Som första grund har det gjorts gällande att kommissionen bedömde sakomständigheterna på ett felaktigt sätt och gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning vid tillämpningen av artikel 85.1 i fördraget. Den andra grunden avser åsidosättande av rätten till försvar. Som tredje grund har det gjorts gällande att riktlinjerna för beräkning av böter som ålagts enligt artikel 15.2 i förordning nr 17 och artikel 65.5 i EKSG-fördraget (EGT C 9, 1998, s. 3; nedan kallade de nya riktlinjerna eller riktlinjerna) är olagliga. Den fjärde grunden avser åsidosättande av bestämmelser

rörande böter i konkurrensärenden och av allmänna principer samt att en felaktig bedömning gjorts vid fastställandet av bötesbeloppet. Som femte grund har det gjorts gällande att kommissionen åsidosatte motiveringsskyldigheten.

A — Den första grunden: Felaktig bedömning av sakomständigheterna och felaktig rättstillämpning vid tillämpningen av artikel 85.1 i fördraget

1. Deltagandet i överträdelsen före oktober 1994

120
till
181 ...

b) Kommissionens rättsliga bedömning

182 Sökandena har i huvudsak åberopat sex grunder som rör kommissionens rättsliga bedömning av de sakomständigheter som förevarit före oktober 1994. Sökandena har för det första gjort gällande att kommissionens kvalificering av överträdelsen som "ett system av avtal och samordnade förfaranden" är felaktig. För det andra har sökandena bestritt att de fastställda beteendena skall kvalificeras som avtal. Sökandena har för det tredje invänt mot kommissionens uppfattning av begreppet samordnade förfaranden. För det fjärde har sökandena gjort gällande att kommissionens bedömning av rättsverkningarna av deltagandet i ett möte med konkurrensbegränsande syfte var felaktig. För det femte har de hävdats att kommissionen gjorde en felaktig bedömning av vem som har bevisbördan när det gäller heltäckande karteller. Sökandena har för det sjätte klandrat kommissionen för att inte ha bedömt vilket individuella ansvar som vart och ett av bolagen inom den påstådda Henss/Isoplus-koncernen hade.

i) Kvalificeringen av överträdelsen som ”ett system av avtal och samordnade förfaranden”

Parternas argument

- 183 Sökandena har gjort gällande följande. Påståendet som gjorts av kommissionen i punkterna 131 och 132 i beslutet bestrids. I dessa punkter ansåg kommissionen att i fråga om en komplicerad kartell som pågår under lång tid och där de olika samordnade förfaranden som följs och de avtal som ingås utgör en del av en rad åtgärder som företagen vidtar i en strävan efter ett gemensamt mål som går ut på att hindra eller snedvrیدا konkurrensen, har kommissionen rätt att dra slutsatsen att det är fråga om en enda fortlöpande överträdelse. Kommissionen har nämligen på felaktiga grunder gjort gällande att det i ett dylikt fall inte är nödvändigt att kvalificera överträdelsen som antingen avtal eller samordnat förfarande.
- 184 Varken vad gäller avtal i den mening som avses i artikel 85.1 i fördraget eller vad gäller ”gentlemen’s agreement” med syfte att begränsa konkurrensen, är det nödvändigt att visa att konkurrensen faktiskt har begränsats. När det gäller samordnade förfaranden skall kommissionen däremot visa att de faktiskt inneburit att konkurrensen begränsats, om det saknas en frivillig samordning av beteenden för att begränsa konkurrensen. Mot bakgrund av att det föreligger en skillnad mellan begreppet avtal och begreppet samordnat förfarande är det inte möjligt för kommissionen att anse att det endast är fråga om en enda överträdelse av artikel 85.1 i fördraget, då artikel 85.1 i fördraget överträts på olika sätt. Enligt oskyldighetspresumtionen krävs nämligen att samtliga sakomständigheter som bedömts utgöra överträdelser av artikel 85.1 i fördraget klarläggs i beslut som fattas med tillämpning av förordning nr 17.
- 185 Svaranden har gjort gällande följande. Avtalen och de samordnade förfaranden som i förevarande mål genomförts under den aktuella perioden utgör en del av ett

system med regelbundna möten. Detta system hade till syfte att reglera marknaden genom fastställande av priser och kvoter. Detta beteende tog sig uttryck i såväl avtal som i samordnade förfaranden. Kommissionen hade mot denna bakgrund rätt att i artikel 1 i beslutet slå fast att det var fråga om ett avtal och ett samordnat förfarande. Kommissionen har därigenom varken gjort en felaktig bedömning av begreppen avtal och samordnat förfarande eller åsidosatt allmänna rättsprinciper.

Förstainstansrättens bedömning

- 186 När det gäller en komplex överträdelse, i vilken flera producenter varit inblandade under flera år och som syftat till att åstadkomma en gemensam reglering av marknaden, kan det enligt fast rättspraxis inte krävas att kommissionen, i förhållande till varje företag och vid varje tidpunkt, skall kunna kvalificera överträdelsen som antingen avtal eller samordnat förfarande, eftersom artikel 85 i fördraget under alla omständigheter omfattar båda dessa slag av överträdelse. Kommissionen har således rätt att kvalificera en enda dylik komplicerad överträdelse som "avtal och samordnat förfarande" eller som avtal "och/eller" samordnat förfarande i den mån överträdelsen innefattar såväl omständigheter som skall kvalificeras som avtal som omständigheter som skall kvalificeras som samordnat förfarande (förstainstansrättens dom av den 17 december 1991 i mål T-7/89, Hercules Chemicals mot kommissionen, REG 1991, s. II-1711, punkt 264). Det vore nämligen onaturligt att dela upp ett fortlöpande beteende, som karakteriseras av ett enda syfte, genom att behandla det som flera separata överträdelser (domen i det ovannämnda målet Hercules Chemicals mot kommissionen, punkt 263).
- 187 Den dubbla kvalificeringen kan i en sådan situation inte anses som en kvalificering som kräver att det samtidigt och kumulativt skall föreligga bevis för att var och en av de faktiska omständigheterna uppfyller förutsättningarna för både ett avtal och ett samordnat förfarande. Den dubbla kvalificeringen skall i stället anses gälla ett sammansatt förhållande som innefattar faktiska omständigheter av vilka vissa kan kvalificeras som avtal och andra som samordnat förfarande i den mening som avses i artikel 85.1 i fördraget. Det föreskrivs ingen särskild kvalificering i denna bestämmelse av detta slag av komplexa överträdelser (domen i det ovannämnda målet Hercules Chemicals mot kommissionen, punkt 264).

- 188 När artikel 85.1 i fördraget skiljer mellan begreppen samordnat förfarande, avtal mellan företag och beslut av företagssammanslutningar sker detta i syfte att låta förbuden i denna artikel omfatta en form av samordning av och samförstånd mellan företag (se domen i det ovannämnda målet ICI mot kommissionen, punkt 64). Av detta följer emellertid inte att en serie handlingar med samma konkurrensbegränsande syfte och som var och en för sig antingen omfattas av begreppet avtal, samordnat förfarande eller beslut av företagssammanslutningar inte kan utgöra olika uttryck för en och samma överträdelse av artikel 85.1 i fördraget. En serie beteenden från flera företag kan således utgöra uttryck för en enda och komplex överträdelse som omfattas dels av begreppet avtal, dels av begreppet samordnat förfarande (domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Anic Partecipazioni, punkterna 112—114).
- 189 Till skillnad från vad sökandena har påstått hade kommissionen således grund för att slå fast att det i ett dylikt fall inte är nödvändigt att kvalificera överträdelsen genom att låta den omfattas av en av två kategorier, det vill säga avtal eller samordnade förfaranden.
- 190 Av en jämförelse mellan begreppen avtal och samordnat förfarande i den mening som avses i artikel 85.1 i fördraget följer att vad avser det subjektiva rekvisitet omfattar begreppen olika former av samförstånd som är av samma art men som skiljer sig åt vad avser intensitet och de former som de kommer till uttryck i. Av detta följer att även om dessa begrepp delvis skiljer sig åt vad gäller de avgörande rekvisiten är inte begreppen inbördes oförenliga. Kommissionen är följaktligen inte skyldig att beteckna vart och ett av de beteenden som konstaterats antingen som avtal eller som samordnat förfarande, utan kan kvalificera vissa av dessa beteenden i första hand som avtal och i andra hand som samordnade förfaranden (domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Anic Partecipazioni, punkterna 131—132).
- 191 En dylik tolkning leder inte till oacceptabla följder vad gäller bevisningen. Kommissionen är fortfarande skyldig att visa att varje beteende som har konstaterats omfattas av förbudet i artikel 85.1 i fördraget i form av avtal,

samordnat förfarande eller beslut av företagssammanslutningar. De företag som anklagas för att ha deltagit i överträdelsen har vidare möjlighet att för vart och ett av dessa beteenden ifrågasätta kommissionens kvalificering eller kvalificeringar genom att göra gällande att kommissionen inte har bevisat samtliga rekvisit som utgör förutsättning för de olika formerna av påstådda överträdelser (domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Anic Partecipazioni, punkterna 134—136).

- 192 Av vad anförts följer att kommissionen inte gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning då den i artikel 1 i beslutet kvalificerade den aktuella överträdelsen som "ett system av avtal och samordnade förfaranden", utan att låta överträdelsen omfattas av endast en av de två kategorierna.

ii) Kvalificeringen av de fastställda beteendena som avtal

Parternas argument

- 193 Sökandena har gjort gällande följande. Vad gäller begreppet avtal i den mening som avses i artikel 85.1 i fördraget framgår av den i artikel 85.2 i fördraget föreskrivna nullitetsregeln att ett dylikt avtal bör innefatta ett rättsligt åtagande. Ett gentlemen's agreement omfattas därför inte av begreppet avtal. Så länge som företagen inte kommit fram till en överenskommelse sinsemellan, kan företagens beteenden endast anses utgöra försök att nå fram till ett avtal. Den som gör dylika försök kan dock enligt gemenskapens konkurrensrätt inte bötfällas.
- 194 Något avtal har inte förelegat under den aktuella tidsperioden, eftersom det var först under hösten 1994 som ett avtal träffades angående pris och kvoter.

- 195 Vad gäller kvotssystemet som enligt kommissionen skall ha införts i augusti eller september 1993 har kommissionen — angående de överenskomna målen för den tyska marknaden för år 1994 — i punkt 51 i beslutet till och med angett att ett allmänt samförstånd ”tycks” ha uppstått, vilket tyder på att något sådant samförstånd inte förelegat. I punkt 51 i beslutet anges det vidare att Tarco påstås ha haft invändningar mot kvoterna. I punkt 52 i beslutet har kommissionen dessutom angett att något sådant avtal faktiskt aldrig kommit till stånd. Oavsett om sökandena aldrig träffade ett avtal och oavsett om de någonsin samarbetade eller inte, kan de av kommissionen åberopade omständigheterna i vart fall bara kvalificeras som försök att få till stånd ett avtal.
- 196 Kommissionen gjorde en felaktig bedömning genom att i punkt 137 i beslutet anse att de ”ofullständiga, lösa och ofta fragmentariska” åtgärderna som vidtogs utanför Danmark före år 1994 i vart fall utgjorde en överträdelse av artikel 85.1 i fördraget. Ofullständiga avtal innebär nämligen att något avtal ännu inte kommit till stånd, eftersom någon gemensam partsvilja ännu inte uppstått mellan de berörda företagen. Dylika ofullständiga och fragmentariska åtgärder utgör således endast försök att få till stånd avtal, vilket inte är bötesbelagt.
- 197 Henss Rosenheim och därigenom Henss/Isoplus-koncernen följde i vart fall inte de resultat som uppnåddes vid de möten som anges i beslutet. Dessutom tog de öppet ställning mot mötesresultaten. Omständigheten att Henss Rosenheims advokat ingrep i saken och att företaget väckte talan mot ABB Isolrohr vid en skiljedomstol, kan bara tolkas på så sätt att företaget öppet tog avstånd från de resultat som uppnåtts vid mötena i den mening som avses i rättspraxis.
- 198 Svaranden har gjort gällande följande. För att ett avtal skall anses ha kommit till stånd är det enligt rättspraxis tillräckligt att de aktuella företagen gett uttryck för en gemensam vilja att agera på marknaden på ett bestämt sätt. Det är i detta avseende inte nödvändigt att det har uppstått ett rättsförhållande mellan

parterna. Prisökningen som beslutades i oktober eller i december 1991, kvotssystemet som antogs i augusti eller i september 1993 och den i maj och augusti 1994 beslutade prislistan utgör mot denna bakgrund avtal.

Förstainstansrättens bedömning

- 199 Det framgår av fast rättspraxis att det, för att det skall vara fråga om ett avtal i den mening som avses i artikel 85.1 i fördraget, är tillräckligt att de aktuella företagen har gett uttryck för sin gemensamma vilja att agera på marknaden på ett bestämt sätt (domstolens dom av den 15 juli 1970 i mål 41/69, ACF Chemiefarma mot kommissionen, REG 1970, s. 661, svensk specialutgåva, volym 1, s. 457, punkt 112, av den 29 oktober 1980 i de förenade målen 209/78—215/78 och 218/78, Van Landewyck mot kommissionen, REG 1980, s. 3125, punkt 86, och förstainstansrättens dom av den 24 oktober 1991 i mål T-1/89, Rhône-Poulenc mot kommissionen, REG 1991, s. II-867, punkt 120).
- 200 Så är fallet när det mellan flera företag finns ett gentlemen's agreement som utgör ett tydligt uttryck för en sådan gemensam vilja och som avser en konkurrensbegränsning (domen i det ovannämnda målet ACF Chemiefarma mot kommissionen, punkt 112, och av den 6 april 1995 i mål T-141/89, Tréfileurope mot kommissionen, REG 1995, s. II-791, punkt 96). Under dessa omständigheter är det irrelevant huruvida företagen anser sig vara tvungna — juridiskt, faktiskt eller moraliskt — att agera på det sätt som företagen kommit överens om (förstainstansrättens dom av den 14 maj 1998 i mål T-347/94, Mayr-Melnhof mot kommissionen, REG 1998, s. II-1751, punkt 65).
- 201 Till skillnad från vad sökandena har påstått är det inte möjligt att dra en motsatt slutsats med stöd av den i artikel 85.2 i fördraget föreskrivna nullitetsregeln. Nämda bestämmelse syftar nämligen på fall då det faktiskt är fråga om en rättslig skyldighet. Att denna sanktionsåtgärd till sin natur endast är tillämplig på bindande avtal, innebär nämligen inte att det i artikel 85.1 i fördraget föreskrivna förbudet inte är tillämpligt de avtal som inte är bindande.

- 202 Vad gäller åtgärderna utanför den danska marknaden före år 1994 har kommissionen i punkt 137 i beslutet angett att ett uttryckligt avtal åtminstone träffades om prisökningen för Tyskland per den 1 januari 1992, om prissättning och delning av projekt i Italien och om ordningen för uppdelning av marknader från augusti 1993. Vad gäller sökandenas deltagande i kartellen före oktober 1994, är det utrett att kommissionen ansåg att avtalet utgjordes för det första av prisökningen för den tyska marknaden för år 1992 som beslutades i oktober och december 1991, för det andra av fördelning av kvoter som beslutades i augusti eller september 1993 och för det tredje av prislistan som lades fast i maj och augusti 1994.
- 203 Förstainstansrätten hänvisar i detta avseende till vad som slagits fast i punkterna 137—181 ovan. I dessa punkter har det konstaterats att kommissionen mot bakgrund av insamlad bevisning på goda grunder kunde anse att Henss/Isoplus-koncernen var part dels i ett avtal som träffades senast den 10 december 1991 om en bruttoprisökning för Tyskland, dels i ett avtal om uppdelning av den tyska marknaden som träffades senast i september 1993, dels i ett avtal om prislistor som träffades vid mötena i maj eller augusti 1994.
- 204 Att Henss Rosenheim invände mot de av ABB Isolrohr påtvingade agentprisökningarna kan inte i detta avseende anses innebära att bolaget tog avstånd från de andra kartelldeltagarna. Henss Rosenheim invände nämligen bara mot de agentpriser som tillämpas inom ramen för Henss Rosenheims återförsäljning och inte mot de försäljningspriser som de berörda företagen fastställde beträffande den tyska marknaden.
- 205 Vad gäller det i augusti 1993 överenskomna avtalet om uppdelningen av den tyska marknaden saknas det grund för att påstå att kommissionen konstaterade att det inte fanns en gemensam vilja genom att i punkt 51 i beslutet slå fast att ett allmänt samförstånd beträffande kvotsystemet ”tycks” ha uppstått. Ordet ”uppstå” kan i detta sammanhang inte förstås på något annat sätt än som att det beskriver kommissionens övertygelse om att det mot bakgrund av omständigheterna i ärendet var möjligt att slå fast att ett allmänt samförstånd

beträffande kvotsystemet hade uppstått vid det aktuella tillfället. Att Tarco reserverade sig vad gäller sin del av marknaden vederlägger dessutom inte kommissionens konstaterande att ett principavtal kommit till stånd. Av ABB:s svar framgår nämligen att Tarco, under de förhandlingar som ägde rum i april och maj 1993 för att komma fram till ett prisavtal, ”vägrade att delta i något prisavtal utan att det samtidigt träffades ett parallellt avtal om kvotdelarna på marknaden” på grund av att ”Tarco inte fick några beställningar om bolaget inte konkurrerade med aggressiv prissättning”. Såsom har slagits fast i punkt 153 ovan innebar Tarcos inställning att det krävde en högre kvot än de 17 procent som ursprungligen angavs på grundval av revisionen. Detta ledde i ett senare förslag till en större marknadsandel. Det är emellertid inte möjligt att dra slutsatsen att Tarcos inställning innebar att företaget invände mot principen om en uppdelning av den tyska marknaden.

206 Till skillnad från vad sökandena har påstått kan de av kommissionen åberopade sakomständigheterna inte kvalificeras som att de endast utgör ett försök att få till stånd ett avtal. En rad möten har nämligen ägt rum då det diskuterades hur marknadsandelarna skulle fördelas, och härav följer att de ifrågavarande företagen i vart fall vid en viss tidpunkt gav uttryck för en gemensam vilja att agera på marknaden på ett visst sätt. Detta har slagits fast i punkterna 151—157 ovan, men samtidigt bör det konstateras att även om det inte ingicks något avtal om allting som förhandlades vid mötena, så fördes förhandlingarna under en viss tid under år 1993 med utgångspunkt från en gemensam vilja att begränsa konkurrensen på den tyska marknaden genom att tilldela varje aktör marknadsandelar.

