RETTENS DOM (Femte Afdeling)

5. december 2006 *

I sag T-303/02,

Westfalen Gassen Nederland BV, Deventer (Nederlandene), ved advokaterne M. Essers og M. Custers,

sagsøger,

mod

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved A. Bouquet, som befuldmægtiget,

sagsøgt,

angående en principal påstand om delvis annullation af Kommissionens beslutning 2003/207/EF af 24. juli 2002 om en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 81 (sag COMP/E-3/36.700 — Industrielle og medicinske gasser) (EUT 2003 L 84, s. 1) og en subsidiær påstand om nedsættelse af den bøde, der er pålagt sagsøgeren,

* Processprog: nederlandsk.

har

DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET
I FØRSTE INSTANS (Femte Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, M. Vilaras, og dommerne F. Dehousse og D. Šváby,

justitssekretær: fuldmægtig J. Plingers,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 4. april 2006,

afsagt følgende

Dom

Tvistens baggrund

Sagens baggrund

1 Westfalen Gassen Nederland BV (herefter »sagsøgeren« eller »Westfalen«) er en virksomhed, der har været aktiv på det nederlandske marked for industrielle og medicinske gasser siden 1989.

2 I december 1997 og i løbet af 1998 foretog Kommissionen i henhold til artikel 14, stk. 2 og 3, i Rådets forordning nr. 17, første forordning om anvendelse af bestemmelserne i traktatens artikel [81] og [82] (EFT 1959-1962 s. 81), kontrolundersøgelser hos sagsøgeren og hos andre selskaber, som ligeledes virker på nævnte marked, nemlig AGA Gas BV (herefter »AGA«), Air Liquide BV, Air Products Nederland BV, Boc Gases Benelux (herefter »BOC«), Hydrogas Holland BV, Messer Nederland BV (herefter »Messer«).

3 Efter i henhold til artikel 11 i forordning nr. 17 at have sendt begæringer om oplysninger til ovennævnte virksomheder, sendte Kommissionen den 9. juli 2001 en meddelelse af klagepunkter til otte virksomheder, herunder sagsøgeren, der opererer inden for den pågældende sektor.

4 Sagsøgeren har i sit svar anfægtet de faktiske omstændigheder, som er beskrevet i meddelelsen af klagepunkter. Efter AGA Gas' konkurs har dettes moderselskab, AGA AB, besvaret den nævnte meddelelse på vegne af sit tidligere datterselskab og har udtrykkeligt erklæret at ville påtage sig ansvaret for de overtrædelser, AGA Gas måtte have begået.

5 Efter høringen af de berørte virksomheder, der blev afholdt den 10. januar 2002, vedtog Kommissionen beslutning 2003/207/EF af 24. juli 2002 om en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 81 (sag COMP/E-3/36 700 — Industrielle og medicinske gasser) (EUT 2003 L 84, s. 1, herefter »den anfægtede beslutning«).

6 Beslutningen blev meddelt sagsøgeren den 26. juli 2002 og blev adresseret til AGA AB som efterfølger for AGA Gas.

Den anfægtede beslutning

7 Kommissionen har i den anfægtede beslutning anført, at den har indhentet beviser på et hemmeligt samarbejde mellem konkurrenterne på det nederlandske marked for industrielle og medicinske gasser, bl.a. i perioden 1993-1997 (betragtning 331).

8 Den har således lagt til grund (betragtning 393 til den anfægtede beslutning), at sagsøgeren deltog i følgende aftaler/samordnede praksis:

— fastsættelse af prisforhøjelser fra oktober 1994 til december 1995

— fastsættelse af moratorier fra oktober 1994 til december 1995

— fastsættelse af mindstepriser fra marts 1994 til december 1995.

9 Kommissionen bemærker for det første indledningsvis vedrørende prisforhøjelserne, at en første drøftelse af prisforhøjelserne for flaskegasser for 1995 fandt sted på mødet den 14. oktober 1994 i foreningen Vereniging van Fabrikanten van Industriële Gassen (herefter »VFIG«), hvis medlemskreds udgøres af de virksomheder, der fremstiller og sælger industrielle gasser i Nederlandene. I dette møde deltog AGA, Air Liquide, Air Products, BOC, Hoek Loos, Hydrogas, Messer, Nederlandse Technische Gasmaatschappij (herefter »NTG«) og sagsøgeren (betragtning 136 til den anfægtede beslutning).

10 Med henblik på at bevise dette mødes konkurrencebegrænsende formål henviser Kommissionen bl.a. til håndskrevne notater, beslaglagt hos AGA eller fremlagt af denne virksomhed, og som er dateret den 17. oktober 1994.

11 Kommissionen gør herefter gældende, at disse prisforhøjelser for flaskegasser for 1995 blev nøje fastsat af AGA, Air Liquide, Air Products, BOC, Hoek Loos, Messer og Westfalen på mødet i VFIG den 18. november 1994 og støtter denne konklusion på to håndskrevne tabeller, hvoraf den ene er fremlagt af AGA (herefter »tabel nr. 1«), og den anden er beslaglagt hos Air Products (herefter »tabel nr. 2«) (betragtning 139-141 til den anfægtede beslutning).

12 Ifølge Kommissionen indeholder tabel nr. 1, der er dateret den 21. november 1994, bl.a. listen over prisforhøjelser (i procent) for flaskegasser for 1995 for Hoek Loos, AGA, Messer, Air Liquide, Air Products, BOC og sagsøgeren.

13 For så vidt angår tabel nr. 2, der også indeholder prisforhøjelser, anfører Kommissionen, at den tilsyneladende henviser til det samme møde, selv om indholdet i de to tabeller ikke er helt identisk. Kommissionen bemærker, at Air Products først mente, at tabellen var udarbejdet på et møde med konkurrenter i 1995, men var senere enig i, at den kunne være et resultat af VFIG-mødet i november 1994.

14 Kommissionen bemærker, at sagsøgeren i sit svar på meddelelsen af klagepunkter gjorde opmærksom på, at selskabet aldrig havde deltaget aktivt i disse møder, og at det ikke havde været klar over, at der blev drøftet spørgsmål som prisforhøjelser, da de ikke var opført på dagsordenen for møderne (betragtning 145 til den anfægtede beslutning).

15 Kommissionen bemærker for det andet for så vidt angår fastsættelsen af moratorier, at prisforhøjelser for 1995 blev drøftet og vedtaget på VFIG-møder den 14. oktober og 18. november 1994 af AGA, Hoek Loos, Air Liquide, Air Products, Messer, BOC og sagsøgeren sammen med et moratorium fra den 1. december 1994 til 1. januar 1995. Kommissionen henviser i denne henseende til de ovenfor i præmis 10 nævnte håndskrevne notater fra AGA samt til tabel nr. 1 og 2, der angiver et moratorium på to måneder, hvor prisforhøjelserne skulle gennemføres (betragtning 168-171 til den anfægtede beslutning).

16 Kommissionen bemærker, at sagsøgeren i sit svar på meddelelsen af klagepunkter fremfører, at Kommissionen ikke havde bevist, at sagsøgeren bevidst indgik en aftale med sine konkurrenter om et moratorium på de to VFIG-møder, der fandt sted i slutningen af 1994 (betragtning 172 til den anfægtede beslutning).

17 Kommissionen gør for det tredje for så vidt angår fastsættelsen af mindstepriser gældende, at de berørte virksomheder løbende vedtog lister over mindstepriser på flaskegasser, og at hovedformålet med disse lister var at fastsætte tærskler, som selskaberne skulle overholde, når de konkurrerede om samme kunde (betragtning 189 til den anfægtede beslutning).

18 Kommissionen bemærker, at der på VFIG-møderne den 17. marts og 14. oktober 1994 blev drøftet »prislister« og »mindstepriser« på flaskegasser over for mindre kunder med henblik på en aftale mellem i hvert fald sagsøgeren, Messer, Air Liquide, Hoek Loos og Air Products, efter at have bemærket, at sidstnævnte fire virksomheder allerede havde indgået en aftale om et mindsteprissystem for flaskegasser i oktober 1990 (betragtning 194 og 205 til den anfægtede beslutning).

19 Ifølge Kommissionen fremgår det af håndskrevne notater, der blev beslaglagt hos AGA, at der igen blev drøftet »prislister« på VFIG-møderne i marts og oktober 1994, og at Hoek Loos på sidstnævnte møde fremlagde en prisliste for flaskegasser samt at de håndskrevne notater af 17. oktober 1994 bekræfter, at der på oktobermødet blev drøftet »min. priser« (betragtning 206 til den anfægtede beslutning).

20 Kommissionen bemærker atter, at prislisten for mindre aftagere af flaskegas også blev beslaglagt hos tre selskaber, nemlig hos sagsøgeren i et dossier med betegnelsen »VFIG 1995«, hos Air Liquide i et dossier med betegnelsen »VFIG 1994« og hos Messer. De tre eksemplarer af listen indeholder den samme trykte liste over mindstepriser af oktober 1994 med overskriften »prisliste for små flaskegaskunder«, og den liste, der blev fundet hos Messer, omfatter også en håndskrevet prisliste, der blev tilføjet i 1996. Kommissionen tilføjer, at når disse selskaber beholdt dette forslag i deres dossier i en årrække, betyder det, at listen var relevant for dem (betragtning 207 og 208 til den anfægtede beslutning).

21 Det bemærkes i beslutningen, at sagsøgeren i sit svar på meddelelsen af klagepunkter anfører, at selskabet ikke er klar over, hvordan det kom i besiddelse af listen og at den højst sandsynligt blev udleveret til sagsøgeren på VFIG-mødet den 14. oktober 1994, men at det ikke betyder, at sagsøgeren faktisk havde tilsluttet sig de anførte priser på listen (betragtning 212).

22 Kommissionens samlede besvarelse af sagsøgerens benægtelser fremgår af betragtning 351 til den anfægtede beslutning, der har følgende ordlyd:

»Kommissionen bemærker, at det bekræftes af Kommissionens bevismateriale, at Air Liquide og sagsøgeren deltog i flere møder, og at det var formålet med disse

møder at begrænse konkurrencen. Selv om det påvises, at en eller flere deltagere ikke havde til hensigt at gennemføre deres fælles hensigtserklæringer, ændrer det ikke det faktum, at den beskrevne adfærd skal betragtes som aftaler efter [...] artikel 81, stk. 1[, EF]. I betragtning af, at de møder, hvor disse hensigtserklæringer blev fremsat, var af klart konkurrencebegrænsende karakter, og at de pågældende virksomheder deltog uden officielt at tage afstand fra det, der blev drøftet, gav virksomhederne de øvrige deltagere det indtryk, at de tilsluttede sig det, der blev drøftet, og ville handle i overensstemmelse hermed. Begrebet »aftale« er i sig selv objektivt. De faktiske motiver (og skjulte hensigter), der ligger bag den vedtagne adfærd, er irrelevante.«

23 Den anfægtede beslutning indeholder bl.a. følgende bestemmelser:

»*Artikel 1*

AGA AB, Air Liquide BV, [Air Products], [BOC], [Messer], Hoek Loos [NV] og [Westfalen] har overtrådt [...] artikel 81, stk. 1, [EF] ved at have deltaget i en vedvarende aftale og/eller samordnet praksis inden for sektoren for industrielle og medicinske gasser i Nederlandene.

Overtrædelsen havde følgende varighed:

— AGA AB fra september 1993 til december 1997

— Air Liquide BV fra september 1993 til december 1997

— [Air Products] fra september 1993 til december 1997

— [BOC] fra juni 1994 til december 1995

— [Messer] fra september 1993 til december 1997

— Hoek Loos [NV] fra september 1993 til december 1997

— [Westfalen] fra marts 1994 til december 1995

[...]

