DOMSTOLENS DOM (Sjette Afdeling)

6. april 1995 *

I sag C-310/93 P,

BPB Industries plc, Slough (Det Forenede Kongerige)

og

British Gypsum Ltd, Nottingham (Det Forenede Kongerige)

ved advokaterne Michel Waelbroeck og Denis Waelbroeck, Bruxelles, og Solicitor Gordon Boyd Buchanan Jeffrey, og med valgt adresse i Luxembourg på advokatkontoret Arendt og Medernach, 8-10, rue Mathias Hardt,

appellanter,

angående appel af dom afsagt den 1. april 1993 af De Europæiske Fællesskabers Ret i Første Instans (Anden Afdeling) i sag T-65/89, BPB Industries og British

* Processprog: engelsk.

Gypsum mod Kommissionen, Sml. II, s. 389, hvori der er nedlagt påstand om ophævelse af denne dom,

den anden part i appelsagen er:

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved Julian Currall, Kommissionens Juridiske Tjeneste, som befuldmægtiget, og med valgt adresse i Luxembourg hos Georgios Kremlis, Kommissionens Juridiske Tjeneste, Wagner-Centret, Kirchberg,

støttet af

Iberian UK Ltd, tidligere Iberian Trading (UK) Ltd, London, ved Solicitors John E. Pheasant og Simon W. Polito, og med valgt adresse i Luxembourg på advokatkontoret Loesch og Wolter, 11, rue Goethe,

intervenient,

har

DOMSTOLEN (Sjette Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, F.A. Schockweiler, og dommerne P.J.G. Kapteyn (refererende dommer), G.F. Mancini, C.N. Kakouris og J.L. Murray,

generaladvokat: P. Léger
justitssekretær: R. Grass,

på grundlag af den refererende dommers rapport,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 13. december 1994,

afsagt følgende

Dom

1 Ved appelskrift indleveret til Domstolens Justitskontor den 8. juni 1993 har BPB Industries plc og British Gypsum Ltd (herefter benævnt »BPB« og »BG«) i medfør af artikel 47 i EØF-statutten for Domstolen iværksat appel af den af Retten i Første Instans afsagte dom af 1. april 1993 (sag T/65/89, BPB Industries og British Gypsum mod Kommissionen, Sml. II, s. 389, herefter benævnt »den appellerede dom«), hvori Retten i Første Instans underkendte deres påstand om annullation af Kommissionens beslutning 89/22/EØF af 5. december 1988 angående en procedure om anvendelse af EØF-traktatens artikel 86 (IV/31.900 — BPB Industries PLC, EFT 1989 L 10, s. 50, som berigtiget i EFT 1989 L 52, s. 42, herefter benævnt »beslutningen«) og tilpligtede dem til at afholde sagens omkostninger.

2 Retten anførte følgende i den appellerede dom (præmis 2-10)

— BPB er det britiske holdingselskab for en koncern, der kontrollerer omkring halvdelen af produktionen af gipsplader i Fællesskabet, og hvis konsoliderede

nettoomsætning androg 1,116 mia. ECU i det regnskabsår, der udløb i marts 1987. I Storbritannien opererer BPB inden for pudsematerialer og gipsplader til byggeri hovedsagelig gennem et 100%-ejet datterselskab, BG. I Irland fremstilles gipsprodukterne, navnlig pudsematerialer og gipsplader til byggeri, af BPB's irske datterselskab, Gypsum Industries plc, der forsyner dels markedet i Irland, og dels — gennem BG — markedet i Nordirland.

— I Storbritannien fremstiller BG gipsplader i 8 fabrikker, der er beliggende i Midlands og den sydøstlige og nordlige del af England. BPB forsyner normalt det britiske marked med gipsplader fra fabrikker, der er beliggende i Storbritannien, mens dets irske fabrikker betjener Irland og Nordirland.

— Næsten alle gipsplader, som bruges i Det Forenede Kongerige og Irland, leveres gennem grossister i byggematerialer (herefter benævnt »grossisterne«). Forhandlersystemet gør det muligt at sikre en effektiv distributionskæde for byggevirksomhederne. Grossisterne bærer herudover kreditrisikoen i forhold til virksomhederne. Under den pågældende periode er der konstateret en tendens til koncentration blandt grossisterne.

