FÖRSTAINSTANSRÄTTENS DOM (första avdelningen)
den 19 maj 1999 *

I mål T-175/95,

BASF Coatings AG, tidigare BASF Lacke und Farben AG, bolag bildat enligt tysk rätt, Münster-Hiltrup (Tyskland), företrätt av advokaten Ferdinand Hermanns, Düsseldorf, delgivningsadress: advokatbyrån Loesch et Wolter, 11, rue Goethe, Luxemburg,

sökande,

mot

Europeiska gemenskapernas kommission, inledningsvis företrädd av Bernd Langeheine, därefter av Wouter Wils, båda vid rättstjänsten, i egenskap av ombud, biträdda av advokaten Heinz-Joachim Freund, Bryssel, delgivningsadress: rättstjänsten, Carlos Gómez de la Cruz, Centre Wagner, Kirchberg, Luxemburg,

svarande,

angående en talan om ogiltigförklaring av kommissionens beslut 95/477/EG av den 12 juli 1995 om ett förfarande för tillämpning av artikel 85 i fördraget

* Rättegångsspråk: tyska.

(BASF Lacke + Farben AG och SA Accinauto — ärende IV/33.802) (EGT L 272, s. 16),

meddelar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (första avdelningen)

sammansatt av ordföranden B. Vesterdorf samt domarna R.M. Moura Ramos och P. Mengozzi,
justitiesekreterare: byrådirektören J. Palacio González,

med hänsyn till det skriftliga förfarandet och efter det muntliga förfarandet den 13 januari och 2 april 1998,

följande

Dom

Bakgrund

Parterna i målet och den aktuella produkten

1 BASF Coatings AG (nedan kallat BASF eller sökanden), tidigare BASF Lacke und Farben AG, som är ett bolag bildat enligt tysk rätt med säte i Münster-Hiltrup

(Tyskland), tillverkar bland annat fordonsreparationslacker av varumärket Glasurit. År 1991 uppgick sökandens omsättning till 1 668 000 000 DM, varav 314 000 000 DM avsåg fordonsreparationslacker i hela världen och 243 000 000 DM dessa produkter inom gemenskapen.

2 Glasuritprodukterna saluförs av:

— BASF-koncernens dotterbolag i Nederländerna, Italien, Frankrike, Spanien, Förenade kungariket, Irland, Österrike, Sverige och Finland,

— fristående återförsäljare i Belgien, Luxemburg, Danmark och Portugal som är bundna av ensamåterförsäljaravtal,

— fem regionala ensamåterförsäljare i Tyskland,

— en fristående återförsäljare utan ensamrätt i Grekland.

3 Accinauto SA (nedan kallat Accinauto) är ett bolag bildat enligt belgisk rätt med säte i Bryssel som sedan år 1937 saluför BASF-koncernens fordonsreparationslacker i Belgien och Luxemburg. Sedan år 1974 är det ensamåterförsäljare för Glasuritprodukter i dessa länder. Dess omsättning under räkenskapsåret 1991

uppgick till 738 000 000 BFR, varav ungefär 85 procent avsåg försäljning av BASF-produkter.

4 I Förenade kungariket och Irland saluförs BASF-koncernens fordonsreparationslacker av BASF Coating and Inks Limited (nedan kallat BASF C & I), som är ett helägt dotterbolag inom BASF-koncernen.

5 Fordonsreparationslacker skall särskiljas från lacker för nya fordon, även om de har samma sammansättning och tillverkas i samma produktionskedjor. Lacker för nya fordon är avsedda för bilfabrikanter, medan fordonsreparationslacker är avsedda för reparationsverkstäder. Fordonsreparationslacker saluförs därför i helt andra förpackningar och kvantiteter än lacker för nya fordon.

6 Under perioden 1985—1992 var slutkonsumenternas nettopriser för fordonsreparationslacker, inbegripet priserna för Glasuritprodukter, i genomsnitt högre i Förenade kungariket än i Belgien.

Det administrativa förfarandet

7 Den 28 januari 1991 ingav Ilkeston Motor Factories Ltd (nedan kallat IMF) och Calbrook Cars Ltd, två bolag etablerade i Förenade kungariket och återförsäljare

av fordonsreparationslacker, en anmälan till kommissionen i vilken de påstod att BASF och Accinauto hade åsidosatt gemenskapens konkurrensregler.

8 Enligt klagandena hade de köpt Glasuritprodukter — IMF direkt och Calbrook Cars Ltd via IMF — av Accinauto sedan år 1986. Under sommaren 1990 stoppade Accinauto sina leveranser efter ingripande från BASF. BASF och Accinauto hade nämligen enligt klagandena ingått en överenskommelse för att förhindra parallellimport av Glasuritprodukter till Förenade kungariket.

9 Den 26 juni 1991 verkställde kommissionen en undersökning i affärslokalerna tillhörande BASF, BASF C & I, Accinauto och Technipaint, ett bolag som bildats år 1982 av de båda verkställande direktörerna i Accinauto och som har sitt säte på samma plats som Accinauto.

10 Kommissionen erhöll vidare skriftliga upplysningar av de olika parterna med stöd av artikel 11 i rådets förordning nr 17 av den 6 februari 1962, första förordningen om tillämpning av fördragets artiklar 85 och 86 (EGT 13, 1962, s. 204, svensk specialutgåva, område 8, volym 1, s. 8, nedan kallad förordning nr 17).

11 Den 12 maj 1993 riktade kommissionen ett meddelande om anmärkningar till BASF och Accinauto.

12 Den 23 september 1993 ägde förhör rum i ärendet.

13 Efter samråd med rådgivande kommittén för kartell- och monopolfrågor antog kommissionen beslut 95/477/EG av den 12 juli 1995 om ett förfarande för tillämpning av artikel 85 i fördraget (BASF Lacke + Farben AG och S.A.

Accinauto — ärende IV/33.802) (EGT L 272, s. 16, nedan kallat det omtvistade beslutet). Beslutet delgavs sökanden den 21 juli 1995.

Det omtvistade beslutet

14 Kommissionen konstaterar i det omtvistade beslutet att avtalet mellan BASF och Accinauto, enligt vilket Accinauto från och med den 8 oktober 1982 till och med den 31 december 1991 var förpliktat att vidarebefordra förfrågningar från kunder utanför avtalsområdet till BASF (Kundenanfragen weiterzuleiten), stred mot artikel 85.1 i EG-fördraget (nu artikel 81.1 EG). För sin delaktighet i överträdelsen ålades BASF böter om 2 700 000 ECU och Accinauto böter om 10 000 ECU.

15 I övervägandena i beslutet påpekar kommissionen att Accinauto i artikel 2.2 första stycket i det ensamåterförsäljaravtal som slöts mellan BASF och Accinauto i juni—oktober 1982, med retroaktiv verkan från och med den 1 januari 1982 (nedan kallat 1982 års avtal), åtog sig att "vidarebefordra förfrågningar från kunder" utanför avtalsområdet till BASF. Kommissionen anser att detta uttryck skall förstås så, att den till vilken kundförfrågningarna "vidarebefordras" träder i stället för den som "vidarebefordrar". Följaktligen har Accinauto inte rätt att självständigt besluta om det skall sälja till kunder utanför Belgien och Luxemburg. Det är BASF som bestämmer om och under vilka villkor Accinauto, BASF eller tredje part får effektuera dessa beställningar.

16 Kommissionen betonar i beslutet att dess tolkning av artikel 2 i avtalet bekräftas av det sätt på vilket parterna ständigt har tillämpat denna artikel.

17 När IMF i mars 1986 för första gången tog kontakt med Accinauto, erhöll sistnämnda bolag ett "specialtillstånd" att påbörja leveranser. BASF lämnade detta tillstånd till Accinauto därför att det ville "kanalisera och normalisera" parallellexporten av Glasuritprodukter till Förenade kungariket. Denna uppgift bekräftar enligt kommissionen att BASF redan åren 1985—1986 vidtog åtgärder mot parallellexport. Under nio månader märkte BASF de produkter som såldes av återförsäljarna i Belgien, Nederländerna och Tyskland för att utröna genom vilka kanaler Glasuritprodukterna anlände till den brittiska marknaden.

18 Enligt kommissionen begärde BASF i juni 1989 att Accinauto skulle stoppa leveranserna till IMF och övriga brittiska kunder. Beslutet att stoppa den tidigare tillåtna parallellimporten till Förenade kungariket fattades således av BASF.

19 Enligt kommissionen följde Accinauto emellertid inte det förbud som BASF ålade det. Från och med juli 1989 fakturerade Accinauto leveranserna till IMF genom Technipaint och fortsatte således sina leveranser till Förenade kungariket utan att BASF kände till detta.

20 I slutet av maj 1990 stoppade Accinauto leveranserna till IMF sedan BASF skärpt kontrollen. Enligt de uppgifter som lämnats av BASF C & I hade problemet med parallellimport förvärrats och detta bolag hade bevis för att det fanns en belgisk källa.

21 Efter den dagen iakttog Accinauto 1982 års avtal utan någon inskränkning. Enligt kommissionen upphörde inte överträdelsen av konkurrensreglerna förrän

den 1 januari 1992, då ett nytt försäljningsavtal undertecknat av parterna den 14 december 1992 och den 22 januari 1993 trädde i kraft med retroaktiv verkan. Detta avtal innehåller inte längre den aktuella klausulen enligt vilken Accinauto är skyldig att vidarebefordra förfrågningar från kunder utanför avtalsområdet till BASF.

22 Kommissionen ansåg att artikel 2.2 i 1982 års avtal hade som syfte och verkan att begränsa konkurrensen mellan Accinauto och andra återförsäljare av fordonsreparationslacker av varumärket Glasurit, särskilt mellan Accinauto och BASF C & I. Avtalet var av sådan art att det påverkade handeln mellan medlemsstaterna genom att det begränsade parallellimporten av Glasuritprodukter från Belgien till Förenade kungariket.

23 Kommissionen beslutade att ålägga BASF och Accinauto böter med hänvisning till att förbudet mot passiv försäljning strider mot målet att inrätta en gemensam marknad och utgör ett särskilt allvarligt åsidosättande av gemenskapsrätten, som är entydig i denna fråga, inbegripet beträffande de produkter och den marknad som berörs. Vidare fastställde kommissionen att BASF och Accinauto avsiktligt har begått denna överträdelse.

