

ARREST VAN HET GERECHT (Eerste kamer)

19 mei 1999 *

In zaak T-175/95,

BASF Coatings AG, voorheen **BASF Lacke und Farben AG**, vennootschap naar Duits recht, gevestigd te Münster-Hiltrup (Duitsland), vertegenwoordigd door **F. Hermanns**, advocaat te Düsseldorf, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ten kantore van **Loesch en Wolter**, advocaten aldaar, Rue Goethe 11,

verzoekster,

tegen

Commissie van de Europese Gemeenschappen, aanvankelijk vertegenwoordigd door **B. Langeheine** en vervolgens door **W. Wils**, leden van haar juridische dienst, als gemachtigden, bijgestaan door **H.-J. Freund**, advocaat te Brussel, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg bij **C. Gómez de la Cruz**, lid van haar juridische dienst, Centre Wagner, Kirchberg,

verweerster,

betreffende een verzoek om nietigverklaring van beschikking 95/477/EG van de Commissie van 12 juli 1995 inzake een procedure op grond van artikel 85 van

* Procestaal: Duits.

het Verdrag (BASF Lacke + Farben AG en SA Accinauto — zaak IV/33.802)
(PB L 272, blz. 16),

wijst

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Eerste kamer),

samengesteld als volgt: B. Vesterdorf, president, R. M. Moura Ramos en
P. Mengozzi, rechters,

griffier: J. Palacio González, administrateur

gezien de stukken en na de mondelinge behandeling op 13 januari en 2 april
1998,

het navolgende

Arrest

De feiten

Partijen en betrokken producten

- 1 BASF Coatings AG (hierna: „BASF” of „verzoekster”), voorheen BASF Lacke und Farben AG, vennootschap naar Duits recht, gevestigd te Münster-Hiltrup

(Duitsland), fabriceert onder meer autoreparatielakken van het merk Glasurit. In 1991 bedroeg haar omzet 1 668 miljoen DM, waarvan 314 miljoen DM uit de afzet van autoreparatielakken wereldwijd en 243 miljoen DM uit de afzet daarvan binnen de Gemeenschap.

- 2 Glasurit-producten worden gedistribueerd door:
 - dochterondernemingen van BASF in Nederland, Italië, Frankrijk, Spanje, het Verenigd Koninkrijk, Ierland, Oostenrijk, Zweden en Finland;
 - zelfstandige alleenvertegenwoordigers in België, Luxemburg, Denemarken en Portugal;
 - vijf regionale alleenverkopers in Duitsland;
 - een zelfstandige vertegenwoordiger zonder alleenverkooprecht in Griekenland.
- 3 Accinauto SA (hierna: „Accinauto”) is een te Brussel gevestigde vennootschap naar Belgisch recht. Sinds 1937 verkoopt zij autoreparatielakken van het BASF-concern in België en Luxemburg. Sinds 1974 is zij alleenverkoper van Glasurit-producten in dat contractgebied. In het belastingjaar 1991 bedroeg haar omzet

738 miljoen BFR, waarvan circa 85 % met de verkoop van BASF-producten werd behaald.

- 4 In het Verenigd Koninkrijk en Ierland worden de autoreparatielakken van het BASF-concern gedistribueerd door BASF Coating and Inks Ltd (hierna: „BASF C & I”), een volledige dochteronderneming van het BASF-concern.

- 5 Autoreparatielakken moeten worden onderscheiden van lakken voor nieuwe voertuigen, ofschoon zij dezelfde samenstelling hebben en op dezelfde productiebanden worden vervaardigd. Lakken voor nieuwe voertuigen zijn bestemd voor autofabrikanten, terwijl reparatielakken door garages worden afgenomen. Reparatielakken worden dan ook in andere verpakkingen en hoeveelheden geleverd dan lakken voor nieuwe voertuigen.

- 6 In de periode 1985-1992 waren de netto consumentenprijzen voor autoreparatielakken, waaronder die van Glasurit-producten, in het Verenigd Koninkrijk gemiddeld hoger dan in België.

Verloop van de administratieve procedure

- 7 Op 28 januari 1991 dienden Ilkeston Motor Factories Ltd (hierna: „IMF”) en Calbrook Cars Ltd, twee in het Verenigd Koninkrijk gevestigde distributeurs van

autoreparatielakken, bij de Commissie een klacht in, waarin zij aanvoerden dat BASF en Accinauto de communautaire mededingingsregels overtraden.

- 8 Volgens klagsters kochten zij — IMF rechtstreeks en Calbrook Cars Ltd via IMF — sinds 1986 Glasurit-producten in bij Accinauto. In de zomer van 1990 zou Accinauto haar leveranties in opdracht van BASF hebben stopgezet. BASF en Accinauto zouden afspraken hebben gemaakt om de neveninvoer van Glasurit-producten in het Verenigd Koninkrijk te verhinderen.
- 9 Op 26 juni 1991 voerde de Commissie verificaties uit in de bedrijfsruimten van BASF, BASF C & I, Accinauto en Technipaint, een in 1982 door de bestuurders van Accinauto opgerichte vennootschap met dezelfde statutaire zetel.
- 10 Vervolgens verkreeg de Commissie van de verschillende partijen schriftelijke inlichtingen krachtens artikel 11 van verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962, Eerste verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag (PB 1962, blz. 204; hierna: „verordening nr. 17”).
- 11 Op 12 mei 1993 deelde de Commissie BASF en Accinauto haar punten van bezwaar mede.
- 12 Op 23 september 1993 werden de partijen in deze zaak gehoord.
- 13 Na het Raadgevend Comité voor mededingingsregelingen en economische machtsposities te hebben geraadpleegd, stelde de Commissie beschikking 95/477/EG van 12 juli 1995 inzake een procedure op grond van artikel 85 van

het Verdrag (BASF Lacke + Farben AG en SA Accinauto — zaak IV/33.802) vast (PB L 272, blz. 16; hierna: „bestreden beschikking”). Van deze beschikking is verzoekster op 21 juli 1995 kennisgeving gedaan. Inhoud van de bestreden beschikking

- 14 In het dispositief van de bestreden beschikking stelt de Commissie vast, dat de overeenkomst tussen BASF en Accinauto, op grond waarvan Accinauto van 8 oktober 1982 tot en met 31 december 1991 verplicht was aanvragen van klanten van buiten het contractgebied naar BASF door te sturen („Kundenanfragen weiterzuleiten”), in strijd was met artikel 85, lid 1, EG-Verdrag (thans artikel 81, lid 1, EG). Wegens hun deelneming aan de vastgestelde inbreuk legt de Commissie BASF een geldboete op van 2 700 000 ECU en Accinauto een geldboete van 10 000 ECU.

- 15 In de considerans van de beschikking vermeldt de Commissie, dat Accinauto zich in artikel 2, lid 2, eerste alinea, van de in juni-oktober 1982 gesloten alleenverkoopovereenkomst tussen BASF en Accinauto (hierna: „overeenkomst van 1982”), met terugwerkende kracht tot 1 januari 1981 ertoe verbindt aanvragen van klanten van buiten het contractgebied „door te sturen” naar BASF. Haars inziens moet deze uitdrukking aldus worden verstaan, dat diegene naar wie de bestellingen van de klanten worden „doorgestuurd”, in de plaats treedt van diegene die „doorstuurt”. Accinauto kan derhalve niet op eigen gezag besluiten tot levering aan klanten buiten België en Luxemburg. BASF beslist of en, zo ja, onder welke voorwaarden Accinauto, BASF of een derde aan deze bestellingen gevolg mag geven.

- 16 De Commissie benadrukt, dat haar uitlegging van artikel 2 van de overeenkomst wordt bevestigd door de wijze waarop partijen dit steeds hebben toegepast.

- 17 Toen IMF in maart 1986 voor het eerst contact opnam met Accinauto, zou deze laatste een „speciale vergunning” hebben gekregen om tot levering over te gaan. BASF zou deze vergunning aan Accinauto hebben verleend, omdat zij de nevenuitvoer van Glasurit-producten naar het Verenigd-Koninkrijk wilde „kanaliseren en normaliseren”. Dit moet in verband worden gebracht met de maatregelen die BASF in de jaren 1985-1986 tegen nevenuitvoer had getroffen. Gedurende negen maanden heeft zij toen de producten die via distributeurs in België, Nederland en Duitsland werden verkocht, van merktekens voorzien om te achterhalen langs welke kanalen de Glasurit-producten op de Britse markt terecht kwamen.
- 18 Volgens de Commissie had BASF Accinauto in juni 1989 verzocht de leveranties aan IMF en andere Britse afnemers stop te zetten. De beslissing de aanvankelijk geoorloofde nevenuitvoer naar het Verenigd-Koninkrijk stop te zetten, zou dus zijn genomen door BASF.
- 19 De Commissie stelt evenwel vast, dat Accinauto het haar door BASF opgelegde verbod negeerde. Vanaf juli 1989 zou Accinauto de verkopen aan IMF hebben gefactureerd via Technipaint en aldus buiten medeweten van BASF in het Verenigd Koninkrijk zijn blijven leveren.
- 20 Eind mei 1990 zou Accinauto haar leveranties aan IMF hebben beëindigd, nadat BASF haar controle had verscherpt. BASF C & I had laten doorschemeren, dat de neveninvoer steeds meer problemen opleverde, en had bewezen dat er een Belgische bron bestond.
- 21 Sindsdien zou Accinauto zich onvoorwaardelijk aan de overeenkomst van 1982 hebben gehouden. Volgens de Commissie zou pas op 1 januari 1992 een einde

zijn gekomen aan de inbreuk op de mededingingsregels. Op die datum is met terugwerkende kracht een nieuwe — door partijen op 14 december 1992 en 22 januari 1993 ondertekende — distributieovereenkomst in werking getreden. De gewraakte bepaling op grond waarvan Accinauto bestellingen van klanten van buiten het contractgebied naar BASF moest doorsturen, komt daarin niet meer voor.