Artikel 3

Der pålægges følgende bøder for den i artikel 1 omhandlede overtrædelse:

— AGA AB 4,15 mio. EUR

— Air Liquide BV 3,64 mio. EUR

— [Air Products] 2,73 mio. EUR

— [BOC] 1,17 mio. EUR

— [Messer] 1 mio. EUR

— Hoek Loos [NV] 12,6 mio. EUR

— [Westfalen] 0,43 mio. EUR.«

24 Med henblik på beregningen af bøderne anvendte Kommissionen i beslutningen den metode, der er beskrevet i 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 »retningslinjerne«) samt i meddelelse 96/C 207/04 om bødefritagelse eller bødenedsættelse i kartelsager (EFT 1996 C 207, s. 4, herefter »samarbejdsmeddelelsen«).

25 Bødens grundbeløb, som er fastsat ud fra overtrædelsens grovhed og varighed, blev for så vidt angår sagsøgeren således fastsat til 0,51 mio. EUR (betragtning 438 til den anfægtede beslutning).

26 Kommissionen har lagt til grund, at sagsøgeren alene har spillet en passiv rolle ved overtrædelserne og ikke deltog i alle overtrædelsernes forskellige aspekter, samt at disse formildende omstændigheder berettiger en nedsættelse med 15% af grundbeløbet for den pålagte bøde, der blev fastsat til 0,43 mio. EUR (betragtning 442 til den anfægtede beslutning).

27 Derimod har sagsøgeren ikke opnået nogen nedsættelse i henhold til samarbejdsmeddelelsen.

Retsforhandlinger og parternes påstande

28 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 4. oktober 2002 har sagsøgeren anlagt nærværende sag.

29 Efter nævnte stævnings indgivelse var Kommissionen af den opfattelse, at den havde foretaget et fejlskøn for så vidt angår varigheden af den overtrædelse, som sagsøgeren hævdes at have begået. Kommissionen har således i sit svarskrift medgivet, at den med urette havde fastsat marts 1994 som begyndelsestidspunkt for den overtrædelse, sagsøgeren er holdt ansvarlig for.

30 Følgelig vedtog Kommissionen den 9. april 2003 beslutning 2003/355/EF om ændring af beslutningen (EUT L 123, s. 49).

31 Det er således nu anført i den ændrede udgave af beslutningens artikel 1, at sagsøgeren har overtrådt artikel 81, stk. 1, EF ved at have deltaget i en vedvarende aftale og/eller samordnet praksis inden for sektoren for industrielle og medicinske gasser i Nederlandene i et tidsrum, der løb fra oktober 1994 til december 1995. Der er i den ændrede affattelse af beslutningens artikel 3 fastsat en bøde, der er nedsat fra 0,43 mio. EUR til 0, 41 mio. EUR.

32 På grundlag af den refererende dommers rapport har Retten (Femte Afdeling) besluttet at indlede den mundtlige forhandling, og i henhold til procesreglementets artikel 64 har Retten som en foranstaltning med henblik på sagens tilrettelæggelse anmodet Kommissionen om at fremlægge et dokument.

33 Sagens parter har afgivet mundtlige indlæg og besvaret spørgsmål fra Retten i retsmødet den 4. april januar 2006.

34 Sagsøgeren har i stævningen nedlagt følgende påstande:

— Artikel 1 og 3 i beslutningen annulleres, for så vidt som bestemmelserne pålægger sagsøgeren en bøde på 0,43 mio. EUR for overtrædelse af artikel 81 EF.

— Subsidiært annulleres beslutningens artikel 1, og den bøde, der er pålagt sagsøgeren, nedsættes væsentligt.

— Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

35 Sagsøgeren bemærker i sin replik, at den subsidiære påstand skal opfattes som en påstand om delvis annullation af beslutningens artikel 1 med henblik på at opnå en væsentlig nedsættelse af den bøde, der er pålagt selskabet i samme beslutnings artikel 3. Sagsøgeren har endvidere anmodet Retten om at høre forklaring under vidneansvar afgivet af P. van den Heuij, der deltog i VFIG-møderne som direktør for en virksomhed, der var aktiv inden for den omhandlede sektor, og hvis forklaring er vedlagt stævningen som bilag.

36 Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

— Afvisning af anmodningen om vidneførsel.

— Frifindelse.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Påstanden om annullation af beslutningens artikel 1 og 3

Parternes argumenter

37 Sagsøgeren bemærker indledningsvis, at selskabet har anfægtet de faktiske omstændigheder, som er beskrevet i meddelelsen af klagepunkter, og at det ligeledes anfægter dem, hvorpå beslutningen er støttet.

38 Sagsøgeren gør gældende, at Kommissionen ikke på tilstrækkelig måde har godtgjort, at selskabet har deltaget i aftaler og/eller samordnet praksis, og at Kommissionen hermed har tilsidesat den i artikel 253 EF fastsatte begrundelsespligt. Sagsøgeren gør ligeledes gældende, at Kommissionen har tilsidesat ligebehandlingsprincippet.

39 Sagsøgeren gør gældende, at selskabet først i juli 1994 tilsluttede sig VFIG, der blev etableret den 23. marts 1989, og at det deltog i sit første møde i denne organisation den 14. oktober 1994. Ifølge sagsøgeren er det med urette, når Kommissionen med støtte i sagsøgerens deltagelse i mødet den 14. oktober 1994 samt det, der fandt sted den 18. november samme år, holder sagsøgeren ansvarlig for tre forhold, der udgør konkurrencebegrænsende adfærd, nemlig fastsættelse af prisforhøjelser, fastsættelse af moratorier og fastsættelse af mindstepriser.

Fastsættelsen af prisforhøjelser

40 Sagsøgeren gør for det første gældende, at selskabet under de to VFIG-møder den 14. oktober og 18. november 1994 havde nægtet at deltage i de samordnede

prisforhøjelser for 1995. Sagsøgeren bemærker, at selskabet på VFIG-mødet den 14. oktober 1994 var blevet overrasket over, at spørgsmålet om prisforhøjelser, der ikke fremgik af dagsordenen, blev behandlet og havde tilkendegivet sin forbavselse.

41 På begge møderne havde sagsøgeren nægtet at oplyse, hvorvidt en prisforhøjelse ville finde sted, og om denne i givet fald ville være på 5% eller 6%, for så vidt som selskabet endnu ikke på daværende tidspunkt havde truffet bestemmelse om sine priser for 1995 og at selskabets moderselskab, Westfalen AG, nødvendigvis måtte konsulteres i dette spørgsmål. Sagsøgeren gør gældende, at selskabet oplyste, at det ikke som sådan var modstander af forhøjelser, men at det ikke kunne godkende et kartel og som tilhænger af at sætte priserne under pres agtede at tilpasse sin politik på markedet på uafhængig vis.

42 Disse erklæringer kan kun kvalificeres som forsigtige og uklare. Sagsøgeren fremlagde ikke nogen oplysninger om selskabets fremtidige forretningspolitik, hvorfor de øvrige virksomheder blev ladt i tvivl angående sagsøgerens adfærd på markedet i 1995.

43 Realiteten bag denne modstand mod en konkurrencebegrænsende aftale bekræftedes af erklæringerne fra Nordkamp, sagsøgerens repræsentant på de omhandlede møder, og van den Heuij, medlem af NTG, der ligeledes var til stede på disse møder. Sagsøgeren gør gældende, at van den Heuij ikke havde den mindste personlige interesse i at afgive denne erklæring, og at der således ikke er nogen grund til at betvivle dens oprigtighed. Henset til Kommissionens anfægtelse, der begrænser sig til en bemærkning om, at den omhandlede erklæring savner enhver troværdighed, anmoder sagsøgeren Retten om at lade van den Heuij afgive forklaring under vidneansvar.

44 I øvrigt findes der i modsætning til, hvad Kommissionen har udtalt, ikke nogen modsætning mellem de erklæringer, sagsøgeren har fremsat som svar på meddelelsen af klagepunkter, og dem, der er fremsat inden for rammerne af denne procedure.

45 Sagsøgeren gør for det andet gældende, at de dokumenter, hvorpå Kommissionen støtter sine konklusioner, er uden bevisværdi.

46 Det er således overhovedet ikke sikkert, at tabel nr. 1 og 2 vedrører mødet den 14. oktober eller det, der fandt sted den 18. november 1994.

47 De to omhandlede tabeller er ligeledes indbyrdes modstridende. Mens tabel nr. 1 henviser til en prisforhøjelse for sagsøgeren på »5-6%«, angiver tabel nr. 2 en forhøjelse på mere end 6%. Denne modstrid er så meget mere påfaldende, da de i de to dokumenter angivne procentsatser vedrørende de øvrige virksomheder er samstemmende.

48 De to tabeller rummer tilsyneladende også modsigelser for så vidt angår spørgsmålet om lejesatser og transportomkostninger. Mens det fremgår af tabel nr. 1, at sagsøgeren end ikke var informeret om de i denne henseende indgåede aftaler, fremgår det af tabel nr. 2, at sagsøgeren indgik en aftale om leje af cylindre. De i de to tabeller under overskriften lejesatser anførte beløb er heller ikke overensstemmende. Det er i øvrigt heller ikke utænkeligt, at anførslen »WF er ikke informeret?? Har ikke accepteret??«, der fremgår af AGA's håndskrevne notater af 17. oktober 1994, ikke kun vedrørte leje- og transportomkostninger, men alle de spørgsmål, der blev behandlet på det omhandlede møde.

49 Sagsøgeren gør gældende, at selv hvis de to tabeller faktisk vedrører møderne den 14. oktober og 18. november 1994, kan det udledes, at de øvrige aktører ikke havde nogen klar idé om sagsøgerens prispolitik, og at selskabet således havde fremsat særligt uklare udtalelser herom på de nævnte møder.

50 Kommissionen begrænsede sig for nemheds skyld til at gengive, hvad de øvrige deltagere havde noteret for så vidt angår sagsøgeren, uden at medtage de forbehold, som sagsøgeren havde taget i denne forbindelse. Kommissionen forsøgte heller ikke at forklare forskellene, hvis eksistens dog medgives i betragtning 141 til beslutningen, i de talmæssige oplysninger i de to tabeller, og beslutningen er i denne henseende utilstrækkeligt begrundet.

51 Disse forskelle kunne forklares derved, at de i disse tabeller indeholdte oplysninger alene udviser deres ophavsmænds ønsker og ikke en af sagsøgeren vedtagen prisforhøjelse. Denne forklaring understøttes af andre dokumenter, der hidrører fra virksomheder, der var til stede på VFIG-møderne, hvori der henvises til sagsøgerens navn, selv om selskabet ikke deltog i de nævnte møder.

52 Sagsøgeren bemærker, at kartellets deltagere på forskellige tidspunkter under dets forløb nævnte sagsøgerens navn i forbindelse med VFIG-møder, som sagsøgeren ikke deltog i, og Kommissionen gjorde ret i ikke at lægge disse udtalelser til grund. Selv om det er med urette, når tabel nr. 1 og 2 specifikt henviser til en sådan deltagelse, har Kommissionen taget dem i betragtning uden at have den mindste tvivl. Under alle omstændigheder er de håndskrevne notater, der svarer til tabel nr. 1 og 2, særdeles summariske og kan således ikke betragtes som et fuldt referat af, hvad der foregik på disse møder.

Fastsættelsen af moratorier

53 Sagsøgeren gør gældende, at selskabet på VFIG-møderne den 14. oktober og den 18. november 1994 tog del i drøftelserne om etablering af et moratorium, men med henblik på at udtrykke sin modstand mod denne foranstaltning, hvorved selskabet ved denne lejlighed fik støtte fra andre mindre aktører. Som bevis herpå henviser sagsøgeren atter til van den Heuijs udtrykkelige erklæring.