207 Kommissionen har i punkt 137 i beslutet angett att ”det mycket väl kan vara så att åtgärderna... var ofullständiga, lösa och ofta fragmentariska”. Detta påstående kan dock inte vad gäller de omständigheter som av kommissionen kvalificerades som avtal tolkas så, att det ännu inte förelåg någon gemensam vilja mellan de berörda företagen att agera på marknaden på ett bestämt sätt. Samtidigt som det anges att åtgärderna ännu inte vidtagits för allt som förhandlades eller för samtliga möjliga detaljer och att dessa åtgärder var sporadiska och icke-fortlöpande, har kommissionen nämligen inte uteslutit att de berörda företagen inte kommit fram till ett avtal beträffande en eller flera frågor i syfte att begränsa konkurrensen på den berörda marknaden.

208 Sökandenas anmärkning kan således inte godtas.

iii) Begreppet samordnade förfaranden

Parternas argument

209 Vad gäller de samordnade förfarandena har sökandena gjort gällande att eftersom det inte varit fråga om en frivillig samordning av beteendena för att begränsa konkurrensen, ankommer det på kommissionen att styrka att de samordnade förfarandena faktiskt har begränsat konkurrensen. Kommissionen har emellertid själv medgett att priserna utanför den danska marknaden hela tiden sjönk mellan oktober 1990 och oktober 1994, särskilt på den tyska marknaden.

210 Svaranden har gjort gällande följande. Kommissionen grundade sig på den definition av samordnade förfaranden som lagts fast i rättspraxis. Mot denna bakgrund har kommissionen i punkt 138 i beslutet slagit fast att utbytet av sådan affärsinformation som normalt är av känslig karaktär utgör samordnade förfaranden. Att priserna i Tyskland sjönk vid det aktuella tillfället innebär inte att det i rättsligt hänseende inte förekom samordnade förfaranden; på sin höjd innebär det att det kan ifrågasättas om kartellen var framgångsrik. Kommissionen har dessutom framlagt direkt bevisning på att samförstånd förelegat mellan parterna.

Förstainstansrättens bedömning

- 211 Enligt fast rättspraxis avser begreppet samordnat förfarande en form av samordning mellan företag som, utan att ha gått så långt att ett avtal i egentlig mening slutits, ändå medvetet undviker de risker som konkurrensen innebär genom ett praktiskt samarbete (se domstolens dom av den 16 december 1975 i de förenade målen 40/73—48/73, 50/73, 54/73—56/73, 111/73, 113/73 och 114/73, Suiker Unie m.fl. mot kommissionen, REG 1975, s. 1663, punkt 26, och av den 8 juli 1999 i det ovannämnda målet Hüls mot kommissionen, punkt 158).
- 212 Av denna rättspraxis följer att kriterierna för samordning och samarbete skall förstås utifrån grundtanken i fördragets konkurrensbestämmelser, enligt vilken varje ekonomisk aktör självständigt skall bestämma vilken politik han vill tillämpa på marknaden. Även om detta krav på självständighet inte utesluter att aktörerna har rätt att rationellt anpassa sig till sina konkurrenters konstaterade eller förväntade beteende, är det emellertid helt och hållet uteslutet att det förekommer direkta eller indirekta kontakter mellan sådana aktörer som kan medföra påverkan på en faktisk eller potentiell konkurrents beteende på marknaden eller att för en sådan konkurrent avslöja det beteende man har beslutat eller som man överväger att själv tillämpa på marknaden, när dessa kontakter syftar till eller resulterar i konkurrensvillkor som inte motsvarar de normala villkoren på marknaden i fråga med beaktande av de tillhandahållna produkternas eller tjänsternas beskaffenhet, hur betydelsefulla och hur många företagen var och den nämnda marknads volym (domen i de ovannämnda förenade målen Suiker Unie m.fl. mot kommissionen, punkterna 173—174, domen av den 8 juli 1999 i det ovannämnda målet Hüls mot kommissionen, punkterna 159—160, och domen i det ovannämnda målet Rhône-Poulenc mot kommissionen, punkt 121).
- 213 Dessutom följer av ordalydelsen av artikel 85.1 i fördraget att ett samordnat förfarande förutom samordningen mellan företagen även förutsätter ett beteende på marknaden som svarar mot denna samordning och ett orsakssamband mellan dessa båda rekvisit (se domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Anic Partecipazioni, punkt 118, och i det ovannämnda målet Hüls mot kommissionen, punkt 161).

- 214 I punkt 138 andra stycket i beslutet har kommissionen angett att "[u]nder alla omständigheter omfattas det ifrågavarande beteendet av förbudet i artikel 85 såsom ett samordnat förfarande, även om begreppet 'avtal' inte kan tillämpas på leden i den förhandlingsprocess som leder fram till ett heltäckande avtal". Kommissionen har i detta avseende beskrivit strukturen på de regelbundet återkommande mötena som "ett forum... som innebar utbyte av sådan affärsinformation som normalt är av känslig karaktär och som... måste ha inneburit att en viss grad av samförstånd, ömsesidighet och villkorade eller delvisa avtal om deras handlande uppnåddes" och därvid betonat att "[d]eltagarna kunde under alla omständigheter inte ha underlåtit att direkt eller indirekt beakta den information de erhållit under dessa regelbundna möten...".
- 215 Förstainstansrätten finner i detta avseende att vad avser perioden före oktober 1994 utvisar flera handlingar att Henss/Isoplus-koncernen vid olika tillfällen under åren 1992 och 1993 deltog i ett informationsutbyte angående marknadsandelarna. Såsom slagits fast i punkterna 146, 148 och 149 ovan är detta fallet för handlingarna i bilagorna 37, 44, 49 och 53 till meddelandet om anmärkningar.
- 216 Det måste emellertid, såvida motsatsen inte bevisas vilket åvilar de berörda aktörerna att göra, antas att de företag som deltar i det samordnade förfarandet och som fortsätter att vara aktiva på marknaden tar hänsyn till de uppgifter som de har lämnat till varandra när de bestämmer sitt beteende på marknaden (domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Anic Partecipazioni, punkt 121, och av den 8 juli 1999 i det ovannämnda målet Hüls mot kommissionen, punkt 162). Detta gäller i än högre grad när samordningen har skett regelbundet under en lång period, vilket var fallet i förevarande mål (se domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Anic Partecipazioni, punkt 121, och av den 8 juli 1999 i det ovannämnda målet Hüls mot kommissionen, punkt 162).
- 217 Vidare framgår av rättspraxis att ett samordnat förfarande omfattas av artikel 85.1 i fördraget, även om konkurrensbegränsande effekter saknas på

marknaden. Det framgår för det första omedelbart av ordalydelsen av den nämnda föreskriften att samordnade förfaranden, i likhet med avtal mellan företag och beslut av företagssammanslutningar, är förbjudna om de har ett konkurrensbegränsande syfte, oberoende av vilken effekt de har. Även om begreppet samordnat förfarande förutsätter ett beteende från de deltagande företagen på marknaden innebär det dock inte nödvändigtvis att detta beteende leder till det konkreta resultatet att konkurrensen begränsas, hindras eller snedvrids (se domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Anic Partecipazioni, punkterna 122—124, och av den 8 juli 1999 i det ovannämnda målet Hüls mot kommissionen, punkterna 123—125).

- 218 Av vad anförts följer att kommissionen, då den klandrat Henss/Isoplus-koncernen för att under perioden före oktober 1994 ha deltagit i ”ett system av avtal och samordnade förfaranden”, inte gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning genom att i andra hand kvalificera ett utbyte av affärsinformation som ett samordnat förfarande.
- 219 Sökandenas anmärkning kan således inte godtas.

iv) Rättsverkningarna av deltagande i ett möte med konkurrensbegränsande syfte

Parternas argument

- 220 Sökandena har gjort gällande följande. Enligt rättspraxis kan ett företag som inte följer de resultat som möten med konkurrensbegränsande syfte kommer fram till hållas ansvarigt för att ha överträtt konkurrensreglerna på den grunden att företaget inte offentligt tagit avstånd från vad som diskuterades vid mötena.

Denna rättspraxis skall tolkas restriktivt mot bakgrund av förstainstansrättens dom av den 1 april 1993 i mål T-65/89, BPB Industries och British Gypsum mot kommissionen (REG 1993, s. II-389; svensk specialutgåva, volym 14, s. 1), och domstolens dom av den 6 april 1995 i mål C-310/93 P, BPB Industries och British Gypsum mot kommissionen (REG 1995, s. I-865). I dessa domar angavs att kommissionen med rätta inte ville röja vissa skrivelser som fanns i akten och som skickats från kunder till företaget med dominerande ställning.

- 221 När det är fråga om karteller i vilka företag med dominerande eller i vart fall förhärskande ekonomisk ställning på marknaden deltar, innebär den omständigheten att andra ekonomiskt svagare företag inte offentligt tar avstånd från det konkurrensbegränsande resultatet från mötet inte att dessa företag trots allt i konkurrensrättsligt hänseende skall hållas ansvariga för mötesresultatet. För mindre företag är det nämligen ofta lättare att hålla tyst under möten som sammankallats av det dominerande företaget på marknaden, för att sedan avstå från att agera på det sätt som det beslutades om.
- 222 Svaranden har gjort gällande följande. Den rättsliga bedömningen av en kartell påverkas inte av huruvida ett företag deltar i kartellen på frivillig basis eller om det tvingats till att delta. Företaget kan nämligen alltid anmäla kartellen. De ovan åberopade domarna grundas vidare på idén att kommissionen själv i görligaste mån skall undvika att ge upphov till överträdelser av konkurrensreglerna. Domarna innebär inte någon ändring av gällande rättspraxis att ett företag — som inte följer de resultat som möten med konkurrensbegränsande syfte kommer fram till — kan hållas ansvarigt på den grunden att företaget inte offentligt tagit avstånd från vad som diskuterades vid mötena.

Förstainstansrättens bedömning

- 223 I punkt 137 ovan har det slagits fast att ett företag som, om än på ett passivt sätt, deltar i möten med konkurrensbegränsande syften, och som inte offentligt tar

avstånd från vad som diskuteras vid mötena och som därigenom låter övriga mötesdeltagare förstå att det samtycker till de resultat som mötena leder fram till och att det kommer att följa dessa resultat, kan anses ha deltagit i den konkurrensbegränsande samverkan som följer av dessa möten.

224 I motsats till vad som har påståtts av sökandena, är det i detta avseende inte relevant huruvida ifrågavarande företag håller möte med företag med dominerande eller i vart fall betydande ställning på marknaden.

225 Den av sökandena åberopade rättspraxisen avser kommissionens skyldigheter inom ramen för ett administrativt förfarande enligt konkurrensrätten att iakttä den sekretess som råder beträffande vissa handlingar i den administrativa akten. Mot denna bakgrund har det slagits fast att kommissionen på grund av sekretessskäl får vägra att lämna ut viss korrespondens med utomstående företag till företag som anklagats för att ha missbrukat sin dominerande ställning. Ett företag med dominerande ställning på marknaden och mot vilket ett meddelande om anmärkningar riktats, kan nämligen komma att vidta hämndåtgärder mot konkurrerande företag, leverantörer eller kunder som samarbetat med kommissionen under dennas undersökning (dom av den 1 april 1993 i det ovannämnda målet BPB Industries och British Gypsum mot kommissionen, punkt 33, som efter överklagande faststälts genom dom av den 6 april 1995 i det ovannämnda målet BPB Industries och British Gypsum mot kommissionen, punkterna 26 och 27). Mot bakgrund av att denna rättspraxis avser en helt annan frågeställning, nämligen kommissionens skyldighet att bereda tillgång till handlingarna i akten, är den inte relevant för frågan huruvida företag som deltagit i möten med konkurrensbegränsande syfte skall hållas ansvariga för de resultat som mötena leder fram till.

226 Ett företag som deltar i möten med konkurrensbegränsande syften, även efter påtryckningar från företag med större ekonomiska resurser, har alltid en

möjlighet att, i stället för att fortsätta att delta i mötena, inge ett klagomål till kommissionen angående mötena (se punkt 178 ovan).

- 227 Härav följer att kommissionen inte gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning då den grundade sig på en tolkning av artikel 85.1 i fördraget, enligt vilken ett företag som deltar i möten med konkurrensbegränsande syften, och som inte offentligt tar avstånd från vad som diskuteras vid mötena, kan anses ha deltagit i den konkurrensbegränsande samverkan som följer av dessa möten.

v) Bevisbördan beträffande deltagandet i en övergripande konkurrensbegränsande samverkan

Parternas argument

- 228 Sökandena har bestritt kommissionens påstående i punkt 134 i beslutet att "[v]ad gäller både bevisning och materiell rätt är det vidare för att ett avtal skall föreligga inte nödvändigt att varje påstådd deltagare deltog i, uttryckligen godkände eller ens var medveten om varje enskild aspekt eller yttring av kartellen genom sin anslutning till den gemensamma ordningen". Det saknas stöd för en dylik rättslig bedömning i rättspraxis, och framför allt står en sådan bedömning i strid med artikel 6.2 i Europakonventionen och med den allmänna rättsprincipen om individuellt ansvar. Slutligen skulle en dylik bedömning innebära att en annan person får bevisbördan än vad som normalt är fallet.
- 229 Sökandena har i detta avseende noterat att ett företag kan hållas ansvarigt för en övergripande konkurrensbegränsande samverkan även om det visas att företaget har deltagit direkt endast i ett eller flera av de moment som utgör samverkan, om

företaget kände till eller tveklöst borde ha känt till dels att det samförstånd i vilket det deltog ingick i en global plan, dels att denna globala plan omfattade samtliga de moment som tillsammans utgör den konkurrensbegränsande samverkan (förstainstansrättens dom av den 14 maj 1998 i mål T-310/94, Gruber+Weber mot kommissionen, REG 1998, s. II-1043, punkt 140). Denna rättspraxis avser visserligen i huvudsak avtal i den mening som avses i artikel 85.1 i fördraget och kan således inte direkt tillämpas på samordnade förfaranden i den mening som avses i nämnda bestämmelse, men nämnda rättspraxis innebär ändå att det i kommissionens beslut klart och tydligt bör anges vilken form av avtal det är fråga om och vad det berörda företaget kände till eller nödvändigtvis borde ha känt till. Ett företag kan i synnerhet inte hållas ansvarigt för att ha deltagit i en övergripande konkurrensbegränsande samverkan under en period före den då det deltog i överträdelsen, inte heller beträffande en marknad på vilken företaget aldrig bedrivit någon verksamhet.

- 230 Svaranden har gjort gällande följande. Punkt 134 i beslutet avser i vilken mån den konkurrensbegränsande samverkan kan anses utgöra en enda samverkan, inte i vilken mån vart och ett av de berörda företagen skall hållas ansvarigt. I beslutet har det på ett klart och tydligt sätt visats att det gjorts en åtskillnad mellan å ena sidan huruvida det är fråga om en enda fortlöpande överträdelse och å andra sidan i vilken mån vart och ett av de berörda företagen skall hållas ansvarigt för överträdelsen.

Förstainstansrättens bedömning

- 231 Ett företag kan enligt rättspraxis anses ansvarigt för en övergripande konkurrensbegränsande samverkan, även om det visas att det har deltagit direkt endast i ett eller flera av de moment som tillsammans utgör samverkan, om företaget kände till eller tveklöst borde ha känt till dels att det samförstånd i vilket det deltog ingick i en global plan, dels att denna globala plan omfattade samtliga de moment

som tillsammans utgör den konkurrensbegränsande samverkan (se förstainstansrättens dom av den 14 maj 1998 i mål T-295/94, Buchmann mot kommissionen, REG 1998, s. II-813, punkt 121, och i det ovannämnda målet Gruber+Weber mot kommissionen, punkt 140). Ett företag som har deltagit i en enda och komplex överträdelse genom egna beteenden och som syftar till förverkligandet av överträdelsen i dess helhet, kan även vara ansvarigt för beteenden som genomförts av andra företag inom ramen för samma överträdelse för hela den period som det deltagit i den nämnda överträdelsen. Så är fallet när det är styrkt att det ifrågavarande företaget kände till de övriga deltagarnas överträdelser eller rimligen kunde förutse dem och var berett att acceptera den risk som detta innebar. En sådan slutsats strider inte mot principen om att ansvaret för sådana överträdelser måste vara personligt och leder inte till att man bortser från kravet på att individuellt ta ställning till bevisningen för anklagelsen, på ett sätt som strider mot bevisbörderegler eller som åsidosätter de berörda företagens rätt till försvar (dom i det ovannämnda målet kommissionen mot Anic Partecipazioni, punkt 203).

- 232 Sökandena anser att det följer av punkt 134 sjätte stycket i beslutet att kommissionen åsidosatt de principer som följer av nämnda rättspraxis.
- 233 Förstainstansrätten finner emellertid att detta argument grundas på en felaktig tolkning av punkt 134 i beslutet.
- 234 Det avsedda textavsnittet återfinns under rubriken "Avtal och samordnade förfaranden". Under denna rubrik har kommissionen först redovisat sin tolkning av begreppen avtal och samordnade förfaranden (punkterna 129—130 i beslutet) och därefter skälen till varför den ansåg att det var fråga om en enda och fortlöpande överträdelse och att det saknades anledning att kvalificera överträdelsen genom att låta den ingå i någon av de två kategorierna avtal eller samordnat förfarande (punkterna 131—133 i beslutet). I punkt 134 i beslutet har

kommissionen därefter angett att det är möjligt att någon överenskommelse inte träffats beträffande samtliga inslag i den konkurrensbegränsande samverkan, att formella avtal kanske inte ingåtts beträffande alla frågor och att deltagarna mer eller mindre varit inblandade i kartellen. Det har i samma punkt angetts att inte något av dessa inslag hindrar att förfarandet utgör ett avtal eller samordnat förfarande i den mening som avses i artikel 85.1 i fördraget när parterna har en enda gemensam och fortlöpande målsättning. Efter det aktuella textavsnittet anges det vidare att medlemmar kan ansluta sig till eller lämna kartellen, utan att kartellen måste behandlas som ett nytt avtal med varje förändring i deltagande.

- 235 Av vad anförts följer att det av sökandena angripna textavsnittet inte kan förstås på något annat sätt än som en redogörelse för de villkor enligt vilka en konkurrensbegränsande samverkan enligt kommissionen kan anses som en enda och fortlöpande överträdelse, utan att kommissionen uttalar sig om frågan huruvida företagen som deltagit i överträdelse skall hållas ansvariga för det.
- 236 En dylik tolkning bekräftas för övrigt av vad som anges i punkt 148 b i beslutet. I denna punkt anges nämligen uttryckligen att "[d]et [inte] görs... gällande att var och en av de företag som detta beslut riktar sig till deltog i varje aspekt av de angivna konkurrensbegränsande förfarandena eller att de deltog under hela den tid som överträdelsen pågick" samt att "[d]etta beslut innehåller en fullständig redogörelse för varje deltagares roll och omfattningen av deras inblandning".
- 237 Vad gäller Henss/Isoplus-koncernens deltagande i den påstådda överträdelsen, finner förstainstansrätten vidare att sökandena inte därvidlag preciserat i vilken mån kommissionen hållit dem ansvariga för att ha deltagit i en övergripande kartell för en period före det att de deltog i överträdelsen eller på en marknad där

de aldrig bedrivit någon verksamhet. Ovan har det slagits fast att kommissionen på goda grunder klandrat Henss/Isoplus-koncernen för att ha deltagit i överträdelsen från och med oktober 1991 samt att koncernen hållits ansvarig för perioden före oktober 1994 endast på grund av att den deltagit i den kartell som förelåg mellan de danska tillverkarna beträffande den tyska marknaden.

