

RETTENS DOM (Fjerde Afdeling)

20. marts 2002 *

I sag 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 (Østrig),

Isoplus Fernwärmetechnik GmbH, Sondershausen (Tyskland),

ved advokaterne P. Krömer og F. Nusterer, og med valgt adresse i Luxembourg,

sagsøgere,

* Processprog: tysk.

mod

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber, ved W. Mölls og É. Gippini Fournier, som befuldmægtigede, og med valgt adresse i Luxembourg,

sagsøgt,

hvorunder der principalt er nedlagt påstand om annullation af Kommissionens beslutning 1999/60/EF af 21. oktober 1998 om en procedure efter EF-traktatens artikel 85 (sag IV/35.691/E-4: Rørkartel (præisolerede rør)) (EFT 1999 L 24, s. 1) og subsidiært om nedsættelse af den bøde, der er pålagt sagsøgerne ved denne beslutning,

har

DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET I FØRSTE INSTANS
(Fjerde Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, P. Mengozzi, og dommerne V. Tiili og R.M. Moura Ramos,

justitssekretær: fuldmægtig J. Palacio González,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 20. oktober 2000,

afsagt følgende

Dom¹

Sagens faktiske omstændigheder

- 1 Sagsøgerne er tyske og østrigske selskaber, der driver virksomhed inden for fjernvarmesektoren, og som af Kommissionen anses for at udgøre »Henss/Isoplus-koncernen«.

2
til
7 [...]

- 8 Den 21. oktober 1998 vedtog Kommissionen beslutning 1999/60/EF om en procedure efter EF-traktatens artikel 85 (sag IV/35.691/E-4: Rørkartel (præisolerede rør)) (EFT 1999 L 24, s. 1), som før offentliggørelsen blev berigtiget ved en beslutning af 6. oktober 1998 (K(1998) 3415 endelig udg.) (herefter »beslutningen« eller »den anfægtede beslutning«), hvori den fastslog, at en række virksomheder, og herunder nogle af sagsøgerne, havde deltaget i et kompleks af aftaler og samordnet praksis i EF-traktatens artikel 85, stk. 1's forstand (nu artikel 81, stk. 1, EF) (herefter »kartellet«).

1 — Der gengives kun de præmisser i nærværende dom, som Retten finder det relevant at offentliggøre. De faktiske og retlige omstændigheder i nærværende sag er gengivet i Rettens dom af 20.3.2002, LR af 1998 mod Kommissionen (sag T-23/99, Sml. II, s. 1705).

- 9 Ifølge beslutningen blev der sidst i 1990 indgået en principaftale mellem de fire danske producenter af fjernvarmerør om et generelt samarbejde på deres hjemmemarked. Parterne i denne aftale var ABB IC Møller A/S, som er det danske datterselskab af den svensk-schweiziske koncern ABB Asea Brown Boveri Ltd (herefter »ABB«), Dansk Rørindustri A/S, der også kendes under navnet Starpipe (herefter »Dansk Rørindustri«), Løgstør Rør A/S (herefter »Løgstør«) og Tarco Energi A/S (herefter »Tarco«) (disse fire virksomheder omtales herefter som »de danske producenter«). En af de første foranstaltninger, der blev truffet, var samordning af en prisforhøjelse, såvel for det danske marked som for eksportmarkederne. Med henblik på en opdeling af det danske marked blev der fastsat kvoter, som derefter blev gennemført og overvåget af en »kontaktgruppe«, som omfattede de pågældende virksomheders salgsdirektører. I forbindelse med ethvert forretningsprojekt (herefter et »projekt«) meddelte den virksomhed, som kontaktgruppen havde tildelt projektet, de andre deltagere, hvilken pris den agtede at tilbyde, og derpå fremsatte de andre højere bud for at beskytte den leverandør, som kartellet havde udpeget.
- 10 Ifølge beslutningen deltog to tyske producenter — Henss/Isoplus-koncernen og Pan-Isovit GmbH — i de danske producenters regelmæssige møder fra efteråret 1991. Under disse møder blev der forhandlet om en opdeling af det tyske marked. I august 1993 resulterede disse forhandlinger i aftaler om fastsættelse af salgskvoter for hver enkelt deltagende virksomhed.
- 11 I 1994 blev der — stadig ifølge beslutningen — indgået en aftale mellem alle disse producenter om fastsættelse af kvoter for hele det europæiske marked. Dette europæiske kartel omfattede en todelt struktur. »Direktørklubben«, som bestod af de administrerende direktører for de deltagende virksomheder i kartellet, tildelte den enkelte virksomhed kvoter såvel på markedet som helhed som på de forskellige nationale markeder, bl.a. Tyskland, Østrig, Danmark, Finland, Italien, Nederlandene og Sverige. For visse nationale markeder blev der oprettet en »kontaktgruppe«, som bestod af de lokale salgsdirektører, og som skulle administrere aftalerne og herved fordele projekterne og koordinere buddene i forbindelse med licitationer.

- 12 Vedrørende det tyske marked nævnes det i beslutningen, at efter et møde, som blev afholdt den 18. august 1994 mellem de seks største europæiske producenter (ABB, Dansk Rørindustri, Henss/Isoplus-koncernen, Løgstør, Pan-Isovit og Tarco) og Brugg Rohrsysteme GmbH (herefter »Brugg«), blev der den 7. oktober 1994 afholdt et første møde i kontaktgruppen for Tyskland. Møderne i denne gruppe fortsatte længe efter, at Kommissionen havde gennemført sine kontrolundersøgelser i slutningen af juni 1995, selv om de efter dette tidspunkt blev afholdt uden for Den Europæiske Union, nemlig i Zürich. Møderne i Zürich fortsatte indtil den 25. marts 1996, dvs. nogle dage efter, at visse af disse virksomheder havde modtaget anmodninger om oplysninger fra Kommissionen.
- 13 Beslutningen anfører navnlig, at der som led i kartellet blev vedtaget og gennemført samordnede foranstaltninger med henblik på at eliminere Powerpipe, som var den eneste virksomhed, der ikke deltog i kartellet. Kommissionen anfører nærmere, at visse karteldeltagere ansatte nogle »nøglemedarbejdere« i Powerpipe og meddelte selskabet, at det burde trække sig ud af det tyske marked. Efter at Powerpipe havde opnået et stort tysk projekt i marts 1995, blev der afholdt et møde i Düsseldorf med deltagelse af de seks ovennævnte producenter og Brugg. Ifølge Kommissionen blev det på dette møde vedtaget at indføre en kollektiv boykot af Powerpipe's kunder og leverandører. Denne boykot blev derefter sat i værk.
- 14 I beslutningen anfører Kommissionen begrundelsen for, at ikke alene den udtrykkelige markedsdelingsordning, som de danske producenter vedtog sidst i 1990, men også de arrangementer, der blev indgået fra oktober 1991, når de ses under ét, kan anses for at udgøre en »aftale«, der er forbudt efter traktatens artikel 85, stk. 1. Kommissionen understreger endvidere, at det »danske« og det »europæiske« kartel blot var udtryk for et enkelt kartel, der begyndte i Danmark, men som fra begyndelsen havde det langsigtede mål at udvide deltagerens kontrol til hele markedet. Ifølge Kommissionen havde den vedvarende aftale mellem producenterne mærkbar indvirkning på samhandelen mellem medlemsstaterne.

15 Af disse grunde konkluderer beslutningen:

»Artikel 1

ABB Asea Brown Boveri Ltd., Brugg Rohrsysteme GmbH, Dansk Rørindustri A/S, Henss/Isoplus-koncernen, KE KELIT Kunststoffwerk GmbH, Oy KWH Tech AB, Løgstør Rør A/S, Pan-Isovit GmbH, Sigma Tecnologie di rivestimento Srl og Tarco Energi A/S har overtrådt EF-traktatens artikel 85, stk. 1, ved at have deltaget på den måde og i det omfang, der er anført i begrundelsen, i et kompleks af aftaler og samordnet praksis i den præisolerede rørsektor, der opstod omkring november/december 1990 mellem de fire danske producenter, senere blev udvidet til andre nationale markeder og til at omfatte Pan-Isovit og Henss/Isoplus, og sidst i 1994 udgjorde et omfattende kartel for hele fællesmarkedet.

Overtrædelsernes varighed var følgende:

[...]

— Henss/Isoplus[-koncernen]: fra omkring oktober 1991 [til i hvert fald marts eller april 1996]

[...]

Overtrædelserne bestod i, at producenterne:

- opdelte de nationale markeder og i sidste instans hele det europæiske marked imellem sig på grundlag af kvoter

- overlod de nationale markeder til bestemte producenter og sørgede for, at andre producenter trak sig ud

- aftalte priserne på produktet og på de enkelte projekter

- udpegede de producenter, der skulle have tildelt de enkelte projekter, og manipulerede med tilbuddene på disse projekter for at sikre, at den udpegede producent også fik tildelt den pågældende kontrakt

- traf samordnede foranstaltninger for at beskytte kartellet mod konkurrence fra den eneste betydelige, udenforstående konkurrent, Powerpipe AB; foranstaltningerne gik ud på at begrænse dens aktiviteter, skade dens virksomhed eller tvinge den helt ud af markedet.

[...]

Artikel 3

De i artikel 1 omhandlede virksomheder pålægges følgende bøder for de i artikel 1 omhandlede overtrædelser:

[...]

d) Henss/Isoplus-koncernen: en bøde på 4 950 000 ECU, for hvilken nedestående selskaber hæfter solidarisk:

— HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH & Co. KG

— HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH Verwaltungsgesellschaft

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

— Isoplus Fernwärmetechnik GmbH, Sondershausen

— Isoplus Fernwärmetechnik Gesellschaft mbH — Stille Gesellschaft

— Isoplus Fernwärmetechnik Ges. mbH, Hohenberg

[...]

Artikel 5

Denne beslutning er rettet til:

[...]

d) Henss/Isoplus-koncernen, repræsenteret ved:

— 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 1 A, A-3192 Hohenberg

- Isoplus Fernwärmetechnik Ges. mbH — Stille Gesellschaft, Furthoferstrasse 1 A, A-3192, Hohenberg

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

[...]«

16
til
24

[...]

Forbindelserne mellem virksomhederne, der anses for at udgøre Henss/Isoplus-koncernen

- 25 Blandt de virksomheder, som Kommissionen anser for at udgøre Henss/Isoplus-koncernen og betragter som parter i nærværende sag, er HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH & Co. KG (herefter »HFB KG«) et tysk kommanditselskab, der blev stiftet den 15. januar 1997. Selskabets komplementar, der hæfter ubegrænset og personligt for selskabets gæld, er HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH Verwaltungsgesellschaft (herefter »HFB GmbH«), et anpartsselskab, der også blev stiftet den 15. januar 1997. Kommanditisterne i HFB KG, der hæfter for et bestemt beløb, er

hr. og fru Henss og hr. og fru Papsdorf. Hr. Henss er majoritetskommanditist i HFB KG og har ligeledes anpartsmajoriteten i HFB GmbH.

- 26 Sagsøgeren Isoplus Fernwärmetechnik Vertriebsgesellschaft mbH (herefter »Isoplus Rosenheim«), indtil den 1. januar 1997 Dipl.-Kfm. Walter Henss GmbH (herefter »Henss Rosenheim«), er et tysk selskab. Efter at der i HFB KG var blevet indskudt de selskabsanparter, som hr. og fru Henss havde i Isoplus Rosenheim, og de selskabsanparter, som hr. og fru Papsdorf havde i selskabet Dipl.-Kfm. Walter Henss Fernwärmerohrleitungsbau GmbH, Berlin (herefter »Henss Berlin«), ejede HFB KG 100% af andelene i disse to sidstnævnte selskaber og lod Henss Berlin overtage af Isoplus Rosenheim ved fusion den 3. december 1997.
- 27 Isoplus Fernwärmetechnik Ges. mbH, Hohenberg (herefter »Isoplus Hohenberg«), er et østrigsk selskab, hvori Henss via en fuldmægtig ejer majoriteten af selskabsandelene.
- 28 Isoplus Fernwärmetechnik GmbH, Sondershausen (herefter »Isoplus Sondershausen«), er et tysk selskab, hvori hele kapitalen nominelt ejes af Isoplus Hohenberg, der i et vist omfang ejer den i egenskab af fuldmægtig for visse tredjemænd.
- 29 Det bemærkes, at Isoplus Rosenheim på fjernvarmemarkedet i det væsentlige driver virksomhed som handelsselskab. Isoplus Hohenberg og Isoplus Sondershausen er produktionsselskaber. HFB KG og HFB GmbH handler udelukkende som holdingselskaber.

- 30 Kommissionen har i beslutningen betragtet virksomhederne Isoplus Rosenheim, Henss Berlin, Isoplus Hohenberg og Isoplus Sondershausen som en de facto-koncern »Henss/Isoplus«. Kommissionen sendte meddelelsen af klagepunkter til disse fire virksomheder, efter at den havde konstateret, at de alle havde forbindelse med Henss, der havde deltaget i møderne i direktørklubben. Ifølge beslutningen var det først efter fremsendelsen af meddelelsen af klagepunkter, at Kommissionen fik kendskab til, at der forelå en indskudsaftale («Einbringungsvertrag») af 15. januar 1997, der var indført i handelsregisteret, og hvoraf det fremgik, at ægtefællerne Henss og Papsdorf havde overført deres anparter til HFB KG.
- 31 Via den samme indskudsaftale blev Kommissionen opmærksom på, at Henss ligeledes var ejer af et holdingselskab, Isoplus Fernwärmetechnik Ges. mbH — Stille Gesellschaft (herefter »Isoplus stille Gesellschaft«), hvis anparter var i en befuldmægtiget persons besiddelse.
- 32 For så vidt angår Isoplus Hohenberg blev Kommissionen ved hjælp af den nævnte indskudskontrakt opmærksom på, at Henss via fuldmægtige ejede en anpart i dette selskab, selv om sagsøgerens advokater under den administrative procedure benægtede dette forhold. Under den foreliggende sag er det ikke længere omtvistet mellem parterne, at Henss faktisk var majoritetsejer af kapitalen i Isoplus Hohenberg.
- 33 Med hensyn til Isoplus Hohenberg's deltagelse i Isoplus Sondershausen viste indskudskontrakten Kommissionen, at en tredjedel af selskabskapitalen i Isoplus Sondershausen, som Isoplus Hohenberg havde i sin besiddelse i egenskab af fuldmægtig for hr. og fru Papsdorf, var blevet afstået til HFB KG. Under den foreliggende sag gør sagsøgerne gældende, at yderligere en tredjedel af selskabskapitalen i Isoplus Sondershausen også var i Isoplus Hohenberg's besiddelse som befuldmægtiget. Sagsøgerne har indrømmet, at denne oplysning ikke blev meddelt Kommissionen under den administrative procedure.

Anmodningerne om bevisoptagelse

- 34 Under henvisning til artikel 68 i Rettens procesreglement har sagsøgerne anmodet om, at Boysen, B. Hansen, N. Hansen, Hybschmann, Jespersen og Volandt afhøres som vidner »med henblik på at bevise, at sagsøgerne eller Henss/Isoplus-koncernen ikke har deltaget i en ulovlig praksis/foranstaltning eller i en anden lignende adfærd, der omfattes af EF-traktatens artikel 85, stk. 1, før oktober 1994«. Sagsøgerne har i den forbindelse erklæret sig villige til at deponere et beløb til dækning af de anslåede omkostninger.
- 35 Sagsøgerne har endvidere fremsat begæring om, at Retten pålægger Kommissionen at fremlægge samtlige forberedende sagsakter, der vedrører denne sag, herunder bilagene, såvel som høringskonsulentens udtalelse i sagen.
- 36 Retten minder for det første om, at den ifølge procesreglementets artikel 68, stk. 1, enten af egen drift eller efter anmodning fra parterne og efter at have hørt disse og generaladvokaten kan bestemme, at bestemte faktiske omstændigheder skal bevises ved vidneførsel. Ifølge det sidste afsnit i den samme bestemmelse skal en parts anmodning om afhøring af et vidne indeholde en angivelse af, hvilke omstændigheder vidnet skal afhøres om, og hvilke grunde der gør afhøringen berettiget.
- 37 For så vidt angår den foreliggende sag fremgår det, at selv om sagsøgerne i deres skriftlige indlæg, navnlig i stævningens punkt 20, 40, 50, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 94, 96, 125 og 142, har nævnt en række personer, der kan bevidne de faktiske omstændigheder, der er fremført i hvert af de nævnte punkter, findes navnene på de seks personer, der udtrykkeligt begæres ført som vidner for Retten, ikke i disse punkter. Retten finder herefter, at for disse seks personers vedkommende har sagsøgerne ikke angivet de omstændigheder, med hensyn til hvilke der burde træffes bestemmelse om bevis ved vidneførsel.

- 38 Retten finder følgelig, og uden at det er nødvendigt at undersøge, hvorvidt det er hensigtsmæssigt at afhøre de seks nævnte personer, at anmodningen om vidneafhøring ikke skal tages til følge.
- 39 Hvad for det andet angår fremlæggelsen af de forberedende sagsakter bemærker Retten, at Kommissionen under retssagen på eget initiativ ved skrivelse af 26. juli 1997 har fremlagt sagsakterne i alle de verserende sager. Sagsøgerne blev underrettet herom samt om, at sagsakterne kunne gennemses i Justitskontoret. Under disse omstændigheder er det ikke nødvendigt at efterkomme sagsøgernes anmodning om fremlæggelse af sagsakterne.
- 40 For så vidt som sagsøgerne har begæret fremlæggelse af høringskonsulentens udtalelse, bemærkes, at denne under alle omstændigheder er et rent internt dokument i Kommissionen, at den kun er vejledende for Kommissionen, og at dens formål ikke er at fremsætte nye klagepunkter eller fremkomme med nyt bevismateriale mod virksomheder, og den har derfor ikke en sådan betydning, at Fællesskabets retsinstanser skal tage hensyn til den ved udøvelsen af deres kontrolfunktion (Domstolens kendelse af 11.12.1986, sag 212/86 R, ICI mod Kommissionen, ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 5-8, Rettens dom af 24.10.1991, sag T-2/89, Petrofina mod Kommissionen, Sml. II, s. 1087, præmis 53 og 54, og af 10.3.1992, sag T-9/89, Hüls mod Kommissionen, Sml. II, s. 499, præmis 86 og 87). Det følger af fast retspraksis, at under sagens behandling for Fællesskabets retsinstanser bringes Kommissionens interne dokumenter ikke til sagsøgernes kundskab, medmindre sagens ganske særlige omstændigheder kræver det på grundlag af vægtige indicier, som det påhviler de pågældende sagsøgere at tilvejebringe (Domstolens kendelse af 18.6.1986, forenede sager 142/84 og 156/84, BAT og Reynolds mod Kommissionen, Sml. s. 1899, præmis 11, Rettens dom af 27.10.1994, sag T-35/92, John Deere mod Kommissionen, Sml. II, s. 957, præmis 31, samt Rettens kendelse af 10.12.1997, forenede sager 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 og T-157/94, NMH Stahlwerke m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 2293, præmis 35). Denne begrænsning af adgangen til interne dokumenter er begrundet i hensynet til den pågældende institutions funktionsdygtighed med

hensyn til forfølgningen af overtrædelser af traktatens konkurrenceregler (kendelsen i sagen NMH Stahlwerke m.fl. mod Kommissionen, præmis 36). Eftersom sagsøgerne ikke har påvist, hvorledes fremlæggelsen af høringskonsulentens udtalelse kunne være relevant med hensyn til overholdelsen af retten til kontradiktion, må anmodningen også afvises, for så vidt som den angår fremlæggelsen af den nævnte udtalelse.

- 41 Af de anførte grunde tager Retten ikke sagsøgernes anmodninger om bevisoptagelse til følge.

Påstanden om annullation af afgørelsen

- 42 De af sagsøgerne fremførte anbringender kan opstilles i forhold til deres genstand: for det første anbringenderne vedrørende Henss/Isoplus-koncernen, for det andet anbringenderne vedrørende HFB KG og HFB GmbH, for det tredje anbringenderne vedrørende Isoplus stille Gesellschaft og for det fjerde de anbringender, der er fremført for alle sagsøgerne.

I — *Anbringenderne vedrørende Henss/Isoplus-koncernen*

- 43 For så vidt angår Henss/Isoplus-koncernen har sagsøgerne fremført tre anbringender, for det første, at traktatens artikel 85, stk. 1, er anvendt urigtigt, for det andet, at der foreligger væsentlige formelle mangler, og for det tredje, at begrundelsespligten er tilsidesat.

A — *Det første anbringende om urigtig anvendelse af traktatens artikel 85, stk. 1, idet sagsøgerne er betegnet som »hørende til Henss/Isoplus-koncernen«*

1. Parternes argumenter

- 44 Ifølge sagsøgerne har Kommissionen anvendt traktatens artikel 85, stk. 1, forkert, for så vidt som den har betragtet dem som hørende til Henss/Isoplus-koncernen, der for sin deltagelse i en konkurrencebegrænsende adfærd er blevet pålagt en bøde, som alle sagsøgerne hæfter solidarisk for.
- 45 Ifølge sagsøgerne kan en virksomhed i betydningen i EF-traktatens artikel 85 og 86 (nu artikel 82 EF) kun bestå af fysiske eller juridiske personer eller af selskaber, der skal behandles, som om de var selvstændige juridiske personer (de såkaldte »kvasi-juridiske personer«). Den af Kommissionen formodede Henss/Isoplus-koncern er imidlertid ingen selvstændig juridisk eller kvasi-juridisk person.
- 46 Da der ikke findes et moderselskab eller et holdingselskab, der har egenskab af juridisk person, kan sagsøgerne heller ikke betragtes som en koncern i selskabsretlig forstand og heller ikke som en »de facto-koncern«, således som det antages af Kommissionen i beslutningens betragtning 15 og 157, hvilket forudsætter, at der er tale om juridisk selvstændige virksomheder, hvis økonomiske adfærd kan bestemmes af en anden virksomhed.
- 47 Vedrørende holdingselskaberne HFB GmbH og HFB KG har sagsøgerne for det første anført, at det første selskab udelukkende driver virksomhed som komplementar i det andet. Selv om det andet selskab på tidspunktet for vedtagelsen af beslutningen ejede 100% af selskabskapitalen i Isoplus Rosen-

heim, ejede selskabet kun en tredjedel af selskabskapitalen i Isoplus Sondershausen. Hertil kommer, at selskabet aldrig, heller ikke via en befuldmægtiget, har været deltager i Isoplus Hohenberg, i modsætning til hvad der siges i beslutningens betragtning 159, og selskabet var heller ikke — heller ikke via en befuldmægtiget — stille deltager i et holdingselskab, som Isoplus Hohenberg var »driftsvirksomhed« for.

- 48 Med påstanden om, at virksomhederne, der anses for at høre til Henss/Isoplus-koncernen, alle var undergivet den samme fælles kontrol, der blev udøvet af Henss, tager Kommissionen ikke hensyn til, at selv om Henss var majoritetsdeltager i Henss Rosenheim (nu Isoplus Rosenheim) og via holdingselskaberne majoritetsdeltager i Isoplus Hohenberg, var han hverken selskabsdeltager i Henss Berlin eller i Isoplus Sondershausen. I øvrigt kan Henss ikke i sin egenskab af selskabsdeltager betegnes som en virksomhed i traktatens artikel 85's forstand.
- 49 For så vidt angår Isoplus Sondershausen kan det ikke antages, at dette selskab blev kontrolleret af Isoplus Hohenberg, når henses til, at sidstnævnte var fuldmægtig. Indtil den 21. oktober 1998 ejede Isoplus Hohenberg således kun en tredjedel af selskabskapitalen i Isoplus Sondershausen for egen regning og rådede over en anden tredjedel som fuldmægtig. Det skyldes hensynet til forretningshemmeligheden, at Isoplus Hohenberg og Isoplus Sondershausen ikke underrettede Kommissionen om, at Isoplus Hohenberg havde denne karakter af fuldmægtig. I øvrigt forsyner Isoplus Hohenberg og Isoplus Sondershausen til dels de samme markeder, hvad der normalt ikke er tilfældet inden for en koncern.
- 50 Kommissionens påstand om en »koncernkarakter« kan heller ikke udledes af angivelsen »firmaet Henss GmbH, Isoplus-koncernen«, der findes i et notat fra Henss af 21. april 1995 (supplerende dokument nr. 17 til meddelelsen af klagepunkter), eftersom der er tale om en erklæring i Henss Rosenheim's navn,

hvor i kommaet, der står foran udtrykket »Isoplus-koncernen«, simpelt hen betyder, at virksomheden Henss Rosenheim tilhørte den løst organiserede gruppe, som de andre karteldeltagere havde henført sagsøgerne til på grund af de handelsagenturkontrakter, der var indgået mellem disse sidste. At der findes en befuldmægtiget eller en talsmand for en sådan løst organiseret gruppe er ikke tilstrækkeligt til at gøre den til en koncern i selskabsretlig forstand.

- 51 I øvrigt anfører beslutningen ingen omstændighed til støtte for, at sagsøgerne, når der ikke foreligger en koncern, i det mindste de facto, skulle have et fælles ansvar for de konkurrencebegrænsende handlinger, som hver enkelt af dem har begået.
- 52 Kommissionen bemærker, at begrebet koncern angiver den økonomiske enhed, som blev udgjort af de fire virksomheder, som var deltagere i kartellet, dvs. Henss Rosenheim (nu Isoplus Rosenheim), Henss Berlin, Isoplus Hohenberg og Isoplus Sondershausen, som stod under den samme fælles kontrol, navnlig hvad angår deltagelsen i kartellet. Henss var administrerende direktør for Henss Berlin og Henss Rosenheim og kontrollerede sidstnævnte selskab såvel som Isoplus Hohenberg og Isoplus Sondershausen ved hjælp af direkte eller indirekte kapitalbesiddelse. På møderne i direktørklubben, hvor koncernens virksomheder modtog en fælles kvote, fastlagde og repræsenterede Henss endvidere på én og samme tid interesserne for hver enkelt af virksomhederne i koncernen.
- 53 Eftersom samtlige personelle, materielle og immaterielle ressourcer, der i formel forstand var henlagt til virksomhederne i Henss/Isoplus-koncernen, indgik i en større enhed, hvis objektive mål blev fastsat for hele enheden, forelå der i konkurrenceretlig forstand en enkelt virksomhed i form af en »koncern«. Denne konklusion kan ikke afvises med henvisning til, at ledelsen af denne enhed ikke blev varetaget af et holdingselskab. Det er heller ikke et relevant spørgsmål, om den fysiske eller juridiske person, der varetager ledelsen, tillige udøver en erhvervsmæssig virksomhed i eget navn.

2. Rettens bemærkninger

- 54 Det bemærkes, at traktatens artikel 85, stk. 1, hvorefter det bl.a. er forbudt for virksomheder at indgå aftaler eller deltage i samordnet praksis, der kan påvirke handelen mellem medlemsstater, og som har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for fællesmarkedet, er rettet til økonomiske enheder bestående af menneskelige, materielle og immaterielle ressourcer, der forfølger et økonomisk mål på lang sigt, og som kan medvirke ved overtrædelser af bestemmelsen (Rettens dom af 10.3.1992, sag T-11/89, Shell mod Kommissionen, Sml. II, s. 757, præmis 311, og af 14.5.1998, sag T-352/94, Mo och Domsjö mod Kommissionen, Sml. II, s. 1989, præmis 87).
- 55 Det må i nærværende sag fastslås, at på tidspunktet for overtrædelsen blev selskaberne Henss Berlin og Henss Rosenheim (herefter også »Henss-selskaberne«) såvel som selskaberne Isoplus Hohenberg og Isoplus Sondershausen (herefter også »Isoplus-selskaberne«) på den ene eller anden måde kontrolleret af Henss.
- 56 Det er således ubestridt, at Henss altid har ejet 90% af selskabskapitalen i Henss Rosenheim, mens resten blev ejet af hans kone, og at han var administrerende direktør for dette selskab, indtil det ændrede navn til Isoplus Rosenheim den 1. januar 1997. På dette tidspunkt afstod Henss og hans kone deres andele til HFB KG, som Henss imidlertid fortsat er majoritetsdeltager i, og som selv er moderselskab for Isoplus Rosenheim, hvori det ejer hele selskabskapitalen.
- 57 For så vidt angår Henss Berlin står det fast, at da selskabet blev stiftet i august 1990, erhvervede Henss 90% af dets selskabskapital. Da samtlige andele i Henss Berlin den 1. januar 1997 blev overdraget til HFB KG, var ejeren af disse Isoplus

Rosenheim's administrerende direktør, Papsdorf, og dennes kone. Selv om det ikke fremgår af akterne i sagen, på hvilket tidspunkt de sidstnævnte personer overtog Henss' andele, ligger det fast, at Henss selv var direktør for Isoplus Rosenheim fra februar 1994. Det fremgår endvidere, at i december 1990, da Henss Berlin indgik en handelsagenturkontrakt med Isoplus Hohenberg, repræsenterede Henss allerede Henss Berlin som »enedirektør«.