54 Tabel nr. 1 og 2, der er indbyrdes modstridende og alene kan udvise den adfærd, de øvrige virksomheder forventede af sagsøgeren, modsiger ikke det forløb af møderne, der er beskrevet i ovenstående præmis.

55 Selv om sagsøgeren er bekendt med den omstændighed, at manglende iagttagelse af en konkurrencebegrænsende aftale ikke udelukker, at der foreligger en overtrædelse af artikel 81, stk. 1, EF, bemærker sagsøgeren, at selskabet under moratoriet kontaktede forskellige af de øvrige virksomheders kunder, og at det har godtgjort dette over for Kommissionen.

Fastsættelse af mindstepriser

56 Sagsøgeren indvender, at selskabet ikke tog del i nogen drøftelse af mindstepriser på mødet i marts 1994 og så meget desto mindre indgik nogen aftale, eftersom selskabet ikke var til stede på dette møde. Sagsøgeren tilføjer, at selskabet heller ikke deltog i nogen drøftelse af mindstepriser på mødet den 14. oktober 1994, eftersom AGA's håndskrevne notater fra dette møde ikke godtgør, at sagsøgeren var til stede på dette møde, eller at selskabet indgik en aftale. Punkt 132 og 133 i meddelelsen af klagepunkter bekræfter endog, at de mindre aktører, såsom sagsøgeren, havde gjort modstand på VFIG-møderne.

57 Den omstændighed, at en liste over mindstepriser blev beslaglagt hos sagsøgeren, er uden relevans. Sagsøgeren bemærker, at selskabet alene har udtalt, at det er meget muligt, at denne liste blev omdelt på mødet den 14. oktober 1994, men ikke, således som det hævdes af Kommissionen, at listen med stor sandsynlighed blev overdraget direkte til sagsøgeren på mødet. Sagsøgerens blotte besiddelse af et sådant dokument beviser i intet tilfælde, at selskabet deltog i en aftale om mindstepriser eller i en eventuel drøftelse af dette spørgsmål. Kommissionen har med rette undladt at tillægge andre oplysninger, som sagsøgeren har modtaget uden at have fremsat anmodning herom, nogen betydning.

58 Sagsøgeren erklærer endelig, at den omstændighed, at en virksomhed deltager i en drøftelse af samordning af markedsadfærd, ikke udgør en overtrædelse af forbuddet mod kartelvirksomhed, for så vidt som det fremgår, at denne virksomhed faktisk var modstander af denne samordning (Domstolens dom af 8.7.1999, sag C-49/92 P, Kommissionen mod Anic Partecipazioni, Sml. I, s. 4125, præmis 94-96).

59 Sagsøgeren gør gældende, at det for så vidt angår selskabets adfærd under VFIG-møderne den 14. oktober og 18. november 1994 bør lægges til grund, at selskabet klart tog afstand fra, hvad der drøftedes på disse møder i den forstand, hvori det i henhold til retspraksis er påkrævet (Rettens dom af 20.3.2002, sag T-9/99, HFB m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 1487, præmis 223). Ifølge sagsøgeren tager en person, der tager afstand fra, hvad der bliver sagt på et møde, nødvendigvis i drøftelsen, men det vil ikke sige, at personen herved overtræder forbuddet mod kartelvirksomhed. Kommissionen modsiger i denne henseende sig selv, når den medgiver, at deltagelse i et officielt møde ikke som sådan udgør deltagelse i et kartel. Endvidere er det i modsætning til, hvad Kommissionen lader forstå, hverken et krav i henhold til retspraksis, at beviset for afstandtagen skal føres i form af et dokument, der er samtidigt med overtrædelsen, eller at beviset skal hidrøre fra kartellets deltagere.

60 Sagsøgerens holdning kan let forklares ved selskabets stilling på det omhandlede marked, nemlig en stilling som nyere og mindre aktør, der dog havde evnet at udvikle sin omsætning ved hjælp af en dynamisk forretningspolitik. Kartellets medlemmer og Kommissionen selv (betragtning 78 til beslutningen) anerkender, at sagsøgeren spillede en rolle som pris-»dræber«. I en sådan sammenhæng havde sagsøgeren ingen interesse i at blive bundet af en aftale om prisforhøjelser.

61 Sagsøgeren bemærker, at den af selskabet udviste åbne modstand sammen med andre mindre aktørers åbne modstand havde den virkning, at de store aktører forfulgte deres ulovlige forhandlinger uden for VFIG-mødernes regi og uden de små aktørers tilstedeværelse. Sagsøgeren burde således betragtes som en »kartel-bryder«

og ikke som en virksomhed, der passivt har bidraget til et kartel. Selv om den ovennævnte situation i øvrigt er beskrevet i punkt 132 i meddelelsen af klagepunkter, henviser Kommissionen ikke længere hertil i beslutningen, der i denne henseende er utilstrækkeligt begrundet.

62 Kommissionen bemærker, at sagsøgeren hverken bestrider at have deltaget i kartellets møder den 14. oktober og 18. november 1994, eller at mødernes formål var konkurrencebegrænsende. Ganske vist er deltagelse i VFIG-møderne ikke i sig selv deltagelse i møder med samordning for øje, men det betyder på den anden side ikke, at der ikke inden for rammerne af — eller i tilknytning til — disse officielle møder blev truffet aftale om et kartel.

63 Kommissionen anfører, at det i retspraksis klart er fastslået, at hvor en virksomhed deltager i et møde mellem medlemmer af et kartel, også uden at være en aktiv deltager, er den ansvarlig for overtrædelsen, hvis den ikke klart tager afstand fra mødets indhold (dommen i sagen HFB m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 59 ovenfor, præmis 223).

64 I dommen i sagen Kommissionen mod Anic Partecipazioni, nævnt i præmis 58 ovenfor, som sagsøgeren har påberåbt sig, har Domstolen anført, at det påhviler enhver, der gør afstandtagen gældende, at føre bevis herfor. Sagsøgeren har ikke ført et sådant bevis i denne sag.

65 Kommissionen modsætter sig anmodningen om, at Retten skal høre forklaring fra van den Heuij, for så vidt som den er fremsat for sent, og sagsøgeren har tilsidesat artikel 48 i Rettens procesreglement, idet selskabet ikke har begrundet, hvorfor beviserne først påberåbes på dette tidspunkt. Vidneforklaringen ville i øvrigt ikke tilføje sagen noget nyt og tjener således ikke noget formål.

Overtrædelsens varighed

66 I stævningen gør sagsøgeren gældende, at beslutningen ikke er præcis med hensyn til den varighed af overtrædelsen, Kommissionen har lagt til grund, for så vidt som sagsøgeren ikke var til stede ved VFIG-mødet i marts 1994. Sagsøgeren anfører i replikken, at selskabet har taget til efterretning, at Kommissionen har anerkendt fejlen vedrørende tidspunktet for overtrædelsens begyndelse, der nu er fastsat til oktober og ikke marts 1994.

67 Det er Kommissionens opfattelse, at sagsøgerens argumentation vedrørende overtrædelsens varighed er helt uden betydning, eftersom Kommissionen i overensstemmelse med retningslinjerne tog ændringen af overtrædelsens varighed i betragtning og nedsatte bøden.

Tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet

68 Sagsøgeren gør gældende, at Kommissionen ved sin bedømmelse af de mindre aktørers deltagelse har tilsidesat ligebehandlingsprincippet, idet den har lagt til grund, at kun sagsøgeren har overtrådt forbuddet mod kartelvirksomhed, men ikke selskaberne NTG og Hydrogas, der imidlertid deltog i flere møder, hvorunder de ulovlige aftaler blev drøftet. Beslutningens begrundelse fremstår som groft utilstrækkelig på dette tidspunkt.

69 Kommissionen gør gældende, at argumentationen vedrørende den hævdede tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet, der faktisk vedrører påstanden om nedsættelse af bøden, er helt uden grundlag.

70 For så vidt angår NTG er denne virksomheds indblanding åbenbart forskellig fra sagsøgerens, og NTG har i øvrigt i sit svar på meddelelsen af klagepunkter godtgjort, at virksomheden ikke var ansvarlig. Hydrogas' situation kan heller ikke sammenlignes med sagsøgerens, eftersom Kommissionen i mangel af holdepunkter for ulovlig adfærd ikke sendte denne virksomhed en meddelelse af klagepunkter. Kommissionen tilføjer, at deltagelse i officielle VFIG-møder ikke i sig selv udgør deltagelse i et kartelmøde, og Kommissionen havde ikke, således som det var tilfældet for sagsøgeren, beviser for NTG's og Hydrogas' deltagelse i prisforhøjelserne, moratorierne eller mindstepriserne.

71 Kommissionen gør gældende, at selv hvis de øvrige virksomheder med urette blev holdt uden for forfølgelsen, ville sagsøgerens stilling være den samme. Tildelingen af en uretmæssig fordel betyder ikke, at sagsøgeren ville være berettiget til at opnå en nedsættelse af selskabets egen bøde, når denne bøde er blevet retmæssigt fastsat (Rettens dom af 7.7.1994, sag T-43/92, Slazenger mod Kommissionen, Sml. II, s. 441, præmis 176, og af 20.3.2002, sag T-23/99, LR af 1998 mod Kommissionen, Sml. II, s. 1705, præmis 367).

Rettens bemærkninger

Indledende bemærkninger

72 Det bemærkes, at sagsøgeren gør gældende, at Kommissionen ikke i tilstrækkeligt omfang har godtgjort, at sagsøgeren har deltaget i aftaler og/eller samordnet praksis, og »at Kommissionen hermed ligeledes har tilsidesat princippet om begrundelsespligt i artikel 253 EF«. Sagsøgeren bemærker nærmere, at der foreligger en utilstrækkelig begrundelse for så vidt angår de anførte uoverensstemmelser mellem taloplysningerne i tabel nr. 1 og 2, sagsøgerens rolle som »kartelbryder« og den

særlige måde, sagsøgeren blev behandlet på i forhold til to andre mindre aktører. Det fremgår af den ovennævnte formulering og af indholdet af sagsøgerens argumentation, at anbringendet ikke i egentlig forstand vedrører en manglende eller utilstrækkelig begrundelse, der udgør en tilsidesættelse af væsentlige formforskrifter i artikel 230 EF's forstand. Det omhandlede anbringende kan faktisk ikke adskilles fra anbringenderne om, hvorvidt beslutningen er velbegrundet, og dermed den materielle gyldighed af retsakten, der vil være ulovlig, såfremt Kommissionen ikke har ført bevis for en overtrædelse af artikel 81 EF og har tilsidesat ligebehandlingsprincippet.

Sagsøgerens påståede klare afstandtagen

73 Sagsøgeren gør gældende, at Kommissionen ikke har ført tilstrækkeligt bevis for nogen overtrædelse af artikel 81, stk. 1, EF.

74 Det skal i denne henseende bemærkes, at det i en retssag om tilsidesættelse af konkurrencereglerne påhviler Kommissionen at føre bevis for de overtrædelser, som den har konstateret, og at fastslå, hvilke beviser der er fornødne for på tilfredsstillende vis at påvise de faktiske omstændigheder, der udgør en overtrædelse (Domstolens dom af 17.12.1998, sag C-185/95 P, Baustahlgewebe mod Kommissionen, Sml. I, s. 8417, præmis 58).

75 Med henblik på anvendelsen af artikel 81, stk. 1, EF er det tilstrækkeligt, at en aftale har til formål at begrænse, hindre eller fordreje konkurrencen, uanset dens konkrete virkninger. Følgelig gælder det med hensyn til aftaler, der indgås under møder mellem konkurrerende virksomheder, at der foretages en overtrædelse af denne bestemmelse, når disse møder har et sådant formål og således tilsigter kunstigt at tilrettelægge markedets funktion (Domstolens dom af 28.6.2005, forenede sager C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P — C-208/02 P og C-213/02 P, Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 5425, præmis 145).

