FÖRSTAINSTANSRÄTTENS DOM (andra avdelningen)
1 april 1993*

Sammanfattning

De faktiska omständigheterna 8
Förfarandet 10
Parternas yrkanden 11
Yrkandet om ogiltigförklaring av beslutet 12
Underlåtenhet att kommunicera handlingar och att iaktta rätten till försvar 12
— Parternas argument 12
— Förstainstansrättens bedömning 14
Konstaterande av överträdelsen 17
I — Missbruk av dominerande ställning 17
A — Ensamleverantörsavtal och säljfrämjande bidrag 18
— Den angripna rättsakten 18
— Parternas argument 19
— Förstainstansrättens bedömning 24
Bevissituationen 24
Ensamleverantörsavtalens karaktär av missbruk 25
B — Prioriterade gipsleveranser 28
— Den angripna rättsakten 28
— Parternas argument 29
— Förstainstansrättens bedömning 31
C — Metoder som använts i Irland och Nordirland 34
— Den angripna rättsakten 34
— Parternas argument 36
— Förstainstansrättens bedömning 37
II — Inverkan på handeln mellan medlemsstater 39
— Den angripna rättsakten 39

* Rättegångsspråk: engelska.

— Parternas argument 40
— Förstainstansrättens bedömning 42
Yrkanden rörande ansvaret för överträdelsen och bötesbeloppets storlek 44
BPB:s böter 44
— Den angripna rättsakten 44
— Parternas argument 45
— Förstainstansrättens bedömning 46
Bötesbeloppet 48
— Den angripna rättsakten 48
— Parternas argument 49
— Förstainstansrättens bedömning 49
Rättegångskostnader 51

Mål T-65/89

BPB Industries plc, ett bolag enligt engelsk rätt med säte i Slough, Förenade kungariket, och

British Gypsum Limited, ett bolag enligt engelsk rätt med säte i Nottingham, Förenade kungariket,

företrädda av advokaten Michel Waelbroeck, Bryssel, och Gordon Boyd Buchanan Jeffrey, solicitor, med delgivningsadress i Luxemburg hos advokaterna Arendt och Harles, 4, Avenue Marie-Thérèse,

sökande,

mot

Europeiska gemenskapernas kommission, inledningsvis företrädd av juridiske rådgivaren Norbert Koch och Ida Langerman, rättstjänsten, och därefter av Julian Currall och Berend-Jan Drijber, rättstjänsten, i egenskap av ombud, med delgivningsadress i Luxemburg hos Nicola Annecchino, rättstjänsten, Centre Wagner, Kirchberg,

svarande,

med stöd av

Spanien, företrätt av generaldirektören med ansvar för samordning av gemenskapsrättsliga tvister Javier Conde de Saro, och abogado del Estado Rosario Silva de Lapuerta, avdelningen för gemenskapsrättsliga tvister, båda i egenskap av ombud, med delgivningsadress i Luxemburg hos Spaniens ambassad, 4–6 Boulevard E. Servais,

och av

Iberian Trading (UK) Limited, ett bolag enligt engelsk rätt med säte i London, företrätt av John E. Pheasant, solicitor, och Simon W. Polito, solicitor, advokatfirman Lovell White Durrant, med delgivningsadress i Luxemburg hos advokatfirman Loesch och Wolter, 8 rue Zithe,

intervenienter.

Talan avser ogiltigförklaring av kommissionens beslut 89/22/EEG av den 5 december 1988 om ett förfarande för tillämpning av artikel 86 i EEG-fördraget (IV/31.900 – BPB Industries plc, EGT 1989 L 10, s. 50, med rättelse i EGT 1989 L 52, s. 42, fransk version; vid översättningen fanns ingen svensk version att tillgå).

EUROPEISKA GEMENSKAPERNAS
FÖRSTAINSTANSRÄTT (andra avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden J.L. Cruz Vilaça, och domarna A. Saggio och C.P. Briët,

justitiesekreterare: H. Jung,

som beaktat det skriftliga förfarandet och vad som förekommit vid den muntliga förhandlingen den 23 januari 1992,

meddelar följande

dom

De faktiska omständigheterna

1 Detta mål rör kommissionens beslut 89/22/EEG av den 5 december 1988 angående ett förfarande enligt artikel 86 i EEG-fördraget (IV/31.900 - BPB Industries plc, EGT 1989 L 10, s. 50, med rättelse i EGT 1989 L 52, s. 42, nedan kallat "beslutet"), enligt vilket sökandena bötfälldes för överträdelse av artikel 86 i EEG-fördraget.

2 BPB Industries plc (nedan kallat BPB) är det brittiska holdingbolaget för en koncern som kontrollerar omkring halva produktionen av gipsskivor i gemenskapen och som hade en sammanlagd nettoomsättning på 1 116 000 000 ecu under det räkenskapsår som löpte ut den 31 mars 1987. I Storbritannien verkar BPB på marknaden för byggnadsgips och gipsskivor, huvudsakligen genom ett helägt dotterbolag British Gypsum Ltd (nedan kallat BG). I Irland tillverkas gipsprodukter, särskilt byggnadsgips och gipsskivor, av BPB:s irländska dotterbolag Gypsum Industries plc (nedan kallat GIL), som levererar till den irländska marknaden, och genom BG till Nordirland.

3 I Storbritannien tillverkar BG gipsskivor vid åtta fabriker, som är belägna i Midlands samt i sydöstra och norra England. BPB levererar vanligen till den brittiska gipsskivemarknaden från fabriker i Storbritannien, medan fabrikerna i Irland levererar till Irland och Nordirland.

4 Gipsskivorna består av ett inre skikt av gips mellan två skikt av kraftigt papper. De finns i olika storlekar och tillhandahålls huvudsakligen i två tjocklekar. De används främst för takkonstruktioner och beklädning av väggar i bostäder samt för uppförande och beklädning av innerväggar.

5 De gipsskivor som används i Förenade kungariket och Irland tillhandahålls nästan uteslutande av byggmaterialgrossister (nedan kallade grossisterna). Dessa utgör en effektiv distributionskedja för byggfirmorna. De står även kreditrisken för byggfirmorna. Under den aktuella perioden fanns det en tendens till koncentration bland grossisterna.

6 Före 1982 fanns ingen reguljär import av gipsskivor till Storbritannien. Detta år började Lafarge UK Ltd (nedan kallat Lafarge), ett bolag i den franska Lafarge Coppée-koncernen, att importera gipsskivor tillverkade i Frankrike.

Lafarge utvidgade gradvis sin import. På grund av leveranssvårigheter som sammanhängde med beroendet av Lafarges fabrik i Frankrike kunde företaget emellertid inte upprätthålla normala leveranser till ett stort antal kunder.

7 I maj 1984 började Iberian Trading UK Ltd (nedan kallat Iberian) att importera gipsskivor tillverkade i Spanien av Española de Placas de Yeso (nedan kallat EPYSA). Dess priser var lägre än BG:s, i allmänhet mellan 5 och 7 %, även om större skillnader har noterats. Iberians sortiment av gipsskivor begränsades till de standardstorlekar som var mest efterfrågade. Även Iberian råkade ut för leveranssvårigheter vid ett antal tillfällen.

8 Under 1985 och 1986 levererade BG cirka 96 % av alla gipsskivor som såldes i Förenade kungariket, medan resten av marknaden delades mellan Lafarge och Iberian.

9 Den 17 juni 1986 gav Iberian in en ansökan till kommissionen i enlighet med artikel 3 i rådets förordning nr 17 av den 6 februari 1962, Första förordningen om tillämpning av fördragets artiklar 85 och 86 (EGT 1962, 13, s. 204, fransk version; svensk specialutgåva, del 08, volym 01, s.8, nedan kallad förordning nr 17) för att få fastställt att BPB brutit mot artikel 86 i EEG-fördraget. Den 3 december 1987 beslöt kommissionen att inleda ett förfarande enligt artikel 3.1 i förordning nr 17.

10 Sedan företagen fått tillfälle att yttra sig över kommissionens anmärkningar i enlighet med artikel 19.1 i förordning nr 17 och kommissionens förordning nr 99/63/EEG av den 25 juli 1963 om sådana förhör som avses i artikel 19.1 och 19.2 i rådets förordning nr 17 (EGT 1963, 127, s. 2268, fransk version; svensk specialutgåva del 08, volym 01, s. 32) och sedan rådgivande kommittén för kartell- och monopolfrågor yttrat sig fattade kommissionen den 5 december 1988 det omtvistade beslutet som innehåller följande beslutsdel:

"Artikel 1

British Gypsum Ltd har mellan juli 1985 och augusti 1986 brutit mot artikel 86 i EEG-fördraget genom att missbruka sin dominerande ställning vad gäller leverans av gipsskivor i Storbritannien med hjälp av ett system med betalningar till byggmaterialgrossister som accepterade att uteslutande köpa gipsskivor från British Gypsum Ltd.

Artikel 2

BPB Industries plc har i juli och augusti 1985 brutit mot artikel 86 i EEG-fördraget genom att under perioder av utsträckt leveranstid för byggnadsgips tillämpa en strategi som prioriterade order från kunder som inte handlade med importerade gipsskivor, vilket utgjorde missbruk av företagets dominerande ställning på gipsskivemarknaden i Storbritannien.

Artikel 3

BPB Industries plc har via sitt dotterbolag British Gypsum Ltd brutit mot artikel 86 i EEG-fördraget genom att missbruka sin dominerande ställning på gipsskivemarknaden i Irland och Nordirland då man

— i juni och juli 1985 med avsedd verkan utövade påtryckningar på ett konsortium av importörer och därigenom förmådde dem att avstå från import av gipsskivor till Nordirland,

— gav en rad rabatter på BG:s produkter till byggmaterialgrossister i Nordirland under perioden juni–december 1985, på villkor att dessa inte handlade med importerade gipsskivor.

Artikel 4

Företagen åläggs böter i enlighet med följande:

— British Gypsum Ltd, ett bötesbelopp om 3 miljoner ecu för de i artikel 1 angivna överträdelserna av artikel 86 i EEG-fördraget,

— BPB Industries plc, ett bötesbelopp om 150 000 ecu för de i artikel 3 angivna överträdelserna av artikel 86 i EEG-fördraget.

Artiklarna 5 och 6

(utelämnade)".

Förfarandet

11 Mot den bakgrunden väckte BPB och BG genom en ansökan som inkom till domstolen den 23 februari 1989 förevarande talan om ogiltigförklaring av kommissionens beslut.

12 Det skriftliga förfarandet fullföljdes vid domstolen. Genom beslut av den 4 oktober 1989 tillät domstolen Spanien att inträda som intervenient till stöd för svaranden. Genom beslut av den 15 november 1989 överlämnade domstolen målet till förstainstansrätten i enlighet med artikel 14 i rådets beslut av den 24 oktober 1988 om upprättandet av Europeiska gemenskapernas förstainstansrätt. Genom beslut av den 18 januari 1990 tillät förstainstansrätten Iberian att inträda som intervenient till stöd för svaranden.

13 På grundval av referentens rapport beslöt förstainstansrätten att inleda det muntliga förfarandet utan föregående åtgärder för bevisupptagning. Rätten ställde emellertid som en processledande åtgärd genom en skrivelse från justitiesekreteraren av den 8 november 1991 ett antal frågor till svarandena, som inkom med svar till förstainstansrätten den 16 december 1991.

14 Vid den muntliga förhandlingen den 23 januari 1992 yttrade sig parterna och intervenienterna och besvarade förstainstansrättens frågor.

Parternas yrkanden

15 I sin ansökan har sökandena yrkat att förstainstansrätten skall

— ogiltigförklara kommissionens beslut av den 5 december 1988 genom vilket BPB åläggs att betala ett bötesbelopp om 150 000 ecu och BG ett bötesbelopp om 3 000 000 ecu för en påstådd överträdelse av artikel 86 i EEG-fördraget,

— förplikta svaranden att ersätta rättegångskostnaderna.

16 I sin replik har sökandena yrkat att förstainstansrätten skall

— ogiltigförklara kommissionen beslut,

— i andra hand sätta ned de bötesbelopp som ålagts BPB och/eller BG,

— förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

17 Svaranden har yrkat att förstainstansrätten skall

— ogilla talan,

— förplikta sökandena att ersätta samtliga rättegångskostnader.

18 Spanien har i egenskap av intervenient yrkat att förstainstansrätten skall

— ogilla BG:s och BPB:s talan mot beslutet,

— förklara beslutet giltigt och

— förplikta sökandena att ersätta rättegångskostnaderna, inbegripet de kostnader som förorsakats intervenienten.

19 Iberian har i egenskap av intervenient yrkat att förstainstansrätten skall

— ogilla sökandenas talan mot beslut 89/22/EEG,

— förklara beslutet giltigt i alla avseenden,

— förplikta sökandena att ersätta alla rättegångskostnader i målet, inbegripet de kostnader som förorsakats intervenienterna.

Yrkandet om ogiltigförklaring av beslutet

20 Till stöd för sina yrkanden om ogiltigförklaring av beslutet har sökandena åberopat två olika grunder, dels åsidosättande av rätten till försvar, dels otillräcklig bevisning rörande överträdelsen.

Underlåtenhet att kommunicera handlingar och att iaktta rätten till försvar

- Parternas argument

21 Sökandena har yrkat att beslutet skall ogiltigförklaras eftersom kommissionen inte låtit dem ta del av samtliga relevanta handlingar den hade tillgång till och denna underlåtenhet varit till allvarlig nackdel för dem. De har särskilt anfört att BG inte haft tillgång till vissa handlingar som förefaller direkt avse dess förhållanden eller till vissa klagomål som framförts mot det. De hävdar att de har anledning tro att vissa av de icke kommunicerade handlingarna inte saknar relevans.