Förfarandet

24 Förevarande talan väcktes genom ansökan som inkom till förstainstansrättens kansli den 25 september 1995.

25 I ansökan begärde sökanden att förstainstansrätten skulle förordna om följande processledande åtgärder:

— förordna att sökandens styrelse skulle få tillgång till svarandens originalhandlingar avseende det administrativa förfarandet,

— alternativt förordna att svaranden skulle inge samtliga handlingar avseende det administrativa förfarandet till förstainstansrätten för att handlingar som är till fördel för sökanden skulle kunna undersökas,

— förordna att sökanden skulle delges ett fullständigt protokoll från förhöret den 23 september 1993 på tyska.

26 Målet, som ursprungligen tilldelades första avdelningen i utökad sammansättning, tilldelades första avdelningen genom förstainstansrättens beslut av den 4 december 1997, fattat med stöd av artiklarna 14 och 51 i rättegångsreglerna.

27 På grundval av referentens rapport beslutade förstainstansrätten (första avdelningen) att det inte fanns anledning bifalla sökandens yrkande om processledande åtgärder. Förstainstansrätten beslutade även att inleda det muntliga förfarandet utan att vidta föregående åtgärder för processledning eller bevisupptagning.

28 Parterna utvecklade sin talan och svarade på förstainstansrättens muntliga frågor vid den förhandling som ägde rum den 13 januari 1998.

29 Till följd av att en ny domare tillträdde sitt ämbete vid förstainstansrätten ändrades första avdelningens sammansättning genom förstainstansrättens beslut av den 10 mars 1998.

30 Med hänvisning till artikel 33.2 i rättegångsreglerna beslutade förstainstansrätten (första avdelningen), i sin nya sammansättning, med stöd av artikel 62 i rättegångsreglerna att det muntliga förfarandet skulle återupptagas.

31 Parterna var inte närvarande vid förhandlingen den 2 april 1998. På förslag av sökanden tillät förstainstansrätten, efter att ha hört svaranden, parterna att hänvisa till sina muntliga yttranden av den 13 januari 1998 utan att höras på nytt och att inge dessa yttranden i skriftlig version. Dessa inkom till förstainstansrättens kansli den 14 april 1998.

Parternas yrkanden

32 Sökanden har yrkat att förstainstansrätten skall

— ogiltigförklara det omtvistade beslutet i den del som avser sökanden,

— i andra hand upphäva eller nedsätta de böter den ålagts i artikel 2 i detta beslut,

— förplikta svaranden att ersätta rättegångskostnaderna,

— förplikta svaranden att ersätta kostnaderna för en bankgaranti som sökanden tvingats upprätta som garanti för bötesbeloppet.

33 Svaranden har yrkat att förstainstansrätten skall

— ogilla talan,

— förplikta sökanden att ersätta rättegångskostnaderna.

Yrkandena om ogiltigförklaring av det omtvistade beslutet

34 Sökanden har åberopat tre grunder till stöd för sin talan. Sökanden anser för det första att kommissionen har åsidosatt väsentliga formföreskrifter genom att inte iaktta sökandens rätt till försvar. Denna grund kan delas in i två delar, nämligen dels att sökanden inte har fått tillgång till kommissionens handlingar, dels att hela protokollet från förhöret inte översatts till tyska. Sökanden anser för det andra att kommissionen har åsidosatt artikel 85.1 i fördraget genom att felaktigt dra slutsatsen att 1982 års avtal stred mot denna bestämmelse. För det tredje anser sökanden att kommissionen har missbrukat sitt utrymme för skönsmässig bedömning när den fastställde bötesbeloppet.

Den första grunden: Huruvida kommissionen har åsidosatt väsentliga formföreskrifter

Den första delen: Huruvida sökanden har vägrats tillgång till handlingarna i ärendet

— Parternas argument

35 Enligt sökanden har dess rätt till försvar åsidosatts under det administrativa förfarandet, eftersom kommissionen har vägrat sökanden tillgång till samtliga handlingar som upprättades under nämnda förfarande. För att ett kontradiktoriskt förfarande skall kunna anses föreligga enligt förordning nr 17 måste kommissionen bereda de berörda företagens ombud möjlighet att gå igenom originalhandlingarna och besluta vilka handlingar de önskar åberopa till stöd för sin argumentation. Kommissionen kan inte själv besluta vilka handlingar som är användbara för försvaret.

36 Sökanden har påpekat att kommissionen endast bifogade kopior på en del av de handlingar som finns i ärendet till meddelandet om anmärkningar, nämligen en lista över handlingarna i ärendet samt nitton appendix och tre separata pärmar med bilagor. Det framgick emellertid inte tillräckligt tydligt av denna lista vilken slags handlingar det var fråga om vilka, enligt kommissionens ensidiga bedömning, innehöll klagandenas affärshemligheter eller utgjorde svarandens interna handlingar. Vidare saknades sidnumrering på de delgivna kopiorna eller så var denna sidnumrering oläsbar, vilket hindrade sökanden från att kontrollera att de var fullständiga och i överensstämmelse med originalen.

37 Det faktum att förhörsombudets kompetensområde har utökats genom en ny bestämmelse, enligt vilken företagen via detta ombud kan försäkra sig om att de kopior de fått tillgång till överensstämmer med originalen, bevisar att svaranden har medgett att dess praxis i fråga om tillgång till handlingarna i ärenden strider

mot rättssäkerhetens krav. Det framgår av den handling från internationella handelskammaren i Paris som bifogats repliken att denna uppfattning delas av det europeiska näringslivet.

38 Enligt sökanden har kommissionen i förevarande fall, genom att avslå sökandens begäran om att få tillgång till originalhandlingarna i ärendet och att få ta kopior på handlingar som den inte har delgetts, inte uppfyllt de skyldigheter som åligger den enligt förstainstansrättens rättspraxis (förstainstansrättens dom av den 17 december 1991 i mål T-7/89, Hercules Chemicals mot kommissionen, REG 1991, s. II-1711, punkt 54, svensk specialutgåva, volym 11, av den 18 december 1992 i de förenade målen T-10/92, T-11/92, T-12/92 och T-15/92, Cimenteries CBR m.fl. mot kommissionen, REG 1992, s. II-2667, punkt 38, svensk specialutgåva, volym 13, av den 1 april 1993 i mål T-65/89, BPB Industries och British Gypsum mot kommissionen, REG 1993, s. II-389, punkt 30, svensk specialutgåva, volym 14, och av den 29 juni 1995 i mål T-30/91, Solvay mot kommissionen, REG 1995, s. II-1775, punkterna 59 och 81).

39 Enligt sökanden kan inte någon av de delgivna handlingarna anses vara till dess fördel. Det är således troligt att kommissionen medvetet har underlåtit att delge sökanden de handlingar i ärendet som är viktiga för sökandens försvar. Sökanden har påpekat att det finns en möjlighet att vissa icke delgivna handlingar visar att den inte på något sätt har hindrat parallellimport av Glasuritprodukter under åren 1986—1991.

40 Kommissionen anser att den i förevarande fall har följt de regler om tillgång till handlingar som följer av domstolens och förstainstansrättens rättspraxis (domarna i de ovannämnda målen Hercules Chemicals mot kommissionen, punkt 54, Cimenteries CBR m.fl. mot kommissionen, punkt 41, BPB Industries och British Gypsum mot kommissionen, punkt 31, och efter överklagande domstolens dom av den 6 april 1995 i mål C-310/93 P, BPB Industries och British Gypsum mot kommissionen, REG 1995, s. I-865). Enligt kommissionen kan sökanden av denna rättspraxis inte dra slutsatsen att den har rätt att få tillgång

till originalhandlingarna för att kunna undersöka om kopiorna är fullständiga och i överensstämmelse med dessa och för att försäkra sig om att den har fått tillgång till alla handlingar som är till fördel och till nackdel för den.

41 Enligt kommissionen har delgivning av handlingar inte skett beroende på om de är till fördel eller till nackdel för sökanden. Sökanden har av kommissionen erhållit en komplett sammanfattning av samtliga handlingar i ärendet samt kopior på samtliga dokument, med undantag för de handlingar som är konfidentiella. Eftersom det av denna sammanfattning tillräckligt klart och precist framgår vilka handlingar som inte är tillgängliga för sökanden, eller endast till viss del är tillgängliga, har kommissionen inte helt och hållet vägrat att lämna ut handlingar såsom den påstods ha gjort i förstainstansrättens ovannämnda dom i målet Solvay mot kommissionen (punkterna 94 och 95) och i dom av den 29 juni 1995 i mål T-36/91, ICI mot kommissionen (REG 1995, s. II-1847, punkterna 100 och 104).

42 Kommissionen har betonat att sökanden inte har begärt att få tillgång till vissa specifika handlingar som nämns i sammanfattningen och som den inte delgavs på grund av att de innehöll affärshemligheter rörande Accinauto och vissa utomstående företag. Om sökanden hade framställt en sådan begäran skulle kommissionen ha kunnat höra de berörda företagen och besluta i vilken mån kommissionen hade kunnat lämna ut handlingarna i fråga utan att åsidosätta dessa företags rätt till skydd av deras affärshemligheter.

43 Kommissionen har vidare erinrat om att sökanden inte har utnyttjat den möjlighet att vända sig till förhörsombudet för att få bekräftat att sammanfattningen är fullständig som den erbjöds genom skrivelse av den 15 september 1993.

44 Kommissionen anser således att sökandens påstående att handlingar av vikt för sökandens försvar skulle ha undanhållits endast grundas på spekulationer och

antaganden. Sökanden har inga bevis för att sådana handlingar verkligen existerar.

— Förstainstansrättens bedömning

45 Enligt rättspraxis har förfarandet för att få tillgång till handlingarna i konkurrensärenden till syfte att låta mottagarna av ett meddelande om anmärkningar få kännedom om det bevismaterial som finns i kommissionens handlingar, så att de på ett tillfredsställande sätt kan bemöta de slutsatser som kommissionen kommit fram till i sitt meddelande om anmärkningar på grundval av detta material. Rätten att få tillgång till handlingarna i ärendet hör till de processrättsliga skyddsregler som syftar till att skydda rätten till försvar och att särskilt säkerställa det faktiska utövandet av rätten att yttra sig som föreskrivs i artikel 19.1 och 19.2 i förordning nr 17. Kommissionen är förpliktad att ge de företag som berörs av ett förfarande för tillämpning av artikel 85.1 i fördraget tillgång till alla handlingar, vare sig de är till för- eller nackdel för företaget, som kommissionen inhämtat under undersökningen, med undantag för andra företags affärshemligheter, kommissionens interna dokument och annan konfidentiell information (domarna i de ovannämnda målen Hercules Chemicals mot kommissionen, punkt 54, Cimenteries CBR m.fl. mot kommissionen, punkterna 38 och 41, domen av den 1 april 1993 i det ovannämnda målet BPB Industries och British Gypsum mot kommissionen, punkterna 29 och 30, och domen i det ovannämnda målet Solvay mot kommissionen, punkt 59).

