DOMSTOLENS DOM (sjätte avdelningen)
den 6 april 1995 *

I mål C-310/93 P,

BPB Industries plc, bolag bildat enligt engelsk rätt, Slough (Förenade kungariket),

och

British Gypsum Ltd, bolag bildat enligt engelsk rätt, Nottingham (Förenade kungariket),

företrädda av Michael Waelbroeck och Denis Waelbroeck, båda advokater i Bryssel, och Gordon Boyd Buchanan Jeffrey, solicitor, med delgivningsadress i Luxemburg hos advokatbyrån Arendt et Harles, 4, avenue Marie-Thérèse,

klagande,

angående överklagande av dom meddelad den 1 april 1993 av förstainstansrätten (andra avdelningen) i målet BPB industries och British Gypsum mot kommissio-

* Rättegångsspråk: engelska.

nen (T-65/89, Rec. s. II-389), i vilket det förs talan om ogiltigförklaring av den nämnda domen,

i vilket den andra parten är:

Europeiska gemenskapernas kommission, företrädd av Julian Currall, vid rättstjänsten, i egenskap av ombud, med delgivningsadress i Luxemburg hos Georgios Kremlis, vid rättstjänsten, Centre Wagner, Kirchberg,

med stöd av

Iberian UK Ltd, tidigare **Iberian Trading (UK) Ltd,** bolag bildat enligt engelsk rätt, London, företrätt av John E. Pheasant, solicitor, och Simon W. Polito, solicitor, med delgivningsadress i Luxemburg hos advokatbyrån Loesch et Wolter, 8, rue Zithe,

intervenient,

meddelar

DOMSTOLEN (sjätte avdelningen)

sammansatt av F.A. Schockweiler, avdelningsordförande, P.J.G. Kapteyn (referent), samt G.F. Mancini, C.N. Kakouris och J.L. Murray, domare,

generaladvokat: P. Léger,
justitiesekreterare: R. Grass,

med hänsyn till referentens förhandlingsrapport,

och efter att generaladvokaten har föredragit förslag till avgörande den 13 december 1994,

följande

Dom

1 BPB Industries plc och British Gypsum Ltd (nedan kallade "BPB" och "BG") har, genom ansökan som inkom till domstolens kansli den 8 juni 1993, i enlighet med artikel 49 i EEG-stadgan överklagat förstainstansrättens dom av den 1 april 1993 i målet BPB Industries och British Gypsum mot kommissionen (T-65/89, Rec. s. II-389, nedan kallad "den överklagade domen") i vilken förstainstansrätten ogillat deras talan som syftade till ogiltigförklaring av kommissionens beslut 89/22/EEG av den 5 december 1988 angående tillämpning av artikel 86 i EEG-fördraget (IV/31.900, BPB Industries PLC, EGT nr L 10, 1989, s. 50, rättelse i EGT nr L 52, 1989, s. 42, nedan kallat "beslutet"), och förpliktat dem att ersätta rättegångskostnaderna.

2 Det framgår av de konstateranden som förstainstansrätten gjort i den överklagade domen (punkterna 2—10) att:

— BPB är det brittiska holdingbolaget i en koncern som behärskar ungefär hälften av kapaciteten för tillverkning av gipsplattor inom gemenskapen, och vars

konsoliderade nettoårsomsättning uppgår till 1,116 miljarder ecu för det räkenskapsår som gick ut i slutet av mars 1987. I Storbritannien är BPB verksamt i sektorerna byggnadsgips och gipsplattor, främst genom dess helägda dotterbolag, BG. I Irland tillverkas gipsbaserade produkter, och då särskilt byggnadsgips och gipsplattor, av BPB:s irländska dotterbolag, Gypsum Industries plc, som levererar till Irland liksom, genom BG, till Nordirland.

— I Storbritannien producerar BG gipsplattor i åtta fabriker belägna i Midlands samt sydöstra och norra England. BPB levererar normalt till den brittiska gipsplattemarknaden från fabrikerna i Storbritannien, medan dess irländska enheter betjänar Irland och Nordirland.

— De gipsplattor som används i Förenade kungariket och i Irland distribueras nästan helt genom grossister. Systemet med grossister gör det möjligt att garantera en effektiv distributionskedja för byggföretagen. Grossisterna åtar sig bland annat företagens kreditrisker. Under den aktuella perioden märkte man en koncentrationstendens bland grossisterna.