22 Sökandena avser särskilt de handlingar som överlämnats till kommissionen under inspektioner hos tredje man. De anser det vara ett allvarligt åsidosättande av rätten till försvar att helt vägra tillgång till uppgifterna i en handling som överlämnats till kommissionen av tredje man. Sökandena har även gjort gällande att de icke kommunicerade handlingarna skulle ha kunnat användas för BG:s processföring och att det under dessa förhållanden inte finns någon anledning att inte låta BG ta del av dessa handlingar. Avgörande för beslutet att inte kommunicera en handling skall inte vara om kommissionen stöder sig på den eller inte, utan om innehållet i handlingen verkligen är sådant att det bör vara sekretessbelagt. Den omständigheten att kommissionen inte stöder sig på en handling betyder inte att den inte är relevant eller att kommissionen inte påverkats av dess innehåll och utgör inte tillräckligt skäl för att vägra kommunicera den.

23 Sökandena har anfört att det är helt omöjligt för BG att ange vilka handlingar som kommissionen valt att inte kommunicera och som de därför inte kunnat ta del av. Enligt sökandena hävdar kommissionen felaktigt att den grundar sitt beslut enbart på handlingar som BG fått del av. BG har hänvisat till en skrivelse från en grossist av den 23 december 1985, som kommissionen åberopar i punkt 63 i beslutet för att visa att en överträdelse begåtts, trots att BG inte tillåtits ta del av den. Enligt bolaget framgår det av domstolens dom av den 24 juni 1986 i målet AKZO Chemie mot kommissionen (53/85, s. 1965) att kommissionen har skyldighet att låta ett företag ta del av sådana konfidentiella handlingar som kan skada företagets intressen och att kommissionen därför åtminstone borde ha låtit BG ta del av en sammanfattning av dess underlag.

24 Sökandena har hävdat att deras invändningar mot kommissionens påstående att den inte påverkats av några handlingar som inte kommunicerats är befogade, eftersom kommissionen först sedan BG framställt krav härom lät BG ta del av det vittnesmål från byggkonsulten May som den använde i sitt beslut. BG borde ha rätt att själv avgöra vilka handlingar som är relevanta.

25 Vad gäller de handlingar som beskrivs i kommissionens skrivelse av den 19 februari 1988 har BG anfört att kommissionen underlåtit att skilja mellan handlingar som överlämnats konfidentiellt av tredje man och handlingar som innehöll affärshemligheter. Beträffande de handlingar som nämndes i kommissionens svaromål anser BG att de borde ha fått tillgång till dessa under det administrativa förfarandet (generaladvokaten Warners förslag till avgörande i mål 30/78 Distillers Company mot kommissionen, Rec. 1980, s. 2229, s. 2267).

26 Kommissionen har hävdat att beslutet grundas uteslutande på handlingar som BG kunnat ta del av. Den har vidhållit att BG inte angivit några handlingar som skulle ha legat till grund för kommissionens uppfattning, och vilka BG inte haft tillgång till. Enligt kommissionen omfattar inte rätten till aktinsyn alla handlingar i ett ärende som inte innehåller affärshemligheter. Den hänvisar till domstolens dom av den 17 januari 1984 i de förenade målen VBVB och VBBB mot kommissionen (43/82 och 63/82, Rec. 1984, s. 19, punkt 25) och anser att den ovan citerade domen AKZO Chemie mot kommissionen, som åberopats av BG, gäller en annan fråga, nämligen om det är möjligt för kommissionen att ge en klagande vissa upplysningar.

27 Kommissionen anser att den i förevarande mål gett sökandena möjlighet att ta del av vissa handlingar som inte ligger till grund för beslutet, och att den således gått längre än vad den behövt. När kommissionen lät BG ta del av handlingarna i ärendet, undantog den endast handlingar som överlämnats till kommissionen av tredje man med förbehåll av sekretess, ett företags årsredovisning, två företags reklamblad, ett företags organisationsplan och handlingar som ansågs vara av intresse för att eventuellt kunna avslöja överträdelser av artikel 85 som begåtts av andra företag än BPB. Dessutom gavs en icke sekretessbelagd redogörelse för dessa handlingar i kommissionens skrivelse av den 19 februari 1988. Kommissionen anser att den redogörelsen var tillräcklig för att BG skulle kunna kontrollera att de inte hade någon inverkan på kommissionens slutsatser.

28 Vad gäller den av BG omnämnda skrivelsen av den 23 december 1985 från en grossist anför kommissionen att denna hade bifogats en skrivelse som BG givit in till kommissionen den 30 september 1986 och att BG således haft tillgång till båda dessa skrivelser. I fråga om konsulten Mays rapport har kommissionen anfört att den hela tiden har ansett denna vara tillgänglig för BG. Den hänvisar i det sammanhanget till sammanfattningen i bilagan till meddelandet om anmärkningar och de handlingar som bifogats ansökan. Kommissionen har slutligen förklarat att den av sökandena anförda skillnaden mellan affärshemligheter respektive andra uppgifter inte är avgörande för om ett företag har rätt att ta del av handlingarna hos kommissionen eller inte.

— Förstainstansrättens bedömning

29 Kommissionen har, såsom förstainstansrätten fann i sin dom av den 17 december 1991, Hercules Chemicals mot kommissionen (T-7/89, Rec. 1991 s. II-1711), i sin tolfte rapport om konkurrenspolitiken (s. 40–41) fastställt

ett antal regler för aktinsyn i konkurrensärenden. Enligt dessa regler "skall kommissionen låta de berörda företagen i ett ärende ta del av de handlingar som rör dem. Företagen skall informeras om innehållet i kommissionens handlingar genom en bilaga till meddelandet om anmärkningar eller till den skrivelse, varigenom en ansökan avvisas. I bilagan skall alla handlingar i ärendet förtecknas med angivande av vilka handlingar eller delar av handlingar som företagen kan ta del av. De skall ges tillfälle att ta del av dessa handlingar i kommissionens lokaler. Om ett företag önskar få del av endast ett fåtal handlingar kan kommissionen lämna ut kopior. Kommissionen anser emellertid följande handlingar vara sekretessbelagda och således icke tillgängliga för det berörda företaget: handlingar eller delar av handlingar som innehåller andra företags affärshemligheter, interna kommissionshandlingar t.ex. anteckningar, utkast eller andra arbetspapper, övriga sekretessbelagda uppgifter såsom handlingar som gör det möjligt att identifiera klagande som önskar vara anonyma och upplysningar som kommissionen fått in med förbehåll av sekretess." Av detta drog förstainstansrätten slutsatsen att kommissionen "har en skyldighet att låta de företag som berörs av en utredning enligt artikel 85.1 i fördraget få tillgång till alla handlingar som den samlat in under utredningen, antingen dessa är till företagens fördel eller inte, med undantag av andra företags affärshemligheter, interna kommissionshandlingar och övriga sekretessbelagda uppgifter" (punkterna 53 och 54).

30 I sin dom av den 18 december 1992 i de förenade målen T-10/92, T-11/92, T-12/92 och T-15/92, Cimenteries CBR m. fl. mot kommissionen, Rec. 1992 s. II-2667 förklarade dessutom förstainstansrätten att "förfarandet för att få tillgång till handlingarna i konkurrensärenden har till syfte att låta mottagarna av ett meddelande om anmärkningar få kännedom om det bevismaterial som finns i kommissionens handlingar, så att de på ett tillfredsställande sätt kan svara på de slutsatser som kommissionen kommit fram till i sitt meddelande om anmärkningar på grundval av detta material. Tillgången till handlingarna hör till de processrättsliga skyddsregler som syftar till att skydda rätten till försvar och att särskilt säkerställa det faktiska utövandet av rätten att höras som föreskrivs i artikel 19.1 och 19.2 i förordning nr 17 och i artikel 2 i förordning nr 99/63. Därav följer att rättigheten, att få tillgång till den dokumentation som kommissionen upprättar, är berättigad genom kravet på att de ifrågavarande företagen skall garanteras möjligheter att försvara sig på ett tillfredsställande sätt mot de anmärkningar som riktas mot dem i meddelandet om anmärkningar" (punkt 38).

31 I föreliggande fall framgår det av de handlingar som givits in till förstainstansrätten att kommissionen inte har nekat de sökande företagen insyn i akten. Det framgår, bl.a. av sökandenas egna handlingar, att kommissionen i enlighet med sina ovan angivna åtaganden i den tolfte rapporten om konkurrenspolitiken som utgavs 1982 bifogade en bilaga till meddelandet om anmärkningar, vilken innehöll en förteckning över alla de 2 095 handlingar som utgjorde kommissionens akt. Av förteckningen, som ingavs som bilaga 6 till ansökan till förstainstansrätten, framgår att den innehöll två olika slag av upplysningar, förutom datum för var och en av handlingarna. För det första var handlingarna ordnade efter typ. Sökandena fick en uppställning av handlingarna under 15 rubriker. I uppställningen angavs för varje handling eller grupp av handlingar den eller de siffror som svarade mot numret på den rubrik under vilken handlingen eller gruppen av handlingar återfanns. För det andra angavs i förteckningen, för varje handling eller grupp av handlingar om sökandena kunde ta del av den (A), delvis kunde ta del av den (B) eller inte kunde ta del av den (N).

32 Det framgår att sex kategorier av handlingar inte gjorts tillgängliga för sökandena. För det första kommissionens rent interna handlingar (handlingarna nr 234, 235, 290–318, 321, 324–335, 337–347, 367–382, 1329–1330, 1535–1539, 1543, 1580–1589, 1594, 1880–1882, 1907–1971, 1985–2049, 2054–2095), för det andra viss korrespondens med utomstående företag (handlingarna nr 240, 252, 253–281, 322–323, 336, 348–361, 363–366, 385, 386–395, 1323–1328, 1529–1530, 1544–1546, 1559, 1596–1599, 1602–1607, 1613–1683, 1891–1903, 1972–1984), för det tredje viss korrespondens med medlemsstaterna (handlingarna nr 282–289, 1690–1691), för det fjärde vissa offentliggjorda uppgifter och undersökningar (handlingarna nr 1904, 2051–2052), för det femte vissa utredningsrapporter (handlingarna nr 399–506)) och slutligen för det sjätte ett svar på en begäran om upplysningar enligt artikel 11 i förordning nr 17 (handling nr 1699).

33 Det står således klart att sökandena saknar fog för klagomålet att kommissionen inte gjort vissa rent interna handlingar tillgängliga för dem, eftersom förstainstansrätten redan har klargjort att sådana handlingar inte behöver kommuniceras. Detsamma gäller viss korrespondens med medlemsstaterna och offentliggjorda handlingar och undersökningar. Detsamma gäller även för utredningsrapporterna, svaret på en begäran från kommissionen om upplysningar och viss korrespondens med utomstående företag, som kommissionen hade rätt att vägra lämna ut på grund av handlingarnas konfidentiella karaktär. Ett företag som tillställts ett meddelande om anmärkningar och som har en dominerande ställning på marknaden skulle i annat fall kunna vidta

repressalier mot ett konkurrerande företag, en leverantör eller kund som deltagit i kommissionens undersökning. Av samma skäl kan sökandena slutligen inte göra gällande att det var fel att endast delvis låta dem ta del av den ansökan som ingavs till kommissionen enligt artikel 3 i förordning nr 17 (handlingarna nr 1–233). Kommissionens vägran att kommunicera dessa handlingar till sökandena kan således inte i detta fall påverka beslutets lagenlighet.

34 Det skall även framhållas att kommissionen i dupliken förklarat att den skrivelse från en grossist som anges i punkt 63 i beslutet hade bifogats en annan skrivelse som BG självt givit in till kommissionen, och att detta inte bestritts vid förhandlingen. BG kände således till skrivelsen i fråga och dessutom var handlingen med nummer 1312, såsom kommissionen hävdat, under alla förhållanden fullt tillgänglig för sökandena, vilket framgår av den tidigare nämnda bilaga 6 till ansökan. Det skall även framhållas att sökandena i varje fall kunnat ta del av konsulten Mays rapport och att de inte kan göra gällande att ärendet handlagts felaktigt på den grunden att de inledningsvis vägrades tillgång till den handlingen.

35 Av vad som angetts ovan följer att kommissionens handläggning av ärendet skett med beaktande av sökandenas rätt till försvar och att sökandena, som för övrigt endast obestämt och hypotetiskt hävdar motsatsen, särskilt vid sammanträdet inför kommissionen haft möjlighet att framföra alla argument och grunder till sitt försvar. Härav följer att vad sökandena anfört om åsidosättande av deras rätt till försvar saknar grund och därför inte kan godtas.

Konstaterande av överträdelsen

36 Sökandena har gjort gällande att det inte visats att någon överträdelse av artikel 86 i fördraget har ägt rum och har härför åberopat två grunder. Den första gäller missbruket av dominerande ställning – att det föreligger en sådan ställning bestrids emellertid inte – och den andra inverkan på handeln mellan medlemsstaterna.

I — *Missbruk av dominerande ställning*

37 Den första grunden, dvs. att det inte visats att något missbruk av dominerande ställning förelegat, består av tre delar. För det första berörs ensamleve-

rantörsavtal och säljfrämjande bidrag, för det andra de prioriterade gipsleveranserna och för det tredje de särskilda åtgärder som vidtogs i Irland och Nordirland.

A — Ensamleverantörsavtal och säljfrämjande bidrag

— Den angripna rättsakten

38 Enligt artikel 1 i beslutet bröt BG mellan juli 1985 och augusti 1986 mot artikel 86 i EEG-fördraget genom att missbruka sin dominerande ställning vad gäller leverans av gipsskivor i Storbritannien med hjälp av ett system med betalningar till byggmaterialgrossister som accepterade att uteslutande köpa gipsskivor från BG.