46 Med hänsyn till principen om jämlikhet i medel, som i ett konkurrensmål förutsätter att det berörda företaget har en lika stor kännedom om handlingarna i målet som kommissionen, ankommer det inte på kommissionen ensam att avgöra om handlingar som har beslagtagits i samband med bevisupptagningen kan rentvå det berörda företaget. Följaktligen skall kommissionen åtminstone upprätta en tillräckligt detaljerad lista över handlingar som inte bifogas meddelandet om anmärkningar, så att det företag som mottar detta meddelande

skall kunna begära att få tillgång till specifika handlingar som kan vara till nytta för dess försvar (domen i det ovannämnda målet Solvay mot kommissionen, punkterna 83 och 101).

47 I förevarande fall har kommissionen gett sökanden en lista över handlingarna i ärendet samt nitton appendix och tre separata pärmar med bilagor som innehöll kopior på de handlingar som var tillgängliga för den senare.

48 Det framgår av listan över de 1 336 sidorna i kommissionens akt att handlingarna eller grupperna av handlingar hade delats in i tolv olika kategorier beroende på deras art och innehåll och i sex olika kategorier beroende på deras konfidentialitetsgrad. Sökanden fick inte tillgång till några handlingar i kategori F. Sökanden hade endast delvis tillgång till den enda handling som klassificerats i kategori D. I listan angavs för varje handling antalet sidor och tidpunkten för upprättande, med undantag, beträffande de handlingar som inte lämnats ut, för de handlingar som utgjorde sidorna 97, 103—105, 108—110, 167, 171, 622—626, 690 och 897—899 i akten.

49 Sedan den mottog denna lista, som den erhöll tillsammans med meddelandet om anmärkningar, har sökanden inte ingett någon särskild begäran till kommissionen om att få tillgång till en eller flera handlingar som den inte hade fått tillgång till. I sin skrivelse av den 16 juni 1993 har den nämligen endast begärt att få tillgång till kommissionens samtliga originalhandlingar, med hänvisning till att den endast erhållit kopior på en del av de handlingar som kommissionen samlat in under utredningen och att den, med anledning av att sidnumreringen var oläsbar, har haft svårt att kontrollera att kopiorna var fullständiga och i överensstämmelse med originalhandlingarna.

50 Förstainstansrätten konstaterar under dessa omständigheter att kommissionens vägran att låta sökanden få tillgång till originalhandlingarna inte kan jämföras med situationen i de ärenden som gav upphov till domarna i de ovannämnda

målen Solvay mot kommissionen och ICI mot kommissionen. Till skillnad från sökandena i dessa ärenden förfogade BASF över en lista över samtliga handlingar i ärendet, inklusive de icke delgivna handlingarna, som upprättats av kommissionens generaldirektorat. Denna lista var tillräcklig för att sökanden skulle få kännedom om ifrågavarande handlingar och i förekommande fall för att sökanden skulle kunna bestrida kommissionens beslut att inte lämna ut handlingar av en viss art, bland annat bilagor till klagomålet eller handlingar som återfanns hos Accinauto, som sökanden eventuellt hade kunna åberopa till stöd för sitt försvar.

51 Eftersom sökanden aldrig framställde någon begäran, i vilken den angav att den önskade få tillgång till handlingar med ett visst ursprung eller en viss kategori handlingar, har kommissionen inte beretts möjlighet att uppfylla de skyldigheter som den har gentemot det företag som vill få tillgång till handlingar som innehåller affärshemligheter avseende utomstående företag eller andra företag som är involverade i förfarandet. Under dessa omständigheter kan kommissionen inte kritiseras för att inte ha förfarit på ett av de sätt som anges i punkterna 92 och 93 i domen i det ovannämnda målet Solvay mot kommissionen, nämligen ha upprättat icke konfidentiella versioner av alla de handlingar som innehöll affärshemligheter avseende klagandena och Accinauto eller, om detta skulle ha visat sig vara svårt att genomföra, ha vänt sig till dessa företag för att erhålla handlingar där känsliga uppgifter har strukits.

52 Härav följer att kommissionen med rätta kunde stödja sig på den sekretessplikt som den har i fråga om vissa handlingar när den avslog sökandens begäran att få tillgång till samtliga handlingar i målet.

53 Eftersom BASF inte heller vid förstainstansrätten har angett vilka handlingar som felaktigt har ansetts konfidentiella eller vilka handlingar den har velat ha en icke

konfidentiell version av, har den inte visat att det finns ett behov av sådana åtgärder för processledning som den har begärt.

54 Enbart sökandens påstående att det bland de delgivna handlingarna saknas handlingar som är till fördel för denne är inte tillräckligt för att fastställa att sådana handlingar verkligen existerar bland de handlingar som kommissionen med rätta har kunnat underlåta att lämna ut till sökanden på grund av att de är konfidentiella (domen av den 1 april 1993 i det ovannämnda målet BPB Industries och British Gypsum mot kommissionen, punkt 33, och domen av den 6 april 1995 i det ovannämnda målet BPB Industries och British Gypsum mot kommissionen, punkt 27).

55 Under dessa omständigheter kan sökandens yrkande att svaranden skall beordras lämna ut samtliga handlingar i ärendet till sökanden inte bifallas.

56 När ett företag inte framför några särskilda uppgifter som gör att det finns skäl att ifrågasätta att vissa handlingar i ärendet skall anses vara konfidentiella, åligger det inte gemenskapsdomstolarna att undersöka varje handling som inte lämnats ut, för att bedöma kommissionens argument för att inte lämna ut dem (domen av den 6 april 1995 i det ovannämnda målet BPB Industries och British Gypsum mot kommissionen, punkt 30).

57 Vidare kan inte heller sökandens alternativa yrkande att kommissionen skall beordras att inge samtliga handlingar i ärendet till förstainstansrätten bifallas.

58 Beträffande sökandens argument att de delgivna kopiorna saknade sidnumrering eller att denna sidnumrering var oläsbar, vilket hindrade sökanden från att

kontrollera att de är fullständiga och i överensstämmelse med originalet, skall det medges att bristfällig kopiering och sidnumrering av handlingar kan medföra att dessa blir svåra att förstå. Kommissionen kan dock inte i förevarande fall anses ha åsidosatt rätten till försvar på grund av den bristande sidnumreringen. Sökanden har nämligen inte gjort gällande att kommissionen har vägrat lämna ut läsbara och korrekt sidnumrerade kopior. Sökanden har inte heller valt att vända sig till förhörsombudet för att få bekräftat att kopiorna är fullständiga jämfört med originalhandlingarna, trots att den föreslagits detta.

59 De argument skall också underkännas som hänför sig till den kritik som riktats mot kommissionens förfarande för utlämnande av handlingar, i synnerhet från internationella handelskammaren i Paris, och det faktum att denna kritik erkändes som befogad när kommission antog beslut 94/810/EKSG, EG av den 12 december 1994 om kompetensområdet för förhörsombudet vid kommissionens behandling av konkurrensärenden (EGT L 330, s. 67; svensk specialutgåva, område 8, volym 3, s. 13). Genom dessa allmänna argument kan det inte fastställas att rätten till försvar har åsidosatts, vilket är en fråga som måste undersökas mot bakgrund av de specifika omständigheterna i varje enskilt fall (domen i det ovannämnda målet Solvay mot kommissionen, punkt 60).

60 Av vad ovan anförts följer att talan inte kan bifallas på grundens första del.

Den andra delen: Huruvida sökanden hade rätt att få hela förhörsprotokollet på tyska

— Parternas argument

61 Sökanden har gjort gällande att kommissionen har åsidosatt artikel 3.1 i rådets förordning nr 1 av den 15 april 1958 om vilka språk som skall användas i

Europeiska ekonomiska gemenskapen (EGT 17, 1958, s. 385; svensk specialutgåva, område 1, volym 1, s. 14) genom att inte ge sökanden tillgång till ett protokoll från förhöret den 23 september 1993 helt och hållet avfattat på tyska. I denna artikel föreskrivs följande: "Skriftliga handlingar som någon av gemenskapens institutioner ställer till en medlemsstat eller en person som lyder under en medlemsstats jurisdiktion skall avfattas på den statens språk."

62 Enligt sökanden utgör förhörsprotokollet en sådan handling i förfarandet som avses i artikel 19.1 i förordning nr 17 och i artikel 2.1 i kommissionens förordning nr 99/63/EEG av den 25 juli 1963 om sådana förhör som avses i artikel 19.1 och 19.2 i förordning nr 17 (EGT 127, 1963, s. 2268; svensk specialutgåva, område 8, volym 1, s. 32). I egenskap av berört företag hade sökanden rätt att få protokollet på språket i den stat där den är etablerad (dom av den 15 juli 1970 i mål 41/69, ACF Chemiefarma mot kommissionen, REG 1970, s. 661, punkterna 48 och 49; svensk specialutgåva, volym 1, s. 457).

63 Det faktum att sökanden inte hade tillgång till en skriftlig översättning av de yttranden som lämnades av övriga parter vid förhöret som uttryckte sig på franska och engelska, bland annat de yttranden som lämnades av företrädare för Accinauto, klagandena och medlemsstaterna, hindrade sökanden från att på bästa sätt förbereda sitt försvar under det administrativa förfarandet. Även om dessa yttranden simultantolkades vid förhöret genom kommissionens försorg, hade sökanden behövt en tysk översättning av hela protokollet för att kunna förstå de anmärkningar som riktades mot den, i synnerhet för att sökanden skulle kunna utreda vissa omständigheter som togs upp vid detta tillfälle tillsammans med sina anställda som inte var närvarande vid detta förhör. Sökandens rätt till försvar har följaktligen åsidosatts.