- 22 Naar het oordeel van de Commissie wordt met artikel 2, lid 2, van de overeenkomst van 1982 beoogd en bewerkstelligd, dat de mededinging tussen Accinauto en andere leveranciers van autoreparatielakken van het merk Glasurit, met name tussen Accinauto en BASF C & I, wordt beperkt. Door deze overeenkomst kan de handel tussen de lidstaten ongunstig worden beïnvloed, daar de nevenuitvoer van Glasurit-producten van België naar het Verenigd Koninkrijk wordt beperkt.
- 23 De Commissie legt BASF en Accinauto geldboeten op, omdat het verbod van passieve verkopen in strijd is met de doelstelling een gemeenschappelijke markt tot stand te brengen en dit een bijzonder ernstige inbreuk vormt op het gemeenschapsrecht, dat op dit punt, maar ook ten aanzien van de betrokken producten en de betrokken markt, ondubbelzinnig is. Verder is zij van oordeel, dat BASF en Accinauto deze inbreuk opzettelijk hebben gepleegd.

Procesverloop

- 24 Bij op 25 september 1995 ter griffie van het Gerecht neergelegd verzoekschrift is het onderhavige beroep ingesteld.

- 25 In haar verzoekschrift vordert verzoekster de navolgende maatregelen tot organisatie van de procesgang:
- te gelasten, dat verzoeksters raadsman inzage krijgt in de oorspronkelijke stukken van verweerster betreffende de administratieve procedure;
 - subsidiair, te gelasten, dat verweerster het Gerecht de volledige stukken van de administratieve procedure overlegt teneinde de ontlastende omstandigheden te kunnen onderzoeken;
 - te gelasten, dat verzoekster een volledig, Duitstalig proces-verbaal van de hoorzitting van 23 september 1993 wordt verstrekt.
- 26 Bij overeenkomstig de artikelen 14 en 51 van het Reglement voor de procesvoering genomen beslissing van het Gerecht van 4 december 1997 is de zaak, die aanvankelijk aan de Eerste kamer in uitgebreide samenstelling was toegewezen, naar de Eerste kamer verwezen.
- 27 Op rapport van de rechter-rapporteur heeft het Gerecht (Eerste kamer) beslist, dat er geen gronden waren om de door verzoekster voorgestelde maatregelen tot organisatie van de procesgang te gelasten. Tevens heeft het Gerecht besloten, zonder andere maatregelen tot organisatie van de procesgang of maatregelen van instructie tot de mondelinge behandeling over te gaan.
- 28 Partijen zijn ter terechtzitting van 13 januari 1998 in hun pleidooien en hun antwoorden op de mondelinge vragen van het Gerecht gehoord.

- 29 Naar aanleiding van de ambtsaanvaarding van een nieuw lid van het Gerecht is bij beslissing van het Gerecht van 10 maart 1998 de samenstelling van de Eerste kamer gewijzigd.
- 30 Gelet op artikel 33, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering heeft het Gerecht (Eerste kamer) in nieuwe samenstelling bij beschikking van 13 maart 1998 overeenkomstig artikel 62 van genoemd reglement de heropening van de mondelinge behandeling gelast.
- 31 Partijen zijn niet verschenen ter terechtzitting van 2 april 1998. Op voorstel van verzoekster heeft het Gerecht, verweerster gehoord, partijen toegestaan naar hun pleidooien van 13 januari 1998 te verwijzen zonder opnieuw te worden gehoord en schriftelijke weergaven van deze pleidooien neer te leggen; deze zijn op 14 april 1998 ter griffie ingeschreven.

Conclusies van partijen

- 32 Verzoekster concludeert dat het het Gerecht behage:
- de bestreden beschikking nietig te verklaren voor zover zij verzoekster betreft;
 - subsidiair, de verzoekster bij artikel 2 van de beschikking opgelegde geldboete in te trekken dan wel te verminderen;

— verweerster in de kosten te verwijzen;

— verweerster te gelasten de kosten te vergoeden van de bankgarantie die verzoekster heeft moeten stellen tot zekerheid van de betaling van de geldboete.

33 Verweerster concludeert dat het het Gerecht behage:

— het beroep te verwerpen;

— verzoekster in de kosten te verwijzen.

De vordering tot nietigverklaring van de bestreden beschikking

34 Tot staving van haar beroep voert verzoekster drie middelen aan. Het eerste is ontleend aan schending van wezenlijke vormvoorschriften wegens miskenning van de rechten van de verdediging. Dit middel valt in twee onderdelen uiteen: 1) weigering inzage te verlenen in het dossier van de Commissie en 2) het ontbreken van een Duitse vertaling van het volledige proces-verbaal van de hoorzitting. Volgens het tweede middel is artikel 85, lid 1, van het Verdrag geschonden doordat de Commissie ten onrechte heeft vastgesteld, dat de overeenkomst van 1982 in strijd was met die bepaling. Het derde middel ten slotte, ontleend aan misbruik van bevoegdheid, houdt in dat de Commissie haar discretionaire bevoegdheid tot vaststelling van de hoogte van de geldboete op onjuiste wijze heeft uitgeoefend.

Het middel inzake schending van wezenlijke vormvoorschriften

Eerste onderdeel van het middel: weigering inzage te verlenen in het dossier

— Argumenten van partijen

- 35 Verzoekster stelt, dat in de administratieve procedure haar rechten van de verdediging zijn geschonden, doordat de Commissie heeft geweigerd inzage te verlenen in het volledige dossier dat in de loop van die procedure is aangelegd. Omwille van het contradictoire karakter van de procedure van verordening nr. 17 moet de Commissie de raadslieden van de betrokken ondernemingen in de gelegenheid stellen het oorspronkelijke dossier te bestuderen en stukken daaruit te gebruiken ter onderbouwing van hun argumenten. De Commissie kan niet zelf uitmaken, welke stukken nuttig zijn voor de verdediging.
- 36 Volgens verzoekster had de Commissie bij de mededeling van de punten van bezwaar slechts kopieën gevoegd van een deel van de stukken waarover zij beschikte, te weten een overzicht van de stukken in het dossier, alsmede 19 aanhangsels en drie afzonderlijke ordners met bijlagen. Uit dit overzicht bleek onvoldoende om wat voor stukken het ging; de stukken zouden naar het oordeel van de Commissie zakengeheimen van klaagsters bevatten of interne documenten van verweerster zijn. Verder was de paginanummering van de verstrekte kopieën ofwel weggefallen ofwel onleesbaar, zodat verzoekster niet kon nagaan, of de kopieën volledig en conform het origineel waren.
- 37 Dat in het mandaat van de raadsadviseur-auditeur een nieuwe bepaling is opgenomen op grond waarvan ondernemingen zich via hem ervan kunnen vergewissen, dat de ter beschikking gestelde kopieën conform het origineel zijn, bewijst dat verweerster heeft erkend, dat haar handelwijze op het punt van de

inzage in dossiers tot rechtsonzekerheid leidt. Uit het bij de memorie van repliek gevoegde document van de Internationale Kamer van Koophandel te Parijs blijkt, dat deze mening in Europese economische kringen wordt gedeeld.

