FÖRSTAINSTANSRÄTTENS DOM (femte avdelningen)
den 5 december 2006 *

I mål T-303/02,

Westfalen Gassen Nederland BV, Deventer (Nederländerna), företrätt av advokaterna M. Essers och M. Custers,

sökande,

mot

Europeiska gemenskapernas kommission, företrädd av A. Bouquet, i egenskap av ombud,

svarande,

angående en talan om delvis ogiltigförklaring av kommissionens beslut 2003/207/EG av den 24 juli 2002 om ett förfarande enligt artikel 81 i EG-fördraget (ärende COMP/E-3/36.700 — Industrigaser och medicinska gaser) (EUT L 84, 2003, s. 1) och i andra hand en talan om nedsättning av de böter som ålagts sökanden,

* Rättegångsspråk: nederländska.

meddelar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (femte avdelningen)

sammansatt av ordföranden M. Vilaras samt domarna F. Dehousse och D. Šváby,

justitiesekreterare: handläggaren J. Plingers,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 4 april 2006,

följande

Dom

Bakgrund

Bakgrund till tvisten

1 Företaget Westfalen Gassen Nederland BV (nedan kallat sökanden eller Westfalen) är sedan år 1989 verksamt på den nederländska marknaden för industrigaser och medicinska gaser.

2 I december 1997 och under år 1998 genomförde kommissionen, med stöd av artikel 14.2 och 14.3 i rådets förordning nr 17 av den 6 februari 1962, första förordningen om tillämpning av fördragets artiklar [81] och [82] (EGT 13, s. 204; svensk specialutgåva, område 8, volym 1, s. 8), undersökningar i sökandens lokaler samt i lokaler tillhöriga andra bolag som också är verksamma på nämnda marknad, nämligen AGA Gas BV (nedan kallat AGA), Air Liquide BV, Air Products Nederland BV, Boc Gases Benelux (nedan kallat BOC), Hydrogas Holland BV och Messer Nederland BV (nedan kallat Messer).

3 Efter det att kommissionen begärt upplysningar från ovannämnda bolag i enlighet med artikel 11 i förordning nr 17 riktade den ett meddelande om anmärkningar till åtta företag verksamma inom den berörda sektorn, däribland sökanden.

4 I det svar som sökanden ingav bestred bolaget de faktiska omständigheter som anförts i meddelandet om anmärkningar. Efter likvidationen av AGA Gas, besvarade dess moderbolag, AGA AB, meddelandet om anmärkningar i sak för dess tidigare dotterbolags räkning och förklarade därvid uttryckligen att det var berett att påta sig ansvaret för de överträdelser som dotterbolaget hade gjort sig skyldigt till.

5 Kommissionen antog, efter att den 10 januari 2002 ha hört de berörda företagen, beslut 2003/207/EG av den 24 juli 2002 om ett förfarande enligt artikel 81 i EG-fördraget (ärende COMP/E-3/36.700 — Industrigaser och medicinska gaser) (EUT L 84, 2003, s. 1) (nedan kallat beslutet).

6 Beslutet delgavs sökanden den 26 juli 2002 och riktades till AGA AB, som inträtt i AGA Gas ställe.

Det omtvistade beslutet

7 Kommissionen angav i beslutet att den samlat bevismaterial för förekomsten av en hemlig samverkan mellan konkurrenter verksamma på den nederländska marknaden för industrigaser och medicinska gaser, bland annat under åren 1993–1997 (punkt 331).

8 Kommissionen ansåg med stöd därav (punkt 393 i beslutet) att sökanden hade deltagit i följande avtal och/eller samordnade förfaranden:

— Fastställande av prishöjningar från oktober 1994 till december 1995.

— Fastställande av moratorier från oktober 1994 till januari 1995.

— Fastställande av minimipriser från mars 1994 till december 1995.

9 Beträffande prishöjningarna angav kommissionen inledningsvis att en första diskussion om prishöjningar på flaskgas för år 1995 hölls vid ett möte den 14 oktober 1994 i föreningen Vereniging van Fabrikanten van Industriële Gassen (nedan kallat VFIG), som omfattar de företag som tillverkar och säljer industrigas i Nederländerna. I detta möte deltog AGA, Air Liquide, Air Products, BOC, Hoek Loos, Hydrogas, Messer, Nederlandse Technische Gasmaatschappij (nedan kallat NTG) och sökanden (punkt 136 i beslutet).

10 För att bevisa att mötet hade ett konkurrensbegränsande syfte hänvisade institutionen bland annat till handskrivna anteckningar daterade den 17 oktober 1994 som beslagtagits hos eller tillhandahållits av AGA.

11 Kommissionen hävdade vidare att dessa prishöjningar på flaskgas för år 1995 hade utarbetats i detalj av AGA, Air Liquide, Air Products, BOC, Hoek Loos, Messer och Westfalen vid ett VFIG-möte den 18 november 1994. Till stöd för denna slutsats hänvisade kommissionen till två handskrivna tabeller, en som AGA hade överlämnat (nedan kallad tabell 1) och en som hade beslagtagits hos Air Products (nedan kallad tabell 2) (punkterna 139–141 i beslutet).

12 Tabell 1, som daterats den 21 november 1994, innehåller enligt kommissionen bland annat en förteckning över de prishöjningar (i procent) på flaskgas för år 1995 som Hoek Loos, AGA, Messer, Air Liquide, Air Products, BOC och sökanden hade beslutat.

13 Beträffande tabell 2, som också rör prishöjningar, angav institutionen att den tycks härröra från samma möte, även om inte alla punkter i de två tabellerna är identiska. Det påpekades att Air Products inledningsvis trodde att tabellen hade upprättats under ett möte med konkurrenter under år 1995, men senare uppgav att den kunde härröra från VFIG-mötet i november 1994.

14 Kommissionen tydliggjorde att sökanden i sitt svar på meddelandet om anmärkningar hade angett att företaget aldrig deltagit aktivt i dessa möten och att det inte visste att frågor om bland annat prishöjningar skulle tas upp, eftersom dessa frågor inte fanns upptagna på dagordningen (punkt 145 i beslutet).

15 Beträffande överenskommelsen om moratorier menade kommissionen att AGA, Hoek Loos, Air Liquide, Air Products, Messer, BOC och sökanden, under VFIG-mötena den 14 oktober och den 18 november 1994, hade diskuterat och kommit överens om prishöjningar för år 1995, samt om ett moratorium som skulle gälla fram till januari 1995,. Institutionen hänvisade i det avseendet till AGA:s handskrivna anteckningar, som nämnts ovan i punkt 10, samt till tabellerna 1 och 2, vari ett moratorium på två månader under vilka dessa prishöjningar skulle genomföras har noterats (punkterna 168–171 i beslutet).

16 Kommissionen erinrade om att sökanden, i sitt svar på meddelandet om anmärkningar, hade hävdat att det inte var styrkt att företaget, vid de två VFIG-mötena som ägde rum i slutet av år 1994, avsiktligt hade ingått ett avtal med sina konkurrenter om att införa ett moratorium (punkt 172 i beslutet).

17 Beträffande fastställandet av minimipriser angav kommissionen att de berörda företagen löpande hade gjort upp om listor över minimipriser på flaskgas och att prislistornas huvudsyfte var att fastställa en lägsta prisnivå, då företagen konkurrerade om samma kunder (punkt 189 i beslutet).

18 Det påstås i beslutet att "pristabeller" och "minimipriser" på flaskgas avsedd att säljas till mindre kunder hade diskuterats vid VFIG-mötena den 17 mars och den 14 oktober 1994 i syfte att avtal skulle ingås mellan åtminstone sökanden, Messer, Air Liquide, Hoek Loos och Air Products, mot bakgrund av att de fyra sistnämnda bolagen hade enats om ett system för lägsta priser på flaskgas redan i oktober 1990 (punkterna 194 och 205 i beslutet).

19 Enligt institutionen visade de handskrivna anteckningar som hittats hos AGA att "pristabeller" hade diskuterats på nytt vid VFIG-mötena i mars och oktober 1994 och att Hoek Loos vid det senare tillfället hade presenterat en pristabell för flaskgaser, samtidigt som det i de handskrivna anteckningarna från den 17 oktober 1994 bekräftades att "minimipriser" hade diskuterats vid mötet i oktober (punkt 206 i beslutet).

20 Kommissionen uppgav vidare att den prislista som gällde för mindre flaskkunder även hade hittats hos tre företag, nämligen hos sökanden i en akt märkt "VFIG 1995", hos Air Liquide, i en akt märkt "VFIG 1994" och hos Messer. De tre kopiorna innehöll samma tryckta minimiprislista daterad i oktober 1994 och rubricerad "prislista för små flaskkunder". På den kopia som hittades hos Messer fanns även en handskriven prislista som lagts till år 1996. Institutionen tillade att det faktum att dessa företag hade behållit dessa förslag i sina arkiv under flera år betyder att de var viktiga för dem (punkterna 207 och 208 i beslutet).

21 Det nämns i beslutet att sökanden, i sitt svar på meddelandet om anmärkningar, uppgav sig inte veta hur listan hade hamnat i företagets ägo och att den högst troligen hade överlämnats till företaget vid VFIG-mötet den 14 oktober 1994, men att detta inte betydde att det verkligen anslöt sig till priserna i denna lista (punkt 212 i beslutet).

22 Kommissionens sammanfattande svar på sökandens bestridanden framgår av punkt 351 i beslutet enligt följande:

"Kommissionen konstaterar att det faktum att Air Liquide och [sökanden] deltog i flera möten och att syftet med dessa möten var att begränsa konkurrensen bekräftas

av det dokumentära bevismaterialet i kommissionens akt. Slutsatsen att det beskrivna beteendet utgör avtal i den mening som avses i artikel 81.1 [EG] ändras inte ens om det visas att en eller flera deltagare inte hade för avsikt att genomföra de gemensamma avsikter som de uttryckte. Med beaktande av den öppet konkurrensbegränsande arten av de möten där avsikterna uttrycktes gav de berörda företagen genom att delta utan att öppet ta avstånd de andra deltagarna intrycket att de understödde vad som diskuterats och skulle rätta sig efter det. Begreppet 'avtal' är ett objektivt begrepp. De egentliga motiven (och dolda avsikterna) som låg bakom det beteende som antogs är irrelevanta."

23 Beslutet innehåller följande artiklar:

"Artikel 1

AGA AB, Air Liquide BV, [Air Products], [BOC] [Messer], Hoek Loos [NV] och [Westfalen] har överträtt artikel 81.1 i fördraget genom att delta i ett fortlöpande avtal och/eller samordnat förfarande inom sektorn för industrigaser och medicinska gaser i Nederländerna.

Överträdelsens varaktighet var följande:

— AGA AB från september 1993 till december 1997.

— Air Liquide BV från september 1993 till december 1997.

— [Air Products] från september 1993 till december 1997.

— [BOC] från juni 1994 till december 1995.

— [Messer] från september 1993 till december 1997.

— Hoek Loos [NV] från september 1993 till december 1997.

