eksistensen af nogen aktuel eller reel påvirkning af denne samhandel. Betingelsen om påvirkning af samhandelen må nemlig anses for opfyldt, når det bevises, at den adfærd, der karakteriseres som et misbrug, faktisk mærkbart har påvirket samhandelen mellem medlemsstater, eller blot, at den kan virke som nævnt.

10. Den omstændighed, at et datterselskab udgør en i forhold til moderselskabet selvstændig juridisk person, udelukker ikke, at datterselskabets adfærd kan tilregnes moderselskabet, når datterselskabet ikke frit bestemmer sin adfærd på markedet, men i det væsentlige følger instrukser fra moderselskabet. I et 100% ejet datterselskab må det anføres, at dette principielt og nødvendigvis følger den politik, der er fastlagt af moderselskabet.

11. For at en overtrædelse af traktatens konkurrenceregler kan anses for begået forsætligt, er det ikke fornødent, at en virksomhed vidste, at den overtrådte forbuddet efter konkurrencereglerne; det er tilstrækkeligt, at den ikke kunne være uvidende om, at formålet med den pågældende adfærd var at begrænse konkurrencen inden for Fællesskabet, eller at den kunne have denne følge.

RETTENS DOM (Anden Afdeling)
1. april 1993 *

Indhold

Sagsfremstilling ..... II - 396

Retsforhandlinger ..... II - 399

Parternes påstande ..... II - 400

Påstandene om annullation af beslutningen ..... II - 402

Undladelse af fremsendelse af dokumenter og overholdelse af retten til kontradiktion ..... II - 402

— Parternes argumenter ..... II - 402

* Processprog: engelsk.

— Rettens bemærkninger ..... II - 404

Beviserne for overtrædelsen ..... II - 407

I — Misbrug af dominerende stilling ..... II - 407

A — Aftalerne om eneret til leverancer og salgsfremmende bidrag ..... II - 408

— Den anfægtede retsakt ..... II - 408

— Parternes argumenter ..... II - 409

— Rettens bemærkninger ..... II - 415

Bevissituationen ..... II - 415

De eksklusive indkøbsaftalers karakter af misbrug ..... II - 416

B — Fortrinsret med hensyn til leverancer af gips ..... II - 420

— Den anfægtede retsakt ..... II - 420

— Parternes argumenter ..... II - 421

— Rettens bemærkninger ..... II - 424

C — De i Irland og Nordirland anvendte former for praksis ..... II - 426

— Den anfægtede retsakt ..... II - 426

— Parternes argumenter ..... II - 429

— Rettens bemærkninger ..... II - 430

II — Påvirkningen af samhandelen mellem medlemsstater ..... II - 432

— Den anfægtede retsakt ..... II - 432

— Parternes argumenter ..... II - 433

— Rettens bemærkninger ..... II - 436

Påstandene vedrørende skyldspørgsmålet i forbindelse med overtrædelserne og bødernes størrelse ..... II - 438

BPB's bøde ..... II - 438

— Den anfægtede retsakt ..... II - 438
— Parternes argumenter ..... II - 438
— Rettens bemærkninger ..... II - 440
De pålagte bøders størrelser ..... II - 442
— Den anfægtede retsakt ..... II - 442
— Parternes argumenter ..... II - 443
— Rettens bemærkninger ..... II - 444
Sagens omkostninger ..... II - 446

I sag T-65/89,

BPB Industries plc, Slough (Det Forenede Kongerige), og

British Gypsum Limited, Nottingham (Det Forenede Kongerige),

ved advokat Michel Waelbroeck, Bruxelles, og Solicitor Gordon Boyd Buchanan Jeffrey, og med valgt adresse i Luxembourg hos advokaterne Arendt et Harles, 4, avenue Marie-Thérèse,

sagsøgere,

mod

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber, først ved juridisk konsulent Norbert Koch og Ida Langermann, Kommissionens Juridiske Tjeneste, herefter ved Julian Currall og Berend-Jan Drijber, Kommissionens Juridiske Tjeneste, som befuldmægtigede, og med valgt adresse i Luxembourg hos Nicola Annecchino, Kommissionens Juridiske Tjeneste, Wagner-Centret, Kirchberg,

sagsøgt,

støttet af:

Kongeriget Spanien ved Director General de Coordinación Jurídica e Institucional Comunitaria Javier Conde de Saro og Abogado del Estado Rosario Silva de Lapuerta, som befuldmægtigede, og med valgt adresse i Luxembourg på Den Spanske Ambassade, 4-6 boulevard E. Servais,

og af

Iberian Trading (UK) Limited, London, ved Solicitors John E. Pheasant og Simon W. Polito i advokatfirmaet Lovell White Durrant, og med valgt adresse i Luxembourg hos advokaterne Loesch et Wolter, 8, rue Zithe,

intervenienter,

angående en 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 L 52, s. 42),

har

DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET I FØRSTE INSTANS
(Anden Afdeling)

sammensat af præsidenten, J.L. Cruz Vilaça, og dommerne A. Saggio og C.P. Briët,

justitssekretær: H. Jung,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter mundtlig forhandling den 23. januar 1992,

afsagt følgende

Dom

Sagsfremstilling

1 Denne sag vedrører 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 L 1989, s. 50, som berigtiget i EFT L 52, s. 42), hvorved sagsøgerne blev pålagt bøder for overtrædelse af EØF-traktatens artikel 86.

2 BPB Industries plc (herefter benævnt »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, British Gypsum Ltd (herefter benævnt »BG«). I Irland fremstilles gipsprodukterne, navnlig pudsematerialer og gipsplader til byggeri, af BPB's irske datterselskab, Gypsum Industries plc (herefter benævnt »GIL«), der forsyner dels markedet i Irland, og dels, gennem BG, markedet i Nordirland.

3 I Storbritannien fremstiller BG gipsplader på otte 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.

4 Gipspladerne består af en kerne af gips, som er beklædt på begge sider med tykt papir. Produktet findes i forskellige størrelser og leveres hovedsagelig i to gængse tykkelser. Det benyttes hovedsagelig til lofter og beklædning af ydermure i boligbyggeri samt til udførelse eller beklædning af skillevægge.

5 Næsten alle gipsplader, der 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.

6 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 selskabets fabrik i Frankrig var Lafarge ikke i stand til at opretholde normale leverancer til et større antal kunder.

7 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 (herefter benævnt »EPYSA«). Dets priser lå under BG's, idet prisforskellen almindeligvis varierede mellem 5 og 7%, selv om man har iagttaget visse større prisforskelle. Iberian's produktrække var begrænset til gipsplader i mindre størrelser, der hørte til de mest efterspurgte typer. I øvrigt stødte Iberian ligeledes ved forskellige lejligheder på forsyningsvanskeligheder.

8 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.

9 Den 17. juni 1986 indgav Iberian til Kommissionen en begæring om, at denne 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.

10 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 (herefter benævnt »beslutningen«), hvis dispositive del er sålydende:

»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 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-produkter, som leveredes til grossister 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 3 000 000 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.

Artikel 5 og 6

(udelades).«

Retsforhandlinger

11 Det er på baggrund af disse omstændigheder, at BPB og BG ved stævning indgivet til Domstolens Justitskontor den 23. februar 1989 har anlagt denne sag med påstand om annullation af beslutningen.

12 Den skriftlige forhandling har i det hele fundet sted for Domstolen. Ved kendelse af 4. oktober 1989 har Domstolen tilladt Kongeriget Spanien at intervenere til støtte for sagsøgtes påstande. Ved kendelse af 15. november 1989 har Domstolen henvist sagen til Retten i medfør af artikel 14 i Rådets afgørelse af 24. oktober 1988 om oprettelse af De Europæiske Fællesskabers Ret i Første Instans. Ved kendelse af 18. januar 1990 har Retten tilladt Iberian at intervenere til støtte for sagsøgtes påstande.

13 På grundlag af den refererende dommers rapport har Retten besluttet at indlede den mundtlige forhandling uden forudgående bevisoptagelse. Retten har dog som led i forberedelsen af sagen ved justitssekretærens skrivelse af 8. november 1991 stillet en række spørgsmål til sagsøgte, som denne har besvaret ved skrivelse indgivet til Rettens Justitskontor den 16. december 1991.

14 Parterne i hovedsagen og intervenienterne har afgivet indlæg og besvaret Rettens spørgsmål under den mundtlige forhandling, der fandt sted den 23. januar 1992.

Parternes påstande

15 I stævningen har sagsøgerne nedlagt følgende påstande:

— Kommissionens beslutning af 5. december 1988, hvorved sagsøger 1 pålægges en bøde på 150 000 ECU og sagsøger 2 en bøde på 3 000 000 ECU for en påstået overtrædelse af artikel 86 i traktaten om oprettelse af De Europæiske Fællesskaber, erklæres ugyldig.

— Sagsøgte tilpligtes at betale sagens omkostninger.

16 I replikken har sagsøgerne nedlagt følgende påstande:

— Kommissionens beslutning annulleres.

— Subsidiært: De BPB og/eller BG pålagte bøder nedsættes.

— Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

17 Sagsøgte har nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse.

— Sagsøgerne tilpligtes at betale samtlige sagens omkostninger.

18 Kongeriget Spanien har som intervenient nedlagt påstand om frifindelse af Kommissionen, således at den trufne beslutning opretholdes, og sagsøgerne tilpligtes at betale sagens omkostninger, herunder intervenientens omkostninger.

19 Iberian som intervenient nedlagt følgende påstande:

— Sagsøgte frifindes.

— Den trufne beslutning erklæres gyldig i enhver henseende.

— Sagsøgerne tilpligtes at betale sagens omkostninger, herunder intervenienternes omkostninger.

Påstandene om annullation af beslutningen

20 Til støtte for deres påstande om annullation af beslutningen har sagsøgerne fremført to rækker klagepunkter vedrørende på den ene side tilsidesættelse af retten til kontradiktion, og på den anden side manglende bevis for overtrædelsen.

Undladelse af fremsendelse af dokumenter og overholdelse af retten til kontradiktion

— *Parternes argumenter*

21 Sagsøgerne har gjort gældende, at beslutningen bør annulleres, idet Kommissionen ikke har tilsendt dem samtlige relevante dokumenter, der var i dens besiddelse, hvilken undladelse har skadet dem alvorligt. De har især anført, at BG ikke har haft adgang til visse dokumenter, som tilsyneladende har direkte forbindelse med dets forhold og visse klagepunkter, der er blevet fremsat mod det. Sagsøgerne hævder, at de har grund til at tro, at visse af de ikke fremsendte dokumenter ikke er relevante.

22 Sagsøgerne sigter herved særligt til dokumenter, der er overgivet til Kommissionen ved kontrolbesøg hos tredjemand. Ifølge sagsøgerne er nægtelse af enhver adgang til oplysninger, der indeholdes i et dokument, der er overgivet til Kommissionen af tredjemand, en alvorlig tilsidesættelse af retten til kontradiktion. Sagsøgerne hævder ligeledes, at de dokumenter, som de ikke har haft adgang til, kunne have støttet BG's argumentation, og at der ikke var nogen grund til ikke at fremsende dem under disse omstændigheder. Det kriterium, som Kommissionen skulle have lagt til grund for ikke at fremsende et dokument, burde være dets fortrolige karakter, og ikke, at det eventuelt skulle benyttes af Kommissionen. At Kommissionen ikke baserer sig på et dokument betyder ikke, at det ikke er relevant, eller at Kommissionen ikke har ladet sig påvirke af dets indhold, og udgør derfor ikke tilstrækkelig grund til ikke at fremsende det.

23 Sagsøgerne har anført, at det er åbenbart umuligt for BG at opregne de dokumenter, som Kommissionen har nægtet at fremsende, og som de ikke har kunnet gøre sig bekendt med. Ifølge sagsøgerne gør Kommissionen med urette gældende, at dens argumentation alene bygger på dokumenter, som BG har kunnet gøre sig

bekendt med. BG har henvist til en skrivelse af 23. december 1985 fra en grossist, som Kommissionen påberåber sig i 63. betragtning til beslutningen til selskabets skade, selv om dette ikke selv har haft adgang til at gøre sig bekendt hermed. Selskabet har understreget, at det fremgår af Domstolens dom af 24. juni 1986 (sag 53/85, AKZO mod Kommissionen, Sml. s. 1965), at Kommissionen er forpligtet til at udlevere fortrolige dokumenter til en virksomhed, når disse dokumenter er egnet til at skade dens interesser, og at Kommissionen derfor i det mindste burde have fremsendt en oversigt over de dokumenter, der var i dens besiddelse.

24 Sagsøgerne hævder at have ret i deres forbehold med hensyn til Kommissionens anbringende, hvorefter denne ikke har ladet sig påvirke af dokumenter, der ikke er fremsendt, idet Kommissionen først efter begæring fra BG fremsendte den vidneforklaring, der var aflagt af bygningskonsulent May, og som Kommissionen senere benyttede i beslutningen. BG burde være berettiget til selv at danne sig en mening om spørgsmålet om, hvilke dokumenter der er af betydning for dets interesser.

25 For så vidt angår de dokumenter, som er beskrevet i Kommissionens skrivelse af 19. februar 1988 til BG, har selskabet anført, at Kommissionen har undladt at sondre mellem dokumenter, der var fremsendt af tredjemand som fortrolige, og dokumenter, der indeholdt forretningshemmeligheder. For så vidt angår de i svarskriftet omhandlede dokumenter finder BG, at denne oplysning burde have været givet selskabet under den administrative procedure (generaladvokat Warner's forslag til afgørelse i forbindelse med Domstolens dom af 10.7.1980, sag 30/78, Distillers Company mod Kommissionen, Sml. s. 2229, på s. 2267).

26 Kommissionen hævder, at afgørelsen alene bygger på dokumenter, hvortil BG har haft adgang. Den har anført, at BG ikke havde angivet noget dokument, som den skulle have baseret sig på for at danne sig sin opfattelse, og som BG ikke har haft adgang til. Ifølge Kommissionen omfatter retten til aktindsigt i disse sager ikke samtlige de dokumenter, der ikke indeholder forretningshemmeligheder. Kommissionen har i denne forbindelse henvist til Domstolens dom af 17. januar 1984 (sag 43/82 og 63/82, VBVB og VBBB mod Kommissionen, Sml. s. 19, præmis 25) og anført, at Domstolens ovennævnte dom af 24. juni 1986 (AKZO mod Kommissionen), som påberåbes af BG, angår et andet spørgsmål, nemlig Kommissionens mulighed for at give en klager visse oplysninger.

