handel te worden vastgesteld. Aan de voorwaarde van ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer moet immers worden geacht te zijn voldaan, wanneer vaststaat dat het intracommunautaire handelsverkeer daadwerkelijk of, althans potentieel, in merkbare mate ongunstig is beïnvloed.

10. De omstandigheid dat een dochtermaatschappij een eigen rechtspersoonlijkheid bezit, die onderscheiden is van die van de moedermaatschappij, volstaat niet om de mogelijkheid uit te sluiten dat haar gedrag aan deze laatste wordt toegerekend, wanneer de dochtermaatschappij, haar eigen rechtspersoonlijkheid ten spijt, haar marktgedrag niet zelfstandig bepaalt, doch in hoofdzaak de haar door de moedermaatschappij verstrekte instructies volgt. Een 100 % dochtermaatschappij volgt in beginsel noodzakelijkerwijs het door de moedermaatschappij bepaalde beleid.

11. Om te kunnen aannemen dan een inbreuk op de mededingingsregels opzettelijk is begaan, is het niet noodzakelijk dat de onderneming zich ervan bewust was het in de mededingingsregels van het Verdrag voor ondernemingen neergelegde verbod te overtreden; het volstaat, dat zij er niet onkundig van kon zijn dat het gewraakte gedrag ten doel had of tot gevolg kon hebben, dat de mededinging op de gemeenschappelijke markt werd vervalst.

ARREST VAN HET GERECHT (Tweede kamer)
1 april 1993 *

Inhoudsoverzicht

De feiten ..... II - 396

De procedure ..... II - 399

Conclusies van partijen ..... II - 400

De conclusies tot nietigverklaring van de beschikking ..... II - 402

Niet-overlegging van documenten en eerbiediging van de rechten van de verdediging .... II - 402

— Argumenten van partijen ..... II - 402

* Procestaal: Engels.

— Beoordeling door het Gerecht ..... II - 404

De vaststelling van de inbreuk ..... II - 407

I — Het misbruik van een machtspositie ..... II - 407

A — De exclusieve leveringsovereenkomsten en de promotiebetalingen ..... II - 408

— De bestreden handeling ..... II - 408

— Argumenten van partijen ..... II - 409

— Beoordeling door het Gerecht ..... II - 415

De vastgestelde feiten ..... II - 415

De onrechtmatigheid van de exclusieve afnameverplichtingen ..... II - 416

B — De gipsleveringen met voorrang ..... II - 420

— De bestreden handeling ..... II - 420

— Argumenten van partijen ..... II - 421

— Beoordeling door het Gerecht ..... II - 424

C — De in Ierland en Noord-Ierland toegepaste praktijken ..... II - 426

— De bestreden handeling ..... II - 426

— Argumenten van partijen ..... II - 429

— Beoordeling door het Gerecht ..... II - 430

II — De ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer tussen de Lid-Staten ..... II - 432

— De bestreden handeling ..... II - 432

— Argumenten van partijen ..... II - 433

— Beoordeling door het Gerecht ..... II - 436

De conclusies inzake de toerekening van de inbreuk en het bedrag van de geldboeten ..... II - 438

De aan BPB opgelegde geldboete ..... II - 438

— De bestreden handeling ..... II - 438

— Argumenten van partijen ..... II - 438

— Beoordeling door het Gerecht ..... II - 440

Het bedrag van de opgelegde geldboeten ..... II - 442

— De bestreden handeling ..... II - 442

— Argumenten van partijen ..... II - 443

— Beoordeling door het Gerecht ..... II - 444

Kosten ..... II - 446

In zaak T-65/89,

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

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

vertegenwoordigd door M. Waelbroeck, advocaat te Brussel, en G. Boyd Buchanan Jeffrey, Solicitor, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ten kantore van Arendt en Harles, advocaten aldaar, Avenue Marie-Thérèse 4,

verzoeksters,

tegen

Commissie van de Europese Gemeenschappen, aanvankelijk vertegenwoordigd door haar juridisch adviseur N. Koch en I. Langermann, lid van haar juridische dienst, vervolgens door J. Currall en B. J. Drijber, leden van haar juridische dienst, als gemachtigden, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg bij N. Annecchino, lid van haar juridische dienst, Centre Wagner, Kirchberg,

verweerster,

ondersteund door

Koninkrijk Spanje, vertegenwoordigd door J. Conde de Saro, directeur-generaal Coördinatie juridische en institutionele aangelegenheden van de Gemeenschap, en R. Silva de Lapuerta, abogado del Estado bij de dienst communautaire geschillen, als gemachtigden, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ter Spaanse ambassade, Boulevard Emmanuel Servais 4-6,

en door

Iberian Trading (UK) Limited, vennootschap naar Engels recht, gevestigd te Londen, vertegenwoordigd door J. E. Pheasant en S. W. Polito, Solicitors van het kantoor Lovell White Durrant, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ten kantore van Loesch en Wolter, advocaten aldaar, Rue Zithe 8,

interveniënten,

betreffende een beroep tot nietigverklaring van beschikking 89/22/EEG van de Commissie van 5 december 1988 inzake een procedure op grond van artikel 86 van het EEG-Verdrag (IV/31.900, BPB Industries plc) (PB 1989, L 10, blz. 50),

wijst

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Tweede kamer),

samengesteld als volgt: J. L. Cruz Vilaça, president, A. Saggio en C. P. Briët, rechters,

griffier: H. Jung

gezien de stukken en na de mondelinge behandeling op 23 januari 1992,

het navolgende

Arrest

De feiten

1 Deze zaak betreft beschikking 89/22/EEG van de Commissie van 5 december 1988 inzake een procedure op grond van artikel 86 van het EEG-Verdrag (IV/31.900, BPB Industries plc) (PB 1989, L 10, blz. 50; hierna: „beschikking"), waarbij aan verzoeksters geldboeten zijn opgelegd wegens inbreuk op artikel 86 EEG-Verdrag.

2 BPB Industries plc (hierna: „BPB") is de Britse houdstermaatschappij van een concern dat ongeveer de helft van de produktie van gipsplaat in de Gemeenschap verzorgt en waarvan de netto-omzet in het boekjaar dat eind maart 1987 afliep, 1,116 miljard ECU bedroeg. In Groot-Brittannië is BPB werkzaam in de sector gips voor het bouwbedrijf en gipsplaat, voornamelijk via een 100 % dochtermaatschappij, British Gypsum Limited (hierna: „BG"). In Ierland worden gipsprodukten, met name gips voor het bouwbedrijf en gipsplaat, geproduceerd door haar Ierse dochtermaatschappij, Gypsum Industries plc (hierna: „GIL"), die de Ierse markt en, via BG, die van Noord-Ierland bevoorraadt.

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

4 Gipsplaat bestaat uit een kern van gips, gevat tussen twee lagen sterk papier. Dit produkt wordt gesneden in verschillende grootten en voornamelijk in twee diktes geleverd. Het wordt vooral gebruikt bij de constructie van plafonds en de bekleding van muren van woonhuizen, alsmede bij de bouw of bekleding van tussenmuren.

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

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

7 In mei 1984 begon Iberian Trading (UK) Limited (hierna: „Iberian") met de invoer van gipsplaat die in Spanje was vervaardigd door Española de Placas de Yeso (hierna: „EPYSA"). Haar prijzen waren lager dan die van BG (het verschil bedroeg in de regel 5 à 7 %, maar ook grotere prijsverschillen zijn geconstateerd). Het door Iberian geleverde produktenassortiment was beperkt tot enkele standaardformaten gipsplaat van de meest gevraagde modellen. Ook Iberian had herhaaldelijk te kampen met bevoorradingsmoeilijkheden.

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

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

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

„Artikel 1

British Gypsum Ltd heeft tussen juli 1985 en augustus 1986 artikel 86 van het EEG-Verdrag geschonden door misbruik te maken van haar machtspositie bij de levering van gipsplaat in Groot-Brittannië door een regeling van betalingen aan handelaren in bouwmaterialen die erin toestemden gipsplaat uitsluitend bij British Gypsum Ltd te kopen.

Artikel 2

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

Artikel 3

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

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

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

Artikel 4

De volgende geldboeten worden opgelegd:

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

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

Artikelen 5 en 6

(omissis)."

De procedure

11 In deze omstandigheden hebben BPB en BG bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Hof op 23 februari 1989, het onderhavige beroep tot nietigverklaring van de beschikking ingesteld.

12 De gehele schriftelijke procedure heeft voor het Hof plaatsgevonden. Bij beschikking van 4 oktober 1989 heeft het Hof het Koninkrijk Spanje toegelaten tot interventie ter ondersteuning van de conclusies van verweerster. Bij beschikking van 15 november 1989 heeft het Hof de zaak krachtens artikel 14 van het besluit van de Raad van 24 oktober 1988 tot instelling van een Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen, verwezen naar het Gerecht. Bij beschikking van het Gerecht van 18 januari 1990 is Iberian toegelaten tot interventie ter ondersteuning van de conclusies van verweerster.

13 Op rapport van de rechter-rapporteur heeft het Gerecht besloten zonder instructie tot de mondelinge behandeling over te gaan. Als maatregel tot organisatie van de procesgang heeft het Gerecht echter bij brief van de griffier van 8 november 1991 verweerster een aantal vragen gesteld, waarop bij op 16 december 1991 ter griffie van het Gerecht neergelegde brief is geantwoord.

14 Ter terechtzitting van 23 januari 1992 zijn partijen en interveniënten in hun pleidooien gehoord en hebben zij vragen van het Gerecht beantwoord.

Conclusies van partijen

15 In hun verzoekschrift concluderen verzoeksters dat het het Gerecht behage:

— nietig te verklaren de beschikking waarbij aan eerste verzoekster een geldboete van 150 000 ECU en aan tweede verzoekster een geldboete van 3 000 000 ECU is opgelegd wegens beweerde inbreuken op artikel 86 EEG-Verdrag;

— verweerster te verwijzen in de kosten van het geding.

16 In repliek concluderen verzoeksters dat het het Gerecht behage:

— de beschikking nietig te verklaren;

— subsidiair, de aan BPB en/of aan BG opgelegde geldboeten te verlagen;

— de Commissie in de kosten te verwijzen.

17 Verweerster concludeert dat het het Gerecht behage:

— het beroep te verwerpen;

— verzoeksters in alle kosten te verwijzen.

18 Het Koninkrijk Spanje, interveniënt, verzoekt het Gerecht:

— het door BG en BPB tegen de beschikking ingestelde beroep te verwerpen;

— de beschikking geldig te verklaren;

— verzoeksters in de kosten te verwijzen, daaronder begrepen die van interveniënt.

19 Iberian, interveniënte, verzoekt het Gerecht:

— het door verzoeksters tegen de beschikking ingestelde beroep te verwerpen;

— de beschikking op alle punten geldig te verklaren;

— verzoeksters in de kosten te verwijzen, daaronder begrepen die van interveniënten.

De conclusies tot nietigverklaring van de beschikking

20 Tot staving van hun conclusies tot nietigverklaring van de beschikking voeren verzoeksters twee reeksen grieven aan, ontleend aan schending van de rechten van de verdediging, respectievelijk aan het feit dat geen inbreuk is vastgesteld.

Niet-overlegging van documenten en eerbiediging van de rechten van de verdediging

— Argumenten van partijen

21 Verzoeksters stellen, dat de beschikking nietig moet worden verklaard omdat de Commissie hun niet alle relevante documenten die in haar bezit waren, heeft overgelegd, waardoor zij ernstig zijn benadeeld. Zij merken met name op, dat BG geen toegang heeft gehad tot bepaalde documenten die rechtstreeks verband lijken te houden met haar situatie en met bepaalde tegen haar in aanmerking genomen punten van bezwaar. Zij stellen te mogen betwijfelen, of sommige van de niet overgelegde documenten wel relevant zijn.

22 Verzoeksters doelen in het bijzonder op documenten die bij verificaties in lokaliteiten van derden aan de Commissie zijn overhandigd. De weigering van elke toegang tot informatie die vervat is in een document dat de Commissie van een derde heeft verkregen, is huns inziens een eclatante schending van de rechten van de verdediging. Bovendien hadden de niet openbaar gemaakte documenten BG bij haar verweer van pas kunnen komen, zodat er geen reden was ze niet aan haar over te leggen. Het criterium voor het achterhouden van een document zou de vertrouwelijke aard ervan moeten zijn en niet het eventuele gebruik ervan door de Commissie. Het feit dat de Commissie zich niet op een document baseert, wil nog niet zeggen dat het irrelevant is of dat de Commissie niet door de inhoud ervan is beïnvloed, en is dus een onvoldoende reden om overlegging ervan te weigeren.

23 Het is volgens verzoeksters duidelijk, dat BG onmogelijk kan aangeven, welke documenten de Commissie heeft geweigerd over te leggen, waardoor zij ze niet heeft kunnen raadplegen. De Commissie stelt ten onrechte, dat zij zich uitsluitend heeft gebaseerd op documenten die BG heeft kunnen raadplegen. BG

verwijst naar een brief van een handelaar van 23 december 1985, die de Commissie in punt 63 van de beschikking tegen haar in stelling brengt, hoewel zij er geen kennis van heeft mogen nemen. Zij beklemtoont, dat uit het arrest van het Hof van 24 juni 1986 (zaak 53/85, AKZO Chemie, Jurispr. 1986, blz. 1965) volgt, dat de Commissie verplicht is een onderneming inzage te geven in die vertrouwelijke stukken welke de belangen van die onderneming kunnen aantasten, en dat de Commissie haar dus ten minste een overzicht had moeten doen toekomen van de stukken die in haar bezit waren.

24 Verzoeksters stellen, dat hun bedenkingen ten aanzien van de bewering van de Commissie, dat zij niet door de achtergehouden documenten is beïnvloed, gerechtvaardigd zijn, daar de Commissie pas na aandringen van BG inzage heeft gegeven in de verklaring van de heer May, een deskundige op het gebied van de bouw, terwijl zij deze verklaring later in haar beschikking heeft gebruikt. BG moet het recht hebben om zelf te beoordelen, welke documenten voor haar belangen relevant zijn.

25 Wat de in de brief van de Commissie van 19 februari 1988 beschreven documenten betreft, vestigt BG de aandacht op het feit, dat de Commissie geen onderscheid heeft gemaakt tussen de documenten die haar door derden op vertrouwelijke basis waren verstrekt, en die welke zakengeheimen bevatten. Met betrekking tot de in het verweerschrift vermelde documenten is BG van mening, dat deze informatie haar in de loop van de administratieve procedure had moeten worden meegedeeld (conclusie van advocaat-generaal Warner bij arrest Hof van 10 juli 1980, zaak 30/78, Distillers Company, Jurispr. 1980, blz. 2229, 2267).