— [Westfalen] från mars 1994 till december 1995.

...

Artikel 3

För den överträdelse som avses i artikel 1 åläggs följande böter:

— AGA AB 4,15 miljoner euro.

— Air Liquide BV 3,64 miljoner euro.

— [Air Products. 2,73 miljoner euro.

— [BOC] 1,17 miljoner euro.

— [Messer] 1 miljoner euro.

— Hoek Loos [NV] 12,6 miljoner euro.

— [Westfalen] 0,43 miljoner euro."

24 I beslutet fastställde kommissionen bötesbeloppet i enlighet med riktlinjerna för beräkning av böter som döms ut enligt artikel 15.2 i förordning nr 17 och artikel 65.5 [KS] (EGT C 9, 1998, s. 3) (nedan kallade riktlinjerna) och med meddelande 96/C 207/04 om befrielse från eller nedsättning av böter i kartellärenden (EGT C 207, 1996, s. 4) (nedan kallat meddelandet om samarbete).

25 Kommissionen fastställde således grundbeloppet för sökandens böter, som bestäms på grundval av överträdelsens allvar och varaktighet, till 0,51 miljoner euro (punkt 438 i beslutet).

26 Kommissionen ansåg att sökanden hade spelat en rent passiv roll i överträdelserna och att företaget inte hade deltagit i alla olika aspekter av dessa samt att dessa förmildrande omständigheter utgjorde skäl för att sätta ned grundbeloppet för böterna med 15 procent, eller till 0,43 miljoner euro (punkt 442 i beslutet).

27 Sökanden beviljades däremot ingen nedsättning med stöd av meddelandet om samarbete.

Förfarandet och parternas yrkanden

28 Sökanden har genom ansökan som inkom till förstainstansrättens kansli den 4 oktober 2002 väckt förevarande talan.

29 Efter det att talan hade väckts insåg kommissionen att den felbedömt varaktigheten av den överträdelse som sökanden lagts till last. Kommissionen medgav därför i sitt svaromål att den felaktigt hade utgått ifrån att den överträdelse som sökanden anklagas för påbörjades i mars 1994.

30 Kommissionen antog därför den 9 april 2003 beslut 2003/355/EG om ändring av beslutet (EUT L 123, s. 49).

31 Numera anges sålunda i artikel 1 i beslutet, i dess ändrade lydelse, att sökanden har överträtt artikel 81.1 i fördraget genom att delta i ett fortlöpande avtal och/eller samordnat förfarande inom sektorn för industrigaser och medicinska gaser i Nederländerna från oktober 1994 till december 1995. I artikel 3 i beslutet, i dess ändrade lydelse, anges att bötesbeloppet har sänkts från 0,43 till 0,41 miljoner euro.

32 På grundval av referentens rapport beslutade förstainstansrätten (femte avdelningen) att inleda det muntliga förfarandet. Inom ramen för de åtgärder för processledning som föreskrivs i artikel 64 i förstainstansrättens rättegångsregler anmodade rätten kommissionen att inkomma med en handling.

33 Parterna utvecklade sin talan och besvarade förstainstansrättens frågor vid förhandlingen den 4 april 2006.

34 Sökanden har yrkat att förstainstansrätten skall

— ogiltigförklara artiklarna 1 och 3 i beslutet, vari sökanden åläggs böter på 0,43 miljoner euro för överträdelse av artikel 81 EG,

— i andra hand, ogiltigförklara artikel 1 i beslutet och i väsentlig mån sätta ned det bötesbelopp som har ålagts, och

— förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

35 Sökanden har i sin replik angett att dess andrahandsyrkande skall förstås som en talan om delvis ogiltigförklaring av artikel 1 i beslutet, i syfte att uppnå en väsentlig nedsättning av de böter som sökanden har ålagts i artikel 3 i samma beslut. Sökanden begär även att förstainstansrätten skall höra en person vid namn P. van den Heuij under ed. P. van den Heuij har nämligen deltagit i möten vid VFIG i egenskap av chef för ett företag verksamt inom den aktuella sektorn. En av honom lämnad redogörelse har bilagts ansökan.

36 Kommissionen har yrkat att förstainstansrättens skall

— avslå begäran om vittnesförhör,

— ogilla talan, och

— förplikta sökanden att ersätta rättegångskostnaderna.

Yrkandet om ogiltigförklaring av artiklarna 1 och 3 i beslutet

Parternas argument

37 Sökanden har inledningsvis understrukit att företaget bestred de faktiska omständigheter som angavs i meddelandet om anmärkningar och att det även bestrider dem som ligger till grund för beslutet.

38 Det påstås att kommissionen inte har styrkt att företaget har deltagit i avtal och/eller samordnade förfaranden och att svaranden därmed har åsidosatt motiveringsskyldigheten i artikel 253 EG. Det görs även gällande att kommissionen har åsidosatt principen om likabehandling.

39 Det erinras om att företaget inte blev medlem i VFIG, som bildades den 23 mars 1989, förrän i juli 1994 och att företaget deltog i ett möte i denna förening för första gången den 14 oktober 1994. Kommissionen har, enligt sökanden, på grundval av dess närvaro vid de möten som ägde rum den 14 oktober respektive den 18 november 1994 felaktigt anklagat det för att agera konkurrensbegränsande i tre avseenden, nämligen genom fastställande av prishöjningar, moratorier och minimipriser.

Fastställande av prishöjningar

40 Sökanden har gjort gällande att företaget, under de två VFIG-mötena den 14 oktober respektive den 18 november 1994, vägrade att delta i en samordnad prishöjning för

år 1995. Företaget blev under VFIG-mötet den 14 oktober 1994 förvånat över att frågan om prishöjningar, som inte fanns på dagordningen, togs upp till behandling, och gav uttryck för sin förvåning.

41 Företaget uppgav aldrig på något möte om priserna skulle höjas och i förekommande fall om höjningen skulle ligga på 5 eller 6 procent, eftersom det vid den tidpunkten ännu inte hade fastställt sina priser för år 1995 och eftersom moderbolaget, Westfalen AG, ovillkorligen måste rådfrågas på den punkten. Sökanden påstår sig ha förklarat att företaget inte motsatte sig prishöjningar i sig, men att det inte gick med på att delta i en konkurrensbegränsande samverkan och att det föredrog priskonkurrens och därför hade för avsikt att självständigt anpassa sin affärspolitik till förhållandena på marknaden.

42 Dessa förklaringar kan inte anses vara annat än försiktiga och vaga. Sökanden har inte lämnat någon antydan om sin framtida affärspolitik, vilket lämnade övriga företag i ovisshet med avseende på hur sökanden skulle agera på marknaden år 1995.

43 Företagets negativa inställning till att ingå ett konkurrensbegränsande avtal styrks av de redogörelser som har lämnats av G.H.M Nordkamp, som företrädde sökanden vid de aktuella mötena, och av P. van den Heuij, medlem av NTG, som även han närvarade vid dessa möten. Sökanden har gjort gällande att P. van den Heuij inte hade något som helst personligt intresse av att lämna denna redogörelse och att det därför saknas anledning att betvivla hans uppriktighet. Då kommissionen har ifrågasatt denna redogörelse utan andra skäl än att den saknar trovärdighet, har sökanden begärt att förstainstansrätten skall höra P. Van den Heuij under ed.

44 I motsats till vad kommissionen har påstått strider inte heller den redogörelse som sökanden har avgett som svar på meddelandet om anmärkningar mot den redogörelse som lämnats i förevarande förfarande.

45 Vidare hävdas att de handlingar som kommissionen har grundat sina slutsatser på saknar bevisvärde.

46 Det är således inte alls säkert att tabellerna 1 och 2 hänför sig till något av mötena den 14 oktober eller den 18 november 1994.

47 De två tabellerna i fråga är dessutom inkonsekventa. För sökandens del handlar det nämligen i tabell 1 om en prishöjning på "5–6 procent", medan höjningen enligt tabell 2 uppgår till över 6 procent. Denna inkonsekvens är än mer slående som de procentsatser som angetts för de övriga företagen stämmer överens i båda dokumenten.

48 De två tabellerna förefaller lika motstridiga i fråga om hyrestariffer och transportkostnader. Medan det av tabell 1 framgår att sökanden inte ens hade informerats om vad som överenskommits i den frågan, framgår det av tabell 2 att sökanden skulle ha ingått ett avtal angående hyra av tankar. De hyrespriser som anges i de två tabellerna överensstämmer inte heller. Det kan inte heller uteslutas att noteringen "WF inte informerat?? Inte accepterat??" i AGA:s handskrivna anteckningar av den 17 oktober 1994 inte bara avser hyres- och transportkostnader, utan samtliga frågor som behandlades under det aktuella mötet.

49 Sökanden har hävdat att det, om det antas att de två tabellerna faktiskt rör mötena den 14 oktober och den 18 november 1994, framgår av dessa att övriga aktörer inte hade någon exakt uppfattning om företagets prispolitik och att det följaktligen gjorde synnerligen vaga uttalanden under nämnda möten.

50 Kommissionen nöjde sig av bekvämlighetsskäl med att upprepa det som övriga deltagare hade noterat beträffande sökanden utan att redogöra för de förbehåll som företaget gjorde i samband med sina uttalanden. Inte heller har kommissionen försökt förklara varför sifferuppgifterna i de två tabellerna skiljer sig åt, vilket trots allt medges i punkt 141 i beslutet, och beslutet är inte tillräckligt motiverat i det avseendet.

51 Skillnaderna i fråga skulle kunna förklaras av att uppgifterna i dessa tabeller enbart uttryckte en önskan hos upphovsmännen och inte en av sökanden fastställd prishöjning. Denna förklaring bekräftas av andra handlingar som härrör från företag som deltog i VFIG-mötena och i vilka sökandens namn nämns, trots att sistnämnda företag inte närvarade vid nämnda möten.

52 Sökanden har påpekat att deltagarna i den konkurrensbegränsande samverkan vid flera tillfällen under dess existens nämnde sökandens namn i samband med VFIG-möten vid vilka företaget inte hade närvarat och det var korrekt av kommissionen att inte beakta dessa redogörelser. Vad gäller tabellerna 1 och 2, vilka just hör till dessa felaktiga påståenden, beaktade svaranden dem emellertid utan att känna minsta tvivel. De handskrivna anteckningar som hör ihop med tabellerna 1 och 2 är i vilket fall som helst väldigt knapphändiga och kan därför inte betraktas som en fullständig redogörelse för innehållet i dessa möten.

Fastställande av moratorier

53 Sökanden har uppgett att företaget under VFIG-mötena den 14 oktober och den 18 november 1994 visserligen deltog i diskussioner kring huruvida ett moratorium skulle införas, men att det var för att protestera mot denna åtgärd. Sökanden fick vid detta tillfälle stöd från andra små aktörer. Till bevis härpå hänvisas återigen till P. van den Heuijs uttryckliga redogörelse.

54 Tabellerna 1 och 2, som inte helt stämmer överens och som inte kan förstås på annat sätt än som en tolkning av hur övriga företag förväntade sig att sökanden skulle agera, strider inte mot denna beskrivning av hur mötena avlöpte.