- 38 Met de afwijzing van het verzoek om verzoeksters raadsman inzage te verlenen in het oorspronkelijke dossier en hem in de gelegenheid te stellen kopieën te maken van de niet-overgelegde stukken, is de Commissie in casu de ingevolge de rechtspraak van het Gerecht op haar rustende verplichtingen niet nagekomen (arresten Gerecht van 17 december 1991, Hercules Chemicals/Commissie, T-7/89 Jurispr. blz. II-1711, punt 54; 18 december 1992, Cimenteries CBR e.a./Commissie, T-10/92, T-11/92, T-12/92 en T-15/92, Jurispr. blz. II-2667, punt 38; 1 april 1993, BPB Industries en British Gypsum/Commissie, T-65/89, Jurispr. blz. II-389, punt 30, en 29 juni 1995, Solvay/Commissie, T-30/91, Jurispr. blz. II-1775, punten 59 en 81).
- 39 Volgens verzoekster kon geen van de toegezonden documenten als ontlastend worden beschouwd. De Commissie heeft dus vermoedelijk bewust essentiële delen van het dossier achtergehouden die van belang waren voor verzoeksters verdediging. Zij neemt dan ook aan, dat uit een aantal niet overgelegde stukken zou kunnen blijken, dat in de jaren 1986-1991 niets is ondernomen tegen de neveninvoer van Glasurit-producten.
- 40 De Commissie meent de uit de rechtspraak van het Hof en het Gerecht (reeds aangehaalde arresten Hercules Chemicals/Commissie, punt 54, Cimenteries CBR e.a./Commissie, punt 41, en BPB Industries en British Gypsum/Commissie, punt 31, alsmede, in hogere voorziening, arrest Hof van 6 april 1995, BPB Industries en British Gypsum/Commissie, C-310/93 P, Jurispr. blz. I-865), voortvloeiende inzageregels in casu volstrekt juist te hebben toegepast. Haars inziens geeft deze rechtspraak verzoekster niet het recht het dossier in te zien om na te

gaan of de kopieën volledig en conform het origineel zijn en zich ervan te vergewissen, dat alle belastende en ontlastende stukken zijn toegezonden.

- 41 Toezending hangt niet af van de vraag, of de stukken belastend dan wel ontlastend zijn. De Commissie zegt verzoekster een volledig overzicht van alle stukken uit het dossier te hebben verstrekt, alsmede kopieën van alle stukken, met uitzondering van de vertrouwelijke. Aangezien alle stukken die verzoekster niet of slechts ten dele mocht inzien, voldoende duidelijk en specifiek in dat overzicht waren vermeld, was er in casu geen sprake van een totale weigering stukken vrij te geven, zoals de Commissie werd verweten in het arrest Solvay/Commissie, reeds aangehaald (punten 94 en 95), en het arrest van het Gerecht van 29 juni 1995, ICI/Commissie (T-36/91, Jurispr. blz. II-1847, punten 100 en 104).
- 42 De Commissie benadrukt, dat verzoekster niet heeft verzocht om inzage in specifieke in het overzicht vermelde stukken, die haar niet waren toegezonden omdat zij zakengeheimen van Accinauto en bepaalde derde ondernemingen bevatten. Indien verzoekster wel een dergelijk verzoek had gedaan, had de Commissie de betrokken ondernemingen kunnen raadplegen om te bepalen, in hoeverre zij inzage in de betrokken documenten had kunnen verlenen zonder inbreuk op het recht van die ondernemingen op bescherming van hun zakengeheimen.
- 43 Verder wijst zij erop, dat verzoekster geen gebruik heeft gemaakt van de haar bij brief van 15 september 1993 voorgestelde mogelijkheid, zich tot de raadsadviseur-auditeur te wenden om bevestigd te krijgen dat het overzicht volledig was.
- 44 De Commissie is dan ook van mening, dat verzoeksters veronderstelling dat voor haar verdediging van belang zijnde stukken zijn achtergehouden, enkel op

speculaties en vermoedens berust. Verzoekster levert geen bewijzen, dat dergelijke documenten daadwerkelijk bestaan.

— Beoordeling door het Gerecht

- 45 Volgens de rechtspraak is de procedure voor inzage in het dossier in mededingingszaken bedoeld om degenen tot wie de mededeling van de punten van bezwaar is gericht, in staat te stellen kennis te nemen van de bewijselementen in het dossier van de Commissie, opdat zij op basis van deze elementen zinvol kunnen reageren op de conclusies waartoe de Commissie in de mededeling van de punten van bezwaar is gekomen. Inzage in het dossier is dus één van de procedurele waarborgen ter bescherming van de rechten van de verdediging, in het bijzonder ter verzekering van de daadwerkelijke uitoefening van het recht te worden gehoord, bedoeld in artikel 19, leden 1 en 2, van verordening nr. 17. De Commissie moet de bij een procedure op grond van artikel 85, lid 1, van het Verdrag betrokken ondernemingen inzage verlenen in alle belastende en ontlastende stukken die zij in de loop van het onderzoek heeft vergaard, behoudens zakengeheimen van andere ondernemingen, interne documenten van de instelling en andere vertrouwelijke informatie (reeds aangehaalde arresten Hercules Chemicals/Commissie, punt 54, Cimenteries CBR e.a./Commissie, punten 38 en 41, BPB Industries en British Gypsum/Commissie van 1 april 1993, punten 29 en 30, en Solvay/Commissie, punt 59).
- 46 Gelet op het algemene beginsel van procedurele gelijkheid, dat vereist dat in een mededingingszaak de betrokken onderneming op gelijke voet met de Commissie kennis heeft van het in de procedure gebruikte dossier, is het niet aan de Commissie om uit te maken, of de in het kader van de instructie van de zaak in beslag genomen documenten de betrokken onderneming disculpeerden. Bijgevolg moet de Commissie ten minste een voldoende gedetailleerde lijst opstellen van de niet bij de mededeling van de punten van bezwaar gevoegde stukken, zodat de

betrokken onderneming inzage kan vragen in specifieke stukken die dienstig zouden kunnen zijn voor haar verdediging (arrest Solvay/Commissie, reeds aangehaald, punten 83 en 101).

- 47 In casu heeft de Commissie verzoekster een overzicht van de stukken in het dossier gezonden, alsmede 19 aanhangsels en drie ordners met bijlagen, met daarin kopieën van stukken die verzoekster mocht inzien.
- 48 Uit het overzicht van de 1336 bladzijden van het dossier van de Commissie blijkt, dat de documenten of groepen documenten in twaalf respectievelijk zes categorieën waren ingedeeld, naargelang de aard van de inhoud c.q. de mate van vertrouwelijkheid. De in categorie F ingedeelde documenten kwamen in hun geheel niet voor inzage in aanmerking. Eén document, ingedeeld in categorie D, kon verzoekster ten dele inzien. De lijst noemde het aantal pagina's van elk document en de datum waarop het was opgemaakt, met uitzondering van, wat de niet-overgelegde documenten betreft, de documenten met de paginanummers 97, 103-105, 108-110, 167, 171, 622-626, 690 en 897-899.
- 49 Na de ontvangst van dit overzicht, dat haar met de mededeling van de punten van bezwaar was toegezonden, heeft verzoekster de Commissie niet specifiek verzocht om inzage in een of meer documenten die niet ter beschikking waren gesteld. In haar brief van 16 juni 1993 eiste zij immers enkel inzage in het gehele oorspronkelijke dossier van de Commissie, stellende dat zij slechts kopieën van een deel van de in de loop van de instructie vergaarde stukken had ontvangen en dat zij wegens de slecht leesbare paginanummering moeilijk kon nagaan, of de kopieën volledig en conform het origineel waren.
- 50 Onder deze omstandigheden moet worden vastgesteld, dat de weigering van de Commissie om verzoeksters raadsman inzage te verlenen in het oorspronkelijke dossier, in een andere context heeft plaatsgevonden dan in de zaken naar

aanleiding waarvan de arresten Solvay/Commissie en ICI/Commissie zijn geweest. Anders dan verzoeksters in die zaken, beschikte BASF over een door ambtenaren van de Commissie opgestelde lijst waarin alle stukken van het dossier, ook de niet -toegezonden stukken, waren vermeld. Deze lijst stelde verzoekster voldoende in staat kennis te nemen van het bestaan van de betrokken documenten en eventueel aan te vechten, dat de Commissie haar bepaalde documenten niet had toegezonden, waaronder de bijlagen bij de klacht en de bij Accinauto aangetroffen documenten, die wellicht dienstig konden zijn voor haar verdediging.

- 51 Daar verzoekster geen verzoek heeft gedaan met vermelding van de herkomst of categorie van de niet-toegezonden documenten die zij wenste in te zien, heeft zij de Commissie niet de gelegenheid geboden haar een antwoord te geven volgens de methoden die de Commissie moet toepassen wanneer zij de betrokken onderneming inzage geeft in stukken die zakengeheimen van derde ondernemingen of andere bij de procedure betrokken ondernemingen bevatten. Onder de omstandigheden van dit geval kan het Gerecht de Commissie niet verwijten, dat zij niet een in de punten 92 en 93 van het arrest Solvay/Commissie genoemde methode heeft gebruikt, te weten: niet-vertrouwelijke versies vervaardigen van alle documenten die zakengeheimen van klagsters of van Accinauto bevatten of, indien dit moeilijkheden oplevert, contact opnemen met deze ondernemingen om documenten te verkrijgen waaruit de gevoelige gegevens zijn verwijderd.
- 52 De Commissie heeft verzoeksters verzoek om inzage in het gehele dossier dus wel degelijk kunnen afwijzen op grond van haar geheimhoudingsplicht ten aanzien van bepaalde documenten.
- 53 Daar BASF ook voor het Gerecht niet nader heeft aangegeven, welke documenten ten onrechte als vertrouwelijk zouden zijn aangemerkt, dan wel van welke

documenten zij een niet-vertrouwelijke versie had willen ontvangen, heeft zij niet het nut van de door haar gevorderde maatregelen tot organisatie van de procesgang aangetoond.