26 De Commissie verklaart, dat de beschikking uitsluitend is gebaseerd op documenten waartoe BG toegang heeft gehad. Zij wijst erop, dat BG geen enkel concreet document heeft genoemd dat ontoegankelijk voor haar zou zijn gebleven, maar waarop de Commissie zich wel zou hebben gebaseerd. Volgens de Commissie geldt het recht op toegang tot haar dossiers niet voor alle documenten die geen zakengeheimen bevatten. Zij beroept zich in dit verband op het arrest van het Hof van 17 januari 1984 (gevoegde zaken 43/82 en 63/82, VBVB en VBBB, Jurispr. 1984, blz. 19, r. o. 25), waarbij zij opmerkt, dat het door BG aangevoerde arrest AKZO Chemie (reeds aangehaald) betrekking heeft op een andere vraag, namelijk of de Commissie bepaalde informatie mag meedelen aan een klager.

27 De Commissie is van oordeel, dat zij verzoeksters in casu toegang heeft gegeven tot bepaalde documenten waarop zij zich niet heeft gebaseerd, en zo meer heeft gedaan dan waartoe zij verplicht was. Toen zij BG toegang verleende tot het dossier, heeft zij enkel de volgende documenten achtergehouden: de documenten die haar door derden onder voorbehoud van geheimhouding waren verstrekt, de jaarrekeningen van één onderneming, het reclamemateriaal van twee ondernemingen, het organogram van één onderneming, alsmede documenten die van belang werden geacht op grond dat zij eventueel inbreuken op artikel 85 door andere ondernemingen dan BPB aan het licht zouden kunnen brengen. Bovendien heeft de Commissie in haar brief van 19 februari 1988 een niet-vertrouwelijke beschrijving van deze documenten gegeven, waardoor BG kon vaststellen, dat zij geen verband hielden met hetgeen de Commissie later heeft vastgesteld.

28 Wat de door BG vermelde brief van een handelaar van 23 december 1985 betreft, beklemtoont de Commissie, dat deze als bijlage was gevoegd bij een op 30 december 1986 door BG aan de Commissie gezonden brief, zodat BG tot beide brieven toegang heeft gehad. Het rapport May is volgens de Commissie altijd voor BG toegankelijk geweest; de Commissie verwijst in dit verband naar de samenvatting in de bijlage van de mededeling van de punten van bezwaar en naar de aan het verzoekschrift gehechte documenten. Zij wijst ten slotte op het feit, dat het door verzoeksters voorgestelde onderscheid tussen zakengeheimen en andere informatie geenszins bepalend is voor de vraag, of een onderneming recht heeft op toegang tot het door de Commissie samengestelde dossier.

— Beoordeling door het Gerecht

29 Zoals het Gerecht heeft opgemerkt in zijn arrest van 17 december 1991 (zaak T-7/89, Hercules Chemicals, Jurispr. 1991, blz. II-1711), heeft de Commissie zichzelf in haar Twaalfde verslag over het mededingingsbeleid (blz. 42 en 43) een aantal regels op het gebied van de toegang tot het dossier in mededingingszaken opgelegd. Deze regels luiden als volgt: „De Commissie (...) kent de in een procedure verwikkelde ondernemingen het recht toe, kennis te nemen van het hen betreffende dossier. De ondernemingen worden op de hoogte gesteld van de inhoud van het dossier van de Commissie via de toevoeging aan de mededeling van de punten van bezwaar of aan de brief waarbij de klacht wordt verworpen, van een lijst van alle documenten waaruit het dossier is samengesteld, met opgave van de documenten of de delen daarvan waartoe zij toegang hebben. De ondernemingen worden uitgenodigd, de toegankelijke documenten ter plaatse te bestuderen. Verlangt een onderneming er slechts enkele te consulteren, dan kan de Commissie haar daarvan

afschriften doen toekomen. De Commissie beschouwt als vertrouwelijk, en derhalve niet-toegankelijk voor een bepaalde onderneming, de volgende documenten: documenten of delen daarvan die zakengeheimen van andere ondernemingen bevatten; interne documenten van de Commissie, zoals nota's, ontwerpen of andere werkdocumenten; alle andere vertrouwelijke informatie, zoals die waardoor klagende partijen zouden kunnen worden geïdentificeerd, terwijl zij onbekend wensen te blijven, en inlichtingen welke de Commissie zijn verstrekt onder voorbehoud van geheimhouding." Het Gerecht leidde hieruit af, dat de Commissie „verplicht is de ondernemingen waartegen een procedure krachtens artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag is ingeleid, toegang te verschaffen tot alle belastende en ontlastende stukken die zij in de loop van het onderzoek heeft verzameld, met uitzondering van de documenten die zakengeheimen van andere ondernemingen bevatten, de interne documenten van de Commissie en andere vertrouwelijke informatie" (r. o. 53 en 54).

30 Verder verklaarde het Gerecht in zijn arrest van 18 december 1992 (gevoegde zaken T-10/92, T-11/92, T-12/92 en T-15/92, Cimenteries CBR e. a., Jurispr. 1992, blz. II-2667), dat „de procedure inzake toegang tot het dossier in mededingingszaken bedoeld [is] om degenen tot wie de mededeling van de punten van bezwaar is gericht, in staat te stellen kennis te nemen van de bewijselementen in het dossier van de Commissie, opdat zij op basis van deze elementen een dienstig antwoord kunnen geven op de conclusies waartoe de Commissie in de mededeling van de punten van bezwaar is gekomen. De toegang tot het dossier is dus één van de procedurele waarborgen ter bescherming van de rechten van de verdediging, in het bijzonder ter verzekering van de daadwerkelijke uitoefening van het recht te worden gehoord, bedoeld in artikel 19, leden 1 en 2, van verordening nr. 17 en artikel 2 van verordening nr. 99/63. Het recht op toegang tot het door de Commissie opgebouwde dossier vindt derhalve zijn rechtvaardiging in de noodzaak, de betrokken ondernemingen de mogelijkheid te bieden zich naar behoren te verweren tegen de in de mededeling van de punten van bezwaar jegens hen geformuleerde grieven" (r. o. 38).

31 In casu blijkt uit de processtukken, dat de Commissie de verzoekende ondernemingen niet de toegang heeft geweigerd tot het door haar samengestelde dossier. In het bijzonder blijkt uit de door verzoeksters zelf overgelegde stukken, dat de mededeling van de punten van bezwaar, overeenkomstig de regels die de Commissie zichzelf in haar Twaalfde verslag over het mededingingsbeleid van 1982 heeft opgelegd, als bijlage een overzicht bevatte van alle 2095 stukken waaruit het dossier van de Commissie bestond. Dit document, dat als bijlage 6 is opgenomen bij het bij het Gerecht neergelegde verzoekschrift, bevatte behalve de datum waarop

elk van de stukken was opgesteld, twee soorten informatie. In de eerste plaats waren de betrokken stukken naar hun aard gerangschikt. Daartoe werden vijftien rubrieken onderscheiden, die aan verzoekster werden medegedeeld. Voor elk stuk of elke groep stukken werd middels het desbetreffende rubrieknummer aangegeven, tot welke rubriek of rubrieken het stuk of de groep stukken behoorde. In de tweede plaats werd voor elk stuk of elke groep stukken gepreciseerd, of verzoeksters er volledig (A), gedeeltelijk (B) of geen toegang (N) toe hadden.

32 Blijkens dat overzicht waren zes categorieën van documenten voor verzoeksters niet toegankelijk. In de eerste plaats zuiver interne documenten van de Commissie (stukken 234, 235, 290-318, 321, 324 tot 335, 337-347, 367-382, 1329 en 1330, 1535-1539, 1543, 1580-1589, 1594, 1880-1882, 1907-1971, 1985-2049, 2054-2095); in de tweede plaats bepaalde correspondentie met derde ondernemingen (stukken 240, 252, 253-281, 322 en 323, 336, 348-361, 363-366, 385, 386-395, 1323-1328, 1529 en 1530, 1544-1546, 1559, 1596-1599, 1602-1607, 1613-1683, 1891-1903, 1972-1984); in de derde plaats bepaalde correspondentie met de Lid-Staten (stukken 282-289, 1690 en 1691); in de vierde plaats bepaalde gepubliceerde studies en informatie (stukken 1904, 2051 en 2052); in de vijfde plaats bepaalde verificatie-verslagen (stukken 399-506); in de zesde en laatste plaats een antwoord op een verzoek om inlichtingen krachtens artikel 11 van verordening nr. 17 (stuk 1699).

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

34 Bovendien heeft de Commissie — zonder tijdens de mondelinge behandeling op dit punt te zijn weersproken — in dupliek vastgesteld, dat de in punt 63 van de beschikking bedoelde brief van een handelaar was gevoegd bij een andere brief die BG zelf aan haar had gezonden. BG had dus kennis van bedoelde brief en bovendien was dat document, met het nummer 1312, zoals de Commissie stelt, in ieder geval volledig toegankelijk voor verzoeksters, zoals uit de hiervoor beschreven bijlage 6 bij het verzoekschrift blijkt. Voorts zij erop gewezen, dat het rapport May hoe dan ook aan verzoeksters ter beschikking is gesteld en dat verzoeksters de regelmatigheid van de administratieve procedure niet kunnen aanvechten met het argument, dat de toegang tot dat document hun aanvankelijk was geweigerd.

35 Uit al het voorgaande volgt, dat de rechten van de verdediging tijdens de administratieve procedure voor de Commissie zijn geëerbiedigd en dat in het bijzonder verzoeksters, die overigens slechts aarzelend en hypothetisch het tegendeel beweren, tijdens de hoorzitting voor de Commissie al hun argumenten en verweermiddelen naar behoren naar voren hebben kunnen brengen. Verzoeksters' grief dat de rechten van de verdediging zijn geschonden, mist dus feitelijke grondslag, zodat zij moet worden afgewezen.

De vaststelling van de inbreuk

36 Tot staving van hun bewering dat geen inbreuk op artikel 86 van het Verdrag is vastgesteld, voeren verzoeksters twee middelen aan. Het eerste heeft betrekking op het misbruik van een machtspositie — waarvan het bestaan niet wordt betwist —, het tweede op de ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer tussen Lid-Staten.

I — *Het misbruik van een machtspositie*

37 Het eerste middel, volgens hetwelk geen misbruik van een machtspositie is aangetoond, valt uiteen in drie onderdelen, die betrekking hebben op, respectievelijk, de exclusieve leveringsovereenkomsten en de promotiebetalingen, de leveringen bij voorrang van gips, en de bijzondere praktijken die in Ierland en Noord-Ierland worden toegepast.

A — De exclusieve leveringsovereenkomsten en de promotiebetalingen

— De bestreden handeling

38 Volgens artikel 1 van de beschikking heeft BG tussen juli 1985 en augustus 1986 inbreuk gemaakt op artikel 86 EEG-Verdrag door misbruik te maken van haar machtspositie bij de levering van gipsplaat in Groot-Brittannië door een regeling van promotiebetalingen aan handelaren in bouwmaterialen, die erin toestemden zich uitsluitend bij haar te bevoorraden.

39 In de beschikking (punten 58, 60-64, 68 en 69) wordt opgemerkt, dat BG van januari tot juni 1985 een systeem opzette waarin geregelde betalingen zouden worden gedaan aan handelaren die bereid waren zich uitsluitend bij haar te bevoorraden. Deze betalingen moesten de vorm hebben van geregelde bijdragen van BG aan reclame- en promotiekosten van die handelaren. De regelingen zouden op het hoogste niveau moeten worden besproken en niet openbaar worden gemaakt. Als tegenprestatie voor die promotiebetalingen dienden de handelaren zich ertoe te verbinden, hun gipsplaat uitsluitend bij BG te kopen. Op of vóór 2 juli 1985 besloot BG de regeling aan te bieden aan een zeer grote afnemer, die onder druk stond om zijn aankoopbeleid te herzien wegens de concurrentie die hij ondervond van andere handelaren, die gipsplaat van Lafarge en Iberian verkochten. Vanaf augustus 1985 werden er maandelijkse betalingen in pond sterling verricht. Vervolgens werden soortgelijke regelingen aangeboden aan andere handelaren, die allen, op één uitzondering na, gipsplaat van Lafarge of Iberian verhandelden of hadden verhandeld. Er werden maandelijkse betalingen aan die handelaren gedaan. Aan deze betalingen, die mondeling of per brief waren overeengekomen, waren bepaalde voorwaarden verbonden, in het bijzonder de voor de ontvangers geldende verplichting om hun gipsplaat uitsluitend van BG te betrekken. Vanaf september 1986, toen BG een „stock incentive scheme" (Super Stockist Scheme) invoerde, werden de betalingen aan de handelaren geleidelijk stopgezet.

40 In de beschikking (punten 123, 124 en 127) wordt vastgesteld, dat BG als reactie op de concurrentie een beleid ging voeren om de „trouw" te belonen van afnemers die zich uitsluitend bij haar zouden bevoorraden. Het aanbod van promotiebetalingen aan bepaalde geselecteerde handelaren, en niet in het kader van een algemene regeling op grond van objectieve criteria, diende ertoe, de nauwe handelsrelatie tussen BG en de ontvangers van de betalingen te versterken en de banden tussen BG en haar afnemers door het exclusieve karakter van de regeling aan te halen.

Exclusiviteit of „getrouwheid" was een doel op zichzelf en erop gericht te voorkomen, dat de betrokken handelaren ingevoerde gipsplaat kochten en verkochten.

41 Volgens de beschikking (punten 128 en 129) waren de door BG verrichte betalingen de rechtstreekse oorzaak van de beslissing van de handelaren om geen ingevoerde gipsplaat meer te verhandelen. De exclusiviteitsregelingen hielden in, dat de handelaren zichzelf voor de toekomst aan BG bonden, waardoor BG misbruik maakte van haar machtspositie.

— Argumenten van partijen

42 Verzoeksters stellen, dat de Commissie ten onrechte heeft geconcludeerd, dat BG een systeem van betalingen aan handelaren invoerde, onder meer om zich te verzekeren, dat de betrokken handelaren exclusief bij haar afnamen. Zij betwisten, dat de leveringsovereenkomsten die tussen juli 1985 en augustus 1986 werden toegepast, misbruik van machtspositie konden opleveren. Daartoe voeren zij verscheidene argumenten aan.

43 Allereerst zijn zij van mening, dat het ging om normale verkoopovereenkomsten waarover op ad hoc-basis met de individuele afnemers was onderhandeld, volgens voorwaarden die bij leveranciers van bouwmaterialen in het Verenigd Koninkrijk gebruikelijk zijn, zulks als reactie op de groeiende koopkracht van de handelaren. Het systeem, dat werd toegepast in een situatie waarin de merktrouw gering was, hield in, dat aan handelaren geregelde betalingen in de vorm van bijdragen aan hun reclame- en promotiekosten werden aangeboden, mits zij aan een aantal voorwaarden voldeden, waaronder het aanhouden van een voorraad van een groot assortiment gipsplaat en de ontplooiing van promotieactiviteiten.