55 Även om sökanden är medveten om att underlåtenhet att iaktta ett konkurrensbegränsande avtal inte utesluter att en överträdelse av artikel 81.1 EG har ägt rum, påpekas att företaget kontaktade flera kunder till konkurrerande företag under moratoriet och att det ingett bevis på detta till kommissionen.

Fastställande av minimipriser

56 Sökanden har angett att företaget inte deltog i diskussioner om minimipriser vid mötet i mars 1994, och än mindre ingick något avtal, eftersom det inte närvarade vid detta möte. Inte heller vid mötet den 14 oktober 1994 deltog företaget i diskussioner om minimipriser. AGA:s handskrivna anteckningar från detta möte bevisar inte att sökanden vare sig deltog i nämnda diskussioner eller ingick ett avtal. I punkterna 132 och 133 i meddelandet om anmärkningar bekräftas till och med att de små aktörerna, bland annat sökanden, satte sig till motvärn under VFIG-mötena.

57 Det förhållandet att en lista över minimipriser beslagtogs hos sökanden saknar betydelse. Sökanden har förklarat att företaget endast har uppgett att det var möjligt att denna lista hade delats ut till företaget under mötet den 14 oktober 1994 och inte, såsom kommissionen har påstått, att det var mycket troligt att denna lista hade delats ut under detta möte. Enbart det förhållandet att sökanden hade en sådan handling i sin ägo bevisar absolut inte att företaget deltog i ett avtal om minimipriser eller i eventuella diskussioner angående ett sådant. Kommissionen har med rätta underlåtit att fästa avseende vid andra uppgifter som sökanden fått utan att de har begärts.

58 Sökanden påstår följaktligen att det förhållandet att ett företag deltar i diskussioner om samordnade förfaranden på marknaden inte utgör en överträdelse av förbudet mot konkurrensbegränsande samverkan i den mån det framgår att företaget i själva verket motsatte sig denna samverkan (domstolens dom av den 8 juli 1999 i mål C-49/92 P, kommissionen mot Anic Partecipazioni, REG 1999, s. I-4125, punkterna 94–96).

59 Sökanden har hävdat att det, mot bakgrund av företagets agerande under VFIG-mötena den 14 oktober och den 18 november 1994, skall anses att det öppet tog avstånd från innehållet i dessa möten på det sätt som krävs enligt rättspraxis (förstainstansrättens dom av den 20 mars 2002 i mål T-9/99, HFB m.fl. mot kommissionen, REG 2002, s. II-1487, punkt 223). En person som tar avstånd från det som sägs under ett möte deltar, enligt sökanden, ofrånkomligen i diskussionen, men det betyder inte att vederbörande därigenom åsidosätter förbudet mot konkurrensbegränsande samverkan. Kommissionen har i det avseendet motsagt sig själv, eftersom den medger att ett deltagande i ett officiellt möte inte i sig innebär en delaktighet i en konkurrensbegränsande samverkan. I motsats till vad kommissionen har påstått, finns det enligt rättspraxis dessutom inga krav på att avståndstagandet skall bevisas genom ingivande av en handling som är samtida med överträdelsen eller att detta bevis inte kan härröra enbart från dem som deltar i samverkan.

60 Sökandens inställning är lättbegriplig mot bakgrund av företagets ställning på marknaden, det vill säga såsom ny aktör av ringa storlek, men som lyckats öka sin omsättning genom en dynamisk affärspolitik. Deltagarna i samverkan och kommissionen själv (punkt 78 i beslutet) har medgett att sökanden har haft en roll som "prispressare". Sökanden hade därför inget intresse av att binda sig vid ett avtal om prishöjningar.

61 Sökanden menar att företagets och övriga små aktörers öppna ställningstagande emot en samverkan ledde till att de stora aktörerna blev tvungna att fortsätta sina olagliga förhandlingar utanför VFIG-mötena och i frånvaro av dessa små aktörer. Sökanden borde därför ha setts som en "kartellbrytare" och inte som ett företag som

deltog passivt i en samverkan. Trots att ovannämnda situation beskrivs i punkt 132 i meddelandet om anmärkningar lät kommissionen dessutom bli att nämna den i beslutet, som därmed är otillräckligt motiverat på den punkten.

62 Kommissionen har understrukit att sökanden inte har förnekat vare sig att företaget deltog i mötena den 14 oktober och den 18 november 1994 eller att syftet med dessa möten var att begränsa konkurrensen. Att delta i VFIG-möten är visserligen inte detsamma som att delta i möten om att agera i hemligt samförstånd, men utesluter inte heller att ett avtal om konkurrensbegränsande samverkan ingicks under eller i anslutning till dessa officiella möten.

63 Det anförs att det klart framgår av fast rättspraxis att det faktum att ett företag deltar i ett möte med medlemmar i en konkurrensbegränsande samverkan utan att aktivt delta i kartellen innebär att det kommer att hållas ansvarigt för överträdelsen, såvida det inte öppet har tagit avstånd från det som diskuterats vid detta möte (domen i det ovan i punkt 59 nämnda målet HFB m.fl. mot kommissionen, punkt 223).

64 I domen i det ovan i punkt 58 nämnda målet kommissionen mot Anic Partecipazioni, som sökanden har åberopat, fastställde domstolen att det ankommer på den person som påstår sig ha tagit avstånd att bevisa detta. Sökanden har inte ingett någon sådan bevisning i förevarande fall.

65 Svaranden har yrkat att begäran om att förstainstansrätten skall höra P. van den Heuij skall avslås såsom för sent inkommen. Sökanden har nämligen åsidosatt artikel 48 i rättegångsreglerna genom att inte ange skälen för att denna bevisning inte har åberopats tidigare. Vittnesmålet kan dessutom inte att tillföra något i målet och saknar därför relevans.

Överträdelsens varaktighet

66 Sökanden har i sin ansökan gjort gällande att beslutet är felaktigt med avseende på kommissionens bedömning av överträdelsens varaktighet. Företaget var nämligen inte närvarande vid VFIG-mötet i mars 1994. I repliken anges att företaget har uppmärksammat att kommissionen medgett sitt misstag med avseende på överträdelseperiodens startpunkt, vilken hädanefter har fastställts till oktober i stället för mars 1994.

67 Kommissionen anser att sökandens argument avseende överträdelsens varaktighet helt saknar relevans, eftersom den, med tillämpning av riktlinjerna och med hänsyn till rättelsen av överträdelsens varaktighet, har satt ned böterna.

Åsidosättande av principen om likabehandling

68 Sökanden har hävdat att kommissionen åsidosatte principen om likabehandling genom att, i sin bedömning av de små aktörernas delaktighet, anse att endast sökanden hade brutit mot förbudet mot konkurrensbegränsande samverkan och inte företagen NTG och Hydrogas, trots att dessa hade deltagit i flera möten under vilka olagliga avtal diskuterades. Beslutet har allvarliga brister i sin motivering på den punkten.

69 Kommissionen har gjort gällande att det saknas stöd för de argument som anförts i samband med det påstådda åsidosättandet av principen om likabehandling, vilka i själva verket rör begäran om nedsättning av bötesbeloppet.

70 Vad NTG beträffar skiljer sig dess medverkan uppenbart från sökandens, och NTG har i sitt svar på meddelandet om anmärkningar dessutom lyckats visa att företaget inte skall hållas ansvarigt. Hydrogas situation kan inte heller den jämföras med sökandens. Kommissionen har nämligen inte ens riktat något meddelande om anmärkningar mot Hydrogas med hänsyn till att det saknades tecken på att företaget hade agerat olagligt. Vidare anförs att delaktighet i officiella VFIG-möten inte i sig innebär delaktighet i ett möte om konkurrensbegränsande samverkan och att kommissionen, till skillnad från i sökandens fall, inte hade några bevis för att NTG och Hydrogas hade deltagit i fastställandet av prishöjningar, moratorier och minimipriser.

71 Kommissionen har gjort gällande att, även om dessa andra företag felaktigt har undsluppit anmärkningar, ändrar inte detta sökandens situation. En rättsstridig åtgärd som gynnat någon annan innebär nämligen inte en rätt för sökanden att få sina böter nedsatta om dessa har fastställts på ett lagligt sätt (förstainstansrättens dom av den 7 juli 1994 i mål T-43/92, Dunlop Slazenger mot kommissionen, REG 1994, s. II-441, punkt 176, och av den 20 mars 2002 i mål T-23/99, LR AF 1998 mot kommissionen, REG 2002, s. II-1705, punkt 367).

Förstainstansrättens bedömning

Inledande synpunkter

72 Förstainstansrätten påpekar att sökanden har påstått att kommissionen inte har styrkt att företaget har deltagit i konkurrensbegränsande avtal och/eller samverkan och att "kommissionen därmed även har åsidosatt motiveringsskyldigheten i artikel 253 EG". Sökanden har särskilt framhållit att motiveringen brister med avseende på de konstaterade skillnaderna mellan sifferuppgifterna i tabellerna 1 och 2, företagets roll som "kartellbrytare" och dess särbehandling i förhållande till två andra små aktörer. Det framgår av redogörelsen ovan och av sökandens utveckling

av talan att sökandens anmärkning egentligen inte avser en avsaknad av eller bristande motivering som hänför sig till ett åsidosättande av väsentliga formföreskrifter i den mening som avses i artikel 230 EG. Anmärkningen hör i själva verket ihop med frågan om huruvida det finns grund för beslutet och således huruvida det är rättsenligt i materiellt hänseende. Rättsakten anses nämligen, enligt sökanden, vara rättsstridig på grund av att kommissionen inte har visat att artikel 81 EG har åsidosatts och på grund av att principen om likabehandling har åsidosatts.

Påståendet om sökandens öppna avståndstagande

73 Sökanden har gjort gällande att kommissionen inte har visat att företaget har åsidosatt artikel 81.1 EG.

74 Förstainstansrätten påpekar att det vid en tvist avseende förekomsten av en överträdelse av konkurrensreglerna ankommer på kommissionen att förete bevisning om de överträdelser den har konstaterat och fastställa vilken bevisning som krävs för att på ett tillfredsställande sätt visa förekomsten av de faktiska omständigheter som utgör en överträdelse (domstolens dom av den 17 december 1998 i mål C-185/95 P, Baustahlgewebe mot kommissionen, REG 1998, s. I-8417, punkt 58).

75 För att artikel 81.1 EG skall vara tillämplig är det tillräckligt att ett avtal har till syfte att hindra, begränsa eller snedvrida konkurrensen, oberoende av avtalets faktiska verkningar. När det gäller avtal som uppstår under möten mellan konkurrerande företag gäller följaktligen att det föreligger en överträdelse av denna bestämmelse när dessa möten har ett sådant syfte och således är avsedda att på ett konstlat sätt reglera marknaden (domstolens dom av den 28 juni 2005 i de förenade målen C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P–C-208/02 P och C-213/02 P, Dansk Rørindustri m.fl. mot kommissionen, REG 2005, s. I-5425, punkt 145).