27 I denne sag mener Kommissionen, at den har givet sagsøgerne adgang til visse dokumenter, som den ikke har baseret sig på, og er gået ud over sine forpligtelser. Da Kommissionen gjorde sine akter i sagen tilgængelige for BG, udelukkede den kun dokumenter, der var blevet fremsendt til den af tredjemand med forbehold af overholdelse af disses fortrolige karakter, samt årsregnskabet for en virksomhed, reklameblade for to virksomheder, en organisationsplan for en anden virksomhed og dokumenter, der skønnedes af interesse med henblik på afsløring af eventuelle overtrædelser af artikel 85 begået af andre virksomheder end BPB. Disse dokumenter blev i øvrigt omtalt i en ikke fortrolig beskrivelse i Kommissionens skrivelse af 19. februar 1988. Kommissionen finder, at denne beskrivelse gjorde det muligt for BG at kontrollere, at dokumenterne ikke havde nogen forbindelse med de konstateringer, som Kommissionen foretog.

28 For så vidt angår den skrivelse af 23. december 1985 fra en grossist, som omtales af BG, har Kommissionen anført, at denne var bilagt en skrivelse, som BG tilstillede Kommissionen den 30. september 1986, og at BG som følge heraf har haft adgang til begge disse to dokumenter. For så vidt angår konsulent May's rapport har Kommissionen anført, at denne stedse har været betragtet som tilgængelig for BG, og har i denne forbindelse henvist til resuméet i bilaget til meddelelsen om klagepunkterne og bilagene til stævningen. Endelig hævder Kommissionen, at den sondring mellem forretningshemmeligheder og andre oplysninger, som er fremført af sagsøgerne, ikke på nogen måde er afgørende for spørgsmålet om, hvorvidt en virksomhed kan få aktindsigt i de dokumenter, Kommissionen er i besiddelse af.

— *Rettens bemærkninger*

29 Som Retten har bemærket i sin dom af 17. december 1991 (sag T-7/89, Hercules Chemicals mod Kommissionen, Sml. II, s. 1711), har Kommissionen i *Den Tolvte Beretning om Konkurrencepolitikken* (s. 40 og 41) fastsat en række regler for aktindsigt i konkurrencesager. Det hedder heri: »Kommissionen giver ... de virksomheder, der er impliceret i en sag, adgang til at gøre sig bekendt med sagens akter. Virksomhederne oplyses om, hvilke dokumenter Kommissionen har i sagen, idet der til meddelelsen om klagepunkter eller til skrivelsen, hvori en klage afvises, er vedføjet en fortegnelse over alle disse med angivelse af, hvilke af dokumenterne eller dele af disse virksomhederne har adgang til at få indsigt i. Virksomhederne har mulighed for at gennemgå disse dokumenter i Kommissionen. Hvis en virksomhed kun ønsker at gennemgå enkelte af dem, kan Kommissionen fremsende kopier heraf. Kommissionen betragter dog en række dokumenter som fortrolige, hvorfor

der ikke er adgang til at få indsigt i disse. Det drejer sig om følgende dokumenter: dokumenter eller dele heraf, der indeholder andre virksomheders forretningshemmeligheder; Kommissionens interne dokumenter, såsom notater, udkast eller andre arbejdsdokumenter; alle andre fortrolige oplysninger, som f.eks. oplysninger om de klagende parters identitet, hvis disse ikke ønsker denne afsløret, samt oplysninger, der fremsendes til Kommissionen med et forbehold om, at disse er at betragte som fortrolige.« Heraf har Retten udledt, 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« (præmis 53 og 54).

30 Yderligere har Retten i sin 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) udtalt, 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. Aktindsigten giver således proceduremæssige garantier, der tilsigter at beskytte retten til kontradiktion og særlig en effektiv udnyttelse af retten til at blive hørt i medfør af artikel 19, stk. 1 og 2, i forordning nr. 17 og artikel 2 i forordning nr. 99/63. Heraf følger, at retten til at få aktindsigt i de dokumenter, Kommissionen er i besiddelse af, er begrundet med nødvendigheden af at sikre de pågældende virksomheder mulighed for at forsvare sig effektivt mod de klagepunkter, der fremføres mod dem i meddelelsen om klagepunkter« (præmis 38).

31 I denne sag fremgår det af oplysningerne om sagens forberedelse, at Kommissionen ikke har nægtet de sagsøgende virksomheder adgang til aktindsigt i de dokumenter, den var i besiddelse af. Det fremgår særligt af de af sagsøgerne selv fremlagte bilag, at meddelelsen om klagepunkter i overensstemmelse med ovennævnte forpligtelser, som Kommissionen har pålagt sig selv i sin *Tolvte Beretning om Konkurrencepolitikken*, der blev offentliggjort i 1982, var bilagt en fortegnelse over samtlige de 2 095 dokumenter, som indgik i Kommissionens sag. Det fremgår af en gennemgang af dette dokument, der er fremlagt som bilag 6 til stævningen, at bilaget foruden datoen for oprettelsen af hvert enkelt dokument indeholdt to grupper oplysninger. For det første nævntes de pågældende bilag i dokumentet efter deres beskaffenhed. Med henblik herpå fik sagsøgerne tilstillet en klassifikation i femten

punkter. Det pågældende dokument indeholdt for hver enkelt dokuments eller dokumentgruppes vedkommende angivelse af det eller de nøgletal, som svarede til det punkt, hvorunder de hørte. Yderligere angaves det i det her omhandlede dokument for hver enkelt dokuments eller dokumentgruppes vedkommende, om det eller de var tilgængelige for sagsøgerne (A), delvis tilgængelige for sagsøgerne (B) eller utilgængelige for sagsøgerne (N).

32 Ved gennemgangen af dette dokument fremgår således, at seks kategorier af dokumenter ikke blev gjort tilgængelige for sagsøgerne. Det drejer sig først og fremmest om dokumenter, som er af rent intern karakter i Kommissionen (bilag 234, 235, 290-318, 321, 324-335, 337-347, 367-382, 1329 og 1330, 1535-1539, 1543, 1580-1589, 1594, 1880-1882, 1907-1971, 1985-2049 og 2054-2095); for det andet om visse skrivelser og breve til og fra udenforstående virksomheder (bilag 240, 252, 253-281, 322 og 323, 336, 348-361, 363-366, 385, 386-395, 1323-1328, 1529 og 1530, 1544, 1545 og 1546, 1559, 1596-1599, 1602-1607, 1613-1683, 1891-1903 og 1972-1984); for det tredje om visse skrivelser udvekslet med medlemsstaterne (bilag 282-289, 1690 og 1691; for det fjerde om visse offentliggjorte undersøgelser og oplysninger (bilag 1904, 2051 og 2052); for det femte om visse undersøgelsesrapporter (bilag 399-506) samt endelig for det sjette om et svar på en anmodning om oplysninger i medfør af artikel 11 i forordning nr. 17 (bilag 1699).

33 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, en kategori, der, som Retten allerede har fastslået, ikke skal fremsendes. Det samme gælder for visse 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 føje har kunnet nægte adgang til på grund af deres fortrolige karakter. En virksomhed, til hvilken en meddelelse om klagepunkter 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 dennes undersøgelse. Endelig kan sagsøgerne af samme grund ikke hævde, at det er uretmæssigt, at den 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.

34 Det bemærkes desuden, at Kommissionen i duplikken, hvilket var ubestridt under den mundtlige forhandling, har påvist, at den korrespondance med en grossist, hvortil der er henvist i den 63. betragtning til beslutningen, var bilagt en anden skrivelse, som BG selv havde sendt til Kommissionen. BG havde således både kendskab til den pågældende korrespondance, og under alle omstændigheder var dette bilag, 1312, som hævdet af Kommissionen, fuldt tilgængeligt for sagsøgerne, hvilket fremgår af bilag 6 til stævningen, jf. ovenfor. Det bemærkes desuden, at konsulent May's rapport under alle omstændigheder blev stillet til sagsøgernes rådighed, således at disse ikke for at anfægte den administrative procedures lovlighed kan hævde, at de oprindeligt blev nægtet adgang til dette dokument.

35 Det følger af samtlige ovenstående betragtninger, at den administrative procedure for Kommissionen er foregået under overholdelse af retten til kontradiktion, og navnlig, at sagsøgerne, som i øvrigt kun hævder det modsatte som udtryk for tvivl og rent hypotetisk, har haft mulighed for at gøre samtlige deres argumenter og anbringender til forsvar for deres interesser gældende under høringen for Kommissionen. Det følger heraf, at sagsøgernes klagepunkt vedrørende tilsidesættelse af retten til kontradiktion er uden faktisk og retligt grundlag, hvorfor det må forkastes.

Beviserne for overtrædelsen

36 Sagsøgerne har fremført to anbringender vedrørende manglende bevis for den i traktatens artikel 86 omhandlede overtrædelse. Disse anbringender vedrører dels misbruget af den dominerende stilling, idet sagsøgerne dog ikke bestrider, at de har en sådan, dels påvirkningen af handelen mellem medlemsstater.

I — *Misbrug af dominerende stilling*

37 Det første anbringende vedrørende manglende bevis for misbrug af dominerende stilling falder i tre dele. Det vedrører for det første aftalerne om eneret til leverancer og salgsfremmende bidrag, for det andet fortrinsretten til levering, og for det tredje de særlige former for praksis, som anvendes i Irland og Nordirland.

A — Aftalerne om eneret til leverancer og salgsfremmende bidrag

— Den anfægtede retsakt

38 Ifølge artikel 1 i beslutningen overtrådte BG 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 BG.

39 Af beslutningen (58., 60.-64., 68. og 69. betragtning) fremgår det, at BG fra januar til juni 1985 havde indført et system med regelmæssige udbetalinger til grossister, som havde accepteret alene at købe ind hos BG. Disse udbetalinger skulle tage form af regelmæssige bidrag fra BG til grossisternes udgifter til reklame og salgsfremmende foranstaltninger. Arrangementerne skulle forhandles på højeste niveau med en række udvalgte grossister, og offentlighed skulle undgås. Til gengæld for disse salgsfremmende bidrag skulle grossisterne forpligte sig til alene at indkøbe hos BG. Den 2. juli 1985 eller måske endda før besluttede BG at tilbyde en meget stor kunde dette system, idet vedkommende var nødsaget til at overveje sin indkøbspolitik i betragtning af den konkurrence, han var udsat for fra andre forhandlere, der solgte gipsplader fra Lafarge og Iberian. Der blev foretaget månedlige udbetalinger i engelske pund fra og med august 1985. Senere blev lignende arrangementer tilbudt andre grossister, som alle med undtagelse af én forhandlede eller havde forhandlet gipsplader fra Lafarge eller Iberian. Der blev foretaget månedlige udbetalinger til disse grossister. Udbetalingerne, som skete i henhold til mundtlige aftaler eller brevvekslinger, var undergivet betingelser, bl.a. at modtagerne forpligtede sig til alene at indkøbe gipsplader hos BG. Fra september 1986 ophørte BG gradvis med disse udbetalinger, efter at selskabet var begyndt at indføre en lagerføringsordning (Super stockist scheme).

40 I beslutningen (123., 124. og 127. betragtning) konkluderes det, at BG for at imødegå konkurrencen valgte en politik, som bestod i at belønne den »loyalitet«, som udvistes af de af dets kunder, som alene købte ind hos selskabet. Tilbuddet om salgsfremmende bidrag til visse udvalgte forhandlere, men ikke inden for rammerne af et almindeligt system, der byggede på objektive kriterier, gjorde det muligt at etablere endnu stærkere forretningsforbindelser mellem BG og modtagerne af

bidragene ved at øge systemets eksklusive karakter og således styrke båndene mellem BG og dets kunder. Denne eksklusivitet eller »loyalitet« var i sig selv et formål, idet hensigten var at forhindre de pågældende i at købe og sælge importerede gipsplader.

41 Ifølge beslutningen (128. og 129. betragtning) var disse bidrag fra BG den umiddelbare grund til, at forhandlerne ophørte med at handle med importerede gipsplader. Aftalerne om eksklusivitet betød, at forhandlerne bandt sig til BG for fremtiden, hvilket for dette selskabs vedkommende var et misbrug af dominerende stilling.

— Parternes argumenter

42 Sagsøgerne har gjort gældende, at Kommissionen med urette har sluttet, at BG havde indført et system med bidrag til grossisterne, bl.a. med det formål at sikre, at de alene købte ind hos selskabet. Sagsøgerne bestrider, at leveringsaftalerne, der blev anvendt mellem juli 1985 og august 1986, kunne sidestilles med misbrug af dominerende stilling. Til støtte herfor har de fremført en række argumenter.

43 For det første finder de, at der var tale om normale salgsaftaler, der blev indgået ad hoc med enkelte kunder på grundlag, som er sædvanlig praksis blandt leverandører af byggematerialer i Det Forenede Kongerige, og at dette skete som modtræk mod forhandlernes voksende magtposition som indkøbere. Systemet, der indgår i en sammenhæng, hvor loyaliteten over for det enkelte fabrikat er svag, omfattede et tilbud om regelmæssige bidrag til grossisternes udgifter til reklame og salgsfremmende foranstaltninger på betingelse af, at grossisterne overholdt en række betingelser, heriblandt pligten til at lagerføre et stort sortiment af gipsplader og foretage salgsfremmende foranstaltninger.

44 Ifølge sagsøgerne har Kommissionen med urette af de dokumenter, hvortil den henviser i den 58. betragtning til beslutningen, udledt, at hovedformålet med disse bidrag var at sikre, at grossisterne kun indkøbte hos sagsøgerne, og herved at lukke dette marked for konkurrence udefra. Disse dokumenter vedrører nemlig alene en simpel drøftelse af mulige planer og strategier og kan ikke i sig selv være bevis for en overtrædelse af konkurrencereglerne. Henvisningen til forpligtelsen til udelukkende at indkøbe gipsplader fra BG var alene et svar til grossister, der selv havde

foreslået sådanne ordninger. Systemet var derfor et svar til kunder hos BG, der skulle honorere deres loyalitet, og som havde til formål først og fremmest at knytte nære forbindelser med kunder, der havde været skattet gennem længere tid, i et konkurrencepræget miljø, der havde ændret sig på grund af disse kunders stadig stærkere position som indkøbere. Sagsøgerne bestrider, at denne eksklusivitet var en nødvendig betingelse for, at en grossist kunne opnå salgsfremmende støtte. I denne henseende har de henvist til et selskab, som havde opnået en sådan støtte, men som fortsat importerede gipsplader af spansk oprindelse. Det fremgår således klart af sagen, at ikke alle betingelserne i den oprindelige version af planen blev bragt i anvendelse.