44 De Commissie, aldus verzoeksters, heeft uit de stukken waarnaar in punt 58 van de beschikking wordt verwezen, ten onrechte geconcludeerd, dat het primaire doel van die betalingen was, te verzekeren dat de betrokken handelaren hun gipsplaat uitsluitend bij BG zouden kopen, en daarmee de markt af te sluiten voor buitenlandse concurrentie. In feite hadden bedoelde stukken enkel betrekking op plannen en mogelijke strategieën en konden zij op zichzelf geen aanwijzing vormen voor een inbreuk op de mededingingsregels. De verwijzing naar de exclusiviteit was slechts een reactie op handelaren die exclusieve bevoorradingsformules voorstel-

den. Het systeem was dus een reactie op afnemers van BG, waarmee werd beoogd hun trouw te belonen en dat primair tot doel had, nauwe banden te creëren met trouwe grote afnemers in verband met het gewijzigde concurrentieklimaat ten gevolge van de groeiende koopkracht van deze afnemers. Verzoeksters ontkennen, dat de exclusiviteit voor de handelaar een conditio sine qua non was om voor promotiesteun in aanmerking te kunnen komen. In dit verband verwijzen zij naar een bedrijf dat dergelijke steun ontving, ook al bleef het Spaanse gipsplaat invoeren. Uit het dossier blijkt derhalve duidelijk, dat niet alle voorwaarden die in de oorspronkelijke versie van het project waren voorzien, werden toegepast.

45 Verzoeksters beklemtonen vervolgens, dat BG geen onderscheid maakte tussen handelaren die een overeenkomst sloten op grond waarvan zij voor promotiebetalingen in aanmerking kwamen, en handelaren die dat niet deden. Zij wijzen erop, dat de handelaren die zaken deden met Iberian, nooit ophielden zaken te doen met BG en dat de promotiebetalingen geen breuk teweegbrachten in de betrekkingen met handelaren die ze niet aanvaardden. Dat handelaren die de promotiebetalingen wel aanvaardden, daarna geen ingevoerde gipsplaat meer bestelden, kan worden toegeschreven aan andere factoren, zoals moeilijkheden bij de verkrijging van voorraden ingevoerde gipsplaat, alsmede de kwaliteit en het beperkte aantal formaten en soorten van die gipsplaat.

46 Anders dan de Commissie in punt 129 van de beschikking concludeert, ontkennen verzoeksters, dat handelaren zich voor de toekomst aan BG bonden. Het stond hun vrij, hun contractuele regelingen met BG op elk moment te beëindigen of de promotiebetalingen te weigeren en de verkoop van ingevoerde gipsplaat voort te zetten.

47 Verzoeksters beklemtonen voorts, dat BG, als de grootste leverancier van gipsplaat op de markt van het Verenigd Koninkrijk, ervoor verantwoordelijk is, dat de distributie van gipsplaat op een regelmatige en betrouwbare basis blijft plaatsvinden. De door BG nagestreefde trouw van de handelaren was noodzakelijk om een doorlopende en regelmatige bevoorrading van de totale markt tegen de gunstigste voorwaarden te kunnen verzekeren. Dit was onmogelijk geweest, indien de meest gevraagde produkten met een kleine korting door Iberian aan de grootste afnemers

van BG hadden kunnen worden aangeboden, terwijl voor BG de minst winstgevende produkten en verkooppunten waren overgebleven. Dit gedrag van BG heeft bijgedragen aan de verbetering van de distributie van gipsplaat in het Verenigd Koninkrijk. Bovendien vormden de leveringen van Spaanse gipsplaat, die werden gekenmerkt door lage prijzen, door het feit dat zij waren beperkt tot enkele veelgevraagde formaten en door hun onregelmatige karakter, een bedreiging voor de adequate bevoorrading van de markt van het Verenigd Koninkrijk in zijn totaliteit.

48 Onder verwijzing naar 's Hofs arrest van 13 februari 1979 (zaak 85/76, Hoffmann-La Roche, Jurispr. 1979, blz. 461) stellen verzoeksters bovendien, dat de met de handelaren overeengekomen promotieregelingen voldoen aan de voorwaarden voor een ontheffing in de zin van artikel 85, lid 3, EEG-Verdrag. Het feit dat de regelingen niet zijn aangemeld, staat niet aan een ontheffing in de weg, daar volgens het arrest van het Hof van 18 maart 1970 (zaak 43/69, Bilger, Jurispr. 1970, blz. 127) een overeenkomst tussen een in dezelfde Lid-Staat gevestigde producent en een detaillist, waarbij laatstgenoemde zich ertoe verbindt zijn produkten uitsluitend te betrekken van eerstgenoemde, van aanmelding is vrijgesteld. De Commissie is op de zaak vooruitgelopen door te verklaren, dat in casu niet van het aanmeldingsvereiste mocht worden afgeweken.

49 Verzoeksters weerspreken het argument van de Commissie, dat het de handelaren onmogelijk werd gemaakt voldoende voorraden concurrerende produkten aan te leggen. Dit argument zou alleen opgaan, indien BG van de handelaren verlangde, dat zij een abnormaal breed assortiment van gipsplaat hadden, waardoor er minder ruimte overbleef voor de opslag van de meest gevraagde formaten, die de enige waren die werden ingevoerd. Dit was echter niet het geval.

50 Met haar stelling, dat een exclusiviteitsrelatie ontstaat zodra een onderneming ervan afziet, zaken te doen met derden, ook indien het hierbij slechts om een beperkt gedeelte van haar behoeften gaat, beoogt de Commissie volgens verzoeksters de grondslag van de beschikking te wijzigen. Een zo ruime uitlegging van het begrip exclusiviteit vindt geen steun in het recht of in de praktijk. Het aangaan van langdurige handelsrelaties met bepaalde leveranciers is in de handel gebruikelijk en het is inherent aan de mededinging, dat het aangaan van een overeenkomst met een leverancier een vergelijkbare overeenkomst met een andere leverancier onmogelijk

maakt. Exclusiviteit of quasi-exclusiviteit betekent, dat een handelaar verplicht is alle of het merendeel van de artikelen die hij nodig heeft, bij een bepaalde leverancier te kopen. Het is dan ook onjuist om, zoals de Commissie doet, te stellen, dat het stimuleren van trouw of het aanhalen van banden met de handelaren in de praktijk is uitgelopen op een overeenkomst tussen BG en de betrokken afnemers, waarbij deze zich ertoe verbonden, een bepaald gedeelte van de door hen benodigde artikelen van BG te betrekken.

51 Het feit dat BG niet discrimineerde ten nadele van afnemers die ingevoerde gipsplaat kochten, toont aan, dat het systeem niet beoogde de handelaren te binden. De promotiebetalingen hielden geen verband met de regelingen inzake kortingen. Voor zover die betalingen bedoeld waren om handelaren te belonen voor de door hen ontplooide promotie-activiteiten, kunnen zij niet op één lijn worden gesteld met de toekenning van gunstiger voorwaarden aan die handelaren.

52 Verzoeksters betogen tot slot, dat het onjuist is te stellen, dat het systeem van promotiebetalingen een reactie was op de dreiging van invoer of dat het bedoeld was om Iberian van invoer te doen afzien of haar positie te verzwakken. Met het systeem werd beoogd, het marktaandeel van gipsprodukten te vergroten ten koste van ingevoerde niet op basis van gips vervaardigde produkten, en niet ten koste van ingevoerde gipsplaat als zodanig, daar de merktrouw gering was. Aangezien de promotiebetalingen afhankelijk waren van de voorwaarde, dat de handelaren hun gipsplaat uitsluitend bij BG kochten, is het bovendien van weinig belang, dat na het verrichten van de promotiebetalingen instructies werden gegeven om geen bestellingen voor ingevoerde gipsplaat meer te plaatsen.

53 De Commissie van haar kant beklemtoont om te beginnen, dat zij de poging van BG, een onderneming met een machtspositie, om de handelaren aan zich te binden teneinde de levering van bepaalde concurrerende produkten te verhinderen, in haar beschikking als misbruik van machtspositie heeft gekwalificeerd. Het is niet van belang, dat de verrichte promotiebetalingen gangbare praktijk zijn. Zelfs een gangbare praktijk kan een misbruik opleveren wanneer zij wordt toegepast door een onderneming met een machtspositie.

54 Wat het doel van het systeem betreft, is de Commissie van mening, dat een overeenkomst die beoogt een bepaald deel van het aanbod of de vraag voor te houden aan één of meer partijen, de mededinging beperkt, ongeacht het percentage van de totale behoefte van de koper of verkoper, dat onder de overeenkomst valt. Het beperkende karakter van de exclusiviteit zit hem niet in de mogelijk totale uitsluiting van de vraag van de onderneming, maar in het feit dat de onderneming afstand doet van haar vrije keuze van contractpartners voor de hoeveelheden die door de loyaliteits- of getrouwheidsovereenkomst worden gedekt, ongeacht of deze hoeveelheden 80, 60 of zelfs 30 % uitmaken van de goederen die de koper nodig heeft. BG trachtte een zodanige band met haar afnemers te creëren, dat dezen geen ingevoerde gipsplaat meer zouden kopen; de — zij het betrekkelijke — trouw van de afnemers, die een voorwaarde was voor het verkrijgen van de premies, stond gelijk aan exclusiviteit. Het is niet van belang, dat met de promotieregelingen ook iets anders dan louter exclusiviteit of trouw kan zijn beoogd; het heeft zelfs geen zin om zich af te vragen, of dat het hoofddoel of slechts een nevendoel was, daar het voor de vaststelling van het bestaan van misbruik volstaat, dat exclusiviteit één van de doeleinden van de overeenkomsten is. Ter terechtzitting beklemtoonde de Commissie, dat het idee van getrouwheidspremies voor het eerst naar voren werd gebracht in een interne nota van 16 januari 1985. Uit deze nota blijkt — evenals uit die van 1 mei 1985 —, dat de eerste voorwaarde om voor die premies in aanmerking te komen, was dat de betrokken handelaar zijn produkten uitsluitend bij BG betrok. Ten slotte blijkt uit het verslag van de vergadering waarin de invoerkwestie werd besproken, dat toen het idee werd geopperd, de voorzitter als enig antwoord gaf: „Look into ways of getting exclusivity." („Ga eens na, hoe wij exclusiviteit kunnen krijgen.")

55 De vraag, of BG onderscheid maakte tussen handelaren die een overeenkomst hadden gesloten teneinde in aanmerking te komen voor de promotiebetalingen, en handelaren die dat niet hadden gedaan, is volgens de Commissie irrelevant, daar nergens in de beschikking wordt gesteld, dat BG misbruik heeft gemaakt door haar afnemers ongelijk te behandelen.

56 Wat de gevolgen van de promotiebetalingen voor de toekomst betreft, merkt de Commissie op, dat de overeenkomsten een beloning vormden voor in het verleden betoonde trouw en dat de aangeboden premies door de handelaren moesten worden verdiend. Ondanks het feit dat die overeenkomsten op elk moment kunnen worden beëindigd, leveren zij nog steeds een misbruik op. Bovendien wordt verzoeksters' bewering, dat het de handelaren zijn die om de promotiepremies hebben gevraagd, weersproken door de aan het Gerecht overgelegde stukken, waaruit blijkt dat door BG een systeem van betalingen werd besproken en gepland, waarin

exclusiviteit één van de voorwaarden was. Hoe dan ook is het zo, dat een onderneming met een machtspositie zich niet alleen schuldig maakt aan een poging tot uitsluiting van een concurrent, wanneer zij exclusieve overeenkomsten oplegt, maar ook wanneer zij op verzoek van haar afnemers aan dergelijke overeenkomsten deelneemt.

57 Wat de aanspraak op de ontheffing krachtens artikel 85, lid 3, EEG-Verdrag betreft, herinnert de Commissie eraan, dat de beschikking niet op artikel 85, maar op artikel 86 van het Verdrag is gebaseerd. In ieder geval was aan de voorwaarden om in aanmerking te komen voor een ontheffing — waarom verzoeksters overigens nooit hebben verzocht —, duidelijk niet voldaan.

58 Met betrekking tot het gedrag van Iberian merkt de Commissie op, dat ongeacht de omstandigheden waaronder deze onderneming gipsplaten op de markt bracht, haar gedrag niet kon rechtvaardigen, dat BG zich door middel van exclusiviteitsformules opwierp als degene die zorg droeg voor de regelmaat en de betrouwbaarheid van de leveringen van gipsplaat, die door de marketingstrategie van Iberian zouden worden bedreigd.

59 Verzoeksters' argument dat het systeem van promotiebetalingen de verkoop van gipsprodukten en niet de verkoop van de produkten van BG moest bevorderen, wijst de Commissie van de hand. In de eerste plaats trekt zij op basis van de bij het verzoekschrift gevoegde verklaring van de heer Clark in twijfel, of de trouw aan een bepaald merk bij gipsprodukten wel zo gering is als verzoeksters stellen. In de tweede plaats beklemtoont zij, dat de twee doeleinden van het systeem dat ertoe strekt, de trouw van de afnemers zeker te stellen, niet van elkaar kunnen worden gescheiden, te weten de wens om de exclusieve leverancier van de betrokken handelaren te worden, en de wens om de invoer van gipsplaat te verhinderen. Trouw tendeert naar exclusiviteit, ongeacht de bedoeling of de onderliggende beweegredden.

60 Onder verwijzing naar, onder meer, punt 59 van de beschikking merkt de Spaanse regering op, dat de interne documenten van BG waartoe de Commissie toegang heeft gehad, aantonen, dat BG de bedoeling had haar afnemers aan zich te

binden door hun in ruil voor afname-exclusiviteit premies te betalen, teneinde aldus het aan de importeurs verloren deel van de markt terug te winnen. Ook zonder die bewijsstukken blijkt deze bedoeling duidelijk uit de context waarin de praktijken van BG tot ontwikkeling kwamen. De Spaanse regering brengt in dit verband in herinnering, dat, zoals het Hof in zijn arrest Hoffmann-La Roche (reeds aangehaald) heeft beklemtoond, de betaling van getrouwheidspremies een handelwijze is die door artikel 86, sub c, EEG-Verdrag met zoveel woorden is verboden.

61 Interveniënte Iberian stelt van haar kant, dat getrouwheidspremies die worden betaald door een leverancier met een machtspositie ten opzichte van zijn afnemers, leiden tot exclusiviteit, hetgeen zij heeft ondervonden toen zij ontdekte, dat de weg naar nieuwe afnemers voor haar was afgesloten. Ter terechtzitting voegde zij hieraan nog toe, dat de handelwijzen van BG haar ertoe hebben gebracht, al haar activiteiten op het gebied van de handel in gipsplaat in het Verenigd-Koninkrijk en in Ierland te staken.