64 Kommissionen anser däremot att förhörsprotokollet inte utgör en "handling" i den mening som avses i artikel 3 i ovannämnda förordning nr 1 av den 15 april 1958. Det framgår av rättspraxis att denna bestämmelse i konkurrensmål endast gäller meddelanden om anmärkningar och beslut under det administrativa förfarandet. Kommissionen har påpekat att kommentarer från företrädare för

olika parter skall antecknas i protokollet och protokollet översänds till parterna enbart för att de skall kunna kontrollera att deras egna yttranden är korrekt nedtecknade (förstainstansrättens dom av den 14 juli 1994 i mål T-77/92, Parker Pen mot kommissionen, REG 1994, s. II-549, punkterna 72—75). Protokollet är inte en handling som upprättas till förmån för de företag som deltar i förfarandet.

65 Sökanden kan i vart fall inte göra gällande att kommissionen har åsidosatt en förfaranderegel, eftersom sökandens yttranden vid förhöret återgavs på tyska och eftersom sökanden inte har gjort gällande att väsentliga uppgifter rörande sökanden var felaktiga eller saknades i protokollet.

— Förstainstansrättens bedömning

66 Förstainstansrätten erinrar om att enligt artikel 9.4 i ovannämnda förordning nr 99/63 av den 25 juli 1963 skall "[d]et väsentliga innehållet i de yttranden som avges av varje person som hörs... antecknas i ett protokoll som skall läsas och godkännas av honom".

67 I förevarande fall är det ostridigt att sökanden har haft möjlighet att få kännedom om det väsentliga innehållet i sina yttranden vid förhöret den 23 september 1993, vilka antecknats på tyska i protokollet, och att sökanden inte har gjort gällande att väsentliga uppgifter rörande denne var felaktiga eller saknades i protokollet.

68 Sökanden har vidare inte bestritt att den tack vare simultantolkning hade möjlighet att ta del av de yttranden som lämnades av övriga deltagare i förhöret.

69 Sökanden kan inte till stöd för sitt påstående att rätten till försvar har åsidosatts göra gällande att det saknas en tysk översättning av de delar av protokollet som redigerats på ett annat språk. Det förhållandet att översättning saknas kan nämligen inte i förevarande fall medföra att det administrativa förfarandet skall anses vara ogiltigt (domarna i de ovannämnda målen ACF Chemiefarma mot kommissionen, punkt 52, och Parker Pen mot kommissionen, punkt 74).

70 Sökandens svårigheter att förbereda sitt försvar kan inte ändra denna bedömning, eftersom den var företrädd vid förhöret och eftersom den av kommissionen har erhållit en skriftlig version av de yttranden som lämnats av övriga deltagare på originalspråket.

71 Talan kan därför inte bifallas på grundens andra del. Härav följer att talan inte kan vinna bifall på den första grunden.

Den andra grunden: Huruvida kommissionen åsidosatte artikel 85.1 i fördraget när den fastslog att 1982 års avtal stred mot denna bestämmelse

72 Sökanden har i huvudsak bestritt att 1982 års avtal utgjorde en överenskommelse som stred mot artikel 85.1 i fördraget och som syftade till att förhindra parallellimport av Glasuritprodukter till Förenade kungariket. Kommissionen har gjort en felaktig bedömning, för det första när den tolkade artikel 2.2 i 1982 års avtal, för det andra när den drog slutsatsen att dess tolkning stöds av hur parterna genomförde avtalet, för det tredje när den analyserade avtalets inverkan på konkurrensen och på handeln mellan medlemsstaterna och för det fjärde när den

fastställde den tidpunkt då den påstådda överträdelsen av konkurrensreglerna upphörde.

Den första delen: tolkningen av artikel 2.2 i 1982 års avtal

— Parternas argument

73 Sökanden har gjort gällande att uttrycket "vidarebefordra förfrågningar från kunder" i artikel 2.2 i 1982 års avtal endast avser vidarebefordran av information som den behöver för att på ett bättre sätt kunna planera sin försäljningsorganisation och affärsstrategi samt för att kunna uppfylla marknadens leveransbehov vid leveranssvårigheter.

74 Den har gjort gällande att begreppet "vidarebefordra" betyder "informera" både i artikel 2.1 och 2.2. I denna artikel föreskrivs således ingen skyldighet att vidarebefordra beställningar, eftersom denna implicit följer av den ensamåterförsäljarrätt på avtalsområdet som Accinauto erhållit enligt artikel 1. Vidare avser artikel 2 endast "förfrågningar" från kunder, vilka enbart syftar till att erhålla upplysningar om leveransmöjligheter och leveransvillkor. Denna artikel avsåg således inte kundbeställningar.

75 Enligt sökanden anges det inte i artikel 2.2 i avtalet att sökanden måste godkänna Accinautos försäljning utanför sitt avtalsområde. Det är tillräcklig att jämföra

denna klausul med klausulen om tillverkarens godkännandeförbehåll i ett återförsäljaravtal för Nigeria som sökanden också ingick år 1982.

76 Sökanden har påpekat att Accinauto, enligt artikel 4.1 och 4.2 i 1982 års avtal, åtog sig att regelbundet informera sökanden om det allmänna marknadsläget och att upprätta en årlig försäljningsrapport. Eftersom artikel 4 endast avsåg information om verksamheten på avtalsområdet, täcktes informationen om förfrågningar till Accinauto från kunder utanför avtalsområdet enbart av artikel 2.2 i avtalet. Sökanden har påpekat att den även hade ett stort intresse av information om försäljningen utanför avtalsområdet, bland annat för att undvika att denna försäljning skulle räknas med i varje återförsäljares omsättning inom dess avtalsområde. Vissa stöd som BASF betalade till sina återförsäljare, bland annat bidrag för reklamkostnader, beräknades nämligen med utgångspunkt i deras omsättning på deras respektive avtalsområde.

77 Sökanden har vidare påpekat att den historiska bakgrunden är relevant för att förstå vilken vikt parterna i fråga har lagt vid frågan om avtalets förenlighet med gemenskapens konkurrensregler. Det tidigare ensamåterförsäljaravtalet mellan Accinauto och föregångaren till BASF anmäldes till kommissionen år 1969. Efter invändningar från denna strök parterna år 1970 en klausul enligt vilken Accinauto inte skulle ha rätt att sälja de aktuella varorna utanför avtalsområdet.

78 Med hänsyn till den historiska bakgrunden försäkrade sökandens chefsjurist, vid den tidpunkt då de förhandlingar fördes som ledde fram till 1982 års beslut, sökanden att artikel 2.2 i dess ändrade lydelse var förenlig med gemenskapsrät-

ten. Eftersom parterna ansåg det uppenbart att denna klausul var i sin ordning, ansåg de inte att det var nödvändigt att anmäla 1982 års avtal till kommissionen.

79 Kommissionen anser inte att sökandens argument till stöd för sin tolkning av skyldigheten att vidarebefordra i artikel 2.2 är övertygande. Den har upprepat att denna klausul innehåller ett dolt förbud mot passiv exportförsäljning utan föregående godkännande och inte endast en skyldighet att vidarebefordra information.

— Förstainstansrättens bedömning

80 Förstainstansrätten erinrar om att artikel 2.2 i 1982 års avtal är placerad under rubriken "Ensamåterförsäljarrätt och konkurrensförbud". I artikel 2.2 första stycket föreskrivs följande: "Återförsäljaren förpliktar sig att till [BASF] vidarebefordra förfrågningar från kunder utanför avtalsområdet och att utanför avtalsområdet varken värva kunder, inrätta filialer eller hålla lager för försäljning av produkter som omfattas av avtalet."

81 Det är ostridigt i målet att det i den senare delen av avtalsklausulen i fråga föreskrivs ett förbud för återförsäljaren att aktivt bedriva försäljningsverksamhet utanför avtalsområdet, ett förbud som är förenligt med gemenskapens konkurrensregler. Tvisten avser därför endast frågan hur den del av den aktuella klausulen som avser passiv försäljning till kunder utanför avtalsområdet skall tolkas.

82 För att kunna avgöra om de parter som ingått 1982 års avtal har kommit överens om att begränsa återförsäljarens frihet att passivt sälja de produkter som omfattas av ensamåterförsäljaravtalet till kunder i andra medlemsstater och om parterna

följaktligen har ingått ett avtal som strider mot artikel 85.1 i fördraget, skall förstainstansrätten ta hänsyn till flera omständigheter. Förutom ordalydelsen av artikel 2.2 och tillämpningsområdet för andra klausuler i avtalet som har ett samband med återförsäljarens skyldighet i denna klausul, måste förstainstansrätten även ta hänsyn till faktiska och rättsliga omständigheter vid ingåendet och genomförandet av detta avtal, vilka bidrar till att klargöra avtalets syfte.

83 Det framgår tydligt av lydelsen av artikel 2.2 att parterna har kommit överens om särskilda regler för hur förfrågningar från kunder utanför avtalsområdet skall behandlas. Det preciseras dock varken varför dessa förfrågningar skall vidarebefordras till tillverkaren eller vilka följder detta får för återförsäljarens frihet att ägna sig åt passiv försäljning, i synnerhet när försäljningen sker till kunder i andra medlemsstater.

84 Förstainstansrätten påpekar att det inom ramen för en bokstavstolkning av denna klausul saknar betydelse att skyldigheten att vidarebefordra avser förfrågningar, vilka endast avser att utröna Accinautos leveransmöjligheter och leveransvillkor, men inte beställningar från kunder utanför avtalsområdet. Om en förfrågan som vidarebefordras med tillämpning av denna klausul besvaras nekande, är det, såsom kommissionen har betonat, meningslöst för kunden att lämna en beställning till Accinauto. I och med att återförsäljaren är skyldig att vidarebefordra de förfrågningar som föregår beställningarna går det inte att dra slutsatsen att han helt och hållet har bibehållit sin beslutandefrihet och att han utan inskränkningar kan verkställa beställningarna.

85 Beträffande införandet av artikel 2.2 i avtalet och fastställandet av dess syfte i förhållande till andra klausuler om informationsutbyte mellan parterna, kan förstainstansrätten för det första inte godta sökandens påstående att skyldigheten att vidarebefordra i artikel 2.1 och 2.2 är av samma art som den informationsskyldighet som föreskrivs i artikel 4 i samma avtal. Accinauto åtar sig visserligen

enligt artikel 4.1 och 4.2 att regelbundet informera BASF om försäljningen och marknadssituationen inom avtalsområdet, men denna information är allmän och skall endast preciseras i sammanställningar som upprättas i slutet av varje kalenderår. I artikel 2.1 och 2.2 föreskrivs däremot att återförsäljaren eller tillverkaren omedelbart skall informeras om förfrågningar kommer från kunder inom avtalsområdet eller från kunder utanför detta område. Förstainstansrätten konstaterar därför att skyldigheten att vidarebefordra i artikel 2, i och med att det föreskrivs en ömsesidig anmälan av särskilda leveransförfrågningar, är av annan art än den informationsskyldighet som föreskrivs i artikel 4.