— Innan år 1982 förekom det ingen regelbunden import av gipsplattor till Storbritannien. Detta år började Lafarge UK Ltd (nedan kallat "Lafarge"), ett bolag i den franska koncernen Lafarge Coppée, att importera gipsplattor som producerades i Frankrike. Lafarge ökade gradvis sin import. På grund av svårigheter med leveranser orsakade av bolagets beroende av dess produktionsenhet i Frankrike kunde Lafarge inte garantera normala leveranser till ett stort antal kunder.

— I maj 1984 började Iberian Trading UK Ltd (nedan kallat "Iberian") att importera gipsplattor som tillverkades i Spanien av Española de Placas de Yeso. Detta bolags priser var lägre än BG:s, skillnaden varierade i allmänhet mellan fem och

sju procent även om prisskillnaderna ibland var större.Det utbud av produkter som Iberian levererade var begränsat till gipsplattor av ett begränsat antal dimensioner bland de mest efterfrågade modellerna. Även Iberian råkade vid flera tillfällen ut för leveranssvårigheter.

— Åren 1985 och 1986 levererade BG omkring 96 procent av de gipsplattor som såldes i Förenade kungariket, Lafarge och Iberian delade på resten av marknaden.

— Den 17 juni 1986 tillställde Iberian kommissionen en begäran med syfte att 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 nr 13, 1962, s. 204, nedan kallad "förordning nr 17") få fastställt att BPB begått överträdelser av artikel 86 i EEG-föredraget. Den 3 december 1987 beslutade kommissionen att inleda förfarandet under de villkor som föreskrivs i artikel 3.1 i förordning nr 17.

— Efter att ha gett företagen möjlighet att svara på kommissionens klagomål 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 nr 127, 1963, s. 2268), och efter att ha hört den rådgivande kommittén för kartell- och monopolfrågor, fattade kommissionen den 5 december 1988 det omtvistade beslutet.

3 Detta beslut hade följande lydelse:

"Artikel 1

Mellan juli år 1985 och augusti år 1986 överträdde British Gypsum Ltd artikel 86 i EEG-fördraget genom att missbruka sin dominerande ställning vad gäller

utbudet av gipsplattor i Storbritannien genom ett system av betalningar till byggvaruhandlare som gick med på att köpa gipsplattor uteslutande från British Gypsum Ltd.

Artikel 2

I juli och augusti år 1985 överträdde British Gypsum Ltd artikel 86 i EEG-fördraget genom att införa ett system som favoriserade kunder som inte handlade med importerade gipsplattor på så sätt att dessas order avseende byggnadsgips gavs företräde under perioder när leveranstiden för denna produkt förlängts, vilket utgjorde ett missbruk av dess dominerande ställning vad gäller utbudet av gipsplattor i Storbritannien.

Artikel 3

BPB Industries plc har, genom sitt dotterbolag British Gypsum Ltd, överträtt artikel 86 i EEG-fördraget genom att missbruka sin dominerande ställning vad gäller utbudet av gipsplattor i Irland och Nordirland

— i juni och juli år 1985 genom att framgångsrikt utöva påtryckningar mot ett konsortium av importörer och därigenom få till stånd ett avtal vari konsortiet utfäster sig att inte importera gipsplattor till Nordirland,

— genom ett ge byggvaruhandlare i Nordirland en serie rabatter på BG:s produkter under tiden juni—december år 1985 på villkoret att dessa inte sålde importerade gipsplattor.

Artikel 4

— British Gypsum Ltd förpliktas att betala böter om 3 miljoner ecu för de överträdelser av artikel 86 av EEG-fördraget som anges i artikel 1, ovan,

— BPB Industries plc förpliktas att betala böter om 150 000 ecu för de överträdelser av artikel 86 i EEG-fördraget som anges i artikel 3, ovan.

4 BPB:s och BG:s talan om ogiltigförklaring av beslutet resulterade i den överklagade domen vars domslut har följande lydelse:

"1) Artikel 2 i beslutet 89/22/EEG ... ogiltigförklaras i den mån den rör juli månad 1985.

2) Övriga yrkanden i ansökan ogillas.