- 58 Med hensyn til Isoplus Hohenberg bestrider sagsøgerne i stævningen ikke længere, at i hvert fald fra oktober 1991 var Henss via en fuldmægtig majoritetsejer af selskabskapitalen i denne virksomhed.
- 59 Vedrørende Isoplus Sondershausen fremgår det, at Isoplus Hohenberg nominelt er ejer af samtlige anparter. Selv om sidstnævnte selskab kun ejer en tredjedel af anparterne i eget navn, er det ubestridt, at en yderligere tredjedel af anparterne blev ejet af den daværende administrerende direktør for Isoplus Rosenheim, Papsdorf, og af dennes kone, og at de ved indskudskontrakten af 15. januar 1997 afstod deres kapitalandel til HFB KG.
- 60 Det skal endvidere bemærkes, at Henss på direktørklubbens møder repræsenterede Henss- og Isoplus-selskaberne. Det fremgår af de notater, som nogle deltagere tog vedrørende drøftelserne om opdelingen af det tyske marked, at der skulle afsættes markedsandele til en enhed, der blev betegnet enten som »Isoplus« (jf. bilag 39, 40, 44, 45 og 49 til meddelelsen af klagepunkter) eller som »Isoplus/Henss« (jf. bilag 48 og 53 til meddelelsen af klagepunkter) eller også på én og samme tid som »Isoplus« og »Henze« (jf. bilag 37 til meddelelsen af klagepunkter). Hertil kommer, at det i den indbydelse, som ABB i sin egenskab af formand for brancheforeningen »European District Heating Pipe Manufacturers Association« (herefter »EuHP«) sendte til mødet den 11. august 1992 (bilag 38 til meddelelsen af klagepunkter), udtrykkeligt anføres, at Henss inden for foreningen repræsenterede »Isoplus«. Det står endelig fast, at da kartellet tildelte kvoter på europæisk plan, blev Henss- og Isoplus-selskaberne tildelt en enkelt kvote.

- 61 Under disse omstændigheder har Kommissionen med rette betragtet de aktiviteter, der inden for kartellet blev udøvet af handelsselskaberne Henss Berlin og Henss Rosenheim (nu Isoplus Rosenheim) og af produktionsselskaberne Isoplus Hohenberg og Isoplus Sondershausen, som en adfærd, der blev udøvet af en enkelt økonomisk enhed, der stod under en fælles ledelse, og som forfulgte et fælles økonomisk mål på lang sigt.
- 62 Den omstændighed, at der forelå en enkelt økonomisk enhed, der forfulgte fælles økonomiske interesser, bekræftes i øvrigt af interne dokumenter fra de pågældende selskaber. I referatet af et møde i bestyrelsen for Isoplus-selskaberne den 3. februar 1994 (supplerende dokument nr. 21 til meddelelsen af klagepunkter) nævnes således en »Isoplus-koncern« i hvis omsætning bl.a. indgår omsætningen i »Hohenberg« og »Sondershausen« sammen med omsætningen i »Henss«. Det fremgår ligeledes af Henss' notat af 21. april 1995, at han var enig i at deltage i en plan om overtagelse af Powerpipe på vegne af »firmaet Henss GmbH, Isoplus-koncernen« (supplerende dokument nr. 17 til meddelelsen af klagepunkter).
- 63 Dernæst kan sagsøgernes udlægning, hvorefter Henss-selskabernes forbindelse med Isoplus-selskaberne kan forklares dermed, at de førstnævnte er handelsagenter for de sidstnævnte, ikke accepteres. Under hele den i sagen omhandlede periode handlede Henss Rosenheim således også som handelsagent for ABB's tyske datterselskab ABB Isolrohr GmbH (herefter »ABB Isolrohr«). Når imidlertid henses til, at Henss- og Isoplus-selskaberne på europæisk niveau blev tildelt en fælles kvote, og i betragtning af, at Henss under møderne mellem direktørerne på én og samme tid optrådte som repræsentant for alle disse selskaber og som direktør for eller selskabsdeltager i disse selskaber, er det klart, at Henss- og Isoplus-selskaberne tilsammen handlede på markedet som en enkelt økonomisk enhed.
- 64 Vedrørende det forhold, at Henss Berlin's interesser blev varetaget af Henss på samme måde som Henss Rosenheim's interesser, skal det yderligere bemærkes, at med hensyn til Leipzig-Lippendorf-projektet fremgår det af referatet af et møde i

kartellet den 10. januar 1995, hvor Henss var til stede (bilag 70 til meddelelsen af klagepunkter), at det blev besluttet at tildele dette projekt til ABB Isolrohr, Pan-Isovit og »Henz«, uden at det blev præciseret, om der var tale om Henss Berlin eller Henss Rosenheim. Det står imidlertid fast, at tilbuddet vedrørende dette projekt derefter blev afgivet af Henss Berlin og ikke af Henss Rosenheim, selv om Henss ikke nominelt var anpartshaver i det første, men derimod i det andet. I en projektfortegnelse af 22. marts 1995, der blev udarbejdet af ABB, var de tre virksomheder, der var angivet som favoritter vedrørende Leipzig-Lippendorf-projektet, endvidere ABB, Pan-Isovit og »Isoplus« (bilag 71 til meddelelsen af klagepunkter), hvilket yderligere bekræfter, at Henss- og Isoplus-selskaberne blev betragtet som hørende til den samme økonomiske enhed.

65 Den omstændighed, at Isoplus Hohenberg og Isoplus Sondershausen drev virksomhed på det samme marked, udelukker ikke deres tilhørsforhold til samme økonomiske gruppe. Det skal i øvrigt bemærkes, at endnu under den administrative procedure ved Kommissionen angav Isoplus Sondershausen at være et helejet datterselskab af Isoplus Hohenberg.

66 I modsætning til hvad sagsøgerne gør gældende, er det ikke nødvendigt, at den økonomiske enhed, der er anset for en »koncern«, selv er en juridisk person. Således skal begrebet virksomhed i en konkurrenceretlig kontekst forstås som en økonomisk enhed i relation til den pågældende aftale, også når denne økonomiske enhed juridisk set udgøres af flere fysiske eller juridiske personer (Domstolens dom af 12.7.1984, sag 170/83, Hydrotherm, Sml. s. 2999, præmis 11). Når der ikke i spidsen for koncernen er en juridisk person, der som ansvarlig for samordningen af koncernens aktiviteter kan pålægges ansvaret for de overtrædelser, der er begået af koncernens forskellige deltagende selskaber, kan Kommissionen med rette anse de deltagende selskaber for solidarisk ansvarlige for hele koncernens adfærd, således at det kan undgås, at den formelle adskillelse mellem disse selskaber, som er en følge af deres status som selvstændige juridiske personer, kan være til hinder for, at de antages at optræde samlet på markedet i henseende til anvendelsen af konkurrencereglerne (jf. i denne retning Domstolens dom af 14.7.1972, sag 48/89, ICI mod Kommissionen, Sml. 1972, s. 151, præmis 140, org.ref.: Rec. s. 619).

- 67 Eftersom Kommissionen har betragtet Henss/Isoplus-koncernen som den virksomhed, der har begået overtrædelsen, som de deltagende selskaber i koncernen er blevet pålagt ansvaret for, er det i den foreliggende sag uden interesse at fastslå, hvorvidt Henss personligt kan betragtes som en virksomhed i traktatens artikel 85, stk. 1's forstand.
- 68 Det følger i det hele af det anførte, at anbringendet må forkastes.

B — Det andet anbringende vedrørende væsentlige formelle mangler ved betegnelsen af Henss/Isoplus-koncernen i beslutningens dispositive del

1. Parternes argumenter

- 69 Sagsøgerne gør gældende, at Kommissionen har tilsidesat væsentlige formkrav, der navnlig foreskrives i forordning nr. 17, idet den har angivet, at »Henss/Isoplus-koncernen« var adressat for beslutningen. Da den hverken er en juridisk eller en kvasi-juridisk person, har Henss/Isoplus-koncernen ingen partshabilitet under en sag efter traktatens artikel 85, der behandles i henhold til forordning nr. 17, navnlig ikke for Retten i Første Instans.
- 70 Sagsøgerne gør i denne forbindelse gældende, at Kommissionen i artikel 1 i beslutningens dispositive del anfører, at »Henss/Isoplus-koncernen« har overtrådt traktatens artikel 85, stk. 1. I beslutningens artikel 2 fastslår Kommissionen derefter, at de i artikel 1 omhandlede virksomheder omgående skal bringe den nævnte overtrædelse til ophør, hvis det ikke allerede er sket. Endvidere fastslås det i beslutningens artikel 3, at bøderne pålægges »[de i artikel 1 omhandlede

virksomheder] [...] for de i artikel 1 omhandlede overtrædelser«, og det hedder i litra d): »Henss/Isoplus-koncernen: en bøde på 4 950 000 ECU, for hvilken nedenstående selskaber hæfter solidarisk: [...]«. Endelig angives det i beslutningens artikel 5, litra d), at beslutningen er rettet til »Henss/Isoplus-koncernen, repræsenteret ved: [...]«. Ved anvendelsen af procedurereglerne har Kommissionen således anset beslutningen for at være rettet til Henss/Isoplus-koncernen og ikke til de virksomheder, der er anført i beslutningens artikel 5, og som blot er blevet nævnt i forbindelse med deres solidariske forpligtelse til at betale Henss/Isoplus-koncernens bøde.

- 71 Sagsøgerne bemærker, at nærværende søgsmål ikke kan betragtes som en anerkendelse fra deres side af, at beslutningen er forståelig på dette punkt, da de har anlagt nærværende retssag. Hermed ønsker de hver for sig at gøre deres egne rettigheder gældende samt ex tute de rettigheder, der tilkommer det, som Kommissionen betragter som Henss/Isoplus-koncernen. Deres påstande er således nedlagt i deres eget navn såvel som på vegne af Henss/Isoplus-koncernen, som Kommissionen har henført dem til.
- 72 Kommissionen har anført, at for så vidt som det har betydning i sagen, er beslutningens adressater klart de virksomheder, der er nævnt i artikel 5 i beslutningens dispositive del. Således har sagsøgerne også forstået beslutningen, idet de har anlagt deres søgsmål i eget navn og selv har betegnet sig som adressater for beslutningen.
- 73 Hvad angår anvendelsen af betegnelserne »Henss/Isoplus« eller »Henss/Isoplus-koncernen« i beslutningen må der sondres mellem betegnelsen af den virksomhed — som eventuelt kan udgøre en koncern — der har begået en overtrædelse, og angivelsen af den fysiske eller juridiske person, der er rettigheds- og pligtsubjekt, og som formelt er ansvarlig for denne overtrædelse. Selv om formuleringen »Henss/Isoplus-koncernen, repræsenteret ved [...]«, der findes i beslutningens artikel 5, litra d), ikke er særlig velvalgt, kan det ikke udledes af

den, at Henss/Isoplus-koncernen er bødeskyldneren, da den nævnte bestemmelse taler om de samme selskaber, der er nævnt i beslutningens artikel 3, litra d), som solidariske skyldnere for bøden.

- 74 Endelig blev beslutningen meddelt ved, at der blev sendt en skrivelse til hver især af de fem sagsøgere og ikke til »Henss/Isoplus-koncernen«.

2. Rettens bemærkninger

- 75 Det er i præmis 66 ovenfor blevet fastslået, at eftersom der ikke i spidsen for Henss/Isoplus-koncernen var en juridisk person, der som den ansvarlige for samordningen af koncernens aktiviteter kunne blive pålagt ansvaret for de overtrædelser, der var begået af koncernens forskellige deltagende selskaber, kan Kommissionen med rette anse disse selskaber for solidarisk ansvarlige for hele koncernens adfærd.
- 76 Beslutningens artikel 1 nævner i denne forbindelse »Henss/Isoplus-koncernen« blandt de virksomheder, der har begået den overtrædelse, der beskrives i samme bestemmelse. Tilsvarende henviser beslutningens artikel 2 til de »i artikel 1 omhandlede virksomheder« med henblik på at angive de virksomheder, der skal bringe overtrædelsen til ophør, hvis det ikke allerede er sket.
- 77 Endvidere har Kommissionen i beslutningens artikel 3 og 5 nævnt de juridiske personer, der må drages til ansvar for overtrædelsen, som »Henss/Isoplus-koncernen« har begået, og som følgelig hæfter solidarisk for den bøde, der er pålagt den nævnte koncern.

- 78 Da Henss/Isoplus-koncernen imidlertid ikke er en juridisk person, kan beslutningens artikel 3 og 5 ikke forstås på anden måde end som en angivelse af, at sagsøgerne er adressater for beslutningen som deltagere i Henss/Isoplus-koncernen. Den omstændighed, at Henss/Isoplus-koncernen er identificeret ved hjælp af koncernens deltagere, betyder, at den ikke fratages sin retsbeskyttelse. Koncernen er således i givet fald i stand til at forsvare sine interesser via de deltagende selskaber.
- 79 I øvrigt bemærkes, at sagsøgerne uden enhver tvivl modtog beslutningen i deres egenskab af deltagere i Henss/Isoplus-koncernen, da beslutningen blev meddelt hver af sagsøgerne særskilt og ikke blev meddelt Henss/Isoplus-koncernen, der alene er angivet som ophavsmand til overtrædelsen i beslutningens artikel 1.
- 80 I betragtning af, at beslutningen blev rettet til adressaterne i disses egenskab af deltagere i Henss/Isoplus-koncernen, må sagsøgernes anbringende vedrørende tilsidesættelse af forordning nr. 17 forkastes.

C — Det tredje anbringende om tilsidesættelse af begrundelsespligten

1. Parternes argumenter

- 81 Ifølge sagsøgerne har Kommissionen tilsidesat begrundelsespligten, der er pålagt ved EF-traktatens artikel 190 (nu artikel 253 EF), for så vidt som beslutningen ikke indeholder nogen fyldestgørende begrundelse for, at »Henss/Isoplus-koncernen« kan være part i en procedure i medfør af forordning nr. 17 og dermed adressat for en beslutning i henhold til den nævnte forordning. Kommissionens udtalelse i beslutningens betragtning 160 om, at meddelelsen af klagepunkter var

rettet til Henss/Isoplus-koncernen, og at den af hensyn til inddrivelsen af en eventuel bøde var rettet til de fire nævnte driftsselskaber som repræsentanter for koncernen, da der ikke fandtes et enkelt holdingselskab, er utilstrækkelig i betragtning af Kommissionens udtalelse i beslutningens betragtning 15 om, at Henss/Isoplus-koncernen var en »de facto-koncern«, der ikke selv var en juridisk person og ikke havde partshabilitet.

- 82 Kommissionen anfører, at det i beslutningens betragtning 157-160 er blevet påvist, at de virksomheder, der er sammenfattet under betegnelsen »Henss/Isoplus-koncernen«, handlede som en de facto-koncern, således at sagsøgerne må hæfte solidarisk for betalingen af bøden. Da Henss/Isoplus-koncernen ikke var part i proceduren, krævedes der ingen begrundelse på dette punkt.

2. Rettens bemærkninger

- 83 Det bemærkes, at sagsøgerne støtter sig på en fortolkning af beslutningen, hvorefter denne har behandlet Henss/Isoplus-koncernen som den person, der deltog i den administrative procedure. Denne fortolkning er imidlertid blevet afvist som fejlagtig, da beslutningen i artikel 3 og 5 i den dispositive del har nævnt de selskaber, der hæfter solidarisk for bøden, som er pålagt for den af Henss/Isoplus-koncernen begåede overtrædelse, og som af samme grund var adressater for beslutningen som deltagere i denne koncern (jf. præmis 75-80 ovenfor).
- 84 For så vidt angår den af Henss/Isoplus-koncernen begåede overtrædelse og det forhold, at sagsøgerne er blevet betragtet som ansvarlige for opfyldelsen af beslutningen som deltagere i Henss/Isoplus-koncernen, skal der henvises til beslutningens betragtning 157-160.

- 85 For det første har Kommissionen i beslutningens betragtning 157 anført, at »Henss/Isoplus-selskaberne handlede som en de facto-koncern«. Til støtte for denne antagelse har den anført, at Henss var majoritetsanpartshaver i Isoplus Hohenberg, hvilket selskab selv ejer hele kapitalen i Isoplus Sondershausen, og at han var majoritetsanpartshaver og administrerende direktør for Henss Rosenheim og administrerende direktør (men ikke anpartshaver) i Henss Berlin, hvilke virksomheder optrådte som handelsagenter for Isoplus i Tyskland. Kommissionen anfører i samme beslutnings i betragtningen, at »det forhold, at det var dr. W. Henss, der deltog i direktørklubbens møder, [klart] viser [...], at han var den, der ledede og kontrollerede Isoplus, og at Henss- og Isoplus-selskaberne tilsammen udgjorde en de facto-koncern«. Kommissionen anfører videre, at »det var almindelig kendt inden for industrien, at Henss var drivkraften bag Isoplus«.
- 86 I beslutningens betragtning 158 har Kommissionen anført, at da den på tidspunktet for udsendelsen af meddelelsen af klagepunkter ikke havde kendskab til noget holdingselskab, som meddelelsen af klagepunkter kunne rettes til, stilede den meddelelsen til Henss/Isoplus-koncernens fire hovedselskaber i EU, nemlig Isoplus Hohenberg, Isoplus Sondershausen, Henss Rosenheim og Henss Berlin. Ifølge beslutningen blev det klart fastslået i meddelelsen af klagepunkter, at »den var rettet til Henss/Isoplus-koncernen, og at den af hensyn til inddrivelsen af en eventuel bøde var rettet til de fire nævnte driftsselskaber som repræsentanter for koncernen, da der ikke fandtes et enkelt holdingselskab« (betragtning 160, fjerde afsnit).
- 87 Kommissionen har endelig anført, at efter at den som resultat af indskudskontrakten af 15. januar 1997 var blevet bekendt med, at der var oprettet holdingselskaber — HFB GmbH og HFB KG — som anparterne i Isoplus Rosenheim og Isoplus Hohenberg var blevet overført til, og yderligere blevet bekendt med, at der var blevet oprettet et holdingselskab ved navn Isoplus stille Gesellschaft, rettede den ikke blot den foreliggende beslutning til Isoplus Hohenberg, Isoplus Sondershausen og Isoplus Rosenheim, men også til HFB GmbH og HFB KG såvel som til Isoplus stille Gesellschaft (beslutningens betragtning 160).

- 88 Det følger af det anførte, at Kommissionen har begrundet, hvorfor den mente, at Henss- og Isoplus-virksomhederne udgjorde en de facto-koncern. Den har endvidere forklaret, at da der ikke fandtes et holdingselskab som et ydre udtryk for koncernens eksistens, måtte kontakten med denne etableres gennem dens deltagende selskaber med henblik på betalingen af bøden.
- 89 Det her omhandlede anbringende må herefter afvises.

II — *Anbringenderne vedrørende HFB GmbH og HFB KG*

- 90 Med hensyn til HFB GmbH og HFB KG har sagsøgerne fremført tre anbringender, for det første, at traktatens artikel 85, stk. 1, er anvendt forkert, for det andet, at retten til kontradiktion er tilsidesat, og for det tredje, at begrundelsespligten ikke er overholdt.

A — Parternes argumenter

- 91 Sagsøgerne gør gældende, at Kommissionen med urette har pålagt HFB GmbH og HFB KG at betale bøden som solidarisk ansvarlige sammen med de andre sagsøgere inden for rammerne af Henss/Isoplus-koncernen.
- 92 Sagsøgerne bemærker, at ifølge beslutningen ophørte overtrædelsen senest i marts eller april 1996. Da HFB GmbH og HFB KG først blev stiftet den 15. januar 1997

og i retlig forstand først eksisterer fra tidspunktet for deres optagelse i handelsregisteret, dvs. henholdsvis den 10. og den 27. februar 1997, har de ikke kunnet deltage i overtrædelsen. Da selskaberne ikke eksisterede retligt før 1997, kan de heller ikke drages til ansvar for en konkurrencebegrænsende adfærd, som andre virksomheder i Henss/Isoplus-koncernen måtte have udvist. I kraft af uskyldsformodningen kan virksomhederne kun pålægges en bøde i forbindelse med en procedure efter traktatens artikel 85, der behandles i henhold til forordning nr. 17, såfremt der foreligger en tilregnelig og i det mindste uagtsom deltagelse.

- 93 Det er kun når en virksomhed er blevet ændret til en ny virksomhed eller er blevet overtaget af en anden virksomhed, at denne sidstnævnte i sin egenskab af universalsuccessor i den tidligere virksomheds rettigheder kan pålægges ansvar for en overtrædelse, der er begået af den gamle virksomhed, hvorved det er en betingelse, at virksomhedens økonomiske identitet ikke er blevet ændret. I denne sammenhæng henviser sagsøgerne til, at HFB KG erhvervede sine kapitalandele i Isoplus Rosenheim og Isoplus Sondershausen fra fysiske personer, nemlig fra hr. og fru Henss for Isoplus Rosenheim's vedkommende og fra hr. og fru Papsdorf for Isoplus Sondershausen's vedkommende. En virksomhed kan imidlertid ikke anses for ansvarlig, fordi den er indtrådt i de rettigheder, der tilkom fysiske personer, der var anpartshavere i det selskab, der begik overtrædelsen, og hvor disse personer i deres blotte egenskab af anpartshavere ikke selv var virksomheder i betydningen i traktatens artikel 85 og 86.
- 94 I modsætning til hvad Kommissionen påstår, har Henss/Isoplus-koncernen ikke handlet i talrige skikkelser under Henss' ledelse. Begrundelsen for, at HFB GmbH og dermed HFB KG blev oprettet, var at gøre det lettere samlet at foretage et eventuelt salg af diverse anpartar i fjernvarmevirksomheder. Visse forhøjelser af selskabskapitalen og diverse indskudsforanstaltninger var udelukkende begrundet af regnskabsmæssige hensyn. Disse kapitalændringer og foranstaltninger fandt sted efter overtrædelsens ophør og i visse tilfælde endog efter vedtagelsen af beslutningen.
- 95 Kommissionen bemærker, at HFB GmbH og HFB KG kan anses for medansvarlige for overtrædelserne, der er begået af Henss/Isoplus-koncernen, uanset at de

nævnte virksomheder ikke selv havde overtrådt konkurrencereglerne og ikke havde overtaget samtlige rettigheder og forpligtelser fra de virksomheder, der havde begået overtrædelserne.

- 96 En juridisk person kan nemlig ifalde ansvar for overtrædelser, der er begået af et selskab, som den juridiske person har overtaget kontrollen over, selv om overtrædelserne blev begået før denne kontrolovertagelse (Rettens dom af 14.5.1998, sag T-308/94, Cascades mod Kommissionen, Sml. II, s. 925). Eftersom Kommissionen kunne anse HFB GmbH og HFB KG for medansvarlige for de pågældende overtrædelser, kunne den også medregne dem blandt de virksomheder, der er forpligtet til at betale bøden (Rettens dom af 14.5.1998, forenede sager T-339/94-342/94, Metsä-Serla m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 1727).
- 97 Kommissionen har på ingen måde tilsidesat uskyldsformodningen ved at pålægge HFB GmbH og HFB KG ansvar for de begåede overtrædelser. De omstruktureringer, hvorved HFB GmbH og HFB KG erhvervede nogle af Henss' selskabsandele, og dermed den direkte kontrol over Isoplus Rosenheim, var i det konkrete tilfælde ændringer, der blev gennemført inden for en enkelt virksomhed under kontrol af virksomhedens fælles ledelse.
- 98 Det er herved uden betydning, at selskabsdeltagerne som sådan ikke var virksomheder. Ifølge Kommissionen kan virksomheder bestå af forskellige bestanddele, hvor nogle udøver driftsfunktioner og andre ledelsesfunktioner. Denne sidstnævnte funktion var i dette tilfælde blevet og blev fortsat varetaget af Henss, som ganske vist delvis havde delegeret den til HFB KG, som han selv kontrollerer.
- 99 Kommissionen har i denne forbindelse anført, at den kunne anse Henss for personligt ansvarlig for de af Isoplus Rosenheim begåede overtrædelser, da dette selskabs politik igennem perioden, hvor overtrædelserne blev begået, ikke har

kunnet fastlægges uafhængigt af Henss, så meget mere som andre selskaber, der indgik i Henss/Isoplus-koncernen, også deltog i overtrædelsen. Idet Henss kontrollerer HFB GmbH takket være den andel, han har af selskabets kapital, og fortsat er selskabets administrerende direktør, må dette sidstnævnte selskab såvel som HFB KG acceptere, at det tilregnes dem, at Henss havde kendskab til de overtrædelser, der var begået af det overtagne selskab. Værdien af de erhvervede andele kan i øvrigt være blevet ændret som følge af overtrædelsen.

- 100 Endelig må der dels tages hensyn til Kommissionens berettigede interesse i, med henblik på en eventuel tvangsinddrivelse, at kunne søge fyldestgørelse i koncernens formue, uden at der tages hensyn til omstruktureringer som dem, der har fundet sted i det her omhandlede tilfælde, og dels til de vanskeligheder, som Kommissionen kan komme ud for i forbindelse med tvangsinddrivelse rettet mod privatpersoner. En omstrukturering som den, der fandt sted ved stiftelsen af HFB GmbH og HFB KG, og hvor Henss både optrådte som sælger og som køber, må ikke medføre, at Kommissionen fratages muligheden for at træffe foranstaltninger over for den nye ejer af de pågældende selskabsandele.

B — Rettens bemærkninger

- 101 Kommissionen har som allerede anført anset Henss- og Isoplus-selskaberne for tilsammen at udgøre en de facto-koncern, der er blevet betragtet som den virksomhed, der har deltaget i overtrædelsen. Da der ikke findes et moderselskab, der repræsenterer Henss/Isoplus-koncernen, eller et selskab, der har ansvar for samordningen af koncernens virksomhed, er ansvaret for overtrædelsen af Kommissionen blevet pålagt de virksomheder, der udgjorde koncernen på datoen for vedtagelsen af beslutningen, heriblandt HFB GmbH og HFB KG.
- 102 Det må her fastslås, at da HFB GmbH og HFB KG endnu ikke eksisterede på det tidspunkt, da overtrædelsen blev begået, kan ansvaret for overtrædelsen følgelig ikke pålægges dem på grundlag af en eventuel adfærd i form af tilskyndelse og

samordning, som hævdes at være udøvet med hensyn til de påtalte aktiviteter i forhold til de andre selskaber inden for Henss/Isoplus-koncernen (jf. herved dommen i sagen Shell mod Kommissionen, præmis 312).