- 54 Verzoeksters loutere bewering, dat zich onder de toegezonden stukken geen enkel ontlastend stuk bevond, bewijst immers niet, dat er wel dergelijke stukken waren onder de stukken die de Commissie terecht niet had toegezonden met een beroep op het vertrouwelijke karakter ervan (reeds aangehaalde arresten BPB Industries en British Gypsum/Commissie van 1 april 1993, punt 33, en BPB Industries en British Gypsum/Commissie van 6 april 1995, punt 27).
- 55 De gevorderde maatregel tot organisatie van de procesgang, inhoudende dat verweerster wordt gelast verzoekster inzage te geven in het gehele dossier, kan derhalve niet worden toegewezen.
- 56 Wanneer een onderneming voorts geen specifieke feiten of omstandigheden aanvoert op grond waarvan aan het vertrouwelijke karakter van bepaalde stukken in het dossier kan worden getwijfeld, is het niet de taak van de gemeenschapsrechter om elk achtergehouden document te raadplegen en aldus de door de Commissie aangevoerde argumenten om deze niet over te leggen, te toetsen (arrest BPB Industries en British Gypsum/Commissie van 6 april 1995, punt 30).
- 57 Bijgevolg zijn er evenmin gronden voor toewijzing van de subsidiair gevorderde maatregel tot organisatie van de procesgang, inhoudende dat de Commissie wordt gelast het gehele dossier ter beschikking te stellen van het Gerecht.
- 58 Ten aanzien van verzoeksters argument dat de paginanummering van de toegezonden kopieën was weggevallen of onleesbaar was, zodat zij niet kon

nagaan of deze volledig en conform het origineel waren, moet worden erkend, dat een gebrek aan zorgvuldigheid bij het kopiëren van documenten en het nummeren van pagina's afbreuk kan doen aan de leesbaarheid. De in casu aangevoerde tekortkomingen in de paginanummering kunnen in casu evenwel niet als aantasting van de rechten van de verdediging worden aangemerkt. Verzoekster stelt namelijk niet, dat de Commissie heeft geweigerd haar goed leesbare en correct genummerde kopieën te verstrekken, en in tegenstelling tot hetgeen haar is voorgesteld, heeft zij zich niet tot de raadsadviseur-auditeur gewend om te doen nagaan, of het gehele originele dossier was gekopieerd.

- 59 Het argument dat de door de Commissie ingestelde procedures voor inzage in de dossiers onderhevig waren aan kritiek, met name van de Internationale Kamer van Koophandel te Parijs, en dat deze kritiek ten tijde van de vaststelling van besluit 94/810/EGKS, EG van de Commissie van 12 december 1994 betreffende het mandaat van de raadadviseur-auditeur in mededingingsprocedures voor de Commissie (PB L 330, blz. 67), gegrond werd geacht, moet eveneens worden afgewezen. Dergelijke algemene argumenten zijn nog geen bewijs van een feitelijke schending van de rechten van de verdediging; zulks moet aan de hand van de specifieke omstandigheden van elk concreet geval worden onderzocht (arrest Solvay/Commissie, reeds aangehaald, punt 60).
- 60 Mitsdien moet het eerste onderdeel van het middel worden verworpen.

Tweede onderdeel: het ontbreken van een Duitse vertaling van het volledige proces-verbaal van de hoorzitting

— Argumenten van partijen

- 61 Verzoekster stelt, dat de Commissie artikel 3 van verordening nr. 1 van de Raad van 15 april 1958 tot regeling van het taalgebruik in de Europese Economische

Gemeenschap (PB 1958, blz. 385), heeft geschonden, door haar geen volledig in het Duits gestelde versie van het proces-verbaal van de hoorzitting van 23 september 1993 ter beschikking te stellen. Genoemd artikel bepaalt: „De stukken die door de instellingen aan een lidstaat of aan een persoon ressorterende onder de jurisdictie van een lidstaat worden gezonden, worden gesteld in de taal van die staat.”

- 62 . Volgens verzoekster is het proces-verbaal van de hoorzitting een processtuk als bedoeld in artikel 19, lid 1, van verordening nr. 17 en artikel 2, lid 1, van verordening nr. 99/63/EEG van de Commissie van 25 juli 1963 over het horen van belanghebbenden en derden overeenkomstig artikel 19, leden 1 en 2, van verordening nr. 17 (PB 1963, blz. 2268). Als belanghebbende onderneming heeft zij recht op een proces-verbaal in de taal van de lidstaat waaronder zij ressorteert (arrest Hof van 15 juli 1970, ACF Chemiefarma/Commissie, 41/69, Jurispr. blz. 661, punten 48 en 49).
- 63 Omdat zij niet beschikte over een op schrift gestelde vertaling van de verklaringen van de andere gehoorde die op de hoorzitting Frans of Engels spraken, met name van de vertegenwoordigers van Accinauto, de ondernemingen die een klacht hadden ingediend en de lidstaten, heeft zij haar verdediging in de administratieve procedure niet goed kunnen voorbereiden. De Commissie heeft tijdens de hoorzitting weliswaar voor een simultaanvertaling van deze verklaringen gezorgd, doch een Duitse vertaling van het gehele proces-verhaal is van essentieel belang om inzicht te krijgen in de tegen verzoekster ingebrachte punten van bezwaar, met name om de ter hoorzitting aan de orde gestelde feiten op te helderen met haar personeelsleden die daarbij niet aanwezig waren. Aldus zijn haar rechten van de verdediging geschonden.
- 64 De Commissie is daarentegen van mening, dat het proces-verbaal van de hoorzitting geen „stuk” is in de zin van artikel 3 van verordening nr. 1 van 15 april 1958. In zaken betreffende de toepassing van de mededingingsregels heeft de rechtspraak uitsluitend de mededeling van de punten van bezwaar en de beschikkingen in de administratieve procedure als zodanig aangemerkt. Het

proces-verbaal dient om de opmerkingen van de vertegenwoordigers van de verschillende partijen vast te leggen en wordt hun enkel toegezonden opdat zij kunnen nagaan, of hun eigen verklaringen juist zijn opgenomen (arrest Gerecht van 14 juli 1994, Parker Pen/Commissie, T-77/92, Jurispr. blz. II-549, punten 72-75). Het is geen stuk dat wordt opgemaakt ten behoeve van de bij de procedure betrokken ondernemingen.

- 65 Er is in elk geval geen sprake van een proceduregebrek, daar hetgeen verzoekster tijdens de hoorzitting heeft verklaard, in het Duits is weergegeven en zij niet heeft gesteld, dat het proces-verbaal met betrekking tot haar wezenlijke onjuistheden of omissies bevat.

— Beoordeling door het Gerecht

- 66 Er zij aan herinnerd, dat ingevolge artikel 9, lid 4, van verordening nr. 99/63 van 25 juli 1963 „van de essentiële verklaringen van ieder, die gehoord is, proces-verbaal [wordt] opgemaakt, dat na lezing door hem wordt getekend”.
- 67 In casu staat vast, dat verzoekster deugdelijk kennis heeft kunnen nemen van de kern van haar eigen verklaringen ter hoorzitting van 23 september 1993, welke in het Duits in het proces-verbaal zijn opgenomen, en dat zij niet heeft gesteld, dat dit met betrekking tot haar wezenlijke onjuistheden of omissies bevatte.
- 68 Bovendien ontkent verzoekster niet, dat zij hetgeen tijdens de hoorzitting door anderen is verklaard, dankzij de simultaanvertaling heeft kunnen volgen.

- 69 Verzoekster kan niet op grond van het ontbreken van een vertaling van de delen van het proces-verbaal die in een andere taal zijn gesteld dan de taal van de lidstaat waaronder zij ressorteert, doen vaststellen, dat haar rechten van de verdediging zijn geschonden. Het ontbreken van een vertaling kan in casu immers geen nadelige gevolgen hebben die de administratieve procedure ongeldig zouden kunnen maken (reeds aangehaalde arresten ACF Chemiefarma/Commissie, punt 52, en Parker Pen/Commissie, punt 74).
- 70 De moeilijkheden die verzoekster bij de voorbereiding van haar verdediging zou hebben ondervonden, veranderen niets aan deze vaststelling, daar zij tijdens de hoorzitting was vertegenwoordigd en de Commissie haar een schriftelijke weergave van de verklaringen van de andere aanwezigen in de oorspronkelijke taal ter beschikking heeft gesteld.
- 71 Het tweede onderdeel van het middel moet derhalve worden verworpen. Dit betekent, dat het middel inzake schending van wezenlijke vormvoorschriften in zijn geheel moet worden verworpen.

