ARREST VAN HET HOF (Zesde kamer)
6 april 1995 *

In zaak C-310/93 P,

BPB Industries plc, vennootschap naar Engels recht, gevestigd te Slough (Verenigd Koninkrijk),

en

British Gypsum Ltd, vennootschap naar Engels recht, gevestigd te Nottingham (Verenigd Koninkrijk),

vertegenwoordigd door M. en D. Waelbroeck, advocaten te Brussel, en G. Boyd Buchanan Jeffrey, Solicitor, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ten kantore van Arendt en Medernach, advocaten aldaar, Rue Mathias Hardt 8-10,

requiranten,

betreffende hogere voorziening tegen het arrest, op 1 april 1993 door het Gerecht van eerste aanleg (Tweede kamer) gewezen in zaak T-65/89 tussen BPB Industries

* Procestaal: Engels.

en British Gypsum enerzijds en Commissie van de Europese Gemeenschappen anderzijds (Jurispr. 1993, blz. II-389), en strekkende tot vernietiging van dat arrest,

andere partij bij de procedure:

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door J. Currall, lid van haar juridische dienst, als gemachtigde, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg bij G. Kremlis, lid van haar juridische dienst, Centre Wagner, Kirchberg,

ondersteund door

Iberian UK Ltd, voorheen **Iberian Trading (UK) Ltd**, vennootschap naar Engels recht, gevestigd te Londen, vertegenwoordigd door J. E. Pheasant en S. W. Polito, Solicitors, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ten kantore van Loesch en Wolter, advocaten aldaar, Rue Goethe 11,

interveniënte,

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE (Zesde kamer),

samengesteld als volgt: F. A. Schockweiler, kamerpresident, P. J. G. Kapteyn (rapporteur), G. F. Mancini, C. N. Kakouris en J. L. Murray, rechters,

advocaat-generaal: P. Léger
griffier: R. Grass

gezien het rapport van de rechter-rapporteur,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 13 december 1994,

het navolgende

Arrest

1 Bij op 8 juni 1993 ter griffie van het Hof neergelegd verzoekschrift hebben BPB Industries plc en British Gypsum Ltd (hierna: „BPB" en „BG") krachtens artikel 49 van 's Hofs Statuut-EEG hogere voorziening ingesteld tegen het op 1 april 1993 tussen hen en de Commissie gewezen arrest (zaak T-65/89, Jurispr. 1993, blz. II-389; hierna: „bestreden arrest"), waarbij het Gerecht van eerste aanleg hun beroep tot nietigverklaring van beschikking 89/22/EEG van de Commissie van 5 december 1988 inzake een procedure op grond van artikel 86 van het EEG-Verdrag (IV/31.900, BPB Industries plc) (PB 1989, L 10, blz. 50; hierna: „beschikking"), heeft verworpen en hen in de kosten heeft verwezen.

2 Blijkens het bestreden arrest (r. o. 2-10) liggen aan de zaak de volgende feiten ten grondslag:

— BPB is de Britse houdstermaatschappij van een concern dat ongeveer de helft van de produktie van gipsplaat in de Gemeenschap verzorgt en

waarvan de netto-omzet over het boekjaar dat eind maart 1987 afliep, 1,116 miljard ECU bedroeg. In Groot-Brittannië is BPB werkzaam in de sector gips voor het bouwbedrijf en gipsplaat, voornamelijk via een 100 %-dochtermaatschappij, BG. In Ierland worden gipsprodukten, met name gips voor het bouwbedrijf en gipsplaat, geproduceerd door de Ierse dochtermaatschappij van BPB, Gypsum Industries plc, die de Ierse markt en, via BG, die van Noord-Ierland bevoorraadt.

— In Groot-Brittannië produceert BG gipsplaat in acht vestigingen, in de Midlands, in Zuidoost- en in Noord-Engeland. Gewoonlijk bevoorraadt BPB de Britse markt voor gipsplaat vanuit vestigingen in Groot-Brittannië, terwijl haar fabrieken in Ierland aan Ierland zelf en aan Noord-Ierland leveren.