39 Av beslutet framgår (punkterna 58, 60–64, 68–69) att BG från och med januari till och med juni 1985 inrättade ett system med regelbundna betalningar till grossister som var beredda att enbart handla hos BG. Betalningarna skulle ske i form av regelbundna bidrag från BG till grossisternas utgifter för annonser och reklam. Den närmare utformningen skulle förhandlas på högsta nivå och arrangemangen skulle inte offentliggöras. I utbyte mot dessa säljfrämjande bidrag skulle grossisterna åta sig att enbart handla hos BG. Den 2 juli 1985, eller eventuellt tidigare, beslöt BG att man skulle erbjuda en mycket stor kund att ansluta sig till systemet, eftersom denne var tvungen att ompröva sin inköpspolitik på grund av konkurrensen från andra grossister som sålde gipsskivor från Lafarge och Iberian. Månatliga utbetalningar i engelska pund gjordes från och med augusti 1985. Senare erbjöds andra grossister, som alla utom en handlade med eller hade handlat med gipsskivor från Lafarge eller Iberian, liknande avtal. Månatliga utbetalningar gjordes till dessa grossister. För betalningarna, som grundade sig på muntliga avtal eller brevväxlingar, ställdes vissa villkor bl.a. en skyldighet för mottagaren att endast köpa gipsskivor hos BG. Från och med september 1986 upphörde BG successivt med dessa betalningar sedan man infört ett system som främjade lagerhållning (Super Stockist Scheme).

40 I beslutet (punkterna 123, 124 och 127) slås fast att BG för att möta konkurrensen valde att belöna "lojala" kunder som täckte hela sitt behov av gipsskivor genom BG. Erbjudandet om säljfrämjande bidrag till vissa utvalda grossister snarare än ett generellt system baserat på objektiva kriterier gjorde

det möjligt att ytterligare stärka de nära affärsförbindelserna mellan BG och betalningsmottagarna och att som ett resultat av systemets utestängande karaktär stärka banden mellan BG och dessa kunder. Ensamrätt eller "lojalitet" var ett mål i sig, dvs. att hindra grossisterna i fråga från att köpa och sälja importerade gipsskivor.

41 Enligt beslutet (punkterna 128–129) var betalningarna från BG den direkta orsaken till grossisternas beslut att sluta handla med importerade gipsskivor. Avtalen om att endast handla hos BG innebar att grossisterna bands till BG för framtiden, och detta utgjorde ett missbruk av en dominerande ställning från BG:s sida.

— Parternas argument

42 Sökandena har gjort gällande att kommissionen felaktigt har dragit slutsatsen att BG införde ett system med betalningar till grossister, bl.a. i avsikt att dessa enbart skulle handla hos BG. De bestrider att leveransavtalen, som var i kraft mellan juli 1985 och augusti 1986, kan ha utgjort missbruk av en dominerande ställning. Som grund härför har de anfört ett flertal argument.

43 För det första anser de att det rörde sig om normala försäljningsavtal, som förhandlades särskilt med individuella kunder i enlighet med sedvanlig praxis bland leverantörer av byggnadsmaterial i Förenade kungariket, och att dessa utgjorde ett svar på grossisternas ökande efterfrågan. Systemet tillämpades i en situation där märkeslojaliteten var liten och innefattade ett erbjudande om regelbundna betalningar till grossisterna i form av bidrag till deras annons- och reklamkostnader, under förutsättning att dessa uppfyllde vissa villkor, bl.a. att de skulle lagerföra ett stort sortiment gipsskivor och vidta säljfrämjande åtgärder.

44 Enligt sökandena har kommissionen av de handlingar som anges i punkt 58 i beslutet felaktigt dragit slutsatsen att det huvudsakliga syftet med dessa betalningar skulle ha varit att försäkra sig om att vara ensam leverantör till dessa grossister och att därigenom stänga marknaden för utländsk konkurrens. Enligt sökandena rör dessa handlingar endast diskussioner om planer och möjliga strategier, vilka inte i sig själva kan utgöra en överträdelse av konkurrensreglerna. Hänvisningen till ensamrätten var endast ett svar till grossister som föreslog olika avtal om ensamleverans. Systemet var således ett svar till vissa av BG:s kunder och utformades för att belöna deras lojalitet. Det avsåg i första hand att upprätta nära förbindelser med trogna och

uppskattade kunder i en konkurrensutsatt miljö, som var under förändring på grund av dessa kunders ökande efterfrågan. Sökandena bestrider att ensamleverantörsavtal var ett nödvändigt villkor för att en grossist skulle kunna få säljstöd. De hänvisar till ett företag som fått sådant stöd samtidigt som det fortsatte att importera spanska gipsskivor. Enligt deras uppfattning framgår således klart av handlingarna i målet att inte alla de ursprungliga villkoren i systemet tillämpades.

45 Sökandena har därutöver anfört att BG inte gjorde skillnad mellan grossister som ingick avtal om säljfrämjande bidrag och sådana som inte gjorde det. De har gjort gällande att de grossister som handlade med Iberian aldrig upphörde att handla med BG och att systemet med säljfrämjande bidrag inte medförde att förbindelserna avbröts med grossister som inte accepterade dem. Det kan vara andra faktorer som medfört att grossister upphörde med att beställa importerade gipsskivor sedan de accepterat säljfrämjande bidrag, exempelvis leveranssvårigheter när det gällde importerade gipsskivor, kvalitetshänsyn samt det faktum att importerade gipsskivor endast fanns i ett begränsat antal storlekar och typer.

46 Sökandena bestrider den slutsats kommissionen kommit till i punkt 239 i beslutet, dvs. att grossisterna bundits till BG för framtiden. Dessa hade möjlighet att när som helst säga upp sina avtal med BG eller att avböja säljfrämjande bidrag och fortsätta att sälja importerade gipsskivor.

47 Sökandena har även anfört att BG i egenskap av huvudleverantör av gipsskivor på marknaden i Förenade kungariket hade ett ansvar för att distributionen av gipsskivor hölls på en jämn och pålitlig nivå. Den lojalitet från grossisternas sida som BG önskade skapa var nödvändig för att säkerställa kontinuitet och regelbundenhet i leveranserna till hela marknaden på fördelaktigast möjliga villkor. Detta skulle ha varit omöjligt om Iberian hade kunnat erbjuda BG:s största kunder de mest efterfrågade produkterna med en mindre rabatt och endast de minst lönsamma produkterna och försäljningsställena hade blivit kvar för BG. Sökandena anser att BG:s handlingssätt bidragit till att förbättra distributionen av gipsskivor i Förenade kungariket. De har även gjort gällande att leveranserna av spanska gipsskivor, vilka kännetecknades av låga priser och en begränsning till ett fåtal storlekar med hög efterfrågan samt oregelbundna leveranser innebar ett hot mot försäljningen för hela gipsskivemarknaden i Förenade kungariket.

48 Med hänvisning till domstolens dom av den 13 februari 1979 i mål 85/76, Hoffmann-La Roche mot kommissionen, Rec. 1979 s 461, har sökandena gjort gällande att de säljfrämjande avtal som ingicks med grossisterna uppfyller kraven för undantag enligt artikel 85.3 i EEG-fördraget. Att det inte gjorts någon anmälan utgör inte hinder för undantag eftersom, såsom angavs i domstolens dom av den 18 mars 1970 i mål 43/69 Bilger, Rec. 1970 s. 127, ett avtal mellan en producent och en distributör med säte i samma medlemsstat, enligt vilket den senare åtar sig att uteslutande göra sina inköp från den förre inte behöver anmälas. Enligt sökandena har kommissionen felbedömt frågan genom att förklara att det inte finns något utrymme för undantag.

49 Som svar på kommissionens argument att grossister hindrats bygga upp tillräckliga lager av konkurrerande produkter har sökandena anfört att argumentet endast vore korrekt om BG krävt att grossisterna skulle hålla ett onormalt brett sortiment av gipsskivor och därigenom minska tillgängligt lagerutrymme för de mest efterfrågade storlekarna, som var de enda som importerades. Så var emellertid inte fallet.

50 Sökandena har gjort gällande att kommissionens påstående att en ensamrätt uppstår så snart ett företag accepterar att avstå från att handla med tredje part om så bara för en begränsad del av sina behov, syftar till att ändra grunden för beslutet. De anser att en så vid tolkning av ensamrättsbegreppet saknar stöd i lag eller praxis. Enligt sökandena är det normalt handelsbruk att skapa långsiktiga affärsförbindelser med vissa leverantörer och det ligger i konkurrensens natur att ett avtal som sluts med en leverantör utestänger en annan leverantör från att uppnå samma avtal. Ensamrätt, vare sig formellt avtalad eller ej, betyder enligt deras uppfattning att en grossist måste göra alla eller större delen av sina inköp från en bestämd leverantör. Det är därför felaktigt att som kommissionen hävda att ansträngningarna att uppmuntra lojalitet eller nära förbindelser med grossisterna i praktiken skulle resultera i ett avtal mellan BG och dess kunder om att dessa skulle köpa en viss del av de varor de behövde från BG.

51 Sökanden har även framhållit att den omständigheten att BG inte diskriminerade kunder som köpte importerade gipsskivor visar att systemet inte syftade till att binda grossisterna. De säljfrämjande bidragen hade inget samband med rabattsystemet. Då de avsåg att belöna grossister för deras säljansträngningar kan bidragen inte anses motsvara förmånligare villkor för dessa kunder.

52 Sökandena har slutligen anfört att det enligt deras uppfattning är felaktigt att hävda att de säljfrämjande bidragen var en reaktion på importhotet eller att det syftade till att förmå Iberian att avhålla sig från att importera eller att försvaga Iberian. Systemet riktade sig inte mot importerade gipsskivor som sådana utan avsåg att stärka gipsprodukternas ställning på marknaden i förhållande till andra produkter, eftersom märkeslojaliteten var svag. Eftersom de säljfrämjande bidragen dessutom förutsatte att grossisterna köpte gipsskivor endast från BG hade det ingen större betydelse att det gavs anvisningar, efter det att bidragen hade betalats ut, om att inga ytterligare beställningar skulle läggas på importerade gipsskivor.

53 Kommissionen har å sin sida inledningsvis anfört att vad den i sitt beslut beskrivit som missbruk av dominerande ställning är BG:s försök att som ett företag i dominerande ställning försäkra sig om grossisternas lojalitet för att hindra leverans av vissa konkurrerande varor. Enligt kommissionen har det knappast någon större betydelse att det är sedvanlig praxis att betala ut säljfrämjande bidrag. Även sedvanlig praxis kan innebära missbruk om den tillämpas av ett företag i ledande ställning.

54 Vad gäller syftet med systemet anser kommissionen att ett avtal som syftar till att reservera en viss kvantitet av utbudet eller efterfrågan för en eller flera parter begränsar konkurrensen oberoende av hur stor del av köparens eller säljarens totala behov som täcks av avtalet. Den inskränkande verkan av ett avtal om ensamrätt ligger inte i att företagets efterfrågan eventuellt fullständigt upphör utan i att det avsäger sig sitt fria val av avtalsparter vad avser de kvantiteter som reserverats enligt lojalitetsavtalet, oberoende av om dessa kvantiteter utgör 80, 60 eller till och med 30 % av köparens behov. Kommissionen erinrar härvid om att BG sökte upprätta en förbindelse med sina kunder som innefattade att importerade gipsskivor skulle utestängas och att denna, om än relativa, lojalitet som var ett villkor för att få bidragen motsvarade ett ensamleverantörsavtal. Enligt kommissionen är det oväsentligt om avtalet om säljstöd kan ha tjänat andra ändamål än att enbart uppnå ensamrätt eller lojalitet. Det saknas även anledning att ställa sig frågan om detta var det huvudsakliga syftet eller inte, eftersom det är tillräckligt för att konstatera förekomsten av missbruk att ensamrätten är ett av syftena med avtalen. Under det muntliga förfarandet underströk kommissionen att idén med lojalitetsbetalningar först framfördes i en intern promemoria den 16 januari 1985. I promemorian – och även i en senare promemoria från den 1 maj 1985 – angavs som första villkor för att få dessa bidrag att uteslutande handla från BG. Enligt protokollet från det möte där importfrågan hade

diskuterats och idén fördes fram hade ordföranden endast svarat "Look into ways of getting exclusivity" ("Försök att få ensamrätt").

55 Beträffande frågan om BG behandlade sina kunder olika beroende på om de hade skrivit under avtal om säljfrämjande bidrag eller ej, har kommissionen anfört att detta saknar betydelse eftersom det i beslutet inte görs gällande att BG gjort sig skyldigt till missbruk genom att behandla sina kunder olika.

56 Beträffande de framtida effekterna av de säljfrämjande bidragen har kommissionen anfört att avtalen belönade tidigare lojalitet och att grossisterna måste göra sig förtjänta av de erbjudna bidragen. Möjligheten att när som helst säga upp ett lojalitetsavtal undanröjer inte dettas karaktär av missbruk. Kommissionen anser även att sökandenas påstående att det var grossisterna som begärde lojalitetsbidrag motsägs av utredningen i målet som visar att BG diskuterade och planerade ett bidragssystem som skulle erbjudas på vissa villkor, varav ett var ensamrätt. Enligt kommissionen gör ett företag i dominerande ställning sig skyldigt till försök att utestänga en konkurrent, inte bara när det självt tar initiativet till ensamleverantörsavtal utan även när det accepterar att ingå sådana avtal på begäran av sina kunder.

57 Vad gäller åberopandet av undantag enligt artikel 85.3 i EEG-fördraget har kommissionen anfört att beslutet inte grundas på artikel 85 utan på artikel 86 i fördraget. Under alla förhållanden var förutsättningarna för att bevilja undantag enligt kommissionens uppfattning inte uppfyllda – och sökandena har för övrigt aldrig begärt något sådant undantag.