76 Kommissionen behöver således endast visa att det berörda företaget har deltagit i möten under vilka konkurrensbegränsande avtal har slutits, utan att tydligt ta avstånd från dessa, för att påvisa att nämnda företag har deltagit i den konkurrensbegränsande samverkan. När deltagandet vid sådana sammanträden väl har visats, åligger det detta företag att anföra omständigheter som visar att bolaget deltog i nämnda sammanträden utan någon som helst konkurrensbegränsande avsikt genom att styrka att bolaget förklarat för sina konkurrenter att det deltog i sammanträdena med en annan inställning än dessa (se, bland annat, dom av den 7 januari 2004 i de förenade målen C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P och C-219/00 P, Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen, REG 2004, s. I-123, punkt 81 och där angiven rättspraxis).

77 Skälet för denna rättsprincip är att ett företag, genom att delta i nämnda sammanträde utan att öppet ta avstånd från det som där avhandlas, ger övriga deltagare intryck av att det instämmer i vad som beslutas på sammanträdet och att företaget kommer att rätta sig därefter (domen i de ovan i punkt 76 nämnda förenade målen Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen, punkt 82).

78 Sökanden har i förevarande fall inte nekat till att ha deltagit i två VFIG-möten den 14 oktober respektive den 18 november 1994 och inte heller att mötena hade ett konkurrensbegränsande syfte. I stället hävdas att det, mot bakgrund av företagets agerande under dessa möten, skall anses att det på ett tydligt sätt tog avstånd från de konkurrensbegränsande frågor som avhandlades på dessa möten på det sätt som krävs enligt rättspraxis.

— Fastställande av prishöjningar och ett moratorium

79 Sökanden har i sina yttranden angett att företaget ”under mötena den 14 oktober respektive den 18 november 1994, [visade] sin motvilja mot de avtal som rörde [företagens] agerande på marknaden”.

80 Vad prishöjningen beträffar hävdas att företaget tydligt tillkännagav att det inte gick med på en prishöjning och att det, såsom förespråkare av priskonkurrens, hade för avsikt att självständigt anpassa sin affärspolitik till förhållandena på marknaden. Sökanden har tillagt att företaget "under mötet" inte ville uppge om det hade för avsikt att höja priserna år 1995 och, i förekommande fall, med hur mycket, men att det angav att det inte var principiellt emot prishöjningar. Vidare anges att G.H.M Nordkamp, företagets chef, aldrig "på något möte" uppgav om priserna skulle höjas och, i förekommande fall, om de skulle höjas med 5 eller 6 procent.

81 G.H.M Nordkamp har i sin redogörelse uppgett att han, sedan de övriga företagen "under det ena av de två VFIG-mötena" hade förklarat att de skulle höja priserna med 5 eller 6 procent, "förblev vag i fråga om huruvida Westfalen tänkte höja sina priser för år 1995 och, i förekommande fall, med hur mycket".

82 Dessa förklaringar överensstämmer endast delvis med dem som sökanden lämnade i sitt svar på meddelandet om anmärkningar. I detta angav svaranden att företaget under "eftermötet" rörande affärspolitiken, efter det att övriga företag hade meddelat sina prishöjningar, förklarade att det "hade för avsikt att höja priserna med 5 eller 6 procent för år 1995", vilket strider mot ovannämnda formulering i ansökan. Sökanden har tillagt att "[företaget] varken under mötena den 14 oktober och den 18 november 1994 eller vid något annat tillfälle förband sig att genomföra en bestämd prishöjning", vilket inte är detsamma som att uttryckligen ta avstånd från prishöjningen.

83 Sökanden tog i vart fall inte tydlig ställning till frågan om prishöjningar. Företaget sade således inte uttryckligen att det tänkte höja priserna år 1995, men inte heller att det inte tänkte höja sina priser under året i fråga.

84 Sökanden tog således inte ställning på ett sätt som tydligt visade övriga företag att det tog avstånd från en sådan prishöjning. Företagets agerande, som av företaget självt beskrivits som vagt, utgör snarare ett tyst medgivande som uppmuntrar till fortsatt överträdelse och minskar möjligheten för att denna upptäcks. Detta samförstånd utgör ett passivt deltagande i överträdelsen som alltså kan ådra företaget ansvar (se, för ett liknande resonemang, domen i de ovan i punkt 76 nämnda förenade målen Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen, punkt 84).

85 Sökanden har, beträffande det andra konkurrensbegränsande agerandet som kommissionen har anmärkt mot, i sitt svar på meddelandet om anmärkningar, angett att företaget "motsatte sig ett moratorium under mötet" och att "G.H. M. Nordkamp inte förband sig, vare sig under mötet eller vid något annat tillfälle, att i Westfalens namn iaktta ett moratorium". Företaget har bekräftat detta i sina yttranden genom att ange att det uttalat sig mot införandet av ett moratorium.

86 Sökanden har, till stöd för att företaget verkligen gjorde dessa invändningar och därmed öppet tog avstånd från de diskussioner om konkurrensbegränsande samverkan i vilka det deltog, främst hänvisat till P. van den Heuijs redogörelse.

87 Vittnet har angett att sökanden under ett VFIG-möte reagerade mot de förslag på konkurrensbegränsande samverkan som andra medlemsföretag i branschorganisationen hade lagt fram och att detta skedde i form av en protest. Det framgår av P. van den Heuijs redogörelse att protesten gjordes, inte på grund av ett principiellt motstånd mot en uppenbart olaglig samverkan, utan därför att denna samverkan vid en första anblick inte överensstämde med NTG:s och sökandens ekonomiska intressen vid tidpunkten.

88 Det framgår emellertid av P. van den Heuijs redogörelse att vederbörande inte har någon tydlig minnesbild av mötet i fråga. P. van den Heuij har även uppgett att han inte kommer ihåg när mötet ägde rum, hur länge det moratorium som diskuterades vid mötet skulle gälla eller om chefen för Hydrogas också hade protesterat mot de omtvistade förslagen.

89 P. van den Heuijs redogörelse, som upprättades den 9 oktober 2002, rör endast ett enda VFIG-möte som ägde rum för "åtta år" sedan. Mot bakgrund av denna enda tidsangivelse och med hänsyn till tabellen över samtliga VFIG-möten där närvaron för varje enskilt medlemsföretag i föreningen har antecknats (punkt 106 i beslutet), kan det konstateras att redogörelsen i fråga inte kan avse annat än mötet den 14 oktober 1994, emedan NTG, som P. van den Heuij är chef över, inte var representerat på det påföljande mötet den 18 november 1994.

90 Vidare, och framför allt, överensstämmer P. van den Heuijs redogörelse inte helt med vare sig sökandens redogörelse för hur mötet i fråga avlöpte — eftersom vittnet inte har nämnt de prishöjningar på 5 eller 6 procent som vissa företag i tur och ordning meddelade — eller med G.H.M Nordkamps påståenden om att sökanden hade för avsikt att "höja priserna med 5 eller 6 procent för år 1995" eller att sökanden inte var emot prishöjningar rent principiellt, samtidigt som företaget vägrade att självt tala om huruvida det avsåg att höja priserna för år 1995 och, i så fall, med hur mycket.

91 Vittnet hänvisar till en allmän missnöjesyttring över förslag som lämnats på konkurrensbegränsande åtgärder, som inte omnämns som en sådan av sökanden, vilken, genom sin reaktion mot vart och ett av de tre konkurrensbegränsande initiativen i fråga, anser sig ha klargjort att företaget var emot en olaglig samordning.

92 Det följer i vart fall av det ovan anförda att sökanden inte kan vinna framgång med sitt påstående att vittnesmålet av "P. van den Heuij, som själv närvarade vid de två VFIG-mötena den 14 oktober respektive den 18 november 1994, visar att [företaget] under dessa möten bjöd på ett hårdnackat motstånd mot förslagen på en olaglig konkurrensbegränsande samverkan", därför att det helt enkelt är felaktigt.

93 Sökanden har, som svar på en fråga från förstainstansrätten under förhandlingen, uttryckligen medgett att P. van den Heuij inte deltog i VFIG-mötet den 18 november 1994. Detta konstaterande är avgörande för bedömningen av sökandens ansvar.

94 Det skall nämligen erinras om att kommissionen fastställde att sökanden var delaktig i ett avtal om fastställande av prishöjningar och ett moratorium på den grunden att företaget hade deltagit både i VFIG-mötet den 14 oktober 1994 och i VFIG-mötet den 18 november samma år.

95 Sökanden har inte företett någon konkret och objektiv bevisning till stöd för att företaget öppet tog avstånd från det uppenbart konkurrensbegränsande innehållet i mötet den 18 november 1994.

96 Enbart sökandens påståenden vad gäller sannolikheten av att företaget gjorde ett sådant avståndstagande mot bakgrund av dess ställning som ny och dynamisk aktör på den relevanta marknaden, uppfyller inte företagets bevisbörda.

97 Såsom kommissionen med rätta har understrukit skulle sökanden lika gärna kunnat ha allt att vinna på att gasleverantörerna iakttog de ingångna avtalen i tron att företaget också gjorde det, medan det, utan att uppge det för dessa företag, tillämpade priser något under de överenskomna i syfte att öka sina marginaler och marknadsandelar. Det erinras om att det följer av rättspraxis att det förhållandet att de berörda företagen på marknaden inte agerar i enlighet med de överenskomna "spelreglerna" inte påverkar deras ansvar för delaktighet i en konkurrensbegränsande samverkan (förstainstansrättens dom av den 15 mars 2000 i de förenade målen 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 och T-104/95, Cimenteries CBR m.fl. mot kommissionen, REG 2000, s. II-491, punkt 1389).

98 Sökanden har åter hävdat att det inte alls är uteslutet att noteringen "WF inte informerat?? Inte accepterat??" i AGA:s handskrivna anteckningar som kommissionen har hänvisat till i beslutet (punkterna 138 och 169), inte bara rör hyres- och transportkostnader utan samtliga frågor som behandlades under de kartellrelaterade diskussionerna.

99 Bland den skriftliga bevisning som kommissionen har ingett finns mycket riktigt AGA:s handskrivna anteckningar, i vilka följande har noterats:

"17.10.94

VFIG

Prishöjning

Hyra 0,25 Transport

WF inte informerat?? Inte accepterat ??

Gaspris flaskor + 6 [procent] + hyra och transp

Bulkkontrakt + 4,5 [procent], indexformel?

...

Moratorium: 1 december + 3–4 månader."

100 Förutom att noteringen i fråga hänför sig till den första punkten i anteckningarna om hyres- och transportkostnader och inte till prishöjningen på flaskgas som behandlas längre fram i en separat punkt, är det tillräckligt att konstatera att de handskrivna anteckningarna uttryckligen har daterats den 17 oktober 1994, eller endast några dagar efter det kartellrelaterade VFIG-mötet den 14 oktober 1994 vid vilket AGA faktiskt närvarade. De handskrivna anteckningarna och den notering som sökanden hänvisar till kan således inte avse det andra kartellrelaterade mötet den 18 november 1994.