Het middel inzake schending van artikel 85, lid 1, van het Verdrag, doordat de Commissie ten onrechte heeft vastgesteld, dat de overeenkomst van 1982 in strijd was met die bepaling

- 72 Verzoekster betwist, zakelijk weergegeven, dat de overeenkomst van 1982 een met artikel 85, lid 1, van het Verdrag strijdige afspraak was, bedoeld om de neveninvoer van Glasurit-producten in het Verenigd Koninkrijk te verhinderen. De Commissie heeft ernstige beoordelingsfouten gemaakt, en wel in de eerste plaats bij haar uitlegging van artikel 2, lid 2, van de overeenkomst, in de tweede plaats waar zij concludeert, dat haar uitlegging van de overeenkomst wordt bevestigd door de wijze waarop partijen daaraan uitvoering gaven, in de derde

plaats in haar onderzoek van de gevolgen van de overeenkomst voor de mededinging en de handel tussen de lidstaten, en in de vierde plaats ten aanzien van de datum waarop de vermeende inbreuk op de mededingingsregels zou zijn beëindigd.

Eerste onderdeel: uitlegging van artikel 2, lid 2, van de overeenkomst van 1982

— Argumenten van partijen

- 73 Verzoekster stelt, dat de uitdrukking „doorsturen van aanvragen van klanten” in artikel 2, lid 2, van de overeenkomst van 1982 uitsluitend doelt op het doorsturen van informatie waarmee zij haar distributiebeheer en haar handelsstrategie beter kan plannen en kan voldoen aan haar verplichting om in geval van leveringsproblemen voor een gelijkmatige bevoorrading van de markt te zorgen.
- 74 Zowel in lid 1 als in lid 2 van artikel 2 betekent „doorsturen” volgens haar „informereren”. Dat artikel spreekt geenszins van een verplichting om bestellingen door te sturen, aangezien deze impliciet voortvloeit uit het krachtens artikel 1 aan Accinauto verleende alleenverkooprecht in het contractgebied. Verder heeft artikel 2 slechts betrekking op „aanvragen” van klanten, waarbij het enkel gaat om het verkrijgen van inlichtingen over de leveringsmogelijkheden of -voorwaarden. Het geldt dus niet voor bestellingen van klanten.
- 75 Volgens verzoekster verlangt artikel 2, lid 2, van de overeenkomst nergens haar toestemming voor verkopen buiten het contractgebied van Accinauto. Hiertoe volstaat het, de formulering van de gewraakte bepaling te vergelijken met de tekst

van het voorbehoud inzake goedkeuring door de fabrikant in een eveneens in 1982 met verzoekster gesloten distributieovereenkomst voor de regio Nigeria.

- 76 Krachtens artikel 4, leden 1 en 2, van de overeenkomst van 1982 verbond Accinauto zich ertoe, verzoekster regelmatig te informeren over de algemene marktsituatie, en jaarlijks een verkoopverslag op te stellen. Daar artikel 4 echter alleen gold voor informatie over activiteiten binnen het contractgebied, viel informatie over aanvragen van buiten het contractgebied uitsluitend onder artikel 2, lid 2, van de overeenkomst. Informatie over verkopen buiten het contractgebied was voor verzoekster eveneens van groot belang, met name om te voorkomen dat deze verkopen werden meegeteld in het omzetcijfer van iedere distributeur binnen zijn exclusieve gebied. De hoogte van enkele steunbedragen die BASF aan haar distributeurs toekende, bijvoorbeeld bijdragen in de reclamekosten, was namelijk afhankelijk van de omzet die zij binnen hun onderscheiden gebied hadden behaald.
- 77 Verder is volgens verzoekster de ontstaansgeschiedenis van de overeenkomst relevant om inzicht te krijgen in de aandacht die partijen aan het vraagstuk van de verenigbaarheid van de overeenkomst met de communautaire mededingingsregels hebben besteed. De oude alleenverkoopovereenkomst tussen Accinauto en de rechtsvoorganger van BASF was in 1969 bij de Commissie aangemeld. Naar aanleiding van bezwaren van de Commissie hadden partijen in 1970 afgezien van een clausule op grond waarvan Accinauto de onder de overeenkomst vallende goederen niet mocht uitvoeren uit het contractgebied.
- 78 Gelet op dit precedent, had verzoekster tijdens de onderhandelingen over de overeenkomst van 1982 van de directeur van haar juridische dienst de verzekering gekregen, dat het nieuwe artikel 2, lid 2, in overeenstemming was met het gemeenschapsrecht. Daar partijen niet twijfelden aan de rechtmatigheid van deze

bepaling, achtten zij het niet noodzakelijk de overeenkomst van 1982 bij de Commissie aan te melden.

- 79 Verweerster acht de gronden waarmee verzoekster haar uitlegging van de verplichting tot doorsturen in artikel 2, lid 2, van de overeenkomst onderbouwt, niet overtuigend. De Commissie blijft erbij, dat de bepaling een verkapt verbod van passieve verkoop ten uitvoer zonder voorafgaande toestemming inhoudt, en niet slechts de verplichting informatie door te sturen.

— Beoordeling door het Gerecht

- 80 Er zij aan herinnerd, dat artikel 2 van de overeenkomst van 1982 de volgende titel draagt: „Alleenverkooprecht en mededingingsverbod”. Lid 2, eerste alinea, bepaalt: „De distributeur verplicht zich ertoe aanvragen van klanten van buiten het contractgebied naar [BASF] door te sturen en buiten het contractgebied geen klanten te werven, geen vestigingen op te richten en geen expeditiemagazijnen voor de verkoop van onder de overeenkomst vallende producten aan te houden.”
- 81 Tussen partijen in deze zaak is onomstreden, dat het laatste gedeelte van het betrokken contractuele beding een verbod van actieve verkopen door de distributeur buiten het contractgebied inhoudt, hetgeen in overeenstemming is met het communautaire mededingingsrecht. Het uitleggingsgeschil betreft dus uitsluitend het gedeelte van het beding dat betrekking heeft op passieve verkopen aan klanten buiten het contractgebied.
- 82 Om te kunnen bepalen, of partijen bij de overeenkomst van 1982 een beperking van de vrijheid van de distributeur zijn overeengekomen ter zake van passieve verkopen van onder de alleenverkoopovereenkomst vallende producten aan

klanten in andere lidstaten en of zij daarmee een bij artikel 85, lid 1, van het Verdrag verboden overeenkomst hebben gesloten, moet het Gerecht verschillende uitleggingselementen in aanmerking nemen. Dit zijn, behalve het onderzoek van de bewoordingen van artikel 2, lid 2, en de werkingssfeer van de overige bepalingen van de overeenkomst die verband houden met de aldaar bedoelde verplichting van de distributeur, de feitelijke en de juridische context van de totstandkoming en de uitvoering van de overeenkomst, aan de hand waarvan duidelijk kan worden, wat het doel ervan is.

- 83 Uit de bewoordingen van artikel 2, lid 2, blijkt duidelijk, dat partijen een bijzondere regeling zijn overeengekomen voor de behandeling van aanvragen van klanten van buiten het contractgebied. Er wordt evenwel niet nader bepaald, met welk doel deze aanvragen naar de fabrikant moeten worden doorgestuurd, noch welke gevolgen dit heeft voor de vrijheid van de distributeur om tot passieve verkopen over te gaan, met name wanneer zulks geschiedt op verzoek van klanten in andere lidstaten.
- 84 Wanneer dit beding letterlijk wordt uitgelegd, is het niet van belang, dat de doorzendverplichting betrekking heeft op aanvragen, waarmee enkel naar Accinauto's leveringsmogelijkheden en -voorwaarden wordt gevraagd, en niet op bestellingen van klanten buiten het contractgebied. Zoals de Commissie heeft bevestigd, heeft het voor een klant geen zin om bij Accinauto iets te bestellen wanneer hij een negatief antwoord heeft ontvangen op een ingevolge genoemde bepaling doorgezonden aanvraag. Dat de distributeur de aan bestellingen voorafgaande aanvragen moet doorsturen, wil niet zeggen, dat hij zijn beslissingsvrijheid volledig behoudt en er voor hem geen beperkingen gelden met betrekking tot de afhandeling van bestellingen.
- 85 Ten aanzien van de opnemings van artikel 2, lid 2, in de overeenkomst en de bepaling van het doel ervan aan de hand van het doel van andere bedingen inzake informatie-uitwisseling tussen partijen, moet in de eerste plaats verzoeksters stelling worden verworpen, dat de doorzendverplichting van artikel 2, leden 1 en 2, van dezelfde aard zou zijn als de informatieplicht van artikel 4. Ingevolge

artikel 4, leden 1 en 2, verplicht Accinauto zich er weliswaar toe BASF regelmatig te informeren over de afzet en de marktsituatie in het contractgebied, doch dit betreft algemene informatie die slechts in een overzicht aan het einde van het kalenderjaar behoeft te worden verstrekt. Artikel 2, leden 1 en 2, schrijft daarentegen voor, dat de distributeur c.q. de fabrikant onmiddellijk in kennis wordt gesteld van binnengekomen aanvragen, naargelang deze afkomstig zijn van klanten binnen dan wel buiten het contractgebied. Daar de doorzendplicht van artikel 2 inhoudt dat wederzijds kennisgeving wordt gedaan van specifieke aanvragen inzake leveringen, is deze dus van andere aard dan de informatieplicht van artikel 4.