— Før 1982 fandt der ikke løbende indførsel af gipsplader sted til Storbritannien. I dette år begyndte Lafarge UK Ltd (herefter benævnt »Lafarge«), et selskab, der hører under den franske koncern Lafarge Coppée, at importere gipsplader, der var fremstillet i Frankrig. Lafarge udvidede gradvis sin import, men på grund af forsyningsvanskeligheder i forbindelse med afhængigheden af dets fabrik i Frankrig, var Lafarge ikke i stand til at opretholde normale leverancer til et større antal kunder.

— I maj 1984 begyndte Iberian Trading UK Ltd (herefter benævnt »Iberian«) at importere gipsplader, der var fremstillet i Spanien af Española de Placas de Yeso. Dets priser lå under BG's, idet prisforskellen almindeligvis varierede

mellem 5 og 7%, selv om man har iagttaget visse større prisforskelle. Iberian's produkter var begrænset til gipsplader i mindre størrelser, der hørte til de mest efterspurgte typer. I øvrigt stødte Iberian ligeledes ved forskellige lejligheder på forsyningsvanskeligheder.

— I 1985 og 1986 leverede BG ca. 96% af de gipsplader, der solgtes i Det Forenede Kongerige, mens Lafarge og Iberian delte resten af markedet mellem sig.

— Den 17. juni 1986 indgav Iberian til Kommissionen en begæring om, at den i medfør af artikel 3 i Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962, første forordning om anvendelse af bestemmelserne i traktatens artikel 85 og 86 (EFT Specialudgave 1959-1962, s. 81, herefter benævnt »forordning nr. 17«) konstaterede, at BPB havde overtrådt artikel 86 i EØF-traktaten. Den 3. december 1987 besluttede Kommissionen at indlede proceduren efter artikel 3, stk. 1, i forordning nr. 17.

— Efter at Kommissionen havde givet virksomhederne lejlighed til at udtale sig vedrørende klagepunkterne i overensstemmelse med artikel 19, stk. 1, i forordning nr. 17 og Kommissionens forordning nr. 99/63/EØF af 25. juli 1963 om udtalelser i henhold til artikel 19, stk. 1 og 2, i Rådets forordning nr. 17 (EFT Specialudgave 1963-1964, s. 42), og efter at Kommissionen havde hørt Det Rådgivende Udvalg for Kartel- og Monopolspørgsmål, traf den den 5. december 1988 den anfægtede beslutning.

3 Beslutningens dispositive del lyder således:

»Artikel 1

British Gypsum Ltd overtrådte EØF-traktatens artikel 86 ved i tidsrummet mellem juli 1985 og august 1986 at misbruge sin dominerende stilling inden for

levering af gipsplader i Storbritannien på grundlag af en ordning med kontantbetalinger til grossister inden for byggematerialer, som accepterede udelukkende at købe gipsplader hos British Gypsum Ltd.

Artikel 2

British Gypsum Ltd overtrådte EØF-traktatens artikel 86 ved i juli og august 1985 at udøve en politik for favorisering af kunder, som ikke forhandlede importerede gipsplader, ved at give disse kunder fortrinsstilling med hensyn til levering af gips til byggeformål i perioder med forlængede leveringsfrister for dette produkt, hvilket udgjorde et misbrug af selskabets dominerende stilling inden for levering af gipsplader i Storbritannien.

Artikel 3

BPB Industries plc overtrådte EØF-traktatens artikel 86 ved gennem sit datterselskab British Gypsum Ltd at misbruge sin dominerende stilling inden for levering af gipsplader i Irland og Nordirland:

— i juni og juli 1985 ved med held at lægge pres på et konsortium af importører og dermed tilvejebringe en aftale med disse om at ophøre med at importere gipsplader i Nordirland

— ved hjælp af en række rabatter på BG's produkter, som leveredes til grossisterne i byggematerialer i Nordirland, i perioden mellem juni og december 1985 på betingelse af, at de ikke forhandlede nogen form for importerede gipsplader.

Artikel 4

Der pålægges følgende bøder:

— British Gypsum Ltd, en bøde på 3 mio. ECU for de i artikel 1 omhandlede overtrædelser af EØF-traktatens artikel 86

— BPB Industries plc, en bøde på 150 000 ECU for de i artikel 3 omhandlede overtrædelser af EØF-traktatens artikel 86.

...«

4 Det af BPB og BG anlagte annullationssøgsmål mod beslutningen førte til den appellerede dom, hvis konklusion lyder således:

»1) Artikel 2 i Kommissionens beslutning 89/22/EØF ... annulleres, for så vidt den vedrører juli 1985.

2) I øvrigt frifindes sagsøgte.