238 Sökandenas anmärkning kan således inte godtas.

vi) Det personliga ansvaret för de bolag som ansetts ingå i Henss/Isoplus-koncernen

Parternas argument

239 Sökandena har bestritt kommissionens påstående att kommissionen inte måste styrka att vart och ett av företagen i Henss/Isoplus-koncernen varit inblandade vad gäller deras beteende på marknaden före oktober 1994. Eftersom någon Henss/Isoplus-koncern aldrig har existerat, skall sökandena i rättsligt hänseende anses vara oberoende av varandra. Det har emellertid i beslutet inte redogjorts för varför var och en av sökandena har hållits ansvarig för att ha deltagit i en olaglig kartell. Kommissionen har vidare inte varit tydlig i sitt användande av benämningen "Henss", eftersom det inte är möjligt att veta om "Henss" syftar på Dr Henss personligen, Henss/Isoplus-koncernen, eller ett Henss-bolag, exempelvis Henss Rosenheim och Henss Berlin.

- 240 Sökandena har gjort gällande att Isoplus Hohenberg är ett bolag bildat enligt österrikisk rätt, att Österrike blev medlem i Europeiska gemenskapen först den 1 januari 1995 och att de i artikel 53 i EES-avtalet föreskrivna konkurrensreglerna blev tillämpliga först den 1 juli 1994. Även om frågeställningen kring konkurrensrättens territorialitetsprincip beaktats, har det i beslutet inte redovisats några sakomständigheter beträffande Isoplus Hohenbergs ansvar enligt artikel 85 i fördraget eller artikel 53 i EES-avtalet för att ha deltagit i ett konkurrensbegränsande beteende före oktober 1994.
- 241 Svaranden har gjort gällande följande. De fyra driftsbolagen presenterades som en enhet som företrädde av Dr Henss. Deras deltagande svarade mot ett uppenbart intresse, eftersom de fyra bolagen bedrev verksamhet på den tyska marknaden där priserna fortfarande var relativt låga. Talan kan därför inte heller vinna bifall på den grunden att kommissionen inte styrkt att Isoplus Hohenberg deltagit i kartellen, då bolaget har sitt säte i Österrike.

Förstainstansrättens bedömning

- 242 I punkterna 54—66 ovan har det slagits fast att det var på goda grunder som kommissionen kommit fram till att Henss-bolagen och Isoplus-bolagen deltog i den konkurrensbegränsande samverkan såsom en enda ekonomisk enhet, i beslutet kallad "Henss/Isoplus-koncernen" eller "Henss/Isoplus". Det var därför inte alltid relevant att i beslutet särskilt ange om "Henss" avsåg ett Henss-bolag eller ett bolag i Henss/Isoplus-koncernen. När det i beslutet hänvisas till Dr Henss var det likaledes i dennes egenskap av företrädare för samtliga Henss-bolag och Isoplus-bolag, vilka han kontrollerade och företrädde inom den konkurrensbegränsande samverkan.

- 243 Vad gäller perioden före år 1994 finner förstainstansrätten att även om Dr Henss eventuellt under direktörsklubbens möten agerade för Henss Rosenheim och Henss Berlin inom ramen för bolagens återförsäljaravtal på den tyska marknaden, så bevakade han samtidigt de ovannämnda två bolagens egna intressen jämte Isoplus Hohenbergs och Isoplus Sondershausens egna intressen. Såsom slagits fast i punkt 60 ovan framgår av de andra deltagarnas anteckningar att samtliga Henss-bolag och Isoplus-bolag inför diskussionerna om uppdelningen av den tyska marknaden hade samlats under en enhet kallad "Isoplus" eller "Isoplus/Henss".
- 244 Kommissionen har således styrkt att vart och ett av Henss-bolagen och Isoplus-bolagen ingick i Henss/Isoplus-koncernen, varför vart och ett av dem kunde hållas ansvarigt för koncernens överträdelse.
- 245 Isoplus Hohenberg ingick redan före år 1994 i Henss/Isoplus-koncernen. Eftersom kommissionen höll Isoplus Hohenberg ansvarigt för Henss/Isoplus-koncernens överträdelse i form av en kartell som för koncernen täckte hela den tyska marknaden, saknas grund att påstå att kommissionen hållit bolaget ansvarigt för verksamhet som av geografiska skäl inte omfattas av det territoriella tillämpningsområdet för artikel 85 i fördraget.
- 246 Sökandenas anmärkning kan således inte godtas.

247
till
286 ...

B — *Den andra grunden: Åsidosättande av rätten till försvar*287
till
322 ...

3. Huruvida kommissionen har åsidosatt rätten att yttra sig vad gäller översättningen av vissa handlingar

Parternas argument

- 323 Sökandena har gjort gällande följande. Deras rätt att yttra sig har åsidosatts, eftersom kommissionen inte lät sökandena ta del av samtliga handlingar på tyska. Sökandena erhöll inte översättningen av vissa handlingar som fogats till meddelandet om anmärkningar, till tilläggsmeddelandet och till de andra företagens svar på kommissionens begäran om upplysningar.
- 324 De uttalanden som domstolen gjort i domen av den 24 november 1998 i mål C-274/96, Bickel och Franz (REG 1998, s. I-7637), angående rätten för unionens medborgare att kräva att deras modersmål används i brottmål när de är tilltalade, skall även vara tillämpliga i ett förfarande inför kommissionen enligt förordning nr 17. Ett sådant förfarande bör nämligen kvalificeras som ett brottmål i den mening som avses i artiklarna 5 och 6 i Europakonventionen. Förfarandet inför kommissionen regleras av den allmänna principen om jämlikhet i medel. Enligt denna princip skall både meddelandet om anmärkningar, beslutet och samtliga bilagor till dessa handlingar avfattas på det officiella språk som talas där det berörda företaget har sitt säte eller på det rättegångsspråk som valts av företaget. I vart fall bör det föreligga en skyldighet att översätta de handlingar som bilagts skrivelser från andra företag och från klaganden, eftersom kommissionen själv är skyldig att översätta dessa handlingar till de olika officiella språken inom gemenskapen.

- 325 Svaranden har gjort gällande följande. Handlingar i förfarandet i den mening som avses i förordning nr 17, nämligen meddelandet om anmärkningar och beslutet, har skickats till de berörda parterna på tyska i enlighet med artikel 3 i rådets förordning nr 1 av den 15 april 1958 om vilka språk som skall användas inom Europeiska ekonomiska gemenskapen (EGT 17, 1958, s. 385; svensk specialutgåva, område 1, volym 1, s. 16). De handlingar som inte kommer från kommissionen och som skall användas som information och för sökandenas försvar, skall däremot tillställas berörda parter i original. Det saknas därför rättslig grund för sökandenas påstående att kommissionen borde översätta dessa handlingar till de olika officiella språken inom gemenskapen.

Förstainstansrättens bedömning

- 326 Sökandena har gjort gällande att de borde ha erhållit inte bara en översättning av de handlingar som återfinns i bilagan till meddelandet om anmärkningar, utan även av bilagorna till de andra företagens svar på kommissionens begäran om upplysningar.
- 327 Enligt fast rättspraxis utgör bilagorna till meddelandet om anmärkningar som inte härrör från kommissionen inte "skriftliga handlingar" i den mening som avses i artikel 3 i förordning nr 1, utan skall anses utgöra bevismaterial på vilka kommissionen grundar sin bedömning, och de skall följaktligen komma till mottagarens kännedom i det skick de befinner sig, så att mottagaren kan ta del av den tolkning kommissionen har gjort av dessa och på vilken denna har grundat såväl sitt meddelande om anmärkningar som sitt beslut (förstainstansrättens dom av den 6 april 1995 i mål T-148/89, Tréfilunion mot kommissionen, REG 1995, s. II-1063, punkt 21, och av den 14 maj 1998 i mål T-338/94, Finnboard mot kommissionen, REG 1998, s. II-1617, punkt 53). Genom att skicka bilagorna på originalspråket har kommissionen således inte åsidosatt de berörda företagens rätt att yttra sig.

- 328 Vidare finns i själva meddelandet om anmärkningar, vilket tillställts sökandena på tyska, relevanta utdrag på tyska ur bilagorna. Denna framställning har således gjort det möjligt för sökandena att exakt få veta på vilka fakta och på vilket rättsligt resonemang kommissionen har grundat sig. Sökandena har således effektivt kunnat försvara sina rättigheter (se även domen i det ovannämnda målet Tréfilunion mot kommissionen, punkt 21).
- 329 Samma sak gäller de handlingar som återfinns som bilagor till de andra företagens svar på kommissionens begäran om upplysningar. Det finns inte någon gemenskapsrättslig bestämmelse som uppställer som krav att kommissionen skall tillhandahålla översättningar av sådana dokument som inte upprättats av kommissionen. Eftersom dessa handlingar syftar till att ge de berörda företagen information och till att de skall kunna försvara sig, skall handlingarna dessutom överlämnas till företagen i det skick de befinner sig så att de själva kan ta del av den tolkning kommissionen har gjort av dessa och på vilken denna har grundat sitt beslut.
- 330 Därigenom har inte principen om jämlikhet i medel åsidosatts. Såsom även gjorts gällande av kommissionen är det nämligen originalhandlingarna som är det enda relevanta bevismedlet både för kommissionen och för de berörda företagen.
- 331 Det saknas fog för sökandena att tolka domen i det ovannämnda målet Bickel och Franz på annat sätt än vad som nyss angetts. I denna dom har domstolen nämligen uttalat sig för en icke-diskriminerande tillämpning av språkregler enligt vilken en tiltalad har rätt att kräva att rättegångsspråket i brottmålsförandet är dennes modersmål. Frågan huruvida skriftlig bevisning skall översättas till rättegångsspråket för att på så sätt iaktta rätten till försvar, har emellertid inte varit föremål för domstolens prövning i nämnda dom.

- 332 Anmärkningen att rätten att yttra sig har åsidosatts genom att vissa handlingar inte har översatts kan således inte godtas.

4. Huruvida kommissionen har åsidosatt rätten att yttra sig vad gäller tidsfrister för att inge yttranden

Parternas argument

- 333 Sökandena har gjort gällande följande. Kommissionen har åsidosatt sökandenas rätt till försvar genom att inte bevilja dem skälig tidsfrist för att yttra sig beträffande hela akten.
- 334 Efter meddelandet om anmärkningar skickade kommissionen genom skrivelse av den 22 maj 1997 flera andra handlingar med bilagor som inte hade översatts till tyska, samtidigt som de till vilka meddelandet om anmärkningar riktats anmodades att yttra sig senast den 30 juni 1997. Kommissionen underlät att svara på sökandenas begäran om anstånd, varför yttrandet över meddelandet om anmärkningar gavs in inom föreskriven tidsfrist. Vidare erhöll sökandena, genom kommissionens skrivelse av den 19 september 1997, de andra företagens svar på meddelandet om anmärkningar jämte bilagor. Dessa handlingar innefattade material som inte hade översatts till tyska. Kommissionen anmodade genom nämnda skrivelse berörda företag att yttra sig senast den 10 oktober 1997. Sökandena erhöll fler skrivelser från kommissionen daterade den 24 september och den 9 oktober 1997, vilka innehöll skrivelser som inte heller de var översatta till tyska. Sökandena ingav sina yttranden den 12 och den 17 november 1997 och

invände därvidlag mot kommissionens sätt att handlägga ärendet. Trots sökandenas invändningar vid förhöret den 24 och den 25 november 1997, godtog förhørsombudet samtliga tillställda bevis. Vidare fick sökandena inte kännedom om de andra företagens sista skriftliga yttranden.

- 335 För det fall förstainstansrätten godtar kommissionens inställning att bilagorna till meddelandet om anmärkningar jämte tilläggsanmärkningar inte skall delges på det språk som talas på den ort där företaget har sitt säte, måste flera handlingar på främmande språk först översättas till — i sökandens fall — tyska, vilket tar en viss tid.
- 336 Kommissionen har påstått att sökandena ändå kunnat yttra sig även över senare tillställda handlingar. Vad gäller detta påstående har sökandena gjort gällande att de för att tillvarata sina intressen tvingats att inom kort tidsfrist ge in kortfattade yttranden som inte utformats med den omsorg och noggrannhet som de önskat. I varje yttrande har de dock uttryckt sitt missnöje med de alltför korta tidsfristerna.
- 337 Slutligen visade kommissionstjänstemannen, vid förhöret, apportavtalet av den 15 januari 1997 för Isoplus Hohenbergs och Isoplus Sondershausens ombud. Bolagens ombud kände vid tillfället inte till att något sådant avtal fanns, och kommissionstjänstemannen bad ombudet att förklara vissa omständigheter beträffande avtalet. Sökandena invände mot förhørsombudets beslut att godta apportavtalet som bevismedel på den grunden att sökandena inte getts någon tidsfrist för att yttra sig.
- 338 Svaranden har gjort gällande följande. De tidsfrister som beviljats har varit skäliga. Skrivelsen av den 22 maj 1997 åtföljdes endast av ett mycket begränsat antal handlingar och det var fullt möjligt för sökandena att yttra sig över

handlingarna inom föreskriven tidsfrist. Samma sak gäller även yttranden över de handlingar som inte använts av kommissionen och som företagen utväxlat sinsemellan. I den mån andra företag yttrat sig över de av kommissionen tillställda handlingarna, hade kommissionen inte någon skyldighet att låta sökandena ta del av dessa yttranden, eftersom kommissionen inte grundade sitt beslut på dessa yttranden.

- 339 Sökandena har vidare vitsordat att de gett in sina yttranden inom föreskriven tidsfrist. Sökandena har förfogat över tillräckligt med tid för att svara på meddelandet om anmärkningar och för att granska kommissionens skrivelser av den 19 september, den 24 september och den 9 oktober 1997 samt däri angivna handlingar. Under det administrativa förfarandet, som avslutades först i och med förhöret, insisterade inte sökandena längre på att få yttra sig skriftligen och därmed tillhandahålla andra förklaringar. Förhöret flyttades för övrigt från den 21 och den 22 oktober 1997 till den 24 och den 25 november 1997, varför sökandena haft tillräckligt med tid för att ge in ett skriftligt svar.
- 340 Det saknas grund för sökandena att påstå att de inte på ett lämpligt sätt beretts tillfälle att yttra sig över apportavtalet av den 15 januari 1997. I beslutet har apportavtalet endast använts som bevis på att sökandena utgjorde en koncern under ledning av Dr Henss. Kommissionen frågade uttryckligen driftsbolagen angående denna punkt under det skriftliga förfarandet, och de förnekade därvidlag att det fanns någon koncern och särskilt att Dr Henss innehade några andelar i Isoplus Hohenberg och Isoplus Sondershausen. Det hade varit enkelt att under förhöret svara på frågan huruvida Dr Henss kontrollerade bolagen, och särskilt på frågan huruvida apportavtalet var relevant i det avseendet.
- 341 I den mån apportavtalet avhandlats i skrivelserna av den 8 och den 9 december 1997 har sökandena endast klandrat kommissionen för att ha röjt förekomsten av avtalet under förhöret, utan att yttra sig beträffande frågeställ-

ningen om Dr Henss kontroll. Även om förfarandet inte hade gett sökandena tillfälle att på ett riktigt sätt och i vederbörlig ordning yttra sig över denna fråga, har deras rätt till försvar trots detta iakttagits.

Förstainstansrättens bedömning

- 342 Sökandena har gjort gällande att de inte fått tillräckligt lång tidsfrist för att yttra sig. Denna anmärkning avser för det första de handlingar som kommissionen skickade ut före det att föreskriven tidsfrist för att yttra sig över meddelandet om anmärkningar gick ut. För det andra avses de handlingar som kommissionen skickade ut därefter, och beträffande vilka kommissionen anmodade berörda företag att yttra sig före den 10 oktober 1997. Anmärkningen avser för det tredje apportavtalet som presenterades under förhöret utan att parterna i förväg hade beretts tillfälle att förbereda sina ställningstaganden.
- 343 Vad för det första gäller de handlingar som skickades den 22 maj 1997 tillsammans med en skrivelse från kommissionen gör förstainstansrätten följande bedömning. Det är fråga om handlingar som enligt skrivelsen i viss mån skulle kunna vara relevanta för de omständigheter som anges i meddelandet om anmärkningar av den 20 mars 1997. Kommissionen hade föreskrivit att tidsfristen skulle uppgå till fjorton veckor, det vill säga till och med den 1 juli 1997, för att inge yttranden över meddelandet om anmärkningar. Eftersom sökandena tog emot skrivelsen den 22 maj 1997, hade de mot denna bakgrund mer än en månad på sig för att upprätta sitt yttrande och därvid beakta de handlingar som tillkommit.
- 344 I artikel 11.1 i förordning nr 99/63, vars syfte är att garantera mottagarna av meddelandet om anmärkningar en tillräcklig frist för att de effektivt skall kunna utöva sin rätt till försvar, föreskrivs att kommissionen, när den fastställer

fristen — som skall omfatta minst två veckor — skall beakta vilken tid som behövs för att förbereda yttranden och huruvida ärendet är av brådskande natur. Hur lång tid som skall anslås skall emellertid i praktiken bedömas mot bakgrund av vilka svårigheter som föreligger i det aktuella fallet. Gemenskapsdomstolen har således i vissa mål — som ändå varit mycket omfattande — ansett att en tidsfrist om två månader är tillräckligt lång för att parterna skall kunna yttra sig beträffande meddelandet om anmärkningar (domstolens dom av den 14 februari 1978 i mål 27/76, *United Brands mot kommissionen*, REG 1978, s. 207, punkterna 272 och 273, svensk specialutgåva, volym 4, s. 9, och domen i det ovannämnda målet *Suiker Unie m.fl. mot kommissionen*, punkterna 94—99).

345 En tidsfrist på mer än en månad var således tillräckligt lång för att sökandena skulle kunna yttra sig över de handlingar som skickades den 22 maj 1997. Det rörde sig nämligen om ett begränsat antal handlingar (bilagorna X1—X9), och relevansen av handlingarna förklarades dessutom i följebrevet. Vad gäller Powerpipes klagomål som tillsammans med bilagor även det fogades till skrivelsen av den 22 maj 1997, angavs dessutom de för sökanden mest betungande delarna i meddelandet om anmärkningar.