... "

5 Till stöd för sitt överklagande har klagandena åberopat fyra förstahandsgrunder och en andrahandsgrund.

6 Den första grunden rör överträdelse av artiklarna 86 och 190 i EEG-fördraget genom att förstainstansrätten funnit att det var onödigt att fastställa moderbolagets inflytande på dess helägda dotterbolag, och förutsatt att det förstnämnda styrde det sistnämnda samt att beslutet att hålla BPB ansvarigt för den överträdelse som konstaterats i artikel 3 i beslutet var tillräckligt motiverat.

7 Den andra grunden rör överträdelse av artiklarna 85.3 och 86 i EEG-fördraget genom att förstainstansrätten funnit att leveransavtalen och betalningarna för reklam hörde under artikel 86 och att även om det skulle föreligga ett undantag enligt artikel 85.3 så hindrar detta inte tillämpningen av artikel 86.

8 Den tredje grunden rör överträdelse av artikel 86 genom att förstainstansrätten funnit att de prioriterade leveranserna av gips utgjorde ett missbruk av dominerande ställning.

9 Den fjärde grunden rör överträdelse av förstainstansrätten till försvar i det att förstainstansrätten funnit att kommissionens vägran att lämna ut vissa dokument till sökandena på grund av dokumentens konfidentiella karaktär inte i det aktuella fallet var av sådan art att den påverkar beslutets legalitet.

10 I andra hand begär klagandena jämkning av det utdömda bötesbeloppet.

Angående de tre första grunderna

11 Av de anledningar som anges i punkterna 20—31, 42—69 och 76—86 i generaladvokatens förslag till avgörande skall den första, andra och tredje grunden ogillas.

Angående den fjärde grunden

12 Genom denna grund klandras förstainstansrätten för att ha fastställt att det administrativa förfarandet inför kommissionen genomförts i enlighet med rätten till försvar.

13 Klagandena har nämligen inför förstainstansrätten (punkt 21 i den överklagade domen) yrkat att beslutet skulle ogiltigförklaras, eftersom kommissionen inte lämnat ut samtliga de relevanta dokument som denna hade tillgång till och att denna underlåtelse inneburit allvarlig skada för sökandena.

14 För att komma till slutsatsen att det administrativa förfarande skett med respekt för rätten till försvar har förstainstansrätten erinrat om att kommissionen i sin rapport om konkurrenspolitiken (s. 40 och 41), ålagt sig själv ett antal regler rörande

tillgången till akten i konkurrensmål, och att rätten av dessa, i sin dom av den 17 december 1991, Hercules Chemicals mot kommissionen (T-7/89, Rec. s. II-1711, punkterna 53 och 54), dragit slutsatsen att kommissionen har en "skyldighet att förse de företag som är inblandade i ett förfarande med tillämpning av artikel 85.1 i EEG-fördraget med samtliga handlingar som är till deras fördel eller nackdel som den insamlat under undersökningen, med undantag för andra företags affärshemligheter, kommissionens interna handlingar och annan konfidentiell information" (punkt 29 i den överklagade domen).

15 Förstainstansrätten har vidare erinrat om att den i sin dom av den 18 december 1992, Cimenteries CBR m.fl. mot kommissionen (T-10/92, T-11/92, T-12/92, T-15/92, Rec. s. II-2667, punkt 38), fastställt att "förfarandet att hålla akten tillgänglig i konkurrensmål syftar till att göra det möjligt för den som erhåller ett meddelande om anmärkningar att ta reda på vilken bevisning som förekommer i kommissionens akt för att kunna uttala sig om de slutsatser som kommissionen kommit fram till i meddelandet om anmärkningar" (punkt 30 i den överklagade domen).

16 Förstainstansrätten har vidare erinrat om att meddelandet om anmärkningar, i enlighet med de ovan nämnda förpliktelser som kommissionen ålagt sig, innehöll en bilagd lista som sammanfattade samtliga de 2 095 handlingar som utgjorde kommissionens akt, med preciseringar för varje handling eller grupp av handlingar om denna eller dessa var eller inte var tillgängliga för sökandena, och som angav sex kategorier av dokument som sökandena inte kunde få ut: för det första, kommissionens helt interna handlingar; för det andra, viss korrespondens med medlemsstaterna; för det tredje, viss korrespondens med företag som inte är parter i målet; för det fjärde vissa publicerade studier och informationer; för det femte, vissa granskningsrapporter; för det sjätte, ett svar på en begäran om upplysningar, i enlighet med artikel 11 i förordning nr 17 (punkterna 31 och 32 i den överklagade domen).