58 Enligt kommissionen kunde Iberians handlande, oberoende av under vilka förhållanden detta företag introducerade gipsskivor på marknaden, inte berättiga BG att genom ensamleverantörsavtal utse sig självt till garant för tillgången på gipsskivor, som påstås ha hotats av Iberians marknadsstrategi.

59 Kommissionen har avvisat sökandenas påstående att systemet med säljfrämjande bidrag avsåg att stärka marknaden för gipsprodukter, inte för BG:s produkter. Den betvivlar för det första med stöd av Clarks vittnesmål som bifogats anmälan, att märkeslojaliteten beträffande gipsprodukter skulle vara så begränsad som sökandena påstått. För det andra anser kommissionen att det är omöjligt att särskilja de två syftena med ett system som avser att säkerställa kundernas lojalitet, dvs. önskan att försäkra sig om en ställning som ensamleverantör till dessa samt önskan att hindra import av gipsskivor. Lojalitet resulterar i utestängning oberoende av de underliggande syftena eller motiven.

60 Den spanska regeringen anser, bl.a. med hänvisning till punkt 59 i beslutet, att BG:s interna handlingar, som kommissionen hade tillgång till, visar att BG:s avsikt var att binda sina kunder till sig genom att betala dem som motprestation för att få ställningen som deras ensamleverantör och på så vis återvinna en del av den marknad som företaget hade förlorat till importörer. Även utan sådan bevisning framgår detta syfte av de omständigheter under vilka BG:s system utvecklades. Den spanska regeringen har härvid anfört att lojalitetsbidrag uttryckligen är förbjudna enligt artikel 86 c i EEG-fördraget, vilket domstolen betonade i sin ovan nämnda dom i mål 87/76 Hoffmann-La Roche.

61 Intervenienten Iberian har för sin del anfört att lojalitetsbidrag från en dominerande leverantör till kunderna fungerar utestängande och att företaget erfarit detta i och med att man upptäckte att man hindrades från att upprätta förbindelser med nya kunder. Vid det muntliga förfarandet förklarade företaget även att BG:s åtgärder föranlett att man upphört med all försäljning av gipsskivor i Förenade kungariket och Irland.

— Förstainstansrättens bedömning

Bevissituationen

62 Av utredningen i målet framgår - bl.a. av den ovan nämnda promemorian av den 16 januari 1985, som ingivits av sökandena själva och bifogats som bilaga 13 till ansökan, samt av protokollet från BG:s Senior Management Committee (ledningsgrupp), som ingivits av sökandena och bifogats som bilaga 14 till ansökan och som det hänvisas till i punkt 58 i beslutet - att det i början av 1985 diskuterades inom BG vilka strategier som borde väljas för att möta konkurrensen från importerade gipsskivor från Frankrike och Spanien. Vid mötet i Senior Management Committee uppmanade verkställande direktören marknadsdirektören "to give adequate consideration in formulating the market strategy of how to reward loyalty to those merchants who remained exclusively with" BG ("att vid utarbetandet av marknadsstrategin ta vederbörlig hänsyn till hur de grossister kan belönas för sin lojalitet som fortsätter att handla enbart hos" BG). Samtidigt ansåg marknadsdirektören att det var lämpligt att stödja grossister som var beredda att samarbeta med BG, vilket framgår av ovannämnda promemoria, där det heter: "The merchant should buy his plasterboard, and accessories if appropriate, from us ex-

clusively" ("grossisterna borde köpa sina gipsskivor och eventuella tillbehör uteslutande från oss"). I en promemoria från den 1 maj 1985, som ingivits av sökandena och bifogats som bilaga 15 till ansökan, och som det hänvisas till i punkt 59 i beslutet, redogjorde BG:s marknadsdirektör, med hänvisning till diskussionerna i Executive Meeting (sammanträdet i företagsledningen) för de villkor som gruppen önskade träffa överenskommelse om. Det första villkoret var ställning som ensamleverantör dvs. grossisten skulle åta sig att köpa alla sina gipsskivor och därmed sammanhängande varor uteslutande från BG. Enligt promemorian skulle en sådan åtgärd hindra att man förlorade kunder och på samma gång göra det möjligt att återvinna marknadsandelar som BG förlorat till sina konkurrenter.

63 Även om BG har betonat att de handlingar till vilka det hänvisas i punkt 58 i beslutet endast var diskussionsunderlag för möjliga planer och strategier framgår det av handlingarna i målet – vilket BG inte uttryckligen bestritt – att man från och med juli 1985 genomförde den marknadsstrategi som beslutats under de föregående månaderna och att man slöt individuella muntliga eller skriftliga avtal med framför allt grossister som handlade med eller hade handlat med gipsskivor från Lafarge eller Iberian. Som framgår bl.a. av punkt 68 i beslutet – vars riktighet inte har bestritts, och där det anges att BG under förfarandet inför kommissionen gav in kopior av skrivelser med erbjudanden och accepter av månatliga betalningar samt av en tidigare nämnd skrivelse från en grossist av den 23 december 1985, som ingivits som bilaga A till dupliken, i vilket grossisten underrättar BG om att han accepterar säljfrämjande bidrag på 500 brittiska pund per månad som motprestation för åtagandet att enbart handla från BG – åtog sig dessa grossister bl.a. att köpa gipsskivor enbart från BG medan BG åtog sig att betala dem regelbundna säljfrämjande bidrag. Från och med september 1996 upphörde BG gradvis med dessa bidrag i samband med att man införde lagerhållningssystemet (Super Stockist Scheme).

64 Det är mot bakgrund av dessa faktiska omständigheter som det skall bedömas om de ifrågavarande avtalen utgjorde missbruk av BG:s dominerande ställning.

Ensamleverantörsavtalens karaktär av missbruk

65 Förstainstansrätten finner inledningsvis att sökandena med rätta gjort gällande att säljfrämjande betalningar till köpare är sedvanlig praxis och utgör en del

av det affärsmässiga samarbetet mellan en leverantör och dennes distributörer. På en normal konkurrensutsatt marknad ingås sådana avtal i båda parters intresse. Leverantören söker härigenom trygga sin försäljning genom att försäkra sig om en stadig efterfrågan, medan distributören för sin del får leveranstrygghet och därmed sammanhängande affärsmässiga förmåner.

66 Det är inte ovanligt att ett affärsmässigt samarbete av detta slag som motprestation innefattar att den som tar emot betalningen eller förmånerna åtar sig att endast handla hos den leverantören. Sådana åtaganden kan i princip inte förbjudas. Som förstainstansrätten uttalade i sin dom av den 2 juli 1992 i mål T-61/89 Dansk Pelsdyreavlerforening mot kommissionen, Rec. 1992 s. II-1931, beror bedömningen av hur sådana åtaganden påverkar marknadens funktion på hur denna marknad ser ut. Som domstolen fann i sin dom av den 28 februari 1991 i mål C-234/89, Delimitis mot Henninger Bräu, Rec. 1991 s. I-935 är det i princip nödvändigt att undersöka sådana åtagandens inverkan på marknaden i deras specifika sammanhang.

67 Dessa överväganden, som gäller för en normal konkurrensutsatt marknadssituation, kan dock inte utan vidare godtas för en marknad där konkurrensen redan är begränsad just på grund av en av de ekonomiska aktörernas dominerande ställning. Ett företag som har en dominerande ställning har ett särskilt ansvar att inte genom sitt beteende skada en effektiv och icke snedvriden konkurrens inom den gemensamma marknaden (domstolens dom av den 9 november 1983 i mål 322/81 Michelin mot kommissionen, Rec. 1983 s. 3461, punkt 57).

68 Vad gäller den omtvistade förpliktelsens karaktär finner förstainstansrätten, i likhet med vad domstolen tidigare slagit fast, att ett företag som har en dominerande ställning på en marknad missbrukar sin dominerande ställning i den mening som avses i artikel 86 i EEG-fördraget om det binder köpare till sig – även om det sker på köparnas begäran – genom en skyldighet eller ett löfte att dessa skall göra alla eller de flesta av sina inköp uteslutande hos detta företag och oavsett om förpliktelsen gäller utan vidare eller motsvaras av en rabatt (domstolens ovan citerade dom i mål 85/76 Hoffmann-La Roche, punkt 89; domstolens dom av den 3 juli 1991 i mål C-62/86 Akzo mot kommissionen, Rec. 1991 s. I-3359, punkt 149). Denna slutsats stöds av den omständigheten att i de fall en ekonomisk aktör, som i förevarande fall, har en stark ställning på marknaden, innebär ensamleverantörsavtal för en betydande del av inköpen ett oacceptabelt hinder för tillträde till marknaden. Även om det skulle visas att de säljfrämjande betalningarna utgjorde ett svar på krav från grossisterna och dessas ökande efterfrågan kan detta inte under

några förhållanden rättfärdiga att det tas in en klausul om ensamrätt i de aktuella leveransavtalen. Sökandena kan följaktligen inte göra gällande att kommissionen inte visat att ifrågavarande åtgärder utgör ett missbruk och det saknas därför anledning att ta ställning till diskussionen mellan parterna rörande begreppet ensamrätt när det gäller leveranser, eftersom det under alla förhållanden framgår av utredningen i målet att det omtvistade avtalsvillkoret gällde för alla eller praktiskt taget alla inköp som kunderna gjorde.

69 Samtidigt som förekomsten av en dominerande ställning inte kan frånta ett företag som befinner sig i en sådan ställning rätten att tillvarata sina egna affärsintressen när dessa hotas, och företaget i rimlig omfattning måste få möjlighet att vidta de åtgärder som det anser vara lämpliga för att skydda sina affärsintressen, kan ett sådant beteende dock inte tillåtas när det just har till syfte att förstärka och missbruka denna dominerande ställning (se domstolens dom av den 14 februari 1978 i mål 27/76 United Brands mot kommissionen, Rec. 1978 s. 207). Varken argumentet att BG hade en skyldighet att garantera fortlöpande och regelbundna leveranser eller åberopandet av Iberians affärsmetoder kan godtas (se förstainstansrättens dom av den 12 december 1991 i mål T-30/89 Hilti mot kommissionen, Rec. 1991 s. II-1439, punkt 118, och domstolens dom av den 11 november 1986 i mål 226/84 British Leyland mot kommissionen, Rec. 1986 s. 3263).

70 Förstainstansrätten finner dessutom att missbruksbegreppet är ett objektivt begrepp (se punkt 91 i domstolens dom i ovan nämnda mål 85/76 Hoffmann-La Roche) och att ett företag som har en dominerande ställning således kan anses missbruka denna i den mening som avses i artikel 86 i EEG-fördraget utan att det föreligger något uppsåt. Vad sökandena anfört om att BG aldrig haft för avsikt att avskräcka eller försvaga Iberian saknar följaktligen betydelse för den rättsliga bedömningen av sakomständigheterna.

71 Även om man antar att ett av syftena med systemet skulle kunnat vara att stärka marknaden för gipsprodukter i allmänhet, som sökandena hävdat, måste emellertid konstateras att detta leder till utbetalningar som är helt beroende av lojalitet uteslutande mot BG och vilka således har missbrukskaraktär, oberoende av hur man bedömer påståendet om bristande märkeslojalitet.

72 Inte heller kan de ensamleverantörsavtal som sökandena upprättade rättfärdigas genom hänvisningen till konkurrenternas leveranssvårigheter, eftersom sökandena inte med fog kan hävda att deras kunder inte hade möjlighet att i sin marknadsstrategi ta hänsyn till dessa svårigheter.

73 Argumentet att grossisterna när som helst kunde säga upp sina avtal med BG saknar betydelse eftersom rätten att säga upp ett avtal inte på något sätt hindrar dess faktiska tillämpning fram till dess att uppsägningsrätten utnyttjas. Härvid skall påpekas att ett företag med en dominerande ställning är tillräckligt starkt för att inte enbart tvinga sina kunder att ingå sådana avtal utan också att vidmakthålla dem, vilket leder till att rätten att säga upp avtalet blir illusorisk.

74 Vad gäller argumentet att BG inte behandlade sina grossister olika kan endast konstateras att detta inte läggs sökandena till last i beslutet, varför argumentet saknar betydelse.

75 Vad slutligen gäller argumentet rörande tillämpningen av artikel 85.3 i EEG-fördraget konstaterar förstainstansrätten att beslutet för det första inte gäller tillämpningen av artikel 85.3 i EEG-fördraget utan artikel 86 och att, för det andra, ett undantag enligt artikel 85.3 i fördraget i vilket fall som helst inte hindrar tillämpningen av artikel 86 i fördraget (förstainstansrättens dom av den 10 juli 1990 i mål T-51/89, Tetra Pak mot kommissionen, Rec. 1990 s. II-309).

76 Av vad som angetts ovan följer att sökandena inte kan göra gällande att kommissionen felaktigt drog slutsatsen att systemet med betalningar till grossisterna, vilket bl.a. syftade till att garantera ställningen som ensamleverantör, utgör missbruk av dominerande ställning i den mening som avses i artikel 86 i EEG-fördraget.

77 Den första grunden för talan, som rör missbruk av dominerande ställning, kan därför inte godtas.

B — Prioriterade gipsleveranser

— Den angripna rättsakten

78 Enligt beslutets artikel 2 bröt BG i juli och augusti 1985 mot "artikel 86 i EEG-fördraget genom att under perioder av utsträckt leveranstid för byggnadsgips tillämpa en strategi som prioriterade gipsbeställningar från kunder som inte handlade med importerade gipsskivor, vilket utgjorde missbruk av företagets dominerande ställning på gipsskivemarknaden i Storbritannien."