86 In de tweede plaats moet worden vastgesteld, dat blijkt uit artikel 2, lid 1, BASF's verplichting om alle aanvragen en inlichtingen die de verkoop van de betrokken producten in het contractgebied kunnen bevorderen, aan de distributeur door te geven, verband houdt met het voor haar geldende verbod geen andere kanalen te gebruiken voor de afzet in dat gebied. Deze doorzendverplichting, evenals het verbod andere afzetkanalen te gebruiken, geeft nu juist inhoud aan het aan Accinauto verleende alleenverkooprecht, aangezien de doorzendplicht nodig is voor de daadwerkelijke uitoefening van dat recht. Verzoeksters uitlegging, volgens welke onder „doorsturen” in zowel lid 1 als lid 2 van artikel 2 slechts het „informeren” van de andere partij over aanvragen inzake leveringen moet worden verstaan, kan derhalve niet worden aanvaard.

87 Daar de ingevolge artikel 2, lid 2, van de overeenkomst op de distributeur rustende doorzendverplichting uitsluitend aanvragen van buiten het contractgebied betreft, kan niet worden gesteld, dat dit beding enkel tot doel heeft, verzoekster in staat te stellen haar distributiebeheer en haar handelsstrategie beter te plannen. De Commissie heeft terecht opgemerkt, dat indien verzoekster geïnformeerd wilde worden over de aantallen en de kwaliteit van de producten waarop de bij Accinauto binnengekomen aanvragen betrekking hadden, de doorzendverplichting evenzeer voor aanvragen van klanten binnen het contractgebied zou moeten gelden. Deze informatie had verzoekster overigens regelmatig in het algemeen dan wel via de in artikel 4 van de overeenkomst bedoelde

overzichten kunnen worden verstrekt, in plaats van vóór iedere levering. BASF kan evenmin stellen, dat zij vooraf de bestemming van de bij Accinauto bestelde goederen moest weten om beperkt leverbare hoeveelheden gelijkmatig onder haar distributeurs te kunnen verdelen. In haar behoefte aan informatie over de verkopen ten export, met name met het oog op de berekening van de reclamebijdrage die zij iedere distributeur toekende, had ook kunnen worden voorzien door middel van verplichte overzichten betreffende die verkopen.

88 Het Gerecht is dan ook van oordeel, dat verzoeksters toelichting met betrekking tot het doel van de doorzendverplichting van artikel 2, lid 2, van de overeenkomst van 1982 de stelling van de Commissie, dat dit beding een verkapt verbod van passieve verkoop ten uitvoer zonder voorafgaande toestemming inhoudt, niet ontkracht.

89 Verder laat de ontstaansgeschiedenis zien, dat partijen bij de overeenkomst van 1982 het gewraakte beding vaag hebben geformuleerd en dit een verkapt exportverbod bevat. Verzoekster kan de impliciete inhoud van het beding niet ontkennen met een beroep op het feit, dat in de eveneens in 1982 gesloten alleenverkoopovereenkomst voor Nigeria wel een expliciet exportverbod voorkomt. Daar die overeenkomst niet onder de vereisten van de communautaire mededingingsregels valt, konden de partijen daarin hun bedoeling duidelijker onder woorden brengen.

90 Onder deze omstandigheden moet worden onderzocht of, zoals de Commissie stelt, haar uitlegging van artikel 2, lid 2, van de overeenkomst van 1982 wordt

bevestigd doordat partijen uitvoering hebben gegeven aan een afspraak die erop was gericht de neveninvoer van Glasurit-producten in het Verenigd Koninkrijk te verhinderen.

Tweede onderdeel: de uitvoering van de overeenkomst

— Argumenten van partijen

- 91 Verzoekster betoogt, dat uit de uitvoering van de omstreden overeenkomst blijkt, dat de Commissie het begrip „doorsturen” verkeerd heeft geïnterpreteerd. De feiten bevestigen haars inziens haar uitlegging van de overeenkomst.
- 92 Toen IMF Accinauto in maart 1986 voor het eerst een aanvraag zond, heeft Accinauto's administrateur, de heer Dudouet, enkel contact met verzoekster opgenomen om naar de marktsituatie en de leverbaarheid van de gewenste producten te informeren. Dudouet, die zelden exporteerde, beseftte dat het bij bestellingen voor de Britse markt om grote hoeveelheden zou kunnen gaan. Daar IMF's aanvraag veelgevraagde producten betrof en de bestelde hoeveelheden volgens de gebruiken op de markt voor autoreparatielakken op korte termijn moesten worden geleverd, konden eventuele vertragingen in de levering tot ernstige problemen bij de afnemers leiden. Anders dan de Commissie stelt, had Accinauto verzoekster dus niet om toestemming gevraagd om aan IMF te mogen leveren en zelf de daarbij toe te passen verkoopcondities te mogen vaststellen.
- 93 Accinauto heeft IMF de gevraagde hoeveelheden geleverd, waarna de handelscontacten tussen beide bedrijven zich met succes hebben ontwikkeld. Tot in 1990

bleven de bestellingen van IMF gestaag stijgen, evenals de kortingen die Accinauto haar verleende.

- 94 Daarna zorgden het zwakke pond sterling en prijsstijgingen in België en Nederland voor een daling van de neveninvoer van Glasurit-producten in het Verenigd Koninkrijk. Daarom deelde verzoekster niet de bezorgdheid over de neveninvoer waaraan BASF C & I uiting gaf in een faxbericht van 28 maart 1990.
- 95 Toen er evenwel met betrekking tot een aantal Glasurit-producten sprake was van schaarste, werd Dudouet verzocht de beschikbare producten met voorrang te leveren aan klanten in zijn eigen contractgebied.
- 96 Vanaf juni 1989 werden de verkopen van Accinauto aan IMF gefactureerd op naam van Technipaint, uitsluitend om de export te scheiden van de afzet in België. Deze scheiding was in 1989 mogelijk geworden na de ingebruikneming van een nieuw computersysteem. Aldus kon Accinauto de doorzichtigheid van haar transacties vergroten en hoefde zij haar medewerkers minder premies te betalen. Ook BASF hechtte waarde aan een gescheiden registratie van de transacties, omdat zij bijdroeg in de reclamekosten op basis van de afzet in het contractgebied.
- 97 Anders dan in de punten 75 en 76 van de considerans van de bestreden beschikking wordt gesteld, heeft Accinauto niet eind mei 1990, doch eerst in december 1990 haar leveranties aan IMF gestaakt. De eerstvolgende bestelling die na eind mei 1990 bij Accinauto is binnengekomen, dateert van 4 december 1990.

Hoewel in een brief van de advocaten van IMF aan Accinauto van 3 juli 1990 van een toekomstige bestelling wordt gesproken, heeft IMF tussendoor geen nieuwe bestellingen gedaan.

- 98 Accinauto heeft op eigen gezag besloten om niet meer aan IMF te leveren, wegens het gebrek aan betrouwbaarheid van deze laatste en de dreigende houding die zij had aangenomen. Sinds augustus 1989 had IMF de facturen niet meer op tijd betaald. Tijdens een gesprek met Accinauto op 5 juni 1990 drong IMF aan op extra leveringen, terwijl er sprake was van knelpunten in de leverbaarheid van een groot aantal Glasurit-producten. Zij dreigde Accinauto, dat zij een klacht zou indienen wegens schending van de mededingingsregels en een filiaal in België zou openen om rechtstreeks naar het Verenigd Koninkrijk te kunnen exporteren.
- 99 Bij brief van 7 februari 1991, met een kopie van haar brief aan IMF van 19 december 1990, heeft Accinauto verzoekster voor het eerst in kennis gesteld van de definitieve beëindiging van haar handelscontacten met IMF.
- 100 Verzoekster verwijt de Commissie geen rekening te hebben gehouden met de aangevoerde leveringsproblemen, waarvan zij in de administratieve procedure overtuigende bewijzen heeft geleverd. In de betrokken periode waren als gevolg van verschillende factoren ernstige knelpunten in haar leveringscapaciteit ontstaan. Deze troffen de belangrijkste producten uit haar assortiment, met name de meest gebruikte basiskleuren.
- 101 Verzoekster heeft een onderling informatienetwerk opgezet met haar distributeurs, waaronder ook Accinauto, om bij schaarste een regelmatige bevoorrading van de Europese markt te garanderen. Om haar leveringsverplichtingen jegens de

afnemers van Glasurit-producten te kunnen nakomen, wilde zij op de hoogte blijven van de goederenstromen en de verkoopsituatie op de verschillende nationale markten.