- 103 Ansvar for overtrædelsen kan heller ikke pålægges HFB GmbH og HFB KG, alene fordi de indgik i Henss/Isoplus-koncernen på tidspunktet for vedtagelsen af beslutningen. Det er nemlig som udgangspunkt den fysiske eller juridiske person, der ledte den pågældende virksomhed på det tidspunkt, hvor overtrædelsen blev begået, der er ansvarlig for overtrædelsen, selv om det på tidspunktet for vedtagelsen af den beslutning, hvorved overtrædelsen blev fastslået, var en anden person, der havde ansvaret for virksomhedens drift (Domstolens domme af 16.11.2000, sag C-279/98 P, Cascades mod Kommissionen, Sml. I, s. 9693, præmis 78, og sag C-297/98 P, SCA Holding mod Kommissionen, Sml. I, s. 10101, præmis 27). Vedrørende den foreliggende sag bemærkes, at selv om det antages, at HFB GmbH og HFB KG har stilling som holdingselskaber, der helt eller delvis er ansvarlige for Henss/Isoplus-gruppen, er denne stilling etableret efter overtrædelsen, hvorfor disse to selskaber ikke kan gøres ansvarlige for Henss/Isoplus-koncernens retsstridige adfærd i tiden, før de overtog koncernen helt eller delvis.
- 104 Noget andet gælder kun, hvis den eller de juridiske personer, der er ansvarlige for virksomhedens drift, er ophørt med at eksistere i retlig forstand, efter at overtrædelsen er blevet begået (Domstolens dom af 8.7.1999, sag C-49/92 P, Kommissionen mod Anic Partecipazioni, Sml. I, s. 4125, præmis 145). Det er imidlertid uomtvistet, at de virksomheder, der var berørt på tidspunktet, hvor overtrædelsen blev begået, stadig eksisterer.
- 105 Det fremgår af sagen, at Kommissionen har pålagt HFB GmbH og HFB KG et solidarisk ansvar for overtrædelsen, der er begået af Henss/Isoplus-koncernen, især fordi selskaberne fra Henss har overtaget den kontrol, som han udøvede over koncernens virksomheder, navnlig den direkte kontrol over Isoplus Rosenheim. Det skal i så henseende blot bemærkes, at for så vidt som Kommissionen i beslutningen ikke har pålagt Henss et personligt ansvar for den af Henss/Isoplus-koncernen begåede overtrædelse, kan HFB GmbH og HFB KG ikke på

grundlag af en økonomisk succession pålægges et ansvar, som bevidst ikke er blevet fastslået tidligere.

- 106 Under visse omstændigheder kan en overtrædelse af konkurrencereglerne ganske vist tilregnes den økonomiske efterfølger for den juridiske person, der har begået overtrædelsen, selv om sidstnævnte stadig eksisterer på tidspunktet for vedtagelsen af beslutningen, hvorved den nævnte overtrædelse er fastslået, således at disse reglers effektive virkning ikke begrænses som følge af ændringer, der navnlig vedrører de pågældende virksomheders juridiske form (jf. Rettens dom af 11.3.1999, sag T-134/94, NMH Stahlwerke mod Kommissionen, Sml. II, s. 239, præmis 127). Det bemærkes imidlertid, at til forskel fra den sag, der blev afgjort ved den netop nævnte dom i sagen NMH Stahlwerke mod Kommissionen, har de fysiske og juridiske personer, der deltog i overtrædelsen, i nærværende sag fuldt ud fortsat deres erhvervs mæssige aktiviteter, mens selskaberne HFB GmbH og HFB KG endnu ikke eksisterede på tidspunktet for overtrædelsen.
- 107 Endvidere kan det heller ikke på grundlag af de oplysninger, der blev fremlagt for Retten under den skriftlige forhandling og senere under retsmødet, antages, at der blev iværksat manøvrer med det bestemte mål at undgå de sanktioner, der var pålagt for overtrædelse af konkurrencereglerne (jf. dommen i sagen Kommissionen mod Anic Partecipazioni, præmis 146).
- 108 Det må følgelig fastslås, at Kommissionen har begået en retlig fejl ved at pålægge HFB KG og HFB GmbH et solidarisk ansvar for bøden, der er pålagt for deltagelsen i Henss/Isoplus-koncernens overtrædelse. Det er herefter ikke længere nødvendigt at tage stilling til det andet og det tredje anbringende vedrørende HFB GmbH og HFB KG om en tilsidesættelse af retten til kontradiktion og af begrundelsespligten.
- 109 Beslutningens artikel 3, litra d), og artikel 5, litra d), skal derfor annulleres, i det omfang de vedrører HFB KG og HFB GmbH.

III — *Anbringenderne vedrørende Isoplus stille Gesellschaft*

A — Parternes argumenter

- 110 Sagsøgerne og især Isoplus Hohenberg kritiserer Kommissionen for også at have stilet beslutningen til Isoplus stille Gesellschaft i dets egenskab af virksomhed i Henss/Isoplus-koncernen. Ifølge østrigsk ret var Isoplus stille Gesellschaft som holdingselskab hverken en juridisk person eller et erhvervsdrivende selskab, men blot et selskab i intern forstand, der som sådan ikke kan være rettigheds- og pligtsubjekt, hvilket kun virksomhedens indehaver kunne være. Endvidere blev selskabet Isoplus stille Gesellschaft i september 1997 opløst uden likvidation, og dets aktiver blev indskudt i det stiftende selskab, Isoplus Hohenberg, i form af en kapitalforhøjelse.
- 111 Isoplus Hohenberg har i den forbindelse for det første anført, at der foreligger en overtrædelse af traktatens artikel 85, idet beslutningen er rettet til et holdingselskab, der hverken er en juridisk eller kvasi-juridisk person og følgelig ikke en virksomhed i betydningen i traktatens artikel 85 og 86, hvorfor det ikke kan være adressat for en beslutning fra Kommissionen som led i en procedure efter traktatens artikel 85.
- 112 Ifølge Isoplus Hohenberg foreligger der endvidere væsentlige formelle mangler, idet Kommissionen i beslutningen har fastsat en bøde for en virksomhed, der i sin egenskab af stille selskab ikke har partshabilitet i henhold til østrigsk ret og derfor ikke har kunnet anlægge sag ved Retten. I øvrigt kan en sådan beslutning heller ikke rettes til en virksomhed, der, uafhængigt af hvordan den retligt skal kvalificeres, ikke længere eksisterede, da beslutningen blev vedtaget, idet den var blevet opløst.

- 113 Isoplus Hohenberg har i øvrigt bemærket, at der ikke blev sendt nogen meddelelse af klagepunkter til Isoplus stille Gesellschaft. Sagsøgeren har i den forbindelse nærmere anført, at det under høringen den 24. og den 25. november 1997 ikke var muligt at behandle spørgsmålet om, hvorvidt et stille selskab efter østrigsk ret er en juridisk eller kvasi-juridisk person og følgelig må tilkendes partshabilitet, og heller ikke det forhold, at det stille selskab var opløst, for selv om sagsøgerens advokat anmodede herom, foranstaltede høringskonsulenten ingen særskilt høring vedrørende disse spørgsmål. I sin besvarelse af 30. marts 1998 af anmodningen om oplysninger af 24. februar 1998 (herefter »skrivelsen af 30.3.1998«) havde sagsøgeren følgelig ikke nævnt problemet vedrørende dette stille selskab. Dette problem blev først rejst ved Kommissionens skrivelse af 22. oktober 1998.
- 114 Kommissionen har endelig tilsidesat sin begrundelsespligt, idet beslutningen ikke indeholder en redegørelse for, hvordan et stille selskab efter østrigsk ret kan være adressat for en kommissionsbeslutning i en procedure efter traktatens artikel 85.
- 115 Kommissionen har anført, at selskabet Isoplus stille Gesellschaft, således som Isoplus Hohenberg selv har forklaret, allerede var ophørt med at eksistere på tidspunktet for beslutningens vedtagelse. Beslutningen er derfor uden virkning i forhold til dette selskab. Dog kan beslutningen ikke anfægtes på grund af denne omstændighed. Forholdet ville i øvrigt have været det samme, såfremt det stille selskab endnu havde eksisteret på tidspunktet for beslutningens vedtagelse. Som Isoplus Hohenberg selv har anerkendt, er et sådant selskab ingen juridisk person, hvorfor beslutningen ikke kunne fremkalde nogen retsvirkninger i forhold til selskabet og følgelig heller ikke være til skade for det.

B — Rettens bemærkninger

- 116 Det bemærkes, at eftersom selskabet Isoplus stille Gesellschaft var blevet opløst på tidspunktet for vedtagelsen af beslutningen, kunne denne ikke fremkalde

retsvirkninger i forhold til dette selskab. Beslutningen har derfor ikke haft retsvirkninger, for så vidt som den var stilet til Isoplus stille Gesellschaft.

- 117 Da Isoplus Hohenberg, som altid har været subjekt for alle de rettigheder og forpligtelser, som Isoplus stille Gesellschaft kan have haft, selv er adressat for beslutningen, har den omstændighed, at Isoplus stille Gesellschaft var blandt adressaterne for beslutningen, heller ikke kunnet udløse andre retsvirkninger i forhold til Isoplus Hohenberg end den, der fulgte af, at beslutningen blev adresseret til dette selskab, og at det blev pålagt solidarisk ansvar for Henss/Isoplus-koncernens bøde.
- 118 Da beslutningen er uden retsvirkning, i det omfang den er stilet til og vedrører Isoplus stille Gesellschaft, har søgsmålet, for så vidt som det vedrører dette selskab, ingen genstand, og det er derfor ikke nødvendigt at træffe afgørelse om dette punkt.

IV — Anbringender, der er gjort gældende vedrørende samtlige sagsøgere

- 119 Der er vedrørende samtlige sagsøgere fremført fem anbringender. Ifølge det første anbringende foreligger der faktiske og retlige fejl ved anvendelsen af traktatens artikel 85, stk. 1. Med det andet anbringende gøres det gældende, at retten til kontradiktion er tilsidesat. Det tredje anbringende er en ulovlighedsindsigelse vedrørende retningslinjerne for beregningen af bøder i henhold til artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17, og artikel 65, stk. 5, i EKSF-traktaten (EFT 1998 C 9, s. 3, herefter »de nye retningslinjer« eller »retningslinjerne«). Ifølge det fjerde anbringende foreligger der en tilsidesættelse af reglerne vedrørende bøder på

konkurrenceområdet og af almindelige principper samt fejlvurderinger ved fastsættelsen af bødens størrelse. Ifølge det femte anbringende er begrundelsespligten tilsidesat.

A — Det første anbringende vedrørende faktiske og retlige fejl ved anvendelsen af traktatens artikel 85, stk. 1

1. Deltagelsen i overtrædelsen før oktober 1994

120
til
181 [...]]

b) Den retlige bedømmelse

182 For så vidt angår Kommissionens juridiske bedømmelse af de konstaterede forhold før oktober 1994 har sagsøgerne nærmere bestemt fremført seks klagepunkter. For det første kritiserer sagsøgerne betegnelsen af overtrædelsen som »et kompleks af aftaler og samordnet praksis«. For det andet tager sagsøgerne afstand fra, at de konstaterede handlinger er betegnet som en aftale. For det tredje er sagsøgerne uenige i det af Kommissionen anvendte begreb samordnet praksis. Sagsøgerne gør for det fjerde gældende, at Kommissionen har fejlbedømt retsvirkningerne af, at der deltages i et møde, der har et konkurrencebegrænsende formål. Sagsøgerne har for det femte anført, at Kommissionen har begået en fejl vedrørende bevisbyrden for deltagelsen i et samlet kartel. For det sjette kritiserer sagsøgerne Kommissionen for at have undladt at tage stilling til det individuelle ansvar for de selskaber, den anså for at indgå i Henss/Isoplus-koncernen.

i) Betegnelsen af overtrædelsen som »et kompleks af aftaler og samordnet praksis«

Parternes argumenter

183 Sagsøgerne bestrider Kommissionens udtalelse i beslutningens betragtning 131 og 132 om, at når der foreligger et længerevarende komplekst kartel, hvor aftalerne og den samordnede praksis indgår i virksomhedernes bestræbelser på at nå et fælles mål, nemlig at forhindre eller at fordreje konkurrencen, kan Kommissionen fastslå, at de må betragtes som en enkelt, sammenhængende overtrædelse. Kommissionen påstår således med urette, at det i et sådant tilfælde ikke er nødvendigt, at den fastslår, at overtrædelsen falder ind under enten den ene eller den anden kategori, henholdsvis aftale eller samordnet praksis.

184 Sagsøgerne minder om, at det hverken i forbindelse med en aftale i traktatens artikel 85, stk. 1's forstand eller i forbindelse med en »gentlemen's agreement«, der har til formål at begrænse den frie konkurrence, er nødvendigt at påvise, at konkurrencen faktisk er blevet begrænset. Hvad derimod angår samordnet praksis, hvor der ikke foreligger en bevidst samordning af adfærden med konkurrencebegrænsende formål, påhviler det Kommissionen at bevise, at den samordnede praksis faktisk har haft den virkning at begrænse konkurrencen. I betragtning af forskellen mellem begreberne aftale og samordnet praksis kan Kommissionen ikke fastslå, at der blot foreligger en enkelt overtrædelse af traktatens artikel 85, stk. 1, når overtrædelserne af den nævnte bestemmelse fremtræder i forskellige former. Det følger således af princippet om uskyldsfremodningen, at en beslutning, der træffes i medfør af forordning nr. 17, skal indeholde en angivelse af alle delene af gerningsindholdet i en overtrædelse af traktatens artikel 85, stk. 1.

185 Kommissionen har bemærket, at i nærværende sag indgik aftalerne og den samordnede praksis, der blev anvendt i den relevante periode, som led i en

ordning med regelmæssige møder med henblik på at styre markedet ved at fastsætte priser og kvoter. Da denne adfærd dels kom til udtryk i aftaler, dels i en samordnet praksis, havde Kommissionen grundlag for i beslutningens artikel 1 at fastslå, at der forelå en aftale og en samordnet praksis. Den har herved hverken anvendt begreberne aftale og samordnet praksis forkert eller krænkede generelle retsgrundsætninger.

Rettens bemærkninger

186 Det følger af fast retspraksis, at det i forbindelse med en sammensat overtrædelse, der har involveret adskillige producenter, som i adskillige år har haft det mål at gennemføre en fælles markedsregulering, ikke kan kræves af Kommissionen, at denne nærmere kvalificerer den enkelte virksomheds overtrædelse på et givet tidspunkt som enten en aftale eller en samordnet praksis, idet begge disse former for overtrædelse under alle omstændigheder er omfattet af traktatens artikel 85. Kommissionen er altså berettiget til at kvalificere en sådan enkelt overtrædelse som en »aftale og samordnet praksis« eller også som en aftale »og/eller« samordnet praksis, for så vidt denne overtrædelse både omfatter elementer, der kan kvalificeres som en aftale, og elementer, der kan kvalificeres som en samordnet praksis (Rettens dom af 17.12.1991, sag T-7/89, Hercules Chemicals mod Kommissionen, Sml. II, s. 1711, præmis 264). Det ville nemlig være unaturligt at opdele en sammenhængende adfærd, der har ét formål, i forskellige særskilte overtrædelser (dommen i sagen Hercules Chemicals mod Kommissionen, præmis 263).

187 I en sådan situation må den dobbelte kvalifikation ikke forstås således, at der samtidigt og kumulativt skal føres bevis for, at de faktiske omstændigheder hver for sig indeholder de elementer, der er forudsætningen for, at der foreligger en aftale og en samordnet praksis, men som en tilkendegivelse af, at der er tale om et kompleks, som indeholder faktiske omstændigheder, hvoraf nogle er kvalificeret som aftaler og andre som samordnet praksis, jf. traktatens artikel 85, stk. 1, der ikke kræver, at der skal ske en specifik kvalifikation for denne sammensatte type overtrædelse (dommen i sagen Hercules Chemicals mod Kommissionen, præmis 264).

- 188 Når begreberne samordnet praksis, aftaler mellem virksomheder og vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder anvendes med forskel i traktatens artikel 85, stk. 1, er det for at lade forskellige former for samordning og hemmelig forståelse mellem virksomheder være omfattet af forbuddene i bestemmelsen (dommen i sagen ICI mod Kommissionen, præmis 64). Det kan dog ikke af den grund udledes, at en række handlinger, der har det samme konkurrencebegrænsende formål, og som hver især isoleret betragtet enten falder ind under begrebet aftale, begrebet samordnet praksis eller begrebet vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder, ikke kan være forskellige udtryk for én og samme overtrædelse af traktatens artikel 85, stk. 1. En række handlinger, der er foretaget af flere forskellige virksomheder, kan være udtryk for en enkelt, men sammensat overtrædelse, der delvis er omfattet af begrebet aftale og delvis af begrebet samordnet praksis (dommen i sagen Kommissionen mod Anic Partecipazioni, præmis 112, 113 og 114).
- 189 I modsætning til hvad sagsøgerne gør gældende, kunne Kommissionen med rette fastslå, at det i et sådant tilfælde ikke er nødvendigt at kvalificere overtrædelsen og henføre den til den ene eller den anden af de to kategorier, dvs. aftaler eller samordnet praksis.
- 190 Det fremgår således af sammenligningen af begreberne aftale og samordnet praksis i traktatens artikel 85, stk. 1's forstand, at begreberne set fra et subjektivt standpunkt omfatter former for hemmelig forståelse, som er af samme karakter, og som kun adskiller sig fra hinanden ved deres grad og den form, hvorunder de kommer til udtryk. Heraf følger, at disse begreber vel har delvis forskellige grundelementer, men de er ikke indbyrdes uforenelige. Følgelig er Kommissionen ikke forpligtet til at kvalificere hver enkelt konstateret handling som enten aftale eller samordnet praksis, men kan principalt kvalificere nogle af disse handlinger som aftale og subsidiært andre som samordnet praksis (dommen i sagen Kommissionen mod Anic Partecipazioni, præmis 131 og 132).
- 191 En sådan fortolkning har ikke uacceptable konsekvenser med hensyn til bevisførelsen. Dels skal Kommissionen nemlig stadig bevise, at hver enkelt konstateret adfærd er omfattet af forbuddet i traktatens artikel 85, stk. 1, fordi

der er tale om en aftale, en samordnet praksis eller en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder. Dels skal de virksomheder, der foreholdes at have deltaget i overtrædelsen, for hver enkelt handlings vedkommende have mulighed for at anfægte den kvalifikation eller de kvalifikationer, som Kommissionen har valgt at benytte, ved at gøre gældende, at Kommissionen ikke har ført bevis for, at de elementer, som er forudsætningen for, at der foreligger en af de påståede former for overtrædelse, er til stede (dommen i sagen Kommissionen mod Anic Partecipazioni, præmis 134, 135 og 136).

- 192 Kommissionen har følgelig ikke begået en retlig fejl ved i artikel 1 i beslutningens dispositive del at betegne den påtalte overtrædelse som »et kompleks af aftaler og samordnet praksis« uden at henføre den til enten den ene eller den anden af disse to kategorier.

ii) Betegnelsen af de konstaterede handlinger som en aftale

Parternes argumenter

- 193 Sagsøgerne har vedrørende begrebet aftale i traktatens artikel 85, stk. 1's forstand gjort gældende, at det fremgår af bestemmelsen i traktatens artikel 85, stk. 2, om, at en sådan aftale er uden retsvirkning, at aftalen skal omfatte en retlig forpligtelse. En såkaldt gentlemen's agreement kan følgelig ikke sidestilles med begrebet aftale. Så længe virksomhederne ikke er nået til indbyrdes enighed, kan deres adfærd blot betegnes som et aftaleforsøg, hvilket ikke efter Fællesskabets konkurrenceregler kan straffes med en bøde.

- 194 Sagsøgerne har anført, at der ikke forelå en aftale i den relevante periode, da der først fra efteråret 1994 blev indgået en aftale om priser og om kvoter.

- 195 Vedrørende kvoteordningen, som Kommissionen mener blev vedtaget i august eller i september 1993, har Kommissionen selv i beslutningens betragtning 51 anført, at det vedrørende de fastsatte mål for det tyske marked for 1994 »ser ud til«, at man generelt nåede til enighed, hvilket viser, at en sådan enighed ikke forelå. Efter hvad der anføres i beslutningens samme betragtning, skulle Tarco have taget forbehold med hensyn til kvoterne. I beslutningens betragtning 52 oplyser Kommissionen endvidere, at det faktisk aldrig kom til en sådan aftale. Bortset fra, at sagsøgerne aldrig har indgået en sådan aftale eller aldrig har samarbejdet i en sådan, kan de af Kommissionen nævnte omstændigheder i det højeste betegnes som et aftaleforsøg.
- 196 Det er forkert, når Kommissionen i beslutningens betragtning 137 anfører, at arrangementerne uden for Danmark inden 1994, som var »løse og ofte sporadiske kontakter«, alligevel udgjorde overtrædelser af traktatens artikel 85, stk. 1. Aftaler, der ikke var indgået, er det samme som aftaler, der endnu ikke fandtes, idet der endnu ikke var skabt en fælles vilje mellem de berørte virksomheder. Sådanne ufuldstændige og uigennemførte arrangementer udgør blot forsøg på aftaler, for hvilke der ikke er bødestraf.
- 197 Sagsøgerne har under alle omstændigheder anført, at ikke alene undlod Henss Rosenheim og dermed Henss/Isoplus-koncernen at efterleve vedtagelserne på de i beslutningen nævnte møder, men selskaberne tog endog åbent afstand fra disse vedtagelser. Den omstændighed, at virksomhedens advokat reagerede, og at Henss Rosenheim indbragte ABB Isolrohr for en voldgiftsret, kan ikke fortolkes på anden måde end som en klar afstandtagen fra resultaterne af disse møder i retspraxis' forstand.
- 198 Kommissionen har anført, at det som betingelse for, at der kan antages at foreligge en aftale, er tilstrækkeligt, at de berørte virksomheder har givet udtryk for en fælles vilje til at følge en bestemt adfærd på markedet. Det kræves på ingen måde, at parterne har forpligtet sig retligt. I den forbindelse har den i oktober

eller i december 1991 vedtagne prisforhøjelse, den i august eller i september 1993 indførte kvoteordning samt den i maj eller i august 1994 fastsatte prisliste karakter af en aftale.

Rettens bemærkninger

- 199 Det fremgår af fast retspraksis, at det, for at der er tale om en aftale i henhold til traktatens artikel 85, stk. 1, er tilstrækkeligt, at de pågældende virksomheder har givet udtryk for en fælles vilje til at optræde på markedet på en bestemt måde (Domstolens dom af 15.7.1970, sag 41/69, ACF Chemiefarma mod Kommissionen, Sml. 1970, s. 107, præmis 112, org.ref.: Rec. s. 661, og af 29.10.1980, forenede sager 209/78-215/78 og 218/78, Van Landewyck mod Kommissionen, Sml. s. 3125, præmis 86, samt Rettens dom af 24.10.1991, sag T-1/89, Rhône-Poulenc mod Kommissionen, Sml. II, s. 867, præmis 120).
- 200 Denne betingelse er opfyldt, når der mellem flere virksomheder findes en gentlemen's agreement, der er et nøjagtigt udtryk for deres fælles vilje og indebærer en konkurrencebegrænsning (dommen i sagen ACF Chemiefarma mod Kommissionen, præmis 112, og Rettens dom af 6.4.1995, sag T-141/89, Tréfileurope mod Kommissionen, Sml. II, s. 791, præmis 96). Under disse omstændigheder er det irrelevant at undersøge, om virksomhederne følte sig forpligtet — juridisk, faktisk eller moralsk — til at udvise den aftalte adfærd (Rettens dom af 14.5.1998, sag T-347/94, Mayr-Melnhof mod Kommissionen, Sml. II, s. 1751, præmis 65).
- 201 I modsætning til hvad sagsøgerne hævder, kan en anden opfattelse ikke støttes på bestemmelsen i traktatens artikel 85, stk. 2, der foreskriver manglende retsvirkning som sanktion, og som vedrører de tilfælde, hvor der faktisk er tale om en juridisk forpligtelse. At denne sanktion i sagens natur kun kan finde anvendelse på aftaler, der er bindende, betyder ikke, at aftaler, der ikke er bindende, skal være fritaget fra det forbud, der fastslås i traktatens artikel 85, stk. 1.

202 I den foreliggende sag fandt Kommissionen i beslutningens betragtning 137, at for så vidt angår arrangementerne uden for Danmark før 1994 forelå der i hvert fald en udtrykkelig enighed om prisstigningen i Tyskland pr. 1. januar 1992, om prisfastsættelsen og projektfordelingen i Italien og om kvoteordningen vedrørende markedsandele af august 1993. Med hensyn til spørgsmålet om sagsøgernes deltagelse i kartellet før oktober 1994 fremgår det, at Kommissionen har antaget, at der forelå en aftale for det første ved prisforhøjelserne på det tyske marked for 1992, der blev besluttet i oktober og i december 1991, for det andet i forbindelse med den i august eller i september 1993 vedtagne kvoteordning og for det tredje ved den i maj og i august 1994 fastsatte prisliste.

203 Der skal i denne forbindelse henvises til præmis 137-181 ovenfor, hvor det er fastslået, at Kommissionen på grundlag af samtlige de beviser, den har tilvejebragt, har kunnet anse Henss/Isoplus-koncernen for part i en aftale, der senest blev indgået den 10. december 1991, og som vedrørte forhøjelsen af bruttopriserne i Tyskland, i en aftale om opdeling af det tyske marked, som senest blev indgået i september 1993, og i en aftale om en prisliste, der blev fastsat på møder i maj og august 1994.

204 På dette punkt kan Henss Rosenheim's modstand mod de agenturprisforhøjelser, som ABB Isolrohr pålagde, ikke betragtes som en afstandtagen i forhold til de andre karteldeltagere, da denne modstand udelukkende vedrørte de agenturpriser, der blev anvendt i forbindelse med handelsagenturet for Henss Rosenheim, og ikke salgspriserne, som de berørte virksomheder havde fastsat for det tyske marked.

205 Med hensyn til aftalen om opdeling af det tyske marked, som blev indgået i august 1993, kan det ikke gøres gældende, at Kommissionen har fastslået, at der ikke forelå en fælles vilje, for så vidt som den i beslutningens betragtning 51 nævnte, at »det ser ud til«, at man nåede til enighed om kvoteordningen. På dette sted kan verbet »se ud til« ikke forstås på anden måde end som udtryk for Kommissionens forvisning om, at det kunne udledes af omstændighederne i sagen, at der på daværende tidspunkt var opnået en generel enighed om en

kvoteordning. Det bemærkes ligeledes, at den omstændighed, at Tarco tog forbehold vedrørende selskabets markedsandel, ikke kunne hindre Kommissionen i at fastslå, at der var indgået en principaftale. Det fremgår således af ABB's svar, at under forhandlinger, der blev ført i april og maj 1993 med henblik på at etablere en aftale om priserne, »afslog [Tarco] at deltage i enhver form for prisaf tale uden en parallel aftale om kvoterne for markedsandele«, hvilket var begrundet med, at »Tarco ikke opnåede ordrer, hvis selskabet ikke konkurrerede aggressivt på priserne«. Som det er anført i præmis 153 ovenfor, kom Tarco's holdning til udtryk i et krav om en højere kvote end den kvote på 17%, der var fastsat på grundlag af revisionsundersøgelsen, hvilket i et senere forslag førte til, at der blev tildelt en større markedsandel. Denne holdning fra Tarco's side giver ikke grundlag for den antagelse, at selskabet principielt modsatte sig en opdeling af det tyske marked.

206 I modsætning til hvad sagsøgerne har anført, kan de af Kommissionen nævnte forhold ikke betegnes som et blot forsøg på en aftale. Det fremgår således af den række møder, hvorunder fordelingen af markedsandelene blev drøftet, at de pågældende virksomheder i hvert fald på et vist tidspunkt gav udtryk for en fælles vilje til at optræde på markedet på en bestemt måde. Som det er blevet anført ovenfor i præmis 151-157, må det fastslås, at selv om der ikke forelå en aftale vedrørende alle de spørgsmål, der blev forhandlet, foregik forhandlingerne i en vis periode i 1993 på baggrund af en fælles vilje til at begrænse konkurrencen på det tyske marked ved fastsættelse af markedsandele for den enkelte erhvervsdrivende.