101 Det framgår därför att sökanden, efter att ha deltagit i ett första möte med ett tydligt konkurrensbegränsande syfte och vars innehåll företaget tog avstånd från, inte mer än en dryg månad senare, deltog i ett andra kartellrelaterat möte som det inte är klarlagt att företaget öppet tog avstånd ifrån.

102 Detta avsiktliga deltagande i ett andra kartellrelaterat möte, som omedelbart följde på en första olaglig samverkan, förtar den inledande protesten, under antagande att den är styrkt, under mötet den 14 oktober 1994, och är vid en helhetsbedömning av sökandens agerande under perioden den 14 oktober till den 18 november 1994

tillräckligt för att underkänna alla påståenden om öppet avståndstagande från de kartellrelaterade diskussionerna om fastställande av prishöjningar på flaskgas och ett moratorium på två månader.

103 Det skall i det avseendet erinras om att begreppet öppet avståndstagande såsom ansvarsbefriande faktor skall tolkas restriktivt. Om sökanden verkligen hade velat ta avstånd från de kartellrelaterade diskussionerna hade företaget, efter mötet den 14 oktober 1994, enkelt kunnat meddela sina konkurrenter och sekreteraren i VFIG skriftligen att det under inga omständigheter vill framstå som delaktig i en samverkan och delta i möten med en branschorganisation som tjänar som förtäckt ram till en förbjuden samverkan (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 11 december 2003 i mål T-61/99, Adriatica di Navigazione mot kommissionen, REG 2003, s. II-5349, punkt 138).

104 För fullständighetens skull konstateras även att kommissionen grundar sig på skriftlig bevisning av vilken man kan utläsa att sökanden faktiskt deltog i ovannämnda avtal. Det rör sig om handskrivna anteckningar i form av tabeller, såsom de framställdes av kommissionen i beslutet.

105 Sökanden har i allmänna ordalag ifrågasatt bevisvärdet av dessa anteckningar med hänvisning till att de är ytterst kortfattade. Förutom att vissa anmärkningar har anförts mot den ena eller den andra handlingen, påstås att de handskrivna anteckningarna i varje fall inte kan anses utgöra ett fullständigt protokoll över mötena i fråga.

106 Det erinras om att, eftersom förbudet mot att delta i konkurrensbegränsande förfaranden och avtal och de sanktioner som kan påföras dem som bryter mot förbudet är väl kända, det är vanligt att den verksamhet som dessa förfaranden och

avtal medför bedrivs i hemlighet, att mötena äger rum i hemlighet, oftast i tredjeland och att därtill hörande dokumentation begränsas till ett minimum. Även om kommissionen upptäcker handlingar som uttryckligen bekräftar att aktörer har haft otillåten kontakt med varandra, exempelvis i form av protokoll från ett möte, är dessa vanligtvis fragmentariska och spridda, varför det ofta visar sig vara nödvändigt att rekonstruera vissa detaljer med hjälp av slutledning (domen i de ovan i punkt 76 nämnda förenade målen Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen, punkterna 55 och 56).

107 I de flesta fall måste förekomsten av ett konkurrensbegränsande förfarande eller avtal härledas ur ett antal sammanträffanden och indicier som när de beaktas tillsammans, och när en annan hållbar förklaring saknas, kan utgöra bevis för att en överträdelse av konkurrensreglerna har skett (domen i de ovan i punkt 76 nämnda förenade målen Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen, punkt 57).

108 Det är i förevarande fall klarlagt att de kartellrelaterade diskussionerna ägde rum i anslutning till VFIG-mötena den 14 oktober respektive den 18 november 1994 och att dessa inte kunde ge upphov till och uppenbarligen inte gav upphov till några fullständiga officiella protokoll. Det kan således inte bli tal om att underkänna de handskrivna anteckningar som kommissionen har åberopat enbart av det skälet att de är ofullständiga.

109 Sökanden kan, efter en genomgång av de aktuella handlingarna, inte heller vinna framgång med sina påståenden att de två tabellerna inte kan hänföras till det ena eller det andra VFIG-mötet och att de är motstridiga.

110 Tabell 1, som AGA har ingett, är för det första daterad den 21 november 1994 och innehåller förkortade beteckningar på de sju företag, däribland AGA, som faktiskt närvarade vid VFIG-mötet den 18 november 1994 (punkt 140 i beslutet). Tabell 2

beslagtogs hos Air Products, som har uppgett att tabellen kan härröra från ovannämnda möte (punkt 141 i beslutet). Tabell 2 innehåller vidare dels samma förteckning över företag som tabell 1, dels jämförbara uppgifter om prishöjningar på flaskgas, transporter och hyror.

111 Det skall även erinras om att VFIG-mötet den 18 november 1994 är det andra och sista mötet med konkurrensbegränsande syfte som sökanden deltog i tillsammans med de stora aktörerna och att de kartellrelaterade diskussionerna därefter ägde rum i ett annat forum.

112 Tabell 1 innehåller för det andra noteringen "WF 5–6 procent på samtliga varor 1/1–95", medan det i tabell 2 anges "WF 6 procent" i kolumnen "Varor". Såsom kommissionen med rätta har understrukit är dessa uppgifter, även om de inte till fullo överensstämmer, åtminstone fullt förenliga och bekräftar sökandens delaktighet i en prishöjning med 5–6 procent från och med januari 1995.

113 Överst på sidan i tabell 1 anges dessutom följande: "Moratorium: 1.12.–31.1.95". Denna notering kan, mot bakgrund av att den bara förekommer en gång, inte förklaras på annat sätt än att den rör samtliga företag i nämnda tabell. I tabell 2 anges följande: "W/F ... 2 ms", en notering som med största sannolikhet står för det moratorium på två månader som företagen i kartellen kommit överens om. Det tilläggs att det framgår av AGA:s handskrivna anteckningar, som nämnts ovan i punkt 99, att frågan om ett moratorium diskuterades redan under mötet den 14 oktober 1994.

114 Särskilt avseende skall dessutom fästas vid att Hydrogas, en liten aktör som nämns i P. van den Heuijs redogörelse och som, vilket har klarlagts, deltog i VFIG-mötena den 14 oktober och den 18 november 1994, till skillnad från sökanden inte figurerar i nämnda tabeller.

115 Det framgår av det ovan anförda att sökanden inte har företett någon bevisning som styrker företagets påstådda avståndstagande samt att kommissionen har visat att sökanden har medverkat i avtal om fastställande av prishöjningar från oktober 1994 till december 1995 och om fastställande av ett moratorium från oktober 1994 till januari 1995.

— Fastställande av minimipriser på flaskgas som skall gälla vid försäljning till mindre kunder

116 Det skall inledningsvis påpekas att det framgår av beslutet (punkt 352) att kommissionen ansåg att de olika inblandade företagens beteende utgjorde en enda fortsatt överträdelse, som så småningom konkretiserades genom avtal och/eller samordnade förfaranden.

117 I artikel 1 i beslutet anges således att de berörda företagen, däribland sökanden, "har överträtt artikel 81.1 [EG] genom att delta i ett fortlöpande avtal och/eller samordnat förfarande inom sektorn för industrigaser och medicinska gaser i Nederländerna".

118 Vad särskilt sökanden beträffar fann kommissionen att företaget hade deltagit i överträdelsen genom att självt agera konkurrensbegränsande, bland annat genom fastställande av minimipriser på flaskgas till mindre kunder. Sökandens ansvar grundar sig i det avseendet, med beaktande av rättelsen av beslutet av den 9 april 2003, enbart på företagets delaktighet i mötet den 14 oktober 1994.

119 Efter att i meddelandet om anmärkningar ha uppgett att "man fortfarande inte [visste] om ett avtal om minimipriser faktiskt [ingicks] år 1994" klargjorde kommissionen i punkt 205 i beslutet att pristabeller och minimipriser på flaskgas till mindre kunder diskuterades vid VFIG-mötena i mars och oktober 1994, "i syfte att uppnå ett avtal" mellan åtminstone sökanden, Messer, Air Liquide, Hoek Loos och Air Products. Det nämns även i punkt 341 i beslutet att "Hoek Loos, AGA, Air Products, Air Liquide och Messer" kom överens om minimipriser på flaskgas som levererades till mindre kunder för åren "1995, 1996 och 1997".

120 Det framgår av det ovan anförda att kommissionen har kritiserat sökanden för delaktighet i ett samordnat förfarande i syfte att fastställa minimipriser på flaskgas till mindre kunder.

121 Förstainstansrätten erinrar i detta skede om att begreppet "samordnat förfarande" avser en form av samordning mellan företag som, utan att det har lett fram till att ett egentligt avtal har ingåtts, medvetet ersätter den fria konkurrensens risker med ett praktiskt inbördes samarbete (domstolens dom av den 14 juli 1972 i mål 48/69, ICI mot kommissionen, REG 1972, s. 619, punkt 64; svensk specialutgåva, volym 2, s. 25). De aktuella kriterierna för samordning och samarbete innebär inte alls ett krav på att en verklig "plan" utarbetas, utan skall förstås mot bakgrund av den egentliga grundtanken bakom fördragets konkurrensregler. Denna grundtanke är att samtliga ekonomiska aktörer självständigt skall bestämma den affärspolicy de har för avsikt att följa på den gemensamma marknaden. Även om det är riktigt att detta självständighetskrav inte utesluter att de ekonomiska aktörerna har rätt att på ett förståndigt sätt anpassa sig till konkurrenternas konstaterade eller förväntade beteende, utgör det emellertid ett klart hinder för direkta eller indirekta kontakter mellan sådana aktörer, som har till syfte eller resultat antingen att påverka en aktuell eller potentiell konkurrents marknadsbeteende eller att för en sådan konkurrent avslöja hur den berörde aktören själv har beslutat att agera eller planerar att agera på marknaden (domstolens dom av den 16 december 1975 i de förenade målen 40/73–48/73, 50/73, 54/73–56/73, 111/73, 113/73 och 114/73, Suiker Unie m.fl. mot

kommissionen, REG 1975, s. 1663, punkterna 173 och 174, och förstainstansrättens dom av den 20 april 1999 i de förenade målen T-305/94–T-307/94, T-313/94–T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 och T-335/94, Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mot kommissionen, REG 1999, s. II-931, punkt 720).

122 På samma sätt som beträffande de konkurrensbegränsande beteenden som kommissionen har kritiserat företaget för, har sökanden bestritt sitt ansvar genom att påstå att företaget öppet tog avstånd från de kartellrelaterade diskussionerna om fastställande av minimipriser på flaskgas till mindre kunder.

123 Av sökandens yttranden och den redogörelse som lämnats av G.H.M. Nordkamp, som företrädde sökanden under VFIG-mötena, framgår att den sistnämnde förhöll sig tyst i frågan om fastställande av minimipriser på flaskgas till mindre kunder när denna behandlades på mötet den 14 oktober 1994.