- 102 Verder meent zij, dat zij op goede gronden mocht verwachten, dat de alleenverkopers eerst hun oude afnemers binnen hun eigen contractgebied zo goed mogelijk zouden bevoorraden en dat zij de beperkte middelen niet zouden aanwenden om nieuwe bestellingen aan te nemen of buiten hun contractgebied te leveren.
- 103 Dat verzoeksters handelwijze geoorloofd was, vindt bevestiging in de considerans van verordening (EEG) nr. 1983/83 van de Commissie van 22 juni 1983 betreffende de toepassing van artikel 85, lid 3, van het Verdrag op groepen alleenverkoopovereenkomsten (PB L 173, blz. 1; hierna: „verordening nr. 1983/83”), zoals reeds eerder was gebeurd in de considerans van verordening nr. 67/67/EEG van de Commissie van 22 maart 1967 betreffende de toepassing van artikel 85, lid 3, van het Verdrag op groepen alleenverkoopovereenkomsten (PB 1967, blz. 849). Partijen bij een alleenverkoopovereenkomst mogen daarin dus bedingen opnemen op grond waarvan de fabrikant kan nagaan, of de distributeur zich houdt aan de primaire doelstelling van een dergelijke overeenkomst, te weten intensieve bewerking van de markt waarvoor het alleenverkooprecht geldt.
- 104 Verzoekster stelt, dat de aangevoerde schaarste een ander licht werpt op de door de Commissie vastgestelde feiten en voor die feiten een verklaring kan bieden die voor de in de bestreden beschikking gegeven verklaring in de plaats kan treden (arresten Hof van 29 juni 1978, BP/Commissie, 77/77, Jurispr. blz. 1513, punten 32 en 33, en 28 maart 1984, CRAM en Rheinzink/Commissie, 29/83 en 30/83, Jurispr. blz. 1679, punt 16).
- 105 De Commissie blijft bij haar conclusie, dat de uitvoering die partijen, met name sinds maart 1986, aan de overeenkomst hebben gegeven, bevestigt dat artikel 2,

lid 2, wel degelijk een goedkeuringsrecht van de fabrikant met betrekking tot passieve verkopen inhield. Verzoeksters toelichting is niet overtuigend en kan evenmin de juridische beoordeling van de in de bestreden beschikking vastgestelde gedragingen ontkrachten. Voorts wijst zij erop, dat verzoekster zich reeds in de administratieve procedure op haar leveringsproblemen had beroepen, waarna deze in die procedure diepgaand zijn onderzocht.

106 Verweerster stelt, dat verzoeksters weergave van de feiten wordt weerlegd door de stukken. Blijkens de in de punten 43 en 52 van de considerans van de bestreden beschikking genoemde interne nota van 5 juni 1990, had BASF na de eerste bestelling van IMF bij Accinauto in maart 1986, Dudouet een „speciale vergunning” verleend om aan IMF te leveren. Uit andere stukken blijkt, dat de leveringen aan IMF inderdaad in opdracht van BASF zijn gestaakt en dat Accinauto deze verkopen sinds 1989 via Technipaint heeft gefactureerd om ze te verhullen. Uiteindelijk heeft Accinauto de uitvoer in mei 1990 naar aanleiding van een verscherpte controle door verzoekster beëindigd.

107 Volgens de Commissie vormen de door verzoekster aangevoerde leveringsproblemen geen verklaring voor het gedrag van partijen bij de overeenkomst, daar de schaarste zich uitsluitend tussen 1988 en eind 1990 voordeed. Verder zijn in de briefwisseling tussen verzoekster en haar distributeurs over de neveninvoer in het Verenigd Koninkrijk geen aanwijzingen te vinden voor de vrees, dat de bevoorrading van de andere nationale markten wellicht zou tekortschieten. Accinauto's speciale vergunning is niet ingetrokken omdat verzoekster leveringsproblemen ondervond, maar omdat de neveninvoer nadelig was voor BASF C & I en een prijsdaling in het Verenigd Koninkrijk met zich bracht.

108 Hoe het ook zij, de conclusies die verzoekster uit het arrest BP/Commissie, reeds aangehaald, en de considerans van verordening nr. 1983/83 trekt, zijn onjuist. Een fabrikant kan een alleenverkoper niet voorschrijven enkel nog aan klanten binnen zijn contractgebied te verkopen, en zich daarbij het recht voorbehouden,

niet te leveren in geval van „schaarste”. Een dergelijk beding is onverenigbaar met de toepassing van verordening nr. 1983/83. Wil verzoekster aanspraak maken op de voordelen van deze verordening, dan zal zij ook de nadelen ervan moeten aanvaarden.

— Beoordeling door het Gerecht

- 109 Om te beginnen zij eraan herinnerd, dat de in de bestreden beschikking vastgestelde inbreuk op de mededingingsregels betrekking heeft op de overeenkomst die partijen hebben gesloten teneinde de neveninvoer van Glasurit-producten in het Verenigd Koninkrijk te verhinderen. Bij het onderzoek van de uitvoering van de overeenkomst van 1982 gaat het derhalve uitsluitend om de vraag, of de uitlegging die de Commissie aan artikel 2, lid 2, van die overeenkomst geeft, juist is.
- 110 Verzoekster ontkent, dat er een oorzakelijk verband bestaat tussen de in de bestreden beschikking genoemde feiten en de uitvoering van een vermeende overeenkomst in strijd met artikel 85, lid 1, van het Verdrag. De handelwijze van partijen bij de overeenkomst van 1982 zou terug te voeren zijn op de leveringsproblemen waarmee BASF in de referentieperiode werd geconfronteerd en door op eigen gezag door Accinauto genomen beslissingen van commerciële aard.
- 111 De Commissie heeft evenwel terecht opgemerkt, dat de knelpunten in de leveringen van BASF zich slechts van 1988 tot 1990 hebben voorgedaan, terwijl de gewraakte overeenkomst van 1982 tot 1991 van kracht was.
- 112 De aangevoerde leveringsproblemen vormen dus geen verklaring voor het aanbrengen van merktekens op de door distributeurs in België, Nederland en Duitsland verkochte producten, waartoe BASF in de jaren 1985-1986 overging

om te achterhalen langs welke kanalen Glasurit-producten op de Britse markt kwamen.

- 113 Deze problemen kunnen evenmin dienen ter ondersteuning van verzoeksters verklaring voor haar contact met Accinauto in maart 1986, vóór de eerste levering aan IMF. Er is immers geen objectieve reden waarom Dudouet van tevoren moest informeren naar de leverbaarheid van de bestelde producten.
- 114 Bovendien zijn de handelscontacten tussen Accinauto en IMF in 1989 geïntensifieerd, ondanks de ernstige problemen die BASF gedurende dat gehele jaar ondervond. Toen deze contacten in juni 1990 werden verbroken, was aan de schaarste waarop verzoekster zich beroept, reeds grotendeels een einde gekomen.
- 115 Verder blijkt uit interne nota's van BASF en uit de correspondentie van BASF C & I en Accinauto aan BASF, dat de neveninvoer een probleem vormde wegens het effect ervan op de activiteiten van de Britse dochteronderneming, en niet omdat er leveringsproblemen waren die de bevoorrading van de Belgische en Luxemburgse klanten in gevaar zouden kunnen brengen.
- 116 De problemen rond verzoeksters leveringen blijken in casu dus geen wezenlijke gevolgen voor de uitvoering van de overeenkomst van 1982 te hebben gehad. Haar betoog, dat haar handelwijze in een situatie van schaarste geoorloofd was, met name gelet op het arrest BP/Commissie (reeds aangehaald), en de considerans

van verordening nr. 1983/83, is derhalve voor de beoordeling van de onderhavige zaak irrelevant.

- 117 Het Gerecht stelt vast, dat Accinauto blijkens een interne nota van BASF van 5 juni 1990 een „speciale vergunning” had gekregen om aan IMF te leveren:

„De eigenaar van [IMF] te Derby staat erop, dat Accinauto autoreparatielakken blijft leveren (1989 ca. 10 ton). Voor deze klant had de heer Dudouet destijds een speciale leveringsvergunning gekregen van de heer Kunath. Destijds was toestemming verleend met de gedachte, een beperkte hoeveelheid vanuit Brussel toe te laten. Achtergrond: geen volume-uitbreiding door andere handelaren in België. Indien verdere leveranties niet worden toegestaan, wordt met een proces bedreigd. (...) Dudouet wacht op instructies!”