— Gipsplaat die in het Verenigd Koninkrijk en Ierland wordt gebruikt, wordt bijna volledig geleverd door groothandelaren in bouwmaterialen (hierna: „handelaren"). Dank zij die handelaren kan voor de bouwondernemingen een efficiënte distributieketen in stand worden gehouden. De handelaren nemen bovendien het risico van de kredietwaardigheid van de bouwondernemingen op zich. In de betrokken periode was er een constante trend van concentratie onder de handelaren.

— Vóór 1982 vond geen regelmatige invoer van gipsplaat in Groot-Brittannië plaats. In dat jaar begon Lafarge UK Limited (hierna: „Lafarge"), een vennootschap van het Franse concern Lafarge Coppée, met de invoer van in Frankrijk geproduceerde gipsplaat. Lafarge voerde haar invoer geleidelijk op. Wegens bevoorradingsmoeilijkheden die verband hielden met haar afhankelijkheid van het produktiebedrijf in Frankrijk, was Lafarge echter niet in staat aan veel van haar klanten normaal te leveren.

— In mei 1984 begon Iberian Trading UK Limited (hierna: „Iberian") met de invoer van gipsplaat die in Spanje was vervaardigd door Española de Placas de Yeso. Haar prijzen waren lager dan die van BG, met een verschil van

gewoonlijk 5 à 7 %, hoewel het prijsverschil ook groter kon zijn. Het produktenassortiment dat door Iberian werd geleverd, was beperkt tot enkele standaardformaten gipsplaat, waaronder de meest gevraagde modellen. Ook Iberian had herhaaldelijk te kampen met bevoorradingsmoeilijkheden.

— In 1985 en 1986 leverde BG ongeveer 96 % van de in het Verenigd Koninkrijk verkochte gipsplaat, terwijl de rest van de markt tussen Lafarge en Iberian werd verdeeld.

— Op 17 juni 1986 verzocht Iberian de Commissie, overeenkomstig artikel 3 van verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962, Eerste verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag (PB 1962, blz. 204; hierna: „verordening nr. 17"), vast te stellen, dat BPB inbreuk had gemaakt op artikel 86 EEG-Verdrag. Op 3 december 1987 besloot de Commissie overeenkomstig artikel 3, lid 1, van verordening nr. 17 de procedure in te leiden.

— Na de ondernemingen in de gelegenheid te hebben gesteld hun opmerkingen te maken ten aanzien van de door haar in aanmerking genomen punten van bezwaar, overeenkomstig artikel 19, lid 1, van verordening nr. 17 en verordening nr. 99/63/EEG van de Commissie van 25 juli 1963 over het horen van belanghebbenden en derden overeenkomstig artikel 19, leden 1 en 2, van verordening nr. 17 van de Raad (PB 1963, blz. 2268), en na raadpleging van het Adviescomité voor mededingingsregelingen en economische machtsposities, gaf de Commissie op 5 december 1988 de litigieuze beschikking.

3 Het dispositief van die beschikking luidt als volgt:

„Artikel 1

British Gypsum Ltd heeft tussen juli 1985 en augustus 1986 artikel 86 van het EEG-Verdrag geschonden door misbruik te maken van haar machtspositie bij

de levering van gipsplaat in Groot-Brittannië door een regeling van betalingen aan handelaren in bouwmaterialen die erin toestemden gipsplaat uitsluitend bij British Gypsum Ltd te kopen.

Artikel 2

British Gypsum Ltd heeft artikel 86 van het EEG-Verdrag geschonden door in juli en augustus 1985 een beleid tot uitvoering te brengen waarbij klanten die geen ingevoerde gipsplaat verkochten, werden bevoordeeld door de toewijzing van bestellingen met voorrang voor de levering van gips voor het bouwbedrijf toen voor dat produkt een langere leveringstermijn gold [waardoor zij misbruik heeft gemaakt van haar machtspositie] bij de levering van gipsplaat in Groot-Brittannië.