76 Det er således tilstrækkeligt, at Kommissionen beviser, at den pågældende virksomhed har deltaget i møder, hvorunder der blev indgået konkurrencestridige aftaler, uden klart at have taget afstand herfra, for at føre tilstrækkeligt bevis for, at denne virksomhed deltog i kartellet. Når deltagelsen i sådanne møder er blevet bevist, påhviler det virksomheden at fremføre indicier af en sådan beskaffenhed, at den kan påvise, at dens deltagelse i de nævnte møder ikke var sket for at begrænse konkurrencen, og herved påvise, at den over for konkurrenterne havde oplyst, at den deltog i møderne med et andet formål end deres (jf. bl.a. Domstolens dom af 7.1.2004, forenede sager C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P og C-219/00 P, Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 123, præmis 81 og den deri nævnte retspraksis).

77 Hensynet bag dette retsprincip er, at når virksomheden har deltaget i nævnte møde uden klart at gave taget afstand fra det drøftede, har den givet de andre deltagere anledning til at antage, at den var indforstået med det vedtagne og ville handle i overensstemmelse hermed (dommen i sagen Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 76 ovenfor, præmis 82).

78 Sagsøgeren bestrider i denne sag hverken at have deltaget i to VFIG-møder den 14. oktober og 18. november 1994 eller disse møders konkurrencebegrænsende indhold. Sagsøgeren gør imidlertid gældende, at det i lyset af den adfærd, selskabet udviste på disse møder, bør lægges til grund, at selskabet klart tog afstand fra mødernes konkurrencebegrænsende indhold i den forstand, hvori det er påkrævet i henhold til retspraksis.

— Fastsættelsen af prisforhøjelser og et moratorium

79 Sagsøgeren gør i sine skriftlige indlæg på generel vis gældende, at »selskabet på møderne den 14. oktober og 18. november 1994 havde vist sin modstand mod aftalerne vedrørende [virksomhedernes] adfærd på markedet«.

80 For så vidt angår prisforhøjelsen gør sagsøgeren gældende, at selskabet udtrykkeligt tilkendegav, at det ikke kunne godkende en prisforhøjelse, og at det som tilhænger af at sætte priserne under pres agtede at tilpasse sin politik på markedet på uafhængig vis. Sagsøgeren tilføjer, at selskabet ikke »under mødet« ønskede at oplyse, hvorvidt det planlagde prisforhøjelser for 1995 og i givet fald størrelsen på disse, men selskabet havde oplyst, at det ikke som sådan var modstander af forhøjelser. Sagsøgeren anfører ligeledes, at selskabets direktør, Nordkamp »på begge møderne« havde nægtet at oplyse, hvorvidt en prisforhøjelse ville finde sted og i givet fald, om denne ville være på 5% eller 6%.

81 Nordkamp anfører i sin erklæring, at han, efter at andre virksomheder »under et af de to omhandlede VFIG-møder« havde erklæret, at de planlagde en prisforhøjelse på 5% eller 6%, »vedblev at være uklar om, hvorvidt Westfalen ville forhøje priserne i 1995 og i givet fald i hvilket omfang«.

82 Disse erklæringer svarer kun delvis til dem, som sagsøgeren afgav i sit svar på meddelelsen af klagepunkter, hvori selskabet oplyste, at det på »efter-mødet« om forretningspolitik, efter de øvrige aktører havde annonceret deres prisforhøjelser, havde erklæret, at det »forestillede sig en prisforhøjelse på 5% eller 6% i 1995«, hvilket modsiger den ovennævnte affattelse af stævningen. Sagsøgeren har tilføjet, at selskabet hverken »på møderne den 14. oktober og den 18. november 1994 eller på noget andet tidspunkt har påtaget sig at foretage en bestemt prisforhøjelse«, hvilket ikke er overensstemmende med en udtrykkelig udtalelse om at være modstander af prisforhøjelse.

83 Det fremgår i det mindste, at sagsøgeren ikke udtrykkeligt tog stilling til spørgsmålet om prisforhøjelser. Sagsøgeren sagde således ikke klart, at selskabet ville forhøje sine priser i 1995, men det erklærede heller ikke, at der ikke ville finde nogen prisforhøjelse sted i det nævnte år.

84 Sagsøgeren udtrykte således ikke et standpunkt, der ville give de andre virksomheder en klar opfattelse af, at selskabet tog afstand fra tanken om en sådan forhøjelse. Selskabets adfærd, som det selv har kvalificeret som uklar, svarer til en stiltiende godkendelse, der virker som en tilskyndelse til at fortsætte overtrædelsen og hindrer, at den bliver opdaget. Denne medvirken udgør en form for passiv deltagelse i overtrædelsen, som derfor kan gøre virksomheden ansvarlig (jf. i denne retning dommen i sagen Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 76 ovenfor, præmis 84).

85 For så vidt angår den anden konkurrencebegrænsende adfærd, som Kommissionen har påtalt, har sagsøgeren i sit svar på meddelelsen af klagepunkter bemærket, at selskabet »på mødet udtrykte sin modstand mod et moratorium«, og at »Nordkamp, hverken på mødet eller på noget andet tidspunkt på Westfalens vegne påtog sig at respektere et moratorium«, hvilket selskabet bekræftede i sine skriftlige indlæg, hvor det erklærede, at det havde udtalt sig imod indførelsen af et moratorium.

86 Med henblik på at bevise, at disse erklæringer om modstand faktisk blev fremsat, og dermed den omstændighed, at sagsøgeren klart tog afstand fra de drøftelser om samordning, hvori selskabet deltog, støtter sagsøgeren sig i det væsentlige på erklæringen fra van den Heuij.

87 Vidnet forklarer, at sagsøgeren på et VFIG-møde reagerede mod forslag om konkurrencebegrænsende adfærd, som blev fremlagt af andre medlemmer af erhvervsorganisationen, og dette i form af en protest. Det fremgår klart af forklaringen, at denne protest ikke var dikteret af en principiel modstand mod åbenbar ulovlig samordning, men skyldtes, at denne samordning ikke umiddelbart svarede til de økonomiske interesser, som NTG og sagsøgeren på daværende tidspunkt havde.

88 Det skal imidlertid konstateres, at det fremgår af ordlyden af van den Heuijs erklæring, at denne ikke havde nogen særlig klar erindring om det omhandlede møde. Vidnet anfører således, at han ikke erindrer hverken datoen for mødet eller varigheden af det drøftede moratorium, eller om direktøren for Hydrogas ligeledes havde protesteret mod de omtvistede forslag.

89 Van den Heuijs erklæring, der blev afgivet den 9. oktober 2002, vedrører kun et enkelt VFIG-møde, der havde fundet sted »otte år« tidligere. Henset til denne tidsangivelse, der står alene, og i lyset af oversigten over samtlige VFIG-møder, der indeholder henvisning til de enkelte medlemsvirksomheders deltagelse (betragtning 106 til den anfægtede beslutningen), skal det bemærkes, at den omhandlede erklæring kun kan vedrøre mødet den 14. oktober 1994, når det tages i betragtning, at NTG, for hvilken virksomhed van den Heuij er direktør, ikke var repræsenteret på det næste møde den 18. november 1994.

90 I øvrigt og frem for alt er van den Heuijs vidneforklaring hverken fuldt overensstemmende med sagsøgerens beretning om, hvorledes det omhandlede møde forløb, eftersom vidnet ikke omtaler de på hinanden følgende erklæringer fra visse virksomheder om prisforhøjelser på 5% eller 6%, eller med Nordkamps forklaring om, at sagsøgeren planlagde »en prisforhøjelse på 5% eller 6% for 1995« eller ikke principielt var modstander af forhøjelser samtidig med, at selskabet nægtede at oplyse, om det selv ville forhøje priserne for 1995, og i givet fald omfanget af denne forhøjelse.

91 Vidnet henviser til en erklæring om generel modstand efter kundgørelse af konkurrencebegrænsende forslag, der ikke som sådan nævnes af sagsøgeren, der hævder, at selskabet ved sine reaktioner på hvert af de tre omhandlede konkurrencebegrænsende initiativer viste sin afstandtagen fra den ulovlige samordning.

92 Det følger under alle omstændigheder af de ovenstående betragtninger, at sagsøgerens udtalelse, hvorefter vidneforklaringen fra »[...] van den Heuij, der selv deltog i VFIG-møderne den 14. oktober og 18. november 1994, godtgør, at selskabet på disse møder voldsomt modsatte sig forslaget om et forbudt kartel«, ikke kan godtages af Retten, for så vidt som den helt enkelt er urigtigt.

93 I denne henseende medgav sagsøgeren udtrykkeligt på Rettens spørgsmål herom under retsmødet, at van den Heuij ikke deltog i VFIG-mødet den 18. november 1994. Denne konstatering er afgørende for bedømmelsen af sagsøgerens ansvar.

94 Det skal bemærkes, at Kommissionen støtter sin konklusion, hvorefter sagsøgeren deltog i en aftale om at fastsætte prisforhøjelser og et moratorium, på sagsøgerens deltagelse i både VFIG-mødet den 14. oktober 1994 og det, der fandt sted den næstfølgende 18. november.

95 Sagsøgeren har ikke fremlagt noget konkret og objektivt bevis for, at selskabet klart tog afstand fra det åbenbart konkurrencebegrænsende indhold af mødet den 18. november 1994.

96 De eneste udtalelser fra sagsøgeren vedrørende troværdigheden af en sådan afstandtagen i lyset af selskabets position som en nyere og dynamisk aktør på det relevante marked er ikke egnede til at løfte den bevisbyrde, der påhviler sagsøgeren.

97 Således som Kommissionen med rette bemærker, ville det have været i sagsøgerens interesse, hvis gasleverandørerne overholdt de indgåede aftaler og antog, at sagsøgeren også efterlevede dem, selv om selskabet uden at have underrettet disse virksomheder anvendte priser, der var lidt lavere end de aftalte, for at øge sit dækningsbidrag og sin markedsandel. Det skal i denne henseende bemærkes, at det fremgår af fast retspraksis, at den omstændighed, at de berørte virksomheders adfærd på markedet ikke er i overensstemmelse med de aftalte »spilleregler«, ikke har nogen indflydelse på deres ansvar som deltagere i en konkurrencebegrænsende aftale (Rettens dom af 15.3.2000, forenede sager T-25/95, T-26/95, T-30/95 — T-32/95, T-34/95 — T-39/95, T-42/95 — T-46/95, T-48/95, T-50/95 — T-65/95, T-68/95 — T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 og T-104/95, Cimenteries CBR m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 491, præmis 1389).

98 Sagsøgeren anfører atter, at ikke er udelukket, at anførslen »WF er ikke informeret?? Har ikke accepteret??«, der fremgår af AGA's håndskrevne notater, som Kommissionen har lagt til grund i den anfægtede beslutning (betragtning 138 og 169), ikke blot vedrørte leje- og transportomkostninger, men alle de spørgsmål, der blev behandlet i forbindelse med drøftelserne om samordning.

99 De af Kommissionen fremlagte dokumentbeviser omfatter faktisk håndskrevne notater, der er fremlagt af AGA, som er affattet således:

»17.10.94

VFIG

Prisforhøjelse

Leje 0,25 Transport

WF er ikke informeret?? Har ikke accepteret??

Gaspris flasker + 6% + leje og transport.

Bulkkontrakter + 4,5%, indeksformel?

[...]