...«

5 Appellanterne har til støtte for deres appel principalt fremført fire anbringender og subsidiært ét anbringende.

6 Det første anbringende er, at der foreligger en overtrædelse af EØF-traktatens artikel 96 og 190 derved, at Retten antog, at det var unødvendigt at kontrollere, om hovedselskabet havde 100% indflydelse på datterselskabet, men lagde til grund, at førstnævnte selskab kontrollerede sidstnævnte selskab, og derved, at Retten fandt, at der forelå tilstrækkelig grundlag for at gøre BPB ansvarlig for den i beslutningens artikel 3 fastslåede overtrædelse.

7 Det andet anbringende er, at EØF-traktatens artikel 85, stk. 3, og artikel 86 er overtrådt derved, at Retten antog, at forsyningsaftalerne og de salgsfremmende præmier omfattedes af artikel 86, og at en fritagelse efter artikel 85, stk. 3, selv om den blev godtgjort, ikke på nogen måde ville påvirke anvendelsen af artikel 86.

8 Det tredje anbringende er, at artikel 86 er overtrådt derved, at Retten fandt, at forretten til leveringer af gips udgjorde misbrug af en dominerende stilling.

9 Det fjerde anbringende er, at retten til kontradiktion er blevet tilsidesat derved, at Retten antog, at Kommissionens afslag på at meddele appellanterne visse dokumenter under henvisning til deres fortrolige karakter ikke i denne sag påvirkede beslutningens lovlighed.

10 Appellanterne har subsidiært nedlagt påstand om nedsættelse af de pålagte bøder.

De tre første anbringender

11 Af de grunde, som generaladvokaten har anført under punkt 20-31, 42-69 og 76-86 i sit forslag til afgørelse, må det første, andet og tredje anbringende forkastes som ubegrundet.

Det fjerde anbringende

12 Appellanterne foreholder under dette anbringende Retten, at den fandt, at Kommissionen under den administrative procedure havde overholdt retten til kontradiktion.

13 Appellanterne havde for Retten gjort gældende (den appellerede doms præmis 21), at beslutningen burde annulleres, eftersom Kommissionen ikke havde tilsendt dem samtlige relevante dokumenter, der var i dens besiddelse, og at denne undladelse havde skadet dem alvorligt.

14 Retten fastslog, at den administrative procedure var forløbet under iagttagelse af retten til kontradiktion og henviste her til, at Kommissionen i den *Tolvte Beretning om Konkurrencepolitikken* (s. 40 og 41) har fastsat en række regler for akt-

indsigt i konkurrencesager, og at Retten selv på dette grundlag i dom af 17. december 1991 (sag T-7/89, Hercules Chemicals mod Kommissionen, Sml. II, s. 1711, præmis 53 og 54) udtalte, at Kommissionen »er forpligtet til at give de virksomheder, der er berørt af en procedure i henhold til EØF-traktatens artikel 85, stk. 1, aktindsigt i alle de dokumenter, der er indsamlet ved undersøgelsen, uanset om de er til skade eller til gunst for virksomhederne, dog ikke andre virksomheders forretningshemmeligheder, Kommissionens interne dokumenter og andre fortrolige oplysninger« (den appellerede doms præmis 29).

15 Retten udtalte endvidere, at den i dom af 18. december 1992 (forenede sager T-10/92, T-11/92, T-12/92 og T-15/92, Cimenteries CBR m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 2667, præmis 38) udtalte, at »aktindsigtsproceduren i konkurrencesager har til formål at gøre det muligt for adressaterne for en meddelelse om klagepunkter at gøre sig bekendt med de beviser, som findes i Kommissionens sagsmappe, for at de kan tage stilling til de konklusioner, som Kommissionen er nået frem til i sin meddelelse om klagepunkter på grundlag af disse bevisligheder« (den appellerede doms præmis 30).

16 Retten udtalte dernæst, at i henhold til de nævnte forpligtelser, som Kommissionen har pålagt sig selv, havde denne til meddelelsen om klagepunkterne til appellanterne bilagt en fortegnelse over samtlige de 2 095 dokumenter, som indgik i Kommissionens sagsmappe. Kommissionen havde yderligere for hvert enkelt dokument eller dokumentgruppes vedkommende angivet, om det eller de var tilgængelige for appellanterne, samt angivet seks kategorier af dokumenter, som ikke var blevet gjort tilgængelige for appellanterne. Det drejede sig for det første om dokumenter, som var af rent intern karakter i Kommissionen, for det andet om visse skrivelser og breve til og fra udenforstående virksomheder, for det tredje om visse skrivelser udvekslet med medlemsstaterne, for det fjerde om visse offentliggjorte undersøgelser og oplysninger, for det femte om visse undersøgelsesrapporter, for det sjette om et svar på en anmodning om oplysninger i medfør af artikel 11 i forordning nr. 17 (den appellerede doms præmis 31 og 32).