45 Sagsøgerne har dernæst anført, at BG ikke har forskelsbehandlet grossister, der indgik aftale om salgsfremmende bidrag, og grossister, der ikke gjorde dette. De har herved fremhævet, at de grossister, som handlede med Iberian, aldrig ophørte med at handle med BG, og at de salgsfremmende bidrag ikke medførte noget brud på forretningsforbindelserne med de grossister, der ikke accepterede dem. Den holdning hos grossisterne, som bestod i, at de ikke bestilte importerede gipsplader efter at have accepteret salgsfremmende bidrag, kan bero på andre faktorer, som f.eks. forsyningsvanskeligheder med hensyn til importerede gipsplader samt disses kvalitet, samt at de kun fandtes i et begrænset antal størrelser og typer.

46 I modsætning den konklusion, som Kommissionen når til i 129. betragtning til beslutningen, benægter sagsøgerne, at grossisterne bandt sig til BG for fremtiden. Ifølge sagsøgerne kunne grossisterne til enhver tid opsige deres kontraktlige arrangementer med BG eller afslå de salgsfremmende bidrag og fortsætte med at sælge importerede gipsplader.

47 Sagsøgerne har desuden understreget, at det påhviler BG som hovedleverandør af gipsplader på markedet i Det Forenede Kongerige at sørge for opretholdelse af en regelmæssig og pålidelig distribution af gipsplader. Den loyalitet fra grossisternes side, som BG ønskede at opnå, var nødvendig for at gøre det muligt for selskabet kontinuerligt og regelmæssigt at sørge for forsyninger på hele markedet på de bedst mulige vilkår. Men dette ville have været umuligt, dersom de mest efterspurgte

produkter kunne være tilbudt af Iberian til BG's største kunder med en mindre rabat, således at BG stod tilbage med de mindst lønsomme produkter og salgssteder. Sagsøgerne mener, at denne adfærd fra BG's side har bidraget til at forbedre distributionen af gipsplader i Det Forenede Kongerige. De mener endvidere, at visse leverancer af gipsplader af spansk oprindelse, kendetegnede som de var af lave priser, fordi de var begrænset til visse stærkt efterspurgte dimensioner og leveringen heraf var uregelmæssig, repræsenterede en trussel for en tilstrækkelig forsyning af hele markedet i Det Forenede Kongerige.

48 Under henvisning til Domstolens dom af 13. februar 1979 (sag 85/76, Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, Sml. s. 461) finder sagsøgerne, at de salgsfremmende aftaler, der blev indgået med grossisterne, opfylder betingelserne for fritagelse i medfør af EØF-traktatens artikel 85, stk. 3. Den manglende anmeldelse er ikke til hinder for meddelelse af fritagelse, når der, som omhandlet i Domstolens dom af 18. marts 1970 (sag 43/69, Bilger, Sml. 1970, s. 23, org. ref.: Rec. s. 127), er indgået en aftale, der er fritaget fra anmeldelse, mellem producenten og en detailhandler, der har hjemme i samme medlemsstat, og hvorved sidstnævnte forpligter sig til alene at foretage sine indkøb hos førstnævnte. Efter sagsøgernes opfattelse har Kommissionen præjudiceret spørgsmålet ved at erklære, at der ikke var mulighed for fritagelse.

49 Over for Kommissionens argumenter, hvorefter grossisterne var forhindret i at opbygge tilstrækkelige lagre af konkurrerende produkter, har sagsøgerne anført, at dette argument kun ville være begrundet, dersom BG havde krævet, at grossisterne skulle føre unormalt store sortimenter af gipsplader, således at lagerpladsen til de mest efterspurgte størrelser, der var de eneste, der blev importeret, blev indskrænket. Men dette var ikke tilfældet.

50 Sagsøgerne har gjort gældende, at Kommissionens opfattelse, hvorefter et eneleverandørforhold etableres, når en virksomhed giver afkald på at handle med tredjemand, selv om dette afkald alene angår en begrænset del af hans indkøb, tilsigter at ændre begrundelsen for beslutningen. Sagsøgerne finder, at en så bred fortolkning af eksklusivitetsbegrebet er uden grundlag i positiv ret eller retspraksis. Efter sagsøgernes opfattelse er oprettelse af langsigtede handelsforbindelser med visse leverandører en anerkendt praksis, og det ligger i selve konkurrencen, at indgåelse af

en aftale med en leverandør udelukker indgåelse af en lignende aftale med en anden leverandør. Eksklusivitet eller kvasi-eksklusivitet betyder efter sagsøgernes opfattelse, at en forretningsdrivende er forpligtet til at købe samtlige eller størstedelen af de produkter, han har behov for, hos en given leverandør. Det er derfor fejlagtigt, når Kommissionen hævder, at bestræbelserne på at fremme kundernes loyalitet eller knytte nærmere forbindelse med dem i praksis førte til en aftale mellem BG og denne kundekreds, hvorefter sidstnævnte forpligtede sig til alene hos BG at indkøbe en vis del af de produkter, som den havde behov for.

51 Sagsøgerne har endvidere anført, at den omstændighed, at BG diskriminerede de kunder, der købte importerede gipsplader, viser, at systemet ikke havde til formål at binde grossisterne. De salgsfremmende bidrag havde ingen forbindelse med rabatordninger. Da de tilsigtede at honorere grossisterne for de salgsfremmende foranstaltninger, de havde udfoldet, kan disse bidrag ikke sidestilles med indrømmelse af mere fordelagtige betingelser til disse grossister.

52 Sagsøgerne hævder endelig, at man ikke kan sige, at systemet med salgsfremmende bidrag var en reaktion på truslen fra importen, eller at det havde til formål at afholde Iberian fra at importere eller svække dette selskab. Systemet havde til formål at konsolidere stillingen for produkter fremstillet af gips på bekostning af andre produkter end gips, men ikke på bekostning af importerede gipsplader som sådanne, idet loyaliteten over for fabrikatet var svag. Da udbetalingen af de salgsfremmende bidrag desuden skete på betingelse af, at grossisterne alene købte gipsplader hos BG, var det ikke af større betydning, at der, efter at udbetalingerne var foretaget, blev givet pålæg om ikke at afgive andre ordrer på importerede gipsplader.

53 Kommissionen har for sit vedkommende indledningsvis anført, at det, den har betegnet som misbrug af dominerende stilling i beslutningen, er BG's forsøg på som en virksomhed i en dominerende stilling at gøre grossisterne loyale for at hindre levering af visse konkurrerende produkter. Ifølge Kommissionen er det ikke af større betydning, at de foretagne salgsfremmende bidrag er i overensstemmelse med sædvanlig praksis. Selv en sædvanlig praksis kan være udtryk for et misbrug, når den iværksættes af en virksomhed, der har en dominerende stilling.

54 For så vidt angår formålet med systemet finder Kommissionen, at en aftale, der har til formål at reservere en bestemt del af udbuddet eller efterspørgslen for en eller flere parter, begrænser konkurrencen uafhængigt af den af aftalen omfattede købers eller sælgers samlede procentvise behov. Eksklusivitetens indskrænkende karakter ligger ikke i den eventuelle fuldstændige ensretning af virksomhedens efterspørgsel, men i dennes opgivelse af sit frie valg mellem aftalepartnere for så vidt angår de mængder, der er forbeholdt i medfør af loyalitetsaftalen, uanset om disse mængder angår 80, 60 eller blot 30% af de produkter, som køberen har brug for. Kommissionen erindrer i denne forbindelse om, at BG forsøgte at etablere en forbindelse med sine store kunder, som medførte udelukkelse af importerede gipsplader, og at den loyalitet — om end alene relativ — der var en betingelse for opnåelsen af rabatterne, modsvaredes af eksklusivitet. Ifølge Kommissionen er det uden betydning, at de salgsfremmende aftaler kan have andre formål end blot eneret til at levere eller loyalitet, og der er end ikke grund til at spørge, om dette formål var et hovedformål eller et biformål, idet det for at statuere misbrug er tilstrækkeligt, at eksklusiviteten er et af formålene med aftalerne. Under den mundtlige forhandling har Kommissionen anført, at idéer om rabatter for loyalitet for første gang blev fremført i et internt notat af 16. januar 1985. Det fremgår af dette notat — såvel som af notatet af 1. maj 1985 — at den første betingelse, som krævedes for at opnå denne rabat, var, at forhandleren kun foretog sine indkøb hos BG. Endelig var det eneste svar, som blev givet af bestyrelsesformanden, da idéen blev fremsat: »Look into ways of getting exclusivity« (»Ja, lad os se, hvordan vi kan opnå eksklusivitet«).

55 For så vidt angår spørgsmålet om, hvorvidt BG har forskelsbehandlet grossister, der havde underskrevet en aftale med henblik på opnåelse af salgsfremmende bidrag, og grossister, som ikke havde gjort dette, erindrer Kommissionen om, at dette argument er irrelevant, idet det ikke på nogen måde er statueret ved beslutningen, at BG har gjort sig skyldig i misbrug ved at forskelsbehandle sine kunder.

56 Hvad angår virkningen for fremtiden af de salgsfremmende bidrag har Kommissionen anført, at aftalerne skulle honorere tidligere loyalitet, og at grossisterne skulle fortjene de tilbudte rabatter. Muligheden for til enhver tid at opsige disse aftaler udelukker dem ikke deres karakter af misbrug. Kommissionen finder desuden, at sagsøgernes påstand om, at det var grossisterne, der havde krævet salgsfremmende rabatter, modsiges af de oplysninger, der er kommet frem under den gennemførte

undersøgelse, hvoraf fremgår, at BG har drøftet og indført et system med udbetalinger, for hvilke det bl.a. var en betingelse, at selskabet fik eneret til at levere. Under alle omstændigheder har Kommissionen understreget, at en virksomhed i en dominerende stilling gør sig skyldig i forsøg på udelukkelse af en konkurrent, ikke blot når den stiller krav om aftaler om eneret til at levere, men tillige, når den indvilger i at deltage i sådanne aftaler efter anmodning fra sine kunder.

57 For så vidt angår påberåbelsen af fritagelse i medfør af EØF-traktatens artikel 85, stk. 3, har Kommissionen anført, at afgørelsen ikke er truffet på grundlag af traktatens artikel 85, men artikel 86. Under alle omstændigheder var det efter Kommissionens opfattelse helt åbenbart, at en fritagelse — som sagsøgerne i øvrigt aldrig har ansøgt om — ikke kunne være givet.

58 For så vidt angår Iberian's adfærd erindrer Kommissionen om, at uanset på hvilke betingelser Iberian indførte gipspladerne på markedet, kunne selskabets adfærd ikke berettige BG til ved eneleverandøraftaler at ophøje sig selv til vogter over regelmæssige og pålidelige forsyninger med gipsplader, som påstås truet af denne strategi fra Iberian's side.

59 Sagsøgernes argument, hvorefter systemet med salgsfremmende bidrag skulle virke til fordel for produkter fremstillet af gips og ikke BG's produkter, forkastes af Kommissionen. Den har, dels på grundlag af den af hr. Clark afgivne forklaring, som er fremlagt som bilag til stævningen, betvivlet, at loyaliteten over for dette fabrikat af gipsprodukter er så svag, som sagsøgerne hævder, dels understreget, at man ikke kan adskille de to formål, som forfulgtes med systemet til sikring af kundernes loyalitet, dvs. bestræbelserne på at sikre sig, at kunderne alene foretog deres indkøb hos selskabet, og ønsket om at hindre import af gipsplader. Loyaliteten førte til en udelukkelse af konkurrenterne uanset den bagvedliggende hensigt eller bevæggrund.

60 Den spanske regering finder, bl.a. under henvisning til 59. betragtning til beslutningen, at BG's interne dokumenter, hvortil Kommissionen har haft adgang, viser, at BG havde til hensigt at binde sine kunder ved at betale dem bonus til gengæld for

leveringseneret for således at tilbageerobre den markedsandel, som selskabet havde tabt til importørerne. Selv uden disse beviser fremgår dette formål af den sammenhæng, hvori BG's praksis udviklede sig. Den spanske regering har herved anført, at disse former for bonus for loyalitet er en form for praksis, som udtrykkeligt er forbudt ved EØF-traktatens artikel 86, litra c), som fastslået af Domstolen i ovennævnte dom af 13. februar 1979 (sag 85/76, Hoffmann-La Roche).

61 Iberian har som intervenient for sit vedkommende gjort gældende, at bonus for loyalitet, der udbetales af en dominerende leverandør til kunderne, har udelukkende virkning, og at Iberian erfarede dette ved at opdage, at selskabet var forment adgang til nye kunder. Under den mundtlige forhandling har selskabet tilføjet, at BG's former for praksis medførte, at det ophørte med enhver forhandling af gipsplader i Det Forenede Kongerige og Irland.

— Rettens bemærkninger

Bevissituationen

62 Det fremgår af undersøgelsen, herunder bl.a. ovennævnte notat af 16. januar 1985, som sagsøgerne selv har fremlagt som bilag 13 til stævningen, og af referatet fra mødet i Senior Management Committee (»den administrerende direktion«) for BG, som er fremlagt af sagsøgerne som bilag 14 til stævningen, og som der er henvist til i 58. betragtning til beslutningen, at der i begyndelsen af 1985 fandt en drøftelse sted i BG vedrørende den strategi, der skulle følges over for konkurrencen fra gipsplader, der importeredes fra Frankrig og Spanien. Den administrerende direktør anmodede på mødet i Senior Management Committee marketingsdirektøren om »to give adequate consideration in formulating the marketing strategy of how to reward loyalty to those merchants who remained exclusively with« BG (»i forbindelse med fastlæggelsen af markedsføringsstrategien at træffe hensigtsmæssige foranstaltninger til belønning af de grossisters loyalitet, som udelukkende foretager indkøb hos« BG). I samme forbindelse fandt marketingsdirektøren, at det var hensigtsmæssigt at støtte de grossister, der var rede til at samarbejde med BG, således som det fremgår af ovennævnte notat, ifølge hvilket »the merchant should buy his plasterboard, and accessories if appropriate, from us exclusively« (»grossisterne skal udelukkende indkøbe deres gipsplader og om fornødent tilbehør hos os«). I et notat af 1. maj 1985, der er fremlagt af sagsøgerne som bilag 15 til stævningen, og

hvortil der henvises i 59. betragtning til beslutningen, skitserede BG's marketingsdirektør under henvisning til drøftelserne i Executive Meeting (»forretningsudvalget«) de betingelser, selskabet ønskede at opnå. Den første af disse betingelser var eneret til leverancer, således at forstå, at grossisten skulle give tilsagn om at ville indkøbe alle sine gipspladeprodukter og dermed forbundne produkter hos BG. Ifølge dette notat ville dette hindre tab af flere kunder og samtidig gøre det muligt at genvinde de markedsandele, som BG havde tabt til sine konkurrenter.