346 Vad för det andra gäller de handlingar som skickades därefter, gör förstainstansrätten följande bedömning. Sökandena hade en skälig tidsfrist fram till och med dagen då förhöret ägde rum. I skrivelsen av den 19 september 1997 som åtföljdes av de andra företagens svar på meddelandet om anmärkningar, angav kommissionen nämligen att om företagen hade för avsikt att yttra sig över svaren skulle så ske före den 10 oktober 1997 och att de i vart fall skulle beredas tillfälle att yttra sig vid förhöret. När kommissionen däremot genom skrivelsen av den 24 september 1997 skickade de handlingar som påträffats i Dansk Rørindustri lokaler för att därigenom låta berörda företag få tillgång till samtliga handlingar i ärendet, angav kommissionen inte att de fick yttra sig, och därigenom föreskrev inte heller kommissionen någon tidsfrist. Inte heller i skrivelsen av den 9 oktober 1997, som åtföljdes av en rad handlingar som kompletterade meddelandet om anmärkningar (nr 1—28) och av Løgstørs, Powerpipes och DSD:s svar på begäran om upplysningar, bereddes de berörda företagen tillfälle att yttra sig.

- 347 Mot bakgrund av att sökandena har haft möjlighet att yttra sig över kommissionens handlingar den 19 och den 24 september och den 9 oktober 1997 och allra senast den 24 och den 25 november 1997 då förhöret ägde rum, har sökandena under alla omständigheter haft mellan fem veckor och två månader på sig för att yttra sig över dessa handlingar. Med beaktande av omständigheterna i förevarande mål finner förstainstansrätten att en sådan tidsfrist har varit tillräcklig för sökandena att utöva sin rätt till försvar.
- 348 Vad gäller de handlingar som kommissionen skickade den 9 oktober 1997, angavs det på ett klart och tydligt sätt i den bilagda förteckningen i vilken mån samtliga handlingar var relevanta i förhållande till meddelandet om anmärkningar. Vidare hade flertalet av de handlingar som kompletterade meddelandet om anmärkningar utväxlats mellan företagen, vilket också angavs i följbrevet.
- 349 Vidare kan sökandena inte vinna framgång med argumentet att de då de erhöll handlingarna av den 19 september, den 24 september och den 9 oktober 1997 ännu inte kände till att de hade fram till den 24 och den 25 november på sig för att upprätta sina yttranden. Även om sökandena upprättade sina yttranden över dessa handlingar med antagande av att de hade en kortare tidsfrist än de faktiskt hade, fick de till slut en tillräckligt lång tidsfrist för att revidera och komplettera yttrandena. För övrigt har Isoplus Hohenberg och Isoplus Sondershausen använt sig av den möjligheten genom att de kompletterade sina yttranden av den 14 oktober 1997 med tilläggyttranden av den 12 november 1997.
- 350 För det tredje finner förstainstansrätten att sökandena inte kan vinna framgång med sitt argument att de inte i vederbörlig ordning bereddes tillfälle att yttra sig över rapporttalet av den 15 januari 1997, som kommissionen lade fram vid förhöret.

- 351 Av förhørsprotokollet och av punkterna 159—160 i beslutet framgår nämligen att kommissionen åberopade apportavtalet vid förhöret med Isoplus Hohenberg och Isoplus Sondershausen. Apportavtalet åberopades till styrkande av att Dr Henss innehade andelar i Isoplus Hohenberg och Isoplus stille Gesellschaft samt av att det fanns ett moderbolag, HFB KG, till vilket makarna Henss och Papsdorf överlätit sina andelar i Isoplus Rosenheim, Isoplus Sondershausen, Isoplus Hohenberg och Isoplus stille Gesellschaft.
- 352 Även om sökandena inte beretts tillfälle att yttra sig över apportavtalet före det att kommissionen lade fram det vid förhöret, hade de redan under det administrativa förfarandet haft tillfälle att yttra sig över de slutsatser som kommissionen gjort med beaktande av omständigheterna i akten. I meddelandet om anmärkningar angav kommissionen nämligen redan innan den påträffat apportavtalet att det föreföll som om Isoplus Hohenberg kontrollerades av Dr Henss, men att vederbörande inte fanns registrerad i det lokala handelsregistret som bolagsman. I samma meddelande angavs vidare att det inte fanns något holdingbolag som kunde anses vara företrädare för Isoplus-koncernen. Av meddelandet om anmärkningar kunde sökandena således dra slutsatsen att kommissionen borde vara intresserad av bildandet av HFB KG och apporten av andelar till nämnda bolag. Detta styrkte nämligen kommissionens uppfattning att Henss-bolagen och Isoplus-bolagen tillhörde en och samma koncern. Vidare kunde sökandena av nämnda meddelande dra slutsatsen att kommissionen ännu inte kände till dessa omständigheter. Trots detta lämnade Isoplus Hohenberg och Isoplus Sondershausen i yttrandena av den 30 juni 1997 över meddelandet om anmärkningar oriktiga uppgifter i denna del, särskilt vad gäller Dr Henss andelsägande i Isoplus Hohenberg.
- 353 I vart fall har sökandena genom skrivelser av den 8 och den 9 december 1997 och den 13 februari 1998, således efter förhöret, inkommit med yttranden beträffande apportavtalet och omständigheterna kring hur det gick till då det lades fram. Av vad anförts följer att kommissionen inte hindrat sökandena att i vederbörlig ordning yttra sig över ifrågavarande handling.

- 354 Sökandena har således haft tillräckligt lång tid för att inkomma med yttranden beträffande av kommissionen åberopade sakomständigheter, anmärkningar och fakta.
- 355 Anmärkningen avseende tidsfristen att inkomma med yttranden kan således inte godtas.

5. Huruvida kommissionen har underlåtit att iaktta sekretessen för yrkes- och affärsrelaterade upplysningar

Parternas argument

- 356 Sökandena har gjort gällande följande. Kommissionen och förhørsombudet garanterade inte iakttagandet av sekretessen för yrkes- och affärsrelaterade upplysningar i den mening som avses i artikel 20 i förordning nr 17. Bland sådana upplysningar återfinns bland annat detaljer om förhållandena mellan de berörda bolagen och vilka ekonomiska och juridiska orsaker som låg bakom nämnda bolagsförhållanden.
- 357 Under förhöret beredde inte förhørsombudet sökandena möjlighet att konfidentiellt förklara de rättsliga sambanden mellan å ena sidan Isoplus Hohenberg och Isoplus Sondershausen och å andra sidan Isoplus Rosenheim (vid det aktuella tillfället Henss Rosenheim och Henss Berlin). Apportavtalet av den 15 januari 1997 däremot lades fram i närvaro av samtliga bolag som beslutet riktades till och av klaganden. Mot bakgrund av att sekretessen inte iakttogs var både ombuden för Isoplus Hohenberg och Isoplus Sondershausen, och särskilt för Dr Henss i dennes egenskap av direktör för Isoplus Rosenheim, tvungna att hålla tyst om vissa detaljer i detta avseende. Ombuden för Isoplus Hohenberg och Isoplus Sondershausen samt för Isoplus Rosenheim har för övrigt genom skrivelser av den 8 och den 9 december 1997 gjort invändningar mot att sekretessen inte iakttogs.

- 358 Kommissionen har fått tillgång till apportavtalet av den 15 januari 1997 på ett olagligt sätt och dessutom på grund av misstag som begåtts av handelsregistret vid Amtsgericht Charlottenburg. Nämnda handling har därför avlägsnats från detta register. Apportavtalet innehöll detaljer om ägarförhållanden som omfattas av artikel 20 i förordning nr 17. I apportavtalet var det fråga om förvaltning av egendom (Treuhandverhältnisse) som framför allt på grund av konkurrensskäl inte skall röjas för allmänheten och alltid bör behandlas konfidentiellt som affärshemligheter, eftersom det inte bör röjas vem som är ägare eller vem som är den verkliga bolagsmannen. I ansökan har det visats vilka exakta omständigheter som motiverar ett legitimt intresse av att denna egendomsförvaltning omfattas av sekretess.
- 359 Den sekretess och konfidentialitet som normalt skall säkerställas under ett konkurrensförfarande vid kommissionen, inklusive under förhøret, iaktogs inte i förevarande fall. Utdrag ur förhørsprotokollet publicerades nämligen i danska tidningar under år 1998. Vissa konfidentiella uppgifter i förevarande förfarande publicerades i pressen redan våren 1996, vilket gav upphov till invändningar från sökandenas sida som framfördes i Henss-bolagens svar och i Isoplus Hohenbergs svar av den 24 april 1996 på begäran om upplysningar av den 13 mars 1996 (nedan kallat Isoplus Hohenbergs svar).
- 360 Svaranden har anfört följande. Kommissionen åsidosatte inte artikel 20 i förordning nr 17 då apportavtalet diskuterades den 15 januari 1997. Apportavtalet hade nämligen getts in till handelsregistret och var därför allmän handling. Under förhøret bekräftade dessutom Dr Henss denna bedömning och han tillade därvid att det endast var strategin för att rädda koncernstrukturen som utgjorde affärshemligheter.
- 361 Sökandena har inte visat på vilket sätt som uppgifterna i apportavtalet skulle utgöra affärshemligheter. Intresset av att uppgifter som kan skada den som

lämnat uppgifterna om tredje man får tillgång till dem inte skall röjas är endast skyddsvärt om det är fråga om ett berättigat intresse.

- 362 För det fall förstainstansrätten skulle finna att kommissionen under förhöret inte iakttagit sekretessen för affärshemligheter, innebär detta inte att beslutet är rättsstridigt. Själva åsidosättandet av sekretessen, som skulle bestå i att andra företag fått kännedom om den faktiska ägandestrukturen i Henss/Isoplus-koncernen, har inte haft någon betydelse för innehållet i beslutet. Kommissionen har vidare inte för utomstående röjt vad som diskuterades under förhören.

Förstainstansrättens bedömning

- 363 Det skall först konstateras att enligt artikel 214 i fördraget (nu artikel 287 EG) är tjänstemän och övriga anställda i institutionerna förpliktade att inte lämna ut upplysningar i deras besittning vilka omfattas av tystnadsplikt. Artikel 20 i förordning nr 17, som genomför denna bestämmelse på området för regler tillämpliga på företag, föreskriver särskilt i punkt 2 att "utan att det påverkar tillämpningen av artiklarna 19 och 21 får kommissionen och medlemsstaternas behöriga myndigheter samt dessas tjänstemän och övriga anställda inte röja upplysningar som de har inhämtat med stöd av denna förordning och som är av sådant slag att de omfattas av sekretess".
- 364 Bestämmelserna i artiklarna 19 och 21 i förordning nr 17, för vars tillämpning det således görs förbehåll, reglerar kommissionens förpliktelser vad gäller förhör och offentliggörande av beslut. Av detta följer att den förpliktelse avseende sekretess som föreskrivs i artikel 20.2 kan inskränkas vad beträffar tredje man som enligt artikel 19.2 har rätt att bli hörd, det vill säga särskilt vad beträffar tredje man som inlämnat klagomål. Kommissionen kan delge sådan tredje man vissa upplysningar som omfattas av sekretess, under förutsättning att detta är nödvändigt för att undersökningen skall kunna genomföras störningsfritt. Denna möjlighet gäller dock inte alla slags handlingar som på grund av sin karaktär

omfattas av sekretess. Enligt artikel 21, enligt vilken vissa beslut skall offentliggöras, är kommissionen skyldig att ta hänsyn till företagens berättigade intresse av att deras affärshemligheter inte röjs. Trots att dessa bestämmelser rör särskilda fall, måste de dock anses vara ett uttryck för en allmän princip som gäller under det administrativa förfarandets förlopp (domstolens dom av den 24 juni 1986 i mål 53/85, AKZO Chemie mot kommissionen, REG 1986, s. 1965, punkterna 27 och 28, svensk specialutgåva, volym 8, s. 649).

- 365 Vad gäller förhörens förlopp anges i artikel 9.3 i förordning nr 99/63 att förhören inte skall vara offentliga, att personerna skall höras enskilt eller i närvaro av andra personer som har kallats och att i det senare fallet hänsyn skall tas till företagets berättigade intresse av att deras affärshemligheter skyddas.
- 366 Förstainstansrätten finner att sökandena inte visat på vilket sätt kommissionen röjde några affärshemligheter under förhöret med Isoplus Hohenberg och Isoplus Sondershausen i närvaro av klaganden och de andra företagen som beslutet riktade sig till.
- 367 Sökandena har endast påstått att apportavtalet av den 15 januari 1997 tagits in i handelsregistret på grund av att ett fel begåtts, men underlåtit att uppge vem som begått felet och att denna åtgärd var olaglig. Sökandena har inte heller åberopat någon bevisning i detta avseende. Mot denna bakgrund kan kommissionen inte klandras för att ha lagt detta bevis till grund för sin bedömning. Vad därefter gäller frågan huruvida uppgifterna i avtalet var offentliga, bekräftade Dr Henss, i egenskap av direktör för Isoplus Rosenheim, under förhöret att apportavtalet var en offentlig handling. Han preciserade därvidlag att det endast var skälen till de i apportavtalet angivna åtgärderna, som hade med de berörda företagets strategi att göra, som utgjorde affärshemligheter. Denna inställning bestreds under förhöret varken av direktören eller ombudet för Isoplus Hohenberg och Isoplus Sondershausen.

- 368 Vad för det andra gäller avsaknaden av ett konfidentiellt förhör med Isoplus Hohenberg och Isoplus Sondershausen, finner förstainstansrätten att sökandena inte åberopat någon upplysning beträffande de sekretessbelagda uppgifter som kommissionen röjt för tredje man under förhöret. Kommissionen kan i detta avseende inte klandras för att ha röjt hemliga uppgifter som den fått från sökandena. Av protokollet från förhöret framgår nämligen att kommissionen i sina frågor till Isoplus Hohenberg och Isoplus Sondershausen angående dessa bolags förhållanden till Henss-bolagen inte röjt några andra upplysningar än vad som angetts av bolagens ombud i sitt inledande anförande vid förhöret och sådana upplysningar som framgått av offentliga register.
- 369 Vad för det tredje gäller de hemliga upplysningar som använts under det administrativa förfarandet och som publicerats i massmedia, finner förstainstansrätten att sökandena inte preciserat vilka hemliga uppgifter som skall ha röjts under det administrativa förfarandet och publicerats i tidningsartiklar.
- 370 Även om det antas att kommissionen är ansvarig för läckorna till pressen, vilket kommissionen dock inte har medgett eller sökandena bevisat, saknar denna omständighet i alla händelser betydelse för beslutets lagenlighet. Sökandena har nämligen inte visat att beslutet inte skulle ha fattats eller att det skulle ha fått ett annat innehåll om de omtvistade händelserna inte hade ägt rum (domen i det ovannämnda målet United Brands mot kommissionen, punkt 286). Sökandena har i förevarande mål inte åberopat någon omständighet till stöd för en sådan slutsats.
- 371 Förstainstansrätten kan således inte godta sökandenas anmärkning att kommissionen underlåtit att iakttä sekretessen för yrkes- och affärsrelaterade upplysningar.

6. Huruvida kommissionen har åsidosatt bestämmelserna om vittnesförhör

Parternas argument

- 372 Sökandena har gjort gällande att kommissionen åsidosatte artikel 3.3 i förordning nr 99/63 och artikel 19 i förordning nr 17 genom att inte besluta att åberopade vittnen skulle höras.
- 373 Sökandena har i detta avseende gjort gällande följande. Enligt artikel 3 i förordning nr 99/63 får de berörda företagen föreslå att kommissionen hör personer som kan bekräfta de omständigheter som har åberopats. Isoplus Hohenberg och Isoplus Sondershausen föreslog i skrivelse av den 30 juni 1997, inom ramen för yttrandena över meddelandet om anmärkningar, att kommissionen skulle höra vissa personer, bland annat Dr Henss. Även Isoplus Rosenheim föreslog för sin del genom skrivelse av den 30 juni 1997 att vissa personer skulle höras som vittnen. Kommissionen svarade emellertid bolagen genom skrivelse av den 16 september 1997 att det vid tillämpningen av artikel 3.3 i förordning nr 99/63 ankommer på företagen själva att se till att de berörda personerna är närvarande vid förhöret och att åberopa dem som vittnen. Grunden för detta var att kommissionen inte är en domstol, att den saknar behörighet att tvinga vittnen att inställa sig till förhör och att den inte kan ålägga vittnena att avlägga vittnesed. Isoplus Hohenberg eller Isoplus Sondershausen förklarade genom skrivelse av den 30 september 1997 att de åberopade vittnena inte var anknutna till deras bolag utan till konkurrerande företag och att de därför inte hade någon möjlighet att tvinga dem att inställa sig. Inte heller alla vittnen som åberopats av Isoplus Rosenheim var anknutna till sökandebolagen, utan till Powerpipe och andra konkurrerande företag. Varken kommissionens konkurrensavdelning eller förhørsombudet kallade emellertid de åberopade personerna som vittnen. På grund av att nämnda personer inte kallats till förhöret, inställde de sig inte och kunde inte heller höras av kommissionen som vittnen till styrkande av de omständigheter som sökandena åberopat.

- 374 Trots att Dr Henss närvarade under förhöret i egenskap av direktör för Isoplus Rosenheim ägde något formellt förhör inte rum. Anledningen till detta var att han inte hade kallats av förhørsombudet. Det vitsordas att ett formellt förhör med Dr Henss delvis hade kunnat vara överflödigt på grund av de yttranden som framställdes av Isoplus Rosenheims ombud under förhöret. Eftersom något konfidentiellt förhör inte ägde rum med Dr Henss i egenskap av direktör för Isoplus Rosenheim, tvingades han dock att avstå från att avslöja en och annan detalj.
- 375 För det fall kommissionen hade kallat vittnena och för det fall de hade kunnat utfrågas eller höras, hade det medfört att kommissionen skulle ha kommit fram till slutsatsen att varken Isoplus Rosenheim, Isoplus Hohenberg, Isoplus Sondershausen eller Henss/Isoplus-koncernen deltog i överträdelsen av artikel 85 i fördraget före slutet av år 1994 och att ingen av dem deltog i bojkottåtgärderna mot Powerpipe. Ytterligare ett vittne hade åberopats till styrkande av att det inte var Dr Henss eller Henss Rosenheim som hade fastställt den europeiska prislistan för år 1994.
- 376 Artikel 3.3 i förordning nr 99/63 skall läsas i samband med den allmänna rättsprincipen om rätten att yttra sig och med den princip som föreskrivs i artikel 6 i Europakonventionen, särskilt artikel 6.3 d angående rätten att kalla och förhöra vittnen som åberopas av den tilltalade och rätten att ställa frågor till vittnen som åberopats mot den tilltalade. För det fall de berörda företagen i ett förfarande enligt förordning nr 17 begär att personer skall kallas och höras i den mening som avses i artikel 3.3 i förordning nr 99/63, är kommissionen i princip skyldig att kalla och höra dessa personer, även om kommissionen därvidlag saknar behörighet att vidta sanktionsåtgärder om personerna inte inställer sig. Det är endast i vissa motiverade fall som kommissionen genom individuella beslut får avslå en dylik begäran.
- 377 Det är visserligen riktigt att kommissionen inte är någon "domstol" i den mening som avses i artikel 6 i Europakonventionen. Detta innebär dock inte att de andra skyddsreglerna i artikeln inte är tillämpliga i förfarandet vid kommissionen.