17 Retten udtalte derfor i præmis 33, at det fremgår

»af denne gennemgang, at sagsøgerne ikke med føje kan klage over, at Kommissionen ikke har givet dem adgang til visse dokumenter af rent intern karakter og en kategori, der, som Retten allerede har fastslået, ikke skal fremsendes. Det samme gælder korrespondance med medlemsstaterne og de offentliggjorte undersøgelser og dokumenter. Samme løsning må antages for så vidt angår undersøgelsesrapporterne og svaret på en anmodning om oplysninger fra Kommissionen eller visse brevvekslinger med de udenforstående virksomheder, som Kommissionen med rette har kunnet nægte adgang til på grund af deres fortrolige karakter. En virksomhed, til hvilken en meddelelse om klagepunkt er rettet, og som har en dominerende stilling på markedet, kan nemlig iværksætte gengældelsesforanstaltninger over for en konkurrerende virksomhed, en leverandør eller en kunde, som har samarbejdet med Kommissionen under denne undersøgelse. Endelig kan sagsøgerne af samme grund ikke hævde, at det er uretmæssigt, at en klage, der var indgivet til Kommissionen i henhold til artikel 3 i forordning nr. 17, kun er blevet stillet delvis til deres rådighed (bilag 1-233). Som følge heraf kan Kommissionens afslag på at fremsende disse dokumenter til sagsøgerne ikke i denne sag påvirke beslutningens gyldighed«.

18 Til støtte for deres anbringender har appellanterne først anført, at Retten uretmæssigt fastslog, at Kommissionen havde overholdt sin forpligtelse til at give adgang til alle indsamlede dokumenter i dens sagsmappe, som ikke var af fortrolig karakter.

19 Appellanterne har dernæst anført, at Retten selv burde have efterprøvet de dokumenter, som indeholdtes i sagsmappen.

20 Appellanterne har dernæst kritiseret Retten for at have givet Kommissionen medhold i, at den ikke havde gjort appellanterne bekendt med visse dokumenter, blot fordi der eventuelt herefter ville blive truffet gengældelsesforanstaltninger over for dem, som havde givet oplysningerne. Appellanterne har anført, at systematiske afslag på adgang til en hvilken som helst oplysning i et dokument, som ikke er af streng fortrolig karakter, indebærer en tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet.

21 For at afgøre, om dette anbringende er begrundet, erindres først om, at overholdelsen af retten til kontradiktion bl.a. indebærer, at den berørte virksomhed bliver i stand til på hensigtsmæssig måde at ytre sig om de dokumenter, Kommissionen har påberåbt sig til støtte for, at der er begået en overtrædelse (Domstolens dom af 9.11.1983, sag 322/81, Michelin mod Kommissionen, Sml. s. 3461, præmis 7).

22 Det bemærkes dernæst, at appellanterne ikke har bestridt, at Retten uden at tilsidesætte princippet om overholdelse af retten til kontradiktion har kunnet antage, at Kommissionen ikke er forpligtet til at give adgang til interne dokumenter eller andre fortrolige oplysninger. Appellanterne har alene foreholdt Retten, at denne har tilsidesat dette princip derved, at den fandt, at de dokumenter, som er angivet i den appellerede doms præmis 33, hørte til de særlige kategorier, som der ikke kan gives indsigt i, eller i hvert fald derved, at den ikke gav en tilstrækkelig begrundelse for denne opfattelse.

23 Som generaladvokaten har anført i punkt 125 i forslaget til afgørelse, har appellanterne endelig ikke for Retten beklaget sig over ikke at have fået tilsendt et dokument vedrørende klagepunkterne, men over, at de dokumenter, som de ikke har fået indsigt i, havde kunnet være nyttige for deres argumentation. De har hævdet, at kriteriet for ikke at give adgang til et dokument må være dets fortrolige karakter og ikke det forhold, at Kommissionen eventuelt kunne anvende det (den appellerede doms præmis 22).

24 Det må derfor undersøges, om Retten med rette har kunnet fastslå, at de ikke meddelte dokumenter hørte til de dokumenter, som Kommissionen med føje kan afslå at fremsende på grund af deres fortrolige karakter.