86 För det andra framgår det av artikel 2.1 att sökandens skyldighet att till återförsäljaren vidarebefordra samtliga förfrågningar och all information som kan möjliggöra försäljning av de aktuella produkterna på avtalsområdet följer av att den inte har rätt att använda andra distributionsnät på nämnda område. Den skyldighet att vidarebefordra som föreskrivs i denna klausul, i likhet med förbudet att använda andra distributionsnät, utgör själva innehållet i den ensamrätt som Accinauto beviljats, eftersom skyldigheten är en förutsättning för att denna rätt faktiskt skall kunna utnyttjas. Härav följer att förstainstansrätten inte kan godta sökandens tolkning att begreppet "vidarebefordra" i artikel 2.1 och 2.2 enbart betyder att den andra parten skall "informeras" om leveransförfrågningar.

87 Eftersom återförsäljarens skyldighet att vidarebefordra i artikel 2.2 i avtalet endast avser förfrågningar från kunder utanför avtalsområdet, kan slutsatsen inte dras att denna klausul enbart syftar till att förbättra sökandens möjligheter att planera sin försäljningsorganisation och affärsstrategi. Kommissionen har med rätta påpekat att om sökanden vill hålla sig informerad om kvantiteten av och kvaliteten på de produkter som de förfrågningar som riktats till Accinauto avser, skulle skyldigheten att vidarebefordra även gälla förfrågningar från kunder inom avtalsområdet. Denna information skulle sökanden för övrigt ha kunnat erhålla i form av allmän information eller genom sammanställningar, såsom föreskrivs i artikel 4 i avtalet, och inte före varje leverans. BASF kan inte heller göra gällande

att det på förhand behövde information om destinationen för de produkter som beställts från Accinauto för att enhetligt kunna dela upp begränsade leveranskvantiteter mellan sina återförsäljare. Sökandens intresse av att erhålla information om exportförsäljningen, bland annat för att räkna ut det reklambidrag som den beviljade varje återförsäljare, hade även kunnat tillgodoses genom en skyldighet att upprätta sammanställningar över denna försäljning.

88 Förstainstansrätten anser således att sökandens förklaring av syftet med skyldigheten att vidarebefordra i artikel 2.2 i 1982 års avtal inte är av sådan art att den kullkastar kommissionens påstående att denna klausul innehåller ett dolt förbud mot passiv exportförsäljning utan föregående godkännande.

89 Vidare ger den historiska bakgrunden en förklaring till varför den omtvistade klausulen är otydligt formulerad och till det dolda exportförbud som föreskrivs i denna. Sökanden kan inte förneka det implicita innehållet i denna klausul med hänvisning till att ett uttryckligt exportförbud föreskrivs i ett ensamåterförsäljaravtal för Nigeria som sökanden också ingick år 1982. Eftersom detta avtal inte är underkastat gemenskapens konkurrensregler, kunde parterna formulera sina avsikter på ett tydligare sätt.

90 Under dessa omständigheter skall det undersökas om kommissionens tolkning av artikel 2.2 även bekräftas av att parterna har genomfört en överenskommelse om att hindra parallellimport av Glasuritprodukter till Förenade kungariket.

Den andra delen: avtalets genomförande

— Parternas argument

91 Sökanden anser att det framgår av det sätt på vilket det omtvistade avtalet har genomförts att kommissionen har gjort en felaktig tolkning av begreppet "vidarebefordra". Den anser att dess tolkning av detta avtal stöds av de faktiska omständigheterna.

92 När IMF i mars 1986 för första gången riktade en förfrågan till Accinauto, tog Pierre Dudouet, verkställande direktör i detta bolag, endast kontakt med sökanden i syfte att informera sig om situationen på marknaden och om huruvida de begärda produkterna fanns tillgängliga. Pierre Dudouet exporterade sällan produkter och trodde att beställningarna till den brittiska marknaden kunde omfatta mycket stora kvantiteter. Då de av IMF begärda produkterna var lättsålda och då, enligt vad som var brukligt på fordonsreparationsmarknaden, produkterna skulle levereras med kort varsel, skulle eventuella leveransförseningar ha kunnat vara förödande för kunderna. I motsats till vad kommissionen har påstått begärde Accinauto således sökandens godkännande varken för att leverera produkterna till IMF eller för att fastställa tillämpliga villkor avseende denna försäljning.

93 Accinauto levererade de begärda produkterna till IMF och affärsförbindelserna mellan de två bolagen utvecklades därefter i positiv riktning. Fram till år 1990

ökade IMF sina beställningar konstant och Accinauto beviljade IMF större rabatter.

94 I slutet på denna period bidrog en försämrad växelkurs på engelska pund och prisökningar i Belgien och Nederländerna till att parallellimporten av Glasurit-produkter till Förenade kungariket stagnerade. Av detta skäl delade sökanden inte den oro beträffande parallellimporten som BASF C & I gav uttryck för i sitt telefax av den 28 mars 1990.

95 Då det emellertid blev brist på vissa Glasuritprodukter ombads Pierre Dudouet att prioritera leveranser till kunder inom avtalsområdet.

96 Från och med juni 1989 fakturerades Accinautos försäljning till IMF via bolaget Technipaint enbart för att skilja exporten från försäljningen i Belgien. Denna åtgärd blev möjlig att genomföra år 1989 till följd av att ett nytt datorsystem togs i bruk. Därigenom fick Accinauto bättre överblick över sina transaktioner och kunde begränsa premiebetalningarna till sina medarbetare. Även BASF var mån om att transaktionerna skulle registreras separat, eftersom det bidrog till reklamkostnaderna inom avtalsområdet.

97 I motsats till vad som anges i punkterna 75 och 76 i övervägandena i det omtvistade beslutet stoppade inte Accinauto sina leveranser till IMF i slutet av maj 1990 utan först i december 1990. Den första beställning som Accinauto erhöll efter leveransen i slutet av maj 1990 var daterad den 4 december 1990.

IMF gjorde inga nya beställningar mellan dessa datum, trots hänvisningen till en framtida beställning i den skrivelse som IMF:s advokater skickade till Accinauto den 3 juli 1990.

98 Accinauto fattade självständigt beslutet att stoppa leveranserna till IMF med hänvisning till att detta företag inte var tillförlitligt och dessutom hade uppträtt hotfullt. Sedan augusti 1989 hade IMF inte betalat sina fakturor i tid. Vid ett möte med Accinauto den 5 juni 1990 hade IMF insisterat på ytterligare leveranser, trots att det var svårt att få tag på ett stort antal Glasuritprodukter. IMF hotade Accinauto med att inlämna ett klagomål om överträdelse av konkurrensreglerna och med att etablera en filial i Belgien för att kunna ägna sig åt direktexport till Förenade kungariket.

99 Genom skrivelse av den 7 februari 1991 informerade Accinauto, genom att bifoga en kopia på Accinautos skrivelse till IMF av den 19 december 1990, för första gången sökanden om att det definitivt hade brutit sina affärsförbindelser med IMF.

100 Sökanden har anklagat kommissionen för att inte ha beaktat åberopade leveranssvårigheter, beträffande vilka sökanden lade fram trovärdig bevisning under det administrativa förfarandet. Sökanden brottades under den aktuella perioden med betydande leveranssvårigheter, som berodde på olika faktorer. De viktigaste produktsortimenten, bland annat de populäraste basfärgerna, påverkades av dessa leveranssvårigheter.

101 Sökanden införde ett informationsnät mellan sig och återförsäljarna, bland annat Accinauto, för att kunna säkerställa regelbundna leveranser på den europeiska marknaden vid en bristande tillgång på produkter. För att kunna uppfylla sin

leveransplikt gentemot kunder som beställt Glasuritprodukter ville sökanden få överblick över varuflödet och försäljningssituationen på de olika nationella marknaderna.

102 Vidare ansåg sökanden att den rätteligen kunde förvänta sig att ensamåterförsäljarna skulle prioritera gamla kunder inom sina respektive avtalsområden och inte använda de knappa resurserna till att acceptera nya beställningar eller genomföra leveranser utanför avtalsområdet.

103 Att sökandens agerande är tillåtet framgår av övervägandena i kommissionens förordning (EEG) nr 1983/83 av den 22 juni 1983 om tillämpning av artikel 85.3 i fördraget på grupper av ensamåterförsäljaravtal (EGT L 173, s. 1, svensk specialutgåva, område 17, volym 1, s. 48, nedan kallad förordning nr 1983/83) och av övervägandena i kommissionens förordning nr 67/67/EEG av den 22 mars 1967 om tillämpning av artikel 85.3 i fördraget på grupper av ensamrättsavtal (EGT 57, 1967, s. 849). Det är således tillåtet att i ett ensamåterförsäljaravtal införa en klausul om att tillverkarna kan kontrollera om återförsäljaren följer det huvudsakliga syftet med ett sådant avtal, det vill säga att agera intensivt på avtalsområdet.

104 Sökanden anser att den åberopade bristen på produkter ger en annan bild av de omständigheter som kommissionen har fastställt och leder till en annan förklaring av de faktiska omständigheterna än den som fastställdes i det omtvistade beslutet (domstolens dom av den 29 juni 1978 i mål 77/77, BP mot kommissionen, REG 1978, s. 1513, punkterna 32 och 33, och av den 28 mars 1984 i de förenade målen 29/83 och 30/83, CRAM och Rheinzink mot kommissionen, REG 1984, s. 1679, punkt 16).

105 Kommissionen har upprepat sin slutsats att det bekräftas av det sätt på vilket parterna har genomfört artikel 2.2 i avtalet, i synnerhet från och med mars 1986,

att tillverkaren förbehöll sig rätten att godkänna passiv försäljning. De förklaringar som sökanden har lämnat är varken trovärdiga eller kan kullkasta kommissionens rättsliga bedömning av de faktiska omständigheterna i det omtvistade beslutet. Kommissionen har vidare betonat att sökanden redan under det administrativa förfarandet hänvisade till sina leveranssvårigheter, vilka analyserades noga i detta förfarande.