Moratorium: 1. december + 3-4 måneder.«

100 Bortset fra den omstændighed, at den omhandlede bemærkning vedrører det første punkt i notatet vedrørende leje- og transportomkostninger og ikke prisforhøjelsen for flaskegas, der er omfattet af et efterfølgende særskilt punkt, er det tilstrækkeligt at konstatere, at de håndskrevne notater udtrykkeligt er dateret den 17. oktober 1994, således blot nogle dage efter afholdelsen af VFIG-møde om samordning den 14. oktober 1994, som AGA deltog i. Således kan de håndskrevne notater og den bemærkning, som sagsøgeren henviser til, kun hidrøre fra det andet møde om samordning den 18. november 1994.

101 Det fremgår under disse omstændigheder, at sagsøgeren efter at have deltaget i et første møde, der havde åbenbart konkurrencebegrænsende karakter, hvor sagsøgeren tog afstand fra indholdet, lidt mere end en måned senere deltog i et andet møde om samordning, som det ikke er godtgjort, at sagsøgeren tog klart afstand fra.

102 Denne forsætlige deltagelse i et andet konkurrencebegrænsende møde, der fulgte umiddelbart efter den første ulovlige samordning, udsletter den oprindelige protest, såfremt den kan lægges til grund som bevist, der blev foretaget på mødet den 14. oktober 1994, og er tilstrækkelig til inden for rammerne af en samlet analyse af sagsøgerens adfærd for perioden fra den 14. oktober til den 18. november 1994 at

forkaste enhver påstand om klar afstandtagen for så vidt angår drøftelserne om samordning om fastsættelse af prisforhøjelser for flaskegas og fastsættelsen af et moratorium på to måneder.

103 Det skal i denne henseende bemærkes, at begrebet afstandtagen som middel til ansvarsfritagelse skal fortolkes indskrænkende. Hvis sagsøgeren faktisk havde villet lægge afstand til drøftelserne om samordning, kunne selskabet med lethed skriftligt have meddelt dets konkurrenter og sekretæren for VFIG efter mødet den 14. oktober 1994, at det ikke under nogen omstændigheder ønskede at blive betragtet som medlem af kartellet eller deltage i møder, afholdt af en fagorganisation, der virker som dække for ulovlig samordning (jf. i denne retning Rettens dom af 11.12.2003, sag T-61/99, Adriatica di Navigazione mod Kommissionen, Sml. II, s. 5349, præmis 138).

104 Det skal for fuldstændighedens skyld konstateres, at Kommissionen støtter sig på dokumentbeviser, der berettiger en konklusion, hvorefter sagsøgeren faktisk deltog i de ovennævnte aftaler. Det drejer sig om skriftlige notater i form af tabeller, der af Kommissionen er beskrevet som sådan i beslutningen.

105 Sagsøgeren gør på generel måde gældende, at disse notater har en så summarisk form, at de er uden nogen bevisværdi. Ud over at rejse visse bestemte klagepunkter, der vedrører det ene eller andet dokument, anfører sagsøgeren, at de håndskrevne notater under ingen omstændigheder kan betragtes som et fuldt referat af de omhandlede møder.

106 Det skal i denne henseende bemærkes, at da forbuddet mod at deltage i konkurrencebegrænsende praksis og aftaler såvel som de sanktioner, der kan ifaldes ved at overtræde dette forbud, er almindeligt kendt, er det hyppigt forekommende,

at de aktiviteter, som en sådan praksis og sådanne aftaler indebærer, gennemføres hemmeligt, at møderne afholdes hemmeligt — som oftest i et tredjeland — og at dokumenterne herom begrænses til et minimum. Selv i tilfælde, hvor Kommissionen opdager dokumenter, der udtrykkeligt viser en ulovlig kontakt mellem erhvervsdrivende, som f.eks. referater fra et møde, er disse normalt kun brudstykkeagtige og spredte, hvorfor det ofte viser sig nødvendigt at rekonstruere visse enkeltheder ved hjælp af følgeslutninger (dommen i sagen Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 76 ovenfor, præmis 55 og 56).

107 I de fleste tilfælde må den omstændighed, at der foreligger en konkurrencebegrænsende praksis eller aftale, udledes ved en slutning ud fra et vist antal sammenfaldende omstændigheder og indicier, der, når de betragtes samlet, og i mangel af en anden logisk forklaring kan udgøre beviset for en tilsidesættelse af konkurrencereglerne (dommen i sagen Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 76 ovenfor, præmis 57).

108 Det er i denne sag ubestridt, at drøftelserne om samordning fandt sted i tilslutning til VFIG-møderne den 14. oktober og 18. november 1994, og at de hverken kunne være, eller var, genstand for udtømmende officielle referater. Det kan således ikke komme på tale at afvise de håndskrevne notater, som Kommissionen påberåber sig, blot fordi de er summariske.

109 I øvrigt kan sagsøgerens klagepunkter om, at de to tabeller ikke kan forbindes til det ene eller det andet VFIG-møde og deres manglende indbyrdes overensstemmelse, ikke bekræftes af en faktisk gennemgang af de omhandlede dokumenter.

110 For det første er tabel nr. 1, der er fremlagt af AGA, dateret den 21. november 1994 og indeholder forkortelserne for syv virksomheder, herunder AGA, der faktisk deltog i VFIG-mødet den 18. november 1994 (betragtning 140 til den anfægtede

beslutning). Tabel nr. 2 blev beslaglagt i lokalerne tilhørende virksomheden Air Products, der erklærede, at tabellen kunne vedrøre ovennævnte møde (betragtning 141 til den anfægtede beslutning). I øvrigt indeholder tabel nr. 2 samme liste over virksomheder som tabel nr. 1 samt tilsvarende angivelser vedrørende prisforhøjelser på flaskegas og forhøjelser af prisen på transport og leje.

111 Det skal atter bemærkes, at VFIG-mødet den 18. november 1994 er det andet og sidste møde med konkurrencebegrænsende formål, som sagsøgeren deltog i sammen med de store aktører, og at drøftelserne om samordning derefter blev ført i andet regi.

112 For det andet indeholder tabel nr. 1 følgende bemærkning: »WF 5-6% på alle varer 1/1-95«, mens der i tabel nr. 2 i kolonnen under overskriften »Vare« er anført »WF 6%«. Som Kommissionen med rette har bemærket, er disse tal, om end de ikke er helt sammenfaldende, dog klart forenelige og viser, at sagsøgeren deltog i en prisforhøjelse fastsat for januar 1995 i størrelsesordenen 5-6%.

113 I øvrigt indeholder tabel nr. 1 øverst på siden bemærkningen »Moratorium: 1.12.-31.1.95«, hvilket kun kan betyde, at det vedrører alle de virksomheder, der henvises til i tabellen. Tabel nr. 2 indeholder bemærkningen »W/F [...] 2 ms«, der efter al sandsynlighed er et udtryk for moratoriet på to måneder, som de i kartellet indblandede virksomheder havde aftalt. Det skal for fuldstændighedens skyld bemærkes, at spørgsmålet om moratoriet allerede var blevet drøftet på mødet den 14. oktober 1994, hvilket klart fremgår af AGA's håndskrevne notater, der er nævnt i præmis 99 ovenfor.

114 Det er i øvrigt af særlig betydning, at der i modsætning til, hvad angår sagsøgeren, ikke i disse tabeller er nogen henvisning til Hydrogas, der er den mindre aktør, der er nævnt i van den Heuijs erklæring, og hvis deltagelse i VFIG-møderne den 14. oktober og 18. november 1994 er ubestridt.

115 Det følger af de ovenstående betragtninger, at sagsøgeren ikke har bevist den hævdede klare afstandtagen, og at Kommissionen på tilstrækkelig måde har godtgjort, at sagsøgeren deltog i aftaler om at fastsætte prisforhøjelser fra oktober 1994 til december 1995 og fastsættelsen af et moratorium fra oktober 1994 til januar 1995.

— Fastsættelse af mindstepriser for aftagerne af mindre mængder flaskegas

116 Det skal indledningsvis bemærkes, at det følger af den anfægtede beslutning (betragtning 352), at Kommissionen har lagt til grund, at de forskellige i kartellet involverede virksomheders adfærd udgjorde en enkelt, vedvarende overtrædelse, der løbende manifesteredes i aftaler og/eller samordnet praksis.

117 Således fastslås det i den anfægtede beslutnings artikel 1, at de nævnte virksomheder, herunder sagsøgeren, »har overtrådt artikel 81, stk. 1, EF ved at have deltaget i en vedvarende aftale og/eller samordnet praksis inden for sektoren for industrielle og medicinske gasser i Nederlandene«.

118 Hvad nærmere angår sagsøgeren var det Kommissionens opfattelse, at selskabet havde deltaget i denne overtrædelse gennem dets konkret konkurrencebegrænsende adfærd, der bl.a. omfattede fastsættelse af mindstepriser for aftagerne af mindre mængder flaskegas. Sagsøgerens ansvar i denne henseende er støttet på selskabets deltagelse i det ene møde den 14. oktober 1994, idet berigtigelsen af beslutningen foretaget den 9. april 2003 tages i betragtning.

119 Efter at have anført i meddelelsen af klagepunkter, at »det stadig ikke står klart, hvorvidt der blev indgået en aftale om mindstepriser i 1994«, har Kommissionen i betragtning 205 til den anfægtede beslutning anført, at der på VFIG-møderne i marts og oktober 1994 blev drøftet prislister og mindstepriser på flaskegasser over for mindre kunder »med henblik på en aftale« mellem i hvert fald sagsøgeren, Messer, Air Liquide, Hoek Loos og Air Products. Det er endvidere anført i betragtning 341 til den anfægtede beslutning, at »Hoek Loos, AGA, Air Products, Air Liquide og Messer« også aftalte mindstepriser på flaskegasser for små kunder for »1995, 1996 og 1997«.

120 Det følger af ovenstående betragtninger, at Kommissionen hævder, at sagsøgeren deltog i en samordnet praksis vedrørende fastsættelse af mindstepriser for aftagere af mindre mængder flaskegas.

121 Det skal på dette trin bemærkes, at begrebet »samordnet praksis« består i 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 14.7.1972, sag 48/69, ICI mod Kommissionen, Sml. 1972, s. 151, org.ref.: Rec. s. 619, præmis 64). De pågældende kriterier om koordination og samarbejde, som langt fra stiller krav om udarbejdelse af en egentlig »plan«, skal forstås ud fra den grundtanke, der ligger bag traktatens konkurrencebestemmelser, 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 forventede 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 (Domstolens dom af 16.12.1975, forenede sager 40/73-48/73, 50/73, 54/73-56/73, 111/73, 113/73 og

114/73, Suiker Unie m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 1663, præmis 173 og 174, og Rettens dom af 20.4.1999, forenede sager T-305/94 — T-307/94, T-313/94 — T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 og T-335/94, Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 931, præmis 720).

122 På samme måde bestrider sagsøgeren det ansvar for konkurrencebegrænsende adfærd, Kommissionen hævder, at selskabet har, idet selskabet hævder at have lagt klar afstand til drøftelserne om samordning vedrørende fastsættelse af mindstepriser for aftagere af mindre mængder flaskegas.

123 Det fremgår i denne henseende både af sagsøgerens skriftlige indlæg og af erklæringen fra Nordkamp, der var selskabets repræsentant på VFIG-møderne, at Nordkamp ikke udtalte sig om spørgsmålet om fastsættelse af mindstepriser for aftagere af mindre mængder flaskegas, da dette blev drøftet under mødet den 14. oktober 1994.

124 Den omstændighed, at en aktør forholder sig tavs under et møde, hvorunder en ulovlig samordning vedrørende spørgsmålet om prispolitik drøftes, kan ikke sidestilles med en klar og tydelig afstandtagen. Det fremgår derimod af retspraksis, at den stiltiende godkendelse af et ulovligt initiativ, uden offentligt at tage afstand fra dets indhold eller gøre myndighederne opmærksom på det, virker som en tilskyndelse til at fortsætte overtrædelsen og hindrer, at den bliver opdaget. Denne medvirken udgør en form for passiv deltagelse i overtrædelsen, som derfor kan gøre virksomheden ansvarlig (jf. i denne retning dommen i sagen Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 76 ovenfor, præmis 84).