— Beoordeling door het Gerecht

De vastgestelde feiten

62 Uit de aan het Gerecht overgelegde stukken, in het bijzonder uit bovengenoemde nota van 16 januari 1985, die door verzoeksters zelf is overgelegd als bijlage 13 bij het verzoekschrift, en uit de notulen van het Senior Management Committee van BG, die door verzoeksters zijn overgelegd als bijlage 14 bij het verzoekschrift, en waarnaar in punt 58 van de beschikking wordt verwezen, blijkt, dat begin 1985 binnen BG besprekingen werden gevoerd over de strategie die moest worden gevolgd ten aanzien van de concurrentie door uit Spanje en Frankrijk ingevoerde gipsplaat. Tijdens de vergadering van het Senior Management Committee gaf de managing director de marketing director opdracht „to give adequate consideration in formulating the marketing strategy of how to reward loyalty to those merchants who remained exclusively with" BG („een marktstrategie te formuleren om de loyaliteit te belonen van de handelaren die uitsluitend bij BG zijn blijven kopen"). Bij diezelfde gelegenheid noemde de marketing director het gewenst, de handelaren die bereid waren met BG samen te werken, te steunen. Dit blijkt uit bovengenoemde nota, volgens welke „the merchant should buy his plasterboard, and accessories if appropriate, from us exclusively" („de handelaar dient zijn gipsplaat en, zo nodig, de daaraan verwante produkten uitsluitend bij ons te kopen"). In een nota van 1 mei 1985, die door verzoeksters als bijlage 15 bij het verzoekschrift is

overgelegd en waarnaar in punt 59 van de beschikking wordt verwezen, gaf de marketing director van BG onder verwijzing naar de besprekingen in de bestuursvergadering in hoofdlijnen aan, welke voorwaarden zouden moeten worden gesteld. De eerste voorwaarde was exclusiviteit, in die zin dat de handelaar zich ertoe moest verbinden, al zijn gipsplaat en verwante produkten bij BG te kopen. Volgens die nota zou deze maatregel het verlies van nog meer afnemers voorkomen en tegelijkertijd de mogelijkheid bieden, het marktaandeel dat BG aan haar concurrenten was kwijtgeraakt, terug te winnen.

63 Ook al beklemtoont BG, dat de documenten waarnaar in punt 58 van de beschikking wordt verwezen, slechts discussiestukken waren met betrekking tot mogelijke plannen en strategieën, uit de processtukken blijkt — zonder dat dit door BG werkelijk wordt betwist —, dat BG vanaf juli 1985 uitvoering gaf aan de marktstrategie die zij in de voorgaande maanden had bepaald, en mondelinge of schriftelijke individuele overeenkomsten sloot met, in het bijzonder, handelaren die gipsplaat van Lafarge of Iberian verhandelden of hadden verhandeld. Die handelaren gingen onder meer de verbintenis aan, hun gipsplaat uitsluitend bij BG te kopen, terwijl BG zich ertoe verbond, regelmatig promotiebetalingen aan hen te doen. Dit blijkt met name uit punt 68 van de beschikking, waarvan de juistheid niet is betwist en volgens hetwelk BG tijdens de procedure voor de Commissie kopieën heeft verstrekt van brieven waarin maandelijkse betalingen werden aangeboden en aanvaard, en uit meergenoemde brief van een handelaar van 23 december 1985, die is overgelegd als bijlage A bij de dupliek en waarin deze handelaar BG ervan in kennis stelt, dat hij instemt met promotiebetalingen van 500 pond sterling per maand in ruil voor de toezegging zijn produkten uitsluitend van BG te betrekken. Met ingang van september 1986 zette BG de promotiebetalingen geleidelijk stop wegens de invoering van een „stock incentive scheme" (Super Stockist Scheme).

64 Tegen deze achtergrond moet worden onderzocht, of de litigieuze overeenkomsten misbruik van machtspositie door BG opleverden.

De onrechtmatigheid van de exclusieve afnameverplichtingen

65 Verzoeksters stellen terecht, dat promotiebetalingen aan kopers een gebruikelijk onderdeel vormen van de commerciële samenwerking tussen een leverancier en zijn distributeurs. Op een markt waar een normale mededinging heerst, worden dergelijke overeenkomsten in het belang van beide partijen gesloten. De leverancier tracht daarmee namelijk zijn verkopen zeker te stellen door de afnemers aan

zich te binden, terwijl de distributeur van zijn kant bevoorradingszekerheid heeft en kan rekenen op bijbehorende commerciële faciliteiten.

66 Het is niet ongebruikelijk, dat tegenover een dergelijke vorm van commerciële samenwerking een exclusieve afnameverplichting van de ontvanger van die betalingen of faciliteiten staat. Dergelijke exclusieve afnameverplichtingen zijn niet per definitie verboden. Zoals immers het Gerecht overwoog in zijn arrest van 2 juli 1992 (zaak T-61/89, Dansk Pelsdyravlerforening, Jurispr. 1992, blz. II-1931), is de beoordeling van de gevolgen van dergelijke verplichtingen voor de werking van de betrokken markt afhankelijk van de kenmerken van die markt. Volgens het Hof (arrest van 28 februari 1991, zaak C-234/89, Delimitis, Jurispr. 1991, blz. I-935) moet bij de beoordeling van de gevolgen van dergelijke verplichtingen voor de markt in beginsel rekening worden gehouden met de specifieke context van die verplichtingen.

67 Deze overwegingen, die opgaan indien op de betrokken markt een normale mededinging heerst, kunnen echter niet zonder meer worden toegepast in het geval van een markt waarop, juist als gevolg van de machtspositie van één van de marktdeelnemers, de mededinging reeds beperkt is. Op de onderneming met een machtspositie rust immers een bijzondere verantwoordelijkheid om geen inbreuk te maken op een daadwerkelijke en onvervalste mededinging op de gemeenschappelijke markt (arrest van het Hof van 9 november 1983, zaak 322/81, Michelin, Jurispr. 1983, blz. 3461, r. o. 57).

68 Met betrekking tot de aard van de litigieuze verplichting zij herinnerd aan 's Hofs overweging, dat als een onderneming op een markt een machtspositie inneemt, een binding van de kopers in dier voege, dat zij zich, zij het ook op eigen wens, verplichten — dan wel beloven — zich voor al hun behoeften dan wel voor een groot gedeelte daarvan uitsluitend bij die onderneming te bevoorraden, misbruik van die machtspositie in de zin van artikel 86 EEG-Verdrag vormt, om het even of de betrokken verplichting zonder meer dan wel tegen toekenning van een korting wordt gestipuleerd (arrest Hoffmann-La Roche, reeds aangehaald, r. o. 89; arrest Hof van 3 juli 1991, zaak C-62/86, AKZO, Jurispr. 1991, blz. I-3359, r. o. 149). Deze oplossing vindt haar rechtvaardiging hierin, dat wanneer een marktdeelnemer, zoals in casu, over een sterke marktpositie beschikt, het sluiten van exclusieve afnameovereenkomsten met betrekking tot een aanzienlijk gedeelte van de aankopen een onaanvaardbare belemmering voor de toegang tot die markt vormt. Al zou het zo zijn, dat de promotiebetalingen een reactie waren op een verzoek en op de

groeiende koopkracht van de handelaren, deze omstandigheid rechtvaardigt in geen geval de opneming van een exclusiviteitsclausule in de betrokken afnameovereenkomsten. Verzoeksters kunnen dan ook niet stellen, dat de Commissie niet heeft aangetoond dat de betrokken praktijk een misbruik opleverde, en het is niet nodig een uitspraak te doen over het tussen partijen bestaande verschil van mening ten aanzien van het begrip „afname-exclusiviteit", daar hoe dan ook uit de aan het Gerecht overgelegde stukken duidelijk blijkt, dat de litigieuze bepaling betrekking had op alle of nagenoeg alle aankopen van de afnemers.

69 Stellig verliest een onderneming met een machtspositie niet om die reden het recht haar eigen commerciële belangen tegen aanvallen te verdedigen, en dient men haar in de mate van het redelijke de mogelijkheid te laten, te handelen zoals zij ter verdediging van die belangen wenselijk acht; dat gedrag is echter niet toelaatbaar, wanneer het juist dient ter versterking van die machtspositie en tot misbruik ervan leidt (zie arrest Hof van 14 februari 1978, zaak 27/76, United Brands, Jurispr. 1978, blz. 207). Hieruit volgt, dat noch het argument, dat BG de continuïteit en de regelmatigheid van de bevoorrading diende te verzekeren, noch het argument dat is ontleend aan de handelspraktijken van Iberian, kan worden aanvaard (zie arrest Gerecht van 12 december 1991, zaak T-30/89, Hilti, Jurispr. 1991, blz. II-1439, r. o. 118, en arrest Hof van 11 november 1986, zaak 226/84, British Leyland, Jurispr. 1986, blz. 3263).

70 Het Gerecht brengt bovendien in herinnering, dat het begrip „misbruik" een objectief begrip is (arrest Hoffmann-La Roche, reeds aangehaald, r. o. 91) en dat mitsdien het gedrag van een onderneming met een machtspositie als misbruik in de zin van artikel 86 EEG-Verdrag kan worden aangemerkt, ook al ontbreekt iedere schuld. Bijgevolg heeft verzoeksters' argument, dat BG nooit de bedoeling heeft gehad Iberian te ontmoedigen of haar positie te verzwakken, geen invloed op de juridische kwalificatie van de feiten.

71 Al aangenomen dat, zoals verzoeksters stellen, één van de doelstellingen van het betrokken systeem de bevordering van de verkoop van gipsprodukten in het algemeen kan zijn geweest, vastgesteld moet worden, dat het systeem leidt tot het doen van betalingen die strikt afhankelijk zijn van de exclusieve trouw aan BG en derhalve een misbruik vormen, wat er ook zij van het argument inzake het ontbreken van merktrouw.

72 Verzoeksters kunnen de door hen geïnstigeerde exclusieve afnameverplichtingen evenmin rechtvaardigen met een beroep op de bevoorradingsmoeilijkheden van hun concurrenten, daar zij redelijkerwijze niet kunnen staande houden, dat hun afnemers niet in staat waren hun marktbeleid op die moeilijkheden af te stemmen.

73 Het argument, dat de handelaren hun contractuele betrekkingen met BG op elk moment konden verbreken, treft geen doel, daar het recht om een overeenkomst op te zeggen, geenszins aan de daadwerkelijke toepassing van die overeenkomst in de weg staat zolang van de opzeggingsmogelijkheid geen gebruik is gemaakt. In dit verband moet worden opgemerkt, dat een onderneming met een machtspositie machtig genoeg is om haar afnemers niet alleen tot het aangaan van dergelijke overeenkomsten te dwingen, maar ook tot het duurzaam nakomen ervan, waardoor de juridische mogelijkheid van opzegging in feite illusoir wordt.

74 Wat het argument betreft, dat BG zich niet schuldig heeft gemaakt aan discriminatie tussen handelaren, volstaat het vast te stellen, dat dit verwijt in de beschikking niet wordt gemaakt en dat dit argument derhalve niet ter zake dienend is.

75 Met betrekking ten slotte tot het argument inzake de toepassing van artikel 85, lid 3, EEG-Verdrag zij eraan herinnerd, dat de beschikking niet de toepassing van artikel 85, maar van artikel 86 EEG-Verdrag betreft en dat hoe dan ook een ontheffing krachtens artikel 85, lid 3, EEG-Verdrag de toepassing van artikel 86 niet uitsluit (arrest Gerecht van 10 juli 1990, zaak T-51/89, Tetra Pak, Jurispr. 1990, blz. II-309).

76 Uit het voorgaande volgt, dat verzoeksters niet op goede gronden kunnen stellen, dat de Commissie ten onrechte heeft geconcludeerd, dat het systeem van betalingen aan handelaren, waarvan één van de doelstellingen was te verzekeren dat de betrokken handelaren zich uitsluitend bij BG zouden bevoorraden, misbruik van machtspositie in de zin van artikel 86 EEG-Verdrag vormt.

77 Het eerste onderdeel van het middel inzake de vaststelling van het misbruik van machtspositie moet bijgevolg worden afgewezen.

B — De gipsleveringen met voorrang

— De bestreden handeling

78 Volgens artikel 2 van de beschikking heeft BG „artikel 86 van het EEG-Verdrag geschonden door in juli en augustus 1985 een beleid tot uitvoering te brengen waarbij klanten die geen ingevoerde gipsplaat verkochten, werden bevoordeeld door de toewijzing van bestellingen met voorrang voor de levering van gips voor het bouwbedrijf toen voor dat produkt een langere leveringstermijn gold, waardoor zij misbruik heeft gemaakt van haar machtspositie bij de levering van gipsplaat in Groot-Brittannië".

79 Uit de punten 81-85 en 141-147 van de beschikking blijkt, dat BG in juli 1985 een regeling uitwerkte en toepaste waarbij bij voorrang gips werd geleverd aan haar „trouwe" afnemers, dat wil zeggen diegenen die geen ingevoerde gipsplaat verhandelden. In een nota van BG van 29 juli 1985, overgelegd als bijlage 20 bij het verzoekschrift en gedeeltelijk geciteerd in punt 81 van de beschikking, staat te lezen:

„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 accommodate 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." („Om te trachten de situatie in de hand te houden alsmede een toestand te scheppen waarin wij die trouwe handelaren kunnen helpen die niet regelmatig ingevoerde gipsplaat hebben gekocht en in voorraad hebben gehad, zijn er maatregelen genomen om een klein aantal bestellingen bij voorrang toe te wijzen. Elke levering bij voorrang zal hoofdzakelijk ten koste gaan van de handelaren die ingevoerd materiaal in voorraad hebben, en onze verkoopkantoren hebben een lijst ontvangen van de handelaren van wie wij weten, dat zij uit Frankrijk of Spanje ingevoerde gipsplaat in voorraad hebben en verkopen.")

80 Volgens de beschikking had deze handelwijze tot doel en tot gevolg, dat de concurrenten van BG, die ingevoerde gipsplaat op de markt brachten, van de markt werden verdrongen.

81 In de beschikking stelt de Commissie, dat deze handelwijze, waarvan bepaalde „niet-loyale" afnemers persoonlijk door BG op de hoogte werden gesteld en die door een vertegenwoordiger van BG in een interview met de pers werd uiteengezet, misbruik van machtspositie vormde, aangezien het criterium voor de keuze van handelaren die in aanmerking kwamen voor prioriteitsleveringen, niet objectief was, maar bedoeld was om handelaren die uitsluitend gipsplaat van BG verkochten, te belonen.

— Argumenten van partijen

82 Verzoeksters zijn van mening, dat de Commissie ten onrechte stelt, dat de vaststelling en toepassing van een beleid waarbij voorrang werd toegekend aan bestellingen van afnemers die geen ingevoerde gipsplaat in voorraad hadden, misbruik van de machtspositie van BG opleverde. De Commissie heeft huns inziens namelijk niet aangetoond, dat BG op de gipsmarkt een machtspositie innam. Zij kan derhalve niet stellen, dat BG die markt gebruikte om misbruik te maken van haar machtspositie op de markt van gipsplaat.

83 Volgens verzoeksters heeft de Commissie niet aangetoond, dat BG een regeling van leveringen bij voorrang heeft ingevoerd, noch dat handelaren die ingevoerde gipsplaat verhandelden, om die reden te maken hadden met langere leveringstijden. Voorts ontkennen verzoeksters, dat hun beleid om tijdelijk voorrang te verlenen aan trouwe afnemers, op enigerlei wijze misbruik opleverde. Ook achten zij de in punt 81 van de beschikking geformuleerde conclusie onjuist, dat „wanneer bij voorrang een bestelling moest worden afgeleverd, een bestelling voor een op de lijst voorkomende handelaar moest worden uitgesteld".