17 I artikel 33 skriver förstainstansrätten:

"av denna undersökning framgår att sökandena inte med framgång kan klaga på att kommissionen inte utgett vissa helt interna dokument som förstainstansrätten redan bestämt inte behöver lämnas ut. Samma lösning gäller korrespondensen med medlemsstaterna. Samma sak gäller de publicerade studierna och dokumenten. Samma lösning bör användas vad gäller granskningsrapporterna, svaret på en förfrågan till kommissionen eller viss korrespondens med företag som inte var parter i målet, vilka kommissionen hade rätt att vägra att lämna ut på grund av dessas konfidentiella karaktär. Ett företag som får ett meddelande om anmärkningar och som är i dominerande ställning på marknaden är av detta skäl böjt att vidta hämndåtgärder mot konkurrerande företag, leverantörer eller kunder som har samarbetat med kommissionen under dennas undersökning. Av samma anledning kan sökandena inte hävda att det är fel att det klagomål som kommissionen behandlat på grundval av artikel 3 i förordning nr 17, endast delvis ställts till deras förfogande (dokumenten 1—233). Följaktligen är kommissionens vägran att lämna ut de dokumenten inte i det aktuella fallet av sådan art att den påverkar beslutets lagenlighet".

18 Till stöd för detta yrkande har klagandena i första hand åberopat att förstainstansrätten gjort fel när den funnit att kommissionen fullgjort sin skyldighet att ge ut samtliga dokument till fördel och nackdel som fanns i dennas akter och som inte var av konfidentiell karaktär.

19 I andra hand har klagandena hävdat att förstainstansrätten själv borde ha undersökt de dokument som fanns i akten.

20 Slutligen har klagandena kritiserat det faktum att förstainstansrätten godkänt att kommissionen inte lämnat ut vissa dokument av det enda och otillräckliga motivet att om så skulle ske kunde den som lämnat uppgifterna bli utsatt för hämndåtgärder. Omständigheten att man kategoriskt vägrar dem tillgång till informationen i ett dokument som inte är konfidentiellt i strikt mening innebär, enligt klagandena, att proportionalitetsprincipen överträds.

21 För att undersöka om den åberopade grunden är välgrundad skall det först erinras om att respekten för rätten till försvar bland annat kräver att det berörda företaget fått möjlighet att framföra sin synpunkt på de dokument som kommissionen använt till stöd för sitt påstående om förekomsten av en överträdelse (domstolens dom av den 9 november 1983, Michelin mot kommissionen, 322/81, Rec. s. 3461, punkt 7).

22 Förstainstansrätten har därefter konstaterat att klagandena inte har ifrågasatt att rätten utan att åsidosätta principen om rätten till försvar, kunnat fastställa att kommissionen inte varit skyldig att lämna ut interna dokument och annan konfidentiell information. Klagandena har inskränkt sig till att klandra förstainstansrätten för att ha åsidosatt denna princip genom att ange att de dokument som nämnts i punkt 33 i den överklagade domen ingick i de specificerade kategorier som inte skulle lämnas ut eller, då den i varje fall inte tillräckligt har motiverat denna slutsats.

23 Slutligen är det, såsom generaladvokaten anmärkt i punkt 125 i sitt förslag till avgörande, så att klagandena inte inför förstainstansrätten åberopat att dokument till deras fördel inte lämnats ut, utan den omständigheten att de dokument som inte lämnats ut skulle ha kunnat vara till nytta för deras argumentation. De har hävdat att kriteriet för huruvida ett dokument skall lämnas ut borde vara dess konfidentiella karaktär och inte dess eventuella användning av kommissionen (punkt 22 i den ifrågasatta domen).

24 Det skall således undersökas om förstainstansrätten hade grund för att konstatera att de dokument som inte lämnats ut hörde till de kategorier av handlingar som kommissionen med rätta kunde vägra att lämna ut på grund av dessas konfidentiella karaktär.