Kommissionens förfarande har nämligen ett dubbelt syfte, dels att få berörda parter att upphöra med överträdelsen av konkurrensreglerna, dels att ålägga böter, och förfarandet har därför karaktären av ett brottmål i den mening som avses i artikel 6 i Europakonventionen. Kommissionen är därför skyldig att iakttä artikeln i dess helhet, således även artikel 6.3 d.

378 Svaranden har gjort gällande följande. Förordning nr 99/63 utgör inte grund för att höra "vittnen" i begreppets juridiska mening. I artikel 3.3 i förordning nr 99/63 hänvisas inte till vittnen; i stället utgör nämnda bestämmelse endast rättslig grund för berörda parter att åberopa vissa bevis. Kommissionen har således ingen behörighet — och därigenom ännu mindre någon skyldighet — att kalla eventuella vittnen till företagets fördel som företaget självt inte kan få att infinna sig. Dessutom har kommissionen — till skillnad från vad som påståtts av sökandena — inte vägrat att höra de föreslagna personerna.

379 Kommissionen är vidare inte någon "domstol" i den mening som avses i artikel 6 i Europakonventionen. Kommissionen utför sin kontrolluppgift enligt gemenskapens konkurrensregler och kontrolleras i sin tur av förstainstansrätten och domstolen. Att det enligt tillämpliga processuella bestämmelser, särskilt i förordning nr 17, inte är möjligt för kommissionen att tvinga vittnen till någons fördel att inställa sig, strider i vart fall inte mot begreppet jämlikhet i medel som föreskrivs i artikel 6.3 d i Europakonventionen. Inte heller förekommer några vittnen som åberopats "emot" någon i kommissionens förfarande, eftersom kommissionen huvudsakligen grundar sina anmärkningar på handlingar och upplysningar som den enligt artikel 11 i förordning nr 17 inhämtar från behöriga myndigheter i medlemsstaterna och från företag och företagssammanslutningar.

380 Vidare har förstainstansrätten, inom ramen för sin kontroll av hur kommissionen genomför sina uppgifter, en möjlighet att tvinga vittnen att infinna sig vid rätten, bland annat vittnen som åberopats till någons fördel. I själva verket innebär

förfarandet vid förstainstansrätten en ojämlikhet i medel till de berörda företagens fördel, eftersom de kan åberopa vittnen för att vederlägga kommissionens beslut, medan kommissionen inte får åberopa vittnen till styrkande av sakomständigheter i beslutet som inte redan styrkts av uppgifter i beslutet och meddelandet om anmärkningar.

Förstainstansrättens bedömning

- 381 I artikel 19.2 i förordning nr 17 föreskrivs att om fysiska eller juridiska personer begär att få yttra sig, skall deras begäran bifallas, om de kan påvisa ett tillräckligt intresse i saken. Enligt artikel 5 i förordning nr 99/63 skall kommissionen lämna nämnda fysiska eller juridiska personer tillfälle att yttra sig skriftligt inom den tidsfrist som den fastställer. Vidare skall kommissionen enligt artikel 7.1 i förordning nr 99/63 lämna personer, som i sina skriftliga yttranden begärt att få framföra sina synpunkter muntligen, tillfälle att göra detta, om de kan påvisa ett tillräckligt intresse i saken eller om kommissionen avser att ålägga dem böter eller viten. Enligt artikel 7.2 kan kommissionen även lämna varje annan person tillfälle att muntligen framföra sina synpunkter.
- 382 Enligt artikel 19.2 i förordning nr 17 och artiklarna 5 och 7 i förordning nr 99/63 är kommissionen skyldig att höra fysiska eller juridiska personer med ett tillräckligt intresse endast om de begärt att de skall höras (domstolens dom av den 9 juli 1987 i mål 43/85, Ancides mot kommissionen, REG 1987, s. 3131, punkt 8). I förevarande fall har emellertid de personer som sökandena begärt skall höras som vittnen inte vid något tillfälle framfört önskemål om att höras.

- 383 Vidare föreskrivs i artikel 3.3 i förordning nr 99/63 att företag och företags-sammanslutningar som är föremål för ett förfarande enligt förordning nr 17 även "får... föreslå att kommissionen hör personer som kan bekräfta dessa omständigheter". I ett dylikt fall framgår av artikel 7 i förordning nr 99/63 att kommissionen förfogar över ett skäligt utrymme för skönsmässig bedömning att besluta om det kan vara av intresse att höra personer vars vittnesmål kan vara av betydelse för saken (domstolens dom av den 17 januari 1984 i de förenade målen 43/82 och 63/82, VBVB och VBBB mot kommissionen, REG 1984, s. 19, punkt 18; svensk specialutgåva, volym 7, s. 437). Garantin för rätten till försvar kräver nämligen inte att kommissionen håller förhör med vittnen som de berörda parterna har angett, när den anser att undersökningen i ärendet har varit tillräcklig (domstolens dom av den 16 maj 1984 i mål 9/83, Eisen und Metall Aktiengesellschaft mot kommissionen, REG 1984, s. 2071, punkt 32).
- 384 Sökandena har i förevarande mål inte tillhandahållit några upplysningar som tyder på att kommissionen, genom att inte höra angivna personer, otillbörligen har hindrat utredningen av ärendet och på detta sätt begränsat sökandenas möjlighet att förklara de olika aspekterna av de problem som kommissionens anmärkningar rest (se domen i de ovannämnda förenade målen VBVB och VBBB mot kommissionen, punkt 18).
- 385 Sökandena har nämligen inte i sin ansökan angett i vilken mån de angivna vittnesmålen skulle kunna styrka att Henss/Isoplus-koncernen eller sökandena inte deltog i en kartell på europainivå från och med den 10 oktober 1991, utan först från och med slutet av år 1994. Även om de begärda vittnesmålen hade bekräftat att varken Dr Henss, Isoplus Hohenberg eller Isoplus Sondershausen erhållit interna uppgifter från EuHP innan de togs upp som medlemmar i nämnda sammanslutning, skulle detta inte vara tillräckligt för att vederlägga kommissionens anmärkningar mot sökandena. Detsamma gäller frågan huruvida Dr Henss eller Henss Rosenheim var med om att ta fram den prislista som den europeiska kartellen använde sig av. Mot bakgrund av den bevisning som angetts i punkterna 264—277 ovan, kunde kommissionen på goda grunder anse att det

inte var nödvändigt att höra det begärda vittnet angående huruvida Powerpipe hade föreslagit Isoplus Hohenberg och Isoplus Sondershausen att delta i en olaglig kartell.

- 386 Vad gäller förslaget att höra Dr Henss som vittne kan tilläggas att han närvarade vid förhöret i egenskap av direktör för Isoplus Rosenheim, men att varken ombuden för Isoplus Rosenheim, Isoplus Hohenberg eller för Isoplus Sondershausen begärde att han skulle höras. Av protokollet från förhöret framgår nämligen att Dr Henss agerade under förhöret med Isoplus Hohenberg och Isoplus Sondershausen först efter det att förhørsombudet ställt en fråga angående apportavtalet.
- 387 Vidare framgår av förhørsprotokollet att sökandena inte begärde att Bech, som var förknippad med Løgstør och vars vittnesmål hade begärts, skulle höras trots att även han var närvarande under förhöret.
- 388 Av vad anförts följer att kommissionen, då den inte biföll begäran om vittnesförhör, tillämpade artikel 19 i förordning nr 17 och bestämmelserna i förordning nr 99/63 på ett korrekt sätt.
- 389 Slutligen har sökandena åberopat artikel 6.3 d i Europakonventionen. I denna bestämmelse föreskrivs att "[e]nvar, som blivit anklagad för brottslig gärning, skall äga [rätt]:... att förhöra eller låta förhöra vittnen, som åberopas emot honom, samt att för egen räkning få vittnen inkallade och förhörda under samma förhållanden som vittnen åberopade mot honom".

- 390 Det framgår av fast rättspraxis att kommissionen inte är en "domstol" i den mening som avses i artikel 6 i Europakonventionen (domstolens dom i de ovannämnda förenade målen Van Landewyck m.fl. mot kommissionen, punkt 81, av den 7 juni 1983 i de förenade målen 100/80—103/80, *Musique diffusion française* m.fl. mot kommissionen, REG 1983, s. 1825, svensk specialutgåva, volym 7, s. 133, punkt 7, och domen i det ovannämnda målet *Shell* mot kommissionen, punkt 39). I artikel 15.4 i förordning nr 17 anges det dessutom uttryckligen att kommissionens beslut om böter för överträdelse av konkurrensrätten inte har straffrättslig karaktär (förstainstansrättens dom av den 6 oktober 1994 i mål T-83/91, *Tetra Pak* mot kommissionen, REG 1994, s. II-755, punkt 235; svensk specialutgåva, volym 16, s. II-1).
- 391 Även om kommissionen inte är en domstol i den mening som avses i artikel 6 i Europakonventionen, och även om de böter som kommissionen ålägger inte har straffrättslig karaktär, måste kommissionen ändå iaktta gemenskapsrättens allmänna principer under det administrativa förfarandet (domen i de ovannämnda förenade målen *Musique diffusion française* m.fl. mot kommissionen, punkt 8, och domen i det ovannämnda målet *Shell* mot kommissionen, punkt 39).
- 392 Den omständigheten att det i gemenskapens konkurrensrätt saknas bestämmelser om någon skyldighet för kommissionen att kalla sådana vittnen som åberopats till någons fördel, strider inte mot nämnda principer. Även om kommissionen får höra fysiska eller juridiska personer vid behov, har kommissionen nämligen inte heller någon rätt att kalla vittnen emot någon utan att ha fått vittnenas samtycke därtill.
- 393 Anmärkningen att kommissionen har underlåtit att höra vittnen kan således inte godtas.

7. Huruvida kommissionen har åsidosatt bestämmelserna om förhørsombudens kompetensområde

Parternas argument

- 394 Sökandena har gjort gällande följande. Kommissionen åsidosatte kommissionens beslut 94/810/EKSG, EG av den 12 december 1994 om kompetensområdet för förhørsombudet vid kommissionens behandling av konkurrensärenden (EGT L 330, s. 67; svensk specialutgåva, område 8, volym 3, s. 13). Grunden för detta är att förhørsombudet i det aktuella förfarandet upprättade en rapport trots att han inte var närvarande under en stor del av förhöret.
- 395 Förhørsombudet Gilchrist, som hade förberett och lett förhöret, pensionerades den 31 december 1997. Förhørsombudet Daout, som skulle bli förhørsombud från och med den 1 januari 1998, var närvarande vid förhöret den 24 november 1997, men deltog inte i förhöret den 25 november 1997. Därmed var Daout endast delvis närvarande vid förhöret med Isoplus Rosenheim och Henss Berlin, vilket ägde rum kvällen den 24 november 1997 och återupptogs den 25 november 1997. Han närvarade inte alls vid förhöret med Isoplus Hohenberg och Isoplus Sondershausen, vilket ägde rum den 25 november 1997. Förhørsombudet Daout skickade den 3 april 1998 protokollsutkastet från förhöret. Efter godkännande av protokollet upprättade förhørsombudet en rapport om förhörets förlopp i enlighet med artikel 8 i beslut 94/810.
- 396 Sökandenas rätt till försvar har åsidosatts genom att ärendet handlades på detta sätt. Även om det nya förhørsombudet upprättade en rapport enligt artikel 8 i beslut 94/810 efter det att protokollet godkänts, gjorde han det utan att ha varit närvarande vid den största delen av förhöret, och särskilt inte vid förhöret med

Isoplus Hohenberg och Isoplus Sondershausen. Vad gäller de sistnämnda bolagen kan inte förhørsombudet ha fått någon personlig uppfattning om Henss/Isoplus-koncernen och om alla sökandebolagen. I synnerhet hade han inte någon möjlighet att ställa frågor. Eftersom det saknas en objektiv rapport från förhørsombudet enligt artikel 8 i beslut 94/810, vilar inte kommissionens beslutsförfarande — som senare utmynnade i det omtvistade beslutet — på objektiva grunder.

- 397 För det fall det är det pensionerade förhørsombudet som, vilket påståtts av kommissionen, upprättade den aktuella rapporten, görs det i andra hand gällande att kommissionen åsidosatte väsentliga formföreskrifter i beslut 94/810 och förordning nr 99/63. Grunden för detta är att rapporten upprättades före det att förhørsprotokollet godkändes och utan att förhørsombudet kände till eller hade möjlighet att undersöka de andra yttranden som avgivits direkt av Isoplus Hohenberg, Isoplus Sondershausen och Isoplus Rosenheim. Inte heller i detta fall förelåg en fullständig och riktig rapport, vilket utgjorde hinder mot ett objektivt beslutsförfarande.
- 398 Oaktat att förhørsombudets rapport om förhöret eller om de olika etapperna inom förfarandet enligt förordning nr 17 inte skall tillställas de berörda företagen för att de skall kunna granska den eller inkomma med yttranden, är rapporten från det oberoende förhørsombudet icke desto mindre av avgörande betydelse i förfaranden angående överträdelser av konkurrensrätten. Detta har för övrigt vitsordats av kommissionen i och med att den uppgett att rapporten har ett rådgivande värde, även om kommissionen inte är bunden av den.
- 399 Svaranden har gjort gällande följande. Det var herr Gilchrist som upprättade den i artikel 8 i beslut 94/810 föreskrivna rapporten. Att förhørsombudet under den tid han tjänstgjorde inte hade tillgång till ett godkänt förhørsprotokoll saknar betydelse, eftersom syftet med ett sådant protokoll är att informera dem som inte närvarar vid förhöret, det vill säga medlemmarna i den rådgivande kommittén och kommissionen. Eftersom förhørsombudet på grund av sin ställning var skyldig att närvara vid hela förhöret, är inte syftet med protokollet att

tillhandahålla förhørsombudet information. Rapporten från förhørsombudet återger på vilket stadium som diskussionerna fördes under förhöret. Slutligen är rapporten endast rådgivande, och kommissionen är inte skyldig att följa densamma.

- 400 I normala fall ges skriftliga yttranden över anmärkningarna in före det att förhöret äger rum, och förhöret utgör därför en framskriden etapp inom ramen för de förda diskussionerna. Eftersom förhöret avslutas så snart som sammanträdet avslutas, anges i protokollet endast det som avhandlades under sammanträdet. Parternas möjlighet att kontrollera att protokollet är riktigt utgör således inte på något sätt en förlängning av förhöret.
- 401 Vad beträffar rapporten från förhørsombudet är det inte uteslutet att kommissionen beaktar yttranden som inkommer efter det att förhöret ägt rum. I artikel 8 i beslut 94/810 föreskrivs nämligen uttryckligen att förhørsombudet kan föreslå att ytterligare uppgifter skall inhämtas om senare inkomna sakomständigheter gör det nödvändigt att hålla ett nytt förhör. Så har emellertid inte varit fallet i förevarande mål.
- 402 Att herr Daout tillfälligtvis inte närvarade vid förhöret saknar betydelse vad gäller frågan huruvida beslutet är giltigt. Vederbörande hade nämligen vid det tillfället ännu inte utsetts till förhørsombud.

Förstainstansrättens bedömning

- 403 Enligt artikel 2.1 i beslut 94/810 skall förhørsombudet säkerställa att förhöret avlöper korrekt och därigenom bidra till att förhöret och det eventuellt efterföljande beslutet är objektiva. Förhørsombudet skall mot denna bakgrund

särskilt sörja för att vederbörlig hänsyn tas, vid utarbetandet av utkasten till kommissionens beslut på konkurrensområdet, till alla omständigheter av betydelse, vare sig dessa är fördelaktiga eller ofördelaktiga för de berörda parterna.

- 404 Enligt artikel 8 i beslut 94/810 skall förhørsombudet underrätta generaldirektören för konkurrens om förhörets förlopp och om de slutsatser som han drar av förhöret. Förhørsombudet kan meddela sina iakttagelser om ärendets fortsatta handläggning. Dessa iakttagelser kan till exempel beröra nödvändigheten av att inhämta ytterligare uppgifter, tillbakadragandet av vissa invändningar eller framförandet av ytterligare klagomål.
- 405 Vidare framgår av artikel 9.4 i förordning nr 99/63 och artikel 7.4 i beslut 94/810 att huvudinnehållet i varje enskilda förklaringar skall föras till protokollet, som i förekommande fall skall läsas och godkännas av vederbörande. Enligt artikel 7.4 i beslut 94/810 är det förhørsombudet som skall sörja för detta.
- 406 I förevarande mål upprättades rapporten enligt artikel 8 i beslut 94/810 av herr Gilchrist, som överlämnade den till kommissionen den 26 november 1997. Förstainstansrätten uppfattar därför sökandenas anmärkning på så sätt att de invänt mot att förhørsombudet upprättade rapporten före det att förhørsprotokollet godkänkts och utan att ha kännedom om sökandenas yttranden i det avseendet.
- 407 Det finns inte några bestämmelser i förordning nr 99/63 eller i beslut 94/810 som hindrar förhørsombudet att avge sin rapport enligt artikel 8 i beslut 94/810 före det att var och en av de hörda personerna godkänt förhørsprotokollet enligt artikel 9.4 i förordning nr 99/63 och artikel 7.4 i beslut 94/810. Förhørsombudets rapport är ett rent internt dokument vid kommissionen, som varken syftar till att

komplettera eller korrigera företagens argument. Rapporten har således inte någon beslutsverkan som gemenskapsdomstolen skall ta i beaktande när den utövar sin prövningsrätt (se punkt 40 ovan).