Artikel 3

BPB Industries plc heeft, langs haar dochteronderneming British Gypsum Ltd om, artikel 86 van het EEG-Verdrag geschonden door misbruik te maken van haar machtspositie bij de levering van gipsplaat in Ierland en Noord-Ierland:

— in juni en juli 1985 door met succes druk uit te oefenen op en daardoor toestemming te krijgen van een consortium van importeurs om van invoer van gipsplaat naar Noord-Ierland af te zien;

— door een reeks kortingen op BG-produkten, verkocht aan handelaren in bouwmaterialen in Noord-Ierland tussen juni en december 1985 op voorwaarde dat zij in het geheel geen ingevoerde gipsplaat verkochten.

Artikel 4

De volgende geldboeten worden opgelegd:

— British Gypsum Ltd: een geldboete van 3 000 000 ecu wegens de inbreuken op artikel 86 EEG-Verdrag, bedoeld in artikel 1;

— BPB Industries plc: een geldboete van 150 000 ecu wegens de inbreuken op artikel 86 EEG-Verdrag, bedoeld in artikel 3.

(...)"

4 Het door BPB en BG ingestelde beroep tot nietigverklaring van de beschikking heeft geleid tot het bestreden arrest, waarvan het dictum luidt als volgt:

„1) Verklaart nietig artikel 2 van beschikking 89/22/EEG (...), voor zover het betrekking heeft op de maand juli 1985.

2) Verwerpt de conclusies van het verzoekschrift voor het overige.

(...)"

5 Tot staving van hun hogere voorziening voeren requiranten vier primaire middelen en een subsidiair middel aan.

6 Met hun eerste middel stellen zij schending van de artikelen 86 en 190 EEG-Verdrag: het Gerecht zou ten onrechte hebben geoordeeld, dat het overbodig was te onderzoeken, in hoeverre de moedermaatschappij invloed uitoefende op haar 100 %-dochtermaatschappij, daar een moedermaatschappij moet worden verondersteld haar volle dochter te controleren, en dat de toerekening aan BPB van de in artikel 3 van de beschikking vastgestelde inbreuk genoegzaam was gemotiveerd.

7 Het tweede middel is ontleend aan schending van de artikelen 85, lid 3, en 86 EEG-Verdrag: requiranten komen op tegen het oordeel van het Gerecht, dat de bevoorradingsovereenkomsten en de promotiebetalingen binnen de werkingssfeer van artikel 86 vallen en dat een vrijstelling krachtens artikel 85, lid 3, gesteld dat aan de voorwaarden hiervoor zou zijn voldaan, de toepassing van artikel 86 geenszins in de weg zou staan.

8 Met hun derde middel stellen requiranten schending van artikel 86: zij maken bezwaar tegen het oordeel van het Gerecht, dat de leveringen bij voorrang van gips misbruik van machtspositie opleveren.

9 Het vierde middel is ontleend aan schending van de rechten van de verdediging: het Gerecht zou ten onrechte hebben geoordeeld, dat de weigering van de Commissie om requiranten inzage te verlenen van bepaalde stukken die haars inziens vertrouwelijk waren, in casu de wettigheid van de beschikking niet kan aantasten.

10 Requiranten vorderen subsidiair een verlaging van de aan hen opgelegde geldboeten.

De eerste drie middelen

11 Om de in de punten 20 tot en met 31, 42 tot en met 69, respectievelijk 76 tot en met 86 van de conclusie van de advocaat-generaal aangegeven redenen moeten de eerste drie middelen worden afgewezen.

Het vierde middel

12 Met dit middel komen requiranten op tegen het oordeel van het Gerecht, dat tijdens de administratieve procedure voor de Commissie de rechten van de verdediging zijn geëerbiedigd.

13 Requiranten hebben namelijk voor het Gerecht betoogd (r. o. 21 van het bestreden arrest), dat de beschikking nietig moet worden verklaard omdat de Commissie hun niet alle relevante documenten die in haar bezit waren, heeft overgelegd, waardoor zij ernstig zijn benadeeld.