207 Under disse omstændigheder kan Kommissionens udtalelse i beslutningens betragtning 137 om, at »det meget vel kan være sandt, at der med arrangementerne [...] var tale om løse og ofte sporadiske kontakter«, ikke forstås således, at der med hensyn til de forhold, som Kommissionen har kvalificeret som en aftale, endnu ikke mellem de pågældende virksomheder forelå en fælles vilje til at optræde på markedet på en bestemt måde. Selv om det ligger i Kommissionens udtalelse, at arrangementerne ikke altid blev fastlagt for alle de punkter, der blev forhandlet, og heller ikke vedrørende alle tænkelige enkeltheder, og at de var sporadiske og ikke vedvarende, udelukker den på ingen måde, at det lykkedes de pågældende virksomheder at nå til en aftale om en eller flere foranstaltninger, der havde til formål at begrænse konkurrencen på det relevante marked.

208 Sagsøgernes klagepunkt på følgelig forkastes.

iii) Begrebet samordnet praksis

Parternes argumenter

209 Sagsøgerne har vedrørende spørgsmålet om samordnet praksis anført, at når der ikke foreligger en bevidst samordning af handlinger med konkurrencebegrænsende formål, påhviler det Kommissionen at bevise, at den samordnede praksis faktisk har haft til følge at begrænse konkurrencen. I den foreliggende sag har Kommissionen imidlertid selv indrømmet, at for så vidt angår perioden før oktober 1994 var priserne uden for det danske marked faldet støt siden oktober 1990, især på det tyske marked.

210 Kommissionen har gjort gældende, at den har baseret sig på den definition af samordnet praksis, der er givet i retspraksis. I beslutningens betragtning 138 har den i denne forbindelse fastslået, at der i denne sag forelå en samordnet praksis ved udvekslingen af normalt følsomme kommercielle oplysninger. At priserne var faldet i Tyskland i det pågældende tidsrum er ikke et juridisk argument mod antagelsen af en samordnet praksis; i det højeste kan dette forhold rejse tvivl om, hvorvidt kartellet lykkedes. I øvrigt har Kommissionen fremlagt direkte beviser for hemmelige kontakter mellem parterne.

Rettens bemærkninger

- 211 Ifølge fast retspraksis omfatter begrebet samordnet praksis en form for koordinering mellem virksomheder, hvorved disse ikke går så langt som til at afslutte en egentlig aftale, men dog bevidst erstatter den risiko, der er forbundet med normal konkurrence, med indbyrdes praktisk samarbejde (Domstolens dom af 16.12.1975, forenede sager 40/73-48/73, 50/73, 54/73, 55/73, 56/73, 111/73, 113/73 og 114/73, Suiker Unie m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 1663, præmis 26, og dom af 8.7.1999, Hüls mod Kommissionen, præmis 158).
- 212 Det følger af denne retspraksis, at kriterierne om koordinering og samarbejde skal forstås ud fra den grundtanke, der ligger bag traktatens bestemmelser vedrørende konkurrence, og hvorefter enhver erhvervsdrivende uafhængigt skal tage stilling til den politik, han vil føre på det fælles marked. Selv om dette krav om uafhængighed ganske vist ikke udelukker de erhvervsdrivendes ret til at foretage de nødvendige tilpasninger til deres konkurrenters konstaterede eller antagelige adfærd, forhindrer det imidlertid kategorisk enhver direkte eller indirekte kontakt mellem sådanne erhvervsdrivende, som har til formål eller til følge enten at påvirke en aktuel eller potentiel konkurrents markedsadfærd eller at informere en sådan konkurrent om den markedsadfærd, som man har besluttet sig til eller overvejer selv at følge, når denne kontakt har til formål eller til følge, at der opstår konkurrencevilkår, som ikke svarer til det pågældende markeds normale vilkår i betragtning af produkternes eller de præsterede tjenesteydelsers art, størrelsen og antallet af virksomheder på markedet samt dets omfang (dommen i sagen Suiker Unie m.fl. mod Kommissionen, præmis 173 og 174, dommen af 8.7.1999 i sagen Hüls mod Kommissionen, præmis 159 og 160, og dommen i sagen Rhône-Poulenc mod Kommissionen, præmis 121).
- 213 Det fremgår endvidere af selve ordlyden af traktatens artikel 85, stk. 1, at en samordnet praksis forudsætter både samordning mellem virksomhederne og en adfærd på markedet, der ligger i forlængelse af denne samordning samt årsagsforbindelse mellem samordningen og adfærden (jf. dommen i sagen Kommissionen mod Anic Partecipazioni, præmis 118, og i sagen Hüls mod Kommissionen, præmis 161).

- 214 På baggrund af det anførte skal Retten bedømme Kommissionens bemærkninger i beslutningens betragtning 138, andet afsnit, hvori den udtaler, at »selv om begrebet 'aftale' ikke finder anvendelse på de forskellige trin i den forhandlingsproces, der fører til en samlet aftale, er den pågældende adfærd dog stadig omfattet af forbuddet i artikel 85 om samordnet praksis«. Det skal herved bemærkes, at Kommissionen betegner ordningen med regelmæssige møder som »et forum« for »udveksling af normalt følsomme kommercielle oplysninger [...] [som] må have medført, at de i et vist omfang nåede frem til forståelse, gensidighed og betinget eller delvis enighed om deres adfærd«, og Kommissionen understreger, at »deltagerne [...] under ingen omstændigheder [kunne] have undgået direkte eller indirekte at tage hensyn til de oplysninger, de fik på disse regelmæssige møder«.
- 215 Det må i den forbindelse fastslås, at for så vidt angår tiden før oktober 1994 fremgår det af flere dokumenter, at Henss/Isoplus-koncernen i 1992 og 1993 ved forskellige lejligheder deltog i en udveksling af oplysninger om markedsandelene. Som det er blevet fastslået ovenfor i præmis 146, 148 og 149, fremgår det nævnte forhold af dokumenterne i bilag 37, 44, 49 og 53 til meddelelsen af klagepunkter.
- 216 Det må imidlertid antages — med forbehold af det modbevis, som det må påhvile de pågældende erhvervsdrivende at føre — at de virksomheder, som deltager i samordningen, og som forbliver aktive på markedet, tager hensyn til informationsudvekslingen med deres konkurrenter for at fastlægge deres adfærd på markedet (dommen i sagen Kommissionen mod Anic Partecipazioni, præmis 121, og dommen af 8.7.1999, Hüls mod Kommissionen, præmis 162). Dette gælder så meget desto mere, når samordningen finder sted regelmæssigt og over en lang periode, således som det var tilfældet i denne sag (jf. dommen i sagen Kommissionen mod Anic Partecipazioni, præmis 121, og dom af 8.7.1999, Hüls mod Kommissionen, præmis 162).
- 217 Det fremgår endvidere af retspraksis, at en samordnet praksis er omfattet af traktatens artikel 85, stk. 1, selv om den ikke har haft konkurrencebegrænsende virkning på markedet. For det første fremgår det af selve ordlyden af denne

bestemmelse, at der gælder det samme som i forbindelse med aftaler mellem virksomheder og vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder, nemlig at en samordnet praksis — uanset dens virkninger — er forbudt, når den har et konkurrencestridigt formål. Endvidere bemærkes, at selv om begrebet samordnet praksis i sig selv forudsætter en adfærd fra de deltagende virksomheder på markedet, indebærer begrebet ikke nødvendigvis, at denne adfærd konkret har den virkning at begrænse, forhindre eller fordreje konkurrencen (jf. dommen i sagen Kommissionen mod Anic Partecipazioni, præmis 122, 123 og 124, og dom af 8.7.1999, Hüls mod Kommissionen, præmis 163, 164 og 165).

218 Det følger af det anførte, at for så vidt som Kommissionen for perioden før oktober 1994 har foreholdt Henss/Isoplus-koncernen, at den deltog i »et kompleks af aftaler og samordnet praksis«, har den ikke begået en retlig fejl, fordi den subsidiært betegnede en udveksling af kommercielle oplysninger som en samordnet praksis.

219 På dette punkt må det af sagsøgerne fremførte klagepunkt derfor ligeledes forkastes.

iv) Retsvirkningerne af deltagelse i et møde med et konkurrencebegrænsende formål

Parternes argumenter

220 Ifølge sagsøgerne bør der anlægges en restriktiv fortolkning af retspraksis om, at en virksomhed, der ikke efterkommer vedtagelserne på møder med et konkurrencebegrænsende formål, kan drages til ansvar for en overtrædelse af konkurrencereglerne, for så vidt som den ikke klart har taget afstand fra indholdet af de nævnte møder, og sagsøgerne har herved henvist til Rettens dom

af 1. april 1993, BPB Industries og British Gypsum mod Kommissionen (sag T-65/89, Sml. II, s. 389), og Domstolens dom af 6. april 1995, BPB Industries og British Gypsum mod Kommissionen (sag C-310/93 P, Sml. I, s. 865), hvoraf det fremgår, at Kommissionen med rette havde afslået at give adgang til nogle skrivelser i sagsakterne, der stammede fra den dominerende virksomheds kunder.

- 221 Når der er tale om karteller med deltagelse af virksomheder, der har en dominerende stilling på markedet eller i det mindste en stærk økonomisk stilling, kan den omstændighed, at andre virksomheder, der økonomisk er svagere, ikke klart tager afstand fra en konkurrencebegrænsende vedtagelse på et møde, på ingen måde medføre, at disse virksomheder alligevel bør anses for ansvarlige i konkurrenceretlig forstand for resultatet af det nævnte møde. For virksomheder af mindre betydning er det nemlig ofte lettere intet at sige under de møder, som de er blevet indkaldt til af den virksomhed, der er hovedmanden på markedet i kraft af sin økonomiske dominans, idet de senere afstår fra at handle i overensstemmelse med, hvad der er blevet besluttet.
- 222 Kommissionen har anført, at den retlige bedømmelse af et kartel ikke påvirkes af, hvorvidt en virksomhed har deltaget i dette frivilligt eller under tvang, for virksomheden har altid mulighed for at afsløre kartellet. De ovennævnte domme hviler endvidere på den betragtning, at Kommissionen så vidt muligt bør undgå selv at fremprovokere overtrædelser af konkurrencereglerne og ændrer ikke retspraksis om, at en virksomhed, der ikke efterkommer vedtagelserne på møder med et konkurrencebegrænsende formål, kan pålægges ansvar for disse vedtagelser, for så vidt den ikke klart tager afstand fra indholdet af de nævnte møder.

Rettens bemærkninger

- 223 Som det allerede er blevet nævnt i præmis 137 ovenfor, kan det i den situation, hvor en virksomhed deltager i møder mellem virksomheder med et konkurrencebegrænsende formål, også uden at være en aktiv deltager, og den ikke klart

tager afstand fra mødernes indhold og dermed giver de øvrige deltagere det indtryk, at virksomheden tilslutter sig og retter sig efter resultatet af møderne, anses for bevist, at den deltager i det på disse møder indførte kartel.

224 I modsætning til hvad sagsøgerne gør gældende, er det herved uden betydning, hvorvidt den pågældende virksomhed deltager i møder med virksomheder, der har en dominerende stilling eller i det mindste en stærk økonomisk stilling på markedet.

225 Det skal for det første præciseres, at den af sagsøgerne nævnte retspraksis vedrører Kommissionens forpligtelse til under en administrativ procedure, der gennemføres i henhold til konkurrencereglerne, at overholde fortroligheden af visse dokumenter, der findes i administrationens sagsakt. Det er i den forbindelse fastslået i retspraksis, at Kommissionen med føje kunne nægte at give virksomheder, som den havde beskyldt for at have misbrugt deres dominerende stilling, adgang til visse brevvekslinger med udenforstående virksomheder på grund af deres fortrolige karakter, idet en virksomhed, der har modtaget en meddelelse af klagepunkter, og som har en dominerende stilling på markedet, kan tænkes at ville træffe gengældelsesforanstaltninger over for en konkurrerende virksomhed, en leverandør eller en kunde, som har samarbejdet i Kommissionens undersøgelse (dom af 1.4.1993 i sagen BPB Industries og British Gypsum mod Kommissionen, præmis 33, som stadfæstet efter appel ved dom af 6.4.1995 i sagen BPB Industries og British Gypsum mod Kommissionen, præmis 26 og 27). Eftersom denne retspraksis vedrører et helt andet spørgsmål, nemlig Kommissionens forpligtelse til at give aktindsigt, indeholder den intet af relevans for spørgsmålet om, i hvilket omfang resultaterne af møder med et konkurrencebegrænsende indhold kan tilregnes de virksomheder, der har deltaget i disse møder.

226 For det andet skal der mindes om, at en virksomhed, der deltager i møder med et konkurrencebegrænsende formål, selv om det sker under tvang fra andre deltagere, der har en større økonomisk styrke, altid har mulighed for at indgive

en klage til Kommissionen over de pågældende konkurrencebegrænsende aktiviteter i stedet for at fortsætte sin deltagelse i de nævnte møder (jf. præmis 178 ovenfor).

- 227 Følgelig har Kommissionen ikke begået en retlig fejl, for så vidt som den i nærværende sag har lagt den fortolkning af traktatens artikel 85, stk. 1, til grund, at en virksomhed, der sammen med andre virksomheder deltager i møder med et konkurrencebegrænsende formål uden klart at tage afstand fra mødernes indhold, kan anses for at have deltaget i det kartel, der er indført på de nævnte møder.

v) Bevisbyrden for deltagelsen i et kartel i sin helhed

Parternes argumenter

- 228 Sagsøgerne anfægter Kommissionens udtalelse i beslutningens betragtning 134 om, at »hverken bevisførelsen eller de materielle retsregler kræver, at hver påstået part i aftalen deltog i, gav sit udtrykkelige samtykke til eller endog havde kendskab til alle kartellets aspekter eller aktiviteter i hele den periode, hvor de deltog i det fælles arrangement«. Denne retsopfattelse har ikke støtte i retspraksis og er navnlig i strid med EMK's artikel 6, stk. 2, og med skyldprincippet som en generel retsgrundsætning. Endelig fører en sådan opfattelse til en omvendt bevisbyrde.
- 229 Sagsøgerne har i den forbindelse anført, at en virksomhed kan anses for ansvarlig for et kartel i sin helhed, selv om det er godtgjort, at virksomheden kun deltog indirekte i et eller flere af kartellets elementer, såfremt virksomheden vidste eller

nødvendigvis burde vide, at det ulovlige samarbejde, som den deltog i, indgik i en samlet plan, og såfremt den samlede plan dækkede samtlige kartellets elementer (Rettens dom af 14.5.1998, sag T-310/94, Gruber + Weber mod Kommissionen, Sml. II, s. 1043, præmis 140). Selv om denne retspraksis i det væsentlige vedrører aftaler i traktatens artikel 85, stk. 1's forstand og derfor ikke uden videre kan overføres på samordnet praksis i den samme bestemmelses forstand, kan det dog udledes af den, at Kommissionens beslutning skal indeholde præcise angivelser vedrørende de forhold, som den pågældende virksomhed var bekendt med eller nødvendigvis burde være bekendt med. En virksomhed kan navnlig ikke anses for at have deltaget i et kartel i sin helhed i en periode, der ligger før den periode, hvorunder den pågældende virksomhed deltog i overtrædelsen, og heller ikke på et marked, som den aldrig har drevet virksomhed på.

- 230 Kommissionen har anført, at beslutningens betragtning 134 vedrører kartellets karakter af en enkelt overtrædelse og ikke spørgsmålet om, i hvilket omfang det kan lægges hver enkelt af virksomhederne til last. Det fremgår klart af beslutningen, at Kommissionen har fastlagt en sondring mellem spørgsmålet, om der foreligger en enkelt, sammenhængende overtrædelse, og spørgsmålet om, i hvilket omfang den enkelte virksomhed bærer ansvaret for overtrædelsen.

Rettens bemærkninger

- 231 Ifølge retspraksis kan en virksomhed anses for ansvarlig for et kartel i sin helhed, selv om det er godtgjort, at virksomheden kun deltog direkte i ét eller flere af kartellets elementer, såfremt virksomheden vidste eller nødvendigvis burde vide, at det ulovlige samarbejde, som den deltog i, indgik i en samlet plan, og såfremt den samlede plan dækkede samtlige kartellets elementer (jf. Rettens domme af 14.5.1998, sag T-295/94, Buchmann mod Kommissionen, Sml. II, s. 813, præmis

121, og Gruber + Weber mod Kommissionen, præmis 140). Endvidere bemærkes, at en virksomhed, der har deltaget i en enkelt, kompliceret overtrædelse ved egne handlinger, som har haft til formål at bidrage til gennemførelsen af overtrædelsen i dens helhed, for så vidt angår hele det tidsrum, hvor virksomheden har deltaget i den, også kan være ansvarlig for de handlinger, som andre virksomheder har foretaget som led i den samme overtrædelse, såfremt der er ført bevis for, at den pågældende virksomhed har været bekendt med de øvrige deltageres ulovlige adfærd eller med rimelighed har kunnet forudse denne, og at den har været indstillet på at løbe den dermed forbundne risiko. Denne konklusion er ikke i strid med princippet om, at ansvaret for sådanne overtrædelser er individuelt, og fører ikke til, at der uden hensyn til reglerne for bevisførelse ikke skal foretages en individuel undersøgelse af de belastende beviser, eller til, at de implicerede virksomheders ret til kontradiktion tilsidesættes (dommen i sagen Kommissionen mod Anic Partecipazioni, præmis 203).

232 Ifølge sagsøgerne fremgår det af beslutningens betragtning 134, sjette afsnit, at Kommissionen ikke har overholdt de principper, der følger af den nævnte retspraksis.

233 Det må imidlertid fastslås, at dette argument hviler på en urigtig forståelse af beslutningens betragtning 134.

234 Den nævnte betragtning findes således blandt de betragtninger, der er anført under overskriften »Aftaler og samordnet praksis«, hvorunder Kommissionen først redegjorde for sin fortolkning af begreberne aftale og samordnet praksis (beslutningens betragtning 129 og 130) og derefter forklarede, hvorfor den med rette mente at kunne lægge til grund, at der forelå en enkelt, sammenhængende overtrædelse, uden at det var nødvendigt at kvalificere overtrædelsen ved at henføre den under enten den ene eller den anden af de to kategorier aftale eller

samordnet praksis (beslutningens betragtning 131, 132 og 133). Derefter anførte Kommissionen i beslutningens betragtning 134, at det er muligt, at der ikke var enighed om alle aspekter i kartellet, at parterne aldrig nåede frem til en formel enighed om alle spørgsmål i forbindelse med kartellet, og at parterne var engageret i kartellet i forskelligt omfang, men at ingen af disse elementer dog forhindrer, at et sådant arrangement kan betragtes som en aftale eller en samordnet praksis efter traktatens artikel 85, stk. 1, hvis parterne arbejder hen imod et fælles og vedvarende mål. Efter det sidstnævnte afsnit anføres det endvidere, at medlemmerne kan tilslutte sig eller forlade kartellet fra tid til anden, uden at det skal betragtes som en ny aftale, hver gang der sker en ændring i deltagelsen.

- 235 Den af sagsøgerne omtalte betragtning kan følgelig ikke forstås på anden måde end som en klargøring af de betingelser, hvorunder et kartel efter Kommissionens opfattelse kan betragtes som en enkelt, sammenhængende overtrædelse, hvorved Kommissionen imidlertid ikke tager stilling til spørgsmålet om, i hvilket omfang ansvaret for en sådan overtrædelse kan tilregnes de virksomheder, der har deltaget i den.
- 236 Denne fortolkning af beslutningen bekræftes i øvrigt af beslutningens betragtning 148, litra b), hvor det udtrykkeligt anføres, at »det [ikke] påstås [...], at hver af de virksomheder, som denne beslutning er rettet til, deltog i hvert enkelt af de konkurrencebegrænsende arrangementer eller deltog i hele overtrædelsesperioden«, og at »nærværende beslutning [...] udførligt [gennemgår], hvilken rolle de enkelte deltagere har spillet«.
- 237 Vedrørende Kommissionens antagelse om, at Henss/Isoplus-koncernen deltog i overtrædelsen, skal det endvidere bemærkes, at sagsøgerne ikke i forbindelse med dette klagepunkt har angivet, i hvilket omfang Kommissionen har anset dem for deltagere i et samlet kartel, hverken for så vidt angår en periode, der ligger før den, hvorunder de deltog i overtrædelsen, eller for så vidt angår et marked, som

de aldrig har drevet virksomhed på. Det skal herved bemærkes, at det ovenfor er fastslået, dels at Kommissionen i beslutningen med rette har foreholdt Henss/Isoplus-koncernen en deltagelse i overtrædelsen fra oktober 1991, og dels, at det for så vidt angår perioden før oktober 1994 kun er antaget, at der foreligger en sådan deltagelse, for så vidt som koncernen tiltrådte det eksisterende kartel mellem de danske producenter med henblik på det tyske marked.

238 Det af sagsøgerne fremførte klagepunkt må følgelig forkastes.

vi) Det individuelle ansvar for selskaberne, der er anset for at tilhøre Henss/Isoplus-koncernen

Parternes argumenter

239 Sagsøgerne bestrider Kommissionens anbringende om, at det ikke påhvilede den at bevise, i hvilket omfang hver enkelt af virksomhederne inden for Henss/Isoplus-koncernen deltog for så vidt angår deres adfærd på markedet før oktober 1994. Eftersom sagsøgerne i så henseende indbyrdes skal betragtes som juridisk uafhængige, da der ikke fandtes en Henss/Isoplus-koncern, indeholder beslutningen ingen konstateringer vedrørende spørgsmålet om, hvorfor den enkelte sagsøger er anset for ansvarlig for deltagelsen i det ulovlige kartel. Endvidere har Kommissionen skabt uklarhed ved i beslutningen at anvende betegnelsen »Henss«, da det ikke kan ses, om den med dette udtryk henviste til Henss personligt, til Henss/Isoplus-koncernen eller til et Henss-selskab som f.eks. Henss Rosenheim og Henss Berlin.

- 240 For så vidt angår Isoplus Hohenberg har sagsøgerne anført, at dette er et østrigsk selskab, at Østrig først har været medlem af Det Europæiske Fællesskab fra den 1. januar 1995, og at konkurrencereglerne i medfør af EØS-aftalens artikel 53 først har fundet anvendelse fra den 1. juli 1994. Selv om der tages hensyn til princippet om konkurrencerettens territoriale karakter, må det fastslås, at beslutningen ikke indeholder nogen faktiske konstateringer vedrørende Isoplus Hohenberg's ansvar i relation til traktatens artikel 85 eller EØS-aftalens artikel 53 for en konkurrencebegrænsende adfærd før oktober 1994.
- 241 Kommissionen har anført, at de fire driftsselskaber optrådte som en enkelt enhed, der blev repræsenteret af Henss. De havde en åbenbar interesse i at deltage, da de drev virksomhed på det tyske marked, hvor priserne havde holdt sig på et lavt niveau. Det må af disse grunde tillige afvises, når det gøres gældende, at Kommissionen ikke har ført fornødent bevis for, at Isoplus Hohenberg deltog i kartellet, idet dette selskab havde hjemsted i Østrig.

Rettens bemærkninger

- 242 Det bemærkes — således som det allerede er blevet fastslået i præmis 54-66 ovenfor — at Kommissionen med rette har fastslået, at Henss- og Isoplus-selskaberne deltog i kartellet som en enkelt økonomisk enhed, der i beslutningen er betegnet som »Henss/Isoplus-koncernen« eller »Henss/Isoplus«. Det var følgelig ikke overalt i beslutningen relevant at præcisere, hvorvidt udtrykket »Henss« henviser til et Henss-selskab eller til Henss/Isoplus-koncernen. Det bemærkes ligeledes, at for så vidt som beslutningen henviser til Henss, er det også i hans egenskab af repræsentant for alle Henss- og Isoplus-selskaberne, som han kontrollerede og repræsenterede inden for kartellet.

- 243 Vedrørende perioden før 1994 bemærkes, at selv om det er muligt, at Henss på møderne i direktørklubben handlede for selskaberne Henss Rosenheim og Henss Berlin som led i disses salgagenturkontrakter for det tyske marked, står det dog fast, at han samtidig varetog disse to selskabers egne interesser og interesserne for selskaberne Isoplus Hohenberg og Isoplus Sondershausen. Som det er blevet fastslået i præmis 60 ovenfor, fremgår det således af de notater, der blev taget af andre deltagere, at alle Henss- og Isoplus-selskaberne under drøftelserne om opdelingen af det tyske marked optrådte samlet som en enkelt enhed ved navn »Isoplus« eller »Isoplus/Henss«.
- 244 Kommissionen har følgelig ført fornødent bevis for, at hvert af Henss- og Isoplus-selskaberne deltog i Henss/Isoplus-koncernen og derfor måtte anses for ansvarlig for den af koncernen begåede overtrædelse.
- 245 Det skal vedrørende Isoplus Hohenberg bemærkes, at dette selskab allerede før 1994 indgik i Henss/Isoplus-koncernen. Da Kommissionen på dette grundlag har pålagt Isoplus Hohenberg ansvar for den af Henss/Isoplus-koncernen begåede overtrædelse i form af et kartel, der for denne koncerns vedkommende omfatter det tyske marked, kan det ikke antages, at Kommissionen har pålagt virksomheden ansvar for aktiviteter, som på grund af deres geografiske placering falder uden for det territoriale anvendelsesområde for traktatens artikel 85.
- 246 Følgelig må også det her omhandlede klagepunkt forkastes.

247
til
286 [...]]

B — *Det andet anbringende om tilsidesættelse af retten til kontradiktion*287
til
322 [...]]

3. Tilsidesættelse af retten til kontradiktion i forbindelse med oversættelsen af visse dokumenter

Parternes argumenter

323 Ifølge sagsøgerne er virksomhedernes ret til kontradiktion blevet tilsidesat, idet Kommissionen ikke stillede alle dokumenterne til deres rådighed på tysk. De har således ikke modtaget en oversættelse af visse bilagsdokumenter til meddelelsen af klagepunkter, til den supplerende meddelelse og til andre virksomheders svar på Kommissionens anmodninger om oplysninger.

324 Ifølge sagsøgerne kan Domstolens betragtninger i dom af 24. november 1998, Bickel og Franz (sag C-274/96, Sml. I, s. 7637), om unionsborgernes ret til at forlange, at en straffesag foretages på den pågældendes modersmål, finde anvendelse på en sag ved Kommissionen, der gennemføres i medfør af forordning nr. 17, og som må betegnes som en strafferetlig procedure efter betydningen i EMK's artikel 5 og 6. Under sagen ved Kommissionen gælder det almindelige princip om parternes lighed, som kræver, at ikke blot meddelelsen af klagepunkter og beslutningen, men også alle bilag hertil, tilstilles den berørte virksomhed på det sprog, der er det officielle sprog på virksomhedens hjemsted, eller på ethvert andet sprog, som virksomheden måtte have valgt at behandle sagen på. Der er under alle omstændigheder pligt til at oversætte dokumenter, der er vedlagt indlæggene fra andre virksomheder og fra klageren, idet Kommissionen selv skal oversætte disse dokumenter til Fællesskabets officielle sprog.

- 325 Kommissionen har anført, at sagens dokumenter i forordning nr. 17's forstand, dvs. meddelelsen af klagepunkter og beslutningen, er blevet tilsendt de berørte på tysk, hvilket er i overensstemmelse med artikel 3 i Rådets forordning nr. 1 af 15. april 1958 om den ordning, der skal gælde for Det Europæiske Økonomiske Fællesskab på det sproglige område (EFT 1952-1958, s. 59). Dokumenter, der ikke stammer fra Kommissionen, og som skal bruges til underretning og til forsvar for sagsøgerne, skal disse derimod have tilsendt i den originale version. Sagsøgerne har følgelig ingen hjemmel for at hævde, at Kommissionen skal oversætte disse dokumenter til Fællesskabets forskellige officielle sprog.