106 Svaranden har påpekat att sökandens version av de faktiska omständigheterna inte stämmer överens med vad som sägs i handlingarna i ärendet. Det framgår av ett internt meddelande av den 5 juni 1990, nämnt i punkterna 43 och 52 i övervägandena i beslutet, att BASF hade gett Pierre Dudouet "specialtillstånd" att leverera till IMF till följd av den första förfrågan som IMF framställde till Accinauto i mars 1986. Det framgår av andra handlingar att leveranserna till IMF verkligen stoppades på uppmaning av BASF och att Accinauto från och med juni 1989 fakturerade denna försäljning via Technipaint i avsikt att dölja den. Accinauto stoppade slutligen exporten i maj 1990 sedan sökanden skärpt sin kontroll.

107 Enligt kommissionen kan de leveranssvårigheter som sökanden har hänvisat till inte förklara avtalsparternas agerande, eftersom bristsituationen endast förelåg mellan år 1988 och slutet av år 1990. Den har påpekat att det inte finns några spår, i skriftväxlingen mellan sökanden och dess återförsäljare rörande parallellimporten till Förenade kungariket, av att man fruktade att leveranserna till andra nationella marknader eventuellt skulle vara otillräckliga. Att Accinautos specialtillstånd drogs tillbaka berodde inte på de leveranssvårigheter som sökanden har hänvisat till utan på att parallellimporten var till skada för BASF C & I och medförde en prissänkning i Förenade kungariket.

108 I vart fall är de slutsatser som sökanden har dragit av domen i det ovannämnda målet BP mot kommissionen och av övervägandena i förordning nr 1983/83 felaktiga. Tillverkaren kan inte tvinga ensamåterförsäljaren att enbart sälja produkterna till kunder inom avtalsområdet genom att förbehålla sig en

motsvarande rätt att vägra leverera produkterna till återförsäljaren vid en "bristsituation". En sådan klausul skulle strida mot förordning nr 1983/83. Kommissionen har påpekat att sökanden även måste acceptera nackdelarna med denna förordning för att kunna dra nytta av fördelarna med den.

— Förstainstansrättens bedömning

109 Förstainstansrätten påpekar inledningsvis att den överträdelse av konkurrensreglerna som fastslås i det omtvistade beslutet avser det faktum att parterna har ingått ett avtal i syfte att hindra parallellimport av Glasuritprodukter till Förenade kungariket. Bedömningen av det sätt på vilket 1982 års avtal har genomförts syftar således enbart till att bekräfta att kommissionens tolkning av artikel 2.2 i avtalet är riktig.

110 Sökanden har i detta sammanhang förnekat att det föreligger ett orsakssamband mellan de faktiska omständigheter som tas upp i det omtvistade beslutet och genomförandet av ett påstått avtal som strider mot artikel 85.1 i fördraget. Enligt sökanden förklaras avtalsparternas agerande av de leveranssvårigheter som BASF brottades med under referensperioden samt av affärsmässiga beslut som Accinauto fattade självständigt.

111 Kommissionen har emellertid med rätta påpekat att BASF:s leveranssvårigheter endast förelåg åren 1988—1990 medan det omtvistade avtalet var gällande åren 1982—1991.

112 De åberopade leveranssvårigheterna kan således inte förklara varför BASF under åren 1985—1986 märkte de produkter som såldes av återförsäljarna i Belgien,

Nederländerna och Tyskland för att utröna genom vilka kanaler Glasurit-produkterna anlände till den brittiska marknaden.

113 Dessa svårigheter bekräftar inte heller sökandens förklaring till varför den hade kontakt med Accinauto i mars 1986, innan den första leveransen till IMF ägde rum. Det förelåg nämligen inga objektiva skäl som tvingade Pierre Dudouet att på förhand ta reda på om de beställda produkterna fanns tillgängliga.

114 Vidare intensifierades affärsförbindelserna mellan Accinauto och IMF år 1989, trots att BASF brottades med allvarliga problem under hela detta år. När dessa affärsrelationer avbröts i juni 1990, hade den åberopade bristsituationen till stor del redan avhjälpts.

115 Det framgår för övrigt av interna meddelanden från BASF och av skrivelser från BASF C & I och Accinauto till BASF att problemet med parallellimporten var dess effekt på det brittiska dotterbolagets verksamhet snarare än att denna import gav upphov till leveranssvårigheter som kunde påverka leveranserna till kunder i Belgien och Luxemburg.

116 Härav följer att de svårigheter som störde sökandens leveranser i förevarande fall inte i väsentlig omfattning inverkade på genomförandet av 1982 års avtal. Sökandens argument att dess agerande var tillåtet i en bristsituation, bland annat mot bakgrund av domen i det ovannämnda målet BP mot kommissionen och

övervägandena i förordning nr 1983/83, är således inte relevanta vid prövningen i detta mål.

117 Förstainstansrätten konstaterar att Accinauto, enligt ett internt meddelande från BASF av den 5 juni 1990, hade erhållit ett "specialtillstånd" att leverera till IMF:

"Innehavaren till firman [IMF] i Derby insisterar på ytterligare leveranser av fordonsreparationslacker för bilar genom Accinauto (1989 cirka 10 ton). För denna kund hade Pierre Dudouet på sin tid ett specialtillstånd till leverans genom herr Kunath. Vid det tillfället gavs tillstånd för en begränsad leverans från Bryssel. Bakgrund: Ingen volymökning genom andra återförsäljare i Belgien. Skulle ytterligare leveranser inte medges hotar man med rättsliga åtgärder.... Pierre Dudouet avvaktar information om hur ärendet skall drivas vidare!"

118 I en skrivelse av den 7 juni 1989 till BASF hänvisade Pierre Dudouet till det sammanhang i vilket detta tillstånd hade beviljats och bibehållits fram till den dagen:

"För tre till fyra år sedan beslutade Glasurit, till följd av den betydande parallellimporten till England, att med vår hjälp sätta på ett särskilt märke för varje kund på de produkter som vi säljer för att leveransens ursprung enkelt skall kunna bevisas.... Vi har kommit överens med Glasurit om att försöka kanalisera och normalisera de här inköpen för att kunna följa våra kunders inköpsvolymer oberoende av försäljningen utanför avtalsområdet.... Vi gör Er uppmärksamma på att om vi avslutar detta nätverk kan vi inte längre garantera att våra 70

försäljare eller större karosseriverkstäder inte frestas eller tillfrågas om att göra affärer med Storbritannien, vilket påtagligt skulle störa vår inre marknad."

119 Det framgår tydligt av dessa handlingar att Accinauto, till skillnad från vad sökanden har påstått, inte agerade självständigt inom ramen för sina affärsförbindelser med IMF. Att BASF strängt kontrollerade Accinautos export bekräftas av ett annat internt meddelande daterat i juni 1990:

"Härmed bifogas Accinautos svar på vår fråga hur mycket [Glasurit]produkter som exporterats från Belgien till Storbritannien. Vi bör utgå från att Pierre Dudouet säger sanningen. Han vet mycket väl att han är beroende av oss och han kommer inte att vilja riskera något."

120 Talan kan följaktligen inte bifallas på den grunden att kommissionen felbedömt genomförandet av 1982 års avtal.

Den tredje delen: Huruvida avtalet inverkade på konkurrensen och på handeln mellan medlemsstaterna

— Parternas argument

121 Sökanden har gjort gällande att kommissionen inte i tillräcklig utsträckning har tagit hänsyn till de särdrag som den brittiska marknaden för fordonsreparationslacker uppvisar.

122 Den har påstått att kostnaderna för att marknadsföra sådana produkter var och är högre i Förenade kungariket än på övriga europeiska marknader. Det relativt sena införandet på den brittiska marknaden av produkter enligt den så kallade "nya tekniken" medförde att BASF C & I ådrogs höga kostnader för att sprida denna teknik och för att säkra att service efter försäljningen fanns att tillgå hos verkstäderna. Näringsidkare som saluför flera märken och parallellimportörer, som varken erbjuder tekniskt stöd eller ett komplett produktsortiment, drar nytta av de tjänster som tillverkaren eller ensamåterförsäljaren tillhandahåller utan att det kostar dem något.

123 Sökanden har uppgett att parallellimporten av Glasuritprodukter ökade på grund av den prisskillnad på marknaden för fordonsreparationslacker som förelåg mellan Förenade kungariket och gemenskapens övriga medlemsstater. Denna prisskillnad förklarades främst av de högre marknadsföringskostnaderna i Förenade kungariket, men även av det system för priskontroll som belgiska staten införde i Belgien i början av 1980-talet för att förhindra prisökningar för slutkonsumenterna.

124 Kommissionen gjorde en felaktig bedömning när den fastslog att Glasuritprodukternas ställning på den brittiska marknaden och de existerande prisskillnaderna mellan Belgien och Förenade kungariket var sådana att de gynnade en betydande parallellimport, vilken stoppades genom 1982 års avtal.

125 Sökanden har bestritt riktigheten av de marknadsandelar som anges i punkt 16 i övervägandena i det omtvistade beslutet och som påstås representera andelen parallellimport av Glasuritprodukter av den totala försäljningen av dessa produkter på den brittiska marknaden i Förenade kungariket under åren 1986—1990. I själva verket var det årliga värdet på parallellimporten mycket

lägre än 2 000 000 DM per år, eftersom Accinautos totala försäljning till IMF låg långt under 500 000 DM per år, även under de bästa åren.

126 BASF har uppgett att det pris som är av intresse vid en konkurrensbedömning är återförsäljarens nettoförsäljningspris, vilket motsvarar "katalogpriset" minus rabatter som ges till köparen. Emellertid minskar enligt sökanden prisskillnaderna mellan Belgien och Förenade kungariket avsevärt om jämförelsen görs mellan nettoförsäljningspriserna i stället för "katalogpriserna". Sökanden har som exempel hänvisat till skillnaderna mellan de "katalogpriser" och de nettopriser som Accinauto och BASF C & I år 1988 tog ut för produkterna i linjerna 21 och 54. Härav följer enligt sökanden att parallellimport endast var lönsam då importörerna beviljades tillräckligt stora rabatter.

127 Vad gäller prisskillnaderna har sökanden presenterat nya siffror. Den anser att det bevisas av bilagorna 55 och 56 som den har gett in i målet att de rabatter som BASF C & I beviljade kunde uppgå till 52 procent, vilket innebär att nettoförsäljningspriset i Förenade kungariket låg mycket nära de nettopriser som Accinauto tog ut i Belgien, trots skillnaderna mellan "katalogpriserna". Sökanden har erinrat att den, tillsammans med sitt svar på meddelandet om anmärkningar, lämnade in en tabell som jämför priserna under åren 1988—1991. Denna tabell visar att BASF sålde en del varor till ett lägre pris i Förenade kungariket än i Belgien, vilket förklarar varför IMF hela tiden krävde att Accinauto skulle lämna större rabatter.