- 408 Syftet med artikel 9.4 i förordning nr 99/63 är att garantera de personer som hörs att protokollet överensstämmer med det väsentliga innehållet i deras yttranden (domen i det ovannämnda målet ICI mot kommissionen, punkt 29, och domstolens dom av den 14 juli 1972 i mål 51/69, Bayer mot kommissionen, REG 1972, s. 745, punkt 17). Protokollet tillställs således parterna för deras godkännande för att de skall kunna kontrollera de yttranden som avgetts under förhöret, men inte för att ge dem möjlighet att åberopa nya omständigheter som förhørsombudet skulle vara skyldig att beakta.
- 409 Sökandena har emellertid inte visat på vilket sätt den omständigheten att förhørsombudet endast förfogade över ett provisoriskt protokoll då han upprättade sin rapport skulle ha hindrat honom från att rapportera till generaldirektören för konkurrens med iakttagande av nödvändiga villkor för att bidra till ett objektivt förfarande.
- 410 Det följer nämligen av rättspraxis att den provisoriska karaktären på förhørsprotokollet, som läggs fram till den rådgivande kommittén och kommissionen, endast kan utgöra ett formfel beträffande det administrativa förfarandet som kan leda till att det senare fattade beslutet blir olagligt om den aktuella texten har avfattats på ett sätt som kan vilseleda dem som beslutet riktar sig till beträffande en viktig fråga (domstolens dom av den 15 juli 1970 i mål 44/69, Buchler mot kommissionen, REG 1970, s. 733, punkt 17). Eftersom kommissionen hade tillgång till både det provisoriska protokollet och företagens synpunkter och yttranden beträffande protokollet, hade kommissionsledamöterna under alla omständigheter underrättats om samtliga relevanta uppgifter för att kunna fatta sitt beslut (se domen i det ovannämnda målet Petrofina mot kommissionen, punkt 44). Det saknas därför grund att påstå att de olika organ som var med om att utarbeta det slutliga beslutet inte på ett korrekt sätt underrättats om företagens argument angående de anmärkningar som kommissionen gjort och om

de bevis som kommissionen åberopat till styrkande av sina anmärkningar (se domen i det ovannämnda målet Petrofina mot kommissionen, punkt 53, och av den 10 mars 1992 i det ovannämnda målet Hüls mot kommissionen, punkt 86).

- 411 Domstolen har för övrigt slagit fast att oegentligheter vid upprättandet av protokollet inte kan ha någon verkan på beslutets lagenlighet utom i fall då yttrandena under förhöret har återgetts på ett oriktigt sätt (domen i det ovannämnda målet ICI mot kommissionen, punkt 31, och domen i det ovannämnda målet Bayer mot kommissionen, punkt 17). I förevarande mål har sökandena emellertid inte visat på vilket sätt som protokollet återspeglar förhöret på ett illojalt och oriktigt sätt (se domen i det ovannämnda målet Petrofina mot kommissionen, punkt 45). Däremot har det inte bestritts att de ändringar i protokollsutkastet som sökandena föreslog, bland annat vad gäller herr Daouts närvaro under förhöret, återfinns i den slutliga lydelsen av protokollet.
- 412 Av vad anförts följer att förhørsombudet i förevarande mål upprättade sin rapport före det att förhørsprotokollet godkänkts, men att detta inte påverkat lagenligheten av beslutet.
- 413 Anmärkningen att bestämmelserna om förhørsombudens kompetensområde har åsidosatts kan således inte godtas.
- 414 Härav följer att talan inte kan vinna bifall på den grunden att kommissionen har åsidosatt sökandenas rätt till försvar.

415
till
496 ...

D — *Den fjärde grunden: Felaktig rättstillämpning och oriktig bedömning vid fastställandet av bötesbeloppet*

497
till
518 ...

2. Huruvida kommissionen har åsidosatt artikel 15.2 i förordning nr 17 vad gäller de fem sökandenas solidariska betalningsansvar

Parternas argument

- 519 Sökandena har gjort gällande följande. Kommissionen begick ett fel då den ålade sökandena att solidariskt betala böterna. Om Henss/Isoplus-koncernen inte anses vara en koncern, kvasikoncern eller en *de facto*-koncern, skall var och en av sökandena bötfällas individuellt. Sökandenas situation kan inte jämföras med den som förelåg i domen i det ovan nämnda målet Metsä-Serla m.fl. mot kommissionen. I det målet hölls sökandebolagen ansvariga för företagssammanslutningen Finnboards konkurrensbegränsande beteende, och det kunde fastställas att vart och ett av sökandebolagen hade gjort sig skyldigt till en uppsåtlig överträdelse av artikel 85 i fördraget.
- 520 Vidare följer av artikel 15.2 i förordning nr 17 att när flera företag hålls solidariskt ansvariga får kommissionen inte ålägga böter som överstiger 10 procent av föregående räkenskapsårs omsättning för varje företag som hålls ansvarigt. I förevarande mål har sökandena ålagts att solidariskt betala ett belopp som för var och en av sökandena överstiger 10 procent av omsättningen. För det fall någon av sökandena kommer på obestånd innebär detta nödvändigtvis att de

andra företagen blir skyldiga att betala böter som överstiger 10 procent av omsättningen, vilket står i strid med syftet med och ordalydelsen av artikel 15.2 i förordning nr 17. I domen i målet Metsä-Serla m.fl. mot kommissionen fastställdes det belopp för vilket solidariskt betalningsansvar förelåg på individuell basis med olika belopp för vart och ett av företagen, vilket innebar att den maximala gränsen för böterna iakttogs för varje företag.

- 521 Svaranden har gjort gällande följande. Det fanns anledning att behandla Henss-bolagen och Isoplus-bolagen som ett enda företag enligt artikel 15 i förordning nr 17, eftersom de under överträdelsen agerade under en och samma ledning och det därvid inte var möjligt att göra någon åtskillnad mellan bolagen utifrån i vilken omfattning de deltog i nämnda överträdelse. Det var således på goda grunder som kommissionen tillämpade den i artikel 15 i förordning nr 17 föreskrivna gränsen på den sammanlagda omsättningen för de tre driftsbolagen som fanns kvar då beslutet fattades. Vidare var det på goda grunder som kommissionen ålade nämnda bolag att solidariskt betala böterna. Vad gäller HFB KG och HFB GmbH följer dessa bolags skyldighet av den skyldighet som åvilar driftsbolagen, vilket innebär att dessa två bolag — i egenskap av delar av samma företag — kan ingå bland de solidariskt betalningsansvariga bolagen.

Förstainstansrättens bedömning

- 522 Sökandena har klandrat kommissionen för att ha hållit dem solidariskt ansvariga för den överträdelse som begicks av Henss/Isoplus-koncernen.
- 523 Det har ovan slagits fast att kommissionen gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning genom att hålla HFB KG och HFB GmbH solidariskt ansvariga för böterna som ålades Henss/Isoplus-koncernen (se punkterna 101—108 ovan). Mot denna bakgrund saknas anledning att pröva den här aktuella grunden vad gäller dessa två bolag.

- 524 Vad gäller Isoplus Rosenheim, Isoplus Hohenberg och Isoplus Sondershausen har det i punkterna 54—68 ovan slagits fast att Henss Berlins och Henss Rosenheims (nu Isoplus Rosenheim) och Isoplus Hohenbergs och Isoplus Sondershausens agerande inom kartellen utgjorde ett beteende av en enda ekonomisk enhet som kontrollerades gemensamt och som på ett varaktigt sätt eftersträvade ett gemensamt ekonomiskt mål.
- 525 Eftersom Isoplus Rosenheim, Isoplus Hohenberg och Isoplus Sondershausen vad gäller deras agerande inom kartellen skall anses utgöra en ekonomisk enhet, skall de anses vara solidariskt ansvariga för det klandrade beteendet (domstolens dom av den 6 mars 1974 i de förenade målen 6/73 och 7/73, Instituto chemioterapico och Commercial Solvents mot kommissionen, REG 1974, s. 223, punkt 41; svensk specialutgåva, volym 2, s. 229).
- 526 Att de aktuella bolagen hålls solidariskt ansvariga är i förevarande mål än mer berättigat med tanke på att det när överträdelsen begicks inte fanns någon juridisk person i toppen av Henss/Isoplus-koncernen som — såsom ansvarig för koncernens verksamhet — skulle kunna hållas ansvarig för överträdelsen. Förstainstansrätten har slagit fast att i en situation där det på grund av koncernens sammansättning och aktiekapitalets spridning är omöjligt eller mycket svårt att fastställa vilken juridisk person som, såsom ansvarig för samordningen av koncernens handlande, borde tillskrivas de överträdelser som de olika bolagen i koncernen gjort sig skyldiga till, har kommissionen rätt att hålla dotterbolagen solidariskt ansvariga för hela koncernens agerande, för att undvika att det faktum att bolagen formellt är åtskilda, som en följd av att de är särskilda juridiska personer, hindrar att de anses uppträda som en enhet på marknaden med avseende på tillämpningen av konkurrensreglerna. Det är uppenbart att denna bedömning, som gäller en situation där det är omöjligt eller mycket svårt att fastställa vilken juridisk person som i toppen av koncernen skall hållas ansvarig för de överträdelser som de olika bolagen i koncernen gjort sig skyldiga till, är än mer berättigad när det är fråga om en situation då det inte en finns någon sådan juridisk person.

527 Vidare följer av rättspraxis att artikel 15.2 i förordning nr 17 skall tolkas på så sätt att ett företag kan förklaras solidariskt ansvarigt med ett annat företag för betalningen av de böter det sistnämnda företaget ålagts för att det uppsåtligt eller av oaktsamhet har gjort sig skyldigt till en överträdelse under förutsättning att kommissionen i samma rättsakt visar att även det företag som skall svara solidariskt för böterna skulle ha kunnat anses skyldigt till överträdelsen (domen i det ovannämnda målet Metsä-Serla m.fl. mot kommissionen, punkterna 42—45, och i det ovannämnda målet Finnboard mot kommissionen, punkterna 27—28 och 34—38). I domen i det ovannämnda målet Metsä-Serla m.fl. mot kommissionen och i det ovannämnda målet Finnboard mot kommissionen var det fråga om en företagssammanslutning, Finnboard, som hade ålagts böter för vilka även de bolag som var medlemmar i sammanslutningen var solidariskt ansvariga. Gemenskapsdomstolen har i detta avseende slagit fast att kommissionen fick hålla var och en av sökandena solidariskt ansvariga tillsammans med Finnboard, mot bakgrund av att de ekonomiska och rättsliga banden mellan de berörda företagen var sådana att Finnboard endast handlade i egenskap av hjälporgan till dessa bolag och att Finnboard var skyldigt att följa sökandenas riktlinjer utan att kunna agera självständigt på marknaden i förhållande till sökandena, och att Finnboard därför i själva verket bildade en ekonomisk enhet tillsammans med vart och ett av medlemsbolagen (domen i det ovannämnda målet Metsä-Serla m.fl. mot kommissionen, punkterna 58 och 59). I förevarande mål är det fråga om en situation där Isoplus Rosenheim, Isoplus Hohenberg och Isoplus Sondershausen agerade i egenskap av hjälporgan till den i praktiken existerande Henss/Isoplus-koncernen och där de var skyldiga att följa de riktlinjer som utfärdades från den gemensamma ledningen utan att kunna agera självständigt på marknaden. Under sådana omständigheter är det självklart att vart och ett av bolagen kan hållas solidariskt ansvarigt för den överträdelse som begåtts av Henss/Isoplus-koncernen, som i sig utgör ett företag som begått en överträdelse i den mening som avses i artikel 85 i fördraget.

528 Till skillnad från vad sökandena har påstått innebär inte den omständigheten att flera bolag hålls solidariskt ansvariga för böterna att — vad beträffar tillämpningen av den i artikel 15.2 i förordning nr 17 föreskrivna gränsen om 10 procent av omsättningen — bötesbeloppet för de medansvariga bolagen skall begränsas till 10 procent av omsättningen för vart och ett av bolagen under det senaste verksamhetsåret. Gränsen på 10 procent i den mening som avses i nämnda artikel 15.2 skall nämligen beräknas utifrån den sammanlagda omsättningen för samtliga bolag som utgör den ekonomiska enhet som agerar såsom "företag" i den mening som avses i artikel 85 i fördraget.

- 529 I detta avseende erinras om den rättspraxis som råder beträffande överträdelser som begåtts av företagssammanslutningar beträffande vilka det i artikel 15.2 i förordning nr 17 föreskrivna taket på 10 procent av omsättningen i förekommande fall skall beräknas i förhållande till den omsättning som samtliga företag som är medlemmar i de nämnda företagssammanslutningarna redovisat, åtminstone då medlemmarna enligt sammanslutningens interna bestämmelser svarar för dess förpliktelser (förstainstansrättens dom av den 23 februari 1994 i de förenade målen T-39/92—T-40/92, CB och Europay mot kommissionen, REG 1994, s. II-49, punkt 136, och av den 21 februari 1995 i mål T-29/92, SPO m.fl. mot kommissionen, REG 1995, s. II-289, punkt 385). Enligt förstainstansrätten är en sådan tolkning riktig på grund av att det vid fastställandet av bötesbeloppet bland annat är möjligt att beakta det inflytande som en företagsammanslutning kan utöva på marknaden, vilket inte är beroende av dess egen "omsättning", vilken inte avslöjar vare sig dess storlek eller dess ekonomiska inflytande, utan av omsättningen hos dess medlemmar, vilken ger en indikation på dess storlek och ekonomiska inflytande (dom i de ovannämnda förenade målen CB och Europay mot kommissionen, punkt 137, och SPO m.fl. mot kommissionen, punkt 385). Likaledes är det vad gäller ett "företag" som utgörs av en bolagskoncern som agerar som en enda ekonomisk enhet endast den sammanlagda omsättningen för de deltagande bolagen som kan utgöra en indikation på det ifrågakvarande företagets storlek och ekonomiska inflytande.
- 530 Således har förstainstansrätten godtagit att kommissionen i ett beslut utdömt böter på grund av en överträdelse för vilken två närstående bolag hållits solidariskt ansvariga, och där kommissionen beräknat böterna just utifrån de två bolagens sammanlagda omsättning.
- 531 Sökandena kan i detta avseende inte vinna framgång med sin begäran att principerna i domen i det ovannämnda målet Metsä-Serla m.fl. mot kommissionen skall tillämpas i deras fall. Enligt den domen hölls vart och ett av sökandebolagen solidariskt ansvarigt upp till ett visst belopp för de böter som ådömts företagssammanslutningen. Den lösning som användes i den domen förklaras nämligen av att det var fråga om en situation där företagssammanslutningen Finnboard utgjorde en ekonomisk enhet tillsammans med vart och ett av medlemsbolagen för sig. I förevarande mål är det däremot endast fråga om en enda ekonomisk enhet, i vilken Isoplus Rosenheim, Isoplus Hohenberg och Isoplus Sondershausen samtliga ingår.

- 532 Anmärkningen vad gäller Isoplus Rosenheims, Isoplus Hohenbergs och Isoplus Sondershausens solidariska betalningsansvar kan således inte godtas.

3. Huruvida kommissionen har gjort en felaktig bedömning av de berörda företagens omsättning.

Parternas argument

- 533 Sökandena har gjort gällande följande. När den jämkade böterna, för att de inte skulle överstiga det i artikel 15.2 i förordning nr 17 föreskrivna taket på 10 procent av omsättningen, gjorde kommissionen fel då den utgick från en total omsättning för Henss/Isoplus-koncernen för år 1997 på 49 500 000 ecu. Det maximala beloppet skall i stället vara 49 055 000 ecu, vilket motsvarar den totala omsättningen efter avdrag för intern försäljning mellan Isoplus Hohenberg, Isoplus Sondershausen och Isoplus Rosenheim. Härav följer att kommissionen endast fick ålägga böter uppgående till 4 905 000 ecu.
- 534 Sökandena har därvidlag tillämpat den växelkurs som slutligt hade fastställts av Europeiska centralbanken i maj 1998 vad gäller ecu och euro och som skulle börja tillämpas från och med den 1 januari 1999.
- 535 Kommissionen kan inte motivera bötesbeloppet på 4 950 000 ecu genom att hänvisa till att det vid beräkningen av Henss/Isoplus-koncernens totala omsättning även skulle tas hänsyn till försäljningen av stålrör. Enligt artikel 15.2 i förordning nr 17 skall nämligen omsättningen för en annan produkt avsedd för en annan marknad än den på vilken överträdelsen begåtts inte i förevarande mål påverka fastställandet av den totala omsättningen för Henss/Isoplus-koncernen.

- 536 Svaranden har gjort gällande följande. Det saknas grund för sökandenas argument att böterna fastställts till ett belopp som är 45 000 ecu för högt. Sökandena har nämligen inte tillämpat korrekt växelkurs, det vill säga den genomsnittliga växelkursen mellan den nationella valutan och ecu för referensåret. Vidare borde sökandena vad beträffar Isoplus Rosenheim ha beaktat inte bara omsättningen för plaströr, utan även den i artikel 15 i förordning nr 17 föreskrivna totala omsättningen utan åtskillnad beroende på produkt.

Förstainstansrättens bedömning

- 537 Vid nedsättningen av Henss/Isoplus-koncernens böter med tillämpning av det i artikel 15.2 i förordning nr 17 föreskrivna taket, utgick kommissionen från en omsättning på ungefär 49 500 000 ecu.
- 538 I sitt svaromål har kommissionen förklarat att den därvidlag utgick från den totala omsättningen för Isoplus Rosenheim, Isoplus Hohenberg och Isoplus Sondershausen för år 1997 efter avdrag för den interna försäljning som uppgetts av bolagen under det administrativa förfarandet. Vidare har kommissionen i svaromålet förklarat att denna omsättning, eftersom den angetts i nationell valuta, räknades om till ecu med tillämpning av den genomsnittliga växelkursen mellan den nationella valutan och ecu för referensåret 1997.
- 539 Det i beslutet angivna beloppet för den totala omsättningen för samtliga tre bolag motsvarar faktiskt det belopp som är summan enligt den av kommissionen angivna räknemetoden av de belopp som sökandena har uppgett.

- 540 Sökandena kan i detta avseende inte vinna framgång med att klandra kommissionen för att vad gäller Isoplus Rosenheim ha utgått från bolagets totala omsättning i stället för att begränsa sig till försäljningen av förisolerade rör avsedda för fjärrvärmemarknaden.
- 541 Enligt fast rättspraxis skall nämligen den omsättning som avses i artikel 15.2 i förordning nr 17, med hänsyn till den övre gränsen för de böter som kan åläggas, förstås som företagets totala omsättning, eftersom endast denna omsättning kan ge en ungefärlig indikation på företagets storlek och inflytande på marknaden (se domen i de ovannämnda förenade målen *Musique diffusion française m.fl. mot kommissionen*, punkt 119, förstainstansrättens dom av den 10 mars 1992 i mål T-13/89, *ICI mot kommissionen*, REG 1992, s. II-1021, svensk specialutgåva, volym 12, s. 183, punkt 376, och av den 7 juli 1994 i mål T-43/92, *Dunlop Slazenger mot kommissionen*, REG 1994, s. II-441, punkt 160). Under förutsättning att kommissionen iakttar den gräns som uppställs i sistnämnda bestämmelse kan kommissionen fastställa bötesbeloppet utifrån den omsättning som den själv har valt med hänsyn till det geografiska underlaget och de berörda produkterna.
- 542 Vad därefter gäller omräkningen av beloppen från nationella valutor till ecu, fick kommissionen tillämpa den genomsnittliga växelkursen mellan den nationella valutan och ecu för referensåret 1997.
- 543 Såsom förstainstansrätten slagit fast får kommissionen, vid beräkningen av bötesbeloppet utifrån omsättningen för ett visst referensår som uttrycks i nationell valuta, räkna om omsättningen i ecu på grundval av den genomsnittliga växelkursen det året och inte på grundval av den växelkurs som gällde då beslutet antogs (förstainstansrättens dom av den 14 maj 1998 i mål T-348/94, *Enso Española mot kommissionen*, REG 1998, s. II-1875, punkterna 336—341).
- 544 Anmärkningen att kommissionen gjort en felaktig bedömning av omsättningen kan således inte godtas.