Rettens bemærkninger

- 326 Det bemærkes, at sagsøgerne gør gældende, at de ikke alene skulle have haft en oversættelse af de dokumenter, der findes som bilag til meddelelsen af klagepunkter, men også af bilagene til andre virksomheders svar på Kommissionens anmodninger om oplysninger.
- 327 Det bemærkes for det første, at det fremgår af fast retspraksis, at de bilag til meddelelsen af klagepunkter, der ikke stammer fra Kommissionen, ikke er »dokumenter« i den anvendte betydning i artikel 3 i forordning nr. 1, men må betragtes som belastende materiale, som Kommissionen tillægger betydning, og som derfor skal fremsendes til modtageren, som de er, således at modtageren kan få kendskab til Kommissionens fortolkning af det materiale, på grundlag af hvilket den har udfærdiget meddelelsen af klagepunkter og beslutningen (Rettens dom af 6.4.1995, sag T-148/89, Tréfilunion mod Kommissionen, Sml. II, s. 1063, præmis 21, og af 14.5.1998, sag T-338/94, Finnboard mod Kommissionen, Sml. II, s. 1617, præmis 53). Ved at fremsende disse bilag på deres originale sprog har Kommissionen følgelig ikke begået nogen tilsidesættelse af de pågældende virksomheders ret til kontradiktion.

- 328 Det skal endvidere bemærkes, at der i teksten til meddelelsen af klagepunkter, som blev sendt til sagsøgerne på tysk, findes relevante uddrag af de bilag, der var vedlagt meddelelsen. På denne måde har sagsøgerne således præcist kunnet se, hvilke faktiske omstændigheder Kommissionen baserede sig på, og hvorledes den retligt vurderede sagen, således at de har kunnet varetage deres interesser på hensigtsmæssig måde (jf. også dommen i sagen Tréfilunion mod Kommissionen, præmis 21).
- 329 Endelig bemærkes, at de samme hensyn finder anvendelse på de dokumenter, som andre virksomheder har vedlagt deres svar på Kommissionens anmodninger om oplysninger. For det første indeholder fællesskabsretten ingen bestemmelse, der forpligter Kommissionen til at udarbejde en oversættelse af sådanne dokumenter, der ikke stammer fra den. For det andet skal disse dokumenter, da de skal bruges til underretning og til forsvar for de berørte virksomheder, endvidere bringes til disses kendskab, som de er, således at virksomhederne selv kan bedømme den fortolkning af dem, som er grundlaget for Kommissionens beslutning.
- 330 Det skal bemærkes, at dette ikke er i strid med princippet om parternes ligestilling, da det eneste relevante bevis, således som Kommissionen har anført, såvel for Kommissionen som for de berørte virksomheder udgøres af dokumenternes originale version.
- 331 Det er ikke muligt for sagsøgerne at støtte en anden fortolkning end den ovennævnte på den tidligere anførte dom i sagen Bickel og Franz. I denne dom fastslog Domstolen således, at en sprogordning, hvorefter en straffesag skal foretages på de pågældende personers modersmål, skal anvendes uden forskelsbehandling. Dommen behandlede imidlertid ikke spørgsmålet om, hvorvidt hensynet til retten til kontradiktion kræver, at skriftlige beviser skal oversættes til det sprog, sagen foretages på.

- 332 Af de anførte grunde må klagepunktet om, at retten til kontradiktion er tilsidesat på grund af manglende oversættelse af dokumenter, forkastes.

4. Tilsidesættelse af retten til kontradiktion på grund af fristerne for fremsættelse af bemærkninger

Parternes argumenter

- 333 Sagsøgerne har anført, at deres ret til kontradiktion er blevet tilsidesat, for så vidt som Kommissionen ikke har givet dem tilstrækkelig tid til at udtale sig om samtlige akter i sagen.

- 334 De bemærker herom, at efter fremsendelsen af meddelelsen af klagepunkter fremsendte Kommissionen ved skrivelse af 22. maj 1997 en række andre dokumenter med bilag, der ikke var på tysk, selv om den frist, modtagerne af meddelelsen af klagepunkter havde fået til at fremsætte bemærkninger, udløb den 30. juni 1997. En anmodning fra sagsøgerne om forlængelse af denne frist blev ikke besvaret af Kommissionen, og bemærkningerne til den nævnte meddelelse blev følgelig afgivet inden for den fastsatte frist. Dernæst modtog sagsøgerne ved Kommissionens skrivelse af 19. september 1997 andre involverede virksomheders svar på meddelelsen af klagepunkter, med bilag, herunder dokumenter, der ikke var oversat til tysk, og som Kommissionen anmodede sagsøgerne om at fremsætte deres bemærkninger til inden den 10. oktober 1997. Derudover modtog sagsøgerne skrivelser fra Kommissionen af 24. september og 9. oktober 1997, der var vedlagt dokumenter, som heller ikke var oversat. Sagsøgerne afgav deres bemærkninger den 12. og den 17. november 1997, men beklagede sig samtidig over denne fremgangsmåde fra Kommissionens side. Uanset sagsøgernes protester

under høringen den 24. og den 25. november 1997 tillod høringskonsulenten fremlæggelse af samtlige de beviser, der var blevet meddelt på denne måde. Hertil kommer, at de sidste skriftlige indlæg fra de andre virksomheder ikke blev bragt til sagsøgenes kundskab.

- 335 Sagsøgerne har anført, at hvis man accepterer Kommissionens opfattelse, hvorefter bilagene til meddelelsen af klagepunkter og supplementerne til meddelelsen ikke skal meddeles på det sprog, der anvendes på virksomhedens hjemsted, skal en lang række dokumenter på fremmede sprog for sagsøgenes vedkommende først oversættes til tysk, hvilket kræver en vis tid.
- 336 For så vidt angår Kommissionens påstand om, at sagsøgerne under alle omstændigheder har haft mulighed for også at fremsætte bemærkninger til senere fremsendte dokumenter, har sagsøgerne anført, at de for at bevare deres rettigheder var nødt til inden for den korte frist, der var fastsat, at indgive kortfattede bemærkninger, der ikke kunne udarbejdes med den fornødne omhu og akkuratesse. De havde imidlertid hver gang klaget over, at fristerne var utilstrækkelige.
- 337 Endelig forelagde Kommissionens repræsentant under høringen Isoplus Hohenberg's og Isoplus Sondershausen's advokat indskudskontrakten af 15. januar 1997, som advokaten på daværende tidspunkt var uden ethvert kendskab til, og anmodede ham om forskellige forklaringer i den forbindelse. Sagsøgerne protesterede mod, at høringskonsulenten tillod dette bevismiddel, samtidig med at de ikke havde haft nogen frist til at fremsætte deres bemærkninger til det.
- 338 Kommissionen finder, at de fastsatte frister var tilstrækkelige. Den gør således opmærksom på, at der med skrivelsen af 22. maj 1997 kun var blevet fremsendt et meget lille antal dokumenter, og at det fuldt ud havde været muligt at tage

stilling til dem før udløbet af den fastsatte frist. Det samme gælder for bemærkningerne til de dokumenter, som Kommissionen ikke har anvendt, og som virksomhederne udvekslede indbyrdes. I det omfang andre virksomheder fremsatte bemærkninger til de af Kommissionen fremsendte dokumenter, var den ikke forpligtet til at give sagsøgerne adgang til disse bemærkninger, da disse ikke var grundlag for beslutningen.

339 Sagsøgerne erkender, at de konkret afgav deres indlæg inden for fristerne. Sagsøgerne havde tilstrækkelig tid til at besvare meddelelsen af klagepunkter og til at gennemgå Kommissionens skrivelser af 19. og 24. september og af 9. oktober 1997 såvel som de dokumenter, disse skrivelser henviser til. Under den administrative procedure, som først blev afsluttet med høringen, forlangte sagsøgerne ikke adgang til at fremsætte yderligere skriftlige bemærkninger. I øvrigt var høringen blevet udsat fra den 21. og 22. oktober 1997 til den 24. og 25. november 1997, og der havde således været tilstrækkelig tid til at indgive et skriftligt svar.

340 Hvad angår indskudskontrakten af 15. januar 1997 kan sagsøgerne ikke hævde, at de ikke har haft adgang til at tage stilling til dette dokument på behørig måde. Således bygger beslutningen kun på kontrakten, for så vidt som den udgør et bevis for, at sagsøgerne udgør en koncern, der ledes af Henss. Vedrørende dette sidstnævnte punkt blev der stillet udtrykkelige spørgsmål til de daværende driftsselskaber under den skriftlige procedure, og selskaberne udtalte sig herom, idet de bestred, at der fandtes nogen som helst koncern, og navnlig at Henss havde nogen som helst kapitalandele i Isoplus Hohenberg og Isoplus Sondershausen. Det havde under høringen været let at besvare spørgsmålet, om Henss kontrollerede disse selskaber, og navnlig om indskudskontrakten vedrørte dette spørgsmål.

341 De afsnit, hvori sagsøgerne i deres skrivelser af 8. og 9. december 1997 behandlede indskudskontrakten, indeholdt endvidere udelukkende en kritik af Kommissionen for at have fremlagt det nævnte dokument under høringen, men

nævner ikke spørgsmålet om den af Henss udøvede kontrol. Det følger heraf, at selv om den pågældende procedure ikke havde været tilstrækkelig til at fremsætte bemærkninger vedrørende dette sidste punkt på en forsvarlig og hensigtsmæssig måde, er retten til kontradiktion alligevel blevet sikret.

Rettens bemærkninger

- 342 Det bemærkes, at sagsøgerne gør gældende ikke at have haft den fornødne tid til at fremsætte deres bemærkninger, for det første vedrørende de dokumenter, der blev fremsendt før udløbet af den fastsatte frist for fremsættelse af bemærkninger til meddelelsen af klagepunkter, for det andet vedrørende de derefter fremsendte dokumenter, med hensyn til hvilke Kommissionen anmodede om bemærkninger inden den 10. oktober 1997, og for det tredje vedrørende indskudskontrakten, der blev fremlagt under høringen, uden at der forinden var fastsat en frist med henblik på, at sagsøgerne kunne forberede en udtalelse.
- 343 Hvad for det første angår dokumenterne, der blev fremsendt den 22. maj 1997 med en følgeskrivelse fra Kommissionen, må det fastslås, at der er tale om dokumenter, der ifølge den nævnte skrivelse kunne have en vis betydning i relation til de faktiske omstændigheder, der var behandlet i meddelelsen af klagepunkter af 20. marts 1997. Eftersom Kommissionen havde fastsat en frist på 14 uger, dvs. indtil den 1. juli 1997, for fremsættelse af bemærkninger til meddelelsen af klagepunkter, havde sagsøgerne ved modtagelsen af skrivelsen af 22. maj 1997 stadig mere end en måned til at formulere deres udtalelse vedrørende de pågældende yderligere dokumenter.
- 344 Det skal i den forbindelse bemærkes, at det bestemmes i artikel 11, stk. 1, i forordning nr. 99/63, hvis formål er at sikre modtagerne af meddelelsen af klagepunkter en tilstrækkelig frist til, at de kan udøve deres ret til kontradiktion,

at Kommissionen ved fastsættelsen af fristen, der ikke kan sættes til mindre end to uger, skal tage såvel den tid, der er nødvendig til udfærdigelsen af bemærkningerne, som hensynet til sagens hastende karakter i betragtning. Herved skal fristen tildeles efter en konkret vurdering af, hvor vanskelig den pågældende sag er. Således har Fællesskabets retsinstanser i visse sager, som også var store, fastslået, at en frist på to måneder var tilstrækkelig med henblik på fremsættelse af bemærkninger til meddelelsen af klagepunkter (Domstolens dom af 14.2.1978, sag 27/76, United Brands mod Kommissionen, Sml. s. 207, præmis 272 og 273, og dommen i sagen Suiker Unie m.fl. mod Kommissionen, præmis 94-99).

345 En frist på mere end en måned må herefter have været tilstrækkelig med henblik på fremsættelse af bemærkninger til de dokumenter, der blev fremsendt den 22. maj 1997, i betragtning af, at der var tale om et mindre antal dokumenter (bilag X1-X9), hvis betydning endvidere var forklaret i følgeskrivelsen. For så vidt angår Powerpipe's klage, der også, med bilag, var vedlagt skrivelsen af 22. maj 1997, må det ligeledes bemærkes, at de mest belastende afsnit var citeret i meddelelsen af klagepunkter.

346 Hvad for det andet angår de senere fremsendte dokumenter bemærkes, at sagsøgerne havde en rimelig frist frem til høringsdatoerne. I skrivelsen af 19. september 1997, hvormed Kommissionen fremsendte andre virksomheders svar på meddelelsen af klagepunkter, nævnes det således, at såfremt virksomhederne ønskede at fremsætte bemærkninger til disse svar, skulle disse bemærkninger afgives inden den 10. oktober 1997, og at virksomhederne under alle omstændigheder ville få lejlighed til at udtale sig under høringen. Da Kommissionen ved skrivelse af 24. september 1997 fremsendte dokumenter, der var fundet hos Dansk Rørindustri, for at give fuldstændig adgang til sagsakten, nævnte den derimod ikke muligheden for at fremsætte bemærkninger og gav følgelig heller ikke en frist med henblik herpå. Muligheden for at fremsætte bemærkninger blev heller ikke nævnt i skrivelsen af 9. oktober 1997, hvormed der fremsendtes en række supplerende dokumenter til meddelelsen af klagepunkter (nr. 1-28) samt svarene fra Løgstør, Powerpipe og DSD på Kommissionens anmodninger om oplysninger.

- 347 I betragtning af, at sagsøgerne under alle omstændigheder fik lejlighed til at fremsætte deres bemærkninger til de dokumenter, Kommissionen havde fremsendt den 19. og 24. september og den 9. oktober 1997, senest den 24. og den 25. november 1997, da høringen fandt sted, må det fastslås, at sagsøgerne har haft en frist på mellem fem uger og to måneder til at afgive en udtalelse om disse dokumenter. En sådan frist må under hensyn til omstændighederne i den konkrete sag anses for at have været tilstrækkelig med henblik på en hensigtsmæssig udøvelse af retten til kontradiktion.
- 348 For så vidt angår dokumenterne, der blev fremsendt den 9. oktober 1997, skal det for det første bemærkes, at betydningen af alle disse dokumenter i relation til meddelelsen af klagepunkter klart var angivet i de opstillinger, der samtidig blev fremsendt, og for det andet, at de fleste af de supplerende dokumenter til meddelelsen af klagepunkter, således som det forklares i følgeskrivelsen, havde været omfattet af dokumentudvekslingen mellem virksomhederne.
- 349 Sagsøgerne kan heller ikke påberåbe sig den omstændighed, at de på tidspunktet for modtagelsen af de dokumenter, der blev fremsendt den 19. og 24. september og den 9. oktober 1997, endnu ikke vidste, at de havde indtil den 24. og 25. november 1997 til at udarbejde deres bemærkninger. For selv om sagsøgerne, da de udarbejdede deres bemærkninger til disse dokumenter, gik ud fra, at de havde kortere tid til rådighed, havde de i sidste ende en tilstrækkelig frist til at bearbejde og uddybe deres bemærkninger, hvilket Isoplus Hohenberg og Isoplus Sondershausen i øvrigt gjorde, idet de supplerede deres bemærkninger af 14. oktober 1997 med supplerende bemærkninger af 12. november 1997.
- 350 Det skal for det tredje bemærkes, at sagsøgerne ikke kan hævde, at de ikke havde mulighed for hensigtsmæssigt at give udtryk for deres opfattelse vedrørende indskudskontrakten af 15. januar 1997, der blev fremlagt af Kommissionen under høringen.

- 351 Det fremgår således af referatet af høringen såvel som af beslutningens betragtning 159 og 160, at Kommissionen under høringen af selskaberne Isoplus Hohenberg og Isoplus Sondershausen henviste til denne indskudskontrakt for at bevise, hvilke anparter Henss havde i Isoplus Hohenberg og Isoplus stille Gesellschaft, og for at bevise, at der fandtes et moderselskab, HFB KG, der var anpartshaver, efter at ægtefællerne Henss og Papsdorf havde afstået de anparter, de havde haft i selskaberne Isolus Rosenheim, Isoplus Sondershausen, Isoplus Hohenberg og Isoplus stille Gesellschaft.
- 352 Selv om sagsøgerne ikke har haft lejlighed til at udarbejde deres bemærkninger vedrørende indskudskontrakten, før den blev fremlagt af Kommissionen under høringen, fremgår det, at de allerede under den administrative procedure i denne sag havde haft lejlighed til at fremsætte deres bemærkninger til de konklusioner, som Kommissionen kunne drage af de oplysninger, som kontrakten indeholdt. Således havde Kommissionen i meddelelsen af klagepunkter — på et tidspunkt, hvor den endnu ikke havde opdaget indskudskontrakten — dels for så vidt angår Isoplus Hohenberg anført, at dette selskab syntes at være kontrolleret af Henss, men at denne ikke var anført som selskabsdeltager i det lokale handelsregister, og for det andet, at der ikke fandtes noget holdingselskab, der kunne betragtes som repræsentant for Isoplus-koncernen. Følgelig kunne sagsøgerne af meddelelsen af klagepunkter udlede for det første, at stiftelsen af selskabet HFB KG samt indskuddet af anparterne i dette måtte være af interesse for Kommissionen, da disse dispositioner bekræftede dens antagelse om, at Henss- og Isoplus-selskaberne hørte til en enkelt koncern, og for det andet, at Kommissionen endnu ikke havde kendskab til disse dispositioner. Ikke desto mindre fortsatte Isoplus Hohenberg og Isoplus Sondershausen i deres bemærkninger af 30. juni 1997 til meddelelsen af klagepunkter med at give Kommissionen forkerte oplysninger på dette punkt, navnlig hvad angår Henss' selskabsandele i Isoplus Hohenberg.
- 353 Under alle omstændigheder meddelte sagsøgerne efter høringen ved skrivelser af 8. og 9. december 1997 og af 13. februar 1998 deres bemærkninger vedrørende dette dokument såvel som vedrørende de omstændigheder, hvorunder det blev forelagt for dem. Det følger heraf, at Kommissionen ikke har forhindret sagsøgerne i effektivt at tage stilling til det pågældende dokument.

354 Det følger i det hele af det anførte, at sagsøgerne havde den fornødne tid til at fremlægge deres opfattelse vedrørende de af Kommissionen fremførte faktiske omstændigheder og klagepunkter.

355 Følgelig kan klagepunktet ikke tages til følge for så vidt angår fristerne for fremsættelse af bemærkninger.

5. Tilsidesættelse af tavshedspligten og af beskyttelsen af forretningshemmeligheder

Parternes argumenter

356 Sagsøgerne gør gældende, at Kommissionen og høringskonsulenten ikke har sikret overholdelsen af tavshedspligten og beskyttelsen af forretningshemmeligheder i henhold til artikel 20 i forordning nr. 17, navnlig med hensyn til de nærmere omstændigheder vedrørende forbindelserne mellem selskaberne såvel som de økonomiske og juridiske overvejelser, der lå til grund for skabelsen af disse forbindelser.

357 Under høringen gav høringskonsulenten ikke sagsøgerne mulighed for at give en fortrolig redegørelse for de juridiske forbindelser mellem Isoplus Hohenberg og Isoplus Sondershausen på den ene side og Isoplus Rosenheim (dengang selskaberne Henss Rosenheim og Henss Berlin) på den anden side. Tværtimod blev indskudskontrakten af 15. januar 1997 fremlagt, mens samtlige virksomheder, der havde modtaget beslutningen, og klageren var til stede. I mangel af fortrolighed havde advokaten for Isoplus Hohenberg og Isoplus Sondershausen og især Henss i sin egenskab af direktør for Isoplus Rosenheim måttet afstå fra at meddele visse nærmere oplysninger på dette punkt. Advokaterne for Isoplus Hohenberg og Isoplus Sondershausen og advokaten for Isoplus Rosenheim havde i øvrigt klaget over den manglende fortrolighed i deres skrivelser af 8. og 9. december 1997.

- 358 Med hensyn til indskudskontrakten af 15. januar 1997 har sagsøgerne understreget, at dette dokument er kommet til veje på ulovlig vis og som følge af en fejl begået af handelsregisteret ved Amtsgericht Charlottenburg, og at kontrakten senere er blevet fjernet fra akten i det nævnte register. Kontrakten indeholder nærmere oplysninger vedrørende selskabsandele, der er omfattet af artikel 20 i forordning nr. 17. Dokumentet omhandler fuldmagtsforhold («Treuhandverhältnisse»), som først og fremmest ud fra konkurrencemæssige hensyn ikke burde være offentliggjort, og som til hver en tid burde være behandlet fortroligt som forretningshemmeligheder, da der ikke er pligt til at oplyse, hvem ejeren eller den faktiske selskabsdeltager er. Sagsøgerne mener i stævningen at have påvist de nærmere omstændigheder, som viser den berettigede interesse i, at disse fuldmagtsforhold forbliver hemmelige.
- 359 Endvidere er de fortrolighedshensyn, der skal tilgodeses under en konkurrencesag ved Kommissionen, også under høringen, ikke blevet varetaget i nærværende tilfælde, idet uddrag af høringen blev offentliggjort i danske aviser i 1998. Allerede i foråret 1996 blev fortroligt materiale fra nærværende sag offentliggjort i pressen, hvilket på daværende tidspunkt fremkaldte protester fra sagsøgerne, som findes i Henss-selskabernes svar og i selskabet Isoplus Hohenberg's svar af 24. april 1996 på anmodningen af oplysninger af 13. marts 1996 (herefter »Isoplus Hohenberg's svar«).
- 360 Kommissionen har anført, at den ikke under drøftelsen af indskudskontrakten af 15. januar 1997 tilsidesatte artikel 20 i forordning nr. 17, eftersom den nævnte indskudskontrakt var registreret i handelsregisteret og dermed tilgængelig for enhver. Under høringen blev denne opfattelse i øvrigt bekræftet af Henss, der tilføjede, at forretningshemmeligheden alene omfattede de strategier, som koncernens struktur skulle gøre det muligt at gennemføre.
- 361 Sagsøgerne har heller ikke påvist, hvorfor oplysningerne i indskudskontrakten skulle have haft karakter af forretningshemmeligheder. Kommissionen har i den forbindelse understreget, at hensynet til, at der ikke sker offentliggørelse af

oplysninger, såfremt videregivelse af disse til tredjemand kan være til skade for den, der har meddelt dem, kun er beskyttet i det omfang, der er tale om et berettiget hensyn.

362 Selv om Kommissionen havde afsløret en forretningshemmelighed under høringen, ville dette ikke gøre beslutningen som sådan ulovlig. Det angiveligt ulovlige forhold, nemlig den omstændighed, at andre virksomheder fik kendskab til selskabsandelens virkelige struktur inden for Henss/Isoplus-koncernen, har ikke haft nogen indflydelse på beslutningens indhold. Kommissionen bemærker i øvrigt, at den ikke har ladet noget som helst komme ud vedrørende indholdet af høringerne.

Rettens bemærkninger

363 Det bemærkes, at traktatens artikel 214 (nu artikel 287 EF) pålægger institutionernes tjenestemænd og øvrige ansatte ikke at videregive oplysninger i deres besiddelse, som er tjenestehemmeligheder. Artikel 20 i forordning nr. 17, hvorved denne bestemmelse gennemføres inden for lovgivningen for virksomhederne, bestemmer specielt i stk. 2, at »med forbehold af bestemmelserne i artikel 19 og 21 er Kommissionen og medlemsstaternes kompetente myndigheder samt deres tjenestemænd og øvrige ansatte forpligtede til ikke at give oplysninger om forhold, som de i medfør af denne forordning får kendskab til, og som ifølge deres natur er undergivet tavshedspligt«.

364 Bestemmelserne i artikel 19 og 21 i forordning nr. 17, hvis anvendelse der således tages forbehold for, er reglerne om henholdsvis Kommissionens forpligtelser med hensyn til høringer og med hensyn til offentliggørelse af beslutninger. Det fremgår heraf, at den i artikel 20, stk. 2, nævnte tavshedspligt lempes over for tredjemænd, som artikel 19, stk. 2, giver ret til at blive hørt, det vil navnlig sige over for klagende tredjemænd. Kommissionen kan meddele disse visse oplysninger, som er omfattet af tavshedspligten, for så vidt denne meddelelse er nødvendig for sagens rette oplysning. Denne mulighed gælder ikke for enhver art

dokumenter, som ifølge deres natur er omfattet af tavshedspligten. Ifølge artikel 21, hvorefter visse beslutninger skal offentliggøres, har Kommissionen pligt til at tage hensyn til virksomhedernes berettigede interesse i, at deres forretningshemmeligheder ikke udbredes. Skønt disse bestemmelser angår specielle tilfælde, må de anses for at være udtryk for et almindeligt princip, som gælder under den administrative procedures forløb (Domstolens dom af 24.6.1986, sag 53/85, AKZO Chemie mod Kommissionen, Sml. s. 1965, præmis 27 og 28).

- 365 Vedrørende gennemførelsen af høringen bestemmer artikel 9, stk. 3, i Kommissionens forordning (EØF) nr. 99/63 af 25. juli 1963 om udtalelser i henhold til artikel 19, stk. 1 og 2, i Rådets forordning nr. 17 (EFT 1963-1964, s. 42), at møderne ikke er offentlige, at personerne høres alene eller i andre indkaldtes nærværelse, og at der i sidstnævnte fald skal tages hensyn til virksomhedernes berettigede interesse i beskyttelsen af deres forretningshemmeligheder.
- 366 Det må fastslås, at sagsøgerne ikke har påvist, i hvilket omfang Kommissionen skulle have afsløret forretningshemmeligheder i forbindelse med høringen af Isoplus Hohenberg og Isoplus Sondershausen, hvorunder den klagende virksomhed såvel som andre virksomheder, som meddelelsen af klagepunkter var rettet til, var til stede.
- 367 For så vidt angår indskudskontrakten af 15. januar 1997 skal det for det første bemærkes, at sagsøgerne blot gør gældende, at dette dokument blev registreret i handelsregisteret ved en fejltagelse, uden at det anføres, hvem der er ansvarlig for denne fejl, og at registreringen var ulovlig, men uden herved at anføre det mindste bevis. Under disse omstændigheder kan Kommissionen ikke kritiseres for at have anvendt et sådant bevis. Hvad for det andet angår spørgsmålet om den offentlige karakter af de i kontrakten indeholdte oplysninger, skal det bemærkes, at Henss under høringen, hvor han var til stede i sin egenskab af direktør for Isoplus Rosenheim, bekræftede, at det nævnte dokument er offentligt, idet han herved angav, at den eneste forretningshemmelighed var begrundelsen for de i dette dokument beskrevne dispositioner vedrørende de pågældende virksomheders strategi. Denne opfattelse blev ved den lejlighed hverken anfægtet af direktøren for virksomhederne Isoplus Hohenberg og Isoplus Sondershausen eller af virksomhedernes advokat.

- 368 Hvad for det andet angår den omstændighed, at der ikke blev afholdt en fortrolig høring af selskaberne Isoplus Hohenberg og Isoplus Sondershausen, er det tilstrækkeligt at bemærke, at sagsøgerne ikke har fremlagt den mindste oplysning om, at oplysninger med karakter af forretningshemmeligheder skulle være blevet videregivet af Kommissionen til tredjemand under denne høring. Kommissionen kan herved ikke kritiseres for at have videregivet oplysninger, som sagsøgerne havde meddelt den som fortrolige. Det fremgår således af høringsreferatet, at Kommissionen i sine spørgsmål til Isoplus Hohenberg og Isoplus Sondershausen angående deres forbindelser med Henss-selskaberne ikke oplyste andet, end hvad der fremgik af selskabernes situation, som disses advokat kort forinden havde beskrevet i sine indledende bemærkninger under høringen, samt — under høringens videre forløb — oplysninger fra offentlige registre.
- 369 For det tredje bemærkes vedrørende det forhold, at fortrolige oplysninger, der blev benyttet under den administrative procedure, er blevet offentliggjort i pressen, at sagsøgerne ikke nærmere har angivet, hvilke fortrolige oplysninger der skulle være blevet afsløret i de nævnte presseartikler under den administrative procedure.
- 370 Hertil kommer, at selv om det antages, at Kommissionens tjenestegrene var ansvarlige for, at de i pressen refererede oplysninger slap ud — hvilket Kommissionen imidlertid ikke har erkendt, og sagsøgeren ikke har bevist — ville dette under alle omstændigheder ikke have betydning for beslutningens lovlighed, da det ikke er godtgjort, at beslutningen faktisk ikke ville være blevet vedtaget, eller at den ville have fået et andet indhold, hvis de anfægtede offentliggørelser ikke havde fundet sted (dommen i sagen United Brands mod Kommissionen, præmis 286). Sagsøgerne har i sagen intet fremført, der kan støtte en sådan konklusion.
- 371 Klagepunktet om tilsidesættelse af tavshedspligten og manglende beskyttelse af forretningshemmeligheder må følgelig forkastes.