128 Kommissionen har vidare underlåtit att beakta det faktum att inte bara Accinauto utan även andra återförsäljare i övriga medlemsstater kunde utgöra en leveranskälla för parallellimport till Förenade kungariket. Enligt sökandens senaste uppgifter sålde ett stort antal företag, förutom Accinauto, Glasuritprodukter för import till Förenade kungariket under referensperioden. Parallellimportörerna var helt på det klara med vilka leveranskällor som fanns i gemenskapens olika medlemsstater och gjorde gemensamma inköp hos de

återförsäljare som höll de lägsta priserna inom varje produktlinje. Detta bekräftas av att IMF köpte vissa produkter av Accinauto på uppdrag av Calbrook Cars Ltd, medan det bolaget köpte andra produkter på bättre villkor i Nederländerna och Tyskland.

129 Enligt sökanden utgjorde Accinautos export endast en liten del av den totala parallellimporten av tvåkomponentlacker av varumärket Glasurit till Förenade kungariket. Denna export motsvarade nämligen inte mer än 1 procent av försäljningen av dessa produkter på den brittiska marknaden. Sökanden har således bestritt kommissionens slutsats att det omtvistade avtalet märkbart påverkade handeln mellan medlemsstaterna.

130 Kommissionen har svarat att de prisskillnader som fastslås i det omtvistade beslutet framgår av handlingar som återfanns hos BASF och att dessa prisskillnader uppmuntrade till parallellexport från Belgien till Förenade kungariket. Det är inte fastställt att BASF C & I beviljade sådana höga rabatter som sökanden har påstått, vilket skulle ha minskat de faktiska skillnaderna mellan nettoförsäljningspriserna på Glasuritprodukter i linjerna 21 och 54. Om dessa rabatter i genomsnitt verkligen uppgick till 50 procent var de mycket högre än de rabatter som beviljades inom andra avtalsområden. Sökanden har i vart fall själv medgett i sin ansökan att prisskillnaderna mellan Förenade kungariket och de övriga medlemsstaterna var ett av skälen till parallellimporten.

131 Kommissionen anser sig vidare ha visat att det omtvistade avtalet var sådant att det märkbart kunde påverka handeln mellan medlemsstaterna och har erinrat om att den inte är skyldig att bevisa att handeln mellan medlemsstaterna verkligen har påverkats märkbart (domstolens dom av den 1 februari 1978 i mål 19/77, Miller mot kommissionen, REG 1978, s. 131, punkt 15). Den har påpekat att den har genomfört de undersökningar som var nödvändiga och att den i det

omtvistade beslutet har redogjort för sina slutsatser beträffande de berörda företagens ställning på marknaden, omfattningen av deras produktion och export liksom deras prispolitik.

132 De nya tabeller som sökanden har ingett, angående de rabatter som BASF C & I beviljade fyra av sina viktigaste kunder åren 1988 och 1989, är inte övertygande. Det framgår inte heller av bilaga 54 att prisskillnaderna mellan Belgien och Förenade kungariket var obetydliga. Kommissionen har påpekat att den har medgett att prisskillnaderna beträffande produkterna i linjerna 21 och 54, som var mycket stora under åren 1985—1986, minskade betydligt under åren 1989—1990. Det var nämligen till följd av parallellimporten som sökanden försökte jämna ut prisskillnaderna mellan de två länderna, vilket visar hur viktigt det är att parallellimport kan utövas fritt.

— Förstainstansrättens bedömning

133 Enligt artikel 85.1 i fördraget är alla avtal mellan företag som har till syfte eller resultat att hindra konkurrensen inom den gemensamma marknaden förbjudna, under förutsättning att de kan påverka handeln mellan medlemsstater. Det framgår av fast rättspraxis att en klausul som syftar till att förhindra att en köpare vidaresäljer eller exporterar den vara han anskaffat till sin natur är ägnad att avskärma marknaderna och således påverka handeln mellan medlemsstaterna (domstolens dom i det ovannämnda målet Miller mot kommissionen, punkt 7, och dom av den 31 mars 1993, kallad "pappersmassedomen", 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 Osakeythiö m.fl. mot kommissionen, REG 1993, s. I-1307, punkt 176; svensk specialutgåva, volym 14). När det visar sig att försäljningen för åtminstone en av parterna i det konkurrensbegränsande avtalet utgör en icke oväsentlig andel av den aktuella marknaden, är artikel 85.1 i fördraget tillämplig (domarna i de ovannämnda målen Miller mot kommissionen, punkt 10, och Parker Pen mot kommissionen, punkt 44).

134 I förevarande fall har sökanden varken bestritt kommissionens definition av den relevanta produktmarknaden, det vill säga den brittiska marknaden för

fordonsreparationslacker, eller det faktum att dess marknadsandel på denna marknad år 1991 uppgick till 16 procent, varav 12 procent representerade Glasuritprodukterna. Sökanden har endast bestritt att parallellimporten uppgick till sådana volymer som svaranden har påstått i punkt 16 i det omtvistade beslutet. Med hänsyn till sökandens ställning på den relevanta marknaden samt det faktum, vilket sökanden själv har bekräftat, att priserna på Glasuritprodukterna under åren 1986—1991 i genomsnitt var högre på denna marknad än i de övriga medlemsstaterna, bland annat i Belgien, har kommissionen med rätta dragit slutsatsen att det omtvistade avtalet kunde påverka handeln mellan medlemsstaterna.

135 Förstainstansrätten konstaterar under dessa omständigheter att detta avtal, på grund av sitt syfte, utgör en konkurrensbegränsning som är förbjuden enligt artikel 85.1 i fördraget, utan att det är nödvändigt att undersöka om det, såsom sökanden har hävdat, inte märkbart har påverkat den relevanta marknaden (domstolens dom av den 13 juli 1966 i de förenade målen 56/64 och 58/64, Consten och Grundig mot kommissionen, REG 1966, s. 429, svensk specialutgåva, volym 1, s. 277, och förstainstansrättens dom av den 7 juli 1994 i mål T-43/92, Dunlop Slazenger mot kommissionen, REG 1994, s. II-441, punkt 127).

136 Härav följer att sökandens övriga invändningar mot kommissionens bedömning att det skett en överträdelse av ovannämnda bestämmelse i fördraget inte är relevanta, eftersom dessa invändningar, oavsett om de är välgrundade eller inte, inte kan leda till slutsatsen att ett avtal med sådant syfte och sådan omfattning som det förevarande inte strider mot gemenskapens konkurrensregler.

Den fjärde delen: Den tidpunkt då överträdelsen upphörde

— Parternas argument

137 För det fall att förstainstansrätten skulle fastslå att sökanden har åsidosatt konkurrensreglerna, har sökanden gjort gällande att denna överträdelse upp-

hörde senast i slutet av juni 1990. Det framgår enligt sökanden tydligt av dess skrivelse till Accinauto av den 21 juni 1990 att det bolaget fritt kunde bestämma över sin försäljning. Kommissionen har i vart fall själv medgett att skrivelsen av den 22 juni 1990, som BASF skickade till IMF:s advokater och som Accinauto erhöll en kopia av, var tillräckligt begriplig och tydlig på denna punkt.

138 Svaranden har upprepat att det konkurrensbegränsande avtalet inte upphörde förrän då parterna upphävde den omtvistade klausulen. Den anser att Accinauto med hänsyn till omständigheterna inte kunde tolka kopian på den skrivelse som skickats till klagandens advokater i juni 1990 på så sätt att sökanden avsade sig den rätt att godkänna exporten som den hade förbehållit sig i artikel 2.2 i 1982 års avtal. Syftet med denna skrivelse var endast att förhindra eventuella krav från IMF.

— Förstainstansrättens bedömning

139 Eftersom den överträdelse som fastslogs i det omtvistade beslutet bestod i att parterna hade ingått och deltagit i ett ensamåterförsäljaravtal i vilket en av klausulerna stod i strid med artikel 85.1 i fördraget, har kommissionen på goda grunder dragit slutsatsen att nämnda överträdelse inte upphörde förrän vid den tidpunkt då de två parterna upphävde den aktuella klausulen. Det framgår av rättspraxis att det faktum att en klausul som syftar till att begränsa konkurrensen inte har genomförts av de avtalsslutande parterna inte är ett tillräckligt skäl att undanta klausulen från förbudet i artikel 85.1 i fördraget (domen i det ovannämnda målet Miller mot kommissionen, punkt 7, och den ovannämnda pappersmassedomen, punkt 175). I förevarande fall framgår det inte av de skrivelser som sökanden har åberopat att parterna i praktiken hade för avsikt att upphäva den omtvistade klausulen. Såsom kommissionen har påpekat avsåg de tydliga formuleringarna i skrivelsen av den 22 juni 1990 i själva verket att

försvaga de påståenden om konkurrensbegränsande beteende som klaganden IMF hade framfört till parterna.

140 Av vad anförts ovan följer att talan kan inte bifallas på den grunden att artikel 85.1 i fördraget åsidosatts.

Den tredje grunden: Huruvida kommissionen missbrukat sitt bedömningsutrymme när den fastställde bötesbeloppet

— Parternas argument

141 Sökanden anser att kommissionen överskred sitt utrymme för skönsmässig bedömning när den vid fastställandet av bötesbeloppet underlät att beakta att den påstådda överträdelsen var mindre allvarlig och endast pågick under en begränsad tid och att sökanden befann sig i en svår ekonomisk situation och saknade uppsåt.

142 BASF anser att frågan hur allvarlig överträdelsen är skall bedömas mot bakgrund av den inverkan som det påstått konkurrensbegränsande avtalet hade på handeln. Det omtvistade avtalet hade emellertid ingen inverkan, eftersom det inte genomfördes av parterna. Även om det skulle ha tillämpats påverkade det inte den löpande parallellimporten från Belgien till Förenade kungariket. Leverans vägrades endast en gång, nämligen i december 1990. Detta beslut fattades dock inte till följd av avtalet utan det fattades självständigt av Accinauto. Vidare var

omfattningen av den parallellimport som berördes av 1982 års avtal obetydlig jämfört med den totala försäljningen av Glasuritprodukter i Förenade kungariket.