124 Det förhållandet att en aktör förhåller sig tyst under ett möte vid vilket ett olagligt samförstånd uppnås i en viss prispolitisk fråga kan inte jämföras med ett klart och tydligt avståndstagande. Tvärtom framgår av rättspraxis att det tysta medgivandet av ett olagligt initiativ, i avsaknad av ett öppet avståndstagande från innebörden av detta eller ett avslöjande för de administrativa enheterna, har till verkan att uppmuntra till fortsatt överträdelse och minska möjligheten för att denna upptäcks. Detta samförstånd utgör ett passivt deltagande i överträdelsen som alltså kan ådra företaget ansvar (se domen i de ovan i punkt 76 nämnda förenade målen Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen, punkt 84).

125 Enbart P. van den Heuijs vaga minnesbilder, enligt en redogörelse som på begäran upprättats kort efter det att förevarande talan väcktes, och som inte överensstämmer helt med sökandens egen redogörelse, vederlägger inte nyssnämnda slutsats. På sin höjd går det av P. van den Heuijs redogörelse att sluta sig till att de små aktörerna,

däribland sökanden, protesterade när de olagliga förslagen från andra företag tillkännagavs, innan vart och ett av dessa förslag diskuterades särskilt och varje företag fick ta ställning till fastställandet av minimipriser på flaskgas vid försäljning till mindre kunder, vilket sökanden gjorde på det sätt som anges ovan i punkt 123.

126 Sökandens beteende kan inte förstås som en sådan klar och tydlig protest att det uppfyller kraven på ett officiellt avståndstagande, enligt den restriktiva tolkning som begreppet har getts i rättspraxis.

127 Vidare påpekas att kommissionen i beslutet angav att tabellerna med de priser som skulle gälla vid försäljning till mindre flaskkunder, enligt AGA:s förklaring, presenterades av Hoek Loos i anslutning till VFIG-mötet i oktober 1994, vilket bekräftas av en notering i de handskrivna anteckningar som beslagtogs hos AGA. Framför allt hittades en handling hos sökanden, i en akt märkt "VFIG 1995", som var daterad i oktober 1994. Handlingen var rubricerad "Prislista för små flaskkunder" och innehöll en tryckt miniprislista. Samma handling hittades i Messers och Air Liquides lokaler (punkterna 207 och 208 i beslutet).

128 Sökanden har endast angett att nämnda handling mycket väl kan ha överlämnats till företaget under mötet den 14 oktober 1994, men att det faktum att företaget hade handlingen i sin ägo inte innebar att det deltog i ett avtal om minimipriser eller ens i en diskussion angående ett sådant.

129 Det faktum att sökanden deltog i mötet den 14 oktober 1994 kvarstår och, såsom kommissionen med rätta har understrukit, det är föga förvånande att det, till skillnad från prishöjningen och fastställandet av ett moratorium, inte gjordes någon särskild notering angående sökanden eller något annat företag, eftersom handlingen i fråga bestod av en prislista som delades ut under detta möte. Det faktum att sökanden behöll en sådan handling är knappast förenligt med påståendet om ett öppet avståndstagande och den nödvändiga följden av detta, nämligen att företaget självständigt bestämde vilken politik det ville tillämpa på den relevanta marknaden, vilket enligt rättspraxis krävs av varje ekonomisk aktör (se domen i det ovan i punkt 58 nämnda målet kommissionen mot Anic Partecipazioni, punkt 116 och där angiven rättspraxis).

130 På samma sätt som fallet var med de två första handlingarna som kommissionen kritiserat, men utan att direkt motbevisa sökandens påstående om öppet avståndstagande, visar det faktum att sökanden deltog i det andra kartellrelaterade mötet den 18 november 1994 att företaget var inställt på att genomföra konkurrensbegränsande åtgärder som i efterhand motsäger påståendet om att företaget öppet tog avstånd från de kartellrelaterade diskussionerna vid mötet den 14 oktober 1994.

131 Enbart det förhållandet att sökanden inte har lyckats styrka sitt påstående om öppet avståndstagande är emellertid inte tillräckligt för att fastställa att företaget skall hållas ansvarigt.

132 I domen, meddelad efter överklagande, i det ovan i punkt 58 nämnda målet kommissionen mot Anic Partecipazioni, angav domstolen att det av ordalydelsen i artikel 81.1 EG följer att ett samordnat förfarande, förutom samordningen mellan företagen, även förutsätter ett beteende på marknaden som svarar mot denna samordning och ett orsakssamband mellan dessa båda rekvisit (punkt 118). Vidare fastställdes att det, såvida motsatsen inte bevisas, vilket åvilar de berörda aktörerna att göra, måste antas att de företag som deltar i det samordnade förfarandet och som

fortsätter att vara aktiva på marknaden tar hänsyn till de uppgifter som de har lämnat till varandra när de bestämmer sitt beteende på marknaden (domen i det ovan i punkt 58 nämnda målet kommissionen mot Anic Partecipazioni, punkt 121).

133 Eftersom motsatsen inte har bevisats, vilket det åvilat sökanden att göra, skall företaget, som har fortsatt att vara aktivt på den relevanta marknaden efter mötet den 14 oktober 1994, anses ha tagit hänsyn till den olagliga samordning som det deltog i under nämnda möte när det bestämde sitt beteende på marknaden (domen i det ovan i punkt 58 nämnda målet kommissionen mot Anic Partecipazioni, punkterna 119 och 121).

134 Av det anförda följer att kommissionen har styrkt att sökanden har deltagit i ett samordnat förfarande i syfte att fastställa minimipriser på flaskgas vid försäljning till mindre kunder.

Överträdelsens varaktighet

135 Förstainstansrätten påpekar inledningsvis att kommissionens slutliga bedömning av hur länge den överträdelse som sökanden lagts till last varade framgår av artikel 1 i beslutet, i dess lydelse enligt beslutet av den 9 april 2003, enligt vilken överträdelseperioden påbörjades i oktober 1994 och avslutades i december 1995.

136 Med beaktande av rättelsen av beslutet har sökandens invändning om att startpunkten för överträdelsen enligt artikel 1 i beslutet är felaktig förlorat sitt föremål.

137 Sökanden har under förhandlingen påpekat att det var fel att i artikel 1 i beslutet ange månaden december 1995 som slutdatum för överträdelsen, eftersom företaget efter VFIG-mötet den 18 november 1994 inte deltog i något ytterligare kartellrelaterat möte.

138 Denna nya anmärkning kan, under förutsättning att den kan tas upp till sakprövning, inte godtas. Det skall i det avseendet endast erinras om att kommissionen har styrkt att sökanden har deltagit i ett avtal som haft ett uppenbart konkurrensbegränsande syfte, nämligen fastställande av prishöjningar för år 1995. För att beräkna varaktigheten av en överträdelse som har ett konkurrensbegränsande syfte, skall det endast fastställas hur länge detta avtal har funnits, det vill säga hur lång tid som förflutit mellan datumet då det ingicks och datumet då det upphörde (förstainstansrättens dom av den 27 juli 2005 i de förenade målen T-49/02–T-51/02, Brasserie nationale mot kommissionen, REG 2005, s. II-3033, punkt 185).

139 Sökanden har inte lyckats visa att företaget drog sig ur kartellen i förtid, det vill säga före december 1995, genom att återuppta ett uppträdande som lojal och självständig konkurrent på den relevanta marknaden. Sökanden drog sig för övrigt inte ur kartellen för att avslöja denna för kommissionen (förstainstansrättens dom av den 29 november 2005 i mål T-62/02, Union Pigments mot kommissionen, REG 2005, s. II-5057, punkt 42).

Åsidosättande av principen om likabehandling

140 Sökanden anser att kommissionen har åsidosatt principen om likabehandling vid sin bedömning av de små aktörernas delaktighet, genom att anse att endast sökanden hade brutit mot förbudet mot konkurrensbegränsande samverkan och inte företagen NTG och Hydrogas, trots att dessa deltog i flera möten under vilka olagliga avtal diskuterades.

141 I det avseendet erinras om att ett företag som genom sitt beteende har åsidosatt artikel 81.1 EG inte kan undgå påföljd på grund av att ett annat företag inte har ålagts böter, när det senares fall inte ens anhängiggjorts vid domstolen (domstolens dom av den 31 mars 1993 i de förenade målen C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 och C-125/85–C-129/85, Ahlström Osakeyhtiö m.fl. mot kommissionen, REG 1993, s. I-1307, punkt 197, svensk specialutgåva, volym 14, s. I-111, och förstainstansrättens dom av den 14 juli 1994 i mål T-77/92, Parker Pen mot kommissionen, REG 1994, s. II-549, punkt 86).

142 Sökanden kan således inte vinna framgång med argumentet att andra företag, som enligt vad som påstås befinner sig i en jämförbar situation, inte har ålagts böter.

Begäran om nedsättning av böterna

Parternas argument

143 Sökanden har anfört att överträdelsens korta varaktighet berättigar till en sänkning av bötesbeloppet.

144 Sökanden har under förhandlingen anfört att den sänkning med 20 000 euro som skedde till följd av rättelsen av beslutet den 9 april 2003 varken var motiverad eller tillräcklig.

145 Vidare anförs att kommissionen åsidosatte proportionalitetsprincipen och principen om likabehandling när den fastställde det bötesbelopp som sökanden ålagts.

146 Sökanden har i det avseendet markerat på vilka punkter företaget skiljer sig från andra aktörer till vilka beslutet var riktat, såsom det faktum att det agerade dynamiskt på marknaden, vilket kommissionen och en annan aktör har medgett, att det anslöt sig sent till VFIG, i juli 1994, vilket förklarar varför det inte deltog i de tretton möten som föreningen höll mellan 1989 och september 1994, att det opponerade sig mot de konkurrensbegränsande avtalen under mötena den 14 oktober och den 18 november 1994, att det inte deltog i de kartellrelaterade möten mellan de stora aktörerna på marknaden som hölls efter november 1994 i Breda och Barendrecht, att det hade en ringa marknadsandel på 1,5 procent medan övriga aktörer var minst dubbelt så stora som företaget, att det endast var inblandat i de olagliga beteendena under en kort period och inte deltog i uppgörelser om införande av villkor på andra områden än priser.

147 Sökanden har, mot bakgrund av dessa skillnader och med hänsyn till företagets procentuella omsättning inom industrigassektorn, ålagts en strängare påföljd än övriga företag till vilka beslutet är riktat.

148 Sökanden menar att slutresultatet blir oproportionerligt om böterna fastställs i förhållande till den totala omsättning som företagen inom industrigassektorn i Nederländerna uppnådde år 1996. De böter som sökandens ålagts motsvarar på så sätt 13,6 procent av dess omsättning, medan de för Hoek Loos bara motsvarar 2,2 procent och för AGA 7,5 procent. Om böterna fastställs i förhållande till omsättningen för år 1996 på marknaden för industrigas i Nederländerna, blir de böter som sökanden har ålagts dessutom proportionellt sett jämförliga med dem som andra företag har ålagts, trots att sökandens medverkan i kartellen inte på något sätt kan jämföras med de övriga företagens. Sökanden har vidare angett att de böter som AGA har ålagts är cirka nio gånger högre än de böter som sökanden har ålagts trots att AGA:s marknadsandel (27,4 procent) är arton gånger större än sökandens (1,5 procent).