84 In juli 1985 kon de doelstelling om binnen drie dagen te leveren, niet worden gehaald en daarom werd een leveringstermijn van vier dagen voor alle afnemers

vastgesteld, ook voor degenen die eventueel Spaanse gipsplaat hadden gekocht. De aan de vertegenwoordigers gegeven instructie hield in, dat in een situatie waarin twee handelaren verzochten om levering bij voorrang, waarbij de ene zijn gipsplaat in Spanje kocht en de andere zijn gipsplaat van BG betrok, en waarin slechts aan één van de bestellingen kon worden voldaan, de keuze moest vallen op de afnemer die een volledige handelsrelatie met BG onderhield.

85 Volgens BG was het geenszins de bedoeling, de levering van gips aan trouwe afnemers te versnellen. In de praktijk werd in de betrokken periode aan de normale behoeften van de afnemers voldaan. Geen enkele handelaar, of hij nu een exclusieve afnemer van BG-gipsplaat was of niet, ondervond onnodige of ongerechtvaardigde vertraging bij de levering. Verzoeksters bestrijden, dat de prioritaire levering van gips binnen één dag, zelfs in tijden van schaarste, een groot voordeel is. Bij schaarste is de door de Commissie genoemde gelijke behandeling van alle afnemers illusoir en moeten er noodzakelijkerwijs prioriteiten worden gesteld.

86 Ter terechtzitting hebben verzoeksters uiteengezet, onder welke omstandigheden de levering van een voorrangsbestelling van een afnemer die in het verleden niet „loyaal" ten aanzien van BG was geweest, werd uitgesteld. Zij beklemtoonden, dat de betrokken bestelling slechts met één dag vertraging werd geleverd. Het voordeel voor „loyale" afnemers was dus slechts hypothetisch en zeer beperkt.

87 Anders dan verzoeksters verklaren, stelt de Commissie, dat het vastgestelde misbruik geen verband houdt met verzoeksters' positie op de gipsmarkt. Zij heeft overigens nooit beweerd, dat BG een machtspositie op die markt innam. De toekenning van voorrang bij de levering van gips was slechts één van de voordelen die BG haar afnemers bood om zich ervan te verzekeren, dat zij hun gipsplaat uitsluitend bij haar zouden kopen.

88 De Commissie erkent, dat de extra vertraging waarmee „ontrouwe" handelaren te maken kregen, niet meer dan één dag bedroeg. Dat is ook de reden waarom voor dit misbruik geen geldboete is opgelegd. Zij is nochtans van mening, dat

BG misbruik maakte van haar machtspositie door te trachten zich van de trouw van de afnemers te verzekeren. De garantie voor die trouw was de voorrang bij levering, een groot goed in tijden van schaarste. Een onderneming met een machtspositie dient echter de gelijke behandeling van alle afnemers als fundamentele gedragsregel te hanteren en trouw kan een afwijking van deze regel niet rechtvaardigen. Dat zou duidelijk neerkomen op de toepassing van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties.

89 De Commissie is van oordeel, dat BG haar financiële macht heeft gebruik om aan haar trouwe afnemers gunstiger voorwaarden aan te bieden en zo een concurrent uit te sluiten. Haars inziens kunnen die gunstiger voorwaarden bestaan in een korting, maar ook in de rechtstreekse of zijdelingse toekenning van andere voordelen die bedoeld zijn om afname-exclusiviteit te verzekeren. De toekenning van voorrang bij de levering van gips is zo een voordeel.

90 Volgens de Spaanse regering is verzoeksters' bewering, dat de Commissie het bestaan van een machtspositie van BG op de gipsmarkt niet heeft aangetoond, moeilijk te begrijpen. Uit de beschikking blijkt namelijk, dat zowel de machtspositie van BG als het misbruik van deze positie betrekking heeft op de markt van gipsplaat. Bovendien sluit het feit dat het gebruikelijk is om bij schaarste voorrang te geven aan vaste afnemers, niet uit, dat deze praktijk een misbruik oplevert wanneer zij, zoals in casu, strekt tot versterking van het effect van andere maatregelen met een specifiek doel, te weten het belemmeren van de invoer.

91 Iberian stelt, dat een systeem van prioriteitsleveringen naar zijn aard tot uitsluiting leidt. Zij beklemtoont, dat zowel de economische als de psychologische invloed van een onderneming met een machtspositie van dien aard is, dat ondernemingen die met een dergelijk bedrijf in concurrentie treden, zeer veel schade ondervinden van elke inbreuk op de mededingingsregels. Ook al bedroeg de vertraging bij de levering nooit meer dan één dag en duurde de schaarste niet voort, het uitschakelingseffect van verzoeksters' gedrag werd er niet minder om.

— Beoordeling door het Gerecht

92 Het Gerecht merkt in de eerste plaats op, dat in de punten 13-20 en 106-109 van de beschikking de relevante produktmarkt wordt omschreven. In punt 106 wordt verklaard: „Deze zaak betreft de commerciële gedraging van BPB als leverancier van gipsplaat en de gevolgen daarvan voor de mededinging en het handelsverkeer op de markt van gipsplaat, met name ten opzichte van concurrerende leveranciers van gipsplaat. Het relevante produkt moet derhalve a priori worden aangemerkt als gipsplaat." De Commissie stelt derhalve terecht, dat de vraag, of BG een machtspositie heeft op de gipsmarkt, niet van belang is voor de oplossing van het geding.

93 Willen de op de gipsmarkt toegepaste praktijken tot doel of ten gevolge hebben, dat de mededinging op de markt voor de levering van gipsplaat ongunstig wordt beïnvloed, dan is het in de eerste plaats noodzakelijk, dat andere marktdeelnemers dan BG, en met name de distributeurs die het slachtoffer zijn van de beweerde praktijken, op beide markten aanwezig zijn — hetgeen niet wordt betwist —, en in de tweede plaats, dat de werking van de gipsmarkt bepaalde bijzondere kenmerken vertoont. In dit verband wordt in de punten 143 en 146 van de beschikking opgemerkt, dat de gewraakte praktijk des te doeltreffender is, daar de mogelijkheden voor de afnemers om zich op de gipsmarkt elders te bevoorraden, gering zijn wegens de technische eigenschappen van het produkt, die de substitutiemogelijkheden en de mogelijkheid om van leverancier te veranderen, onmiskenbaar beperken en de afnemers op de gipsmarkt afhankelijk maken van hun leverancier. Bovendien, ook al zou punt 81 van de beschikking een onjuistheid bevatten, deze heeft de redenering van de Commissie op geen enkele wijze kunnen beïnvloeden. De handelaren konden zich dus niet op voor hen gelijkwaardige voorwaarden onttrekken aan de hun door hun leverancier BG opgelegde leveringstermijnen voor gips. Bijgevolg had de toegepaste praktijk, voor zover zij de afnemers van gipsprodukten bestrafte, die op de markt van gipsplaat niet „trouw" waren aan BG, wel degelijk tot doel de werking van die markt ongunstig te beïnvloeden.

94 Met betrekking tot de vraag, of de gewraakte praktijk een misbruik oplevert, merkt het Gerecht op, dat het, zoals verzoeksters stellen, weliswaar een onderneming met een machtspositie is toegestaan in tijden van schaarste voorrangscriteria voor de toewijzing van bestellingen vast te stellen, hetgeen ook overigens een normaal commercieel beleid is, maar dat die criteria objectief moeten zijn en geen discriminatoir

karakter mogen hebben. Zij moeten in het kader van de inachtneming van de regels die gelden voor een loyale mededinging tussen ondernemingen, objectief gerechtvaardigd zijn. Artikel 86 EEG-Verdrag verbiedt namelijk een onderneming met een machtspositie, haar positie te versterken met behulp van andere middelen dan die welke berusten op een mededinging op basis van kwaliteit (arrest van 3 juli 1991, AKZO, reeds aangehaald, r. o. 69 en 70). Dit is niet het geval bij het criterium van BG in deze zaak, dat berustte op het onderscheid tussen, enerzijds, de afnemers die door bepaalde concurrenten geproduceerde, ingevoerde gipsplaat verhandelden, en, anderzijds, „trouwe" afnemers die zich bij BG bevoorraadden. Een dergelijk criterium, dat erop neerkomt dat bij gelijkwaardige prestaties ongelijke voorwaarden worden toegepast, heeft op zich een mededingingsbeperkend karakter wegens de ermee beoogde discriminatie en het mogelijke verdringingseffect. Aan deze conclusie kan evenmin worden afgedaan door de korte duur van het misbruik in de zomer van 1985 als door de omstandigheid dat de vertraging waarmee bepaalde afnemers vergeleken met de zogenoemde „trouwe" afnemers werden beleverd, nooit meer dan één dag zou hebben bedragen. Dit alles is overigens in overweging genomen door de Commissie, die BG uit dien hoofde geen geldboete heeft opgelegd.

95 Waar het gaat om de gedragingen van een onderneming met een machtspositie op een markt waar juist om die reden al een zwakke mededinging bestaat, kan bovendien elke extra beperking van die mededinging misbruik van de verworven machtspositie vormen (arrest Hoffmann-La Roche, reeds aangehaald).

96 Daaruit volgt, dat de door BG nagestreefde uitsluiting van concurrenten door voorrang te verlenen aan gipsbestellingen van afnemers die geen ingevoerde gipsplaat verhandelden — een praktijk waarvan de toepassing niet serieus kan worden ontkend, zoals met name blijkt uit de punten 84 en 145 van de beschikking, waarvan de juistheid niet is bestreden —, misbruik in de zin van artikel 86 EEG-Verdrag van haar machtspositie op de markt van levering van gipsplaat oplevert.

97 Uit het voorgaande volgt, dat het tweede onderdeel van het middel, waarmee verzoeksters betwisten hun machtspositie te hebben misbruikt, moet worden afgewezen.

98 Het Gerecht, wiens taak het is om in voorkomend geval een voldoende duidelijke miskenning van de door artikel 190 EEG-Verdrag aan de Commissie opgelegde verplichtingen ambtshalve aan de orde te stellen (arrest Dansk Pelsdyravlerforening, reeds aangehaald), stelt echter vast, dat ofschoon artikel 2 van het dispositief van de beschikking verwijst naar de praktijken die in juli en augustus 1985 zijn toegepast, in de motivering van de beschikking enkel wordt gesproken over praktijken die zich in augustus 1985 hebben voorgedaan. Dit is met name het geval in punt 141 en meer in het bijzonder in punt 169, waarin de Commissie uiteenzet waarom zij uit hoofde van deze inbreuk geen geldboete heeft opgelegd. Daar het om praktijken gaat waarvan niet wordt bestreden dat zij enkel gedurende een korte periode zijn toegepast, had de Commissie des te nauwkeuriger de periode moeten bepalen waarin die praktijken de mededinging op de relevante markt hebben kunnen vervalsen. In antwoord op vragen van het Gerecht heeft de Commissie, om duidelijk te maken dat er geen tegenspraak bestaat tussen artikel 2 van het dispositief en punt 169 van de motivering van de beschikking, uitdrukkelijk toegegeven, dat de beschikking betrekking heeft op praktijken die in juli 1985 waren „bedacht". Een schending van artikel 86 kan echter enkel worden bestraft voor zover zij naar behoren is vastgesteld. Op dat punt is de beschikking dus onvoldoende gemotiveerd en bevat zij bovendien een rechtsdwaling. Het Gerecht moet derhalve artikel 2 van de beschikking nietig verklaren, uitsluitend voor zover het gewag maakt van een praktijk die in de maand juli 1985 is toegepast.

C — De in Ierland en Noord-Ierland toegepaste praktijken

— De bestreden handeling

99 In artikel 3 van de beschikking verklaart de Commissie, dat BPB via haar dochtermaatschappij BG misbruik heeft gemaakt van haar machtspositie op de markt van gipsplaat in Ierland en Noord-Ierland, enerzijds doordat zij in juni en juli 1985 druk heeft uitgeoefend op een consortium van importeurs om van invoer van gipsplaat in Noord-Ierland af te zien, en anderzijds doordat zij aan handelaren in Noord-Ierland kortingen heeft verleend op voorwaarde dat zij geen ingevoerde gipsplaat verkochten.

100 Volgens de beschikking (punten 4 en 86) is BPB via haar dochtermaatschappij GIL de enige producent van gipsplaat in Ierland en Noord-Ierland. Volgens

haar eigen ramingen bedraagt haar marktaandeel in Ierland 93 % en in Noord-Ierland 90 %. In Noord-Ierland verhandelt BG gipsplaat die wordt ingevoerd uit Ierland, waar het door GIL wordt geproduceerd.

101 De in Ierland en Noord-Ierland toegepaste praktijken zijn beschreven in de punten 86-103 van de beschikking; de beoordeling ervan, in het licht van artikel 86 van het Verdrag, is te vinden in de punten 148-152.

102 De beschikking (punt 88) vermeldt een intern memorandum van BG over de invoer in Noord-Ierland, waaruit blijkt dat de handelaren haar hulp hadden gevraagd om zich tegen de invoer te beschermen. Volgens het memorandum waren de stappen die BG naar aanleiding van dat verzoek had genomen, met succes bekroond doordat de toegang tot de handelaren voor de betrokken importeur was afgesneden.

103 Ook in de punten 91 en 92 van de beschikking wordt gesproken over een memorandum van BG van 14 juni 1985, volgens hetwelk een consortium van de grootste handelaren van Noord-Ierland een agentschap voor de invoer van Spaanse gipsplaat had opgericht. BG gaf deze handelaren te kennen, dat zij de Noordierse markt als de hare beschouwde en daarop een zo groot mogelijk aandeel wilde behouden. Verder preciseerde zij, dat elke korting zou worden geweigerd aan handelaren die gipsplaat invoerden, terwijl aan de andere handelaren in Noord-Ierland een korting op gips zou worden aangeboden en een hogere korting op gipsplaat van dezelfde formaten als de ingevoerde gipsplaat. De toekenning van deze kortingen was met name afhankelijk van de voorwaarde, dat BG de exclusieve leverancier werd. Bovendien kwamen de trouwe handelaren in piektijden in aanmerking voor levering bij voorrang. BG deelde deze maatregelen op 17 juni 1985 schriftelijk mee aan de handelaren in Noord-Ierland.

104 Volgens de beschikking (punt 94) vermeldt een interne nota van BG ter voorbereiding van een bijeenkomst op 2 juli 1985 met de importeurs op het hoofdkantoor van BG, een voorstel voor maatregelen die getroffen zouden worden wanneer de importeurs zich bereid zouden verklaren hun importen te staken. Tijdens die bijeenkomst — die gevolgd werd door een tweede op 15 juli 1985 te Belfast (punt 95) — zette BG de importeurs onder druk om van de invoer van gipsplaat af te zien.

105 De beschikking (punt 97) preciseert, dat in een nota voor de bijeenkomst van het Executive Committee van BPB in juli 1985 wordt vermeld, dat een groep handelaren via Belfast gipsplaat had ingevoerd en dat BG daarop had gereageerd door trouwe afnemers een korting toe te kennen. Volgens die nota was het gevolg daarvan geweest, „dat de groep handelaren rond de tafel werd gebracht en klaarblijkelijk zijn zij nu op grond van onze besprekingen bereid hun invoer te staken".