79 Av punkterna 81–85 och 141–147 i beslutet framgår att BG i juli 1985 utarbetade och tillämpade ett system med prioriterade gipsleveranser till sina "lojala" kunder, dvs. kunder som inte handlade med importerade gipsskivor. I en BG-promemoria av den 29 juli 1985, som ingår som bilaga 20 i ansökan och delvis återges i punkt 81 i beslutet, anges följande:

"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". ("För att försöka hålla situationen under kontroll och även skapa möjligheter att hjälpa lojala grossister som inte regelbundet köpt och lagerfört importerade gipsskivor har vi sett till att vi kan effektuera ett mindre antal prioriterade beställningar. Prioriterade leveranser kommer huvudsakligen att gå ut över grossister som lagerför importerat material och försäljningsavdelningen har försetts med en förteckning över kunder som vi vet håller lager av och handlar med antingen franska eller spanska gipsskivor".)

80 Enligt beslutet hade denna åtgärd till syfte och verkan att få bort de av BG:s konkurrenter som handlade med importerade gipsskivor från marknaden.

81 Kommissionen anser enligt beslutet att denna åtgärd, som vissa "icke-lojala" kunder informerades om enskilt av BG och som beskrevs i ett pressmeddelande från en företrädare för BG, utgjorde missbruk av dominerande ställning, eftersom de grossister som kunde få prioriterade leveranser utvaldes efter kriterier som inte var objektiva utan hade utformats för att belöna grossister som enbart sålde BG:s gipsskivor.

— Parternas argument

82 Sökandena har bestritt kommissionens uppfattning att BG missbrukat sin dominerande ställning genom att systematiskt prioritera beställningar av gips från kunder som inte lagerförde importerade gipsskivor. De anser att kommissionen inte visat att BG hade en dominerande ställning på gipsmarknaden. Den kan följaktligen inte göra gällande att BG använt sig av gipsmarknaden för att missbruka sin dominerande ställning på gipsskivemarknaden.

83 Enligt sökandena har kommissionen inte visat att BG införde ett system med prioriterade leveranser eller att de grossister som handlade med importerade gipsskivor till följd av dessa importer någonsin råkat ut för försenade leveranser från BG. Sökandena har dessutom bestritt att de, när de tillfälligt prioriterade sina lojala kunder, på något sätt gjorde sig skyldiga till missbruk. De har likaså gjort gällande att det är ett felaktigt konstaterande när det i punkt 81 i beslutet anges att "en beställning från en grossist som stod upptagen på förteckningen skulle senareläggas om det blev nödvändigt för att effektuera en prioriterad beställning".

84 Sökandena har förklarat att man i juli 1985 inte kunde nå målet med leverans inom tre dagar och därför angavs en leveranstid på fyra dagar till alla kunder, även sådana som eventuellt köpt gipsskivor med ursprung i Spanien. Enligt sökandena hade personalen fått order om att för det fall två grossister, varav den ena köpte spanska gipsskivor och den andra gipsskivor från BG, både begärde prioriterad leverans och produktionen endast räckte till för en beställning, så skulle man välja den kund som hade de mest utvecklade affärsförbindelserna med BG.

85 Enligt BG låg i detta ingen bestämd avsikt att påskynda leveranser till lojala grossister. I praktiken kunde man under den aktuella perioden uppfylla kundernas vanliga önskemål. Ingen kund, vare sig han köpte gipsskivor uteslutande från BG eller inte, utsattes för onödig eller ogrundad försening. Enligt sökandena är inte prioriterade leveranser av gips inom högst en dag någon större fördel, inte ens när tillgången är begränsad. Kommissionens krav på likabehandling av kunderna är orealistiskt när tillgången är begränsad. I en sådan situation måste prioriteringar göras.

86 Vid förhandlingen har sökandena redogjort för omständigheterna kring den försenade leveransen av en brådskande gipsbeställning från en kund som tidigare inte varit "lojal" mot BG. De framhöll att de beställda varorna hade levererats med endast en dags försening. Enligt sökandena var fördelen för "lojala" kunderna hypotetisk och av mycket begränsad betydelse.

87 Kommissionen har gjort gällande att det konstaterade missbruket, i motsats till vad sökandena hävdat, inte har något samband med sökandenas ställning på gipsmarknaden. Kommissionen har för övrigt aldrig hävdat att BG var dominerande på den marknaden. Prioriterade gipsleveranser var endast en av de fördelar som BG gav sina kunder för att försäkra sig om ställningen som ensamleverantör av gipsskivor.

88 Kommissionen har vidgått att den extra försening som icke lojala grossister råkat ut för inte överstigit en dag. Detta var för övrigt anledningen till att några böter inte fastställdes för detta missbruk. Kommissionen anser emellertid att BG, som är ett företag med en dominerande ställning, har gjort sig skyldigt till missbruk genom att söka försäkra sig om grossisternas lojalitet. Enligt dess uppfattning låg garantin för denna lojalitet i de prioriterade leveranserna, något som är värdefullt i tider av begränsad tillgång. Ett företag med dominerande ställning bör ha som grundläggande regel att behandla kunderna lika och lojaliteten kan inte motivera att denna regel inte följs. Detta skulle uppenbart innebära att man tillämpade olika villkor för likvärdiga transaktioner.

89 Kommissionen anser att BG har använt sin ekonomiskt starka ställning för att erbjuda sina lojala kunder fördelaktigare villkor och på så vis utestänga en konkurrent. Enligt svaranden kan sådana fördelaktigare villkor bestå av rabatter, men också av erbjudanden, direkt eller indirekt, av andra förmåner i syfte att försäkra sig om ställningen som ensamleverantör av gipsskivor. Att erbjuda prioriterade gipsleveranser var en sådan förmån.

90 Enligt den spanska regeringen är det svårt att förstå sökandenas påstående att kommissionen inte visat att BG hade en dominerande ställning på gipsmarknaden. Det framgår nämligen av beslutet att såväl BG:s dominerande ställning som missbruket av denna ställning avsåg gipsskivemarknaden. Den omständigheten att det är sedvanlig praxis att ge företräde åt fasta kunder under perioder av begränsad tillgång innebär dessutom inte att detta inte kan utgöra missbruk när det, som i förevarande fall, avser att förstärka verkan av andra åtgärder som företagits i ett visst syfte, nämligen att hindra import.

91 Iberian har hävdat att ett system med prioriterade leveranser till sin natur är utestängande. Företaget har framhållit att både det ekonomiska och psykologiska inflytande som ett företag med dominerande ställning utövar tenderar att göra varje överträdelse av konkurrensreglerna ytterst skadlig för företag som tar upp konkurrensen med ett sådant företag. Även om leveransförseningarna aldrig översteg en dag och den begränsade tillgången inte höll i sig, minskade detta inte de utestängande effekterna av sökandenas handlande.

— Förstainstansrättens bedömning

92 Förstainstansrätten konstaterar inledningsvis att analysen av den relevanta marknaden, definierad genom hänvisning till produkterna, återges i punkter-

na 13–20 och 106–109 i beslutet. Enligt punkt 106 "gäller detta fall BPB:s affärsbeteende i egenskap av leverantör av gipsskivor, och dess verkan på konkurrensen och handeln på gipsskivemarknaden, särskilt i förhållanden till konkurrerande leverantörer av gipsskivor. Gipsskivor skall således a priori anses vara den relevanta produkten." Kommissionen har följaktligen rätt när den gör gällande att frågan om BG har en dominerande ställning på gipsmarknaden inte är relevant för målets avgörande.

93 Förstainstansrätten finner att förutsättningen för att de åtgärder som vidtas på gipsmarknaden skall kunna ha som syfte eller resultat att påverka konkurrensen på gipsskivemarknaden för det första är att andra näringsidkare än BG, och särskilt distributörer som träffas av dessa åtgärder, är verksamma på båda marknaderna – vilket inte bestritts – och för det andra att gipsmarknadens funktion uppvisar vissa särdrag. I det avseendet anges i beslutet, i punkterna 143 och 146, att de omtvistade åtgärderna är så mycket mera verkningsfulla som köparnas möjligheter att hitta en annan leverantör på gipsmarknaden är små på grund av produktens tekniska egenskaper, vilket påtagligt begränsar möjligheten att ersätta och att byta leverantör och ställer köparna på gipsmarknaden i en beroendeställning i förhållande till sin leverantör. Det påstådda felet i punkt 81 i beslutet kan för övrigt inte, även om det fastställdes, ha haft någon betydelse för kommissionens resonemang. Grossisterna kunde således inte på likvärdiga villkor undvika de leveranstider för gips som deras leverantör BG bestämde för dem. Följaktligen hade den vidtagna åtgärden, i den mån den bestraffade sådana gipsköpare som inte var "lojala" mot företaget på gipsskivemarknaden, helt klart till syfte att påverka den marknadens funktion.

94 Beträffande frågan om de ifrågavarande åtgärderna utgör missbruk konstaterar förstainstansrätten att det visserligen, som sökandena hävdat, är tillåtet för ett företag med en dominerande ställning, och även normalt handelsbruk, att under perioder med begränsad tillgång fastställa kriterier för prioritering av beställningar, men dessa kriterier måste vara objektiva och får inte på något sätt vara diskriminerande. De måste vara objektivt sett motiverade och beakta reglerna om lojal konkurrens mellan näringsidkare. Artikel 86 i fördraget förbjuder ett dominerande företag att stärka sin ställning genom att använda sig av andra medel än de som hör till en konkurrens genom prestationer (domstolens ovan nämnda dom av den 3 juli 1991 i mål C-62/86, AKZO mot kommissionen, punkterna 69 och 70). De kriterier BG valt i förevarande fall uppfyller inte detta krav, eftersom de grundades på en åtskillnad mellan å ena sidan kunder som handlade med gipsskivor som importerats och tillverkats av vissa av BG:s konkurrenter och å andra sidan

"lojala" kunder som gjorde sina inköp hos BG. Ett sådant kriterium, enligt vilket leverans av likvärdiga prestationer sker på olika villkor är i sig självt konkurrensbegränsande genom sitt diskriminerande syfte och den utestängande verkan som kan följa av det. Denna slutsats påverkas inte av det faktum att den period under sommaren 1985 då missbruket ägde rum var begränsad, eller av påståendet att den försening som drabbade vissa kunder jämfört med de "lojala" kunderna inte kunde överstiga en dag. Kommissionen tog för övrigt hänsyn till dessa omständigheter, och fastställde inga böter för BG på denna punkt.

95 Förstainstansrätten noterar dessutom att på en marknad där konkurrensstrukturen redan har försvagats genom ett dominerande företags beteende riskerar varje extra begränsning av konkurrensstrukturen att innebära missbruk av den därigenom förvärvade dominerande ställningen (domstolens ovan nämnda dom av den 13 februari 1979 i mål 85/76, Hoffmann-La Roche).

96 Härav följer att BG:s försök att utestänga sina konkurrenter genom att prioritera beställningar av gips från kunder som inte handlade med importerade gipsskivor, en åtgärd som inte rimligen kan förnekas, utgör missbruk enligt artikel 86 i fördraget av dess dominerande ställning på marknaden för leverans av gipsskivor, vilket särskilt framgår av de icke ifrågasatta punkterna 84 och 145 i beslutet.

97 Av det som angetts ovan följer att den andra delen av grunden för talan varigenom sökandena bestrider att de missbrukat sin dominerande ställning skall ogillas i den form den åberopas.

98 Emellertid finner domstolen, som har en skyldighet att ex officio ta upp tillräckligt uppenbara fall av åsidosättande av kommissionens åligganden enligt artikel 190 i fördraget (förstainstansrättens ovannämnda dom av den 2 juli 1992 i mål T-61/89, Dansk Pelsdyravlerforening mot kommissionen) att det visserligen i artikel 2 i beslutet hänvisas till ett system som tillämpades i juli och augusti 1985 men att det är ostridigt att det i motiveringen till beslutet (punkt 141 och särskilt punkt 169), där kommissionen redogör för anledningen till att den att inte fastställt några böter för den delen av överträdelsen, endast hänvisas till åtgärder som genomfördes i augusti 1985. Eftersom det emellertid är obestritt att dessa åtgärder endast gällde en kort tid borde kommissionen desto tydligare ha angivit den tidsperiod under vilken de kunde ha snedvridit konkurrensen på den aktuella marknaden. Kommissionen har dessutom som svar på förstainstansrättens frågor förklarat att artikel 2 i beslutet inte stred mot punkt 169 i dess motivering och uttryckligen vidgått

att beslutet gällde åtgärder som "planlades" i juli 1985. En överträdelse av artikel 86 kan emellertid endast beivras om den har vederbörligen konstaterats. Beslutet är därför på denna punkt behäftat med en bristande motivering och dessutom av felaktig rättstillämpning, varför förstainstansrätten finner att artikel 2 i beslutet skall ogiltigförklaras, dock endast till den del den avser de åtgärder som genomfördes under juli 1985.

C — Metoder som användes i Irland och Nordirland

— Den angripna rättsakten

99 I artikel 3 i beslutet anger kommissionen att BPB via sitt dotterbolag BG missbrukat sin dominerande ställning på gipsskivemarknaden i Irland och Nordirland genom att i juni och juli 1985 utöva påtryckningar på ett konsortium av importörer och därigenom förmå dessa att avstå från import av gipsskivor till Nordirland, och genom att under perioden juni–december 1985 ge rabatter till byggmaterialgrossister i Nordirland på villkor att dessa inte handlade med importerade gipsskivor.

100 Enligt beslutet (punkterna 4 och 86) är BPB genom sitt dotterbolag GIL den enda tillverkaren av gipsskivor på den irländska ön. Enligt företagets egen uppskattning är dess marknadsandel 93 % i Irland och 90 % i Nordirland. I Nordirland säljer BG gipsskivor som importeras från Irland, där de tillverkas av GIL.

101 De åtgärder som genomfördes i Irland och Nordirland beskrivs i punkterna 86–103 i beslutet och bedöms med avseende på artikel 86 i fördraget i punkterna 148–152.