6. Tilsidesættelse af bestemmelserne vedrørende høring af vidner

Parternes argumenter

372 Ifølge sagsøgerne har Kommissionen tilsidesat artikel 3, stk. 3, i forordning nr. 99/63 og artikel 19 i forordning nr. 17, idet den ikke har gennemført de vidneafhøringer, der blev begæret.

373 Sagsøgerne har mindet om, at ifølge artikel 3 i forordning nr. 99/63 kan de berørte virksomheder foreslå, at Kommissionen hører personer, som kan bekræfte de påberåbte forhold. I forbindelse med deres bemærkninger til meddelelsen af klagepunkter foreslog Isoplus Hohenberg og Isoplus Sondershausen ved skrivelse af 30. juni 1997 Kommissionen at høre en række personer, heriblandt navnlig Henss. Isoplus Rosenheim foreslog ved skrivelse af samme dato også, at visse personer blev hørt som vidner. Ved skrivelse af 16. september 1997 gav Kommissionen imidlertid virksomhederne det svar, at det ved anvendelsen af artikel 3, stk. 3, i forordning nr. 99/63 påhviler virksomhederne selv at sikre sig, at de pågældende personer er til stede under høringen og at påkalde dem som vidner, hvorved Kommissionen anførte, at den ikke var en domstol, at den ikke var beføjet til at tvinge vidner til at deltage i en høring, og at den heller ikke kunne foranstalte edsafklæggelse. Ved skrivelse af 30. september 1997 anførte Isoplus Hohenberg og Isoplus Sondershausen herom yderligere, at de udpegede vidner ikke havde tilknytning til deres selskaber, men til konkurrerende virksomheder, og at det derfor ikke havde været muligt at tvinge disse vidner til at give møde. Alle de vidner, som Isoplus Rosenheim havde ønsket at føre, var heller ikke knyttet til sagsøgernes virksomheder, men til Powerpipe og andre konkurrerende virksomheder. De personer, der var begæret ført som vidner, var imidlertid hverken blevet indkaldt som vidner af de tjenestegrene, der varetager konkurrencespørgsmål i Kommissionen, eller af høringskonsulenten. I mangel af en indkaldelse havde de nævnte personer, som ikke gav møde, heller ikke kunnet afhøres som vidner af Kommissionen for at fastslå de faktiske omstændigheder, med henblik på hvilke sagsøgerne havde begæret dem ført som vidner.

- 374 Selv om Henss var til stede under høringsen i sin egenskab af direktør for Isoplus Rosenheim, var han ikke blevet afhørt officielt, da han ikke blev påkaldt af høringskonsulenten. Sagsøgerne erkender, at en formel afhøring af Henss til dels blev gjort overflødig som følge af de udtalelser, Isoplus Rosenheim's advokat afgav under høringsen. Da høringsen ikke var fortrolig, havde Henss som direktør for Isoplus Rosenheim imidlertid måttet afstå fra at nævne visse nærmere oplysninger.
- 375 Sagsøgerne har anført, at såfremt vidnerne var blevet indkaldt af Kommissionen, og de derefter var blevet udspurgt eller hørt, ville deres erklæringer have ført Kommissionen til den konklusion, at Isoplus Rosenheim, Isoplus Hohenberg og Isoplus Sondershausen eller Henss/Isoplus-koncernen ikke havde deltaget i en overtrædelse af traktatens artikel 85 før i slutningen af 1994 og heller ikke havde deltaget i boykotforanstaltningerne over for Powerpipe. Der var endvidere begæret ført et vidne for at bekræfte, at den europæiske prisliste fra 1994 ikke var blevet udarbejdet af Henss eller Henss Rosenheim.
- 376 Ifølge sagsøgerne hviler artikel 3, stk. 3, i forordning nr. 99/63 på det almindelige princip om retten til at blive hørt såvel som på det princip, der er fastslået i EMK's artikel 6, og navnlig i dennes stk. 3, litra d), om retten til at indkalde og afhøre vidner i anklagedes interesse og retten til at stille spørgsmål til vidner, der føres imod anklagede. Såfremt de berørte virksomheder under en procedure, der gennemføres i henhold til forordning nr. 17, begærer, at personer tilsiges og afhøres i overensstemmelse med artikel 3, stk. 3, i forordning nr. 99/63, er Kommissionen principielt forpligtet til at indkalde og afhøre disse personer, selv om den ikke har mulighed for at pålægge dem sanktioner, såfremt de ikke møder. Kun i bestemte, begrundede tilfælde kan Kommissionen afslå sådanne begæringer ved en individuel afgørelse.
- 377 Selv om det er rigtigt, at Kommissionen ikke er en »domstol« i EMK's artikel 6's forstand, betyder det ikke, at de andre garantier, der hjemles i denne artikel, ikke finder anvendelse på proceduren ved Kommissionen. En procedure, som

Kommissionen gennemfører med det dobbelte formål at bringe en overtrædelse af konkurrencereglerne til ophør og pålægge en bøde, har således karakter af en straffesag i EMK's artikel 6's forstand. Det påhviler følgelig Kommissionen at overholde denne artikel i sin fulde udstrækning og dermed også bestemmelsens stk. 3, litra d).

378 Kommissionen har anført, at forordning nr. 99/63 ikke giver den hjemmel til at afhøre »vidner« i ordets juridiske forstand. Artikel 3, stk. 3, i forordning nr. 99/63 taler ikke om vidner, men fastslår simpelt hen virksomhedernes ret til at anvende visse bevismidler. Kommissionen har ingen beføjelse — og så meget mindre nogen forpligtelse — til at indkalde eventuelle vidner i virksomhedens interesse, som denne ikke selv kan få til at afgive en erklæring. I modsætning til hvad sagsøgerne hævder, har Kommissionen i øvrigt ikke afslået at høre de foreslåede personer.

379 Det må vedrørende EMK's artikel 6 påpeges, at Kommissionen ikke er en »domstol« i den nævnte bestemmelses forstand. Kommissionen udøver de kontrolopgaver, som Fællesskabets konkurrenceregler tillægger den, under Rettens og Domstolens kontrol. Den omstændighed, at de relevante procedure-regler, navnlig reglerne i forordning nr. 17, ikke hjemler beføjelse til at pålægge vidner i virksomhedernes interesse at give møde, er ikke i strid med begrebet parternes ligestilling, der kommer til udtryk i EMK's artikel 6, stk. 3, litra d). I forbindelse med proceduren for Kommissionen kender man således heller ikke vidner »for anklageren«, da de væsentlige beviser, som Kommissionen kan støtte sine klagepunkter på, er dokumenter og oplysninger, som den kan udbede sig fra medlemsstaternes kompetente myndigheder såvel som fra virksomhederne og sammenslutninger af virksomheder med hjemmel i artikel 11 i forordning nr. 17.

380 I forbindelse med den kontrol, som Retten udøver med Kommissionens varetagelse af sine opgaver, kan den i øvrigt pålægge vidner at give møde, herunder vidner i virksomhedernes interesse. Princippet om parternes ligestilling er faktisk

fraveget ved Retten til fordel for de berørte virksomheder, da virksomhederne kan påberåbe sig vidneerklæringer som grundlag for at tilbagevise de af Kommissionen fremførte beskyldninger i beslutningen, hvorimod Kommissionen ikke kan anføre vidneerklæringer til støtte for beskyldninger, som ikke allerede er bevist ved hjælp af oplysningerne i beslutningen og i meddelelsen af klagepunkter.

Rettens bemærkninger

- 381 Det bemærkes, at artikel 19, stk. 2, i forordning nr. 17 bestemmer, at såfremt fysiske eller juridiske personer fremsætter anmodning om at måtte udtale sig i sagen, skal en sådan anmodning imødekommes, hvis de pågældende godtgør at have tilstrækkelig interesse heri. Ifølge artikel 5 i forordning nr. 99/63 skal Kommissionen give dem lejlighed til at udtale sig skriftligt inden for en af Kommissionen fastsat frist. Endvidere skal Kommissionen ifølge artikel 7, stk. 1, i forordning nr. 99/63 give personer, der i deres skriftlige bemærkninger har begæret dette, lejlighed til at afgive mundtlig forklaring, såfremt de pågældende godtgør at have tilstrækkelig interesse deri, eller hvis Kommissionen agter at pålægge dem en bøde eller en tvangsbøde. Ifølge artikel 7, stk. 2, kan Kommissionen i øvrigt give enhver anden person lejlighed til mundtligt at fremføre sine synspunkter.
- 382 I henhold til artikel 19, stk. 2, i forordning nr. 17 og artikel 5 og 7 i forordning nr. 99/63 er Kommissionen kun forpligtet til at indhente udtalelser fra fysiske eller juridiske personer, der godtgør at have tilstrækkelig interesse heri, såfremt de pågældende personer faktisk anmoder om at måtte udtale sig (Domstolens dom af 9.7.1987, sag 43/85, Ancides mod Kommissionen, Sml. s. 3131, præmis 8). I nærværende sag har de personer, som sagsøgerne har foreslået som vidner, imidlertid ikke på noget tidspunkt selv udtrykt ønske om at måtte udtale sig.

383 Det skal endvidere bemærkes, at ifølge artikel 3, stk. 3, i forordning nr. 99/63 kan de virksomheder og sammenslutninger af virksomheder, over for hvem der gennemføres en procedure efter forordning nr. 17, »ligeledes foreslå, at Kommissionen hører personer, som kan bekræfte de påberåbte forhold«. Såfremt denne situation foreligger, fremgår det af artikel 7 i forordning nr. 99/63, at Kommissionen har et rimeligt skøn ved afgørelsen af, hvilken interesse det kan have at høre personer, hvis udsagn kan have betydning for sagens oplysning (Domstolens dom af 17.1.1984, forenede sager 43/82 og 63/82, VBVB og VBBB mod Kommissionen, Sml. s. 19, præmis 18). Beskyttelsen af retten til kontradiktion kræver således ikke, at Kommissionen foretager høring af vidner, der er udpeget af de berørte, når den anser undersøgelsen af sagen for at have været tilstrækkelig (Domstolens dom af 16.5.1984, sag 9/83, Eisen und Metall Aktiengesellschaft mod Kommissionen, Sml. s. 2071, præmis 32).

384 I den foreliggende sag har sagsøgerne intet fremført, der kan begrunde den antagelse, at Kommissionen ved ikke at høre de angivne personer utilbørligt har hindret sagens oplysning og således har begrænset sagsøgernes mulighed for at forklare de forskellige aspekter ved de problemer, som Kommissionens klagepunkter rejser (jf. dommen i sagen VBVB og VBBB mod Kommissionen, præmis 18).

385 Således har sagsøgerne ikke i stævningen angivet, i hvilket omfang det ved hjælp af de nævnte vidneforklaringer kunne være godtgjort, at Henss/Isoplus-koncernen eller sagsøgerne ikke havde deltaget i et kartel på europæisk plan fra den 10. oktober 1991, men først fra slutningen af 1994. Det bemærkes i den forbindelse, at selv om den ønskede vidneforklaring havde bekræftet, at hverken Henss, Isoplus Hohenberg eller Isoplus Sondershausen fra EuHP modtog oplysninger vedrørende dennes interne forhold, før de blev optaget i den, ville dette ikke have gjort det muligt at afvise de klagepunkter, som Kommissionen har fremført over for sagsøgerne. Det samme gælder spørgsmålet om, hvorvidt Henss eller Henss Rosenheim deltog i udarbejdelsen af den prisliste, der blev benyttet inden for det europæiske kartel. I lyset af de beviser, der er omtalt ovenfor i

præmis 264-277, kunne Kommissionen endvidere med rette finde, at det ikke var nødvendigt at høre den ønskede vidneforklaring om det forhold, at Powerpipe angiveligt havde foreslået Isoplus Hohenberg og Isoplus Sondershausen at deltage i et ulovligt kartel.

386 For så vidt som forslaget om vidneførsel vedrører Henss, skal det yderligere bemærkes, at denne var til stede under høringen i egenskab af direktør for Isoplus Rosenheim, men at hverken dette selskabs advokat eller Isoplus Hohenberg's og Isoplus Sondershausen's advokat anmodede ham om at afgive vidneforklaring. Det fremgår således af høringsreferatet, at Henss kun udtalte sig under høringen af Isoplus Hohenberg og Isoplus Sondershausen, efter at høringskonsulenten havde stillet et spørgsmål om indskudskontrakten.

387 Det fremgår endvidere af samme høringsreferat, at sagsøgerne ikke under høringen anmodede om, at Bech, der havde tilknytning til Løgstør, og som de også havde begæret ført som vidne, fik lejlighed til at udtale sig, selv om også han var til stede under høringen.

388 Det følger i det hele af det anførte, at i det omfang, hvori Kommissionen ikke har taget forslagene om vidneførsel til følge, har den anvendt bestemmelserne i artikel 19 i forordning nr. 17 samt bestemmelserne i forordning nr. 99/63 korrekt.

389 Sagsøgerne har endelig påberåbt sig EMK's artikel 6, stk. 3, litra d), der bestemmer: »Enhver, der er anklaget for en lovovertrædelse, skal mindst have ret til [...] at afhøre eller lade afhøre imod ham førte vidner og at få vidner for ham tilsagt og afhørt på samme betingelser som vidner, der føres imod ham.«

390 Der skal i så henseende mindes om, at det fremgår af fast retspraksis, at Kommissionen ikke er en domstol efter EMK's artikel 6 (dommen i sagen Van Landewyck m.fl. mod Kommissionen, præmis 81, Domstolens dom af 7.6.1983, forenede sager 100/80-103/80, Musique diffusion française m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 1825, præmis 7, og dommen i sagen Shell mod Kommissionen, præmis 39). Endvidere fremgår det udtrykkeligt af artikel 15, stk. 4, i forordning nr. 17, at Kommissionens beslutninger om pålæggelse af bøder for overtrædelse af konkurrenceretten ikke er sanktioner i strafferetlig forstand (Rettens dom af 6.10.1994, sag T-83/91, Tetra Pak mod Kommissionen, Sml. II, s. 755, præmis 235).

391 Selv om Kommissionen ikke er en domstol efter EMK's artikel 6, og selv om de af Kommissionen pålagte bøder ikke er af strafferetlig karakter, er Kommissionen under den administrative procedure imidlertid forpligtet til at overholde de almindelige fællesskabsretlige principper (dommen i sagen Musique diffusion française mod Kommissionen, præmis 8, og i sagen Shell mod Kommissionen, præmis 39).

392 Det bemærkes i denne forbindelse, at den omstændighed, at fællesskabsrettens bestemmelser om konkurrencen ikke pålægger Kommissionen en forpligtelse til at indkalde de vidner i virksomhedernes interesse, der ønskes ført, ikke er i strid med de nævnte principper. Det skal herved bemærkes, at selv om Kommissionen kan lade fysiske eller juridiske personer afgive udtalelse, når den finder det nødvendigt, har den heller ikke ret til at indkalde vidner til støtte for sine klagepunkter uden at have opnået deres samtykke.

393 Af alle disse grunde må klagepunktet vedrørende manglende høring af vidner forkastes.

7. Tilsidesættelse af bestemmelserne om høringskonsulentens kompetenceområde

Parternes argumenter

394 Ifølge sagsøgerne har Kommissionen ikke overholdt Kommissionens afgørelse 94/810/EKSF/EF af 12. december 1994 om høringskonsulentens kompetenceområde under Kommissionens behandling af konkurrencesager (EFT L 330, s. 67), idet høringskonsulenten i denne sag afgav en udtalelse, selv om han ikke havde været til stede under størstedelen af høringen.

395 Sagsøgerne har herom forklaret, at Gilchrist, som var den høringskonsulent, der havde forberedt og ledet høringen, gik på pension den 31. december 1997. Daout, der skulle overtage hvervet som høringskonsulent fra den 1. januar 1998, var til stede under høringen den 24. november 1997, men deltog ikke i høringen den 25. november 1997. Følgelig deltog Daout kun delvis i høringen af Isoplus Rosenheim og Henss Berlin, som fandt sted om aftenen den 24. november 1997 og fortsatte den 25. november 1997. Han deltog overhovedet ikke i høringen af Isoplus Hohenberg og Isoplus Sondershausen, der udelukkende fandt sted den 25. november 1997. Udkastet til referat af høringsproceduren blev derefter fremsendt ved skrivelse fra høringskonsulent Daout den 3. april 1998. Efter at dette referat var godkendt, udarbejdede høringskonsulenten udtalelsen om gennemførelsen af høringen i henhold til artikel 8 i afgørelse 94/810.

396 Ifølge sagsøgerne er der ved denne fremgangsmåde sket en krænkelse af deres ret til kontradiktion. Hvis den nye høringskonsulent har udarbejdet udtalelsen i henhold til artikel 8 i afgørelse 94/810, efter at referatet var blevet godkendt, har han gjort det uden at have deltaget i størstedelen af høringen og især i den del, der

vedrørte Isoplus Hohenberg og Isoplus Sondershausen. I denne sidstnævnte situation har høringskonsulenten ikke kunnet skabe sig et personligt indtryk af Henss/Isoplus-koncernen og af alle sagsøgerne og har heller ikke været i stand til bl.a. at stille spørgsmål. Da der ikke foreligger en objektiv udtalelse fra høringskonsulenten i overensstemmelse med artikel 8 i afgørelse 94/810, har Kommissionens beslutningsproces, der førte til den anfægtede beslutning, ikke kunnet bygge på et objektivt grundlag.

397 Såfremt det var den pensionerede høringskonsulent, der udarbejdede den pågældende udtalelse, således som det hævdes af Kommissionen, har sagsøgerne endvidere subsidiært gjort gældende, at der foreligger en tilsidesættelse af de væsentlige formkrav, der er fastlagt i afgørelse 94/810 og forordning nr. 99/63, eftersom udtalelsen er blevet udarbejdet før godkendelsen af referatet vedrørende høringen, og uden at høringskonsulenten havde kendskab til og havde undersøgt de andre direkte bemærkninger fra Isoplus Hohenberg, Isoplus Sondershausen og Isoplus Rosenheim. Heller ikke i denne situation vil der have foreligget en fuldstændig og rigtig udtalelse, således at beslutningsprocessen ikke har haft en objektiv karakter.

398 Selv om høringskonsulentens udtalelse om høringen eller om faserne i den i henhold til artikel 17 gennemførte procedure ikke skal fremsendes til de berørte virksomheder, således at de kan gennemgå den og fremsætte deres bemærkninger, er denne udtalelse fra den uafhængige høringskonsulent ikke desto mindre af afgørende betydning under sager om konstatering af overtrædelser af konkurrencereglerne, hvilket Kommissionen i øvrigt indrømmer, idet den erkender, at selv om udtalelsen ikke er bindende for den, har den dog en værdi som en vejledning.

399 Kommissionen har anført, at Gilchrist udarbejdede udtalelsen i henhold til artikel 8 i afgørelse 94/810. Det er uden betydning, at høringskonsulenten på daværende tidspunkt ikke havde høringsreferatet, da dette referat bruges til underretning af de personer, der ikke er til stede under høringen, dvs. medlemmerne af Det Rådgivende Udvalg og af Kommissionen. Eftersom høringskonsulenten i kraft af sit hverv er forpligtet til at være til stede under hele høringen, var det nævnte referat ikke bestemt til hans underretning.

Høringskonsulentens udtalelse giver ifølge Kommissionen udtryk for drøftelserne, således som de er ført under høringen. Endelig er en sådan udtalelse blot vejledende, og Kommissionen er ikke forpligtet til at følge den.

400 Kommissionen har i den forbindelse yderligere understreget, at før høringen er der normalt fremlagt skriftlige indlæg vedrørende de fremførte klagepunkter, og høringen udgør således en fremrykket fase i proceduren. Idet høringen er slut, når mødet hæves, er referatet blot en gengivelse af, hvad der er sket på mødet. Parternes adgang til at kontrollere rigtigheden af referatet betyder derfor ikke, at høringen fortsætter.

401 Med hensyn til høringskonsulentens udtalelse er det på ingen måde udelukket, at Kommissionen tager hensyn til indlæg efter høringen. Det fremgår således udtrykkeligt af artikel 8 i afgørelse 94/810, at høringskonsulenten kan henstille, at der indhentes yderligere oplysninger, såfremt det senere fremlagte materiale nødvendiggør en ny høring. Denne situation forelå imidlertid ikke i nærværende sag.

402 Det forhold, at Daout midlertidigt var fraværende under høringen, har ikke haft nogen indflydelse på beslutningens gyldighed, da den nævnte person på daværende tidspunkt endnu ikke havde stillingen som høringskonsulent.

Rettens bemærkninger

403 Det bemærkes, at artikel 2, stk. 1, i afgørelse 94/810 pålægger høringskonsulenten at sikre, at høringen afvikles korrekt, og derigennem at bidrage til, at høringen og den eventuelle efterfølgende beslutning får en objektiv karakter.

Høringskonsulentens skal i den forbindelse især sørge for, at der ved udarbejdelsen af udkastene til Kommissionens beslutninger på konkurrenceområdet tages behørigt hensyn til alle relevante omstændigheder, hvad enten disse er fordelagtige eller ufordelagtige for de berørte parter.

- 404 Ifølge artikel 8 i afgørelse 94/810 underretter høringskonsulenten generelt direktøren for konkurrence om høringens forløb og om de konklusioner, han drager af høringen, og han fremsætter sine bemærkninger om sagens videre forløb, der f.eks. kan vedrøre nødvendigheden af at indhente yderligere oplysninger, frafaldelse af visse klagepunkter eller meddelelse af yderligere klagepunkter.
- 405 Det fremgår endvidere såvel af artikel 9, stk. 4, i forordning nr. 99/63 som af artikel 7, stk. 4, i afgørelse 94/810, at hovedindholdet af de enkelte personers erklæringer anføres i referatet, der læses og godkendes af de pågældende. Ifølge denne sidstnævnte bestemmelse påhviler det høringskonsulenten at sørge for, at dette sker.
- 406 For så vidt angår den foreliggende sag fremgår det, at udtalelsen i henhold til artikel 8 i afgørelse 94/810 blev udarbejdet af Gilchrist, som fremsendte den til Kommissionen den 26. november 1997. Sagsøgernes klagepunkt må følgelig forstås således, at de påtaler det forhold, at høringskonsulenten udarbejdede denne udtalelse, før referatet af høringen var godkendt, og uden at have kendskab til sagsøgernes bemærkninger hertil.
- 407 Det skal indledningsvis fastslås, at der hverken efter forordning nr. 99/63 eller afgørelse 94/810 er noget til hinder for, at høringskonsulenten afgiver udtalelsen i henhold til artikel 8 i afgørelse 94/810, før høringsreferatet i medfør af artikel 9, stk. 4, i forordning nr. 99/63 og artikel 7, stk. 4 i afgørelse 94/810 er godkendt af hver af de personer, der har afgivet udtalelse. Der skal i den forbindelse mindes

om, at høringskonsulentens udtalelse er et rent internt dokument i Kommissionen, der ikke har til formål at supplere eller korrigere virksomhedernes argumentation, og som derfor ikke har en sådan betydning, at Fællesskabets retsinstanter skal tage hensyn til den ved udøvelsen af deres kontrolfunktion (jf. præmis 40 ovenfor).

- 408 Det skal dernæst understreges, at formålet med artikel 9, stk. 4, i forordning nr. 99/63 er at garantere de afhørte personer, at der er overensstemmelse mellem referatet og deres væsentligste udtalelser (dommen i sagen ICI mod Kommissionen, præmis 29, og Domstolens dom af 14.7.1972, sag 51/69, Bayer mod Kommissionen, Sml. 1970, s. 221, org.ref.: Rec. s. 745, præmis 17). Referatet forelægges således parterne til godkendelse med henblik på, at de kan kontrollere de udtalelser, der er afgivet under høringen, og ikke med det formål at tilvejebringe nye oplysninger, som høringskonsulenten skal tage hensyn til.
- 409 Sagsøgerne har imidlertid ikke påvist, i hvilket omfang den foreløbige karakter af referatet, der forelå for høringskonsulenten, da han udarbejdede sin udtalelse, skulle have hindret ham i at afgive udtalelsen for generaldirektøren for konkurrence under omstændigheder, der må kræves opfyldt af hensyn til procedurens objektive karakter.
- 410 Det fremgår således af retspraksis, at det forhold, at det referat af høringen, der fremsendes til Det Rådgivende Udvalg og til Kommissionen, er foreløbigt, kun er en sagsbehandlingsfejl, der kan medføre, at den beslutning, der træffes ved afslutningen af den pågældende procedure, er ugyldig, såfremt dokumentet er affattet på en sådan måde, at adressaterne kan blive vildledt på et afgørende punkt (Domstolens dom af 15.7.1970, sag 44/69, Buchler mod Kommissionen, Sml. 1970, s. 151, præmis 17, org.ref.: Rec. s. 733). Eftersom Kommissionen ud over det foreløbige referat var i besiddelse af virksomhedernes kommentarer og bemærkninger til dette referat, må det under alle omstændigheder antages, at Kommissionens medlemmer var orienteret om alle væsentlige forhold, inden de traf afgørelse (jf. dommen i sagen Petrofina mod Kommissionen, præmis 44). Det kan derfor ikke hævdes, at de forskellige instanser, der medvirkede ved udarbejdelsen af den endelige beslutning, ikke er blevet korrekt orienteret om virksomhedernes argumentation i deres svar på de klagepunkter, Kommissionen

havde meddelt dem, og på det bevismateriale, Kommissionen har påberåbt sig til støtte for klagepunkterne (jf. dommen i sagen Petrofina mod Kommissionen, præmis 53, og dommen af 10.3.1992 i sagen Hüls mod Kommissionen, præmis 86).

- 411 Domstolen har i øvrigt fastslået, at en mangel i forbindelse med udarbejdelsen af referatet kun kan have virkning på beslutningens lovlighed, såfremt der foreligger en ukorrekt gengivelse af udtalelser, der er afgivet under høringen (dommen i sagen ICI mod Kommissionen, præmis 31, og i sagen Bayer mod Kommissionen, præmis 17). I den foreliggende sag har sagsøgerne imidlertid ikke angivet, på hvilke punkter referatet ikke loyalt og korrekt gengiver høringen (jf. dommen i sagen Petrofina mod Kommissionen, præmis 45). Det er heller ikke bestridt, at de berigtigelser til referatudkastet, som sagsøgerne foreslog, navnlig for så vidt angår Daout's tilstedeværelse under høringen, er blevet optaget i den endelige version af referatet.
- 412 Det fremgår i det hele af det anførte, at den omstændighed, at høringskonsulenten i nærværende sag udarbejdede sin udtalelse, før referatet af høringen var godkendt, ikke har påvirket lovligheden af beslutningen, der blev truffet på grundlag af udtalelsen.
- 413 Følgelig må klagepunktet om tilsidesættelse af bestemmelserne vedrørende høringskonsulentens kompetenceområde forkastes.
- 414 Anbringendet om tilsidesættelse af retten til kontradiktion må herefter forkastes i det hele.

415
til
496 [...]]

*D — Det fjerde anbringende, hvorefter der foreligger retlige fejl og fejlurde-
ringer i forbindelse med fastsættelsen af bødens størrelse*

497
til
518 [...]]

2. Tilsidesættelse af artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 for så vidt angår det solidariske ansvar for de fem sagsøgere

Parternes argumenter

519 Sagsøgerne har anført, at Kommissionen med urette har pålagt dem en bøde på solidarisk grundlag. De har herved først anført, at når Henss/Isoplus-koncernen ikke anerkendes som koncern, kvasi-koncern eller »de facto-koncern«, skal den enkelte sagsøger pålægges en bøde individuelt. Ifølge sagsøgerne kan deres situation ikke sammenlignes med sagen, der blev afgjort ved Rettens dom af 14. maj 1998, forenede sager T-339/94, T-340/94, T-341/94 og T-342/94, Metsä-Serla m.fl. mod Kommissionen (Sml. II, s. 1729), hvori de sagsøgende selskaber blev gjort ansvarlige for virksomhedssammenslutningen Finnboard's konkurrencebegrænsende adfærd, fordi det havde været muligt at fastslå, at hver enkelt sagsøger forsætligt havde overtrådt traktatens artikel 85.