106 In punt 98 wijst de beschikking erop, dat BG op 7 augustus 1985 de toepassing bevestigde van de hoeveelheidskorting aan de handelaren in Noord-Ierland die een bepaalde jaarlijkse omzet bij BG hadden verwezenlijkt, mits zij behulpzaam waren bij de verkoopbevordering van BG-produkten en BG de leveringsexlusiviteit kreeg. Tegen het einde van 1985 schafte BG deze korting af, daar zij van mening was, dat zij door de begunstigden werd gebruikt voor prijsconcurrentie met andere handelaren.

107 De beschikking voegt hieraan toe (punt 100), dat BG tijdens een bijeenkomst op 12 september 1985 met de handelaren die hadden ingevoerd, hun had toegezegd hun terugwerkend tot het tijdstip waarop zij hadden besloten de invoer te staken, driekwart van de kortingen voor trouwe handelaren te betalen, als „beloning" voor de stopzetting van de invoer.

108 Nog altijd volgens de beschikking (punt 148), was de afschaffing van de korting voor de handelaren in Noord-Ierland van wie BG wist dat zij voornemens waren Spaanse gipsplaat in te voeren, bedoeld als straf voor deze handelaren. De hogere kortingen die aan alle handelaren werden aangeboden, mits zij zich uitsluitend bij BG zouden bevoorraden en geen ingevoerde produkten zouden verhandelen, waren eveneens bedoeld als straf voor de importeurs. Deze druk werd versterkt door verdere aansporingen om de invoer stop te zetten, zoals de toepassing van een vertrouwelijke hoeveelheidskorting of de belofte van een betaling wanneer de invoer werd beëindigd.

109 De beschikking (punten 149-151) kwalificeert alle hierboven beschreven maatregelen als misbruik van machtspositie, doordat zij, enerzijds, ertoe strekten de invoer te doen beëindigen en het verhoopte gevolg hadden en, anderzijds, de exclusieve banden tussen BG en haar handelaren versterkten.

— Argumenten van partijen

110 Verzoeksters stellen, dat het gedrag van BG in Noord-Ierland geen misbruik van machtspositie kan zijn geweest. Zij betogen, dat de beschikking een verkeerd beeld geeft van de marktsituatie in Noord-Ierland. De geboden kortingen waren niet bedoeld om de mededinging van ingevoerde gipsplaat te voorkomen, maar vormden een reactie op de dreiging van een consortium van vier Noordierse handelaren om uit Spanje ingevoerde gipsplaat tegen „lokprijzen" te verkopen. BG had haar rechtmatige belangen en die van haar afnemers willen verdedigen en haar gedrag had bijgedragen tot de instandhouding en versterking van de mededinging.

111 Zelfs voor een onderneming met een machtspositie, aldus BG, is het legitiem zich te verdedigen tegen activiteiten die een sterk destabiliserende invloed op de markt hebben. Het is onmogelijk om onder verwijzing naar de intrinsieke kwaliteiten van het eigen produkt op te boksen tegen de aantrekkelijke prijzen die worden geboden door weinig scrupuleuze handelaren die ten koste van hun concurrenten een goedkope bevoorradingsbron hebben weten aan te boren.

112 In antwoord op de opmerkingen van de Spaanse regering stellen verzoeksters, dat EPYSA, na een klacht van GIL over dumpingpraktijken, prijsverbintenissen is aangegaan die door de Commissie werden aanvaard bij haar beschikking 85/209/EEG van 26 maart 1985 houdende aanvaarding van een verbintenis in het kader van de anti-dumpingprocedure betreffende de invoer van gipsplaten, van oorsprong uit Spanje, in de Ierse Republiek en Noord-Ierland en beëindiging van de procedure (PB 1985, L 89, blz. 65). De verklaring van de Spaanse regering, dat die klacht was geseponeerd, is dus onjuist. BG had op die nieuwe marktsituatie gereageerd met het voorstel de aan de vier handelaren toegekende kortingen te verlagen en de andere handelaren hogere kortingen toe te kennen. Deze reactie kan niet als misbruik worden beschouwd.

113 Wat de voorwaarden van de kortingsregeling betreft, en met name de verplichting uitsluitend produkten van BG te leveren, beklemtoont de Commissie, dat een onderneming met een machtspositie enkel mag concurreren op basis van doeltreffendheid. Zij herinnert eraan, dat verzoeksters hebben erkend, dat de getroffen maatregelen het voor importeurs van gipsplaat moeilijk maakten om op de markt door te dringen.

114 Ter terechtzitting heeft de Commissie erop gewezen, dat de door BG getroffen maatregelen de vier betrokken handelaren moesten beletten hun invoer te gebruiken om de positie van BG aan te vallen, en dat de dumpingprocedure waarnaar verzoeksters verwijzen, begin 1985 plaatsvond, dus vóór de periode waarop de vaststelling van misbruik betrekking heeft.

115 Volgens de Spaanse regering staat het, anders dan verzoeksters betogen, geenszins vast dat de invoerprijzen oneerlijke mededinging vormden. In ieder geval mag men de wet niet overtreden onder het voorwendsel een situatie te voorkomen die men onrechtvaardig acht. Volgens de Spaanse regering is de door GIL ingediende klacht ter zake van dumping door de Commissie geseponeerd. De maatregelen van de Ierse handelaren die zich aaneensloten om gezamenlijk de import uit Spanje te beheren, vormden het enige middel om aan de door BG uitgeoefende druk te ontsnappen.

116 Iberian betoogt, dat de gedraging van verzoeksters duidelijk als effect heeft gehad, dat zij van de Noordierse markt werd verdreven. De aan de handelaren in Noord-Ierland verleende kortingen hadden onvermijdelijk geleid tot een vermindering van de afzet en derhalve tot een daadwerkelijke uitsluiting van nieuwe concurrenten.

— Beoordeling door het Gerecht

117 Vooraf wil het Gerecht eraan herinneren, dat een onderneming met een machtspositie weliswaar niet uit hoofde daarvan het recht verliest haar eigen commerciële belangen te verdedigen wanneer deze worden bedreigd, en dat zij in de mate van het redelijke de mogelijkheid heeft te handelen zoals zij ter verdediging van die belangen wenselijk acht, maar dat dit gedrag niettemin niet toelaatbaar is wanneer het juist ten doel heeft die machtspositie te versterken en te misbruiken (arrest United Brands, reeds aangehaald).

118 Het is niet aan een onderneming met een machtspositie, op eigen initiatief represaillemaatregelen te nemen tegen commerciële praktijken die zij als onwettig of oneerlijk beschouwt. Het is derhalve niet van belang, of de in de beschikking

bedoelde maatregelen zijn getroffen als reactie op lokprijzen die door bepaalde concurrenten werden toegepast of — zoals verzoeksters stellen, die zich daarbij met name beroepen op de als bijlagen 22 en 23 bij het verzoekschrift overgelegde stukken — ter voorkoming van de „lokprijzen" die bepaalde handelaren voornemens waren voor ingevoerde produkten toe te passen. Het enige wat van belang is, is of door het gebruik van andere middelen dan die welke bij een normale, op ondernemersprestaties berustende competitie van goederen gebruikelijk zijn, de litigieuze gedraging tot doel of tot gevolg had of kon hebben, dat de structuur werd beïnvloed van een markt waar juist door de aanwezigheid van de betrokken onderneming de mededinging reeds verzwakt was (arrest Michelin, reeds aangehaald).

119 In de eerste plaats blijkt voldoende duidelijk uit de aan het Gerecht voorgelegde en op dat punt niet betwiste bewijsstukken, die hiervóór bij de bespreking van de beschikking zijn geanalyseerd, dat BG besloot de korting van 4 % af te schaffen voor de handelaren in Noord-Ierland die, zoals zij had vernomen, voornemens waren Spaans gipsplaat in te voeren. Tegelijkertijd besloot zij een korting van 5 % toe te kennen aan de handelaren die bereid waren zich uitsluitend met haar produkten te bevoorraden. Deze praktijk had door haar discriminerend karakter duidelijk tot doel, de handelaren die voornemens waren gipsplaat in te voeren, te bestraffen en van hun voornemen af te brengen, en aldus BG's positie op de markt van gipsplaat nog te versterken.

120 In de tweede plaats vormt, naar het oordeel van het Hof (arrest Michelin, reeds aangehaald), de toepassing van elke vorm van getrouwheidskortingen door een leverancier met een machtspositie ten opzichte van wie de afnemer zich in een afhankelijke positie bevindt, waardoor die leverancier probeert via financiële voordelen te verhinderen dat haar afnemers zich bij haar concurrenten bevoorraden, misbruik in de zin van artikel 86 van het Verdrag. In casu hadden de in juni en december 1985 aan de handelaren in bouwmaterialen in Noord-Ierland verleende kortingen stellig tot doel te verhinderen, dat zij zich bij concurrerende leveranciers zouden bevoorraden, want het is maar al te duidelijk, dat waar die kortingen afhankelijk waren van een exclusiviteitsvoorwaarde, zij noodzakelijkerwijs impliceerden dat de begunstigden geen ingevoerde gipsplaat zouden verhandelen. Daarbij is niet van belang dat, zoals verzoeksters stellen, het exclusiviteitsbeding waarvan die kortingen afhingen, slechts één van de aan de handelaren gestelde voorwaarden was.

121 Hieruit volgt, dat het derde onderdeel van het middel, inhoudende dat een misbruik van machtspositie, zoals vastgesteld in de beschikking, niet is aangetoond, moet worden afgewezen.

122 Gelet op al hetgeen hiervóór is overwogen, moet, enerzijds, het middel inhoudende dat het misbruikkarakter van de litigieuze praktijken niet is aangetoond, worden verworpen, en moet, anderzijds, artikel 2 van de beschikking nietig worden verklaard voor zover het betrekking heeft op praktijken die in juli 1985 zouden zijn toegepast.

II — *De ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer tussen de Lid-Staten*

123 Het tweede middel, inhoudende dat de inbreuk op artikel 86 EEG-Verdrag niet is aangetoond, betreft de gevolgen van BG's praktijken voor het handelsverkeer tussen de Lid-Staten.

— De bestreden handeling

124 De analyse van de invloed van de hierboven beschreven praktijken op het handelsverkeer tussen de Lid-Staten is het onderwerp van de punten 153-159 van de beschikking. Wat het misbruik van machtspositie door BG op de markt van Groot-Brittannië betreft, verklaart de beschikking, dat BG de enige producent in het land was en dat haar enige concurrenten importeurs waren. Dientengevolge werd door de maatregelen van BG de invoer uit andere Lid-Staten in wezenlijke mate ongunstig beïnvloed, met name de invoer uit Frankrijk en vanaf 1 januari 1986, de datum van zijn toetreding tot de Gemeenschap, uit Spanje.

125 Volgens de beschikking (punten 154-157) hebben de door BG getroffen maatregelen, die beoogden haar afnemers voor de levering van gipsplaat te binden en hen te ontmoedigen om ingevoerd gipsplaat te verhandelen, tot gevolg gehad, dat zowel Lafarge als Iberian van de handel met de handelaren werden uitgesloten. Wanneer nu de handel tussen de staten al door andere factoren is beperkt, valt iedere handeling ter verdere beperking van die handel onder de werking van de mededingingsregels van het Verdrag. Dat is met name het geval wanneer de uitschakeling van dat handelsverkeer tot gevolg heeft, dat een quasi-monopolie in een Lid-Staat

wordt versterkt. In dit geval was het van belang de handel tussen de Lid-Staten te waarborgen, niet alleen als bron van daadwerkelijke mededinging, maar ook als eventuele voorbereiding voor de vestiging van nieuwe produktie-installaties in Groot-Brittannië. De door BG getroffen maatregelen konden Iberian zowel uitschakelen als verzwakken en de machtspositie van BG op de Britse markt, met name haar machtspositie ten opzichte van Lafarge en andere potentiële importeurs, versterken.

126 Wat BG's maatregelen in Noord-Ierland betreft, zet de beschikking in de punten 158 en 159 uiteen, dat de uitschakeling van de mededinging van het consortium handelaren die Spaans gipsplaat invoerden, kon leiden tot herstel van BG's monopolie- en machtspositie op de markt, te meer daar die praktijken zowel de door EPYSA geproduceerde gipsplaat die in Ierland vrij in de handel was, als alle ingevoerde gipsplaat, ongeacht uit welke Lid-Staat het afkomstig was, betroffen. Omdat BG de enige leverancier van gipsplaat in Noord-Ierland was en vrijwel alle gipsplaat die zij in Noord-Ierland leverde, in Ierland werd geproduceerd en uit deze Lid-Staat werd ingevoerd, deden de maatregelen die genomen waren om de invoer van Spaanse gipsplaat te verhinderen, een handelsstroom ontstaan die zonder die maatregelen niet zou hebben bestaan. Zij hebben derhalve het handelsverkeer tussen de Lid-Staten rechtstreeks ongunstig beïnvloed.

— Argumenten van partijen

127 Verzoeksters betogen, dat de praktijken die volgens de Commissie de afnemers voor de levering van gipsplaat bonden, zo zij al zijn vastgesteld, geen ongunstige invloed op het handelsverkeer konden hebben. Enkel het handelsverkeer tussen het Verenigd Koninkrijk, het Koninkrijk Spanje en Frankrijk kan er ongunstig door zijn beïnvloed. Een groot deel van de commerciële praktijken die volgens de beschikking inbreuken op artikel 86 van het Verdrag vormen, vond plaats voordat het Koninkrijk Spanje tot de Gemeenschap toetrad. Wat het handelsverkeer met Frankrijk betreft, had Lafarge in het Verenigd Koninkrijk de verkoopdoelen die zij zich gesteld had, bereikt en zocht zij geen nieuwe afnemers. De structuur en de aard van de markt van gipsplaat in het Verenigd Koninkrijk en in Ierland waren zodanig, dat het gedrag van BG de internationale handel niet ongunstig kon beïnvloeden en dat ook niet heeft gedaan. Vanwege de kosten van het vervoer over zee van gipsplaat en de voordelen die de vestiging van produktie-installaties vlakbij de

plaats van verbruik met zich meebrengt, is bevoorrading vanuit het buitenland van de markten van Groot-Brittannië en Ierland op grote schaal en voor langere perioden economisch niet te verwezenlijken, wat de Commissie overigens ter terechtzitting heeft erkend. Op de markt van gipsplaat bestaat bovendien met name behoefte aan geregelde leveringen en een aanbod van een groot assortiment produkten, waaraan niet kan worden voldaan door leveranciers die niet over produktie-eenheden in het Verenigd Koninkrijk of Ierland beschikken. Verzoeksters bestrijden met name wat Noord-Ierland betreft, dat de normale handelsstromen tussen Ierland en Noord-Ierland door de gestelde praktijken van BG zijn gewijzigd en zij beroepen zich daarvoor op het arrest van het Hof van 31 mei 1979 (zaak 22/78, Hugin, Jurispr. 1979, blz. 1869).