14 Om tot de conclusie te komen, dat tijdens de administratieve procedure de rechten van de verdediging zijn geëerbiedigd, heeft het Gerecht in herinnering gebracht, dat de Commissie zichzelf in haar *Twaalfde verslag over het mededingingsbeleid*

(blz. 42 en 43) een aantal regels op het gebied van de toegang tot het dossier in mededingingszaken heeft opgelegd, en dat het hieruit in zijn arrest van 17 december 1991 (zaak T-7/89, Hercules Chemicals, Jurispr. 1991, blz. II-1711, r. o. 53 en 54) heeft afgeleid, dat de Commissie „verplicht is de ondernemingen waartegen een procedure krachtens artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag is ingeleid, toegang te verschaffen tot alle belastende en ontlastende stukken die zij in de loop van het onderzoek heeft verzameld, met uitzondering van de documenten die zakengeheimen van andere ondernemingen bevatten, de interne documenten van de Commissie en andere vertrouwelijke informatie" (r. o. 29 van het bestreden arrest).

15 Voorts heeft het eraan herinnerd, dat het in zijn arrest van 18 december 1992 (gevoegde zaken T-10/92, T-11/92, T-12/92 en T-15/92, Cimenteries CBR e. a., Jurispr. 1992, blz. II-2667, r. o. 38) heeft verklaard, dat „de procedure inzake toegang tot het dossier in mededingingszaken bedoeld (is) om degenen tot wie de m. p. b. [mededeling van de punten van bezwaar] is gericht, in staat te stellen kennis te nemen van de bewijselementen in het dossier van de Commissie, opdat zij op basis van deze elementen een dienstig antwoord kunnen geven op de conclusies waartoe de Commissie in de m. p. b. is gekomen" (r. o. 30 van het bestreden arrest).

16 Vervolgens heeft het Gerecht opgemerkt, dat de tot requiranten gerichte mededeling van de punten van bezwaar, overeenkomstig de hiervóór in herinnering gebrachte regels die de Commissie zichzelf heeft opgelegd, als bijlage een overzicht bevatte van alle 2 095 stukken waaruit het dossier van de Commissie was samengesteld, waarbij voor elk document of elke groep van documenten werd gepreciseerd, of requiranten er al dan niet toegang toe hadden. Er waren volgens het Gerecht zes categorieën van documenten waarvan requiranten de inzage was geweigerd: 1) de zuiver interne documenten van de Commissie; 2) bepaalde correspondentie met derde ondernemingen; 3) bepaalde correspondentie met de Lid-Staten; 4) bepaalde gepubliceerde studies en informatie; 5) bepaalde verificatieverslagen, en 6) een antwoord op een verzoek om inlichtingen krachtens artikel 11 van verordening nr. 17 (r. o. 31 en 32 van het bestreden arrest).

17 In rechtsoverweging 33 van het bestreden arrest heeft het Gerecht dan ook geconcludeerd, dat een en ander laat zien, dat

„verzoeksters zich niet met succes kunnen beklagen over het feit, dat de Commissie hun geen toegang heeft verschaft tot bepaalde zuiver interne documenten, ten aanzien waarvan het Gerecht reeds heeft beslist, dat zij niet behoefden te worden overgelegd. Hetzelfde geldt voor de correspondentie met de Lid-Staten en voor de gepubliceerde studies en documenten. Verzoeksters kunnen zich evenmin beklagen over de niet-toegankelijkheid van de verificatieverslagen, het antwoord op een verzoek van de Commissie om inlichtingen, of bepaalde correspondentie met derde ondernemingen: de Commissie mocht verzoeksters de toegang tot deze documenten weigeren op grond van de vertrouwelijke aard ervan. Een onderneming waaraan een mededeling van punten van bezwaar is gericht en die een machtspositie op de markt inneemt, zou immers door die positie vergeldingsmaatregelen kunnen nemen tegen een concurrerende onderneming, een leverancier of een afnemer die aan het door de Commissie geleide onderzoek heeft meegewerkt. Ten slotte kunnen verzoeksters om dezelfde reden niet staande houden, dat de krachtens artikel 3 van verordening nr. 17 bij de Commissie ingediende klacht hun ten onrechte slechts gedeeltelijk ter beschikking is gesteld (stukken 1-233). De omstandigheid dat de Commissie heeft geweigerd de betrokken stukken aan verzoeksters over te leggen, kan derhalve in casu de wettigheid van de beschikking niet aantasten".