520 Sagsøgerne har endvidere anført, at det følger af artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17, at såfremt flere virksomheder anses for ansvarlige, skal forpligtelsen til solidarisk betaling af bøden for hver enkelt af de virksomheder, der deler ansvaret, begrænses til loftet på 10% af virksomhedens omsætning i det sidste regnskabsår. I den foreliggende sag er sagsøgerne blevet pålagt solidarisk ansvar for betaling af et beløb, der for hver enkelt af sagsøgerne overstiger loftet på 10% af virksomhedens omsætning. Såfremt en af dem bliver insolvent, betyder dette derfor nødvendigvis, at de andre virksomheder skal betale en bøde, der er over

10% af deres omsætning, hvilket er i strid med ånd og bogstav i artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17. Sagsøgerne har herved bemærket, at i sagen Metsä-Serla m.fl. mod Kommissionen, der blev pådømt, var det beløb, for hvilket der var solidarisk hæftelse, blevet fastsat individuelt med et forskelligt beløb for hver virksomhed, således at bødens maksimum blev overholdt for den enkelte virksomhed.

- 521 Kommissionen har anført, at de fire Henss- og Isoplus-selskaber måtte behandles som en enkelt virksomhed ved anvendelsen af artikel 15 i forordning nr. 17, da de, mens overtrædelsen varede, deltog i den under en fælles ledelse, uden at angive, i hvilket omfang det enkelte selskab deltog. Kommissionen har derfor med rette anvendt det loft, der fastsættes i artikel 15 i forordning nr. 17, på den sammenlagte omsætning i de tre driftsselskaber, der var tilbage på tidspunktet for vedtagelsen af beslutningen, og har pålagt dem en bøde som solidarisk hæftende. Hvad angår HFB KG og HFB GmbH finder Kommissionen, at disse selskabers ansvar følger af driftsselskabernes ansvar, hvorfor de som deltagere i den samme virksomhed kunne anføres blandt de solidarisk hæftende skyldnere.

Rettens bemærkninger

- 522 Det bemærkes, at sagsøgerne kritiserer Kommissionen for at have pålagt dem solidarisk ansvar for den af Henss/Isoplus-koncernen begåede overtrædelse.
- 523 Da det er fastslået, at beslutningen under alle omstændigheder indeholder en retlig fejl, for så vidt som selskaberne HFB KG og HFB GmbH er blevet anset for solidarisk ansvarlige for bøden, der er pålagt Henss/Isoplus-koncernen (jf. præmis 101-108 ovenfor), er det ikke længere nødvendigt at behandle dette anbringende, for så vidt som det angår disse to selskaber.

- 524 Vedrørende Isoplus Rosenheim, Isoplus Hohenberg og Isoplus Sondershausen skal det bemærkes, således som det fastslået ovenfor i præmis 54-68, at de aktiviteter, der inden for kartellet blev udøvet af selskaberne Henss Berlin og Henss Rosenheim, begge nu Isoplus Rosenheim, og af selskaberne Isoplus Hohenberg og Isoplus Sondershausen, må betragtes som udøvet af en enkelt økonomisk enhed, der stod under fælles ledelse, og som varigt forfulgte et økonomisk mål, som dens forskellige deltagere var fælles om.
- 525 Da Isoplus Rosenheim, Isoplus Hohenberg og Isoplus Sondershausen for så vidt angår deres aktiviteter inden for kartellet må betragtes som en enkelt økonomisk enhed, er de solidarisk ansvarlige for den påklagede adfærd (Domstolens dom af 6.3.1974, forenede sager 6/73 og 7/73, Commercial Solvents mod Kommissionen, Sml. s. 223, præmis 41).
- 526 I nærværende sag findes det solidariske ansvar for disse selskaber så meget mere berettiget, som der på tidspunktet for overtrædelsen ikke fandtes nogen juridisk person, der stod i spidsen for samtlige selskaber, der indgik i Henss/Isoplus-koncernen, og som i sin egenskab af ansvarlig for koncernens aktiviteter kunne være pålagt ansvaret for overtrædelsen. Der skal i den forbindelse mindes om, at det fremgår af Rettens praksis, at i en situation, hvor det på grund af koncernens sammensætning og dens brede aktionærkreds er umuligt eller overordentligt vanskeligt at påpege den juridiske person, der står i spidsen for koncernen, og dermed som den, der er ansvarlig for samordningen af koncernens aktiviteter, kunne blive pålagt ansvaret for de overtrædelser, der er begået af koncernens enkelte selskaber, kan Kommissionen med rette anse datterselskaberne for solidarisk ansvarlige for hele koncernens adfærd, således at det undgås, at den formelle adskillelse mellem disse selskaber, som er en følge af deres status som selvstændige juridiske personer, kan være til hinder for, at de antages at optræde samlet på markedet i henseende til anvendelsen af konkurrencereglerne. Det er klart, at dette ræsonnement, der vedrørte en situation, hvor det var umuligt eller overordentligt vanskeligt at påpege den juridiske person, der stod i spidsen for koncernen, og som dermed kunne blive pålagt ansvaret for de overtrædelser, der var begået af koncernens enkelte selskaber, så meget mere finder anvendelse i den situation, hvor der ikke findes en sådan juridisk person.

527 Det fremgår i øvrigt af retspraksis, at artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 skal fortolkes således, at det kan pålægges en virksomhed at hæfte solidarisk med en anden virksomhed for betalingen af en bøde, der er pålagt sidstnævnte virksomhed, der forsætligt eller uagtsomt har begået en overtrædelse, forudsat at Kommissionen i samme retsakt påviser, at det også kunne være fastslået, at den virksomhed, der skal hæfte solidarisk for bøden, har begået en sådan overtrædelse (dommen i sagen Metsä-Serla m.fl. mod Kommissionen, præmis 42-45, og i sagen Finnboard mod Kommissionen, præmis 27, 28 og 34-38). Sagen, der blev pådømt i Metsä-Serla m.fl. mod Kommissionen og Finnboard mod Kommissionen, drejede sig om en virksomhedssammenslutning, Finnboard, der var blevet pålagt en bøde, som sammenslutningens medlemselskaber hæftede solidarisk for. Retten fandt i så henseende, at Kommissionen med rette kunne pålægge hver enkelt sagsøger at hæfte solidarisk med Finnboard, idet der var sådanne økonomiske og retlige forbindelser mellem de berørte virksomheder, at Finnboard kun havde handlet som hjælpeorgan for den enkelte virksomhed, og at sammenslutningen var forpligtet til at følge den enkelte virksomheds instrukser og ikke kunne optræde uafhængigt af disse virksomheder på markedet, således at Finnboard og dens enkelte medlemselskaber i realiteten udgjorde en økonomisk enhed (dommen i sagen Metsä-Serla m.fl. mod Kommissionen, præmis 58 og 59). Den foreliggende sag vedrører en situation, hvor selskaberne Isoplus Rosenheim, Isoplus Hohenberg og Isoplus Sondershausen handlede som hjælpeorganer for de facto-koncernen Henss/Isoplus og var forpligtet til at følge de instrukser, der blev givet af selskabernes fælles ledelse, og de kunne ikke optræde uafhængigt på markedet. Det ses uden videre, at under disse omstændigheder kan hver enkelt af disse selskaber pålægges solidarisk ansvar for den overtrædelse, der er tilregnet Henss/Isoplus-koncernen, der selv udgør den virksomhed, der har begået overtrædelsen i traktatens artikel 85's forstand.

528 Den omstændighed, at flere selskaber er pålagt solidarisk ansvar for en bøde, medfører i modsætning til sagsøgernes opfattelse ikke, at der ved anvendelsen af loftet på 10% af omsætningen ifølge artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17, skal foretages en begrænsning af bøden for de i fællesskab ansvarlige selskaber til 10% af den omsætning, som hver enkelt af disse selskaber opnåede i det sidste regnskabsår. Loftet på 10% af omsætningen i denne bestemmelses forstand skal således beregnes på grundlag af den sammenlagte omsætning i alle de selskaber, der udgjorde den økonomiske enhed, der har handlet som »virksomhed« i traktatens artikel 85's forstand.

529 Der skal i den forbindelse mindes om retspraksis vedrørende overtrædelser, der begås af sammenslutninger af virksomheder, for hvilke loftet på 10% af omsætningen, som er fastsat i artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17, om fornødent skal beregnes på grundlag af omsætningen for samtlige de virksomheder, som er medlemmer af virksomhedssammenslutningerne, i hvert fald når sammenslutningen efter sine interne regler kan handle med bindende virkning for sine medlemmer (Retten dom af 23.2.1994, forenede sager T-39/92 og T-40/92; CB og Europay mod Kommissionen, Sml. II, s. 49, præmis 136, og af 21.2.1995, sag T-29/92, SPO m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 289, præmis 385). Ifølge Retten bekræftes rigtigheden af denne opfattelse af, at der ved fastsættelsen af bødebeløbet bl.a. kan tages hensyn til, i hvor høj grad en sammenslutning af virksomheder har kunnet påvirke markedet, hvilket ikke afhænger af dens egen »omsætning«, som hverken er udtryk for sammenslutningens størrelse eller dens økonomiske betydning, men af medlemsvirksomhedernes omsætning, som giver et indtryk af sammenslutningens størrelse og økonomiske betydning (dommen i sagen CB og Europay mod Kommissionen, præmis 137, og i sagen SPO m.fl. mod Kommissionen, præmis 385). Når en »virksomhed« udgøres af en gruppe selskaber, der handler som en enkelt økonomisk enhed, er det også kun de deltagende selskabers samlede omsætning, der kan vise den pågældende virksomheds størrelse og økonomiske betydning.

530 Retten har således godkendt en beslutning, hvorved Kommissionen havde fastsat en bøde for en overtrædelse, som to søsterselskaber blev pålagt solidarisk ansvar for, og hvorved Kommissionen netop tog hensyn til deres samlede omsætning.

531 Det er i den forbindelse uberettiget, når sagsøgerne gør krav på at blive behandlet i overensstemmelse med afgørelsen i dommen i sagen Metsä-Serla m.fl. mod Kommissionen, hvorved den enkelte sagsøger blev pålagt solidarisk ansvar op til et bestemt beløb for den bøde, der var pålagt virksomhedssammenslutningen. Afgørelsen kan nemlig på dette punkt forklares med, at der forelå en situation, hvor sammenslutningen Finnboard og hver enkelt af dens medlemselskaber individuelt udgjorde en økonomisk enhed. I den foreliggende sag er der derimod alene tale om en enkelt økonomisk enhed, der omfatter selskaberne Isoplus Rosenheim, Isoplus Hohenberg og Isoplus Sondershausen.

- 532 Af de anførte grunde må klagepunktet forkastes for så vidt angår det solidariske ansvar for Isoplus Rosenheim, Isoplus Hohenberg og Isoplus Sondershausen.

3. Urigtig bedømmelse af de berørte virksomheders omsætning

Parternes argumenter

- 533 Sagsøgerne har anført, at Kommissionen ved tilpasningen af bøden med henblik på at undgå en overskridelse af loftet på 10% af omsætningen som fastsat i artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 ikke kunne tage udgangspunkt i en samlet omsætning for Henss/Isoplus-koncernen på 49 500 000 ECU for året 1997. Ifølge sagsøgerne skal maksimumsbeløbet være 49 055 000 ECU, hvilket svarer til den samlede omsætning som berigtiget ved fradrag af de interne salg mellem selskaberne Isoplus Hohenberg, Isoplus Sondershausen og Isoplus Rosenheim. Kommissionen var følgelig alene berettiget til at pålægge en bøde på 4 905 000 ECU.
- 534 Sagsøgerne har i den forbindelse nærmere anført, at de ønsker den omregningskurs anvendt, som endeligt blev fastsat af Den Europæiske Centralbank i maj 1998 for så vidt angår ecuen og euroen fra den 1. januar 1999.
- 535 Kommissionen kan ifølge sagsøgerne heller ikke begrunde bødebeløbet på 4 950 000 ECU med henvisning til, at der ved beregningen af Henss/Isoplus-koncernens samlede omsætning også skulle tages hensyn til beløbet for salg af stålrør. Det følger således af artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17, at den omsætning, der er opnået på et andet produkt, der er bestemt for et andet marked end det, hvor overtrædelsen er blevet begået, ikke i nærværende sag kan indgå i fastsættelsen af Henss/Isoplus-koncernens samlede omsætning.

536 Ifølge Kommissionen er sagsøgerens argument om, at bøden er 45 000 ECU for høj, uden grundlag. For det første anvender sagsøgerne ikke den rigtige omregningskurs, nemlig den gennemsnitlige omregningskurs mellem den nationale valuta og ecuen for referenceåret 1997. For det andet skulle sagsøgerne for Isoplus Rosenheim's vedkommende ikke alene have taget hensyn til omsætningen vedrørende plastikrør, men også til den samlede omsætning som omhandlet i artikel 15 i forordning nr. 17 uden at sondre efter produktgruppe.

Rettens bemærkninger

537 Det bemærkes, at Kommissionen, da den nedsatte den bøde, der er pålagt Henss/Isoplus-koncernen, i henhold til loftet, der er fastsat i artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17, baserede sig på en omsætning på ca. 49 500 000 ECU.

538 Kommissionen har i svarskriftet forklaret, at den herved tog udgangspunkt i den samlede omsætning, der blev opnået af selskaberne Isoplus Rosenheim, Isoplus Hohenberg og Isoplus Sondershausen i 1997, efter fradrag af deres interne salg, således som det blev meddelt disse selskaber under den administrative procedure. Kommissionen har samme sted forklaret, at disse tal, der var angivet i nationale valutaer, blev omregnet til ecu på grundlag af den gennemsnitlige omregningskurs mellem den nationale valuta og ecuen for referenceåret 1997.

539 Det må fastslås, at det beløb, der i beslutningen er lagt til grund som den samlede omsætning for alle disse tre selskaber, faktisk svarer til det tal, der fremkommer på grundlag af de af sagsøgerne meddelte tal, når man anvender den af Kommissionen angivne metode.

- 540 I den forbindelse kan sagsøgerne ikke kritisere, at Kommissionen for så vidt angår Isoplus Rosenheim har baseret sig på denne virksomheds samlede omsætning uden at begrænse sig til salget af præisolerede rør, der var bestemt for fjernvarmemarkedet.
- 541 Det fremgår således af fast retspraksis, at der med den omsætning, der er nævnt i artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 med hensyn til den øvre grænse for den bøde, der kan pålægges, forstås den pågældende virksomheds samlede omsætning, da det alene er denne, der giver en omtrentlig forestilling om virksomhedens betydning og indflydelse på markedet (dommen i sagen *Musique diffusion française m.fl. mod Kommissionen*, præmis 119, og Rettens dom af 10.3.1992, sag T-13/89, *ICI mod Kommissionen*, Sml. II, s. 1021, præmis 376, og af 7.7.1994, sag T-43/92, *Dunlop Slazenger mod Kommissionen*, Sml. II, s. 441, præmis 160). Under iagttagelse af den grænse, der er fastsat i den nævnte bestemmelse, kan Kommissionen fastsætte bøden ud fra en omsætning, som opgøres efter Kommissionens nærmere bestemmelse med hensyn til det geografiske område og de berørte produkter.
- 542 Hvad dernæst angår omvekslingen til ecu af de tal, der er angivet i nationale valutaer, skal det bemærkes, at Kommissionen med rette kunne anvende den gennemsnitlige omregningskurs mellem den nationale valuta og ecuen for referenceåret 1997.
- 543 Som det er fastslået i Rettens praksis, kan Kommissionen, når den beregner bøden ud fra omsætningen i et givent referenceår, angivet i national valuta, omregne denne omsætning til ecu på grundlag af den gennemsnitlige vekselkurs for dette referenceår og ikke på grundlag af den vekselkurs, der var gældende på dagen for vedtagelsen af beslutningen (Rettens dom af 14.5.1998, sag T-348/94, *Enso Española mod Kommissionen*, Sml. II, s. 1875, præmis 336-341).
- 544 Af disse grunde må klagepunktet om en fejlagtig vurdering af omsætningen forkastes.

4. Tilsidesættelse af retten til kontradiktion ved bedømmelsen af de skærpende omstændigheder

Parternes argumenter

545 Med hensyn til de i beslutningens betragtning 179 nævnte skærpende omstændigheder har sagsøgerne gjort gældende, at Kommissionen har tilsidesat den grundlæggende ret til kontradiktion, for så vidt som den har beskyldt virksomhederne i Henss/Isoplus-koncernen for »det systematiske forsøg på at vildlede Kommissionen med hensyn til det egentlige forhold mellem koncernselskaberne«, hvorved de »bevidst [forhindrede] Kommissionens kontrolundersøgelse«.

546 Sagsøgerne bemærker i denne forbindelse, at under en procedure, der kan føre til pålæggelse af bøder, og hvorunder det spørgsmål opstår, om der foreligger en koncern, en kvasi-koncern eller en de facto-koncern, følger det af retten til kontradiktion, at visse relationer mellem fysiske eller juridiske personer kan bestrides ud fra selskabsretlige synspunkter, og at visse fuldmagtsforhold ikke afsløres. Det følger således af selve fuldmagtsforholdets karakter, at fuldmagtsgiverens identitet kun meddeles visse myndigheder, som f.eks. Finanstilsynet og Centralbanken, men derimod ikke tredjemænd, der er parter i en retssag, og andre myndigheder og retter, idet begrundelsen for at etablere fuldmagtsforhold netop i de fleste tilfælde er ønsket om at holde visse forhold hemmelige i forhold til tredjemænd. Sagsøgerne måtte derfor pålægge deres advokater at overholde den tavshedspligt, som de er undergivet i medfør af reglerne om advokatgerningen. Bedømmelsen af dette forhold som en skærpende omstændighed i forbindelse med bødeudmålingen er følgelig i strid med den grundlæggende ret til kontradiktion.

547 I modsætning til Kommissionens opfattelse er der en klart berettiget interesse i, at fuldmagtsforhold og dermed identiteten af den, der har majoriteten i selskabet, holdes hemmelige, navnlig for så vidt angår Isoplus Hohenberg, men til dels også

med hensyn til Isoplus Sondershausen. Af de grunde, som Henss allerede fremførte for Kommissionen under et fortroligt møde den 3. marts 1998, og som er blevet bekræftet i en skrivelse af 4. marts 1998, var sagsøgernes holdning blot udtryk for udøvelsen af retten til kontradiktion.

548 Hvad angår Kommissionens påstand om, at hvis de bevidste forhindringer var lykkedes, »kunne [dette] meget vel have givet virksomheden mulighed for at undgå den relevante bøde og/eller have gjort det vanskeligere at inddrive den«, har sagsøgerne for det første anført, at selv om fuldmagtsforholdene var blevet afsløret, ville det også have været nødvendigt under en administrativ procedure at løse forskellige spørgsmål vedrørende Henss/Isoplus-gruppens karakter af koncern, kvasi-koncern eller de facto-koncern og dermed dens stilling som virksomhed i traktatens artikel 85's forstand. Det er i den forbindelse ubestrideligt, at retten til kontradiktion omfatter det forhold, at der hævdes en anden retsopfattelse end Kommissionens.

549 Det er endvidere med urette, når Kommissionen hævder, at sagsøgerne, såfremt deres opfattelse blev fulgt, kunne have opnået en betydelig nedsættelse af bøden. På grundlag af Kommissionens opfattelse, hvorefter Henss/Isoplus-gruppen udgør en koncern eller en de facto-koncern, skulle de interne salg mellem koncern-medlemmerne således være holdt udenfor ved beregningen af omsætningen som grundlag for bødeudmålingen. Sagsøgerne minder herved om, at den konsoliderede omsætning i Henss/Isoplus for referenceåret 1997 må ansættes til 49 055 000 ECU. Hvis man derimod er enig i, at Henss/Isoplus-koncernen ikke har eksisteret som sådan, skal der tages hensyn til omsætningen i hver enkelt af de berørte virksomheder under medregning af de salg, der har fundet sted mellem sagsøgerne, navnlig de salg, som Isoplus Rosenheim har foretaget som handelsvirksomhed eller handelsagent. I denne sidstnævnte situation ville grundlaget for beregningen af bødebeløbet alt taget i betragtning ikke have været meget forskelligt. I denne sidstnævnte situation måtte man nemlig have forhøjet omsætningstallene for Isoplus Hohenberg og Isoplus Sondershausen med de kommissions- og garantibeløb, som Rosenheim havde tilbageholdt i sin egenskab af handelsagent, hvilket ville have ført til et samlet omsætningsbeløb på ca. 46 mio. ECU.

- 550 Sagsøgerne har endelig anført, at såfremt det lægges til grund, at der ikke bestod en koncern, men det, modsat sagsøgernes opfattelse, antages, at de retlige forbindelser mellem på den ene side Isoplus Hohenberg og Isoplus Sondershausen og på den anden side Isoplus Rosenheim ikke udgjorde et rent handelsagenturforhold, burde Isoplus Rosenheim's omsætning have været tillagt den samlede omsætning, der er anvendt som grundlag for bødeudmålingen. I så fald ville den samlede omsætning i Isoplus Rosenheim, Isoplus Hohenberg og Isoplus Sondershausen — ukonsolideret og renset for tallene vedrørende intern omsætning — have udgjort 68 mio. ECU.
- 551 Disse betragtninger viser, at den omstændighed, at fuldmagtsrelationerne blev holdt hemmelige, såvel som den omstændighed, at sagsøgerne bestrider betegnelsen af Henss- og Isoplus-selskaberne som koncern, kvasi-koncern eller de facto-koncern, på ingen måde udgør svigagtige manøvrer med det formål at opnå en nedsættelse af bøden.
- 552 Kommissionen har indledningsvis anført, at den bevidst blev vildledt såvel af Henss-selskabernes advokat som af Isoplus-selskabernes advokat, med hensyn til det væsentlige spørgsmål, om Henss også kontrollerede Isoplus-selskaberne. Efter Kommissionens opfattelse var sagsøgernes svigagtige manøvrer uden enhver forbindelse med udøvelsen af retten til kontradiktion. Forpligtelsen til at svare på en anmodning om oplysninger, som forordning nr. 17 pålægger, krænker heller ikke retten til kontradiktion. Dette er så meget rigtigere, som de svigagtige manøvrer ikke så meget vedrørte det forhold, at overtrædelsen var begået, som grundlaget for beregningen af bødebeløbet.
- 553 Vedrørende fortroligheden af fuldmagtsrelationerne finder Kommissionen, at det ikke fremgår af de af sagsøgerne anførte omstændigheder, at der forelå en berettiget interesse i ikke at meddele de oplysninger, som Kommissionen begærede. Det følger under alle omstændigheder af artikel 20 i forordning nr. 17, at det påhviler Kommissionen at overholde berettigede hensyn til fortrolighed, navnlig beskyttelse af forretningshemmeligheder.

554 For så vidt angår spørgsmålet, om den omstændighed, at Kommissionen er blevet vildledt, kunne gøre det muligt at opnå en væsentlig nedsættelse af bøden, har Kommissionen anført, at selv hvis der blev taget hensyn til visse salg, der er foretaget mellem sagsøgerne, ville bøden have været mindre end den, der faktisk er blevet pålagt.

Rettens bemærkninger

555 Det bemærkes, at Kommissionen har foreholdt Henss/Isoplus-koncernen »det systematiske forsøg på at vildlede Kommissionen med hensyn til det egentlige forhold mellem koncernselskaberne« som en skærpende omstændighed, der i forening med den omstændighed, at kartellet forsætligt blev fortsat efter undersøgelsen, og at koncernen havde en førende rolle ved gennemførelsen af kartellet, har medført en forhøjelse på 30% af den bøde, der er pålagt deltagerne i denne koncern (beslutningens betragtning 179, tredje afsnit).

556 Det må herved fastslås, at nogle af de oplysninger, der blev meddelt af sagsøgerne vedrørende anpartshaverne i de selskaber, som Kommissionen har anset for tilsammen at udgøre Henss/Isoplus-koncernen, og vedrørende de indbyrdes ejerforhold mellem disse selskaber, har vist sig at være urigtige.

557 For det første bemærkes, at som svar på begæringen om oplysninger af 13. marts 1996, hvori Kommissionen anmodede selskabet Isoplus Hohenberg om at oplyse alle omstændighederne vedrørende de møder, der var blevet holdt med de konkurrerende selskaber, og for så vidt angår deltagerne i disse møder, bl.a. disses navn, virksomheden og deres funktion, forklarede selskabet med hensyn til den omstændighed, at Henss deltog i disse møder, at han herunder kun repræsenterede Isoplus-selskaberne i kraft af en fuldmagt fra disse (Isoplus

Hohenberg's supplerende svar af 10.10.1996, herefter »Isoplus Hohenberg's supplerende svar«). I deres bemærkninger til meddelelsen af klagepunkter af 30. juni 1997 bestred Isoplus Hohenberg og Isoplus Sondershausen endvidere udtrykkeligt, at Henss- og Isoplus-selskaberne udgjorde en enkelt koncern eller selskaber, der var forbundet under Henss' ledelse eller kontrol, og hævdede, at der i sagsmaterialet ikke forelå noget som helst bevis for, at Henss — heller ikke via en fuldmægtig — kontrollerede Isoplus Hohenberg eller de selskaber, der var forbundet med denne virksomhed. Som sagsøgerne imidlertid har erkendt over for Retten, fremgår det, at Henss var majoritetsindehaver af selskabsandele i Isoplus Hohenberg fra i hvert fald oktober 1991, og indtil han afstod sine anparter til HFB KG ved indskudskontrakten af 15. januar 1997. Det følger heraf, at han således på daværende tidspunkt havde en indirekte deltagelse i Isoplus Sondershausen, og at han dermed deltog i møderne i kartellet også som ejer af Isoplus Hohenberg og indirekte af Isoplus Sondershausen.

558 For det andet har Isoplus Hohenberg i virksomhedens supplerende svar gjort gældende, at den ejede 100% af kapitalen i Isoplus Sondershausen, hvilket bekræftedes af Isoplus Hohenberg's og Isoplus Sondershausen's bemærkninger til meddelelsen af klagepunkter. Denne oplysning har imidlertid vist sig at være urigtig, idet Kommissionen for det første ved hjælp af indskudskontrakten blev bekendt med, at en tredjedel af selskabskapitalen i Isoplus Sondershausen ejedes af Isoplus Hohenberg som fuldmægtig for hr. og fru Papsdorf, som ved indskudskontrakten afstod denne andel til HFB KG, og idet sagsøgerne for det andet i deres skriftlige indlæg for Retten har forklaret, at endnu en tredjedel af den nævnte selskabskapital også ejedes af Isoplus Hohenberg som fuldmægtig.

559 I modsætning til hvad sagsøgerne gør gældende, kan selskabernes adfærd under den administrative procedure ikke betragtes blot som en udøvelse af retten til at anfægte den betegnelse som »koncern«, som Kommissionen har givet Henss- og Isoplus-selskaberne.