63 Selv om BG har understreget, at de dokumenter, hvortil der henvises i 58. betragtning til beslutningen, kun er dele af en drøftelse af mulige planer og strategier, fremgår det af bilagene i sagen, og er ikke alvorligt bestridt af BG, at selskabet fra juli 1985 iværksatte den handelsstrategi, som var fastlagt i løbet af de foregående måneder, og indgik individuelle mundtlige eller skriftlige aftaler, særlig med grossister, der forhandlede eller havde forhandlet gipsplader fra Lafarge eller Iberian. Som det bl.a. fremgår dels af 68. betragtning til beslutningen, hvis rigtighed ikke bestrides, og ifølge hvilken BG under proceduren for Kommissionen fremlagde kopier af skrivelser vedrørende tilbud og accept af de månedlige udbetalinger, og dels af en skrivelse fra en grossist af 23. december 1985, som tidligere er nævnt og fremlagt som bilag A til duplikken, hvorved denne grossist meddelte, at han var enig i at modtage salgsfremmende udbetalinger på 500 UKL om måneden til gengæld for en forpligtelse til udelukkende at foretage sine indkøb hos BG, forpligtede disse grossister sig bl.a. til alene at købe gipsplader hos BG, mens BG forpligtede sig til med visse mellemrum at udbetale dem salgsfremmende bidrag. Fra september 1986 afviklede BG gradvis de salgsfremmende bidrag i forbindelse med indførelsen af en lagerføringsordning (Super stockist scheme).

64 Det er på baggrund af disse faktiske oplysninger, at det skal bedømmes, om de omtvistede aftaler udgjorde misbrug af BG's dominerende stilling.

De eksklusive indkøbsaftalers karakter af misbrug

65 Retten bemærker indledningsvis, at sagsøgerne med rette hævder, at deres praksis med hensyn til salgsfremmende bidrag til køberne er sædvanlig i det forretningsmæssige samarbejde mellem en forhandler og hans distributører. Under sædvanlige forhold på et konkurrencepræget marked indgås disse aftaler i begge parters

interesse. Herved søger sælgeren sikkerhed for salg ved at skabe loyalitet på efterspørgselssiden, mens distributøren for sit vedkommende opnår sikkerhed for forsyninger og hermed forbundne handelsmæssige ydelser.

66 Det forekommer ret ofte, at modtageren af disse udbetalinger eller ydelser til gengæld indgår en aftale med sine leverandør om eksklusive indkøb. Sådanne indkøbsaftaler er ikke principielt forbudt. Som Retten har udtalt i sin dom af 2. juli 1992 (sag T-61/89, Dansk Pelsdyravlerforening mod Kommissionen, Sml. II, s. 1931), afhænger vurderingen af virkningerne af sådanne aftaler på det pågældende marked af dettes karakteristiske egenskaber. Som Domstolen har fundet i dom af 28. februar 1991 (sag C-234/89, Delimitis, Sml. I, s. 935), skal sådanne aftalers påvirkning af markedet principielt bedømmes i deres specifikke sammenhæng.

67 Men disse betragtninger, som er anvendelige i en sædvanlig konkurrencepræget markedssituation, kan kun anvendes med forbehold, hvor der er tale om et marked, på hvilket konkurrencen netop på grund af en af de erhvervsdrivendes dominerende stilling allerede er begrænset. Der påhviler nemlig den virksomhed, der har en dominerende stilling, et særligt ansvar til ikke ved sin adfærd at skade en effektiv og ufordrejet konkurrence på fællesmarkedet (Domstolens dom af 9.11.1983, sag 322/81, Michelin mod Kommissionen, Sml. s. 3461, præmis 57).

68 Hvad angår den omtvistede forpligtelses karakter bemærker Retten, således som Domstolen har haft lejlighed til at fastslå, at en virksomhed, som indtager en dominerende stilling på et marked, og som — også efter anmodning fra købere — binder disse til sig ved hjælp af en forpligtelse til eller et løfte om at dække hele eller en betydelig del af deres behov udelukkende hos virksomheden, [herved] misbruger sin dominerende stilling som nævnt i traktatens artikel 86, uanset om forpligtelsen står alene eller modsvares af en bonusydelse (Domstolens ovennævnte dom af 13.2.1979, sag 85/76, Hoffmann-La Roche, præmis 89, og Domstolens dom af 3.7.1991, sag C-62/86, AKZO mod Kommissionen, Sml. I, s. 3359, præmis 149). Dette resultat er begrundet med, at når en erhvervsdrivende, som i denne sag, har en stærk stilling på markedet, udgør indgåelse af eksklusivaftaler om leverancer vedrørende en stor del af indkøbene en uacceptabel hindring for adgangen til dette marked. Selv om man anså det for bevist, at de salgsfremmende bidrag opfyldte

krav fra grossisterne og var begrundet med disses voksende styrke på indkøbssiden, ville dette ikke i noget tilfælde berettige til indsættelsen af en bestemmelse om eksklusivitet i de pågældende aftaler om leverancer. Som følge heraf kan sagsøgerne ikke hævde, at Kommissionen ikke har ført bevis for den pågældende praksis' karakter af misbrug, og der er herefter ikke grund til at tage stilling til diskussionen mellem parterne vedrørende begrebet eksklusivitet med hensyn til indkøb, idet det under alle omstændigheder klart fremgår af undersøgelsen, at den omtvistede bestemmelse angik samtlige eller så godt som samtlige indkøb, der blev foretaget af kunderne.

69 Selv om eksistensen af en dominerende stilling ikke afskærer en virksomhed, der har denne stilling, fra at beskytte sine egne handelsmæssige interesser, når disse trues, og selv om denne virksomhed har ret til i rimeligt omfang at udføre de handlinger, den skønner fornødne med henblik på at beskytte sine interesser, kan man dog ikke anerkende sådanne former for adfærd, når de har til formål at styrke denne dominerende stilling og misbruge den (se Domstolens dom af 14.2.1978, sag 27/76, United Brands mod Kommissionen, Sml. s. 207). Det følger heraf, at hverken BG's argument, hvorefter selskabet havde pligt til at sørge for vedvarende og regelmæssige forsyninger, eller argumentet vedrørende Iberian's former for handelspraksis kan anerkendes (se Rettens dom af 12.12.1991, sag T-30/89, Hilti mod Kommissionen, Sml. II, s. 1439, præmis 118, og Domstolens dom af 11.11.1986, sag 226/84, British Leyland mod Kommissionen, Sml. s. 3263).

70 Retten bemærker desuden, at misbrugsbegrebet er et objektivt begreb (Domstolens ovennævnte dom af 13.2.1979, sag 85/76, Hoffmann-La Roche, præmis 91), og at en adfærd udvist af en virksomhed, der har en dominerende stilling, kan betragtes som begrundende misbrug i medfør af EØF-traktatens artikel 86, selv om der ikke foreligger nogen form for skyld. Som følge heraf er sagsøgernes argument om, at BG aldrig har haft til hensigt at afskrække eller svække Iberian, uden betydning for den retlige kvalifikation af forholdene.

71 Selv om man antog, at et af formålene med dette system som hævdet af sagsøgerne var generelt at fremme salget af gipsprodukter, må det konstateres, at systemet medfører udbetalinger, der hænger nøje sammen med eksklusiv loyalitet over for BG, og som følge heraf har karakter af misbrug, uanset hvorledes man bedømmer holdbarheden af argumentet om, at kunderne ikke er trofaste over for et bestemt fabrikat.

72 Sagsøgerne kan heller ikke begrunde de forpligtelser om eksklusivitet med hensyn til leverancer, som de lod deres kunder underskrive, med deres konkurrenters forsyningsvanskeligheder, idet de ikke med føje kan hævde, at deres kunder ikke ville have kunnet drage konsekvenserne af disse vanskeligheder i deres forretningspolitik.

73 For så vidt angår argumentet om, at grossisterne til enhver tid kunne afbryde deres aftaleforhold med BG, er dette uden betydning, idet retten til at opsige en aftale ikke på nogen måde er til hinder for dens faktiske gennemførelse, så længe adgangen til at opsige den ikke er benyttet. I denne henseende bemærkes, at en virksomhed, der har en dominerende stilling, har en magtposition, der gør det muligt for den at påtvinge sine kunder ikke blot indgåelse, men tillige opretholdelse af sådanne aftaler, og således faktisk gøre retten til opsigelse illusorisk.

74 Hvad angår BG's argument om, at selskabet ikke har forskelsbehandlet sine grossister, bemærkes alene, at der ikke i den anfægtede beslutning på nogen måde er rettet bebrejdelser af denne art mod sagsøgerne, og at argumentet således er uden betydning.

75 Hvad endelig angår argumentet om anvendelse af EØF-traktatens artikel 85, stk. 3, bemærker Retten dels, at beslutningen ikke vedrører anvendelse af EØF-traktatens artikel 85, men dens artikel 86, og dels, at en fritagelse i medfør af traktatens artikel 85, stk. 3, ikke på nogen måde er til hinder for anvendelse af artikel 86 (Rettens dom af 10.7.1990, sag T-51/89, Tetra Pak mod Kommissionen, Sml. II, s. 309).

76 Af samtlige ovenstående betragtninger fremgår det, at sagsøgerne ikke kan hævde, at Kommissionen med urette har draget den slutning, at systemet med udbetalinger til grossisterne, som bl.a. havde til formål at sikre eksklusivitet med hensyn til deres leverancer, er misbrug af en dominerende stilling i medfør af EØF-traktatens artikel 86.

77 Den første del af anbringendet vedrørende konstateringen af misbrug af dominerende stilling må som følge heraf forkastes.

B — Fortrinsret med hensyn til leverancer af gips

— Den anfægtede retsakt

78 Ifølge beslutningens artikel 2 overtrådte BG i juli og august 1985 »EØF-traktatens artikel 86 ved at udøve en politik for favorisering af kunder, som ikke forhandlede importerede gipsplader, ved at give disse kunder fortrinsret 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«.

79 Det fremgår af 81.-85. og 141.-147. betragtning til beslutningen, at BG i juli 1985 opstillede og anvendte en plan for fortrinsret med hensyn til leverancer af gipsplader til kunder, som det betegnede »loyale«, dvs. kunder, der ikke forhandlede importerede gipsplader. I et notat fra BG af 29. juli 1985, der er fremlagt som bilag 20 til stævningen og delvis gengivet i 81. betragtning til beslutningen, hedder det

»In an effort to try to control the situation and also to create a position whereby we can help those loyal merchants who have not regularly bought and stocked imported plasterboard, arrangements have been made for us to accomodate a small number of priority requests. Any priority deliveries will be arranged largely at the expense of stockists of imported material and the Sales Offices have been provided with a list of customers who we know carry stocks and deal in either French or Spanish plasterboard«. (»I et forsøg på at holde situationen under kontrol og ligeledes for at skabe forhold, hvorunder vi kan hjælpe de loyale grossister, der ikke regelmæssigt køber og oplagrer importerede gipsplader, er der blevet truffet foranstaltninger til, at vi kan opfylde et mindre antal hasteordrer. Enhver fortrinsret med hensyn til levering skal hovedsagelig gives på bekostning af grossister, der oplagrer importerede materialer, og vore salgskontorer har fået tilstillet en fortegnelse over købere, som vi ved oplagrer eller sælger importerede gipsplader fra Frankrig eller Spanien.«)

80 Ifølge beslutningen havde denne praksis til formål og til følge at fordrive de af BG's konkurrenter fra markedet, som forhandlede importerede gipsplader.

81 I beslutningen finder Kommissionen, at denne praksis, hvorom visse »ikke loyale« kunder blev underrettet enkeltvis af BG, og som blev omtalt i en pressemeddelelse fra en repræsentant for BG, var misbrug af en dominerende stilling, idet kriteriet for udvælgelse af de grossister, der kunne få fortrinsret med hensyn til leverancer, ikke var objektivt, men udtænkt som belønning af de grossister, som udelukkende solgte BG's gipsplader.

— Parternes argumenter

82 Sagsøgerne har bestridt Kommissionens påstand om, at fastlæggelse og anvendelse af en politik, der bestod i at give fortrinsret med hensyn til ordrer på gips fra kunder, der ikke lagerførte importerede gipsplader, udgjorde misbrug af BG's dominerende stilling. Kommissionen har nemlig ikke bevist, at BG havde en dominerende stilling på gipsmarkedet. Den kan således ikke hævde, at BG udnyttede gipsmarkedet til misbrug af sin dominerende stilling på gipspladernarkedet.

83 Ifølge sagsøgerne har Kommissionen ikke bevist, hverken at BG havde indført et system med fortrinsret med hensyn til leverancer, eller at de grossister, som forhandlede importerede gipsplader, måtte tåle forsinkelser i leverancer fra BG på grund af deres import. Yderligere er sagsøgerne uenige i, at deres adfærd, som bestod i til tider at give deres loyale kunder fortrinsret, på nogen måde har været udtryk for misbrug. De hævder i øvrigt, at den konklusion, som er udtrykt i 81. betragtning til beslutningen, og hvori det hedder, at »hvis det blev nødvendigt at indpasse hasteordrer, skulle grossister, som befandt sig på listen, betjenes sidst«, er fejlagtig.

84 Sagsøgerne har forklaret, at målet om levering i løbet af tre dage ikke kunne nås i juli 1985, og at der derfor blev fastsat en leveringsfrist på fire dage for samtlige

kunder, også kunder, der eventuelt havde købt gipsplader af spansk oprindelse. Ifølge sagsøgerne gik instrukserne til salgskontorerne ud på, at hvis der opstod en situation, hvori to grossister krævede fortrinsret med hensyn til leverancer, og den ene købte gipsplader af spansk oprindelse, mens den anden købte gipsplader hos BG, og produktionen ikke var tilstrækkelig til at efterkomme mere end én ordre, skulle den kunde vælges, som havde fuld forretningsforbindelse med BG.