4. Huruvida kommissionen har åsidosatt rätten till försvar vid bedömningen av försvårande omständigheter

Parternas argument

- 545 Sökandena har gjort gällande följande. Vad gäller de i punkt 179 i beslutet angivna försvårande omständigheterna åsidosatte kommissionen sökandenas grundläggande rätt till försvar då den till Henss/Isoplus-koncernens nackdel ansåg att "det systematiska försöket att vilseleda kommissionen beträffande det rätta förhållandet mellan företagen i koncernen" utgjorde "ett uppsåtligt hindrande av kommissionens undersökningar".
- 546 Inom ramen för ett förfarande som kan leda fram till att böter åläggs, och i vilket frågan uppkommer om det föreligger en koncern, en kvasikoncern eller en *de facto*-koncern, innefattar rätten till försvar en rätt att bestrida vissa bolagsrättsliga förhållanden mellan fysiska och juridiska personer och en rätt att inte röja vissa förhållanden angående egendomsförvaltning. Själva innebörden av egendomsförvaltning innebär nämligen att identiteten på huvudmannen endast skall uppges för vissa myndigheter, såsom finansinspektioner och centralbanken, men inte för tredje man som är part i en tvist eller för andra myndigheter och domstolar. Syftet med att bilda egendomsförvaltningsförhållanden är nämligen i de flesta fall just att sekretess skall råda i förhållande till tredje man. Sökandena var följaktligen tvingade att ålägga sina ombud att iaktta den tystnadsplikt som gäller för advokater. Att anse att detta utgör en försvårande omständighet vid beräkningen av bötesbeloppet, innebär därför ett åsidosättande av den grundläggande rätten till försvar.
- 547 Till skillnad från vad kommissionen har påstått finns det ett berättigat intresse av att sekretess råder vad gäller egendomsförvaltningsförhållanden och därmed beträffande vem som är majoritetsägare. Så är fallet särskilt för Isoplus

Hohenberg, men även till viss del för Isoplus Sondershausen. Av de skäl som Dr Henss redan uppgett för kommissionen vid ett konfidentiellt möte den 3 mars 1998, vilka sedermera bekräftades i en skrivelse av den 4 mars 1998, har sökandena genom sitt beteende endast utövat sin rätt till försvar.

548 Vidare har kommissionen påstått att om det uppsåtliga hindrandet hade lyckats, "skulle [det] ha möjliggjort för företaget att undgå det lämpliga bötesstraffet och/ eller gjort det svårare att driva in det". Beträffande detta påstående har sökandena gjort gällande att även om egendomsförvaltningsförhållandena hade avslöjats, hade det varit nödvändigt att under det administrativa förfarandet lösa vissa rättsfrågor angående huruvida Henss/Isoplus-koncernen var en koncern, kvasikoncern eller en *de facto*-koncern och därmed om den utgjorde ett företag i den mening som avses i artikel 85 i fördraget. Det torde i det avseendet vara ostridigt att rätten att göra en annan rättslig bedömning än kommissionen omfattas av rätten till försvar.

549 Vidare saknas grund för kommissionens påstående att om den hade godtagit sökandenas inställning, så hade det medfört att böterna hade satts ned med ett betydande belopp. Kommissionens antagande att Henss/Isoplus-koncernen utgör en koncern eller i vart fall en *de facto*-koncern skulle nämligen medföra att den interna försäljningen koncernbolagen emellan skulle räknas bort vid beräkningen av omsättningen såsom grund för bötesbeloppet. I det avseendet borde Henss/Isoplus konsoliderade omsättning för referensåret 1997 uppgå till 49 055 000 ecu. Om man däremot godtar att det inte funnits någon Henss/Isoplus-koncern, måste vart och ett av de berörda företagens omsättning beaktas, inklusive försäljningen mellan sökandena, bland annat Isoplus Rosenheims försäljning i egenskap av distributionsbolag eller återförsäljare. I det senare fallet hade utgångspunkten för bötesberäkningen till slut inte skilt sig åt i stor utsträckning. I det senare fallet hade nämligen omsättningen för Isoplus Hohenberg och Isoplus Sondershausen utökats med den provision och garantibelopp som Isoplus Rosenheim hade erhållit i egenskap av återförsäljare, vilket hade inneburit att den totala omsättningen skulle anses uppgå till ungefär 46 000 000 ecu.

- 550 För det fall det inte godtas att det är fråga om en koncern, utan att det till skillnad från sökandenas mening i stället anses att de rättsliga relationerna mellan å ena sidan Isoplus Hohenberg och Isoplus Sondershausen och å andra sidan Isoplus Rosenheim inte utgjorde ett rent återförsäljarförhållande, borde omsättningen för Isoplus Rosenheim ha lagts till den totala omsättningen som utgjorde grund för bötesberäkningen. I det fallet skulle den sammanlagda omsättningen för Isoplus Rosenheim, Isoplus Hohenberg och Isoplus Sondershausen — icke-konsoliderad och utan beaktande av den interna omsättningen — uppgå till 68 000 000 ecu.
- 551 Detta visar att den omständigheten att egendomsförvaltningsförhållandena hemlighölls samt den omständigheten att sökandena bestritt kvalificeringen av Henss-bolagen och Isoplus-bolagen som en koncern, kvasikoncern eller *de facto*-koncern inte på något sätt utgjorde några vilseledande åtgärder för att få kommissionen att sätta ned böterna.
- 552 Svaranden har gjort gällande följande. Advokaterna för Henss-bolagen och Isoplus-bolagen vilseledde uppsåtligen kommissionen i den viktiga frågan huruvida Dr Henss även kontrollerade Isoplus-bolagen. Sökandenas vilseledande åtgärder saknar samband med utövandet av rätten till försvar. Skyldigheten att svara på en begäran om upplysningar enligt förordning nr 17 innebär inte att rätten till försvar åsidosätts. Det gäller i synnerhet som de vilseledande åtgärderna inte avsåg förekomsten av en överträdelse eller grunden för beräkningen av bötesbeloppet.
- 553 Vad gäller sekretessen beträffande egendomsförvaltningsförhållandena har sökandena inte visat att de hade ett berättigat intresse av att inte röja de av kommissionen begärda uppgifterna. Kommissionen är i vart fall skyldig att enligt artikel 20 i förordning nr 17 iakttäta berättigade skäl att hålla uppgifter hemliga, särskilt affärshemligheter.

- 554 Vad gäller frågan huruvida den omständigheten att kommissionen vilseleddes hade kunnat leda fram till en betydande nedsättning av böterna, har kommissionen gjort gällande att även om viss försäljning mellan sökandena hade beaktats så hade bötesbeloppet varit lägre än det som faktiskt ålades sökandena.

Förstainstansrättens bedömning

- 555 Kommissionen fann att det var en försvårande omständighet för Henss/Isoplus-koncernen att koncernen gjorde "systematiska försök... att vilseleda kommissionen beträffande det rätta förhållandet mellan företagen i koncernen". Kommissionen ansåg vidare att detta, tillsammans med den omständigheten att sökandena uppsåtligen fortsatte kartellverksamheten efter det att undersökningarna genomförts och att de hade en ledande roll i genomförandet av kartellen, skulle medföra att de böter som ålades koncernbolagen skulle ökas med 30 procent (punkt 179 tredje stycket i beslutet).
- 556 I detta avseende finner förstainstansrätten att vissa av de uppgifter som sökandena lämnat beträffande aktieägar- och egendomsförhållandena angående de bolag som kommissionen ansåg ingå i Henss/Isoplus-koncernen var felaktiga.
- 557 Genom begäran om upplysningar av den 13 mars 1996 begärde kommissionen att Isoplus Hohenberg skulle lämna en fullständig redogörelse för de möten som ägt rum med konkurrerande företag, och särskilt de deltagande företrädarnas namn, vilket företag de företrädde och vilken ställning de hade i respektive företag. Isoplus Hohenberg uppgav som svar att Dr Henss deltog i mötena som företrädare för Isoplus-bolagen endast på grund av en fullmakt från dessa

(Isoplus Hohenbergs tilläggssvar av den 10 oktober 1996, nedan kallat Isoplus Hohenbergs tilläggssvar). I sina yttranden över meddelandet om anmärkningar av den 30 juni 1997 bestred vidare Isoplus Hohenberg och Isoplus Sondershausen att Henss-bolagen och Isoplus-bolagen utgjorde en enda koncern och att de var förbundna med varandra under Dr Henss ledning eller kontroll. I samma yttranden uppgav de vidare att det i akten inte fanns något bevis på att Dr Henss kontrollerade — inte ens genom en mellanman — Isoplus Hohenberg eller de bolag som var knutna till Isoplus Hohenberg. Såsom sökandena vitsordat inför förstainstansrätten har det emellertid framgått att Dr Henss innehade majoriteten av aktierna i Isoplus Hohenberg, åtminstone från och med oktober 1991 fram till och med det att han genom apportavtalet av den 15 januari 1997 överlät sina andelar till HFB KG. Av vad anförs följer således att Dr Henss vid det aktuella tillfället indirekt innehade andelar i Isoplus Sondershausen och att han även deltog i kartellens möten i egenskap av ägare av Isoplus Hohenberg och indirekt ägare av Isoplus Sondershausen.

558 För det andra har Isoplus Hohenberg i sitt tilläggssvar uppgett att det innehade 100 procent av kapitalet i Isoplus Sondershausen. Detta har även bekräftats i Isoplus Hohenbergs och Isoplus Sondershausens yttranden över meddelandet om anmärkningar. Dessa upplysningar har emellertid visat sig vara felaktiga. Kommissionen har nämligen genom apportavtalet fått kännedom om att en tredjedel av aktiekapitalet i Isoplus Sondershausen innehades av Isoplus Hohenberg i egenskap av mellanman för makarna Papsdorf, vilka överlätit denna tredjedel till HFB KG genom apportavtalet. Vidare har sökandena bekräftat i sina yttranden till förstainstansrätten att ytterligare en tredjedel av nämnda aktiekapital innehades av Isoplus Hohenberg i egenskap av mellanman.

559 Till skillnad från vad sökandena har påstått kan deras beteende under det administrativa förfarandet inte betraktas så som om de endast utövat sin rätt att bestrida kommissionens bedömning att Henss-bolagen och Isoplus-bolagen utgjorde en koncern.

- 560 Under det administrativa förfarandet bestred sökandena kommissionens bedömning av sakomständigheterna och dess rättsliga ställningstagande, men de lämnade dessutom ofullständiga och delvis oriktiga uppgifter i sina svar på begäran om upplysningar och i sina yttranden över meddelandet om anmärkningar.
- 561 Enligt förordning nr 17 åläggs det företag som är föremål för undersökningen att aktivt samarbeta med kommissionen, vilket innebär att det skall ställa allt informationsunderlag som är relevant för undersökningens syfte till kommissionens förfogande (domstolens dom av den 18 oktober 1989 i mål 374/87, Orkem mot kommissionen, REG 1989, s. 3283, punkt 27, svensk specialutgåva, volym 10, s. 217, och förstainstansrättens dom av den 8 mars 1995 i mål T-34/93, Société générale mot kommissionen, REG 1995, s. II-545, punkt 72). Det är visserligen riktigt att företagen får välja att svara eller att inte svara på de frågor som ställts enligt artikel 11.1 i förordning nr 17, men det följer av den sanktionsåtgärd som anges i artikel 15.1 b första delen av meningen i förordning nr 17 att de företag som valt att besvara frågorna är skyldiga att lämna korrekta upplysningar.
- 562 Vidare kan sökandena inte till sin fördel göra gällande att uppgifterna om egendomsförvaltningsförhållandena i Isoplus Hohenberg och Isoplus Sondershausen är hemliga. Enligt artikel 20.2 i förordning nr 17 får kommissionen nämligen inte röja upplysningar som den har inhämtat med stöd av denna förordning och som är av sådant slag att de omfattas av sekretess. Vidare anges i artikel 20.1 i förordning nr 17 att de upplysningar som har inhämtats med stöd av artiklarna 11—14 endast får användas för det avsedda ändamålet. Eftersom kommissionen är skyldig att inte röja upplysningar som omfattas av sekretess, kan sökandenas beteende inte motiveras av att namnen på huvudmännen inom ramen för egendomsförvaltningsförhållandena skall skyddas genom sekretess. Det är för övrigt inte uteslutet att sökandena hade kunnat underrätta kommissionen om att Dr Henss faktiskt kontrollerade Isoplus-bolagen och om vilka ägarförhållanden som förelåg mellan bolagen, utan att det hade varit nödvändigt

att röja namnen på de utomstående personer som var huvudmän inom ramen för egendomsförvaltningen.

563 Isoplus Hohenberg och Isoplus Sondershausen borde ha känt till att de upplysningar som hemlighölls för kommissionen var nödvändiga för att göra en bedömning av förhållandena mellan de bolag som kommissionen redan i begäran om upplysningar av den 13 mars 1996 ansåg utgjorde en enda koncern (Henss-koncernen). Kommissionen kvalificerade därför på goda grunder sökandenas beteenden som "systematiska försök... att vilseleda kommissionen beträffande det rätta förhållandet mellan företagen i koncernen", vilket utgjorde "ett uppsåtligt hindrande av kommissionens undersökningar". Att bolagen agerade uppsåtligt bekräftas av att den advokat som försvarade Isoplus Hohenberg och Isoplus Sondershausen hade kännedom om att de upplysningar som lämnades under det administrativa förfarandet var oriktiga, mot bakgrund av att han var ombud i egendomsförvaltningsförhållandena, vilket även har vitsordats av sökandena.

564 Vad gäller påståendet att det uppsåtliga hindrandet "om det hade lyckats skulle ha möjliggjort för företaget att undgå det lämpliga bötesstraffet och/eller gjort det svårare att driva in det" gör förstainstansrätten följande bedömning. Dr Henss kontroll över Henss-bolagen och Isoplus-bolagen leder mot bakgrund av omständigheterna i förevarande fall till slutsatsen att bolagens verksamhet bör anses ha bedrivits av en "Henss/Isoplus"-koncern som existerade i praktiken och för vilken Isoplus Rosenheim, Isoplus Hohenberg och Isoplus Sondershausen kan hållas solidariskt ansvariga. Det kan således inte uteslutas att kommissionen inte hade kunnat komma fram till det faktiska bötesbeloppet om det inte hade styrkts att Dr Henss kontrollerade Isoplus Hohenberg och följaktligen även delvis kontrollerade Isoplus Sondershausen, och det saknas därvidlag anledning att kontrollera huruvida en eller annan hypotes hade kunnat medföra ett högre bötesbelopp. Just detta ägarförhållande har emellertid bestritts av sökandena under det administrativa förfarandet.

565 Anmärkningen att kommissionen åsidosatt sökandenas rätt till försvar vid bedömningen av de försvårande omständigheterna kan således inte godtas.

5. Huruvida sökandenas roll inom ramen för den konkurrensbegränsande samverkan utgjorde en försvårande omständighet

Parternas argument

- 566 Sökandena har gjort gällande följande. Det bestrids att kommissionen gjorde en riktig bedömning då den ansåg att "den ledande roll som [Henss/Isoplus] spelade i genomförandet av kartellen" utgjorde en försvårande omständighet för nämnda företag. Kommissionens påståenden i punkterna 75, 121 och 144 i beslutet bestrids därvidlag.
- 567 Henss Rosenheims eller Dr Henss verksamhet — särskilt mellan oktober 1991 och oktober 1994 — skall i förhållande till ABB bedömas mot bakgrund av att de båda förstnämnda var återförsäljare för ABB Isolrohr och mot bakgrund av de avtalsenliga förpliktelser som följer därav.
- 568 I beslutet har Henss klandrats för att det "hörde till de mest hängivna anhängarna av avtalen om uppdelning av marknaden och anbudsmanipulation". Beträffande detta påstående har sökandena förklarat att de ibland beträffande vissa projekt lyckades att ta hem ordern i stället för det företag som på förhand var favorit till detta. När så var fallet, exempelvis gentemot Tarco, fick sökandena och i första hand Dr Henss ta emot livliga protester från Tarcos sida. Det var därför normalt att sökandena framförde kritik i de fall när de var favoriter men att Tarco trots detta tog hem kontrakten. Mot denna bakgrund har det vitsordats av kommissionen att det följer av de jämförande förteckningarna från december 1995 angående kartelldeltagarnas marknadsandelar att Tarco och Løgstør hade uppnått en betydligt större marknadsandel än vad som fastställts inom kartellen, vilket drabbade ABB, Henss/Isoplus-koncernen och KWH. Detta utvisar att varken Henss/Isoplus-koncernen eller sökandena verkligen hade någon ledande roll.

- 569 Inte heller vad gäller åtgärderna mot Powerpipe hade sökandena någon ledande roll i genomförandet av kartellen. De deltog inte i den långsiktiga strategi som utarbetats av ABB redan år 1992, vars syfte var att kontrollera marknaden och undanröja Powerpipe, och som Løgstør deltog i genom att vara med om att anställa personer från nämnda bolag. Sökandena har aldrig bedrivit någon verksamhet på den svenska marknaden och första gången de bedrev verksamhet på den danska marknaden var i början av år 1993, samtidigt som Powerpipe inte hade expanderat till Tyskland före år 1994. I förhållande till Leipzig-Lippendorf-projektet har varken Isoplus Rosenheim eller Dr Henss någonsin krävt att bojkottåtgärder skulle vidtas mot Powerpipe.
- 570 Sökandena har inte heller varit med om att vidta sanktionsåtgärder mot dem som inte iakttog de avtal som träffats inom den europeiska kartellen. Det följer nämligen av bilaga 7 till Løgstørs yttrande över meddelandet om anmärkningar och av den av ABB framlagda planen att det varken var sökandenas eller Dr Henss idé att vidta sanktionsåtgärder inom den europeiska kartellen.
- 571 Det är visserligen riktigt att även sökandena tillämpade de gemensamma prislistor som kallades "EU List", "Euro Price List" eller "Europa-Preisliste" efter det att den europeiska kartellen avslutats, men dessa prislistor upprättades varken av sökandena eller av Dr Henss. Løgstørs uppgifter i detta avseende är inte trovärdiga.
- 572 Kommissionen har för övrigt i beslutet betonat att ABB var den ledande och huvudsaklige initiativtagaren till kartellen och att Løgstør hade en aktiv roll i planeringen och genomförandet av kartellens strategi, och att de båda aktivt deltog i bojkotten mot Powerpipe genom att utöva påtryckningar mot Powerpipes leverantörer för att förmå dem att upphöra med sina leveranser till nämnda bolag.