143 Kommissionen gjorde en felaktig bedömning när den fastställde att överträdelsen pågick under hela avtalsperioden, det vill säga mellan den 8 oktober 1982, då avtalet ingicks, och den 1 januari 1992, då det nya avtalet trädde i kraft. För det första har svaranden själv medgett att avtalets verkan inte började märkas förrän från och med år 1986. För det andra vägrade Accinauto endast att verkställa en leverans och sökanden gjorde senast i juni 1990 klart för Accinauto att det hade rätt att ägna sig åt passiv försäljning i gemenskapens övriga medlemsstater. Sökanden anser därför att kommissionen var orättvis och uppenbart åsidosatte proportionalitetsprincipen när den fastslog att överträdelsen omfattade hela avtalsperioden.

144 Sökanden har även gjort gällande att böternas funktion inte kan vara att varaktigt förvärra ett företags ekonomiska problem, även om böterna skall bestraffa en lagöverträdelse och ha en avskräckande verkan. Vid fastställandet av bötesbeloppet borde kommissionen inte helt och hållet ha bortsett från att BASF C & I gjorde stora förluster under åren 1985—1995 och att sökanden själv förutsågs gå med förluster år 1995. Under dessa omständigheter hade ett symboliskt bötesbelopp varit lämpligt.

145 Sökanden har än en gång betonat att de jurister som rådfrågades vid den tidpunkt då avtalet ingicks ansåg att den omtvistade klausulen var förenlig med gemenskapsrätten. Parterna och deras medarbetare var därför under den tid detta avtal var gällande inte medvetna om att de åsidosatte fördragets konkurrensregler.

146 Kommissionen har erinrat om att exportförbud i sig är mycket allvarliga överträdelser av konkurrensreglerna, eftersom de på konstlad väg upprätthåller

prisskillnader mellan de olika medlemsstaternas marknader och äventyrar den fria handeln inom gemenskapen (domstolens dom av den 7 juni 1983 i de förenade målen 100/80, 101/80, 102/80 och 103/80, Musique Diffusion française m.fl. mot kommissionen, REG 1983, s. 1825, punkt 107; svensk specialutgåva, volym 7, s. 133). Hur stor marknadsandelen var för den parallellimport som överträdelsen avsåg är utan betydelse för frågan hur allvarlig överträdelsen var. För övrigt har kommissionen redan vederlagt sökandens påstående att 1982 års avtal saknade ekonomisk effekt, bland annat på parallellimporten från Belgien till Förenade kungariket, samt påståendet att avtalet inte inverkade på Accinautos beslut.

147 Svaranden anser att överträdelsen inleddes redan vid den tidpunkt då parterna införde en klausul i ensamåterförsäljaravtalet om att tillverkaren förbehölls en godkännanderätt och att den fortsatte under hela den period då avtalet var gällande (domstolens dom av den 8 november 1983 i de förenade målen 96/82—102/82, 104/82 105/82, 108/82 och 110/82, IAZ m.fl. mot kommissionen, REG 1983, s. 3369, punkt 59). Enbart det förhållandet att Accinauto inte besvarade sökandens skrivelser av den 21 och den 22 juni 1990 kunde inte rätteligen medföra att 1982 års avtal hade ändrats. Enligt artikel 12.2 i avtalet måste ändringar i avtalet vara skriftliga.

148 Det saknades anledning att nedsätta böterna på grund av de förluster som sökanden och dotterbolaget BASF C & I hade drabbats av, eftersom kommissionen inte är skyldig att ta hänsyn till att beslutets mottagare går med förlust. De förluster som det brittiska dotterbolaget drabbades av under åren 1985—1989 kompenserades i vart fall av de vinster som BASF gjorde på försäljningen av fordonsreparationslacker i Förenade kungariket under samma period.

149 Kommissionen har bestritt sökandens påstående att den saknade uppsåt att begränsa konkurrensen, eftersom parterna inte var medvetna om att de åsidosatte konkurrensrätten. Den felaktiga rättsliga bedömning som sökandens jurister eventuellt gjorde kan inte på något sätt förändra det faktum att sökandens avsikt

var att tvinga Accinauto att vidarebefordra kundförfrågningar och att således kontrollera parallellimporten till Förenade kungariket.

150 Svaranden har för övrigt påpekat att bötesbeloppet på 2 700 000 ECU med god marginal understiger tio procent av sökandens omsättning under föregående räkenskapsår, vilket är den övre gräns som föreskrivs i artikel 15.2 i förordning nr 17.

Förstainstansrättens bedömning

151 Enligt artikel 15.2 i förordning nr 17 får kommissionen besluta om att ålägga varje företag som uppsåtligen eller av oaktsamhet har överträtt artikel 85.1 i fördraget böter om lägst 1 000 ECU och högst 1 000 000 ECU, eller ett högre belopp, som dock inte får överstiga tio procent av föregående räkenskapsårs omsättning för varje företag som deltagit i överträdelsen. Inom dessa gränser skall bötesbeloppet fastställas med hänsyn till hur allvarlig överträdelsen är och hur länge den pågått (domen i det ovannämnda målet Musique Diffusion française m.fl. mot kommissionen, punkt 118, och förstainstansrättens dom av den 14 maj 1998 i mål T-327/94, SCA Holding mot kommissionen, REG 1998, s. II-1373, punkt 175).

152 Förstainstansrätten erinrar om att det, för att en överträdelse av fördragets konkurrensregler skall anses vara uppsåtlig, inte är nödvändigt att företaget var medvetet om att det överträdde förbudet i dessa regler, utan det räcker att det var medvetet om att det omtvistade beteendet syftade till att begränsa konkurrensen (domen i det ovannämnda målet IAZ m.fl. mot kommissionen, punkt 45, och förstainstansrättens dom av den 14 juli 1994 i mål T-66/92, Herlitz mot kommissionen, REG 1994, s. II-531, punkt 45). Såsom framgår av förstainstansrättens tidigare konstateranden har sökanden inte kunnat undgå att känna till att den omtvistade klausulen i 1982 års avtal hade till syfte att begränsa

parallellimporten och därmed att motverka fördragets syfte att genomföra den inre marknaden genom att avskärma olika nationella marknader. Det yttrande från en juridisk rådgivare som sökanden har åberopat kan inte rentvå sökanden i detta hänseende (domen i det ovannämnda målet Miller mot kommissionen, punkt 18).

153 I förevarande fall konstaterar förstainstansrätten att kommissionen har respekterat den övre gräns som föreskrivs i förordning nr 17, vilken avser det berörda företagets totala omsättning (domen i det ovannämnda målet Musique Diffusion française m.fl. mot kommissionen, punkt 119, och förstainstansrättens dom av den 6 oktober 1994 i mål T-83/91, Tetra Pak mot kommissionen, REG 1994, s. II-755, punkt 247; svensk specialutgåva, volym 16). Svaranden uppgav vid förhandlingen att beloppet på 2 700 000 ECU utgör 7,5 procent av den omsättning på 36 600 000 ECU som, enligt de uppgifter som sökanden har lämnat, försäljningen av Glasuritprodukter uppgick till år 1991 i Förenade kungariket, Belgien och Luxemburg. Bötesbeloppet utgör således endast 0,3 procent av sökandens totala omsättning år 1991, vilken uppgick till ungefär 834 000 000 ECU (1 668 000 000 DM, se punkt 1 ovan).

154 Enligt fast rättspraxis skall böternas storlek graderas alltefter omständigheterna kring överträdelsen och hur allvarlig överträdelsen är. Vid bedömningen av hur allvarlig överträdelsen är skall konkurrensbegränsningens art beaktas (förstainstansrättens domar i det ovannämnda målet Parker Pen mot kommissionen, punkt 92, och dom av den 22 oktober 1997 i de förenade målen T-213/95 och T-18/96, SCK och FNK mot kommissionen, REG 1997, s. II-1739, punkt 246).

155 I det omtvistade beslutet fastställde kommissionen på goda grunder att den aktuella överträdelsen var särskilt allvarlig, bland annat med hänsyn till den aktuella konkurrensbegränsningens art och den starka ställning som BASF hade på den europeiska marknaden för fordonsreparationslacker.

156 Kommissionens bedömning av hur länge överträdelsen pågick är vidare inte på något sätt felaktig, eftersom denna överträdelse bestod i att parterna ingick ett avtal som till viss del stred mot artikel 85.1 i fördraget. Även om förstainstansrätten inte hade kunnat fastställa att parterna hade genomfört den

omtvistade klausulen, kvarstår dock det faktum att enbart dess existens hade kunnat skapa en "visuell och psykologisk" effekt som leder till en uppdelning av marknaden (domarna i de ovannämnda målen Miller mot kommissionen, punkt 7, och Herlitz mot kommissionen, punkt 40). Överträdelsen inleddes således vid den tidpunkt då 1982 års avtal ingicks och varade ända fram till den tidpunkt då den omtvistade klausulen faktiskt upphävdes.

157 Det skall även påpekas att kommissionen ansåg det utgöra en förmildrande omständighet att överträdelsen upphörde den 1 januari 1992, det vill säga före den 12 maj 1993 då parterna mottog meddelandet om anmärkningar.

158 Slutligen kan kommissionen inte klandras för att den inte ansåg det utgöra en förmildrande omständighet att sökanden eventuellt befann sig i ekonomiska svårigheter. Sökanden skulle nämligen i sådant fall beviljas en oberättigad konkurrensfördel jämfört med företag som anpassat sig till marknadsvillkoren på ett bättre sätt (domen i det ovannämnda målet IAZ m.fl. mot kommissionen, punkt 55).

159 Förstainstansrätten drar därför slutsatsen att kommissionen inte överskred det utrymme för skönsmässig bedömning som den förfogar över i detta hänseende när den fastställde sökandens böter till 2 700 000 ECU.

160 Av vad anförts framgår att sökandens samtliga yrkanden skall ogillas, utan att det är nödvändigt att pröva yrkandet om ersättning för kostnader för den bankgaranti som utställdes som säkerhet för bötesbeloppet.

Rättegångskostnader

161 Enligt artikel 87.2 i rättegångsreglerna skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Kommissionen har yrkat att sökanden skall förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom sökanden har tappat målet, skall kommissionens yrkande bifallas.

På dessa grunder beslutar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (första avdelningen)

följande dom:

1) **Talan ogillas.**

2) **Sökanden skall ersätta rättegångskostnaderna.**

Vesterdorf Moura Ramos Mengozzi

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 19 maj 1999.

H. Jung

Justitiesekreterare

B. Vesterdorf

Ordförande