85 Ifølge BG lå der ikke heri nogen særlig hensigt til at fremskynde leveringen af gips til loyale kunder. I praksis blev kundernes sædvanlige behov opfyldt i den pågældende periode. Ingen kunde led, uanset om vedkommende udelukkende købte gipsplader hos BG eller ej, nogen unødig eller ugrundet forsinkelse. Sagsøgerne har bestridt, at fortrinsretten med hensyn til leverancer af gips med én dags frist er et betydeligt trumfkort, selv i perioder med knaphed. Det krav om ligebehandling af kunderne, som påberåbes af Kommissionen, ville være illusorisk i perioder med knaphed, og der måtte nødvendigvis fastsættes regler om prioritering.

86 Under retsmødet har sagsøgerne redegjort for forholdene i forbindelse med forsinkelse af levering af en ordre med fortrinsret på gips fra en kunde, som tidligere ikke havde vist sig »loyal« over for BG. De har understreget, at denne ordre blev efterkommet med kun én dags forsinkelse. Ifølge sagsøgerne var der således tale om en hypotetisk fordel af meget begrænset betydning for de »loyale« kunder.

87 I modsætning hertil har Kommissionen gjort gældende, at det konstaterede misbrug ikke har nogen forbindelse med sagsøgernes stilling på gipsmarkedet. Kommissionen har desuden aldrig hævdet, at BG var dominerende på dette marked. Indrømmelsen af fortrinsretten med hensyn til gipsleverancer var kun en af de fordele, som BG skaffede sine kunder for at sikre sig eksklusivitet med hensyn til leverancer af gipsplader.

88 Kommissionen erkender, at forlængelsen af de frister, som grossister, der ikke havde vist loyalitet, måtte tåle, ikke oversteg én dag. Dette er i øvrigt grunden til, at der ikke er pålagt nogen bøde for dette misbrug. Kommissionen finder

imidlertid, at BG som en virksomhed med en dominerende stilling har gjort sig skyldig i misbrug ved at søge at sikre sig grossisternes loyalitet. Ifølge Kommissionen lå garantien for denne loyalitet i fortrinsretten med hensyn til leverancer, der var vigtig i perioder med knaphed. En dominerende virksomhed bør imidlertid gøre ligebehandling af sine kunder til en væsentlig adfærdsregel, og loyalitet kan ikke begrunde tilsidesættelse af denne regel. Dette ville åbenbart indebære anvendelse af ulige betingelser for lige ydelser.

89 Kommissionen finder, at BG har udnyttet sin økonomiske magtstilling til at give sine loyale kunder mere fordelagtige betingelser for således at udelukke en konkurrent. Ifølge sagsøgte kan disse mere fordelagtige betingelser ikke blot bestå i ydelse af bonus, men tillige i direkte eller indirekte indrømmelse af andre fordele med henblik på at sikre sig eneret til levering af gipsplader. Indrømmelsen af fortrinsrettigheder med hensyn til leverancer af gips hørte til disse fordele.

90 Ifølge den spanske regering er sagsøgernes påstand om, at Kommissionen ikke har bevist, at BG havde en dominerende stilling, vanskelig at forstå. Det fremgår nemlig af beslutningen, at både BG's dominerende stilling og misbruget heraf angår markedet for gipsplader. Yderligere udelukker det forhold, at den fortrinsret, der blev givet de sædvanlige kunder i perioder med knaphed, var en almindelig sædvane, ikke, at denne kan være udtryk for misbrug, når den som i det foreliggende tilfælde havde til formål at forstærke virkningen af andre foranstaltninger, som havde et bestemt formål, nemlig i denne sag at lægge hindringer i vejen for importen.

91 Iberian har gjort gældende, at et system med leverancer med fortrinsret efter sin beskaffenhed er konkurrencebegrænsende. Selskabet har understrege, at både den økonomiske og den psykologiske påvirkning, som udøves af et dominerende selskab, indebærer, at enhver tilsidesættelse af konkurrencereglerne er yderst skadelig for virksomheder, der konkurrerer med et sådant selskab. Selv om forsinkelserne med hensyn til levering aldrig oversteg en dag, eller selv om knaphedssituationen ikke var evig, havde sagsøgernes adfærd alligevel til følge, at selskabet blev fordrevet fra markedet.

— Rettens bemærkninger

92 Retten bemærker for det første, at analysen af det pågældende marked for så vidt angår produktet findes i 13.-20. og 106.-109. betragtning til beslutningen. Ifølge 106. betragtning »vedrører denne sag BPB's forretningsmæssige adfærd som leverandør af gipsplader og virkningerne heraf for konkurrencen og handelen på gipspladermarkedet, særlig over for konkurrerende leverandører af gipsplader. Det relevante produkt må derfor umiddelbart betragtes som værende gipsplader«. Kommissionen har således ret, når den hævder, at spørgsmålet om, hvorvidt BG har en dominerende stilling på gipsmarkedet, er uden betydning for sagens afgørelse.

93 Retten finder, at for at de former for praksis, som udfoldes på gipsmarkedet, kan anses for at have til formål eller til følge at fordreje konkurrencen på markedet for leverancer af gipsplader, skal der dels være andre økonomiske operatører end BG, og særlig forhandlere, der er ofre for disse former for praksis, til stede på begge markederne — hvilket ikke er bestridt — og dels skal gipsmarkedets funktion have visse særlige karakteristika. I denne henseende hedder det i 143. og 146. betragtning, at virkningerne af den omtvistede praksis er desto stærkere, jo færre muligheder for substitution køberne har, når de skal forsyne sig på gipsmarkedet, på grund af produktets tekniske egenskaber, der notorisk begrænser mulighederne for substitution og skifte af leverandør og bringer køberne i et afhængighedsforhold til deres leverandør på gipsmarkedet. I øvrigt kan den påståede fejl i 81. betragtning til beslutningen, selv om den betragtes som bevist, ikke have haft nogen indflydelse på Kommissionens ræsonnement. Herefter kunne grossisterne under lige betingelser ikke undgå de frister for levering af gips, som var påtvunget dem af deres leverandør, nemlig BG. Som følge heraf havde den anvendte praksis, for så vidt som den straffede de købere af gips, der ikke var »loyale« over for selskabet på gipsmarkedet, til formål at påvirke dette markeds funktion.

94 For så vidt angår den omtvistede praksis' karakter af misbrug bemærker Retten, at selv om det som hævdet af sagsøgerne er tilladt en virksomhed, der har en dominerende stilling, og det i øvrigt er sædvanlig handelspolitik at fastsætte kriterier for fortrinsret med henblik på efterkommelse af ordrer i perioder med knaphed, skal disse kriterier være objektive og ikke have karakter af forskelsbehandling. De skal

være objektivt begrundet inden for rammerne af overholdelse af de regler, der hersker for redelig konkurrence mellem erhvervsdrivende. Dette skyldes, at traktatens artikel 86 forbyder en dominerende virksomhed at styrke sin stilling ved hjælp af andre midler end konkurrence på ydelser (Domstolens ovennævnte dom af 3.7.1991, sag C-62/86, AKZO mod Kommissionen, præmis 69 og 70). Dette er ikke tilfældet med det kriterium, som BG lagde til grund i denne sag, og som byggede på en sondring mellem på den ene side kunder, der forhandlede importerede gipsplader, der var fremstillet af visse af selskabets konkurrenter, og på den anden side »loyale« kunder, der foretog deres indkøb hos BG. Et sådant kriterium, der består i at levere lige ydelser på ulige betingelser, er i sig selv af konkurrencehindrende karakter på grund af det diskriminerende formål, det forfølger, og den udelukkelse, der kan følge heraf. Denne konklusion kan ikke anfægtes, blot fordi der var tale om en begrænset periode i sommeren 1985, hvori det pågældende misbrug fandt sted, og heller ikke som følge af, at de påståede forsinkelser med hensyn til leveringerne, som visse kunder måtte tåle i forhold til de såkaldt »loyale« kunder, ikke kunne overskride en dag. Disse omstændigheder er i øvrigt taget i betragtning af Kommissionen, som ikke har pålagt BG nogen bøde på dette punkt.

95 Yderligere bemærker Retten, at en dominerende virksomheds adfærd på et marked, hvor konkurrencen netop som følge af den pågældende virksomheds tilstedeværelse allerede er afsvækket, betyder, at enhver yderligere afsvækkelse af den endnu bestående konkurrence kan betragtes som misbrug af den således erhvervede dominerende stilling (Domstolens ovennævnte dom af 13.2.1979, sag 85/76, Hoffmann-La Roche).

96 Det følger heraf, at den udelukkelse af konkurrenterne, som BG tilsigtede ved anvendelse af den fortrinsret, der reserveredes ordrer på gips afgivet af kunder, der ikke handlede med importerede gipsplader, en praksis, hvis gennemførelse ikke alvorligt kan benægtes, således som det bl.a. fremgår af 84. og 145. betragtning til beslutningen, hvis rigtighed ikke bestrides, indebærer misbrug i medfør af traktatens artikel 86 af virksomhedens dominerende stilling på markedet for leverancer af gipsplader.

97 Det følger af det ovenfor anførte, at den anden del af det anbringende, hvori sagsøgerne bestrider at have misbrugt deres dominerende stilling, som sådan må forkastes.

98 Dog konstaterer Retten, som i givet fald ex officio kan tage stilling til en tilstrækkelig åbenbar tilsidesættelse af de forpligtelser, der påhviler Kommissionen i medfør af traktatens artikel 190 (Rettens ovennævnte dom af 2.7.1992, sag T-61/89, Dansk Pelsdyravlerforening mod Kommissionen), at selv om der i artikel 2 i den dispositive del af beslutningen henvises til former for praksis, der udøvedes i juli og august 1985, står det dog fast, at der i betragtningerne til beslutningen, bl.a. 141. betragtning og særligt 169. betragtning, hvori Kommissionen redegør for begrundelsen for ikke at have ikendt bøde for denne overtrædelse, alene henvises til former for praksis, der udøvedes i august 1985. Da der imidlertid er tale om former for praksis, som ubestridt kun er udøvet i en kort periode, burde Kommissionen så meget nøjere have angivet den periode, i hvilken de kunne fordreje konkurrencen på det pågældende marked. Yderligere har Kommissionen i sit svar på de af Retten stillede spørgsmål for at vise, at der ikke er modstrid mellem artikel 2 i den dispositive del og 169. betragtning til beslutningen udtrykkeligt erkendt, at beslutningen angik former for praksis, der var »planlagt« i juli 1985. En overtrædelse af artikel 86 kan imidlertid kun straffes for så vidt den er behørigt konstateret, og Kommissionens beslutning er således ikke tilstrækkeligt begrundet på dette punkt, ligesom den er behæftet med en retlig mangel, hvorfor Retten finder, at beslutningens artikel 2 må annulleres, dog kun for så vidt denne vedrører en praksis, der er udøvet i juli 1985.

C — De i Irland og Nordirland anvendte former for praksis

— Den anfægtede retsakt

99 I beslutningens artikel 3 anfører Kommissionen, at BPB overtrådte EØF-traktatens artikel 86 ved gennem sit datterselskab BG at misbruge sin dominerende stilling inden for levering af gipsplader i Irland og Nordirland i juni og juli 1985, idet BPB lagde pres på et konsortium af importører og derved opnåede, at disse ophørte med at importere gipsplader i Nordirland, og idet BPB ydede en række rabatter til grossister i byggemateriale i Nordirland i perioden mellem juni og december 1985 på betingelse af, at disse ikke forhandlede nogen form for importerede gipsplader.

100 Ifølge beslutningen (4. og 86. betragtning) er BPB gennem sit datterselskab GIL den eneste producent af gipsplader i Irland og Nordirland. Efter selskabets eget

skøn er dets markedsandel på 93% i Irland og 90% i Nordirland. I Nordirland forhandler BG gipsplader, der importeres fra Irland, hvor de produceres af GIL.

101 De former for praksis, der anvendtes i Irland og Nordirland, er beskrevet i 86.-103. betragtning til beslutningen og bedømmes retligt efter traktatens artikel 86 i 148.-152. betragtning.

102 I beslutningen (88. betragtning) omtales en intern »situationsrapport« fra BG vedrørende importen til Nordirland, ifølge hvilken nogle forhandlere havde anmodet om selskabets hjælp til beskyttelse mod import. Ifølge denne rapport kronedes det initiativ, som BG tog som svar på denne anmodning, med held, idet den pågældende importør fik blokeret sin adgang til grossisterne.

103 I 91. og 92. betragtning til beslutningen nævnes ligeledes et memo fra BG af 14. juni 1985, hvorefter et konsortium af de største grossister i Irland havde oprettet et kontor for import af spanske gipsplader. BG meddelte disse grossister, at det betragtede det nordirske marked som sit, og at det agtede at beholde den størst mulige andel af det. I dette memo tilkendegaves det, at enhver form for rabat ville blive nægtet grossister, der indførte gipsplader, mens BG ville tilbyde de øvrige grossister i Irland en rabat på gips og en yderligere rabat på gipsplader af de samme størrelser som de importerede plader. Ydelsen af disse rabatter blev bl.a. gjort betinget af, at BG blev udpeget som eneleverandør. Yderligere fik de loyale grossister tilsagn om fortrinsret med hensyn til leverancer i spidsbelastningsperioder. Den 17. juni 1985 gav BG grossisterne i Nordirland skriftlig besked om disse foranstaltninger.

104 Ifølge beslutningen (94. betragtning) omtales i et internt notat fra BG forud for et møde den 2. juli 1985 med importørerne på BG's kontor et forslag til foranstaltninger, dersom disse indvilgede i ikke længere at importere. På dette møde — der efterfulgtes af endnu et møde i Belfast den 15. juli 1985 (95. betragtning) — lagde BG pres på importørerne for at få dem til at afstå fra import af gipsplader.

105 I beslutningens (97. betragtning) hedder det ifølge et dagbogsnotat til mødet i juli 1985 i BPB's bestyrelse, at en gruppe af grossister havde indført en sending gipsplader gennem Belfast, og at BG havde reageret herpå ved at give rabat til loyale kunder. Denne reaktion havde ifølge notatet »bevirket, at den pågældende gruppe grossister blev indstillet på at forhandle med os, og at [det nu lod til], at de er rede til at opgive importforretningerne efter vore drøftelser«.