128 Ten slotte stellen verzoeksters, dat de in Noord-Ierland ingevoerde gipsplaat werd verkocht tegen dumpprijzen, hetgeen wordt bevestigd door de door de Gemeenschap getroffen anti-dumpingmaatregelen. Wat de toepassing van het beleid inzake gipsleveringen bij voorrang betreft, stelt BG, dat de Commissie de verklaring van haar commercieel-directeur J. H. Garner tijdens de hoorzitting heeft genegeerd. Gelet op de feiten van deze zaak, heeft het theoretische argument van de Commissie geen waarde. Er waren geen andere concurrenten buiten Iberian en Lafarge en dat waren eigenlijk geen echte concurrenten. De echte concurrenten waren Redland en Knauf, en dezen was niet belet om de markt van het Verenigd Koninkrijk te betreden. De invoer uit Spanje werd overigens voortgezet via Ulster Partitions Limited.

129 De Commissie bestrijdt de verklaringen van verzoeksters, dat het gedrag van BG het handelsverkeer tussen de Lid-Staten niet ongunstig kon beïnvloeden. Zij wijst erop, dat Iberian en Lafarge daadwerkelijk gipsplaat invoerden en dat die invoer van aanzienlijke omvang was. Na de actie van BG was bovendien een derde onderneming begonnen met de invoer van gipsplaat in Noord-Ierland, hetgeen aantoont dat deze activiteit economisch zinvol was. De uitschakeling van de bestaande intracommunautaire handel leidde tot versterking van een quasi-monopolie in een Lid-Staat en had derhalve invloed op de mededingingsstructuur binnen de Gemeenschap. Het was van belang de handel tussen de Lid-Staten te waarborgen als bron van werkelijke mededinging voor BG en als eventuele voorbereiding voor de vestiging van nieuwe produktie-installaties in Groot-Brittannië. Het onrechtmatig

gedrag van BG, dat erin bestond klanten voor de levering van gipsplaat aan zich te binden, en dat begon toen er gipsplaat uit Frankrijk en Spanje werd ingevoerd, betekende dat de afnemers van BG in het geheel geen gipsplaat uit andere Lid-Staten konden kopen.

130 Wat het argument van BG betreft met betrekking tot de invoer uit Spanje in de periode toen dit land nog geen lid van de Gemeenschap was, verklaart de Commissie, dat zij daar rekening mee heeft gehouden bij de bepaling van de geldboete.

131 Met betrekking tot de situatie in Noord-Ierland is de Commissie van oordeel, dat die in casu verschilt van de situatie in de zaak Hugin (reeds aangehaald), daar er in casu daadwerkelijk sprake was van handelsverkeer van gipsplaat tussen het Verenigd Koninkrijk en Ierland enerzijds en andere Lid-Staten anderzijds. De handelsstromen waarvan BG melding maakt, zijn die welke zonder BG's onrechtmatige gedraging zouden hebben bestaan. Deze handelsstromen omvatten importen uit Spanje en Ierland. Het misbruik beïnvloedde dus rechtstreeks de handel tussen Lid-Staten.

132 Voor de vraag, of Spaans gipsplaat in Ierland en Noord-Ierland tegen marktprijzen werd ingevoerd, verwijst de Commissie naar de beschikking. De activiteiten van Redland en Knauf bevestigen haar beoordeling en zij benadrukt, dat Redland enkel door deze invoer 5 % van de markt had verworven, zelfs vóór de inrichting van een produktie-eenheid in Groot-Brittannië.

133 De Spaanse regering is van mening, dat de verklaringen van verzoeksters, dat de commerciële praktijken die de Commissie in strijd acht met artikel 86 van het Verdrag, plaatsvonden vóór de datum waarop Spanje tot de Gemeenschap toetrad, en dat de activiteiten van BG geen duidelijk merkbare gevolgen gehad kunnen hebben voor het internationale handelsverkeer, onjuist zijn. Volgens artikel 1 van de beschikking zijn de betrokken praktijken immers voortgezet tot augustus 1986, toen het Koninkrijk Spanje reeds lid van de Gemeenschap was. Bovendien is EPYSA niet de enige onderneming die schade heeft geleden: Lafarge, een

Franse onderneming, en Iberian, een Britse onderneming, zijn eveneens geschaad. Het feit dat er pogingen waren om de markt van Groot-Brittannië en Ierland te penetreren, toont voorts aan dat de handel tussen Lid-Staten levensvatbaar was. De Spaanse regering meent dan ook, dat het gedrag van verzoeksters een al dan niet rechtstreekse, daadwerkelijke of potentiële invloed op de invoerstromen tussen de Lid-Staten heeft gehad en daardoor de door het Verdrag beoogde economische interpenetratie kon belemmeren.

— Beoordeling door het Gerecht

134 Met betrekking tot de voorwaarde van ongunstige beïnvloeding van de handel tussen de Lid-Staten, moet er om te beginnen aan worden herinnerd, dat, wil artikel 86 van toepassing zijn, het noodzakelijk én voldoende is dat het misbruik het handelsverkeer tussen de Lid-Staten ongunstig kan beïnvloeden. Daarvoor behoeft geen feitelijke en reële invloed op de tussenstaatse handel te worden vastgesteld. Aan de voorwaarde van ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer kan immers worden geacht te zijn voldaan, wanneer vaststaat dat het intracommunautaire handelsverkeer daadwerkelijk of, althans potentieel, in merkbare mate ongunstig is beïnvloed (zie met name arresten Hof van 9 november 1983, Michelin, reeds aangehaald, r. o. 104, en 23 april 1991, zaak C-41/90, Höfner en Elser, Jurispr. 1991, blz. I-1979, r. o. 32).

135 In casu is door de gewraakte maatregelen de markt van het Verenigd Koninkrijk afgeschermd doordat de bestaande of potentiële handelsstromen tussen Frankrijk en Spanje enerzijds en het Verenigd Koninkrijk anderzijds rechtstreeks ongunstig werden beïnvloed, en dit geldt eveneens voor de handelsstromen tussen Ierland en Noord-Ierland. De bevoordeling van afnemers die geen ingevoerde gipsplaat verhandelden, belemmerde immers de afzet in het Verenigd Koninkrijk van ingevoerde gipsplaat. Ten slotte werden, zoals de Commissie betoogt, door de op het eiland Ierland toegepaste praktijken en de belemmering van de invoer de bestaande handelsstromen in stand gehouden, daar het bij de in Noord-Ierland verkochte produkten uitsluitend ging om importen van produkten die door GIL in Ierland werden vervaardigd. Die praktijken leidden dus tot andere handelsstromen dan bij een voor mededinging open markt zouden hebben bestaan.

136 Wat het argument van verzoeksters betreft, dat een langdurige grootschalige bevoorrading van het Verenigd Koninkrijk economisch niet te verwezenlijken

is en dat de voorwaarden voor een werkelijk of potentieel handelsverkeer tussen de Lid-Staten niet bestaan, stelt het Gerecht vast, dat er ten tijde van de gewraakte praktijken wel degelijk sprake was van invoer uit Spanje en Frankrijk in het Verenigd Koninkrijk. Volgens de in de punten 32 en 36 van de beschikking opgenomen en niet bestreden gegevens bedroeg die invoer in 1985 3,3 miljoen m^2 voor Lafarge en 1,8 miljoen m^2 voor Iberian. Deze invoer werd door de gewraakte maatregelen rechtstreeks ongunstig beïnvloed. In dit verband is niet van belang of, zoals verzoeksters stellen, Lafarge van mening was dat zij haar verkoopdoelen voor Groot-Brittannië had bereikt, en niet erop uit was, haar afzet in dat gebied te vergroten.

137 Met betrekking tot het argument, dat de praktijken bedoeld in artikel 2 — voor zover toegepast in augustus 1985 — en artikel 3 van de beschikking hebben plaatsgevonden vóór de toetreding van het Koninkrijk Spanje tot de Gemeenschap, herinnert het Gerecht er in de eerste plaats aan, dat volgens het oordeel van het Hof (arrest van 16 maart 1974, gevoegde zaken 6/73 en 7/73, Istituto Chemioterapico Italiano en Commercial Solvents, Jurispr. 1974, blz. 223) de omstandigheid dat de gewraakte praktijken bedreigend zijn voor het handelsverkeer met één of meer derde landen, op zich niet volstaat om de mogelijkheid uit te sluiten, dat de voorwaarde van ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer, waarvan de toepassing van de artikelen 85 en 86 afhankelijk is, wordt geacht te zijn vervuld. In de tweede plaats hebben de door BG in Groot-Brittannië genomen maatregelen in casu niet enkel de invoer uit Spanje ongunstig beïnvloed, maar tevens de verhandeling in het Verenigd Koninkrijk van in derde landen geproduceerde en in andere Lid-Staten in het vrije verkeer gebrachte gipsplaat moeilijker gemaakt.

138 Wat ten slotte de in artikel 1 van de beschikking bedoelde praktijken betreft, stelt het Gerecht enerzijds vast, dat zij zich deels hebben voorgedaan na 1 januari 1986, de datum waarop het Koninkrijk Spanje tot de Gemeenschap toetrad, en anderzijds, dat het exclusieve leveringsbeding tevens de toegang tot de markt van Groot-Brittannië voor een importeur bemoeilijkte en dus de intracommunautaire handelsstromen althans potentieel ongunstig beïnvloedde. Gelet op de sterke positie van verzoeksters op de markt van Groot-Brittannië en op de wereldmarkt, moet deze ongunstige beïnvloeding van voldoende belang worden geacht.

139 Uit het voorgaande volgt, dat de maatregelen en praktijken van BG een daadwerkelijke of potentiële invloed van voldoende belang op het intracommunautaire handelsverkeer hebben uitgeoefend. Bijgevolg moet het middel inhoudende dat de gewraakte praktijken geen invloed hebben kunnen uitoefenen op het handelsverkeer, worden afgewezen.

De conclusies inzake de toerekening van de inbreuk en het bedrag van de geldboeten

140 Zoals reeds vermeld (zie r. o. 10 supra), legt artikel 4 van de beschikking aan BG een geldboete op van 3 miljoen ECU ter zake van de exclusiviteitspraktijken bedoeld in artikel 1 van de beschikking, en aan BPB een geldboete van 150 000 ECU ter zake van de in Ierland en Noord-Ierland toegepaste praktijken als bedoeld in artikel 3 van de beschikking. Er is geen geldboete opgelegd ter zake van de leveringen met voorrang van gips, die onderwerp zijn van artikel 2 van het dispositief van de beschikking. Verzoeksters komen op zowel tegen de oplegging van een geldboete aan BPB ter zake van de in Ierland toegepaste praktijken als tegen het bedrag van de opgelegde geldboeten.

De aan BPB opgelegde geldboete

— *De bestreden handeling*

141 In haar beschikking (punt 165) is de Commissie van mening, „dat misbruiken in Noord-Ierland van BPB's machtspositie in Ierland en Noord-Ierland ook aanleiding geven tot het opleggen van een geldboete".

— Argumenten van partijen

142 Volgens verzoeksters moet de beschikking, voor zover het de aan BPB opgelegde geldboete betreft, nietig worden verklaard wegens onvoldoende motivering. Zij zien geen enkele reden om BPB verantwoordelijk te stellen voor het optreden van BG in Noord-Ierland. De beschikking bevat dienaangaande geen enkele motivering. In de punten 87-103, waarin de feiten in Noord-Ierland zijn beschreven, en in de punten 141-152, waarin de rechtsgevolgen die de Commissie daaraan verbindt, zijn geanalyseerd, wordt integendeel uitsluitend verwezen naar maatregelen die BG

had genomen. De — overigens onjuiste — verwijzing in de beschikking naar de werkverslagen van het Executive Committee van BPB is de enige die op BPB betrekking heeft. Uit die verslagen blijkt, dat BPB pas achteraf in algemene zin is geïnformeerd en geen deel heeft gehad aan de uitvoering van de in die verslagen bedoelde praktijken. Verzoeksters zien derhalve geen enkele reden om BPB een geldboete op te leggen.

143 Verzoeksters stellen, dat de beschikking alleen betrekking heeft op de feiten die zich in Noord-Ierland en niet op Ierse eiland in zijn geheel hebben voorgedaan, en achten de omstandigheid dat de gipsplaat door GIL, een andere vennootschap van hun concern, in Ierland werd geproduceerd, volstrekt oninteressant. Wat van belang is, is de verkoop van gipsplaat door BG. De kortingsregeling die in Ierland werd toegepast, was geen regeling van BPB, maar van BG, die volstrekt onafhankelijk te werk ging.

144 Ter terechtzitting hebben verzoeksters betoogd, dat de beschikking nietig moet worden verklaard, omdat zij geen motivering bevat voor het feit dat de verantwoordelijkheid voor het misbruik van machtspositie in Noord-Ierland bij BPB wordt gelegd in plaats van bij BG. Pas in haar memories voor het Gerecht heeft de Commissie de redenen daarvoor uiteengezet. Volgens verzoeksters ontbreekt iedere grond voor de onderstelling, dat een moedermaatschappij verantwoordelijk is voor de activiteiten van haar dochtermaatschappij enkel omdat zij van deze activiteiten wist. Anders dan in de situatie van het arrest van het Hof van 25 oktober 1983 (zaak 107/82, AEG, Jurispr. 1983, blz. 3151), was het in casu door BPB's dochtermaatschappijen gevolgde commerciële beleid niet door de moedermaatschappij bepaald. Ten slotte, zo de redenering van de Commissie al juist is, valt het niet te begrijpen, waarom de geldboeten ter zake van het optreden van BG in Groot-Brittannië niet aan BPB zijn opgelegd.

145 Volgens de Commissie moet de stelling van BPB, dat er geen goede reden is om haar, wat de markt van Noord-Ierland betreft, het optreden van haar dochtermaatschappij BG toe te rekenen, worden afgewezen. BPB bezit in Ierland een machtspositie op de markt van leveringen van gipsplaat, waarvan zij via de praktijken van haar 100 % dochtermaatschappij BG misbruik heeft gemaakt. Derhalve moeten BPB en BG, wat het optreden in Noord-Ierland betreft, als één en dezelfde onderneming worden beschouwd. Het Executive Committee van BPB werd voortdurend op de hoogte gehouden van de door BG in Noord-Ierland genomen maatregelen om de invoer te bestrijden.

146 In antwoord op vragen van het Gerecht heeft de Commissie gepreciseerd, dat zo BG de juiste adressaat van de beschikking was voor zover het de praktijken betrof die op de markt van Groot-Brittannië zijn vastgesteld, dat niet het geval was ten aanzien van de praktijken op de Ierse markt. Daar moest rekening worden gehouden met de aanwezigheid van twee dochtermaatschappijen van BPB, aangezien deze houdstermaatschappij rechtstreeks was betrokken bij de Ierse markt, zoals blijkt uit de punten 90, 97 en 102 van de beschikking. Daarom had de Commissie gemeend, dat voor die markt de adressaat van de beschikking de moedermaatschappij moest zijn.

147 De Spaanse regering merkt op, dat BG een 100 % dochtermaatschappij van BPB is en dat laatstgenoemde verantwoordelijk is voor de activiteiten van BG in Noord-Ierland. Dat de dochtermaatschappij een afzonderlijke rechtspersoon is, sluit op zich niet uit, dat haar gedrag aan de moedermaatschappij kan worden toegerekend (arrest Hof van 14 juli 1972, zaak 48/69, ICI, Jurispr. 1972, blz. 619). Daar het gedrag van BG en BPB wordt gekenmerkt door eenheid van handelen, moeten de twee vennootschappen als een economische eenheid worden beschouwd. De gewraakte gedraging moet bijgevolg aan ieder van hen worden toegerekend.