102 I beslutet (punkt 88) hänvisas till en intern BG-rapport om import till Nordirland, enligt vilken några grossister bad BG om hjälp att skydda dem mot import. Enligt rapporten var de åtgärder BG vidtog som svar på deras begäran framgångsrika och fick till följd att den aktuella importörens förbindelser med handlarna blockerades.

103 I punkterna 91 och 92 i beslutet hänvisas även till en BG-promemoria av den 14 juni 1985 enligt vilken ett konsortium av de största grossisterna i Nordirland hade bildat en agentur för import av gipsskivor från Spanien. BG

meddelade dessa grossister att det ansåg den nordirländska marknaden som sin egen och avsåg att behålla största möjliga del av den. Av promemorian framgick det att grossister som importerade gipsskivor inte skulle få någon form av rabatt, samtidigt som BG erbjöd övriga grossister i Nordirland en rabatt på gips och ytterligare rabatt på BG:s gipsskivor av samma storlek som dem som importerades. Sådana rabatter förutsatte att BG utsågs till ensamleverantör. Lojala grossister skulle dessutom få sina leveranser prioriterade om det uppstod leveranssvårigheter. Den 17 juni 1985 meddelade BG skriftligen grossisterna i Nordirland dessa åtgärder.

104 Enligt beslutet (punkt 94) föreslogs i ett internt meddelande inför ett möte med importörerna den 2 juli 1985 på BG:s huvudkontor åtgärder som skulle genomföras om dessa var beredda att komma överens med BG om att upphöra med importen. Vid det mötet – som följdes av ett annat den 15 juli 1985 i Belfast (punkt 95) – utövade BG påtryckningar på importörerna för att få dem att förbinda sig att inte importera gipsskivor.

105 I beslutet anges (punkt 97) att det av en anteckning till dagordningen för sammanträdet i BPB:s företagsledning i juli 1985 framgår att en grupp grossister hade importerat gipsskivor via Belfast och att BG reagerat genom att ge rabatter till lojala kunder. Enligt anteckningen hade denna åtgärd "resulterat i att man fått gruppen av grossister till förhandlingsbordet och det verkar nu som om de är beredda att upphöra med importen efter våra överläggningar".

106 I punkt 98 i beslutet anges att BG den 7 augusti 1985 bekräftade att man gav kvantitetsrabatter till de grossister i Nordirland som hade uppnått en viss årlig omsättning av BG-produkter, på villkor att de medverkade till att främja försäljningen av BG:s produkter och gav BG ställning som ensamleverantör. BG upphörde med denna rabatt i slutet av 1985 eftersom man ansåg att den användes av vissa mottagare för priskonkurrens med andra grossister.

107 I beslutet tilläggs det (punkt 100) att BG vid ett möte den 12 september 1985 med de grossister som hade importerat gick med på att retroaktivt betala dem tre fjärdedelar av de rabatter som hade förbehållits lojala grossister intill dess att de beslutade att inställa ytterligare import. Detta skedde som "en motprestation" för de inställda importerna.

108 BG:s beslut att slopa rabatter för de nordirländska grossister som man visste avsåg att importera spanska gipsskivor var, fortfarande enligt beslutet (punkt 148), avsett att straffa dessa grossister. De extra rabatter som erbjöds alla

grossister på villkor att de gjorde sina inköp uteslutande hos BG och inte handlade med importerade varor var också avsedda att straffa importörerna. Dessa påtryckningar förstärktes av andra incitament till att upphöra med import, såsom hemliga kvantitetsrabatter eller löfte om betalning om importen upphörde.

109 I beslutet (punkterna 149–151) betecknas alla ovan nämnda åtgärder som missbruk av dominerande ställning på så vis att de dels var avsedda att få importen att upphöra och lyckades därmed, dels stärkte BG:s ställning som ensamleverantör till grossisterna.

— Parternas argument

110 Sökandena har gjort gällande att BG:s beteende i Nordirland inte kan ha utgjort missbruk av dominerande ställning. De hävdar att det skett en feltolkning i beslutet av förhållandena på den nordirländska marknaden. Införandet av rabatter var inte avsett att motverka konkurrens från importerade gipsskivor utan utgjorde svar på ett hot från en grupp om fyra grossister i Nordirland om att sälja importerade gipsskivor från Spanien till "extrapris". Enligt BG försökte företaget försvara sina och sina kunders legitima intressen och dess åtgärder bidrog till att upprätthålla och stärka konkurrensen.

111 Enligt BG:s uppfattning har i det hänseendet även ett dominerande företag en legitim rätt att försvara sig mot åtgärder som allvarligt stör marknaden. BG anser det omöjligt att konkurrera med produktkvalitet mot attraktiva priser som erbjöds av skrupelfria grossister på varor från en billig leveranskälla till skada för deras konkurrenter.

112 Som svar på den spanska regeringens yttrande har sökandena gjort gällande att det var efter det att GIL hade ingett ett klagomål om dumpning som EPYSA hade skrivit under ett prisåtagande visavi kommissionen, vilket denna godkände i sitt beslut av den 26 mars 1985, 85/209/EEG, om godkännande av åtaganden inom ramen för ett antidumpningsförfarande rörande import till Republiken Irland och Nordirland av gipsskivor med ursprung i Spanien och om slutförande av utredningen (EGT L 89, s. 65, fransk version; vid översättningen fanns ingen svensk översättning att tillgå). Den spanska regeringen utgår således felaktigt från att utredningen avskrivits. BG reagerade på dessa nya förhållanden på marknaden genom att föreslå minskningar av rabatterna till de fyra grossisterna och öka rabatterna till övriga grossister. Detta kan inte anses utgöra missbruk.

113 Med avseende på de villkor som var förknippade med rabattsystemet, dvs. en förpliktelse att uteslutande köpa produkter från BG, har kommissionen framhållit att ett dominerande företag endast får konkurrera med prestationer. Den har anfört att sökandena medgivit att de vidtagna åtgärderna gjort det svårt för importörer av gipsskivor att komma in på marknaden.

114 Vid den muntliga förhandlingen anförde kommissionen dels att de åtgärder BG vidtagit syftade till att hindra de ifrågavarande fyra grossisterna från att använda sig av importen för att angripa BG:s ställning, dels att det dumpningsärende som sökandena hänvisat till ägde rum i början av år 1985, dvs. innan missbruket konstaterades.

115 Den spanska regeringen har vidhållit att det, i motsats till vad sökandena anfört, inte har konstaterats att importpriserna utgjorde illojal konkurrens. Det är hur som helst inte tillåtet att bryta mot lagen med motiveringen att man vill göra slut på en påstått otillåten situation. Enligt den spanska regeringen har kommissionen avskrivit klagomålet om dumpning. De åtgärder som de irländska grossisterna vidtog genom att bilda en grupp för gemensam import från Spanien var det enda sättet att undvika det tryck som BPB utövade.

116 Iberian har å sin sida anfört att det är uppenbart att sökandenas beteende på den nordirländska marknaden begränsade konkurrensen. Enligt dess uppfattning var det en oundviklig följd av rabatterna till grossister i Nordirland att avsättningsmöjligheterna försvann och nya konkurrenter på så vis effektivt utestängdes.

— Förstainstansrättens bedömning

117 Förstainstansrätten erinrar inledningsvis om att samtidigt som förekomsten av en dominerande ställning inte kan frånta ett företag som befinner sig i en sådan ställning rätten att tillvarata sina egna affärsintressen när dessa hotas och att företaget i rimlig omfattning måste få möjlighet att vidta de åtgärder som det anser vara lämpliga för att skydda företagets affärsintressen, kan ett sådant beteende dock inte tillåtas när det just har till syfte att förstärka och missbruka denna dominerande ställning (domstolens ovannämnda dom av den 14 februari 1978, mål 27/76, United Brands).

118 Ett företag med en dominerande ställning får inte på eget initiativ vidta repressalier mot affärsmetoder som det anser olagliga eller illojala. Det saknar följaktligen betydelse om de åtgärder som anges i beslutet vidtogs som reaktion på de "extrapriser" som tillämpades av vissa konkurrenter eller, såsom sökandena har hävdat med hänvisning särskilt till de handlingar som ingår som bilaga 22 och 23 i ansökan, för att hindra de "extrapriser" som vissa grossister hade för avsikt att tillämpa på importerade produkter. Den enda frågan av betydelse är om det ifrågasatta beteendet, genom att man använde andra konkurrensmedel än de som styr en normal konkurrens för produkter på grundval av de ekonomiska aktörernas prestationer, hade till syfte eller kunde få till resultat att påverka mönstret på en marknad där konkurrensen redan var försvagad just till följd av det ifrågavarande företagets närvaro (domstolens ovannämnda dom av den 9 november 1983 i mål 322/81, Michelin mot kommissionen).

119 I det avseendet finner förstainstansrätten för det första att det framgår tillräckligt klart av den framlagda skriftliga bevisningen – som inte bestritts på denna punkt – på sätt som tidigare behandlats i samband med redogörelsen för beslutet, att BG beslöt att upphöra med den 4-procentiga rabatt man gav de nordirländska grossisterna, när man fick kännedom om att de avsåg importera gipsskivor från Spanien. Samtidigt beslöt företaget att ge en rabatt på 5 % till de grossister som accepterade att uteslutande köpa från BG. En sådan åtgärd var på grund av sin diskriminerande natur klart avsedd att straffa de grossister som avsåg att importera gipsskivor och att avhålla dem från att göra detta, och på så vis ytterligare stärka BG:s ställning på gipsskivemarknaden.

120 För det andra utgör det, såsom domstolen anfört (i ovannämnda dom i Michelin-målet), ett missbruk enligt artikel 86 i fördraget när en leverantör med dominerande ställning, som kunden därför är mer eller mindre beroende av, tillämpar någon form av lojalitetsrabatter som innebär att leverantören genom ekonomiska förmåner söker hindra sina kunder från att göra inköp från leverantörens konkurrenter. I föreliggande fall var de rabatter som under perioden juni–december 1985 gavs till nordirländska byggrossister helt klart avsedda att hindra dessa från att köpa produkter från konkurrerande leverantörer, eftersom det föreligger tillräckliga bevis för att rabatterna, som förutsatte ensamrätt till leverans, nödvändigtvis medförde att mottagarna inte handlade med importerade gipsskivor. I det avseendet är det utan betydelse om ensamrätten till leverans, som var en förutsättning för rabatten, endast utgjorde ett av flera villkor som uppställdes för grossisterna, vilket sökandena gjort gällande.

121 Av vad som angetts ovan följer att den tredje grunden för talan, dvs. att det inte visats att det föreligger ett sådant missbruk av en dominerande ställning som konstaterats i beslutet, inte kan godtas.

122 Sammanfattningsvis följer av det som angetts ovan dels att den åberopade grunden, att det inte visats att de omtvistade åtgärderna var att betrakta som missbruk, inte kan godtas, dels att artikel 2 i beslutet skall ogiltigförklaras till den del det avser de åtgärder som genomfördes under juli 1985.

II — *Inverkan på handeln mellan medlemsstater*

123 Den andra grunden genom vilken bestritts att det föreligger en överträdelse av artikel 86 i fördraget gäller verkningarna av BG:s agerande på handeln mellan medlemsstater.

— Den angripna rättsakten

124 Inverkan på handeln mellan medlemsstater av det ovan beskrivna agerandet behandlas i punkterna 153–59 i beslutet. Vad gäller BG:s missbruk av sin dominerande ställning på marknaden i Storbritannien konstateras i punkt 153 i beslutet att BG var den enda producenten i landet och att de enda konkurrenterna var importörer. De åtgärder BG vidtog var följaktligen ägnade att få en avsevärd inverkan på importen från övriga medlemsstater, speciellt från Frankrike och, efter dess inträde i gemenskapen den 1 januari 1986, från Spanien.

125 Enligt beslutet (punkterna 154–157) medförde de åtgärder som BG vidtog för att binda sina kunder till sig när det gällde gipsskiveleveranser och för att avhålla dem från att handla med importerade gipsskivor att både Lafarge och Iberian utestängdes från handel med grossisterna. När handeln mellan staterna redan begränsas av andra faktorer utgör varje handling som ytterligare kan begränsa den en överträdelse av fördragets konkurrensregler. Detta är särskilt fallet när utestängandet av sådan handel får till följd att en monopolliknande ställning i en medlemsstat förstärks. I föreliggande fall var det viktigt att skydda handeln mellan medlemsstater inte enbart som en källa till faktisk konkurrens utan även som en möjlig öppning till en etablering av nya produktionsanläggningar i Storbritannien. De åtgärder som BG vidtog var

även ägnade att utestänga eller försvaga Iberian och förstärka BG:s dominerande ställning på den brittiska marknaden, särskilt dess ledande ställning visavi Lafarge och andra potentiella importörer.

126 Vad gäller de åtgärder BG vidtog i Nordirland anges, i beslutet i punkterna 158 och 159, att undanröjandet av konkurrens från det grossistkonsortium som importerade spanska gipsskivor kunde leda till ett återupprättande av BG:s monopol och dess maktställning på marknaden, och dessa åtgärder påverkade även de gipsskivor som tillverkades av EPYSA, vilka övergått till fri omsättning i Irland, liksom importerade gipsskivor från en annan medlemsstat. Eftersom BG var den enda leverantören av gipsskivor i Nordirland och så gott som samtliga gipsskivor som företaget levererade i Nordirland var framställda i Irland och importerade därifrån, gav de åtgärder som vidtogs för att förhindra import av gipsskivor från Spanien upphov till ett handelsmönster som inte skulle ha funnits om inte dessa åtgärder vidtagits. De påverkade således direkt handeln mellan medlemsstater.