106 I 98. betragtning angives det, at BG den 7. august 1985 indførte ovennævnte kvantumsrabatordning ved en skrivelse til grossister i Nordirland, som havde haft en vis årlig omsætning med BG, hvis de pågældende bidrog til at fremme salget af BG's produkter og indrømmede BG eneleveringsret. BG afskaffede denne rabat med udgangen af 1985, idet selskabet skønnede, at modtagerne udnyttede den til at konkurrere på priserne med andre grossister.

107 I beslutningen (100. betragtning) tilføjes det, at BG på et møde den 12. september 1985 med de grossister, som havde importeret, accepterede med tilbagevirkende gyldighed at betale dem tre fjerdedele af den rabat, som havde været forbeholdt loyale grossister, indtil det tidspunkt, hvor de gav tilsagn om at annullere yderligere import. Dette skete som »modydelse« for annulleringen af importen.

108 Stadig ifølge beslutningen (148. betragtning) tjente ophævelsen af den rabat, som BG ydede de grossister i Nordirland, som selskabet vidste ville importere spanske gipsplader, som sanktion mod disse grossister. De yderligere rabatter, som blev tilbudt alle grossister på betingelse af, at de alene købte hos BG og ikke forhandlede importerede gipsmaterialer, var ligeledes tænkt som en yderligere sanktion over for importørerne. Disse former for pression styrkedes ved andre incitamenter til ophør med import, som f.eks. ydelse af en fortrolig kvantumrabat eller betaling af et beløb, dersom importen blev bragt til ophør.

109 I beslutningen (149., 150. og 151. betragtning) findes samtlige de ovenfor beskrevne foranstaltninger at være misbrug af en dominerende stilling, dels fordi de var bestemt til at bringe importen til ophør og faktisk også gjorde dette, dels, fordi de styrkede den eksklusive forbindelse mellem BG og grossisterne.

— Parternes argumenter

110 Sagsøgerne har gjort gældende, at BG's adfærd i Nordirland ikke kan betegnes som misbrug af en dominerende stilling. De hævder, at der i afgørelsen er sket en fejlfortolkning af situationen på det nordirske marked. Indførelsen af rabatter var ikke et initiativ, der havde til formål at afværge konkurrencen fra de importerede gipsplader, men svar på en trussel fra en sammenslutning af fire nordirske grossister om at sælge gipsplader, der var importeret fra Spanien, til »udsalgspriser«. BG havde forsøgt på at forsvare sine egne og kundernes interesser, og dets adfærd bidrog til at opretholde og styrke konkurrencen.

111 I denne henseende finder BG, at selv en dominerende virksomhed har ret til lovligt at forsvare sig mod aktiviteter, som medfører alvorlige forstyrrelser på markedet. Ifølge BG er det umuligt ved at påberåbe sig et produkts kvaliteter at kæmpe mod tillokkende priser, der tilbydes af lidet skrupuløse forhandlere, der på deres konkurrenters bekostning har fundet frem til en forsyningskilde.

112 Som svar på den spanske regerings bemærkninger har sagsøgerne anført, at det var efter den klage over dumping, der var indgivet af GIL, at EPYSA over for Kommissionen havde underskrevet forpligtelseserklæringer vedrørende priser, som Kommissionen havde accepteret i sin beslutning 85/209/EØF af 26. marts 1985 (EFT L 89, s. 65). Den spanske regering har derfor med rette hævdet, at denne klage var blevet henlagt. BG reagerede på denne nye markedssituation ved at foreslå nedsættelse af de rabatter, der blev ydet de fire grossister, og yde de øvrige grossister større rabatter. Denne reaktion kan ikke anses for at være udtryk for misbrug.

113 Kommissionen har, for så vidt angår betingelserne i forbindelse med rabatsystemet, som bestod i en pligt til alene at indkøbe produkter hos BG, understreget, at den eneste adfærd, der er tilladt en dominerende virksomhed, er at konkurrere på effektivitet. Den har anført, at sagsøgerne har erkendt, at det på grund af de trufne foranstaltninger var vanskeligt for importørerne af gipsplader at trænge ind på markedet.

114 Under den mundtlige forhandling har Kommissionen understreget, dels at de foranstaltninger, der var truffet af BG, havde til formål at hindre de fire pågældende grossister i at udnytte deres import til at angribe BG's position, og dels, at den dumpingsag, hvortil sagsøgerne har henvist, stammer fra begyndelsen af 1985, dvs. før den periode, hvor misbruget blev konstateret.

115 Ifølge den spanske regering er det, i modsætning til, hvad sagsøgerne hævder, ikke konstateret, at importpriserne var udtryk for uredelig konkurrence. Under alle omstændigheder kan man ikke overtræde en lov under påskud af at ville undgå en påstået ulovlig tilstand. Ifølge den spanske regering blev den af GIL indgivne klage over dumping henlagt af Kommissionen. De foranstaltninger, der blev truffet af de irske grossister, nemlig at slutte sig sammen for i fællesskab at forvalte importen fra Spanien, var deres eneste middel til at undgå den pression, der blev udøvet af BPB.

116 Iberian har for sit vedkommende anført, at den konkurrenceudelukkende virkning af sagsøgernes adfærd på det nordirske marked er åbenbar. Ifølge Iberian havde de rabatter, der blev ydet de nordirske grossister, uundgåeligt til følge, at afsætningsmulighederne forsvandt, og som følge heraf, at nye konkurrenter effektivt blev udelukket.

— Rettens bemærkninger

117 Retten bemærker indledningsvis, at selv om en dominerende stilling ikke kan berøve en virksomhed, der har en sådan stilling, retten til at forsvare sine egne handelsmæssige interesser, når disse trues, og selv om der må indrømmes virksomheden ret til i rimeligt omfang at foretage handlinger, som den skønner hensigtsmæssige med henblik på beskyttelse af disse interesser, kan man ikke tillade sådanne former for adfærd, når de netop har til formål at styrke denne dominerende stilling og misbruge den (Domstolens ovennævnte dom af 14.2.1978, sag 27/76, United Brands mod Kommissionen).

118 Retten finder ikke, at en virksomhed, der har en dominerende stilling, er berettiget til på eget initiativ at iværksætte foranstaltninger, for at øve repressalier mod en forretningsmæssig praksis, som den finder ulovlig eller uredelig. Som følge heraf er

det uden betydning, om de i beslutningen omhandlede foranstaltninger blev truffet som modtræk over for de udsalgspriser, der blev tilbudt af visse konkurrenter, eller som hævdet af sagsøgerne, bl.a. med støtte i de som bilag 22 og 23 fremlagte dokumenter til stævningen, for at imødegå de nævnte priser, som visse grossister havde til hensigt at benytte for importerede produkter. Det eneste spørgsmål er, om den omstridte adfærd, hvorunder der benyttedes midler, som var forskellige fra dem, der normalt styrer konkurrencen mellem produkter på grundlag af virksomhedernes præstationer, havde til formål eller kunne have til følge at påvirke strukturen på et marked, hvor konkurrencen allerede var svækket netop som følge af den pågældende virksomheds tilstedeværelse (Domstolens ovennævnte dom af 9.11.1983, sag 322/81, Michelin mod Kommissionen).

119 Hertil bemærker Retten først, at det fremgår tilstrækkelig tydeligt af de fremlagte skriftlige beviser, der ikke er bestridt på dette punkt, således som disse er gengivet ovenfor under gennemgangen af beslutningen, at BG besluttede at ophæve den rabat på 4%, til de nordirske grossister, som agtede at importere spanske gipsplader. På samme tid besluttede selskabet at give en rabat på 5% til de grossister, der accepterede udelukkende at forsyne sig med produkter fremstillet af BG. En sådan praksis havde på grund af sin diskriminerende karakter klart til formål at straffe grossister, der agtede at importere gipsplader, og afholde dem fra at gøre dette og således gøre BG's stilling på gipsmarkedet endnu stærkere.

120 For det andet bemærker Retten under henvisning til Domstolens ovennævnte dom i Michelin-sagen, at der er tale om en praksis, der begrunder misbrug i medfør af traktatens artikel 86, når en leverandør, der har en dominerende stilling, og over for hvem kunden som følge heraf står i et mere eller mindre udpræget afhængighedsforhold, anvender enhver form for loyalitetsrabatter, hvorved denne leverandør i kraft af økonomiske fordele søger at hindre, at hans kunder handler med hans konkurrenter. I denne sag havde de rabatter, der ydedes mellem juni og december 1985 til byggematerialegrossisterne i Nordirland, klart til formål at hindre, at de købte ind hos konkurrerende leverandører, idet det er tilstrækkeligt bevist, at disse rabatter, der ydedes på betingelse af eksklusivitet, nødvendigvis førte til, at modtagerne ikke forhandlede importerede gipsplader. I modsætning til, hvad sagsøgerne hævder, er det i denne henseende uden betydning, at den bestemmelse om eneret til leverancer, som var en betingelse for opnåelsen af de omstridte rabatter, alene var en af flere betingelser, som grossisterne underkastede sig.

121 Det følger af samtlige ovenstående betragtninger, at det tredje punkt i anbringendet om manglende bevis for misbrug af dominerende stilling, således som denne er konstateret i beslutningen, må forkastes.

122 Det følger endvidere af alt det anførte, at anbringendet om manglende bevis for, at de omtvistede former for praksis havde karakter af misbrug, må forkastes, og at artikel 2 i beslutningen bør annulleres, for så vidt den omhandler former for praksis, der blev anvendt i juli 1985.

II — *Påvirkningen af samhandelen mellem medlemsstater*

123 Det andet anbringende, hvorefter der ikke er ført bevis for overtrædelse af traktatens artikel 86, vedrører indvirkningerne af BG's praksis på samhandelen mellem medlemsstater.

— Den anfægtede retsakt

124 Indvirkningerne af de ovenfor beskrevne former for praksis på samhandelen mellem medlemsstater er beskrevet i 153.-159. betragtning til beslutningen. For så vidt angår BG's misbrug af sin dominerende stilling på markedet i Storbritannien hedder det i 153. betragtning, at BG var den eneste producent i landet, og at selskabets eneste konkurrenter var importører. Som følge heraf var de af BG trufne foranstaltninger egnede til i væsentlig grad at påvirke importen fra andre medlemsstater, særlig Frankrig, og herefter Spanien fra dette lands tiltrædelse af Fællesskabet den 1. januar 1986.

125 Ifølge beslutningen (154.-157. betragtning) havde de af BG trufne foranstaltninger til binding af dets kunder med hensyn til leverancer af gipsplader og til at afholde dem fra at forhandle importerede gipsplader til følge, at både Lafarge og Iberian blev udelukket fra at handle med grossisterne. Men når handelen mellem medlemsstater allerede er begrænset af andre faktorer, vil enhver handling, der medfører yderligere indgreb, kunne henføres under traktatens konkurrenceregler. Dette er især tilfældet, når udelukkelse af en sådan samhandel fører til en styrkelse af et

kvasi-monopol i en medlemsstat. I denne sag var det vigtigt ikke blot at beskytte samhandelen mellem medlemsstater for dens egen skyld som en kilde til faktisk konkurrence, men tillige som en mulig optakt til etablering af nye produktionsfaciliteter i Storbritannien. De af BG trufne foranstaltninger kunne ligeledes eliminere eller i det mindste svække Iberian og styrke BG's dominerende stilling på det britiske marked, særlig dets magtstilling over for Lafarge og andre potentielle importører.

126 For så vidt angår de af BG i Nordirland trufne foranstaltninger hedder det i 158. og 159. betragtning til beslutningen, at elimineringen af konkurrencen fra den sammenslutning af grossister, der importerede spanske gipsplader, kunne føre til at retablere BG's monopol og dets magtstilling på markedet, så meget mere som disse former for praksis ligeledes vedrørte de af EPYSA fremstillede gipsplader, der var bragt i fri handel i Irland, samt alle importerede gipsplader uden hensyn til, fra hvilken medlemsstat de stammede. Da BG var den eneste leverandør af gipsplader i Nordirland, og da så godt som samtlige gipsplader, det leverede i Nordirland, var fremstillet i Irland og importeret derfra, skabte de foranstaltninger, der blev truffet til hindring af import af gipsplader fra Spanien, et handelssamkvem, der ikke ville have fandtes, dersom foranstaltningerne ikke var blevet truffet. De påvirkede således direkte samhandelen mellem medlemsstater.

— Parternes argumenter

127 Sagsøgerne har anført, at de former for praksis, som ifølge Kommissionen var bindende for kunderne med hensyn til levering af gipsplader, selv om man forudsatte dem bevist, ikke var egnede til at påvirke samhandelen. De eneste handelssamkvem, som kunne være blevet påvirket, var samkvemmet mellem Det Forenede Kongerige, Spanien og Frankrig. Men en betydelig del af de former for handelspraksis, som ifølge beslutningen betragtes som overtrædelser af traktatens artikel 86, fandt sted før Spaniens tiltrædelse af Fællesskabet. For så vidt angår handelen med Frankrig havde Lafarge ifølge sagsøgerne allerede i Det Forenede Kongerige nået de salgstal, som selskabet havde planlagt, og søgte ikke nye kunder. Ifølge sagsøgerne var gipspladernarkedets struktur og beskaffenhed i Det Forenede Kongerige og Irland af en sådan art, at BG's adfærd ikke kunne påvirke og faktisk heller ikke påvirkede den internationale handel. På grund af omkostningerne ved søtransport af gipspladerne og fordelene ved at have produktionsfaciliteter nær ved det sted,

hvor gipspladerne skal bruges, er det ikke økonomisk muligt i stort omfang og igennem længere tid at forsyne markederne i Storbritannien og Irland fra udlandet, hvilket Kommissionen i øvrigt har erkendt under høringen. Desuden er der på gipsmarkedet et særligt behov for regelmæssige leverancer og udbud af et stort produktudvalg, som ikke kan tilfredsstilles af leverandører, der ikke har fabrikationsfaciliteter på Det Forenede Kongeriges eller Irlands område. Særlig for så vidt angår Nordirland har sagsøgerne bestridt, at de normale handelssamkvem mellem Irland og Nordirland er blevet påvirket ved de påståede former for praksis fra BG's side, og har herved påberåbt sig Domstolens dom i Hugin-sagen (dom af 31.5.1979, sag 22/78, Hugin mod Kommissionen, Sml. s. 1869).