149 Dessa siffror visar enligt sökanden att de viktigaste aktörerna i kartellen, vilka har störst kapacitet att skada konkurrensen på den relevanta marknaden, har ålagts, förhållandevis, de lägsta bötesbeloppen. Sökanden, som inte har spelat någon eller en mycket begränsad roll i kartellen och som har en mycket ringa marknadsandel, har ålagts en strängare påföljd än de företag som hade en ledande roll i kartellen.

150 Kommissionen har, sedan den erinrat om att den har ett utrymme för skönsmässig bedömning när den fastställer bötesbeloppet i kartellärenden, hävdat att de böter som sökanden ålagts är välavvägda och bestritt att principen om likabehandling har åsidosatts.

Förstainstansrättens bedömning

151 Förstainstansrätten erinrar inledningsvis om att kommissionen, vid fastställandet av varje bötesbelopp, har ett utrymme för skönsmässig bedömning och att den således inte är skyldig att tillämpa en exakt matematisk formel (domstolens dom av den 16 november 2000 i mål C-283/98 P, Mo och Domsjö mot kommissionen, REG 2000, s. I-9855, punkt 47, förstainstansrättens dom av den 6 april 1995 i mål T-150/89, Martinelli mot kommissionen, REG 1995, s. II-1165, punkt 59, och av den 14 maj 1998 i mål T-352/94, Mo och Domsjö mot kommissionen, REG 1998, s. II-1989, punkt 268). Dess bedömning skall emellertid göras med iakttagande av gemenskapsrätten, som inte bara består av bestämmelserna i fördraget utan även av allmänna rättsprinciper (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 25 juli 2002 i mål C-50/00 P, Unión de Pequeños Agricultores mot rådet, REG 2002, s. I-6677, punkt 38).

152 Det följer av fast rättspraxis att principen om likabehandling endast åsidosätts när jämförbara situationer behandlas olika eller olika situationer behandlas lika, såvida det inte finns sakliga skäl för en sådan behandling (domstolens dom av den 13 december 1984 i mål 106/83, Sermide, REG 1984, s. 4209, punkt 28, och av den 28 juni 1990 i mål C-174/89, Hoche, REG 1990, s. I-2681, punkt 25, samt

förstainstansrättens dom av den 14 maj 1998 i mål T-311/94, BPB de Eendracht mot kommissionen, REG 1998, s. II-1129, punkt 309).

153 Det skall även påpekas att bedömningen av huruvida ålagda böter är proportionerliga i förhållande till överträdelsens allvar och varaktighet, det vill säga i förhållande till kriterierna enligt artikel 15.2 i förordning nr 17, omfattas av förstainstansrättens fulla prövningsrätt med stöd av artikel 17 i den förordningen.

154 I förevarande fall är det utrett att kommissionen fastställt det bötesbelopp som ålagts sökanden i enlighet med den allmänna metod som kommissionen påtagit sig att följa i sina riktlinjer.

155 I punkt 1 första stycket i riktlinjerna föreskrivs att grundbeloppet, vid beräkningen av bötesbeloppet, skall fastställas på grundval av överträdelsens allvar och varaktighet, vilka är de enda kriterier som anges i artikel 15.2 i förordning nr 17. Kommissionen har i form av en allmän anmärkning i punkt 5 a i riktlinjerna angett att "slutresultatet av bötesberäkningen enligt schemat (grundbelopp med procentuella ökningar och minskningar) aldrig får överstiga 10 procent av företagens totala omsättning enligt artikel 15.2 i förordning nr 17". Riktlinjerna går således inte utöver den rättsliga ram för påföljder som anges i sistnämnda artikel (domen i de ovan i punkt 75 nämnda förenade målen Dansk Rørindustri m.fl. mot kommissionen, punkterna 250 och 252).

Överträdelsens varaktighet

156 Beträffande varaktigheten görs i riktlinjerna åtskillnad mellan överträdelser med kort varaktighet (normalt kortare än ett år), för vilka det grundbelopp som fastställs med hänsyn till svårighetsgraden inte får ökas, överträdelser med medellång varaktighet (normalt ett till fem år), för vilka grundbeloppet kan ökas med 50 procent, och överträdelser med lång varaktighet (normalt längre än fem år), för vilka grundbeloppet kan ökas med 10 procent för varje år (punkt 1 B första stycket första–tredje strecksatserna).

157 Således kan en ökning ske med upp till 50 procent för överträdelser med medellång varaktighet, men det föreskrivs inte i punkt 1 B i riktlinjerna att det skall ske en automatisk ökning med en viss procent, utan kommissionen ges i det avseendet ett utrymme för skönsmässig bedömning (förstainstansrättens dom av den 9 juli 2003 i mål T-220/00, Cheil Jedang mot kommissionen, REG 2003, s. II-2473, punkt 134).

158 Såsom redan har klarlagts ansåg kommissionen inledningsvis felaktigt att den överträdelse som sökanden hade gjort sig skyldig till hade varat från mars 1994 till december 1995, vilket innebar att överträdelsen bedömdes ha varit av medellång varaktighet (punkt 434 i beslutet).

159 Ändringen av beslutet av den 9 april 2003 gav möjlighet att rätta artikel 1 i beslutet med avseende på varaktigheten av den överträdelse som sökanden hade lagts till last. Kommissionen förklarade tydligt i sitt rättelsebeslut att grundbeloppet för böterna på 0,45 miljoner euro inledningsvis hade ökats med 15 procent med hänsyn till varaktigheten, en ökning som sattes ned till 10 procent med hänsyn till att startpunkten för överträdelsen hade flyttats fram till oktober 1994.

160 Eftersom överträdelsen som sökanden gjort sig skyldig till numera och med rätta anses ha ägt rum mellan oktober 1994 och december 1995, det vill säga i drygt ett år, är överträdelsen fortfarande av medellång varaktighet och kommissionen har således, med tillämpning av riktlinjerna, med rätta ökat grundbeloppet med 10 procent. Sökanden har inte inkommit med någon uppgift som tyder på att kommissionen har gjort en felaktig bedömning i det avseendet och att ökningen borde ha varit lägre än 10 procent.

161 Av det anförda följer att sökanden inte kan vinna framgång med sitt påstående att kommissionens minskning av bötesbeloppet i rättelsebeslutet var omotiverad och otillräcklig.

Huruvida de böter som sökanden ålagts är diskriminerande och/eller oproportionerliga

162 Det erinras om att kommissionen, när den fastställde grundbeloppet för böterna, vilket bestämdes med hänsyn till hur allvarlig överträdelsen var, ansåg att nämnda överträdelse, trots att de berörda företagen hade deltagit i en priskartell, endast skulle anses utgöra en allvarlig överträdelse, mot bakgrund av den begränsade geografiska omfattningen av marknaden och att sektorn var av medelstor ekonomisk betydelse (punkterna 423 och 428 i beslutet).

163 För att ta hänsyn till den specifika betydelsen av det otillåtna beteende som varje enskilt företag i kartellen hade gjort sig skyldigt till, och således till dess verkliga inverkan på konkurrensen, delade kommissionen in de berörda företagen i fyra kategorier i enlighet med deras relativa betydelse på den berörda marknaden. Kommissionen ansåg det härvid lämpligt att utgå från omsättningen år 1996 på den berörda marknaden vid jämförelsen av företagens relativa betydelse på denna marknad (punkterna 429–432 i beslutet).

164 Hoek Loos och AGA Gas ansågs vara de två klart största aktörerna på den berörda marknaden och placerades därför i den första kategorin. Air Products och Air Liquide, som är medelstora aktörer på denna marknad, placerades i den andra kategorin. Messer och BOC, vars betydelse på den berörda marknaden ansågs vara "betydligt mindre", placerades i den tredje kategorin. Sökanden, som hade en ytterst liten andel av denna marknad, placerades i den fjärde kategorin (punkt 431 i beslutet).

165 Mot bakgrund av dessa överväganden fastställde kommissionen ett identiskt grundbelopp för Hoek Loos och AGA Gas, nämligen 10 miljoner euro, mot 2,6 miljoner euro för Air Products och Air Liquide, 1,2 miljoner euro för Messer och BOC samt 0,45 miljoner euro för sökanden.

166 Vad gäller överträdelsens varaktighet fann kommissionen att överträdelsen hade varit av medellång varaktighet (ett till fyra år) för alla inblandade företag och att Hoek Loos, AGA Gas, Air Products, Air Liquide och Messer hade överträtt artikel 81.1 EG från september 1993 till december 1997, BOC från juni 1994 till december 1995 och sökanden från oktober 1994 till december 1995, efter rättelsen av beslutet av den 9 april 2003. Grundbeloppet för sökanden som inledningsvis hade höjts med 15 procent, höjdes slutligen med 10 procent med hänsyn till varaktigheten, enligt punkt 9 i beslutet av den 9 april 2003.

167 Grundbeloppet för böterna, vilket fastställdes med hänsyn till överträdelsens allvar och varaktighet, fastställdes således för såväl Hoek Loos som AGA Gas till 14 miljoner euro, mot 3,64 miljoner euro för Air Products och Air Liquide, 1,68 miljoner euro för Messer, 1,38 miljoner euro för BOC och 0,51, samt efter rättelse, 0,49 miljoner euro för sökanden.

168 Kommissionen ansåg att sökanden hade spelat en rent passiv roll i överträdelsen och att företaget inte hade deltagit i alla dess olika aspekter och att dessa förmildrande omständigheter berättigade till en nedsättning med 15 procent av grundbeloppet för de ålagda böterna, som således sattes ned till 0,43 miljoner euro (punkt 442 i beslutet) och därefter till 0,41 miljoner euro efter rättelsebeslutet av den 9 april 2003.

169 Sökanden beviljades däremot ingen nedsättning med stöd av meddelandet om samarbete.

170 Det framgår av det ovan anförda att kommissionen till fullo beaktade de enskildheter i sökandens situation som särskiljde företaget från de andra företag till vilka beslutet var riktat. Dessa rör överträdelsens varaktighet, sökandens passiva roll och dess ringa marknadsandel, och förklarar varför kommissionen i beslutet ålade företaget det lägsta bötesbeloppet.

171 Påståendet om att företaget befann sig i en annan situation än de andra företag som medverkade i kartellen, på grund av att det enligt eget påstående hade motsatt sig de konkurrensbegränsande avtalen och att det agerade dynamiskt på den relevanta marknaden, påverkar inte fastställandet av bötesbeloppet, utan hör till frågan huruvida det föreligger en överträdelse.

172 Sökanden har emellertid påstått att det slutliga bötesbeloppet inte står i proportion till dess ringa andel på marknaden och dess omsättning på såväl världsmarknaden som den relevanta marknaden och att företaget därför har ålagts en strängare påföljd än större företag som haft en ledande roll i kartellen.