25 Vad gäller kommissionens vägran att till klagandena lämna ut helt interna dokument, korrespondensen med medlemsstaterna och de studier och informationer som publicerats, räcker det att anmärka att förstainstansrätten med rätta kunnat konstatera, dels att de två första kategorierna av dokument hade en konfidentiell karaktär, dels att den andra kategorin rörde dokument som per definition var tillgängliga för klagandena.

26 Vad gäller korrespondensen med företag som inte var parter i målet och svaret på en begäran om upplysningar skall det anmärkas att ett företag i en dominerande ställning på marknaden är böjt att vidta hämndåtgärder mot konkurrenter, leverantörer eller kunder som samarbetat med kommissionen under dennas undersökning. Därav följer att under sådana förhållanden är företag som inte är parter i målet och som under kommissionens undersökning förser kommissionen med dokument som de tror kan leda till att de utsätts för hämndåtgärder, endast kan göra det om de vet att deras begäran om konfidentiell handläggning respekteras.

27 Förstainstansrätten har alltså gjort rätt i att fastställa att kommissionen kunde vägra att lämna ut handlingar på grund av deras konfidentiella karaktär.

28 Vad gäller granskningsrapporterna har klagandena i sitt överklagande erkänt att det handlar om granskningar som utförts hos företag som inte var parter i målet. I detta avseende räcker det att anmärka att dokument som kan lämna

uppgifter om överträdelser som andra gjort, och som inte har någon anknytning till det aktuella fallet, inte kan lämnas ut till klagandena.

29 Vad gäller klagandenas anmärkningar mot förstainstansrätten att denna inte tillräckligt skulle ha motiverat sitt beslut rörande kommissionens vägran att till dem lämna ut de ovannämnda dokumenten, skall det anmärkas att deras påståenden rörande ett påstått brott mot rätten till försvar endast presenteras "på ett tvivelaktigt och hypotetiskt sätt", såsom framgår av förstainstansrättens konstateranden i punkt 35 i den ifrågasatta domen.

30 Med hänsyn till detta konstaterande visar resonemanget i den ifrågasatta domen, såsom det sammanfattats ovan (punkterna 14—17), klart förstainstansrättens motiv för att förkasta dessa påståenden. Man kan under dessa omständigheter inte heller, såsom klagandena, kritisera förstainstansrätten för att den översiktligt undersökt arten av dokumenten i fallet utan att på eget initiativ undersöka varje dokument, som inte lämnats ut, för att bedöma kommissionens argument för att inte lämna ut dem.

31 Klagandena har också klandrat förstainstansrätten för att den inte har bedömt att kommissionen åtminstone borde ha försett dem med en icke konfidentiell sammanfattning av vissa dokument.

32 Även denna anmärkning bör förkastas. Det har inte visats att klagandena begärt en sådan sammanfattning och inte heller att en sådan begäran var berättigad.

33 Av allt det ovanstående framgår att klagandena inte har grund för sitt påstående att förstainstansrätten brutit mot principen om respekt för rätten till försvar och den tredje grunden skall därför avslås som ogrundad.

Angående andrahandsgrunden

34 Då det rör en andrahandsgrund räcker det med att anmärka att det inte är domstolens uppgift att, när den uttalar sig om rättsfrågor inom ramen för ett överklagande, genom en skälighetsbedömning jämka de bötesbelopp som förstainstansrätten, i sin fulla domsrätt, fastställt.

35 Eftersom inte någon av de anförda grunderna kan godtas, skall överklagandet ogillas i sin helhet.

Rättegångskostnader

36 Enligt artikel 69.2 i rättegångsreglerna rörande förfarandet vid överklagande enligt artikel 118 skall den part som förlorar målet ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom klagandena förlorat målet skall de ersätta samtliga rättegångskostnader i denna instans, däri inbegripet intervenientens kostnader.

På dessa grunder beslutar

DOMSTOLEN (sjätte avdelningen)

1) Överklagandet ogillas.

2) Klagandena förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, däri inbegripet intervenientens kostnader.

Schockweiler Kapteyn Mancini

Kakouris Murray

Avkunnad vid offentlig förhandling i Luxemburg den 6 april 1995.

R. Grass F.A. Schockweiler

Justitiesekreterare Ordförande på sjätte avdelningen