— Parternas argument

127 Sökandena har gjort gällande att de åtgärder som enligt kommissionen band kunderna när det gällde gipsskiveleveranser, även om man ansåg att de hade bevisats, inte var ägnade att påverka handeln. Den enda handel som skulle ha kunnat påverkas var den mellan Förenade kungariket, Spanien och Frankrike. En stor del av de affärsmetoder som i beslutet anses stå i strid med artikel 86 ägde rum innan Spanien blev medlem av gemenskapen. Vad gäller handeln med Frankrike hade Lafarge enligt sökandena uppnått sina försäljningsmål i Förenade kungariket och sökte inga nya kunder. Enligt sökandena var gipsskivemarknadens struktur och beskaffenhet i Förenade kungariket och Irland sådan att BG:s agerande inte kunde påverka och faktiskt inte påverkade den internationella handeln. På grund av fraktkostnaderna för gipsskivor sjövägen och fördelarna med att ha produktionen nära marknaderna är det ekonomiskt sett inte möjligt att i stor skala och för en längre tid försörja marknaderna i Storbritannien och Irland från utlandet, vilket för övrigt kommissionen har vidgått under förhöret. På gipsskivemarknaden finns det dessutom särskilda behov av regelbundna leveranser och av ett brett utbud av produkter som leverantörer vilka inte har sin produktion inom Förenade kungariket eller Irland inte kan erbjuda. Vad särskilt gäller Nordirland har sökandena bestritt att de normala handelsmönstren mellan Irland och Nordirland skulle ha ändrats genom BG:s påstådda agerande och

härvid hänvisat till domstolens dom av den 31 maj 1979 i mål 22/78 Hugin Kassaregister AB och Hugin Cash Register Ltd mot kommissionen, Rec. 1979 s. 1869.

128 Sökandena har slutligen anfört att de gipsskivor som importerades till Nordirland såldes till underpris, vilket bekräftades genom de anti-dumpningsåtgärder som fastställdes av gemenskapen. Vad gäller tillämpningen av BG:s system med prioriterade gipsleveranser har BG hävdat att kommissionen bortsett från det vittnesmål som företagets marknadsdirektör J.H. Garner avgav vid förhöret, och att kommissionens teoretiska argument saknar betydelse med avseende på de föreliggande sakförhållandena. Det fanns inga andra konkurrenter än Iberian och Lafarge, och de konkurrerade endast i mycket begränsad utsträckning. Redland och Knauf, som var verkliga konkurrenter, hindrades inte från att komma in på marknaden i Förenade kungariket. Sökandena har även anfört att importen från Spanien till Nordirland fortsatte genom Ulster Partitions Ltd.

129 Kommissionen har bestritt sökandens påstående att BG:s beteende inte kunde påverka handeln mellan medlemsstater. Den har framhållit att Iberian och Lafarge faktiskt importerade gipsskivor och att deras import inte var obetydlig. Dessutom hade ett annat företag startat import av gipsskivor till Nordirland efter den av BG vidtagna åtgärden, vilket visar att det var ekonomiskt lönsamt. När den existerande handeln inom gemenskapen stoppades, ledde detta till en förstärkning av en monopolliknande ställning i en medlemsstat, varvid konkurrensstrukturen inom gemenskapen påverkades. Det var viktigt att skydda handeln mellan medlemsstater som en källa till faktisk konkurrens med BG och som en möjlig inledning till etablerandet av nya produktionsanläggningar i Storbritannien. Enligt kommissionen hade BG:s missbruk, som bestod i att binda kunder till sig för gipsskiveleveranser, och som inletts på grund av importen från Frankrike och Spanien, inneburit att BG:s kunder inte kunde köpa några importerade gipsskivor från andra medlemsstater.

130 Vad gäller BG:s argument rörande importen från Spanien vid en tidpunkt då Spanien ännu inte var medlem av gemenskapen har kommissionen framhållit att den tagit hänsyn till detta faktum vid fastställelsen av böterna.

131 Vad beträffar förhållandena i Nordirland skiljer sig, enligt kommissionens uppfattning, det aktuella fallet från det ovan angivna Hugin-fallet, eftersom det i förevarande fall faktiskt förekom handel med gipsskivor mellan Förenade kungariket och Irland å ena sidan och de övriga medlemsstaterna å den andra. Kommissionen har understrukit att de handelsmönster som BG

hänvisat till är de som skulle ha funnits utan det aktuella missbruket. I det mönstret ingick import från Spanien och Irland. Missbruket var därför ägnat att direkt påverka handeln mellan medlemsstater.

132 Kommissionen har hänvisat till beslutet när det gäller frågan huruvida gipsskivorna från Spanien importerades till Irland och Nordirland till marknadspriser. Enligt kommissionens uppfattning bekräftar Redlands och Knaufs verksamhet dess bedömning; Redland hade enbart på grund av sin import tagit 5 % av marknaden redan innan de startade tillverkning i Storbritannien.

133 Den spanska regeringen har hävdat att sökandena har fel när de påstår att de affärsmetoder som kommissionen anser strida mot artikel 86 i fördraget dels låg i tiden före Spaniens medlemsskap i gemenskapen och dels inte kunde i nämnvärd mån ha skadat internationell handel, eftersom åtgärderna ifråga enligt artikel 1 i beslutet fortsatte till augusti 1986, vid vilken tidpunkt Spanien redan var medlem av gemenskapen. Dessutom var inte EPYSA det enda företag som led skada, detsamma gällde det franska företaget Lafarge och det brittiska företaget Iberian. Den omständigheten att det gjordes försök att komma in på marknaderna i Storbritannien och Irland visar också att handel mellan staterna var möjlig. Den spanska regeringen anser således att sökandenas beteende kunde ha en direkt eller indirekt, faktisk eller potentiell inverkan på importen mellan medlemsstater och att det därför var ägnat att hindra det inbördes ekonomiska utbyte som fördraget syftar till.

— Förstainstansrättens bedömning

134 Vad gäller villkoret att handeln mellan medlemsstaterna måste ha påverkats bör inledningsvis erinras om att det är nödvändigt och tillräckligt för att artikel 86 skall bli tillämplig att missbruket är ägnat att påverka handeln mellan medlemsstaterna. Det är inte nödvändigt att styrka att denna handel faktiskt påverkas vid tillfället i fråga. Villkoret om inverkan på handeln måste anses uppfyllt om det styrks att handeln inom gemenskapen faktiskt har påverkats eller att den åtminstone potentiellt kunde ha påverkats i betydande grad (se särskilt domstolens ovannämnda dom av den 9 november 1983, mål 322/81 Michelin, punkt 104, och av den 23 april 1991, mål C-41/90 Höfner och Elser, Rec. 1991 s. I-1979, punkt 32).

135 I förevarande mål finner förstainstansrätten att de omtvistade åtgärderna skärmade av marknaden i Förenade kungariket genom att direkt påverka det faktiska eller potentiella handelsflödet mellan Frankrike och Spanien å ena sidan och Förenade kungariket å den andra. Handelsflödet mellan Irland och Nordirland påverkades också. Gynnandet av kunder som inte handlade med importerade gipsskivor hindrade marknadsföringen av importerade gipsskivor inom Förenade kungariket. Slutligen hade de åtgärder som vidtogs på den irländska ön en tendens att, såsom kommissionen hävdat, vidmakthålla existerande handelsmönster genom att hindra import, eftersom alla produkter som salufördes i Nordirland bestod av importerade produkter som tillverkats i Irland av GIL. Dessa åtgärder medförde andra handelsmönster än vad som skulle ha förelegat på en marknad som var öppen för konkurrens.

136 Vad gäller sökandenas argument att det inte är möjligt ekonomiskt sett att i stor skala och för en längre tid försörja marknaderna i Förenade kungariket och att det inte föreligger förutsättningar för handel mellan medlemsstaterna, vare sig faktiska eller potentiella, finner förstainstansrätten att det faktiskt förekom import till Storbritannien från Spanien och Frankrike vid tiden för de omtvistade åtgärderna. Enligt de obestridda uppgifterna i punkterna 32 och 36 i beslutet uppgick denna import under 1985 till 3,3 miljoner kvadratmeter för Lafarge och 1,8 miljoner kvadratmeter för Iberian. Denna import påverkades direkt av de omtvistade åtgärderna. Det saknas därför anledning att besvara frågan om Lafarge, såsom sökandena gör gällande, ansåg att det hade uppnått sina försäljningsmål i Storbritannien och inte önskade öka försäljningen där.

137 Vad gäller argumentet att den strategi som avses i artikel 2 – till den del den användes under augusti 1985 – och artikel 3 i beslutet föregick Spaniens anslutning till gemenskapen skall för det första anmärkas att domstolen i sin dom av den 16 mars 1974 i de förenade målen 6/73 och 7/73 Commercial Solvents mot kommissionen, Rec. 1974 s. 223, slår fast att den omständigheten att förfarandena i fråga påverkar handeln med en eller flera tredje länder inte i sig är tillräckligt för att utesluta möjligheten att villkoret om påverkan på handeln, som är en förutsättning för tillämpning av artikel 85 eller 86, kan anses uppfyllt. De åtgärder som vidtogs av BG i Storbritannien i detta fall påverkade inte enbart importen från Spanien utan försvårade även försäljningen i Förenade kungariket av gipsskivor som tillverkats i tredje land och som hade övergått till fri omsättning på andra medlemsstaters territorium.

138 Vad slutligen gäller det system som avses i artikel 1 i beslutet anser förstainstansrätten dels att det delvis tillämpades efter den 1 januari 1986 då Spanien blev medlem av gemenskapen, dels att förpliktelsen att uteslutande köpa av BG även kunde göra det svårare för en importör att komma in på den brittiska marknaden och därför åtminstone potentiellt kunde påverka handelsmönstren inom gemenskapen. Med hänsyn till sökandenas starka ställning på marknaden i Storbritannien och världsmarknaden måste denna påverkan bedömas som tillräckligt betydande.

139 Av ovanstående överväganden följer att BG:s åtgärder och agerande var ägnade att utöva en tillräckligt betydande, faktisk eller potentiell, påverkan på handeln inom gemenskapen. Den åberopade grunden, att de ifrågasatta åtgärderna inte kunde ha påverkat denna handel, kan därför inte godtas.

Yrkanden rörande ansvaret för överträdelsen och bötesbeloppets storlek

140 Såsom angivits ovan (punkt 10) åläggs BG genom artikel 4 i beslutet böter om 3 miljoner ecu för systemet med ensamrätt till leveranser enligt artikel 1 i beslutet och BPB böter om 150 000 ecu för de åtgärder som vidtogs i Irland och Nordirland och som anges i artikel 3 i beslutet. Inga böter ålades för de prioriterade gipsleveranserna, som behandlas i artikel 2 i beslutet. Sökandena har ifrågasatt såväl att BPB ålagts böter för åtgärderna i Irland som storleken på de ålagda böterna.

BPB:s böter

— Den angripna rättsakten

141 I beslutet (punkt 165) anges att "kommissionen finner att missbruket i Nordirland av BPB:s dominerande ställning på den irländska ön likaså bör föranleda böter".

— Parternas argument

142 Sökandena har hävdat att beslutet skall upphävas på grund av otillräcklig motivering så vitt gäller de böter som ålagts BPB. Det saknas anledning att ställa BPB till svars för BG:s agerande i Nordirland. Enligt sökandenas uppfattning innehåller beslutet ingen motivering för detta. Tvärtom hänvisas i beslutet endast till åtgärder som vidtagits av BG i de delar, punkterna 87–103, där händelserna i Nordirland beskrivs samt i punkterna 141–152 där kommissionen analyserar de rättsliga slutsatser den drar härav. De enda hänvisningar som görs till BPB i beslutet – och som för övrigt är felaktiga – är rutinrapporterna från BPB:s ledning. Av dessa rapporter framgår klart att BPB informerades först efteråt och översiktligt och att det inte deltog i de åtgärder som angavs i rapporterna. Enligt sökandena saknas det därför skäl att ålägga BPB böter.

143 Sökandena har gjort gällande att beslutet enbart gäller vad som hände i Nordirland, inte hela den irländska ön, och anser att det är irrelevant att gipsskivorna tillverkades i Irland av GIL – ett annat företag i koncernen. Vad som är av betydelse är att skivorna såldes av BG. Det rabattsystem som tillämpades i Nordirland sköttes av BG och inte av BPB. BG:s verksamhet drevs helt oberoende.

144 Vid förhandlingen har sökandena hävdat att beslutet skall ogiltigförklaras på den grunden att det saknas skäl att göra BPB ansvarigt i BG:s ställe för missbruket av dominerande ställning i Nordirland. Enligt deras uppfattning har kommissionen först i sin inlaga till förstainstansrätten motiverat varför den valt att agera på detta vis. Det saknas grund för att göra ett moderbolag ansvarigt för ett dotterbolags åtgärder enbart av den anledningen att moderbolaget informerats om åtgärderna. De har framhållit att till skillnad från förhållandena i domstolens dom av den 25 oktober 1983, mål 107/82 AEG mot kommissionen, Rec. 1983 s. 3151, har den marknadsföringsstrategi som BPB:s dotterbolag antog inte fastställts av moderbolaget. Sökandena anser slutligen att om kommissionens motivering är riktig är det svårt att förstå varför inte böterna för BG:s åtgärder i Storbritannien ålades BPB.

145 Enligt kommissionen måste BPB:s påstående att det saknas skäl att göra bolaget ansvarigt för dotterbolagets åtgärder vad gäller marknaden i Nordirland tillbakavisas. Den har gjort gällande att BPB har en dominerande ställning på gipsskivemarknaden i Irland, som den missbrukat genom åtgärder som vidtagits av dess helägda dotterbolag BG. BPB och BG måste således be-

traktas som utgörande ett och samma företag vad avser åtgärderna i Nordirland. BPB:s ledning hölls hela tiden underrättad om de åtgärder som BG vidtog i Nordirland för att bekämpa importen.