128 Sagsøgerne har endelig anført, at de til Nordirland importerede gipsplader blev solgt til spotpriser, hvilket blev bekræftet ved de foranstaltninger mod dumping, som blev truffet af Fællesskabet. For så vidt angår anvendelsen af BG's politik med fortrinsret med hensyn til leverancer af gips hævder BG, at Kommissionen har underkendt den vidneforklaring, der blev afgivet af salgsdirektør J. H. Garner under høringen. BG har anført, at Kommissionens teoretiske argument er uden værdi, når henses til forholdene i sagen. Der har ikke været nogen andre konkurrenter end Iberian og Lafarge, og disse var kun konkurrenter i meget begrænset omfang. Redland og Knauf, der er de virkelige konkurrenter, er ikke blevet hindret i at trænge ind på markedet i Det Forenede Kongerige. Sagsøgerne har i øvrigt henvist til, at importen fra Spanien foregik gennem Ulster Partitions Ltd.

129 Kommissionen har bestridt sagsøgernes anbringender om, at BG's adfærd ikke kunne påvirke samhandelen mellem medlemsstater. Den har understreget, at Iberian og Lafarge faktisk indførte gipsplader, og at denne import var af ikke ringe betydning. Yderligere havde en tredje virksomhed påbegyndt import af gipsplader til Nordirland efter den af BG iværksatte aktion, hvilket beviser, at denne aktivitet var profitabel. Elimineringen af den eksisterende handel inden for Fællesskabet førte til styrkelse af et kvasi-monopol i en medlemsstat og påvirkede således konkurrencestrukturen i Fællesskabet. Det var vigtigt at beskytte samhandelen mellem medlemsstater af hensyn til en reel konkurrence over for BG og som eventuel forudsætning for opførelse af nye produktionsfaciliteter i Storbritannien. Ifølge Kommissionen indebar det af BG udviste misbrug, som bestod i at knytte kunder til sig

med hensyn til leverancer af gipsplader, og som startede på grund af importen fra Frankrig og Spanien, at BG's kunder ikke kunne købe plader, der stammede fra andre medlemsstater.

130 For så vidt angår BG's argument om import fra Spanien i et tidsrum, hvor dette land ikke var medlem af Fællesskabet, har Kommissionen understreget, at den har taget hensyn hertil ved fastsættelsen af bøden.

131 For så vidt angår situationen i Nordirland er Kommissionen af den opfattelse, at den situation, der er tale om i det nu foreliggende tilfælde, er forskellig fra den, der forelå i Hugin-sagen, sag 22/78 (Domstolens ovennævnte dom af 31.5.1979), fordi der i denne sag faktisk fandt handel med gipsplader sted mellem på den ene side Det Forenede Kongerige og Irland og på den anden side andre medlemsstater. Kommissionen har understreget, at de handelssamkvem, som nævnes af BG, var dem, der ville have fandtes, hvis det pågældende misbrug ikke havde fundet sted. Disse samkvem omfattede import fra Spanien og Irland. Misbruget var således egnet til direkte at påvirke samhandelen mellem medlemsstater.

132 Kommissionen har henvist til beslutningen for så vidt angår spørgsmålet om, hvorvidt de spanske gipsplader importeredes til Irland og Nordirland til markedspriser. Redland's og Knauf's aktiviteter bekræfter Kommissionens vurdering, hvori det understreges, at Redland havde erobret 5% af markedet alene i kraft af sin import, førend det etablerede en fabrik i Storbritannien.

133 Den spanske regering har bestridt, at sagsøgernes anbringender, hvorefter de former for handelspraksis, som Kommissionen anser for at stride mod traktatens artikel 86, dels blev anvendt før Spaniens tiltrædelse af Fællesskabet, og dels, at BG's aktiviteter ikke har haft skadelige virkninger for den internationale samhandel, eftersom de pågældende former for praksis ifølge beslutningens artikel 1 fortsattes indtil august 1986, dvs. til et tidspunkt, hvor Spanien var blevet medlem af Fællesskabet. Yderligere er EPYSA ikke den eneste virksomhed, der led skade, idet den franske virksomhed Lafarge og den britiske virksomhed Iberian ligeledes blev

ramt. At der fandt forsøg på indtrængen på det britiske og det irske marked sted, viser i øvrigt, at samhandelen mellem medlemsstaterne var profitabel. Som følge heraf finder den spanske regering, at sagsøgernes adfærd var egnet til direkte eller indirekte, aktuelt eller potentielt, at påvirke importen mellem medlemsstater, og at den således var egnet til at hindre den internationalisering af økonomien, som ønskes ifølge traktaten.

— Rettens bemærkninger

134 For så vidt angår betingelsen om påvirkning af samhandelen mellem medlemsstater bemærkes indledningsvis, at det, for at artikel 86 kan finde anvendelse, er en nødvendig og tilstrækkelig betingelse, at den adfærd, der begrunder misbrug, er egnet til at påvirke samhandelen mellem medlemsstater. Det er derfor ikke nødvendigt at fastslå eksistensen af nogen aktuel eller reel påvirkning af denne samhandel. Betingelsen om påvirkning af samhandelen må nemlig anses for opfyldt, når det bevises, at den adfærd, der karakteriseres som et misbrug, faktisk mærkbart har påvirket samhandelen mellem medlemsstater, eller blot at den kan virke som nævnt (se bl.a. Domstolens ovennævnte dom af 9.11.1983, sag 322/81, Michelin mod Kommissionen, præmis 104, og af 23.4.1991, sag C-41/90, Höfner og Elser, Sml. I, s. 1979, præmis 32).

135 I denne sag konstaterer Retten, at de omtvistede foranstaltninger har afspærret markedet i Det Forenede Kongerige ved direkte at påvirke de aktuelle eller potentielle handelssamkvem mellem på den ene side Frankrig og Spanien og på den anden side Det Forenede Kongerige. Handelen mellem Irland og Nordirland er ligeledes blevet påvirket. Begunstigelsen af de kunder, der ikke handlede med importerede gipsplader, skabte nemlig en hindring for markedsføringen af importerede gipsplader på Det Forenede Kongeriges område. Endelig havde de former for praksis, der blev anvendt i både Irland og Nordirland, som hævdet af Kommissionen, en tendens til at skabe hindringer for importen, og opretholdelsen af den eksisterende handel, idet de produkter, der forhandledes i Nordirland, alene var importvarer, der var fremstillet af GIL i Irland. Disse former for praksis har som følge heraf medført handelssamkvem, der afveg fra dem, som ville foreligge på et marked, der var åbent for konkurrence.

136 For så vidt angår sagsøgernes argument om, at det ikke var økonomisk muligt i stort omfang og igennem længere tid at forsyne markedet i Det Forenede

Kongerige, og at der ikke fandtes betingelser for aktuelle eller potentielle handelssamkvem mellem medlemsstater, konstaterer Retten, at der på det tidspunkt, hvor de omtvistede former for praksis blev anvendt, faktisk fandt import sted til Det Forenede Kongerige fra Spanien og Frankrig. Ifølge de ubestridte oplysninger i 32. og 36. betragtning til beslutningen androg denne import i 1985 3,3 mio. m^2 for Lafarge's vedkommende og 1,8 mio. m^2 for Iberian's vedkommende. Denne import blev direkte påvirket af de omstridte foranstaltninger. I denne henseende findes der derfor ikke grund til at tage stilling til spørgsmålet om, hvorvidt Lafarge, som hævdet af sagsøgerne, havde nået de markedsføringsmål, som selskabet havde fastsat for Storbritannien, og ikke agtede at udvikle sit salg på dette område.

137 For så vidt angår argumentet om, at de former for praksis, der er omhandlet i beslutningen artikel 2 — for så vidt de anvendtes i august 1985 — og artikel 3, fandt sted før Spaniens tiltrædelse af Fællesskabet, bemærker Retten først i overensstemmelse med Domstolens dom af 16. marts 1974 (forenede sager 6/73 og 7/73, Commercial Solvents mod Kommissionen, Sml. s. 223), at det forhold, at de omtvistede former for praksis bringer samhandelen med et eller flere tredjelande i fare, ikke i sig selv er tilstrækkeligt til at udelukke muligheden for, at den betingelse om påvirkning af samhandelen, der kræves opfyldt ifølge artikel 85 eller 86, ikke kan anses for opfyldt. Retten bemærker desuden, at de af BG i Storbritannien trufne foranstaltninger i denne sag ikke blot har påvirket importen fra Spanien, men tillige vanskeliggjort omsætningen på Det Forenede Kongeriges område af gipsplader, der var fremstillet i tredjelande og frit kunne omsættes på andre medlemsstaters område.

138 For så vidt endelig angår de former for praksis, der er omhandlet i beslutningens artikel 1, konstaterer Retten dels, at de delvis er blevet anvendt efter den 1. januar 1986, hvor Spanien tiltrådte Fællesskaberne, og dels, at den således indgåede eksklusivitetsforpligtelse ligeledes var egnet til at vanskeliggøre adgangen til markedet i Storbritannien for en importør, og således i hvert fald potentielt påvirke handelen mellem medlemsstater. I betragtning af sagsøgernes stærke stilling på markedet i Storbritannien og på verdensmarkedet må denne påvirkning betragtes som tilstrækkelig væsentlig.

139 Det følger af det ovenfor anførte, at de af BG indførte foranstaltninger og former for praksis var egnede til at øve en reel eller potentiel og tilstrækkelig væsentlig indflydelse på samhandelen i Fællesskabet. Som følge heraf må anbringendet om, at de omtvistede former for praksis ikke har kunnet påvirke denne samhandel, forkastes.

Påstandene vedrørende skyldspørgsmålet i forbindelse med overtrædelserne og bødernes størrelse

140 Som anført (se præmis 10 ovenfor), pålægges der ved artikel 4 i beslutningen BG en bøde på 3 mio. ECU på grund af de former for eksklusiv leveringspraksis, der er omhandlet i beslutningens artikel 1, og BPB en bøde på 150 000 ECU på grund af de former for praksis, der anvendtes i Irland og Nordirland, og som er omhandlet i beslutningens artikel 3. Der er ikke pålagt bøde på grund af de former for praksis med fortrinsret til leverancer, som er omhandlet i artikel 2 i den dispositive del af beslutningen. Sagsøgerne har bestridt både, at der kan pålægges BPB bøde i anledning af de former for praksis, der blev anvendt i Irland, og størrelsen af de pålagte bøder.

BPB's bøde

— *Den anfægtede retsakt*

141 I beslutningen (165. betragtning) hedder det, at »Kommissionen finder, at der også bør pålægges en bøde for misbruget i Nordirland af BPB's dominerende stilling på det irske område«.

— *Parternes argumenter*

142 Ifølge sagsøgerne bør beslutningen annulleres for så vidt angår den bøde, der er pålagt BPB, på grund af manglende begrundelse. Sagsøgerne finder ikke, at der er grund til at gøre BPB ansvarligt for BG's handlinger i Nordirland. Beslutningen indeholder ingen begrundelse på dette punkt. Tværtimod henvises der i 87.-103.

betragtning, hvori de forhold er beskrevet, som er begået i Nordirland, og 141.-152. betragtning, hvori de retlige følger, som Kommissionen drager heraf, beskrives, alene til foranstaltninger, der er truffet af BG. Den eneste — i øvrigt ukorrekte — omtale af BPB angår de rutineberetninger, der blev aflagt af direktionen for BPB. Men det fremgår af disse beretninger, at BPB først blev informeret efterfølgende og i almindelige vendinger, og at selskabet ikke har deltaget i gennemførelsen af de former for praksis, som er omhandlet i disse beretninger. Sagsøgerne ser derfor ingen grund til, at BPB pålægges bøde.

143 Sagsøgerne har gjort gældende, at beslutningen vedrører begivenheder, der alene har fundet sted i Nordirland og ikke tillige i Irland, og finder, at den omstændighed, at gipspladerne blev fremstillet i Irland af GIL, der er et andet selskab, der tilhører deres koncern, er uden betydning. Den relevante omstændighed er BG's salg af gipsplader. Sagsøgerne har understreget, at det rabatsystem, der blev anvendt i Nordirland, var styret af BG og ikke af BPB. BG virkede nemlig helt uafhængigt.

144 Under retsmødet har sagsøgerne gjort gældende, at beslutningen bør annulleres, fordi der ikke er nogen som helst begrundelse for at tillægge BPB ansvaret for misbrug af dominerende stilling i Nordirland i stedet for BG. Ifølge sagsøgerne redegjorde Kommissionen først i sine indlæg til Retten for grundene til, at den var gået frem på denne måde. Sagsøgerne har bestridt, at der er noget som helst grundlag for at holde et moderselskab ansvarligt for dets datterselskabs handlinger, blot fordi det er blevet underrettet om dettes aktiviteter. De har understreget, at i modsætning til situationen i Domstolens dom af 25. oktober 1983 (sag 107/82, AEG mod Kommissionen, Sml. s. 3151) blev BPB's datterselskabers handelspolitik i denne sag ikke fastlagt af moderselskabet. Sagsøgerne finder endelig, at hvis Kommissionens ræsonnement er rigtigt, er det uforståeligt, hvorfor bøderne for BG's handlinger i Storbritannien ikke er blevet pålagt BPB.

145 Ifølge Kommissionen må BPB's anbringende om, at der ikke er gyldig grund til at tilregne BPB's handlinger begået af dets datterselskab BG på det nordirske marked, forkastes. Kommissionen har herved anført, at BPB har en dominerende stilling på det irske marked for gipsplader, som den har udnyttet via handlinger foretaget af dets 100% ejede datterselskab BG. Som følge heraf bør BPB og BG betragtes som én og samme virksomhed med hensyn til de forhold, der er begået i Nordirland. BPB's administrerende direktion blev holdt konstant underrettet om de foranstaltninger til bekæmpelse af importen, som blev truffet af BG i Nordirland.

146 I besvarelsen af Domstolens spørgsmål har Kommissionen nærmere anført, at når beslutningen retteligt kunne rettes til BG for så vidt angik de forhold, der var konstateret på markedet i Storbritannien, var dette ikke tilfældet for så vidt angik dem, der var begået på det irske marked, hvor der måtte tages hensyn til eksistensen af to datterselskaber af BPB, idet dette holdingselskab direkte er interesseret i det irske marked, således som det fremgår af 90., 97. og 102. betragtning til beslutningen. Som følge heraf fandt Kommissionen, at beslutningen for så vidt angik dette marked burde rettes til moderselskabet.