173 Det skall först och främst erinras om att kommissionen, när den fastställer bötesbelopp på grundval av överträdelsens allvar och varaktighet, inte är skyldig att säkerställa att de slutliga bötesbeloppen för de berörda företagen återspeglar de skillnader som finns beträffande företagens totala eller relevanta omsättning, för det fall den utdömer böter mot flera företag som är inblandade i samma överträdelse (domen i de ovan i punkt 75 nämnda förenade målen Dansk Rørindustri m.fl. mot kommissionen, punkt 312).

174 Vidare påpekas att det i artikel 15.2 i förordning nr 17 inte heller anges att ett litet eller medelstort företag inte får åläggas högre böter, i procent av omsättningen, än de som åläggs större företag, när flera företag som varit inblandade i samma överträdelse åläggs böter. Det framgår nämligen av denna bestämmelse att bötesbeloppen för såväl små och medelstora som för större företag skall fastställas med hänsyn till hur allvarlig överträdelsen är och till hur länge den har pågått. När kommissionen ålägger vart och ett av de företag som varit inblandande i samma överträdelse skäliga böter i förhållande till överträdelsens allvar och varaktighet, kan den inte kritiseras för att bötesbeloppet för vissa av dem är högre i förhållande till omsättningen än för andra företag (förstainstansrättens dom av den 20 mars 2002 i mål T-21/99, Dansk Rørindustri mot kommissionen, REG 2002, s. II-1681, punkt 203).

175 Det slutliga bötesbeloppet är i förevarande fall endast följden av en serie beräkningar som kommissionen gjort i enlighet med riktlinjerna, samt i förekommande fall i enlighet med meddelandet om samarbete.

176 Kommissionens bedömning av överträdelsens varaktighet, förekomsten av försvårande eller förmildrande omständigheter och i vilken utsträckning som ett företag som medverkat i en kartell har samarbetat avser det berörda företagets enskilda beteende, inte dess marknadsandel eller omsättning.

177 Det slutliga bötesbeloppet utgör inte a priori en relevant omständighet att beakta vid bedömningen av huruvida böterna eventuellt är oproportionerliga i förhållande till storleken på de företag som deltagit i kartellen.

178 Däremot utgör grundbeloppet i förevarande fall en relevant omständighet vid bedömningen av huruvida böterna eventuellt är oproportionerliga i förhållande till storleken på de företag som deltagit i kartellen.

179 I beslutet fastställde kommissionen grundbeloppet för sökandens böter, som bestämdes med hänsyn till hur allvarlig överträdelsen var, till 0,45 miljoner euro.

180 Såsom redan har påpekats, delade kommissionen i beslutet in de berörda företagen i fyra kategorier just i förhållande till deras relativa betydelse på den berörda marknaden, i syfte att kunna beakta den specifika betydelsen av det otillåtna beteende som varje företag som deltagit i kartellen hade gjort sig skyldigt till, och således dess verkliga inverkan på konkurrensen. Sökanden klassificerades i den sista kategorin.

181 Kommissionen har i detta hänseende hänvisat till sifferuppgifterna i den tredje kolumnen i tabell 1 i punkt 75 i beslutet, vilken har följande innehåll:

Företag	Total omsättning 2001 för de företag som detta beslut riktar sig till (euro)	Omsättning av flaskgas och flytande gaser i Nederländerna (euro) och uppskattade marknadsandelar 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] Efter likvidationen 2000–2001 av AGA Gas BV har AGA AB accepterat ansvar för dess dotterföretags handlingar och accepterat att det är ett av de företag som detta beslut riktar sig till.

[2] 2000 är det sista hela verksamhetsår för vilket uppgifter om AGA Gas BV:s omsättning finns.

182 Det är tillräckligt att konstatera att sökanden under referensåret hade den lägsta omsättningen på den relevanta marknaden och den minsta marknadsandelen av samtliga företag till vilka beslutet var riktat, vilket förklarar och motiverar varför företaget klassificerades i den sista kategorin och varför grundbeloppet var det lägsta bland alla de grundbelopp som kommissionen fastställde för nämnda företag. Sökandens grundbelopp skiljer sig därför på ett objektivt sätt från de andra företagens.

183 Förhållandet mellan omsättningen på den berörda marknaden för de företag som avses i tabell 1 i beslutet och de grundbelopp som kommissionen fastställt för vart och ett av dessa företag visar att sökanden inte erhållit en oproportionerlig behandling, eftersom grundbeloppen för böterna motsvarar 17,3 procent av omsättningen på den ifrågavarande marknaden för sökanden mot 14 procent för Hoek Loos. 20,3 procent för AGA Gas. 13,98 procent för Air Products. 20,2 procent för Air Liquide, 14,6 procent för Messer och 17,6 procent för BOC.

184 Sökanden har i sin ansökan påstått att, för det fall böterna verkligen har fastställts i förhållande till omsättningen för år 1996 på marknaden för industrigas i Nederländerna, är sökandens böter proportionellt sett jämförliga med dem som andra företag har ålagts trots att företagets medverkan i den konkurrensbegränsande samverkan inte på något sätt kan jämföras med de andra företagens medverkan. Det är i det avseendet tillräckligt att erinra om att det faktum att företaget har spelat en mindre roll i överträdelsen i förhållande till de andra företagen har beaktats av kommissionen såsom en förmildrande omständighet i syfte att sätta ned sökandens bötesbelopp.

185 Sökanden kan således inte vinna framgång med sitt påstående att de böter som företaget har ålagts är oproportionerliga, eftersom grundbeloppet för sökandens böter är motiverat mot bakgrund av de kriterier som kommissionen lade till grund för sin bedömning av vart och ett av företagens betydelse på den relevanta marknaden (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 71 nämnda målet LR AF 1998 mot kommissionen, punkt 304).

186 Denna bedömning ligger även till grund för att tillbakavisa sökandens argument vad avser jämförelsen med Hoek Loos och AGA Gas såvitt avser förhållandet mellan det

slutliga bötesbeloppet och världsomsättningen, då den sistnämnda inte beaktades av kommissionen vid bedömningen av överträdelsens allvar och vid fastställandet av grundbeloppen för bötesberäkningen.

187 Det framgår av det ovan anförda att sökanden inte har visat att de böter som företaget ålagts är diskriminerande och/eller oproportionerliga och att det slutliga bötesbeloppet är välavvägt.

Begäran om vittnesförhör med P. van den Heuij

188 Sökanden har i repliken begärt att förstainstansrätten skall höra P. van den Heuij under ed. Sökanden har under förhandlingen angett att begäran gjorts med stöd av artikel 48 i rättegångsreglerna som avser åberopande av bevisning.

189 Det skall erinras om att det framgår av artiklarna 44.1 e och 48.1 i rättegångsreglerna att en ansökan, i förekommande fall, skall innehålla uppgift om den bevisning som åberopas och att parterna i repliken och dupliken får åberopa ytterligare bevisning till stöd för sin argumentation, under förutsättning att de anger skälen till att detta inte har gjorts tidigare. Motbevisning och utvidgning av tidigare åberopad bevisning till följd av motpartens motbevisning i dennes svaromål omfattas inte av den frist som avses i artikel 48.1 i rättegångsreglerna. Denna bestämmelse rör nämligen åberopande av ny bevisning och skall läsas mot bakgrund av artikel 66.2 i rättegångsreglerna, som uttryckligen föreskriver att motbevisning får företes och att tidigare åberopad bevisning får utvidgas (domen i det ovan i punkt 74 nämnda målet Baustahlgewebe mot kommissionen, punkterna 71 och 72).

190 I förevarande fall nöjer sig förstainstansrätten med att konstatera att det framgår av handlingarna i målet att den bevisning som kommissionen har åberopat i svaromålet redan omnämndes i såväl beslutet som det till beslutet fogade meddelandet om anmärkningar.

191 Begäran om vittnesförhör med P. van den Heuij kan således inte anses utgöra sådan motbevisning som inte omfattas av den frist som avses i artikel 48.1 i rättegångsreglerna, eftersom sökanden har kunnat åberopa denna bevisning redan i sin ansökan till förstainstansrätten. Den begäran om vittnesförhör som har framställts i repliken skall därför anses för sent inkommen och begäran skall således avvisas på den grunden att sökanden inte har angett skälen till att bevisningen inte har åberopats tidigare.

Rättegångskostnader

192 Enligt artikel 87.3 i rättegångsreglerna kan förstainstansrätten besluta att kostnaderna skall delas eller att vardera parten skall bära sin rättegångskostnad om parterna ömsom tappar målet på en eller flera punkter, eller om särskilda omständigheter motiverar det.

193 I förevarande fall anges att ändringen av beslutet av den 9 april 2003 gav möjlighet att rätta artikel 1 i beslutet med avseende på varaktigheten av den överträdelse som sökanden lagts till last, då kommissionen därigenom medgav att sökanden i sin ansökan haft rätt i sin anmärkning mot den tidigare fastställda startpunkten för överträdelsen, nämligen mars 1994.

194 Med hänsyn till denna omständighet och mot bakgrund av att talan ogillas anser förstainstansrätten att det finns skäl att låta sökanden bära sin rättegångskostnad och ersätta tre fjärdedelar av kommissionens rättegångskostnad.

Mot denna bakgrund beslutar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (femte avdelningen)

följande:

1) Talan ogillas.

2) Westfalen Gassen Nederland BV skall bära sin rättegångskostnad och ersätta tre fjärdedelar av kommissionens rättegångskostnad. Kommissionen skall bära en fjärdedel av sin rättegångskostnad.

Vilaras Dehousse Šváby

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 5 december 2006.

E. Coulon M. Vilaras

Justitiesekreterare Ordförande

Innehållsförteckning

Bakgrund ..... II - 4575

Bakgrund till tvisten ..... II - 4575

Det omtvistade beslutet ..... II - 4577

Förfarandet och parternas yrkanden ..... II - 4584

Yrkandet om ogiltigförklaring av artiklarna 1 och 3 i beslutet ..... II - 4586

Parternas argument ..... II - 4586

Fastställande av prishöjningar ..... II - 4586

Fastställande av moratorier ..... II - 4589

Fastställande av minimipriser ..... II - 4590

Överträdelsens varaktighet ..... II - 4593

Åsidosättande av principen om likabehandling ..... II - 4593

Förstainstansrättens bedömning ..... II - 4594

Inledande synpunkter ..... II - 4594

Påståendet om sökandens öppna avståndstagande ..... II - 4595

— Fastställande av prishöjningar och ett moratorium ..... II - 4596

— Fastställande av minimipriser på flaskgas som skall gälla vid försäljning till mindre kunder ..... II - 4606

Överträdelsens varaktighet ..... II - 4611

Åsidosättande av principen om likabehandling ..... II - 4613

Begäran om nedsättning av böterna ..... II - 4614

Parternas argument ..... II - 4614

Förstainstansrättens bedömning ..... II - 4616

Överträdelsens varaktighet ..... II - 4618

Huruvida de böter som sökanden ålagts är diskriminerande och/eller oproportionerliga ..... II - 4619

Begäran om vittnesförhör med P. van den Heuij ..... II - 4626

Rättegångskostnader ..... II - 4627