— Beoordeling door het Gerecht

148 Om te controleren of de beschikking wettig is voor zover zij de verantwoordelijkheid voor de praktijken van BG op de Ierse markt aan BPB toerekent, dient het Gerecht te onderzoeken of de Commissie, zoals zij stelt, de toerekening aan BPB van BG's gedraging op die markt in de beschikking voldoende met redenen heeft omkleed.

149 Wat de vraag betreft, of de gedraging van een dochtermaatschappij aan de moedermaatschappij kan worden toegerekend, herinnert het Gerecht eraan, dat die gedraging de moedermaatschappij kan worden toegerekend wanneer de dochtermaatschappij haar marktgedrag niet zelfstandig bepaalt, doch in hoofdzaak de haar door de moedermaatschappij verstrekte instructies volgt (arrest ICI, reeds aangehaald, r. o. 133). In het geval van een 100 % dochtermaatschappij moet worden opgemerkt, dat deze in beginsel noodzakelijkerwijs het door de moedermaatschappij bepaalde beleid volgt (arrest AEG, reeds aangehaald, r. o. 50).

150 Het Gerecht stelt vast, dat BPB een houdstermaatschappij is die in Groot-Brittannië werkzaam is via BG, die zij voor 100 % controleert. In Groot-Brittannië verzorgt BG zelf de verkoop van haar eigen produktie. Wat Ierland betreft, worden de gipsprodukten geproduceerd door GIL, eveneens een 100 % dochtermaatschappij van BPB. In Noord-Ierland worden de produkten van het concern verkocht door BG. Ofschoon ten tijde van de feiten een klein deel van die produkten bestond uit produktie van BG zelf, was het grootste deel van de verkoop afkomstig van invoer door BG uit Ierland, die hiertoe de betrokken produkten van GIL kocht.

151 Dienaangaande moet worden opgemerkt, dat, anders dan op de markt van Groot-Brittannië, de machtspositie van BPB op de markt van het eiland Ierland in zijn geheel — die overigens niet is bestreden — berust op het bestaan van twee dochtermaatschappijen, waarvan de één in Noord-Ierland de afzet van de door de ander geproduceerde produkten verzorgt, terwijl de laatstgenoemde zelf zorgt zowel voor de produktie als voor de afzet van haar eigen produkten in Ierland. Daaruit blijkt, dat, anders dan op de markt van Groot-Brittannië het geval is, de machtspositie noch het misbruik ervan op de markt van het eiland Ierland in zijn geheel, specifiek aan de ene dan wel aan de andere dochtermaatschappij van BPB kan worden toegerekend, te meer daar het gehele BPB-concern van BG's praktijken in Noord-Ierland profiteerde, voor zover de leveringen van gipsplaat door de dochtermaatschappij GIL aan de andere dochtermaatschappij, BG, toenamen, in een mate die rechtstreeks afhankelijk was van de doeltreffendheid van het misbruik waaraan laatstgenoemde zich in Noord-Ierland schuldig maakte.

152 In deze context, en dit wordt overigens bevestigd door de preciseringen ter terechtzitting, moet tevens worden benadrukt dat, enerzijds, BPB en BG een economische eenheid vormen en dat, anderzijds, naar uit de punten 90, 97 en 102 van de beschikking blijkt, dat het Executive Committee van BPB zich geregeld liet informeren over de praktijken van haar dochtermaatschappijen op de Ierse markt, terwijl uit de beschikking niet blijkt van een zelfde belangstelling voor de markt van Groot-Brittannië.

153 Gelet op de aldus in het licht gestelde kenmerken, op de instandhouding waarvan de gewraakte commerciële praktijken overigens waren gericht, kunnen verzoeksters niet stellen, dat de Commissie ten onrechte in de gegeven omstandigheden de praktijken van BG in Noord-Ierland aan BPB heeft toegerekend en haar deswege

de litigieuze geldboete heeft opgelegd. Aan deze conclusie wordt niet afgedaan door de commerciële zelfstandigheid van BG, noch, om de hierboven uiteengezette redenen (zie r. o. 151 en 152), door de omstandigheid dat met betrekking tot de markt van Groot-Brittannië voor een andere oplossing is gekozen, inhoudende dat het aldaar gemaakte misbruik als een door BG gepleegde inbreuk is beschouwd.

154 Wat het argument betreft, dat de Commissie in de redengeving van de beschikking niet heeft uiteengezet, waarom de geldboeten ter zake van BG's optreden op de markt van Groot-Brittannië niet aan BPB zijn opgelegd, is het Gerecht van oordeel, dat de Commissie deze geldboeten weliswaar aan de moedermaatschappij had kunnen opleggen, daar BPB en BG een economische eenheid vormen, maar dat de beschikking niettemin rechtens genoegzaam de kenmerken van elk van deze twee markten uiteenzet en zo de oplossing voor beide gevallen rechtvaardigt. Zonder de voorschriften van artikel 190 van het Verdrag te miskennen, heeft de Commissie in het kader van de instructie van de zaak en in het bijzonder in antwoord op de schriftelijke en mondelinge vragen van het Gerecht de gegevens weten te preciseren waarop de in de beschikking gevolgde redenering steunt. In ieder geval heeft dat vermeende gebrek aan motivering verzoeksters niet belet hun argumenten uiteen te zetten, noch het Gerecht verhinderd zijn wettigheidscontrole te verrichten.

155 De grief inhoudende dat de Commissie ten onrechte een geldboete aan BPB heeft opgelegd ter zake van door BG in Noord-Ierland toegepaste praktijken, moet mitsdien worden afgewezen.

Het bedrag van de opgelegde geldboeten

— De bestreden handeling

156 De gegevens die de Commissie in aanmerking heeft genomen bij het bepalen van het bedrag van de aan BG respectievelijk BPB opgelegde geldboeten, zijn het onderwerp van de punten 162-174 van de beschikking. Daar wordt overwogen, dat de regeling die bepaalde handelaren in Groot-Brittannië aan BG bond, een ernstig misbruik van een machtspositie vormt, met name omdat, enerzijds, de meeste betalingen onderdeel waren van een regeling die BG aan de grote afnemers van Iberian voorstelde, en, anderzijds, omdat de betalingen in ruil voor een exclusieve afnameverplichting werden verricht.

157 Volgens de beschikking zijn de betrokken misbruiken opzettelijk gepleegd. In Groot-Brittannië heeft BG willens en wetens de afnemers door middel van de door haar genomen maatregelen aan zich gebonden. In Noord-Ierland was het optreden van BG er met name op gericht, een einde te maken aan de invoer door een consortium handelaren en deze handelaren ondanks de concurrentie van de ingevoerde produkten aan zich te binden (punt 170). Bij de bepaling van de geldboete heeft de Commissie rekening gehouden met het feit, dat de exclusieve afnameverplichtingen zijn aangegaan voordat het Koninkrijk Spanje toetrad tot de Gemeenschap, en na de toetreding van deze Lid-Staat nog slechts zeven maanden zijn voortgezet (punt 173).

158 Volgens de beschikking moet het misbruik dat in Noord-Ierland is gemaakt van BPB's machtspositie in Ierland en Noord-Ierland, eveneens aanleiding geven tot het opleggen van een geldboete (punt 165).

— Argumenten van partijen

159 Wat het opzettelijke karakter van de toegepaste praktijken betreft, zijn verzoeksters van mening, dat de gestelde misbruiken niet specifiek tot doel hadden om de afnemers aan BG te binden, noch om een einde te maken aan de invoer in Noord-Ierland. Voorts is BPB op geen enkele wijze bij de levering van gipsplaat in Ierland en Noord-Ierland betrokken geweest. De kennis die BPB had van BG's activiteiten in Noord-Ierland, ging niet verder dan de toespelingen in de door BG aan het Executive Committee van het concern BPB gerichte werkverslagen. In hun repliek hebben verzoeksters duidelijkheidshalve bevestigd, dat zij subsidiair om een verlaging van het bedrag van de geldboeten verzoeken.

160 De Commissie merkt om te beginnen op, dat verzoeksters in repliek niet uitdrukkelijk om verlaging van het bedrag van de geldboeten hebben verzocht. Wat de vraag betreft of bij de gewraakte praktijken sprake was van opzet, is de Commissie van mening, dat dat zeker het geval was bij de exclusieve leveringsovereenkomsten in Groot-Brittannië en bij de maatregelen om de invoer te beëindigen. Zij herinnert er voorts aan, dat er geen geldboete is opgelegd voor de levering met voorrang van gipsplaat.

161 In antwoord op vragen van het Gerecht heeft de Commissie uiteengezet, dat in de beschikking rekening is gehouden met de omstandigheid, dat de inbreuk die door BG is gemaakt, veel langer heeft geduurd dan die waaraan BPB zich schuldig heeft gemaakt. Bovendien hadden de in Noord-Ierland toegepaste praktijken slechts beperkte gevolgen voor de intracommunautaire handel. De door BG gepleegde inbreuk betrof bovendien een veel grotere markt dan de Ierse, namelijk die van Groot-Brittannië.

— Beoordeling door het Gerecht

162 Vooraf moet worden vastgesteld, dat verzoeksters in hun verzoekschrift weliswaar niet hebben gepreciseerd, dat hun conclusies tot nietigverklaring van de beschikking moeten worden verstaan als tevens een subsidiaire conclusie tot verlaging van het bedrag van de opgelegde geldboeten omvattende, maar dat zij in hun verzoekschrift betogen dat „het bedrag van de opgelegde geldboeten te hoog is". Derhalve moeten de conclusies tot nietigverklaring in casu zo worden verstaan, dat zij een conclusie tot verlaging van het bedrag van de opgelegde geldboeten omvatten. Mitsdien moet het betoog van de Commissie, dat verzoeksters niet uitdrukkelijk om verlaging van het bedrag van de geldboeten hebben verzocht, worden afgewezen.

163 Ingevolge artikel artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 kan de Commissie enkel een geldboete opleggen wegens inbreuken op de bepalingen van artikel 86 EEG-Verdrag, die opzettelijk of uit onachtzaamheid zijn gemaakt.

164 Uit hetgeen het Gerecht in het voorgaande heeft overwogen, blijkt dat in de beschikking naar genoegen van recht is aangetoond, dat BG tussen juli 1985 en augustus 1986 inbreuk heeft gemaakt op artikel 86 EEG-Verdrag door misbruik te maken van haar machtspositie bij de levering van gipsplaat in Groot-Brittannië, en dat BPB via haar dochtermaatschappij BG inbreuk heeft gemaakt op artikel 86 EEG-Verdrag door misbruik te maken van haar machtspositie op de Ierse markt bij de levering van gipsplaat.

165 Wat de vraag betreft, of die inbreuken opzettelijk of uit onachtzaamheid zijn gemaakt, is het, om opzet te kunnen aannemen, volgens vaste rechtspraak (zie met name arrest Hof van 8 februari 1990, zaak C-279/87, Tipp-Ex, Jurispr. 1990, blz. I-261) niet noodzakelijk, dat de onderneming zich ervan bewust was het in de mededingingsregels van het Verdrag voor ondernemingen neergelegde verbod te overtreden; het volstaat, dat zij er niet onkundig van kon zijn dat het gewraakte gedrag ten doel had of tot gevolg kon hebben, dat de mededinging op de gemeenschappelijke markt werd vervalst.

166 Uit de aard van de door de beschikking bedoelde gedragingen, die zich hierdoor kenmerken, dat in feite de voorwaarde werd gesteld dat men uitsluitend door verzoeksters geproduceerde gipsplaat zou verhandelen, volgt, naar het oordeel van het Gerecht, dat verzoeksters er niet onkundig van konden zijn dat die gedragingen een schending van artikel 86 van het Verdrag vormden. Derhalve moeten die gedragingen voor de toepassing van verordening nr. 17 worden geacht opzettelijk te zijn geweest.

167 Voorts blijkt uit het voorgaande (zie r. o. 151-156), dat, anders dan verzoeksters stellen, BPB wel degelijk betrokken was bij de gewraakte praktijken betreffende Noord-Ierland, waarvan zij geregeld op de hoogte werd gehouden en die in de vergaderingen van haar Executive Committee ter sprake kwamen.

168 Verzoeksters wensen, dat de opgelegde geldboeten, zo zij al niet worden ingetrokken, in ieder geval worden verlaagd. Dienaangaande blijkt uit de redengeving van de beschikking en uit de preciseringen ter terechtzitting, dat de Commissie rekening heeft gehouden met de ernst en de duur van de misbruiken, de totale omzet van de ondernemingen, de respectieve omvang van de betrokken markten, met het feit dat het Koninkrijk Spanje nog geen lid van de Gemeenschap was ten tijde van de toepassing van de promotiebetalingsregelingen en de kortingsregeling in Noord-Ierland, en ten slotte met het feit, dat de promotiebetalingsregeling na de toetreding van het Koninkrijk Spanje tot de Gemeenschap nog slechts zeven maanden is

gehandhaafd. De Commissie heeft derhalve de evenredigheid tussen de gepleegde inbreuken en de opgelegde straffen voldoende gerechtvaardigd. Mitsdien moeten ook de conclusies tot verlaging van het bedrag van de geldboeten worden afgewezen. De gedeeltelijke nietigverklaring van artikel 2 van de beschikking ten slotte betreft een punt van bezwaar ter zake waarvan geen geldboete is opgelegd.

169 Uit het voorgaande volgt, dat de opgelegde geldboeten in beginsel en wat het bedrag ervan betreft, gerechtvaardigd zijn en dat de adressaten van de boetebepalingen correct zijn aangeduid; dientengevolge moeten de conclusies van verzoeksters strekkende tot nietigverklaring of herziening van artikel 4 van de beschikking, worden afgewezen.

170 Uit al het voorgaande volgt, dat artikel 2 van het dispositief van de beschikking, voor zover het betrekking heeft op de maand juli 1985, nietig moet worden verklaard en dat het beroep voor het overige moet worden verworpen.

Kosten

171 Volgens artikel 87, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dat is gevorderd. Aangezien de Commissie in die zin heeft geconcludeerd, dienen verzoeksters in de kosten te worden verwezen, daaronder begrepen die welke door interveniënte Iberian zijn gemaakt.

172 Volgens artikel 87, lid 4, van genoemd Reglement dragen de Lid-Staten die in het geding zijn tussengekomen, hun eigen kosten. Het Koninkrijk Spanje dient mitsdien zijn eigen kosten te dragen.

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Tweede kamer),

rechtdoende:

1) Verklaart nietig artikel 2 van beschikking 89/22/EEG van de Commissie van 5 december 1988 inzake een procedure op grond van artikel 86 van het EEG-Verdrag (IV/31.900, BPB Industries plc), voor zover het betrekking heeft op de maand juli 1985.

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

3) Verstaat dat verzoeksters alle kosten zullen dragen, daaronder begrepen die van interveniënte Iberian.

4) Verstaat dat het Koninkrijk Spanje zijn eigen kosten zal dragen.

Cruz Vilaça Saggio Briët

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 1 april 1993.

De griffier De president

H. Jung J. L. Cruz Vilaça