146 Som svar på förstainstansrättens frågor har kommissionen förklarat att medan BG var rätt adressat för beslutet när det gällde de förhållanden som konstaterats på marknaden i Storbritannien så var detta inte fallet beträffande den irländska marknaden. Där hade man varit tvungen att ta hänsyn till förekomsten av två dotterbolag till BPB, eftersom detta holdingbolag var direkt engagerat i den irländska marknaden, vilket framgår av punkterna 90, 97 och 102 i beslutet. Detta är skälet till att kommissionen i fråga om den irländska marknaden ansåg att moderbolaget borde vara adressat för beslutet.

147 Den spanska regeringen har anfört att BG är ett helägt dotterbolag till BPB och anser att det senare är ansvarigt för BG:s agerande i Nordirland. Den omständigheten att dotterbolaget är en särskild juridisk person är inte tillräckligt för att man skall kunna utesluta möjligheten att dess beteende skall tillskrivas moderföretaget (domstolens dom av den 14 juli 1972, mål 48/69, ICI mot kommissionen, Rec. 1972 s. 619). Den spanska regeringen har framhållit att BG:s och BPB:s beteende var samstämt och att de två företagen därför måste anses utgöra en enda ekonomisk enhet. De bör därför vara solidariskt ansvariga för det påtalade beteendet.

— Förstainstansrättens bedömning

148 Vid bedömningen av beslutets lagenlighet vad gäller frågan om ansvaret för BG:s agerande på den irländska marknaden skall förstainstansrätten fastställa om kommissionen, som den hävdat, i beslutet tillräckligt motiverat att BPB gjorts ansvarigt för BG:s agerande.

149 Ett moderföretag kan göras ansvarigt för ett dotterbolags handlingar när dotterbolaget, fastän det är en särskild juridisk person, inte självständigt bestämmer sitt uppträdande på marknaden, utan i huvudsak tillämpar instruktioner som det får av moderföretaget (domstolens ovan angivna dom av den 14 juli 1972, mål 48/69, ICI mot kommissionen, punkt 133). Ett helägt dotterbolag följer i princip med nödvändighet den politik som fastläggs av moderföretaget (domstolens ovan nämnda dom av den 25 oktober 1983, mål 107/82, AEG mot kommissionen, punkt 50).

150 Förstainstansrätten finner i förevarande fall att BPB är ett holdingbolag som är verksamt i Storbritannien genom BG, som det kontrollerar till 100 %. I Storbritannien saluför BG själv sina egna produkter. I Irland tillverkas gipsprodukterna av GIL, även det ett helägt dotterbolag till BPB. I Nordirland säljs koncernens produkter av BG. Även om en liten del av dessa produkter vid tidpunkten i fråga framställdes av BG självt, importerades majoriteten av de sålda produkterna från Irland av BG, som för detta ändamål köpte de aktuella produkterna från GIL.

151 Till skillnad från situationen på marknaden i Storbritannien vilar BPB:s dominerande ställning på den sammanlagda marknaden i Irland och Nordirland – vilken för övrigt inte har bestritts – på två dotterbolag, av vilka det ena bolaget marknadsför produkter i Nordirland som producerats av det andra medan det sistnämnda bolaget svarar både för produktion och marknadsföring av sina egna produkter i Irland. Härav följer att inget av BPB:s dotterbolag till skillnad från vad som gäller på den brittiska marknaden kan anses ha en dominerande ställning eller missbruka en sådan på den irländska marknaden sedd som en helhet, särskilt inte som hela BPB-gruppen drog fördel av BG:s agerande i Nordirland då dotterbolaget GIL ökade sina leveranser av gipsskivor till det andra dotterbolaget, BG, i en omfattning som var direkt avhängig av hur verksamt detta senares missbruk var i Nordirland.

152 I sammanhanget måste även betonas att BPB och BG utgör en enda ekonomisk enhet, vilket för övrigt bekräftades av de klargöranden som gavs under den muntliga förhandlingen, samt att det framgår av punkterna 90, 97 och 102 i beslutet att BPB:s ledning höll sig fortlöpande informerad om dotterbolagens agerande på den irländska marknaden, medan beslutet inte visar på något sådant intresse vad gäller marknaden i Storbritannien.

153 Med hänsyn till de omständigheter som således påvisats, och vilka dessutom de omtvistade affärsmetoderna tenderade att bibehålla, kan sökandena inte med fog hävda att det var fel av kommissionen att under de aktuella förhållandena göra BPB ansvarigt för BG:s agerande i Nordirland och därför ålägga BPB de omtvistade böterna. Denna slutsats ändras inte av vare sig BG:s i affärshänseende oberoende ställning eller av att man beträffande marknaden i Storbritannien valde att i stället tillskriva BG missbruket på grund av de skäl som angivits ovan (punkterna 152 och 153).

154 Vad gäller argumentet att kommissionen i beslutets motivering inte angivit varför böterna för BG:s agerande på marknaden i Storbritannien inte ålades BPB, anser förstainstansrätten att kommissionen visserligen kunde ha ålagt

moderbolaget dessa böter, eftersom BPB och BG utgör en enda ekonomisk enhet, men att beslutet ändå ger en för den rättsliga motiveringen tillräcklig beskrivning av de förhållanden som kännetecknade var och en av de två marknaderna, och därigenom motiverar den för respektive fall valda lösningen. I det avseendet kunde kommissionen lagenligt och utan att bryta mot artikel 190 i fördraget under förfarandet och särskilt som svar på de muntliga och skriftliga frågor som förstainstansrätten ställde klargöra de uppgifter som motiveringen i beslutet grundas på. Den påstått otillräckliga motiveringen har i detta fall under alla förhållanden inte hindrat sökandena från att lägga fram sina argument eller försvårat för förstainstansrätten att utöva sin lagenlighetskontroll.

155 Den åberopade grunden att kommissionen felaktigt ålagt BPB böter för BG:s agerande i Nordirland kan följaktligen inte godtas.

Bötesbeloppet

— Den angripna rättsakten

156 De uppgifter som kommissionen lagt till grund för att fastställa böterna för BG och BPB behandlas i punkterna 162–174 i beslutet. Enligt beslutet utgör det system varigenom utvalda grossister i Storbritannien knöts till BG ett allvarligt missbruk av BG:s dominerande ställning, i synnerhet eftersom de flesta betalningarna ingår i ett system som BG erbjöd till Iberians stora kunder och eftersom betalningarna utgjorde vederlag för ställningen som ensamleverantör.

157 Enligt beslutet rörde det sig om uppsåtligt missbruk. I Storbritannien såg BG avsiktligt till att binda kunderna till sig genom de åtgärder som vidtogs. I Nordirland var BG:s agerande speciellt avpassat för att få en grupp grossisters import att upphöra och att binda grossisterna till BG för att möta konkurrensen från importerade varor (punkt 170). Vid fastställandet av böterna har kommissionen beaktat att Spanien ännu inte var medlem av gemenskapen när ensamleverantörsavtalen i Storbritannien ingicks och att systemet endast upprätthölls under sju månader efter Spaniens anslutning (punkt 173).

158 Enligt beslutet bör även missbruket på Nordirland av BPB:s dominerande ställning i Irland bötesbeläggas (punkt 165).

— Parternas argument

159 Vad gäller frågan om agerandet varit uppsåtligt har sökandena anfört att det påstådda missbruket varken syftade till att binda kunder till BG eller att hindra import till Nordirland. BPB levererade dessutom över huvud taget inte gipsskivor till Irland och Nordirland. BPB:s kännedom om BG:s agerande i Nordirland inskränkte sig till omnämnanden i rutinrapporter från BG till BPB:s ledning. För klarhetens skull har sökandena i sin replik bekräftat att de i andra hand yrkar nedsättning av bötesbeloppet.

160 Kommissionen har inledningsvis anfört att sökandena inte uttryckligen yrkat nedsättning av bötesbeloppet i sin ansökan. Vad gäller frågan om det omtvistade agerandet varit uppsåtligt anser kommissionen att det inte kan föreligga något tvivel om att såväl ensamleverantörsavtalen i Storbritannien som de åtgärder som vidtagits för att hindra import varit uppsåtliga. Kommissionen har dessutom erinrat om att de prioriterade gipsleveranserna inte bötesbelagts.

161 Som svar på frågor som förstainstansrätten ställt har kommissionen förklarat att det i beslutet beaktats att BG:s överträdelse varade mycket längre än BPB:s. Dessutom hade de åtgärder som genomfördes på marknaden i Nordirland endast begränsad påverkan på handeln mellan medlemsstaterna. BG:s överträdelse gällde för övrigt marknaden i Storbritannien, en avsevärt större marknad än den irländska.

— Förstainstansrättens bedömning

162 Inledningsvis skall konstateras att sökandena, även om de inte uttryckligen anger i sin ansökan att deras yrkande om upphävande av beslutet skall förstås som innefattande i andra hand ett yrkande om nedsättning av det ålagda bötesbeloppet, ändå i ansökan har angivit att "bötesbeloppet är för högt". Yrkandet att förstainstansrätten skall upphäva beslutet måste därför under föreliggande omständigheter förstås som att det även innefattar ett yrkande om nedsättning av det ålagda bötesbeloppet. Kommissionens argument att sökandena inte uttryckligen yrkar en nedsättning av bötesbeloppet kan därför inte godtas.

163 Enligt artikel 15.2 i förordning nr 17 kan kommissionen endast bötesbelägga överträdelser av artikel 86 i fördraget som har begåtts uppsåtligen eller av oaktsamhet.

164 Av förstainstansrättens överväganden ovan framgår att det i beslutet styrkts att BG mellan juli 1985 och augusti 1986 överträdde artikel 86 i fördraget genom att missbruka sin dominerande ställning på gipsskivemarknaden i Storbritannien och att BPB genom sitt dotterbolag BG överträdde artikel 86 i fördraget genom att missbruka sin dominerande ställning på gipsskivemarknaden i Irland och Nordirland.

165 Vad gäller frågan huruvida överträdelserna begåtts uppsåtligen eller av oaktsamhet konstaterar förstainstansrätten att det enligt fast rättspraxis (se bl.a. domstolens dom av den 8 februari 1990 i mål C-279/87 Tipp-Ex mot kommissionen, Rec. 1990, s. I-261) inte krävs att företaget varit medvetet om att det överträdde förbudet i de för företag gällande konkurrensbestämmelserna i fördraget för att en överträdelse skall anses uppsåtlig; det är tillräckligt att företaget inte kan ha varit omedvetet om att det omtvistade agerandet hade som syfte eller kunde få som resultat att snedvrida konkurrensen på den gemensamma marknaden.

166 Enligt förstainstansrätten framgår det redan av det i beslutet beskrivna agerandet, som i själva verket kännetecknades av ett krav på att handel endast skulle ske med sådana gipsskivor som tillverkades av sökandena, att dessa inte kunde ha varit omedvetna om att ett sådant agerande innebar en överträdelse av artikel 86 i fördraget. Vid tillämpningen av förordning nr 17 måste ett sådant agerande följaktligen anses ha varit uppsåtligt.

167 Dessutom framgår av övervägandena ovan (punkterna 151–156) att BPB, oavsett vad sökandena hävdat, deltog i de omtvistade åtgärderna i Nordirland, som det fick regelbundna informationer om och som behandlades vid dess egna direktionssammanträden.

168 Sökandena har yrkat att böterna skall sättas ned för den händelse de inte undanröjs. Av skälen till beslutet och de ytterligare förklaringar som givits vid förhandlingen framgår att kommissionen beaktat hur allvarliga överträdelserna är och hur länge de pågått, företagens totala omsättning, respektive marknaders storlek, den omständigheten att Spanien ännu inte var medlem i gemenskapen när systemet med säljfrämjande bidrag respektive rabattsystemet i Nordirland infördes samt slutligen den omständigheten att systemet med säljfrämjande bidrag endast upprätthölls under sju månader efter Spani-

ens anslutning till gemenskapen. Kommissionen har därigenom förebragt tillräcklig utredning om att den påföljd som ålagts stod i proportion till de överträdelser som begåtts, och även yrkandet om nedsättning av böterna skall därför avslås. Den partiella ogiltigförklaringen av artikel 2 i beslutet gäller en invändning rörande omständigheter som inte föranlett böter.

169 Av ovanstående följer att det var befogat att fastställa böter och till det belopp som skedde samt att beslutet var riktat till rätt adressater. Sökandenas yrkande om ogiltigförklaring eller ändring av artikel 4 i beslutet skall därför avslås.

170 Av allt det som angetts ovan följer att artikel 2 i beslutet skall ogiltigförklaras till den del det avser det system som tillämpades under juli 1985 och att återstående delen av talan skall ogillas.

Rättegångskostnader

171 I enlighet med artikel 87.2 i rättegångsreglerna skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna om detta yrkas. Eftersom kommissionen har yrkat att sökandena skall förpliktas betala kostnaderna skall de med hänsyn till omständigheterna i förevarande fall ersätta rättegångskostnaderna, inbegripet intervenienten Iberians kostnader.

172 I enlighet med artikel 87.4 i rättegångsreglerna skall medlemsstater som intervenerat i ett mål bära sina kostnader. Spanien skall därför bära sina egna rättegångskostnader.

På dessa grunder beslutar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (andra avdelningen)

1) Artikel 2 i kommissionens beslut 89/22/EEG av den 5 december 1988 angående ett förfarande enligt artikel 86 i EEG-fördraget (IV/31.900, BPB Industries plc) ogiltigförklaras till den del det avser juli 1985.

2) **Talan ogillas i övrigt.**

3) **Sökandena skall bära rättegångskostnaderna, inbegripet intervenienten Iberians kostnader.**

4) **Spanien skall bära sina egna rättegångskostnader.**

Cruz Vilaça Saggio Briët

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 1 april 1993

H. Jung
Justitiesekreterare

J.L. Cruz Vilaça
Ordförande