125 Van den Heuijs upræcise erindring, genfortalt i en erklæring, der blev begæret og nedskrevet kort før dette søgsmåls anlæggelse, og som ikke nøjagtigt stemmer overens med sagsøgerens egne erklæringer, kan ikke svække ovennævnte konklusion. Det kunne højst udledes af erklæringen fra van den Heuij, at de mindre aktører,

herunder sagsøgeren, protesterede, da andre virksomheders ulovlige forslag blev fremlagt, inden de nærmere drøftelser af hvert af disse forslag begyndte, og hver virksomhed gav sin mening til kende, hvilket sagsøgeren gjorde under de særlige omstændigheder, der er beskrevet nærmere i præmis 123 ovenfor, for så vidt angår fastsættelsen af mindstepriser for aftagere af mindre mængder flaskegas.

126 Sagsøgerens adfærd i denne henseende kan ikke opfattes som udtryk for en tydelig protest, der kan udgøre klar afstandtagen, som krævet og fortolket, indskrænkende, i retspraksis.

127 Det skal endvidere bemærkes, at Kommissionen i beslutningen har anført, at prislisten for mindre aftagere af flaskegas ifølge AGA's forklaringer, der er blevet bekræftet af de håndskrevne notater, der blev beslaglagt hos AGA, blev fremlagt af Hoek Loos i tilknytning til VFIG-mødet i oktober 1994. Endvidere og navnlig blev der hos sagsøgeren i et dossier med betegnelsen »VFIG 1995« fundet et dokument, dateret oktober 1994, med titlen »prisliste for små flaskegaskunder«, der faktisk indeholdt en udskrevet liste med mindstepriser. Samme dokument blev fundet i lokaler tilhørende Messer og Air Liquide (betragtning 207 og 208 til den anfægtede beslutning).

128 Sagsøgeren har blot bemærket, at mens det er muligt, at dette dokument blev overrakt selskabet på mødet den 14. oktober 1994, beviser selskabets besiddelse heraf ikke, at det deltog i hverken en aftale om mindstepriser eller i en drøftelse af dette spørgsmål.

129 Det forholder sig ikke desto mindre således, at sagsøgeren faktisk deltog i mødet den 14. oktober 1994 og, som Kommissionen med rette har bemærket, det er ikke overraskende, at der til forskel fra prisforhøjelsen og fastsættelsen af moratoriet ikke blev foretaget nogen individuelle bemærkninger vedrørende sagsøgeren eller nogen anden virksomhed, eftersom der var tale om en prisliste, der blev omdelt under dette møde. Den omstændighed, at sagsøgeren beholdt et sådant dokument, stemmer vanskeligt overens med udtalelsen om en klar afstandtagen og den vedtagelse af en selvstændig forretningspolitik på det relevante marked, som er en forudsætning for en sådan afstandtagen, som det i henhold til restpraksis kræves i forhold til enhver erhvervsdrivende (jf. dommen i sagen Kommissionen mod Anic Partecipazioni, nævnt i præmis 58 ovenfor, præmis 116, og den deri nævnte retspraksis).

130 På samme måde er sagsøgerens deltagelse i det andet møde om samordning den 18. november 1994 uden at kunne udgøre en direkte tilbagevisning af den af sagsøgeren hævdede klare afstandtagen, således som det var tilfældet for de to første af Kommissionen anførte overtrædelser, et udtryk for selskabets konkurrencebegrænsende mentalitet og modsiger retrospektivt påstanden om klar afstandtagen fra drøftelserne om samordning på mødet den 14. oktober 1994.

131 Imidlertid er den blotte konstatering af, at der ikke foreligger bevis for sagsøgerens klare afstandtagen, ikke tilstrækkeligt til at fastslå sagsøgerens ansvar.

132 I dommen i appelsagen Kommissionen mod Anic Partecipazioni, nævnt i præmis 58 ovenfor, har Domstolen fastslået, at som det fremgår af selve ordlyden af artikel 81, stk. 1, EF, forudsætter begrebet samordnet praksis både samordning mellem virksomhederne og en adfærd på markedet, der ligger i forlængelse af denne samordning, og årsagsforbindelse mellem samordningen og adfærden (præmis 118). Domstolen har ligeledes fastslået, at det må antages — med forbehold for det modbevis, som det påhviler 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, nævnt i præmis 58 ovenfor, præmis 121).

133 I det foreliggende tilfælde bør det i mangel af det bevis for det modsatte, som det påhviler sagsøgeren at føre, lægges til grund, at selskabet, der forblev aktivt på det relevante marked efter mødet den 14. oktober 1994, tog den ulovlige samordnede praksis, hvori det deltog på nævnte møde, i betragtning ved afgørelsen af selskabets adfærd på det nævnte marked (dommen i sagen Kommissionen mod Anic Partecipazioni, nævnt i præmis 58 ovenfor, præmis 119 og 121).

134 Det følger af de ovenstående betragtninger, at Kommissionen på tilstrækkelig måde har godtgjort, at sagsøgeren deltog i en samordnet praksis vedrørende fastsættelse af mindstepriser for aftagerne af mindre mængder flaskegas.

Overtrædelsens varighed

135 Det skal indledningsvis bemærkes, at Kommissionens endelige bedømmelse af varigheden af den overtrædelse, der henregnes til sagsøgeren, er fastsat i beslutningens artikel 1, som berigtiget ved beslutning af 9. april 2003, hvorefter overtrædelsen begyndte i oktober 1994 for at ophøre i december 1995.

136 Henset til berigtigelsen af beslutningen, tjener sagsøgerens klagepunkt om den urigtige fastsættelse af overtrædelsesperiodens begyndelsestidspunkt, der er nævnt i beslutningens artikel 1, ikke længere noget formål.

137 Sagsøgeren bemærkede under retsmødet, at det er urigtigt, når beslutningens artikel 1 nævner december måned 1995 som overtrædelsens ophørstidspunkt, for så vidt som sagsøgeren efter VFIG-mødet den 18. november 1994 ikke deltog i noget yderligere møde om samordning.

138 For så vidt som dette nye klagepunkt ikke bør afvises, kan det ikke godtages af Retten. Det skal i denne henseende bemærkes, at Kommissionen på tilstrækkelig måde har godtgjort, at sagsøgeren bl.a. har deltaget i en aftale, der havde et klart konkurrencebegrænsende formål, nemlig fastsættelsen af prisforhøjelser for året 1995. Ved beregningen af varigheden af en overtrædelse, som har til formål at begrænse konkurrencen, skal det blot fastslås, hvor længe aftalen har eksisteret, dvs. hvilket tidsrum der er forløbet fra aftalens indgåelse til dens ophør (Rettens dom af 27.7.2005, forenede sager T-49/02 — T-51/02, Brasserie nationale mod Kommissionen, Sml. II, s. 3033, præmis 185).

139 Sagsøgeren har ikke godtgjort på tilstrækkelig måde, at selskabet bragte sin deltagelse i kartellet til ophør tidligere, dvs. forud for december måned 1995, ved at udøve loyal og uafhængig konkurrence på det relevante marked. I øvrigt skal det bemærkes, at sagsøgeren ikke har trukket sig ud af kartellet for at anmelde dette til Kommissionen (Rettens dom af 29.11.2005, sag T-62/02, Union Pigments mod Kommissionen, Sml. II, s. 5057, præmis 42).

Tilsidesættelsen af ligebehandlingsprincippet

140 Sagsøgeren gør gældende, at Kommissionen ved sin bedømmelse af de mindre aktørers deltagelse har tilsidesat ligebehandlingsprincippet, idet den har lagt til grund, at kun sagsøgeren har overtrådt forbuddet mod kartelvirksomhed, men ikke NTG og Hydrogas, der imidlertid deltog i flere møder, hvorunder de ulovlige aftaler blev drøftet.

141 Det er i denne henseende tilstrækkeligt at bemærke, at en virksomhed, når den har handlet i strid med artikel 81, stk. 1, EF, ikke kan undgå enhver sanktion med den begrundelse, at en anden erhvervsdrivende ikke er blevet pålagt nogen bøde, såfremt denne erhvervsdrivende overhovedet ikke er inddraget i sagen for Fællesskabets retsinstanser (Domstolens dom af 31.3.1993, forenede sager C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 og C-125/85 — C-129/85, Ahlström Osakeyhtiö m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 1307, præmis 197, og Rettens dom af 14.7.1994, sag T-77/92, Parker Pen mod Kommissionen, Sml. II, s. 549, præmis 86).

142 Følgelig bør sagsøgerens argumentation, hvorefter andre virksomheder, der hævdes at være i en lignende situation, ikke blev pålagt en bøde, forkastes.

Påstanden om nedsættelse af bødens størrelse

Parternes argumenter

143 Sagsøgeren anfører for det første, at overtrædelsens korte varighed burde medføre en nedsættelse af bødens størrelse.

144 Under retsmødet anførte sagsøgeren, at den som følge af berigtigelsesbeslutningen af 9. april 2003 foretagne nedsættelse med 20 000 EUR hverken var begrundet eller tilstrækkelig.

145 Sagsøgeren gør for det andet gældende, at Kommissionen tilsidesatte proportionalitetsprincippet og ligebehandlingsprincippet ved fastsættelsen af den bøde, som selskabet blev pålagt.

146 I denne henseende opregner sagsøgeren de forskelle, der adskiller selskabet fra de øvrige aktører, der er adressater for beslutningen, nemlig selskabets dynamiske adfærd på markedet, hvilket er blevet anerkendt af Kommissionen og en anden aktør, selskabets forsinkede medlemskab af VFIG, i juli 1994, der forklarer, hvorfor det ikke deltog i de af denne organisations tretten møder, der fandt sted mellem 1989 og september 1994, selskabets erklærede modstand mod konkurrencebegrænsende aftaler under møderne den 14. oktober og den 18. november 1994, selskabets manglende deltagelse i de møder om samordning, der fandt sted mellem de store aktører på markedet efter november 1994 i Breda og Barendrecht, en lille markedsandel på 1,5%, mens de øvrige aktører var i hvert fald dobbelt så store som sagsøgeren, den korte periode for sagsøgerens deltagelse i den ulovlige adfærd og den omstændighed, at selskabet ikke deltog i aftalerne om andre kontraktvilkår end priserne.

147 I lyset af disse forskelle og henset til størrelsen af sagsøgerens omsætning i industrigassektoren blev selskabet ramt af en hårdere sanktion end de øvrige af beslutningen omfattede virksomheder.

148 Sagsøgeren bemærker, at selv om bøderne er fastsat i forhold til den samlede omsætning for virksomhederne i industrigassektoren i Nederlandene i 1996, er det endelige resultat uforholdsmæssigt. Således udgør den bøde, som sagsøgeren blev pålagt, 13,6% af selskabets omsætning mod blot 2,2% for Hoek Loos og 7,5% for AGA. Hvis bøderne faktisk var fastsat i forhold til omsætningen for 1996 på markedet for industrigasser i Nederlandene, fremgår det i øvrigt, at den bøde, som sagsøgeren blev pålagt, svarer til dem, der er pålagt de øvrige virksomheder, selv om sagsøgerens deltagelse i kartellet ikke på nogen måde kan sammenlignes med de øvrige virksomheders. Sagsøgeren bemærker atter, at den bøde, som AGA blev pålagt, er ca. ni gange større end den, sagsøgeren blev pålagt, mens AGA's markedsandel (27,4%) er 18 gange større end sagsøgerens (1,5%).