18 Tot staving van hun middel voeren requiranten in de eerste plaats aan, dat het Gerecht ten onrechte heeft geoordeeld, dat de Commissie zich heeft gehouden aan haar verplichting toegang te verschaffen tot alle belastende en ontlastende dossierstukken die geen vertrouwelijk karakter hadden.

19 In de tweede plaats betogen zij, dat het Gerecht de stukken waaruit het dossier was samengesteld, zelf had moeten onderzoeken.

20 In de derde plaats maken zij bezwaar tegen het feit, dat het Gerecht het besluit van de Commissie om bepaalde stukken achter te houden, heeft goedgekeurd op de enkele en onvoldoende grond, dat in geval van openbaarmaking van die stukken vergeldingsmaatregelen hadden kunnen worden genomen tegen degene die de informatie had verstrekt. De categorische weigering van elke toegang tot om het even welke informatie die is vervat in een document dat niet stricto sensu vertrouwelijk is, is volgens requiranten in strijd met het evenredigheidsbeginsel.

21 Ter beoordeling van de gegrondheid van het middel moet allereerst in herinnering worden gebracht, dat de eerbiediging van de rechten van de verdediging onder meer verlangt, dat de betrokken onderneming in staat is gesteld haar standpunt met betrekking tot de stukken waarmee de Commissie de door haar gestelde inbreuk heeft gestaafd, behoorlijk kenbaar te maken (arrest Hof van 9 november 1983, zaak 322/81, Michelin, Jurispr. 1983, blz. 3461, r. o. 7).

22 Vervolgens moet worden vastgesteld, dat requiranten niet betwisten dat het Gerecht zonder loochening van het beginsel van eerbiediging van de rechten van de verdediging heeft kunnen oordelen, dat de Commissie niet gehouden is toegang te verschaffen tot haar interne documenten en andere vertrouwelijke informatie. Zij verwijten het Gerecht enkel, dit beginsel te hebben miskend door vast te stellen, dat de in rechtsoverweging 33 van het bestreden arrest genoemde documenten behoorden tot de nader aangeduide categorieën van documenten waarvan geen inzage behoefde te worden verleend, althans deze vaststelling onvoldoende te hebben gemotiveerd.

23 Ten slotte zij erop gewezen dat, zoals de advocaat-generaal in punt 125 van zijn conclusie heeft opgemerkt, requiranten zich voor het Gerecht niet hebben beklaagd over het feit, dat een belastend document niet aan hen is meegedeeld, doch over het feit, dat de achtergehouden documenten hun bij hun verdediging van pas hadden kunnen komen. Het criterium voor het achterhouden van een document zou huns inziens namelijk de vertrouwelijke aard ervan moeten zijn en niet de eventuele gebruikmaking ervan door de Commissie (r. o. 22 van het bestreden arrest).

24 Derhalve moet worden onderzocht, of het Gerecht heeft mogen vaststellen, dat de achtergehouden stukken behoorden tot de categorieën van documenten waarvan de Commissie op grond van hun vertrouwelijke aard de overlegging mag weigeren.

25 Met betrekking tot de weigering requiranten inzage te verlenen van de zuiver interne documenten van de Commissie, de correspondentie met de Lid-Staten en de gepubliceerde studies en informatie, kan worden volstaan met de opmerking, dat het Gerecht heeft mogen vaststellen, dat de eerste twee categorieën van documenten een vertrouwelijk karakter hadden en dat het bij de laatste categorie ging om documenten die per definitie voor requiranten toegankelijk waren.

26 Wat de correspondentie met derde ondernemingen en het antwoord op een verzoek om inlichtingen betreft, moet worden opgemerkt, dat een onderneming die een machtspositie op de markt inneemt, vergeldingsmaatregelen kan nemen tegen concurrenten, leveranciers of afnemers die aan het door de Commissie geleide onderzoek hebben meegewerkt. Bijgevolg kunnen derde ondernemingen in het kader van de door de Commissie verrichte onderzoeken documenten waarvan de overhandiging naar hun mening tot represailles tegen hen kan leiden, enkel aan de Commissie ter hand stellen, wanneer zij weten dat rekening zal worden gehouden met hun verzoek om vertrouwelijke behandeling van die documenten.