- 573 Henss/Isoplus-koncernens marknadsandelar på europainivå och den omständigheten att koncernen togs med i EuHP först i augusti 1995 talar även mot att koncernen hade en ledande roll. Vad gäller Henss/Isoplus marknadsställning framgår av de i punkterna 10—15 i beslutet redovisade siffrorna att Henss/Isoplus-koncernen under ifrågakvarande period dessutom var den femte största koncernen vad gäller marknadsandelar, efter ABB, Løgstør, Tarco och Pan-Isovit, och detta under förutsättning att sökandena anses utgöra en ekonomisk enhet.
- 574 Svaranden har gjort gällande följande. Att Henss/Isoplus-koncernen hade en ledande roll framgår särskilt av att koncernen agerade för att genomföra en uppdelning av överenskomna projekt, men även för att upprätta hemliga prislister och ett sanktionssystem. Vidare agerade koncernen för att vidta åtgärder mot Powerpipe. Sökandenas argument i detta avseende utgör huvudsakligen en upprepning av redan tidigare åberopade grunder.
- 575 Det bestrids att en återförsäljare inte kan ha en ledande roll i en kartell bestående av producenter. Hela Henss/Isoplus-koncernen skall hållas ansvarig för att ha haft en ledande roll, och koncernen erhöll under alla omständigheter 10 procent av den europeiska marknaden inom ramen för de avtal om marknadsuppdelning som träffades inom den europeiska kartellen, vilket är den största marknadsandelen efter ABB:s och Løgstørs. I detta avseende skall även avtalen om kvoter på den tyska marknaden beaktas. Kommissionen har i vart fall inte grundat sin bedömning att Henss/Isoplus-koncernen hade en ledande roll på koncernens marknadsställning, utan på koncernens beteende inom kartellen. Slutligen kom kommissionen inte fram till att Henss/Isoplus-koncernen hade en ledande roll på grund av vad som inträffade under bojkotten beträffande Leipzig-Lippendorf-projektet, eftersom koncernen hade en ledande roll inom ramen för andra åtgärder som vidtogs mot Powerpipe och som beskrivits i punkterna 94—97 och 106 i beslutet. Punkterna 121 och 179 i beslutet avser genomförandet av kartellen, bland annat de åtgärder som vidtogs mot Powerpipe.

Förstainstansrättens bedömning

- 576 Enligt punkt 179 i beslutet utgör den omständigheten att Henss/Isoplus-koncernen hade en ledande roll i genomförandet av kartellen en försvårande omständighet, vilket ledde till att kommissionen höjde Henss/Isoplus-koncernens böter med 30 procent.
- 577 Oavsett vilken marknadsandel som Henss/Isoplus-koncernen hade, framgår det av handlingarna i akten att koncernen agerade för att kartellens avtal skulle iakttas, vilket utvisas av bilagorna 86, 87, 88, 89, 92 och 93 till meddelandet om anmärkningar och som angetts i punkt 75 i beslutet, samt bekräftats av Tarco (svar av den 26 april 1996 och av den 31 maj 1996 på begäran om upplysningar av den 13 mars 1996) och av Løgstør (yttranden över meddelandet om anmärkningar). Vidare har sökandena inte åberopat någon bevisning om att Tarco skulle ha agerat på samma sätt som Henss/Isoplus-koncernen då nämnda koncern tilldelades ett projekt som var avsett för Tarco.
- 578 Även om det inte var Henss/Isoplus-koncernen som upprättade prislister, har det styrkts att koncernen tillsammans med ABB tog initiativ till att avtal om priser på den tyska marknaden skulle träffas. Detta styrks inte bara av Løgstør i dess yttrande över meddelandet om anmärkningar, utan även av Tarco (svar av den 26 april 1996) och av ABB:s vice verkställande direktörs faxmeddelande av den 28 juni 1994 (bilaga X 8 till meddelandet om anmärkningar), i vilket dennes åtgärder mot kartellsamordnaren och Dr Henss för att de skulle följa de instruktioner som lämnats av direktören för ABB IC Møller beskrivs. Dessutom har Brugg uppgett att det var Dr Henss som erbjöd företaget att vara med i kartellen (Bruggs svar). Vad beträffar de åtgärder som vidtagits gentemot Powerpipe har det redan i punkterna 261—286 ovan slagits fast att kommissionen styrkt att Henss/Isoplus-koncernen hade en ledande roll från och med den tidpunkt då Powerpipe påbörjade sin verksamhet på den tyska marknaden, bland annat vid anbudsgivningen beträffande Neubrandenburg- och Leipzig-Lippendorfprojekten.

579 I punkterna 168—172 och 179 ovan har det slagits fast att varken den omständigheten att Henss Rosenheim var återförsäljare, eller den omständigheten att inget av bolagen i Henss/Isoplus-koncernen deltog i EuHP före sommaren 1995, föranleder att någon annan bedömning av Henss/Isoplus-koncernens roll i kartellen skall göras än den som gjorts av kommissionen.

580 Att det var ABB och Løgstør som skulle ha tagit initiativ till kartellen utgör inte tillräcklig grund för att anse att kommissionens slutsatser är felaktiga. ABB:s bötesbelopp höjdes nämligen med 50 procent på grund av den roll som bolaget haft i kartellen, och Løgstørs bötesbelopp höjdes med 30 procent, trots att sistnämnda bolag inte klandrats för att ha försökt hindra kommissionens utredning.

581 Förstainstansrätten finner mot denna bakgrund att kommissionen gjorde en riktig bedömning då den ansåg att Henss/Isoplus-koncernen hade en ledande roll i genomförandet av kartellen och att detta utgjorde en försvårande omständighet för koncernen.

582 Talan kan således inte vinna bifall på denna del av den fjärde grunden.

6. Huruvida kommissionen har underlåtit att beakta förmildrande omständigheter

Parternas argument

583 Sökandena har åberopat en rad omständigheter som kommissionen borde ha beaktat — eller som i vart fall förstainstansrätten bör beakta — för att sätta ned

böterna, även om förstainstansrätten inte godtar de grunder som hänför sig till dessa omständigheter och som angetts på andra ställen i ansökan.

- 584 För det första borde kommissionen vid sin bedömning av kartellens verkningar ha beaktat att priserna på förisolerade rör sjönk på den europeiska marknaden under hela perioden mellan åren 1990—1994, dock inte på den danska marknaden. Denna låga prisnivå innebar att flera företag redovisade stora förluster. Den prishöjning som uppkom efter det att den europeiska kartellens verksamhet inleddes var inte dramatisk, vilket innebar att kartellen inte medförde någon faktisk skada för de kunder som använde ifrågavarande produkt. Sökandena hade dessutom bedrivit sin verksamhet på marknader där priserna inte höjts före år 1994. Även under år 1995 och början av år 1996 kunde kunderna till producenterna och distributörerna av förisolerade rör fortfarande köpa ifrågavarande produkter till seriösa, rimliga och inte i något fall överdrivet höga priser.
- 585 För det andra borde kommissionen ha beaktat att sökandenas verksamhet på den danska marknaden som påbörjades i början av år 1993, tillsammans med andra omständigheter, medförde att den danska kartellen upplöstes och att de konkurrensbegränsande avtalen delvis upphörde att gälla från och med år 1993 till och med början av år 1994.
- 586 För det tredje har sökandena erinrat om att Henss Rosenheim (vars nuvarande firma är Isoplus Rosenheim) vid det aktuella tillfället bedrev sin verksamhet som återförsäljare till ABB Isolrohr. Det är därför som ABB-koncernen borde, åtminstone delvis, hållas ansvarig för Henss Rosenheims beteende mellan oktober 1991 och oktober 1994. Även ABB-koncernen bötfälldes i detta avseende, och för

att principen om förbud mot dubbla sanktionsåtgärder skall kunna iakttas bör detta medföra att Isoplus Rosenheims och därigenom även Henss/Isoplus-koncernens böter sätts ned. Kommissionen tog nämligen med en viss del av Henss Rosenheims försäljning vid beräkningen av omsättningen såväl för Henss/Isoplus-koncernen som för ABB. Vid bötesberäkningen borde det under alla omständigheter vara mot huvudmannen som sanktionsåtgärderna vidtas och inte mot återförsäljaren. Vad gäller perioden efter oktober 1994 tvingades sökandena att delta i den europeiska kartellen på grund av att priserna föll kraftigt, vilket särskilt berodde på ABB IC Møller, och på grund av de påtryckningar som ABB och Løgstør utövade.

587 För det fall sökandena hålls ansvariga för åtgärderna mot Powerpipe, har det för det fjärde gjorts gällande att sökandena endast hade en underordnad roll. Dr Henss eller Henss Rosenheims beteende beträffande Neubrandenburgprojektet kan endast kvalificeras som försök, eftersom de aktuella åtgärderna misslyckades då det var Powerpipe som tilldelades projektet.

588 För det femte ålades sökandena att betala så pass höga böter att de kan komma på obestånd. I princip skall det emellertid beaktas om företaget i fråga kan komma på obestånd på grund av bötesbeloppet. De ålagda böterna skulle annars kunna innebära att företaget måste upphöra med sin verksamhet på den berörda marknaden och därigenom att ett oligopol uppkommer eller att något företag får en dominerande ställning på marknaden. Eftersom Pan-Isovit och Tarco har köpts upp av Løgstør och då även KWH beslutat sig för att på mer eller mindre kort sikt upphöra med sin verksamhet på marknaden för förisolerade rör, skulle nämligen ABB och Løgstør, det vill säga de två bolag som hade ledande roller i kartellen, få oligopol på nämnda marknad för det fall sökandena tvingades att upphöra med sin verksamhet.

- 589 Sökandena har vidare påpekat att de redan i sina skrivelser av den 27 och den 30 mars 1998 till kommissionen samt vid förhöret gjort gällande att ett alltför högt bötesbelopp skulle medföra en risk för att Isoplus Rosenheim, Isoplus Hohenberg och Isoplus Sondershausen skulle komma på obestånd, vilket skulle innebära att arbetstillfällena går förlorade och att de två tillverkningsföretagen och ett betydande distributionsföretag skulle försvinna från marknaden. De nämnda sökandebolagens insolvens skulle medföra samma verkningar för HFB GmbH och HFB KG. Det var mot bakgrund av sökandenas dåliga likviditet som de den 10 februari 1999 gav in en ansökan om interimistiska åtgärder till förstainstansrätten, och de förklarade i nämnda ansökan att de löpte risk att komma på obestånd. I detta avseende åberopas det arbete som utförts av ett revisionsbolag den 4 februari 1999 (nedan kallat expertutlåtandet), som gavs in till förstainstansrätten under det interimistiska förfarandet. Med åberopande av artikel 48.2 i förstainstansrättens rättegångsregler begärde sökandena att expertutlåtandet jämte bilagor, vilka bilagts repliken, skulle godtas som ytterligare bevisning. Grunden för denna begäran var att det var fråga om bevisning som inte fanns då talan väcktes den 18 januari 1999.
- 590 Mot bakgrund av ovanstående saknas grund för kommissionen att påstå att den vid fastställandet av bötesbeloppet ansåg att en eller annan omständighet utgjorde förmildrande omständigheter. Den oriktiga tillämpningen av riktlinjerna gjorde i vart fall det omöjligt att göra en sådan bedömning, eftersom sökandenas bötesbelopp uppgår till det maximala belopp som avses i artikel 15.2 i förordning nr 17.
- 591 Svaranden har gjort gällande följande. För det första beaktades prisutvecklingen mellan åren 1990 och 1996 på den berörda marknaden i vederbörlig ordning. Vad för det andra gäller argumenten att det var Henss/Isoplus-koncernen som framtvängde en upplösning av den danska kartellen och att koncernen gick med i kartellen på grund av ABB:s och Løgstørs påtryckningar, hänvisas till vad kommissionen anfört tidigare. För det tredje innebär inte de affärsmässiga förhållandena mellan ABB Isolrohr och Henss Rosenheim att ABB Isolrohr och

Henss/Isoplus utgjorde en ekonomisk enhet. För det fjärde kan åtgärderna mot Powerpipe inte prövas fristående från kartellen. För det femte utgör ett företags ekonomiska svårigheter inte någon förmildrande omständighet vid beräkningen av bötesbeloppet. Dessutom framgår av beslutet i det ovannämnda målet HFB m.fl. mot kommissionen att de handlingar som gavs in i det förfarandet — inklusive expertutlåtandet — inte styrker att sökandena befann sig i ekonomiska svårigheter. Den bevisning som avser förhållanden då beslutet fattades saknar relevans och har getts in för sent. För det sjätte är det inte möjligt att utifrån riktlinjerna beräkna ett exakt bötesbelopp. I vart fall avser gränsen på 10 procent av omsättningen det slutliga resultatet av bötesberäkningen.

Förstainstansrättens bedömning

- 592 Efter att ha bedömt överträdelsens allvar och varaktighet jämte de försvårande omständigheter som förelåg, har kommissionen vid fastställandet av Henss/Isoplus-koncernens bötesbelopp inte funnit att det förelåg några förmildrande omständigheter för koncernen.
- 593 Vad gäller prisutvecklingen på den berörda marknaden under den aktuella perioden finner förstainstansrätten att kommissionen inte var skyldig att beakta nämnda prisutveckling som en förmildrande omständighet och därigenom sätta ned bötesbeloppet. Det framgår av punkt 166 sjunde stycket i beslutet att bötesbeloppet fastställdes mot bakgrund av att avtalen beträffande den tyska marknaden mellan slutet av år 1991 och år 1993 i praktiken hade en begränsad effekt. Inte heller prissänkningen utanför Danmark eller den lägre prisnivån på

den tyska marknaden jämfört med prisnivån på den danska marknaden för samma period kan medföra att sökandens böter skall sättas ned. Den höga prisnivån på den danska marknaden var nämligen resultatet av en hemlig samordning mellan producenterna som sökandena mycket väl hade kännedom om. Prisenivån kan så mycket mindre utgöra en förmildrande omständighet som kommissionen konstaterat att betydande prishöjningar inträffade på den tyska marknaden från och med slutet av år 1994.

- 594 I likhet med vad som slagits fast ovan i punkterna 176 och 177 kan sökandena inte till sin fördel åberopa sin roll vad gäller upplösningen av den danska kartellen år 1993. Att den danska kartellen upplöstes berodde nämligen inte enbart på att Henss/Isoplus-koncernen började bedriva verksamhet på den danska marknaden. Samma bedömning görs vad gäller återförsäljningen för ABB IC Møller, eftersom Henss/Isoplus-koncernens deltagande i kartellen avsåg så mycket mer än bara koncernens verksamhet som ABB:s distributör. Ett företag, som tillsammans med andra företag deltar i konkurrensbegränsande åtgärder, kan i vart fall inte till sin fördel göra gällande att det tvingats av de andra deltagarna att delta i åtgärderna. Företaget skulle nämligen ha kunnat anmäla de påtryckningar som det var föremål för (se punkt 178 ovan).
- 595 Inte heller sökandenas argument att deras åtgärder mot Powerpipe endast utgjorde ett försök till hemlig samverkan har godtagits (se punkterna 283—285 ovan).
- 596 Utan att det är nödvändigt att pröva påståendet att sökandena kan komma på obestånd på grund av bötesbeloppets storlek eller huruvida bevisningen beträffande denna fråga har getts in för sent, följer av fast rättspraxis att kommissionen, då den fastställer bötesbeloppet, inte är skyldig att beakta det berörda företagets dåliga ekonomiska ställning. Godtagandet av en sådan skyldighet skulle nämligen medföra att de företag som var sämst anpassade till

marknadsvillkoren gavs en oberättigad konkurrensfördel (domstolens dom av den 8 november 1983 i de förenade målen 96/82—102/82, 104/82, 105/82, 108/82 och 110/82, IAZ m.fl. mot kommissionen, REG 1983, s. 3369, punkterna 54 och 55, förstainstansrättens dom av den 14 maj 1998 i mål T-319/94, Fiskeby Board mot kommissionen, REG 1998, s. II-1331, punkterna 75 och 76, och domen i det ovannämnda målet Enso Española mot kommissionen, punkt 316).

597 Då det inte föreligger några förmildrande omständigheter som borde ha beaktats, kan sökandena inte till sin fördel göra gällande att tillämpningen av riktlinjerna gjorde det omöjligt att beakta förmildrande omständigheter som skulle medföra en nedsättning av bötesbeloppet, så mycket mer som det i riktlinjerna föreskrivs att böterna skall sättas ned för att beakta förmildrande omständigheter (andra stycket och punkt 3 i riktlinjerna).

598 Av vad anförts följer att sökandenas anmärkning inte kan godtas.

599
till
638 ...

V — *Slutsatser*

639 Av vad anförts följer att artiklarna 3 d och 5 d i beslutet skall ogiltigförklaras såvitt de gäller HFB GmbH och HFB KG. Talan skall i övrigt ogillas.

Rättegångskostnader

- 640 Enligt artikel 87.3 i förstainstansrättens rättegångsregler kan förstainstansrätten, om parterna ömsom tappar målet på en eller flera punkter, besluta att kostnaderna skall delas eller att vardera parten skall bära sin kostnad. Eftersom talan endast har bifallits delvis, anser förstainstansrätten att det är skäligt med hänsyn till omständigheterna i fråga att besluta att sökandena skall bära sina rättegångskostnader samt ersätta 80 procent av kommissionens rättegångskostnad, inklusive kostnaderna för det interimistiska förfarandet, och att kommissionen skall bära 20 procent av sin egen rättegångskostnad, inklusive kostnaderna för det interimistiska förfarandet.

På dessa grunder beslutar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (fjärde avdelningen)

följande dom:

- 1) Artiklarna 3 d och 5 d i kommissionens beslut 1999/60/EG av den 21 oktober 1998 om ett förfarande enligt artikel 85 i EG-fördraget (IV/35.691/E-4 — Kartellen för fjärrvärmerör) ogiltigförklaras såvitt de gäller HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbh & Co. KG och HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbh, Verwaltungsgesellschaft.

- 2) Talan ogillas i övrigt.
- 3) Sökandena skall solidariskt bära sina rättegångskostnader, inklusive kostnaderna för det interimistiska förfarandet, och ersätta 80 procent av kommissionens rättegångskostnad, inklusive kostnaderna för det interimistiska förfarandet.
- 4) Kommissionen skall bära 20 procent av sin rättegångskostnad, inklusive kostnaderna för det interimistiska förfarandet.

Mengozzi

Tiili

Moura Ramos

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 20 mars 2002.

H. Jung

P. Mengozzi

Justitiesekreterare

Ordförande