149 Disse tal viser ifølge sagsøgeren, at de aktører, der spillede den største rolle i kartellet og havde den største evne til at skade konkurrencen på det relevante marked, alt taget i betragtning, blev pålagt de laveste bøder. Sagsøgeren, hvis rolle, om overhovedet nogen, var yderst begrænset, og som havde en meget ringe markedsandel, blev straffet hårdere end kartellets ledere.

150 Kommissionen gør gældende, efter at have bemærket, at den råder over en skønsbeføjelse ved fastsættelsen af størrelsen på bøder i sager vedrørende karteller, at størrelsen på den bøde, som sagsøgeren blev pålagt, er helt passende, og bestrider enhver tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet.

Rettens bemærkninger

151 Det skal indledningsvis bemærkes, at Kommissionen ved fastsættelsen af de enkelte bøder har et vist skøn og ikke er forpligtet til at anvende en bestemt matematisk formel (Domstolens dom af 16.11.2000, sag C-283/98 P, Mo och Domsjö mod Kommissionen, Sml. I, s. 9855, præmis 47, Rettens dom af 6.4.1995, sag T-150/89, Martinelli mod Kommissionen, Sml. II, s. 1165, præmis 59, og af 14.5.1998, sag T-352/94, Mo och Domsjö mod Kommissionen, Sml. II, s. 1989, præmis 268). Dens vurdering skal imidlertid udøves under overholdelse af fællesskabsretten, som ikke alene udgøres af traktatens bestemmelser, men også omfatter almindelige retsprincipper (jf. i denne retning Domstolens dom af 25.7.2002, sag C-50/00 P, Unión de Pequeños Agricultores mod Rådet, Sml. I, s. 6677, præmis 38).

152 I denne henseende bemærkes, at ligebehandlingsprincippet ifølge fast retspraksis kun er tilsidesat, såfremt ensartede situationer behandles forskelligt, eller forskellige situationer behandles ens, medmindre en sådan behandling er objektivt begrundet (Domstolens dom af 13.12.1984, sag 106/83, Sermide, Sml. s. 4209, præmis 28, og af 28.6.1990, C-174/89, Hoche, Sml. I, s. 2681, præmis 25, samt Rettens dom af

14.5.1998, sag T-311/94, BPB de Eendracht mod Kommissionen, Sml. II, s. 1129, præmis 309).

153 Det skal ligeledes fremhæves, at vurderingen af, om den pålagte bøde står i forhold til kriterierne i artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 vedrørende overtrædelsens grovhed og varighed, er omfattet af den fulde prøvelsesret, som er tillagt Retten i medfør af samme forordnings artikel 17.

154 I det foreliggende tilfælde er det ubestridt, at Kommissionen har fastsat den bøde, der er pålagt sagsøgeren, i overensstemmelse med den almindelige metode, som den har underlagt sig selv i sine retningslinjer.

155 Det anføres i retningslinjernes punkt 1, første afsnit, at grundbeløbet for bødeberegningen fastsættes på grundlag af overtrædelsens grovhed og varighed, som er de eneste kriterier, der er anført i artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17. Som generel bemærkning præciserer Kommissionen i retningslinjernes punkt 5, litra a), ligeledes, at »slutresultatet af beregningen af bøden efter denne model (grundbeløb med procentuelle tillæg eller fradrag i tilfælde af skærpende henholdsvis formildende omstændigheder) under ingen omstændigheder må overskride 10% af en virksomheds verdensomspændende omsætning, jf. artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17«. Retningslinjerne holder sig derfor inden for den retlige ramme for sanktioner, der er fastlagt i sidstnævnte bestemmelse (dommen i sagen Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 75 ovenfor, præmis 250 og 252).

Overtrædelsens varighed

156 For så vidt angår faktoren vedrørende overtrædelsens varighed foretages der i retningslinjerne en sondring mellem overtrædelser af kort varighed (almindeligvis under et år), for hvilke det for grovheden fastlagte grundbeløb ikke skal forhøjes, overtrædelser af mellemlang varighed (almindeligvis mellem et og fem år), for hvilke grundbeløbet kan forhøjes med 50%, og overtrædelser af lang varighed (almindeligvis over fem år), for hvilke det kan forhøjes med 10% for hvert år (punkt 1 B, første afsnit, første til tredje led).

157 Selv om en forhøjelse på op til 50% er hjemlet for overtrædelser af mellemlang varighed, er der i retningslinjernes punkt 1 B ikke fastsat en automatisk forhøjelse med en bestemt procentsats pr. år, men der overlades Kommissionen et skøn i så henseende (Rettens dom af 9.7.2003, sag T-220/00, Cheil Jedang mod Kommissionen, Sml. II, s. 2473, præmis 134).

158 Således som det er anført ovenfor, lagde Kommissionen oprindeligt med urette til grund, at varigheden af den af sagsøgeren begåede overtrædelse forløb fra marts 1994 til december 1995, hvilket begrundede, at den kvalificeredes som værende af mellemlang varighed (betragtning 434 til den anfægtede beslutning).

159 Ændringen af den anfægtede beslutning den 9. april 2003 tillod, at beslutningens artikel 1 berigtigedes for så vidt angår varigheden af den overtrædelse, der henregnes til sagsøgeren. Kommissionen forklarer klart i berigtigelsesbeslutningen, at bødens udgangspunkt på 0,45 mio. EUR oprindeligt blev forhøjet med 15% på grund af varigheden, hvilken forhøjelse blev nedsat til 10%, som følge af, at overtrædelsens begyndelsestidspunkt blev fastlagt til oktober 1994.

160 Da den af sagsøgeren begåede overtrædelses varighed herefter med rette omfatter perioden fra oktober 1994 til december 1995, dvs. lidt mere end et år, forblev kvalificeringen af overtrædelsen som værende af mellemlang varighed stadig passende, og det var således med rette, at Kommissionen i henhold til retningslinjerne forhøjede bøden med 10%. Sagsøgeren har ikke fremlagt noget bevis for, at Kommissionen har foretaget et urigtigt skøn, og at forhøjelsen burde have været mindre end 10%.

161 Det følger heraf, at klagepunktet, hvorefter den af Kommissionen i berigtigelsesbeslutningen foretagne nedsættelse af bøden var ubegrundet og utilstrækkelig, bør forkastes.

Den påståede diskriminerende og/eller uforholdsmæssige karakter af den bøde, som sagsøgeren er blevet pålagt

162 Det bemærkes, at Kommissionen med henblik på fastsættelsen af bødernes grundbeløb, som bestemmes under hensyn til overtrædelsens grovhed, fandt, at den nævnte overtrædelse — på trods af den omstændighed, at de berørte virksomheder havde deltaget i et priskartel — kun var en alvorlig overtrædelse, idet man tog hensyn til, at markedet var af begrænset geografisk rækkevidde, og at den pågældende sektor var af middelstor økonomisk betydning (betragtning 423 og 428 til den anfægtede beslutning).

163 For at tage hensyn til de enkelte virksomheders ulovlige adfærds særlige vægt og dermed deres ulovlige adfærds faktiske indvirkning på konkurrencen har Kommissionen opdelt de pågældende virksomheder i fire kategorier alt efter deres relative betydning på det relevante marked. Som grundlag for måling af en virksomheds relative betydning på det relevante marked fandt Kommissionen det hensigtsmæssigt at anvende omsætningen i 1996 på dette marked (betragtning 429-432 til beslutningen).

164 Følgelig blev Hoek Loos og AGA anset for at være de to største virksomheder på det relevante marked og blev derfor placeret i første kategori. Air Products og Air Liquide, der var mellemstore virksomheder på dette marked, udgjorde anden kategori. Messer og BOC, der var »betydeligt mindre« på det pågældende marked, blev placeret i tredje kategori. Sagsøgeren, der kun havde en yderst beskeden andel af dette marked, blev placeret i fjerde kategori (betragtning 431 til beslutningen).

165 Under disse omstændigheder fastsatte Kommissionen et enslydende grundbeløb for Hoek Loos og AGA Gas på 10 mio. EUR, hvorimod det for Air Products og Air Liquides vedkommende blev fastsat til 2,6 mio. EUR, for Messer og BOC blev det fastsat til 1,2 mio. EUR og for sagsøgeren til 0,45 mio. EUR.

166 For så vidt angår overtrædelsens varighed fandt Kommissionen, at den var mellemlang (fra et til fire år) for de enkelte involverede virksomheder, eftersom Hoek Loos, AGA Gas, Air Products, Air Liquide og Messer havde tilsidesat artikel 81, stk. 1, EF fra september 1993 til december 1997, BOC fra juni 1994 til december 1995 og sagsøgeren fra oktober 1994 til december 1995 efter berigtigelsen af beslutningen den 9. april 2003. Først forhøjet med 15%, blev det grundbeløb, som var fastsat over for sagsøgeren, som følge af varigheden endeligt forhøjet med 10% i henhold til niende betragtning til beslutningen af 9. april 2003.

167 Bødens grundbeløb, som er fastsat ud fra overtrædelsens grovhed og varighed, blev derfor for såvel Hoek Loos' som virksomheden AGA Gas' vedkommende fastsat til 14 mio. EUR, Air Products og Air Liquide fik en bøde på 3,64 mio. EUR, Messers bøde blev fastsat til 1,68 mio. EUR, BOCs bøde blev fastsat til 1,38 mio. EUR og sagsøgerens bøde til 0,51 mio. EUR, dog 0,49 mio. EUR efter berigtigelsen.

168 Kommissionen har lagt til grund, at sagsøgeren udelukkende spillede en passiv rolle ved overtrædelserne og ikke deltog i alle overtrædelsens forskellige aspekter, samt at disse formildende omstændigheder berettiger, at grundbeløbet for den pålagte bøde nedsættes med 15%, idet bøden blev fastsat til 0,43 mio. EUR (betragtning 442 til den anfægtede beslutning) og efterfølgende til 0,41 mio. EUR som følge af berigtigelsesbeslutningen af 9. april 2003.

169 Sagsøgeren var derimod ikke omfattet af nogen nedsættelse i henhold til samarbejdsmeddelelsen.

170 Det følger af de ovenstående betragtninger, at Kommissionen fuldt ud har taget de nærmere omstændigheder ved sagsøgerens situation, der adskiller selskabet fra beslutningens øvrige adressater, i betragtning for så vidt angår overtrædelsens varighed, sagsøgerens passive rolle og selskabets ringe markedsandel, hvilket forklarer, hvorfor sagsøgeren af Kommissionen blev pålagt den mindste bøde i beslutningen.

171 Påstanden om, at sagsøgeren befandt sig i en situation, der var forskellig fra den, de øvrige i kartellet deltagende virksomheder befandt sig i, henset til den hævdede erklærede modstand mod de konkurrencebegrænsende aftaler, og at det havde en dynamisk adfærd på det relevante marked, vedrører ikke fastlæggelsen af bødens størrelse, men spørgsmålet om, hvorvidt der foreligger en overtrædelse.

172 Sagsøgeren gør imidlertid gældende, at størrelsen på den endeligt pålagte bøde ikke står i forhold til selskabets ringe markedsandel og dets omsætning både samlet og på det relevante marked, og at det således er blevet pålagt en hårdere sanktion end større virksomheder, der spillede en ledende rolle i kartellet.

173 Det skal indledningsvis bemærkes, at Kommissionen, når den udmåler bøderne under hensyn til den pågældende overtrædelses grovhed og varighed, i en situation, hvor flere virksomheder, der har deltaget i den samme overtrædelse, pålægges bøder, ikke er forpligtet til at sikre, at de endelige bødebeløb, som dens beregninger resulterer i for de berørte virksomheder, afspejler alle forskelle mellem disse i henseende til deres samlede omsætning eller deres relevante omsætning (dommen i sagen Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommissionen, nævnt i præmis 75 ovenfor, præmis 312).