25 Med hensyn til Kommissionens afslag på at give appellanterne adgang til dens interne dokumenter, brevvekslingen med medlemsstaterne samt de offentliggjorte undersøgelser og oplysninger skal alene bemærkes, at Retten med føje har fastslået, at de to første kategorier af dokumenter var af fortrolig karakter, og at sidstnævnte kategori omhandlede dokumenter, som på grund af deres karakter var tilgængelige for appellanterne.

26 For så vidt angår brevvekslingen med udenforstående virksomheder og svaret på en anmodning om oplysninger bemærkes, at en virksomhed, der har en dominerende stilling på markedet, kan træffe gengældelsesforanstaltninger over for konkurrenter, leverandører eller kunder, som har samarbejdet i denne undersøgelse, som Kommissionen foretog. Heraf følger, at de udenforstående virksomheder, som under Kommissionens undersøgelse stiller dokumenter til rådighed for Kommissionen, som de ved kan medføre gengældelsesforanstaltninger over for dem, kun kan gøre dette, hvis de har sikkerhed for, at deres anmodning om, at dokumenterne forbliver fortrolige, bliver efterkommet.

27 Retten har derfor med føje fastslået, at Kommissionen kunne give appellanterne afslag på indsigt i disse dokumenter på grund af deres fortrolige karakter.

28 For så vidt endelig angår undersøgelsesrapporterne har appellanterne under appelsagen erkendt, at disse omhandler undersøgelser, der er foretaget hos udenforstående virksomheder. Hertil bemærkes alene, at dokumenter, der kan

afsløre overtrædelser begået af tredjemænd, og som i øvrigt er irrelevante for sagen, naturligvis ikke kan være tilgængelig for appellanterne.

29 For så vidt angår appellanternes argument om, at Rettens dom ikke indeholder en tilstrækkelig begrundelse for Kommissionens afslag på at give dem adgang til de nævnte dokumenter, bemærkes, at appellanternes påstande vedrørende en overtrædelse af retten til kontradiktion kun blev fremført »som udtryk for tvivl og rent hypotetisk«, som angivet af Retten i den appellerede doms præmis 35.

30 Når henses hertil, fremgår det klart af den appellerede doms begrundelse, som angivet ovenfor (præmis 14-17), hvorfor Retten forkastede appellanternes påstande. Retten kan derfor heller ikke, som appellanterne har gjort det, kritiseres for at have foretaget en generel behandling af de pågældende dokumenter uden på eget initiativ at have gennemgået hvert enkelt ikke meddelt dokument for at efterprøve, om de af Kommissionen fremførte grunde til ikke at gøre dem tilgængelige var holdbare.

31 Appellanterne har endelig gjort gældende, at Retten ikke har taget hensyn til, at Kommissionen under alle omstændigheder burde have tilstillet dem ikke fortrolige sammendrag af visse dokumenter.

32 Dette anbringende må også forkastes. Det er nemlig hverken godtgjort, at appellanterne har anmodet om sådanne sammendrag, eller at en sådan anmodning ville være begrundet.

33 Det fremgår af det ovenfor anførte, at appellanterne ikke kan gives medhold i deres påstand om, at Retten har tilsidesat princippet om retten til kontradiktion, hvorfor det fjerde anbringende må forkastes som ubegrundet.

Det subsidiære anbringende

34 Vedrørende det subsidiære anbringende bemærkes alene, at det ikke tilkommer Domstolen, når den træffer afgørelse vedrørende retlige spørgsmål, af billighedsgrunde at omgøre det skøn, som Retten har udøvet under sin fulde prøvelsesret vedrørende størrelsen af de bøder, som er pålagt virksomheder for overtrædelse af fællesskabsretten.

35 Da intet anbringende er begrundet, må appellen forkastes.

Sagens omkostninger

36 I henhold til procesreglementets artikel 69, stk. 2, der i medfør af artikel 18 finder anvendelse på appelsager, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger. Da appellanterne har tabt sagen, dømmes de til at betale sagens omkostninger for Domstolen, herunder intervenientens.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

DOMSTOLEN (Sjette Afdeling)

1) Appellen forkastes.

2) Appellanterne betaler sagens omkostninger, herunder intervenientens.

Schockweiler Kapteyn Mancini

Kakouris Murray

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 6. april 1995.

R. Grass
Justitssekretær

F.A. Schockweiler
Formand for Sjette Afdeling