147 Den spanske regering har anført, at BG er et 100% ejet datterselskab af BPB og finder sidstnævnte ansvarligt for BG's aktiviteter i Nordirland. At et datterselskab er en selvstændig juridisk person, er ikke tilstrækkeligt til at forkaste muligheden af, at dets adfærd tilregnes moderselskabet (Domstolens dom af 14.7.1972, sag 48/69, ICI mod Kommissionen, Sml. s. 151, org. ref.: Rec. s. 619). Den spanske regering har understreget, at BG's og BPB's adfærd er karakteriseret ved fælles handlinger, hvorfor de to selskaber må betragtes som udgørende én økonomisk enhed. Som følge heraf må de være solidarisk ansvarlige for den sanktionerede adfærd.

— *Rettens bemærkninger*

148 Med henblik på udøvelsen af sin kontrol med beslutningens lovlighed med hensyn til om ansvaret for BG's former for praksis på det irske marked kan tilregnes BPB, må Retten tage stilling til, om Kommissionen, således som den hævder, i beslutningen har givet en tilstrækkelig begrundelse for at tilregne BPB den adfærd, som BG har udvist på dette marked.

149 For så vidt angår spørgsmålet om, hvorvidt et moderselskab kan tilregnes en adfærd udvist af et datterselskab, bemærkes, at en sådan adfærd kan tilregnes moderselskabet, når datterselskabet ikke frit bestemmer sin adfærd på markedet, men i det væsentlige følger instrukser fra moderselskabet (Domstolens ovennævnte dom af 14.7.1972, sag 48/69, ICI mod Kommissionen, præmis 133). I et 100% ejet datterselskab må det anføres, at dette principielt og nødvendigvis følger den politik, der er fastlagt af moderselskabet (Domstolens ovennævnte dom af 25.10.1983, sag 107/82, AEG mod Kommissionen, præmis 50).

150 I denne sag fastslår Retten, at BPB er et holdingselskab, som virker i Storbritannien via BG, som det kontrollerer 100%. I Storbritannien varetager BG selv markedsføringen af sin egen produktion. For så vidt angår Irland fremstilles gipsprodukterne af GIL, der ligeledes er et 100% ejet datterselskab af BPB. I Nordirland sælges koncernens produkter af BG. Selv om en mindre del af disse produkter på det i sagen omhandlede tidspunkt var fremstillet af BG selv, bestod den væsentligste del af salget af import fra Irland, der blev foretaget af BG, som selv med henblik herpå indkøbte de pågældende produkter hos GIL.

151 I denne henseende bemærkes, at modsat markedet i Storbritannien beror BPB's stilling i Irland og Nordirland under ét — hvilket i øvrigt ikke er blevet bestridt — på to datterselskaber, hvoraf det ene på det nordirske område markedsfører produkter fremstillet af det andet, mens dette andet selskab selv varetager både produktionen og markedsføringen af sine egne produkter i Irland. Heraf følger, at man, i modsætning til, hvad der gælder for markedet i Storbritannien, hverken kan henføre den dominerende stilling eller misbruget af denne i Irland og Nordirland specielt til ét af BPB's datterselskaber, særlig fordi hele BPB-koncernen profiterede af BG's former for praksis i Nordirland, idet datterselskabet GIL øgede sine leverancer af gipsplader til det andet datterselskab, BG, i et omfang, som direkte afhang af effektiviteten af det brug, som sidstnævnte begik i Nordirland.

152 I denne sammenhæng, og som det i øvrigt er bekræftet af de forklaringer, der er givet under den mundtlige forhandling, bemærkes ligeledes, at BPB og BG er én økonomisk enhed, og at det fremgår af 90., 97. og 102. betragtning til beslutningen, at BPB's administrerende direktion regelmæssigt holdt sig underrettet om de former for praksis, der anvendtes på det irske marked, mens en sådan interesse ikke fremgår af beslutningen for så vidt angår markedet i Storbritannien.

153 Når henses til de således påviste karakteristiske træk, som de omtvistede former for handelspraksis i øvrigt tjente til at opretholde, kan sagsøgerne ikke hævde, at Kommissionen efter forholdene i denne sag uretmæssigt har gjort BPB ansvarlig for BG's former for praksis i Nordirland og derfor ikendt dette selskab den omtvistede

bøde. Denne konklusion ændres hverken af BG's selvstændige stilling i handelsmæssig henseende eller, af de ovenfor anførte grunde (se præmis 151 og 152), af den anden løsning, der var valgt for så vidt angår markedet i Storbritannien, hvor de former for praksis, der begrundede misbrug, blev tilregnet BG.

154 Hvad angår argumentet om, at Kommissionen ikke i begrundelsen til beslutningen har anført grunden til, at bøderne for BG's handlinger på markedet i Storbritannien ikke er blevet pålagt BPB, bemærkes, at selv om Kommissionen vel kunne have pålagt moderselskabet disse bøder, eftersom BPB og BG udgør én økonomisk enhed, har den dog i beslutningen i tilstrækkelig grad redegjort for de karakteristiske træk ved hvert af de to markeder, og således givet en tilstrækkelig retlig begrundelse for den valgte løsning i begge tilfælde. I denne henseende har Kommissionen uden at underkende forskrifterne i traktatens artikel 190 inden for rammerne af undersøgelsen af sagen og bl.a. i besvarelsen af Rettens skriftlige og mundtlige spørgsmål lovligt kunnet redegøre for de forhold, som dens ræsonnement i beslutningen hviler på. Under alle omstændigheder har denne påståede utilstrækkelige begrundelse hverken forhindret sagsøgerne i at redegøre for deres argumenter eller voldt Retten vanskeligheder ved udøvelsen af dens legalitetskontrol.

155 Som følge heraf må det klagepunkt, hvorefter Kommissionen med urette har pålagt BPB en bøde på grund af de former for praksis, som anvendtes af BG i Nordirland, forkastes.

De pålagte bøders størrelser

— Den anfægtede retsakt

156 De forhold i sagen, som Kommissionen har taget i betragtning ved fastsættelsen af de bøder, der blev pålagt henholdsvis BG og BPB, er omhandlet i 162.-174. betragtning til beslutningen. Kommissionen finder her, at det system, der bandt visse grossister i Storbritannien til BG, udgør et alvorligt misbrug, særligt fordi de fleste af bidragene indgik i en ordning, som BG foreslog Iberian's store kunder, og fordi bidragene blev foretaget som vederlag for en eksklusiv indkøbsforpligtelse.

157 Ifølge beslutningen blev de pågældende former for misbrug begået forsætligt. I Storbritannien bandt BG bevidst kunderne til sig ved de foranstaltninger, som selskabet traf. I Nordirland tilsigtede BG's handlinger særligt at standse den import, som foretoges af en sammenslutning af grossister, og at binde grossister til sig for at imødegå konkurrencen fra importerede varer (170. betragtning). Kommissionen har ved fastsættelsen af bøden taget hensyn til, at de eksklusive købsforpligtelser blev iværksat før Spaniens tiltrædelse af Fællesskabet og kun opretholdtes i syv måneder efter denne medlemsstats tiltrædelse (173. betragtning).

158 Ifølge beslutningen bør der også pålægges en bøde for misbruget i Nordirland af BPB's dominerende stilling på det irske område (165. betragtning).

— *Parternes argumenter*

159 For så vidt angår den forsætlige karakter af de anvendte former for praksis har sagsøgerne anført, at de påståede tilfælde af misbrug hverken særligt havde til formål at binde kunderne til BG eller at bringe importen til Nordirland til ophør. Yderligere har BPB ikke på nogen måde været impliceret i leverancer af gipsplader i Irland og Nordirland. BPB's kendskab til BG's transaktioner i Nordirland beroede alene på rutinemæssige beretninger, som BG tilstillede BPB's administrerende direktion. I replikken har sagsøgerne for klarhedens skyld bekræftet, at de subsidiært nedlægger påstand om nedsættelse af størrelsen af de pålagte bøder.

160 Kommissionen har indledningsvis anført, at sagsøgerne ikke i stævningen udtrykkeligt har nedlagt påstand om nedsættelse af bøderne. Hvad angår spørgsmålet om, hvorvidt de anfægtede former for praksis blev anvendt forsætligt, finder Kommissionen, at der ikke kan være tvivl om, at eksklusivaftalerne vedrørende levering i Storbritannien og de foranstaltninger, der blev truffet for at bringe importen til ophør, blev anvendt og iværksat forsætligt. Kommissionen har desuden erindret om, at der ikke er blevet pålagt nogen bøde for så vidt angår fortrinsretten til gipsleverancer.

161 I besvarelse af Rettens spørgsmål har Kommissionen forklaret, at der i beslutningens dispositive del er taget hensyn til, at den af BG begåede overtrædelse varede betydeligt længere end den, BPB havde begået. Yderligere havde de former for praksis, som blev anvendt på markedet i Nordirland, kun begrænset indvirkning på samhandelen mellem medlemsstater. Den af BG begåede overtrædelse vedrørte i øvrigt et marked, der var betydeligt større end det irske, nemlig markedet i Storbritannien.

— *Rettens bemærkninger*

162 Det bemærkes indledningsvis, at selv om sagsøgerne ikke i stævningen udtrykkeligt har anført, at deres påstande om annullation af beslutningen også skulle forstås som subsidiært at indebære påstande om nedsættelse af størrelsen af de pålagte bøder, har de dog i stævningen understreget, at »de pålagte bøder er for store«. Som følge heraf må påstandene om annullation af beslutningen efter omstændighederne forstås som tillige at omfatte påstande om nedsættelse af størrelsen af de pålagte bøder. Som følge heraf må Kommissionens argument, hvorefter sagsøgerne ikke udtrykkeligt har påstået bøderne nedsat, forkastes.

163 I medfør af artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17 kan Kommissionen alene ikende bøder for forsætlige eller uagtsomme overtrædelser af traktatens artikel 86.

164 Det fremgår af samtlige Rettens ovennævnte betragtninger, at der ifølge beslutningen foreligger tilstrækkelige beviser for, at BG i tidsrummet mellem juli 1985 og august 1986 overtrådte traktatens artikel 86 ved at misbruge sin dominerende stilling inden for levering af gipsplader i Storbritannien, og at BPB overtrådte traktatens artikel 86 ved gennem sit datterselskab BG at misbruge sin dominerende stilling inden for levering af gipsplader i Irland og Nordirland.

165 For så vidt angår spørgsmålet om, hvorvidt disse overtrædelser er begået forsætligt eller uagtsomt, bemærker Retten, at det er fast retspraksis (se bl.a. Domstolens dom af 8.2.1990, sag C-279/87, Tipp-Ex mod Kommissionen, Sml. I, s. 261), at det ikke for at anse en overtrædelse for begået forsætligt er fornødent, at en virksomhed vidste, at den overtrådte forbuddet efter konkurrencereglerne, men at det er tilstrækkeligt, at den ikke kunne være uvidende om, at formålet med den pågældende adfærd var at begrænse konkurrencen inden for Fællesskabet, eller at den kunne have denne følge.

166 Retten finder, at det fremgår af selve beskaffenheden af de i beslutningen omhandlede former for adfærd, som faktisk er karakteriseret ved fastsættelse af en betingelse om ikke at handle med andre gipsplader end de af sagsøgerne fremstillede, at disse ikke kunne være uvidende om, at sådanne former for adfærd udgjorde en overtrædelse af traktatens artikel 86. Hvad angår anvendelsen af forordning nr. 17 må sådanne former for adfærd betragtes som begået forsætligt.

167 Det fremgår af det ovenfor anførte (præmis 151-156), at BPB, i modsætning til, hvad sagsøgerne hævder, var impliceret i de omtvistede former for praksis i Nordirland, som selskabet blev holdt regelmæssigt underrettet om, og som blev behandlet på møder i dets egen direktion.

168 Sagsøgerne har nedlagt påstand om nedsættelse af de pålagte bøder, medmindre de annulleres. I denne forbindelse fremgår det af betragtningerne til beslutningen samt af forklaringerne under retsmødet, at Kommissionen har taget hensyn til misbrugets grovhed og varighed, virksomhedernes samlede omsætning, størrelsen af hvert enkelt af de pågældende markeder, at Spanien endnu ikke var medlem af Fællesskabet pr. datoen for indførelsen af de salgsfremmende bidrag, hvorledes rabatsystemet i Nordirland blev iværksat, samt endelig, at systemet med salgsfremmende bidrag kun blev opretholdt i syv måneder efter Spaniens tiltrædelse af Fællesskabet. Kommissionen har derfor givet en tilstrækkelig begrundelse for forholdet

mellem de begåede overtrædelser og de pålagte sanktioner, hvorfor Kommissionen ligeledes bør frifindes for påstandene om nedsættelse af de pålagte bøder. Endelig bemærkes, at den delvise annullation af beslutningens artikel 2 vedrører et klagepunkt, for hvilket der ikke er pålagt bøder.

169 Det fremgår af det ovenfor anførte, at sagsøgerne med rette er blevet pålagt bøder, og at disse er rigtigt udmålt, samt at beslutningen er rettet til de rigtige adressater. Som følge heraf må Kommissionen frifindes for sagsøgernes påstande om annullation eller forandring af beslutningens artikel 4.

170 Det fremgår ligeledes af samtlige ovenstående betragtninger, at artikel 2 i beslutningens dispositive del bør annulleres, for så vidt den angår juli 1985, mens sagsøgte i øvrigt bør frifindes.

Sagens omkostninger

171 I henhold til procesreglementets artikel 87, stk. 2, dømmes den tabende part til at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Kommissionen har nedlagt påstand om, at sagsøgerne tilpligtes at betale sagens omkostninger, og der er derfor efter de foreliggende omstændigheder grund til at tilpligte disse at betale sagens omkostninger, herunder det intervenerende selskab, Iberian's omkostninger.

172 I medfør af artikel 87, stk. 4, i ovennævnte procesreglement bærer medlemsstater, der er indtrådt i en sag, deres egne omkostninger. Kongeriget Spanien bærer derfor sine egne omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Anden Afdeling)

1) Artikel 2 i Kommissionens beslutning 89/22/EØF af 5. december 1988 om en procedure i henhold til EØF-traktatens artikel 86 (IV/31.900 — BPB Industries plc) annulleres, for så vidt den vedrører juli 1985.

2) I øvrigt frifindes sagsøgte.

3) Sagsøgerne betaler sagens omkostninger, herunder intervenienten Iberian's.

4) Kongeriget Spanien bærer sine egne omkostninger.

Cruz Vilaça Saggio Briët

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 1. april 1993.

H. Jung J.L. Cruz Vilaça

Justitssekretær Præsident