27 Het Gerecht heeft dus terecht geoordeeld, dat de Commissie de inzage van die documenten heeft kunnen weigeren met een beroep op de vertrouwelijke aard ervan.

28 Wat ten slotte de verificatieverslagen betreft, hebben requiranten in hun verzoekschrift erkend, dat deze betrekking hebben op verificaties die zijn verricht bij derde ondernemingen. In dit verband kan worden volstaan met op te merken, dat het duidelijk is dat aan requiranten geen inzage kan worden verleend

van documenten die door derden begane inbreuken, die overigens geen verband houden met de onderhavige zaak, aan het licht kunnen brengen.

29 Met betrekking tot de grief van requiranten, dat het Gerecht zijn beslissing ten aanzien van de weigering van de Commissie om hun toegang te verschaffen tot bovengenoemde documenten, ontoereikend heeft gemotiveerd, moet worden opgemerkt dat, zoals het Gerecht in rechtsoverweging 35 van het bestreden arrest heeft vastgesteld, requiranten hun stelling, dat de rechten van de verdediging zouden zijn geschonden, slechts „aarzelend en hypothetisch" naar voren hebben gebracht.

30 Mede gelet op deze vaststelling moet worden geconcludeerd, dat uit de hiervóór (r. o. 14-17) samengevatte redenering van het Gerecht duidelijk blijkt, waarom die stelling van de hand is gewezen. In deze omstandigheden kan men het Gerecht evenmin, zoals requiranten doen, verwijten, dat het de aard van de betrokken documenten globaal heeft onderzocht, zonder op eigen initiatief elk achtergehouden document te raadplegen en aldus de door de Commissie aangevoerde argumenten om de overlegging ervan te weigeren, te toetsen.

31 Requiranten maken tot slot nog bezwaar tegen het feit, dat het Gerecht zich niet op het standpunt heeft gesteld, dat de Commissie hun op zijn minst een niet-vertrouwelijke samenvatting van bepaalde documenten ter hand had moeten stellen.

32 Ook deze grief faalt. Het is immers niet aangetoond, dat requiranten om die samenvattingen hebben verzocht, noch dat een dergelijk verzoek gerechtvaardigd zou zijn geweest.

33 Uit al het voorgaande volgt, dat requiranten niet op goede gronden kunnen stellen, dat het Gerecht het beginsel van de eerbiediging van de rechten van de verdediging heeft geschonden, zodat het vierde middel moet worden afgewezen.

Het subsidiaire middel

34 Wat het subsidiaire middel betreft, volstaat het op te merken, dat het niet aan het Hof is om, wanneer het zich in het kader van een hogere voorziening uitspreekt over rechtsvragen, uit billijkheidsoverwegingen zijn oordeel in de plaats te stellen van dat van het Gerecht, dat zich in de uitoefening van zijn volledige rechtsmacht heeft uitgesproken over het bedrag van de geldboeten die ondernemingen wegens schending van het gemeenschapsrecht opgelegd hebben gekregen.

35 Daar geen van de middelen kan worden aanvaard, moet de hogere voorziening in zijn geheel worden afgewezen.

Kosten

36 Ingevolge artikel 69, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering, dat volgens artikel 118 van toepassing is op de procedure in hogere voorziening, moet de in het ongelijk gestelde partij in de kosten worden verwezen. Aangezien requiranten in het ongelijk zijn gesteld, dienen zij in de kosten van de onderhavige instantie te worden verwezen, daaronder begrepen die van interveniënte.

HET HOF VAN JUSTITIE (Zesde kamer),

rechtdoende:

1) Wijst de hogere voorziening af.

2) Verwijst requiranten in de kosten, daaronder begrepen die van interveniënte.

Schockweiler Kapteyn Mancini

Kakouris Murray

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 6 april 1995.

De griffier

R. Grass

De president van de Zesde kamer

F. A. Schockweiler