- 560 Det bemærkes indledningsvis, at sagsøgerne under den administrative procedure ikke begrænsede sig til at bestride Kommissionens vurdering af de faktiske omstændigheder samt dens retsopfattelse, men i deres svar på anmodningerne om oplysninger såvel som i deres bemærkninger til meddelelsen af klagepunkter gav Kommissionen oplysninger, der var ufuldstændige og til dels urigtige.
- 561 Det bemærkes, at forordning nr. 17 pålægger en virksomhed, som er genstand for en undersøgelse, at medvirke aktivt, hvilket indebærer, at den skal forsyne Kommissionen med alt materiale vedrørende undersøgelsens genstand (Domstolens dom af 18.10.1989, sag 374/87, Orkem mod Kommissionen, Sml. s. 3283, præmis 27, og Rettens dom af 8.3.1995, sag T-34/93, Société Générale mod Kommissionen, Sml. II, s. 545, præmis 72). Selv om det står virksomhederne frit for at besvare eller undlade at besvare spørgsmål, som bliver stillet dem i henhold til artikel 11, stk. 1, i forordning nr. 17, fremgår det af den sanktion, der er fastsat i artikel 15, stk. 1, litra b), første del af punktummet, i forordning nr. 17, at virksomheder, der har accepteret at besvare spørgsmål, er forpligtet til at meddele rigtige oplysninger.
- 562 Endvidere kan sagsøgerne ikke påberåbe sig, at fuldmagtsrelationerne mellem anpartshaverne i selskaberne Isoplus Hohenberg og Isoplus Sondershausen var fortrolige, eftersom Kommissionen ifølge artikel 20, stk. 2, i forordning nr. 17 er forpligtet til ikke at give oplysninger om forhold, som den i medfør af forordningen får kendskab til, og som ifølge deres natur er undergivet tavshedspligt. Det fastslås ligeledes i artikel 20, stk. 1, i forordning nr. 17, at de oplysninger, som er indhentet i medfør af bestemmelserne i artikel 11, 12, 13 eller 14, kun må bruges til det med undersøgelsen eller kontrollen tilsigtede formål. I betragtning af Kommissionens forpligtelse til at beskytte hemmeligheden af oplysninger, som er undergivet tavshedspligt, kunne hensynet til at hemmeligholde identiteten af fuldmagtsgiverne inden for rammerne af fuldmagtsrelationerne således ikke gøre sagsøgernes adfærd berettiget. Det er heller ikke udelukket, at de virkelige omstændigheder vedrørende den kontrol, som Henss udøvede med Isoplus-selskaberne, og disses indbyrdes forbindelser, kunne have

været meddelt Kommissionen, uden at det havde været nødvendigt at afsløre identiteten af tredjemænd, der handlede som fuldmagtsgivere inden for rammerne af fuldmagtsrelationerne.

563 Når henses til, at selskaberne Isoplus Hohenberg og Isoplus Sondershausen må have vidst, at de oplysninger, der blev holdt skjult for Kommissionen, var nødvendige med henblik på at bedømme de virkelige relationer, der forelå mellem de selskaber, som Kommissionen allerede fra dens anmodning om oplysninger af 13. marts 1996 samlet henførte til en enkelt koncern («Henss-koncernen»), har Kommissionen med rette betegnet sagsøgernes adfærd som »det systematiske forsøg på at vildlede Kommissionen med hensyn til det egentlige forhold mellem koncern-selskaberne«, hvorved »[...] de bevidst [forhindrede] Kommissionens kontrolundersøgelser«. Denne adfærds forsætlige karakter bekræftes af, at den advokat, der varetog Isoplus Hohenberg's og Isoplus Sondershausen's forsvar, var bekendt med, at de under den administrative procedure meddelte oplysninger var urigtige, på baggrund af den rolle som fuldmægtig, som han selv havde spillet inden for rammerne af fuldmagtsrelationerne, således som det er erkendt af sagsøgerne.

564 For så vidt angår bemærkningen vedrørende det bevidste forhindringsforsøg, at »hvis dette var lykkedes, kunne det meget vel have givet virksomheden mulighed for at undgå den relevante bøde og/eller have gjort det vanskeligere at inddrive den«, skal det blot bemærkes, at den kontrol, som Henss udøver over Henss- og Isoplus-selskaberne, er en faktor, der under sagens konkrete omstændigheder fører til den konklusion, at de nævnte selskabers aktiviteter må betragtes som udøvet af en de facto-koncern »Henss/Isoplus«, for hvilken der kan pålægges selskaberne Isoplus Rosenheim, Isoplus Hohenberg og Isoplus Sondershausen et solidarisk ansvar. Følgelig, og uden at det er nødvendigt at efterprøve, om bøden kunne være blevet højere i den ene eller den anden situation, kan det ikke udelukkes, at Kommissionen ikke kunne være nået frem til en bøde af den faktisk pålagte størrelse, såfremt det ikke var bevist, at Henss kontrollerede Isoplus Hohenberg og dermed delvist Isoplus Sondershausen, hvilket sagsøgerne netop havde bestridt under den administrative procedure.

565 Anbringendet om en tilsidesættelse af retten til kontradiktion ved bedømmelsen af de skærpende omstændigheder må følgelig forkastes.

5. Den skærpende omstændighed som følge af sagsøgernes rolle inden for kartellet

Parternes argumenter

- ⁵⁶⁶ Sagsøgerne kritiserer, at Kommissionen i forhold til Henss/Isoplus har antaget, at der foreligger en skærpende omstændighed som følge af »dette selskabs førende rolle ved gennemførelsen af kartellet«. De anfægter i denne forbindelse Kommissionens bemærkninger i beslutningens betragtning 75, 121 og 144.
- ⁵⁶⁷ Sagsøgerne minder herved om, at Henss Rosenheim's eller Henss' aktiviteter i forhold til ABB navnlig i perioden fra oktober 1991 til oktober 1994 skal betragtes ud fra den synsvinkel, at de pågældende optrådte som handelsagent for ABB Isolrohr med de deraf følgende kontraktmæssige forpligtelser.
- ⁵⁶⁸ For så vidt angår beskyldningen om, at Henss »konstant var en af de mest begejstrede tilhængere af aftalerne om markedsdeling og tilbudsmanipulation«, har sagsøgerne forklaret, at de lejlighedsvis for visse projekters vedkommende havde held til at sikre sig kontrakten i stedet for en virksomhed, der var favorit. Når dette skete, f.eks. over for Tarco, havde denne virksomhed skarpt kritiseret sagsøgerne og først og fremmest Henss. Det er derfor normalt, at når Tarco til gengæld sikrede sig kontrakter, som sagsøgerne var favoritter til, blev denne virksomhed selv kritiseret af sagsøgerne. Kommissionen har i den forbindelse indrømmet, at det fremgår af de sammenlignende opstillinger fra december 1995 over karteldeltagerernes markedsandele, at Tarco og Løgstør havde opnået en væsentlig større markedsandel end den, der var blevet fastsat inden for kartellet, til skade for ABB, Henss/Isoplus-koncernen og KWH. Dette viser, at Henss/Isoplus-koncernen eller sagsøgerne med sikkerhed ikke havde en førende rolle.

- 569 Hvad angår de trufne foranstaltninger over for Powerpipe indtog sagsøgerne heller ikke en førende rolle ved gennemførelsen af kartellet. De deltog ikke i den langsigtede strategi, som ABB havde udarbejdet fra 1992 med henblik på at kontrollere markedet og eliminere Powerpipe, og som Løgstør deltog i ved sit samarbejde i at lokke Powerpipe's ansatte bort fra virksomheden. Sagsøgerne har på intet tidspunkt været inde på det svenske marked og viste sig først i begyndelsen af 1993 for første gang på det danske marked, mens Powerpipe ikke udstrakte sin virksomhed til Tyskland før 1994. I forbindelse med Leipzig-Lippendorf-projektet har hverken Isoplus Rosenheim eller Henss på noget tidspunkt forlangt boykotforanstaltninger over for Powerpipe.
- 570 Endvidere har sagsøgerne aldrig deltaget i sanktioner i tilfælde af manglende overholdelse af de vedtagne aftaler inden for det europæiske kartel. Det fremgår således af bilag 7 til Løgstør's bemærkninger til meddelelsen af klagepunkter såvel som af den af ABB fremlagte plan vedrørende dette punkt, at tanken om sanktioner inden for det europæiske kartel hverken stammer fra sagsøgerne eller fra Henss.
- 571 Selv om de fælles prislister, som blev betegnet »EU List«, »Euro Price List« eller »Europa-Preisliste«, efter at det europæiske kartel var fuldt udbygget, også blev anvendt af sagsøgerne, er de hverken blevet skabt af disse eller af Henss. På dette punkt er Løgstør's udtalelser ikke troværdige.
- 572 I øvrigt understreger Kommissionen i beslutningen, at ABB var kartellets leder og primære drivkraft, og at Løgstør spillede en aktiv rolle ved planlægningen og gennemførelsen af kartellets strategi, idet Løgstør og ABB deltog aktivt i boykotten af Powerpipe ved at lægge pression på deres leverandører, for at de ikke skulle levere til Powerpipe.

- 573 Henss/Isoplus-koncernens placering i Europa på grundlag af dens andele af det relevante marked og den omstændighed, at koncernen først blev optaget i EuHP i august 1995, modsiger også forestillingen om, at koncernen spillede en førende rolle. For så vidt angår Henss/Isoplus' placering på markedet fremgår det af tallene i beslutningens betragtning 10-15, at Henss/Isoplus-koncernen under den relevante periode bedømt efter markedsandele i det højeste var den femte største koncern efter ABB, Løgstør, Tarco og Pan-Isovit, og dette kun såfremt sagsøgerne anses for en økonomisk enhed.
- 574 Kommissionen har anført, at Henss/Isoplus-koncernens førende rolle navnlig fremgår af dens tiltag i forbindelse med gennemførelsen af den aftalte fordeling af projekterne, men også i forbindelse med udarbejdelsen af de hemmeligt aftalte prislistes og en sanktionsordning såvel som ved iværksættelsen af foranstaltningerne over for Powerpipe. De af sagsøgerne påberåbte argumenter vedrørende dette punkt gentager ifølge Kommissionen i det væsentlige nogle allerede fremførte anbringender.
- 575 Kommissionen bestrider, at en handelsagent ikke kan spille en førende rolle inden for et producentkartel. Den førende rolle må tilskrives Henss/Isoplus-koncernen som helhed, der, når alt kommer til alt, opnåede 10% af det europæiske marked i henhold til aftalerne om opdeling af markederne inden for det europæiske kartel, hvilket er den største andel efter ABB's og Løgstør's andele. Der må i den forbindelse også tages hensyn til aftalerne om kvoterne på det tyske marked. Under alle omstændigheder har Kommissionen ikke tillagt Henss/Isoplus-koncernen den førende rolle på grundlag af koncernens placering på markedet, men på grundlag af dens adfærd inden for kartellet. Endelig er Kommissionens konklusion om, at Henss/Isoplus-koncernen spillede en førende rolle, ikke begrundet med begivenhederne i forbindelse med boykotten i anledning af Leipzig-Lippendorf-projektet, men denne rolle viste sig i forbindelse med andre foranstaltninger, der blev truffet over for Powerpipe, og som er beskrevet i beslutningens betragtning 94-97 og 106. Beslutningens betragtning 121 og 179 vedrører iværksættelsen af kartellet, navnlig de over for Powerpipe truffede foranstaltninger.

Rettens bemærkninger

- 576 Det bemærkes, at ifølge beslutningens betragtning 179 indgår Henss/Isoplus-koncernens førende rolle ved gennemførelsen af kartellet blandt de skærpende omstændigheder, på grundlag af hvilke bøden, som Henss/Isoplus-koncernen er blevet pålagt, er blevet forhøjet med 30%.
- 577 Det fremgår i den forbindelse af sagens akter, at uafhængigt af spørgsmålet om, hvilken markedsandel Henss/Isoplus-koncernen havde, kontrollerede den aktivt, at de inden for kartellet indgåede aftaler blev overholdt, således som det fremgår af bilag 86-89, 92 og 93 til meddelelsen af klagepunkter, som er beskrevet i beslutningens betragtning 75, og som bekræftes af udtalelserne fra Tarco (svar af 26.4.1996 og af 31.5.1996 på anmodningen om oplysninger af 13.3.1996) og fra Løgstør (bemærkninger til meddelelsen af klagepunkter). For så vidt angår påstanden om, at Tarco dengang handlede på samme måde som Henss/Isoplus-koncernen, da koncernen havde opnået et projekt, som var bestemt for Tarco, er det tilstrækkeligt at fastslå, at sagsøgerne ikke har fremlagt noget bevis herfor.
- 578 Hertil kommer, at selv om Henss/Isoplus-koncernen ikke udarbejdede prislisterne, er koncernens rolle som initiativtager sammen med ABB med hensyn til indgåelsen af pris aftaler for det tyske marked blevet bekræftet ikke alene af Løgstør i virksomhedens bemærkninger til meddelelsen af klagepunkter, men også af Tarco (svar af 26.4.1996) og underbygget ved telefax-meddelelsen fra ABB's koncerndirektør af 28. juni 1994 (bilag X 8 til meddelelsen af klagepunkter), som omtaler direktørens henvendelser til kartellets koordinator og til Henss med henblik på, at disse fulgte retningslinjerne fra ABB IC Møller's direktør. Endvidere har Brugg anført, at det var Henss, der opfordrede virksomheden til at deltage i kartellet (Brugg's svar). Med hensyn til foranstaltningerne over for Powerpipe er det allerede i præmis 261-286 ovenfor blevet fastslået, at Kommissionen har ført behørigt bevis for den aktive rolle, som Henss/Isoplus-koncernen spillede fra det tidspunkt, hvor Powerpipe påbegyndte sine aktiviteter på det tyske marked, navnlig i forbindelse med Neubrandenburg- og Leipzig-Lippendorf-projekterne.

- 579 Som bemærket ovenfor i præmis 168-172 og 179 kan hverken den omstændighed, at Henss Rosenheim optrådte som salgsagent, eller den omstændighed, at intet selskab i Henss/Isoplus-koncernen var medlem af EuHP før sommeren 1995, stille Henss/Isoplus-koncernens rolle inden for kartellet i et andet lys, således som denne rolle fremgår af Kommissionens konstateringer i det hele.
- 580 Endelig kan den omstændighed, at ABB og Løgstør var ophavsmænd til kartellet, ikke afkræfte Kommissionens konklusioner, eftersom ABB under alle omstændigheder er blevet pålagt en forhøjelse på 50% af koncernens bøde som følge af den rolle, den spillede inden for kartellet, og eftersom en forhøjelse på 30% ligeledes er blevet foretaget med hensyn til Løgstør's bøde, selv om denne virksomhed ikke er blevet beskyldt for at have forsøgt at forhindre Kommissionens undersøgelse.
- 581 Retten finder, at Kommissionen under disse omstændigheder med rette har anset Henss/Isoplus-koncernens førende rolle ved gennemførelsen af kartellet for en skærpende omstændighed.
- 582 Dette led af det fjerde anbringende må følgelig forkastes.

6. Manglende hensyntagen til formildende omstændigheder

Parternes argumenter

- 583 Sagsøgerne har henvist til omstændigheder, der burde have været taget i betragtning af Kommissionen, eller som Retten under alle omstændigheder bør

tage hensyn til med henblik på en nedsættelse af bøden, selv om de anbringender, der er fremført andre steder i stævningen, og som også er baseret på disse omstændigheder, måtte blive forkastet.

584 For det første bør der ved bedømmelsen af kartellets virkninger tages hensyn til, at priserne på præisolerede rør faldt støt fra 1990 til 1994 på de europæiske markeder med undtagelse af det danske marked. Dette lave prisniveau påførte en række virksomheder store tab. Den indtrådte prisforhøjelse efter begyndelsen af det europæiske kartel var ikke kraftig, og kunderne, der har benyttet de pågældende produkter, er derfor ikke blevet påført reelle tab af kartellet. Hertil kommer, at sagsøgerne drev virksomhed på markeder, hvor der før 1994 ikke havde været nogen prisforhøjelse. Også igennem 1995 og i begyndelsen af 1996 opnåede kunderne af producenterne og forhandlerne af præisolerede rør altid reelle og rimelige priser, der i intet tilfælde var for høje.

585 For det andet bør der tages hensyn til, at den omstændighed, at sagsøgerne gik ind på det danske marked i begyndelsen af 1993, i forening med andre omstændigheder medførte, at det danske kartel blev opløst, og at de konkurrencebegrænsende aftaler til dels blev sat i bero fra 1993 til først i 1994.

586 For det tredje minder sagsøgerne om, at Henss Rosenheim (nu Isoplus Rosenheim) dengang drev virksomhed som salgsagent for ABB Isolrohr. I tidsrummet fra oktober 1991 til oktober 1994 må Henss Rosenheim's adfærd derfor i det mindste til dels tilregnes ABB-koncernen. Sagsøgerne bemærker i den forbindelse, at der også er blevet pålagt ABB-koncernen en bøde, og at denne omstændighed af hensyn til princippet om, at der ikke må pålægges en dobbelt

sanktion, bør tages i betragtning som et forhold, der begrundet en nedsættelse af Isoplus Rosenheim's og dermed Henss/Isoplus-koncernens bøde. Nogle af Henss Rosenheim's salg er således indgået i beregningen af omsætningen såvel i Henss/Isoplus-koncernen som i ABB. I forbindelse med bødeudmålingen er det under alle omstændigheder fuldmagtsgiveren, der bør pålægges bøde, og ikke salgsgentagen. For så vidt angår tiden efter oktober 1994 har sagsøgerne understreget, at deres deltagelse i det europæiske kartel var en følge af det kraftige prisfald, der navnlig var fremkaldt af ABB IC Møller og af den pression, som ABB og Løgstør havde udøvet.

587 For det fjerde har sagsøgerne anført, at i det omfang, hvori de eventuelt måtte blive pålagt ansvar for foranstaltningerne, der blev truffet over for Powerpipe, var virksomhedernes rolle helt igennem sekundær. Sagsøgerne minder om, at for så vidt angår Neubrandenburg-projektet gik Henss' eller Henss Rosenheim's adfærd ikke videre end et forsøg, da de pågældende foranstaltninger slog fejl, og Powerpipe opnåede det pågældende projekt.

588 For det femte har sagsøgerne anført, at virksomhederne er blevet pålagt en bøde af en sådan størrelse, at de risikerer at blive insolvente. Principielt bør der imidlertid tages hensyn til, om en bøde er fastsat til et beløb, der vil kunne gøre den pågældende virksomhed insolvent. I modsat fald indebærer pålæggelsen af en bøde fare for, at den pågældende virksomhed fjernes fra det relevante marked, og vil kunne resultere i et oligopol eller en dominerende stilling på det nævnte marked. I betragtning af, at Pan-Isovit og Tarco er blevet overtaget af Løgstør, og at KWH også har besluttet på kortere eller længere sigt at gå ud af markedet for præisolerede rør, vil fjernelsen af sagsøgerne nemlig skabe et oligopol på markedet for præisolerede rør, som vil blive behersket af de to »hovedmænd« i nærværende kartel, nemlig ABB og Løgstør.

589 Sagsøgerne har i den forbindelse yderligere bemærket, at de allerede i deres skrivelser af 27. og 30. marts 1998 til Kommissionen, såvel som under høringen ved Kommissionen, forklarede, at såfremt der blev fastsat en bøde på et stort beløb, ville der være fare for, at Isoplus Rosenheim, Isoplus Hohenberg og Isoplus Sondershausen blev insolvente, hvilket ville føre til tab af arbejdspladser samt til, at to produktionsvirksomheder og en stor handelsvirksomhed ville blive fjernet fra markedet. De nævnte sagsøgers insolvens vil have de samme virkninger for HFB GmbH og HFB KG. Som følge af sagsøgenes vanskelige likviditetssituation indgav de den 10. februar 1999 en begæring om foreløbige forholdsregler til Retten, hvori de redegjorde for faren for insolvens. Sagsøgerne henholder sig herved til en sagkyndig udtalelse fra et revisionselskab af 4. februar 1999 (herefter »den sagkyndige udtalelse«), som blev fremlagt for Retten under sagen om foreløbige forholdsregler. Under henvisning til artikel 48, stk. 2, i Rettens procesreglement anmoder sagsøgerne om tilladelse til at fremlægge den sagkyndige udtalelse med bilag, der var vedlagt replikken, som supplerende beviser, da der er tale om beviser, som endnu ikke forelå på tidspunktet for anlæggelsen af nærværende søgsmål den 18. januar 1999.

590 I tillæg til alle disse betragtninger har sagsøgerne endvidere anført, at Kommissionen ikke kan hævde, at den ved bødeudmålingen har taget hensyn til det ene eller det andet forhold som en formildende omstændighed. Som følge af den ulovlige anvendelse af retningslinjerne var det nemlig under alle omstændigheder umuligt at tage hensyn til sådanne forhold, idet den bøde, der er pålagt sagsøgerne, udgør det maksimale beløb i henhold til artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17.

591 Kommissionen har for det første anført, at den har taget behørigt hensyn til prisudviklingen på det relevante marked mellem 1990 og 1996. Hvad for det andet angår argumentet om, at Henss/Isoplus-koncernen foranledigede, at det danske kartel blev opløst, eller at koncernen trådte ind i kartellet igen på grund af den pression, der blev udøvet af ABB og Løgstør, henviser Kommissionen til, hvad den har anført andetsteds. For det tredje finder Kommissionen, at de forretningsmæssige forbindelser mellem ABB Isolrohr og Henss Rosenheim ikke

betyder, at ABB Isolrohr og Henss/Isoplus udgjorde en økonomisk enhed. Kommissionen gentager for det fjerde, at de trufne foranstaltninger over for Powerpipe ikke kan betragtes isoleret i forhold til kartellet. For det femte gør Kommissionen gældende, at en virksomheds vanskelige økonomiske situation ikke kan anerkendes som en formildende omstændighed med henblik på beregningen af bødebeløbet. I øvrigt fremgår det af den ovennævnte kendelse i sagen HFB m.fl. mod Kommissionen, at de under denne sag fremlagte dokumenter, herunder den sagkyndige erklæring, ikke er tilstrækkelige til at bevise, at sagsøgerne befinder sig i en vanskelig økonomisk situation. De beviser, der angiveligt beskriver denne situation på tidspunktet for vedtagelsen af beslutningen, er efter Kommissionens opfattelse irrelevante og fremlagt for sent. For det sjette kan en bødes nøjagtige størrelse ikke beregnes på grundlag af retningslinjerne, og grænsen på 10% af omsætningen vedrører under alle omstændigheder slutresultatet af bødeberegningen.

Rettens bemærkninger

592 Det bemærkes, at Kommissionen ved udmålingen af den bøde, der skal pålægges Henss/Isoplus-koncernen, efter at have vurderet overtrædelsens grovhed og varighed såvel som de skærpende omstændigheder, ikke har fundet, at der foreligger nogen formildende omstændighed for koncernens vedkommende.

593 For så vidt angår prisudviklingen på det relevante marked i den omhandlede periode skal det bemærkes, at Kommissionen ikke var forpligtet til at tage hensyn hertil som en formildende omstændighed, der begrundede en nedsættelse af bødebeløbet. Det fremgår for det første af beslutningens betragtning 166, syvende afsnit, at det ved fastsættelsen af bøderne i nærværende sag er blevet taget i betragtning, at aftalerne vedrørende det tyske marked fra sidst i 1991 til 1993 kun fik begrænset virkning i praksis. Hvad angår perioden fra slutningen af 1991 til 1993 kan prisfaldet uden for Danmark samt det lavere prisniveau på det tyske

marked sammenlignet med det danske marked for det andet ikke føre til en nedsættelse af den bøde, sagsøgerne er blevet pålagt, eftersom det højere prisniveau på det danske marked skyldtes et hemmeligt samarbejde mellem de danske producenter, som sagsøgerne var fuldt bekendt med. Prisniveauet kan så meget mindre udgøre en formildende omstændighed, som Kommissionen har fastslået, at der indtrådte væsentlige prisforhøjelser på det tyske marked efter slutningen af 1994.

594 Det bemærkes endvidere, at det i præmis 176 og 177 ovenfor allerede er blevet fastslået, at sagsøgerne ikke kan henvise til deres rolle i forbindelse med, at det danske kartel brød sammen i 1993, da dette ikke alene skyldtes, at Henss/Isoplus-koncernen gik ind på dette marked. Det samme gælder med hensyn til salgsagenturet for ABB IC Møller, idet Henss/Isoplus-koncernens deltagelse i kartellet var væsentligt mere vidtgående end koncernens virksomhed som forhandler for ABB. Under alle omstændigheder bemærkes, at en virksomhed, der sammen med andre virksomheder deltager i konkurrencebegrænsende aktiviteter, ikke kan påberåbe sig, at den deltager heri efter pres fra de andre deltagere, idet den kunne have indgivet klage over det pres, den var udsat for (jf. præmis 178 ovenfor).

595 Sagsøgernes argument om, at deres bidrag til foranstaltningerne, der blev truffet over for Powerpipe, blot var et simpelt forsøg på ulovlig kartelvirksomhed, er ligeledes blevet afvist (jf. præmis 283, 284 og 285 ovenfor).

596 Det skal endelig bemærkes — uden at det er nødvendigt at undersøge anbringendet om, at den sagsøgerne pålagte bøde vil gøre dem insolvente, eller spørgsmålet om, hvorvidt beviserne vedrørende dette punkt er blevet fremlagt for sent — at efter fast retspraksis er Kommissionen ikke ved bødeudmålingen forpligtet til at tage hensyn til, at en virksomhed befandt sig i en økonomisk underskudssituation, da anerkendelsen af en sådan forpligtelse ville medføre en

uberettiget konkurrencemæssig fordel for virksomheder, der er mindre tilpassede til markedsforholdene (Domstolens dom af 8.11.1983, forenede sager 96/82-102/82, 104/82, 105/82, 108/82 og 110/82, IAZ m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 3369, præmis 54 og 55, Rettens dom af 14.5.1998, sag T-319/94, Fiskeby Board mod Kommissionen, Sml. II, s. 1331, præmis 75 og 76, og dommen i sagen Enso Española mod Kommissionen, præmis 316).

597 Da der ikke foreligger omstændigheder, der skulle have været taget i betragtning som formildende omstændigheder, kan sagsøgerne ikke i nærværende sag gøre gældende, at anvendelsen af retningslinjerne har været til hinder for en nedsættelse af bødebøbet under hensyntagen til formildende omstændigheder, så meget mere som retningslinjerne bestemmer, at bøden kan nedsættes i tilfælde af formildende omstændigheder (retningslinjernes andet indledende afsnit og punkt 3).

598 Af alle de anførte grunde må sagsøgernes her omhandlede klagepunkt forkastes.

599
til
638 [...]]

V — *Sammenfatning*

639 Det følger i det hele af det anførte, at beslutningens artikel 3, litra d), og artikel 5, litra d), skal annulleres, for så vidt som de vedrører HFB GmbH og HFB KG. Kommissionen skal i øvrigt frifindes.

Sagens omkostninger

640 Ifølge artikel 87, stk. 3, i Rettens procesreglement kan Retten fordele sagens omkostninger eller bestemme, at hver part bærer sine egne omkostninger, hvis hver af parterne henholdsvis vinder eller taber på et eller flere punkter. Da sagsøgerne kun har fået delvis medhold, finder Retten under hensyn til sagens omstændigheder, at sagsøgerne bør bære deres egne omkostninger, herunder omkostningerne vedrørende sagen om foreløbige forholdsregler, samt betale 80% af Kommissionens omkostninger, herunder omkostningerne vedrørende sagen om foreløbige forholdsregler, og at Kommissionen bør bære 20% af sine egne omkostninger, herunder omkostningerne vedrørende sagen om foreløbige forholdsregler.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Fjerde Afdeling)

- 1) Artikel 3, litra d), og artikel 5, litra d), i Kommissionens beslutning 1999/60/EF af 21. oktober 1998 om en procedure efter EF-traktatens artikel 85 (sag IV/35.691/E-4: Rørkartel (præisolerede rør)) annulleres i forhold til HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH & Co. KG og HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH, Verwaltungsgesellschaft.

- 2) Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber frifindes i øvrigt.

- 3) Sagsøgerne bærer solidarisk deres egne omkostninger, herunder omkostningerne vedrørende sagen om foreløbige forholdsregler, og betaler 80% af Kommissionens omkostninger, herunder omkostningerne vedrørende sagen om foreløbige forholdsregler.

- 4) Kommissionen bærer 20% af sine egne omkostninger, herunder omkostningerne vedrørende sagen om foreløbige forholdsregler.

Mengozzi

Tiili

Moura Ramos

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 20. marts 2002.

H. Jung

Justitssekretær

P. Mengozzi

Afdelingsformand