174 Der skal herefter præciseres, at artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 heller ikke kræver, såfremt flere virksomheder, der er impliceret i samme overtrædelse, pålægges bøder, at det bødebeløb, der pålægges en lille eller mellemstor virksomhed, ikke må være større — udtrykt som en procentsats af omsætningen — end de bødebeløb, der pålægges større virksomheder. Det fremgår nemlig af denne bestemmelse, at der såvel for små eller mellemstore virksomheder som for større virksomheder ved bødeudmålingen skal tages hensyn til overtrædelsens grovhed og varighed. I det omfang Kommissionen pålægger virksomheder, der er impliceret i samme overtrædelse, bøder, som for hver af dem er berettiget i forhold til overtrædelsens grovhed og varighed, kan det ikke bebrejdes den, at bødebeløbet for nogle af dem er større, set i forhold til omsætningen, end for andre virksomheder (Rettens dom af 20.3.2002, sag T-21/99, Dansk Rørindustri mod Kommissionen, Sml. II, s. 1681, præmis 203).

175 Det skal i denne henseende bemærkes, at den endelige bøde i det foreliggende tilfælde blot er resultatet af en række talmæssige vurderinger, som Kommissionen har udført i henhold til retningslinjerne og i givet fald i henhold til samarbejdsmeddelelsen.

176 Kommissionens bedømmelse af overtrædelsens varighed, skærpende eller formildende omstændigheder og graden af samarbejde udvist af en i et kartel involveret virksomhed er forbundet med den pågældende virksomheds enkelte adfærd og ikke dennes markedsandel eller omsætning.

177 Under disse omstændigheder udgør den endelige bøde ikke som udgangspunkt et forhold, som er egnet til at bestemme, om bøden eventuelt står i misforhold til karteldeltagernes betydning.

178 Bødens grundbeløb udgør i det foreliggende tilfælde derimod et forhold, som er relevant med henblik på at vurdere, om bøden er uforholdsmæssig i forhold til karteldeltagernes betydning.

179 I beslutningen fastsatte Kommissionen under hensyn til overtrædelsens grovhed bødens grundbeløb til 0,45 mio. EUR for sagsøgeren.

180 Kommissionen har, som det er blevet anført, for at tage hensyn til de enkelte virksomheders ulovlige adfærds særlige vægt og dermed deres ulovlige adfærds faktiske indvirkning på konkurrencen i beslutningen opdelt de pågældende virksomheder i fire kategorier netop efter deres relative betydning på det relevante marked. Sagsøgeren blev placeret i den sidste kategori.

181 Kommissionen har i den forbindelse henvist til tallene i tredje kolonne i tabel 1, som er opstillet i betragtning 75 til beslutningen:

Virksomhed	Samlet omsætning i 2001 for de virksomheder, beslutningen er rettet til (EUR)	Omsætning af flaskegasser og flydende gasser i Nederlandene (EUR) og skøn over markedsandelene i 1996
Hoek Loos [NV]	470 648 000	71 400 000 (39,7%)
AGA Gas BV [1]	55 479 000 [2]	49 200 000 (27,4%)
[Air Products]	110 044 000	18 600 000 (10,4%)
Air Liquide BV	60 720 000	12 900 000 (7,2%)
[Messer]	11 275 000	8 200 000 (4,4%)
[BOC]	6 690 905 000	6 800 000 (3,8%)
[Westfalen]	5 455 000	2 600 000 (1,5%)

[1] Da AGA Gas BV blev opløst i 2000-2001, har AGA AB påtaget sig ansvaret for sit datterselskabs handlinger, og denne beslutning er derfor rettet til AGA AB.

[2] 2000 er det sidste hele regnskabsår, for hvilket der foreligger omsætningstal for AGA Gas BV.

182 Det er tilstrækkeligt at konstatere, at sagsøgeren i referenceåret havde den laveste omsætning på det relevante marked og den laveste markedsandel af alle de virksomheder, der var adressater for beslutningen, hvilket forklarer sagsøgerens placering i den sidste kategori og den omstændighed, at bødens grundbeløb er det laveste, som Kommissionen fastsatte for de nævnte virksomheder. Det for sagsøgeren fastsatte grundbeløb for bøden er således objektivt set forskelligt fra de beløb, der er fastsat for de andre virksomheder.

183 I øvrigt udviser forholdet mellem omsætningen på det marked, som er berørt af de virksomheder, der er omfattet af beslutningens tabel 1, og bødernes grundbeløb, der er fastsat af Kommissionen for hver virksomhed, endvidere ingen uforholdsmæssig behandling af sagsøgeren, eftersom grundbeløbet udgør 17,3% af sagsøgerens omsætning på det pågældende marked, hvorimod det for Hoek Loos udgør 14%, for AGA Gas udgør 20,3%, for Air Products 13,98%, for Air Liquide 20,2%, for Messer 14,6% og for BOC 17,6%.

184 Sagsøgeren har i stævningen bemærket, at selv om bøderne blev fastsat i forhold til omsætningen for 1996 på markedet for industrielle gasser i Nederlandene, svarer den bøde, som sagsøgeren blev pålagt, til de bøder, der er pålagt de øvrige virksomheder, selv om sagsøgerens deltagelse i kartellet ikke på nogen måde kan sammenlignes med de øvrige virksomheders. Det er i denne henseende tilstrækkeligt at bemærke, at den mindre væsentlige rolle, som sagsøgeren spillede i forhold til de andre virksomheder, blev taget i betragtning af Kommissionen som formildende omstændighed med henblik på at nedsætte størrelsen på den bøde, som sagsøgeren blev pålagt.

185 Det fremgår herefter således, at sagsøgeren ikke med rette kan konkludere, at den pålagte bøde er uforholdsmæssig, eftersom sagsøgerens bødes grundbeløb er begrundet ud fra de kriterier, som Kommissionen har anvendt til brug for vurderingen af hver enkelt virksomheds vægt på det relevante marked (jf. i denne retning dommen i sagen LR af 1998 mod Kommissionen, nævnt i præmis 71 ovenfor, præmis 304).

186 Sidstnævnte konklusion giver ligeledes grundlag for at forkaste sagsøgerens argumenter vedrørende sammenligningen med Hoek Loos og AGA for så vidt

angår forbindelsen mellem størrelsen af den endelige bøde og den samlede omsætning, eftersom sidstnævnte ikke blev taget i betragtning af Kommissionen ved bedømmelsen af overtrædelsens grovhed og fastsættelsen af bødernes grundbeløb.

187 Det følger af ovenstående, at sagsøgeren ikke har ført tilstrækkeligt bevis for den pålagte bødes påståede diskriminerende og eller uforholdsmæssige karakter, og at den endelige bøde i det hele var passende fastsat.

Anmodning om vidneforklaring fra van den Heuij

188 Sagsøgeren har i sin replik anmodet Retten om at høre forklaring under vidneansvar afgivet af P. van den Heuij. Under retsmødet har sagsøgeren nærmere bemærket, at denne anmodning er støttet på procesreglementets artikel 48 vedrørende påberåbelse af beviser.

189 Det bemærkes, at stævningen i henhold til artikel 44, stk. 1, litra c), i Rettens procesreglement og nævnte reglements artikel 48, stk. 1, i påkommende tilfælde skal indeholde en angivelse af de beviser, der påberåbes, og at parterne i replikken og duplikken kan anføre yderligere beviser til støtte for deres anbringender på betingelse af, at de begrunder, hvorfor beviserne først påberåbes på dette tidspunkt. Således er modbevis og adgangen til at fremkomme med nye beviser som følge af et modbevis fra modpartens side i svarskriftet ikke omfattet af præklusionsreglen i procesreglementets artikel 48, stk. 1. Denne bestemmelse omfatter nye beviser og skal ses i sammenhæng med nævnte reglements artikel 66, stk. 2, hvorefter adgangen til at føre modbevis og til at fremkomme med nye beviser udtrykkeligt bevares (dommen i sagen Baustahlgewebe mod Kommissionen, nævnt i præmis 74 ovenfor, præmis 71 og 72).

190 Det er i denne sag tilstrækkeligt at konstatere, at det fremgår af sagsakterne, at de beviser, Kommissionen har påberåbt sig, allerede fremgår af beslutningen samt meddelelsen af klagepunkter eller dennes bilag.

191 Følgelig kan anmodningen om vidneforklaring fra van den Heuij ikke betragtes som modbevis, der ikke er omfattet af præklusionsreglen i procesreglementets artikel 48, stk. 1, idet sagsøgeren var i stand til at påberåbe sig dette bevis ved indgivelse af stævningen for Retten. Den med replikken fremsatte anmodning om vidneførsel bør således betragtes som for sent fremsat og bør derfor afvises med den begrundelse, at sagsøgeren ikke i sin anmodning har begrundet, hvorfor beviset først påberåbtes på det tidspunkt.

Sagens omkostninger

192 I henhold til procesreglementets artikel 87, stk. 3, kan Retten fordele sagens omkostninger eller bestemme, at hver part skal bære sine egne omkostninger, hvis parterne henholdsvis taber eller vinder på et eller flere punkter, eller hvor der foreligger ganske særlige grunde.

193 Det skal for så vidt angår denne sag bemærkes, at ændringen af beslutningen den 9. april 2003 tillod, at den anfægtede beslutnings artikel 1 berigtigedes for så vidt angår varigheden af den overtrædelse, der henregnes til sagsøgeren, idet Kommissionen herved anerkender, at det af sagsøgeren i stævningen påberåbte klagepunkt vedrørende det oprindeligt fastsatte tidspunkt for overtrædelsens begyndelse, nemlig marts 1994, er velbegrundet.

194 Henset til denne omstændighed og til, at Kommissionen frifindes, finder Retten grundlag for at fastslå, at sagsøgeren bør bære sine egne omkostninger samt betale tre fjerdedele af de omkostninger, Kommissionen har afholdt.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Femte Afdeling)

1) Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber frifindes.

2) Westfalen Gassen Nederland BV bærer sine egne omkostninger og betaler tre fjerdedele af Kommissionens omkostninger. Kommissionen bærer en fjerdedel af sine egne omkostninger.

Vilaras Dehousse Šváby

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 5. december 2006.

E. Coulon

Justitssekretær

M. Vilaras

Afdelingsformand

Indhold

Tvistens baggrund ..... II - 4575

Sagens baggrund ..... II - 4575

Den anfægtede beslutning ..... II - 4577

Retsforhandlinger og parternes påstande ..... II - 4584

Påstanden om annullation af beslutningens artikel 1 og 3 ..... II - 4586

Parternes argumenter ..... II - 4586

Fastsættelsen af prisforhøjelser ..... II - 4586

Fastsættelsen af moratorier ..... II - 4589

Fastsættelse af mindstepriser ..... II - 4590

Overtrædelsens varighed ..... II - 4593

Tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet ..... II - 4593

Rettens bemærkninger ..... II - 4594

Indledende bemærkninger ..... II - 4594

Sagsøgerens påståede klare afstandtagen ..... II - 4595

— Fastsættelsen af prisforhøjelser og et moratorium ..... II - 4596

— Fastsættelse af mindstepriser for aftagerne af mindre mængder flaskegas II - 4606

Overtrædelsens varighed ..... II - 4611

Tilsidesættelsen af ligebehandlingsprincippet ..... II - 4613

II - 4629

Påstanden om nedsættelse af bødens størrelse ..... II - 4614

Parternes argumenter ..... II - 4614

Rettens bemærkninger ..... II - 4616

Overtrædelsens varighed ..... II - 4618

Den påståede diskriminerende og/eller uforholdsmæssige karakter af den bøde, som sagsøgeren er blevet pålagt ..... II - 4619

Anmodning om vidneforklaring fra van den Heuij ..... II - 4626

Sagens omkostninger ..... II - 4627