- 118 In een brief van 7 juni 1989 aan BASF beschrijft Dudouet de context waarin de vergunning destijds was verleend en tot die datum was gehandhaafd:

„Drie of vier jaar geleden besloot Glasurit naar aanleiding van de grote omvang van de parallelimporten in Groot-Brittannië met onze medewerking op alle uit onze voorraden verkochte producten per cliënt verschillende merktekens aan te brengen om zo gemakkelijk de herkomst van de levering te kunnen achterhalen (...) In verband met deze handel hebben wij met Glasurit afgesproken, dat wij deze inkopen zouden proberen te kanaliseren en normaliseren om te kunnen nagaan welke hoeveelheden onze klanten afnamen, los van de verkoop buiten het contractgebied. (...) Wij maken u erop attent dat wij, wanneer dit net wordt opgeheven, niet meer kunnen garanderen dat onze 70 handelaren of grote carrosseriebedrijven niet in de verleiding zullen komen of zullen worden benaderd

om zaken te doen met Groot-Brittannië, wat onze interne markt ernstig zou verstoren.”

- 119 Uit deze stukken blijkt maar al te duidelijk, dat Accinauto, anders dan verzoekster stelt, in haar handelsbetrekkingen met IMF niet op eigen gezag heeft gehandeld. Dat BASF een verscherpte controle uitoefende op de exporten van Accinauto, wordt bevestigd door een andere interne nota van juni 1990:

„Hierbij het antwoord van Accinauto op onze vraag, hoeveel stuks [Glasurit] er van België naar Groot-Brittannië gaan. Wij moeten ervan uitgaan, dat Dudouet de waarheid spreekt. Hij weet heel goed dat hij van ons afhankelijk is en zal geen enkel risico willen nemen.”

- 120 Het tweede onderdeel van het middel, inhoudende dat de Commissie de uitvoering van de overeenkomst van 1982 verkeerd heeft beoordeeld, moet derhalve worden verworpen.

Derde onderdeel: gevolgen van de overeenkomst voor de mededinging en voor de handel tussen de lidstaten

— Argumenten van partijen

- 121 Verzoekster verwijt de Commissie, de bijzondere kenmerken van de Britse markt voor autoreparatielakken niet voldoende in aanmerking te hebben genomen.

- 122 Zij voert aan, dat de distributiekosten van haar producten in het Verenigd Koninkrijk aanzienlijk hoger waren dan op de andere Europese markten. De betrekkelijk late invoering van de zogenoemde „nieuwe technologie”-producten had tot gevolg, dat BASF C & I uitzonderlijk hoge kosten moest maken om de afnemers vertrouwd te maken met deze technologie en service te verlenen in de werkplaatsen. Handelaars in meerdere merken en parallelimporteurs, die geen technische ondersteuning en geen volledig lakassortiment bieden, profiteren van de diensten van de fabrikant en zijn alleenverkoper zonder dat het hun een cent kost.
- 123 Verzoekster wijst erop, dat de neveninvoer van Glasurit-producten toenam in verband met het prijsverschil op de markt voor autoreparatielakken tussen het Verenigd Koninkrijk en de andere landen van de Gemeenschap. Dit verschil was vooral het gevolg van de hogere distributiekosten in het Verenigd Koninkrijk, maar ook van het sinds het begin van de jaren tachtig in België van kracht zijnde prijsbeheersingssysteem, waartoe de Belgische overheid had besloten om een stijging van de consumentenprijzen tegen te gaan.
- 124 Toch is het niet zo, zoals de Commissie ten onrechte meent, dat de positie van Glasurit-producten op de Britse markt en de prijsverschillen tussen België en het Verenigd Koninkrijk een omvangrijke neveninvoer in de hand werkten en dat de overeenkomst van 1982 dit zou hebben verhinderd.
- 125 Verzoekster betwist de juistheid van de in punt 16 van de motivering van de bestreden beschikking weergegeven aandelen van de neveninvoer in de totale verkopen van Glasurit-producten op de markt van het Verenigd Koninkrijk in de jaren 1986-1990. In werkelijkheid lag de totale waarde van de neveninvoer ieder

jaar duidelijk onder 2 miljoen DM, terwijl de totale verkopen van Accinauto aan IMF ook in de topjaren beslist minder bedroegen dan 5 miljoen DM.

- 126 Volgens BASF moet in de context van mededinging worden uitgegaan van de netto verkoopprijzen van de distributeur, welke overeenkomen met de „catalogusprijzen” na aftrek van de aan de koper verleende korting. De verschillen tussen de prijzen in België en die in het Verenigd Koninkrijk worden beduidend kleiner wanneer de netto verkoopprijs in plaats van de „catalogusprijs” als uitgangspunt wordt genomen. Ter illustratie wijst verzoekster op de verschillen tussen de „catalogusprijzen” en de nettoprijzen die Accinauto en BASF C & I in 1988 voor producten van de 21- en de 51-serie hebben berekend. Daaruit blijkt, dat neveninvoer enkel de moeite loonde, indien de importeurs voldoende korting kregen.
- 127 Verzoekster legt nieuwe cijfers over met betrekking tot de prijsverschillen. Blijkens de bij het dossier gevoegde bijlagen 55 en 56 konden de kortingen die BASF C & I verleende in feite oplopen tot 52 %, waardoor — ondanks het verschil in catalogusprijs — de netto verkoopprijzen in het Verenigd Koninkrijk de netto prijzen van Accinauto in België zeer dicht benaderden. Zij herinnert eraan, dat zij de Commissie bij de beantwoording van de mededeling van de punten van bezwaar een vergelijkende prijzentabel over de jaren 1988-1991 heeft overhandigd. Uit die tabel blijkt, dat BASF een deel van de goederen in het Verenigd Koninkrijk tegen lagere prijzen leverde dan in België, hetgeen verklaart, waarom IMF steeds grotere kortingen verlangde van Accinauto.
- 128 Bovendien is de Commissie voorbijgegaan aan het feit, dat afgezien van Accinauto, ook distributeurs uit andere lidstaten als bron voor de neveninvoer in het Verenigd Koninkrijk konden fungeren. Naar verzoekster thans bekend is, zou een groot aantal ondernemingen naast Accinauto in de referentieperiode Glasurit-producten hebben verkocht met het oog op invoer in het Verenigd Koninkrijk. De parallelimporteurs waren volledig op de hoogte van de respectieve

bevoorradsingsbronnen in de verschillende landen van de Gemeenschap en kochten gezamenlijk in bij de distributeurs die de gunstigste prijzen berekende voor elke serie producten. Dit wordt bevestigd door het feit, dat IMF bepaalde producten bij Accinauto betrok voor rekening van Calbrook Cars Ltd, terwijl dat bedrijf andere producten onder betere condities inkocht in Nederland en Duitsland.

- 129 Volgens verzoekster vormden de door Accinauto uitgevoerde hoeveelheden slechts een fractie van het totale volume van de neveninvoer van Glasurit-tweecomponentenlakken in het Verenigd Koninkrijk, welke neveninvoer ten hoogste 1 % uitmaakte van de afzet van deze producten op de Britse markt. Zij betwist dan ook de conclusie van de Commissie, dat de gewraakte overeenkomst aanzienlijke gevolgen had voor de handel tussen de lidstaten.
- 130 Verweerster antwoordt, dat de in de bestreden beschikking vastgestelde prijsverschillen alsook het feit dat deze de nevenuitvoer van België naar het Verenigd Koninkrijk in de hand werkten, worden gestaafd door de bij BASF aangetroffen documenten. Dat BASF C & I aanzienlijke kortingen verleende, waardoor er feitelijk maar kleine verschillen waren tussen de netto verkoopprijzen van Glasurit-producten in de 21- en 54-serie, is niet bewezen. Indien deze kortingen daadwerkelijk gemiddeld 50 % bedroegen, zouden zij duidelijk hoger zijn geweest dan de kortingen in de andere contractgebieden. Hoe dan ook geeft verzoekster in haar verzoekschrift zelf toe, dat het prijsverschil tussen het Verenigd Koninkrijk en de andere lidstaten een van de oorzaken van de neveninvoer was.
- 131 De Commissie meent te hebben aangetoond, dat de betrokken overeenkomst aanzienlijke gevolgen voor de intracommunautaire handel had, en herinnert eraan, dat zij niet het bewijs hoeft te leveren, dat het handelsverkeer tussen de lidstaten inderdaad merkbaar ongunstig is beïnvloed (arrest Hof van 1 februari 1978, Miller/Commissie, 19/77, Jurispr. blz. 131, punt 15). Zij benadrukt, dat zij de nodige onderzoeken heeft verricht en in de bestreden beschikking haar bevindingen heeft weergegeven inzake de marktpositie van de betrokken

ondernemingen, de omvang van hun productie en van de export en hun prijspolitiek.

- 132 De door verzoekster overgelegde nieuwe tabellen betreffende de kortingen die BASF C & I in 1988 en 1989 aan vier van haar voornaamste afnemers zou hebben verleend, zijn niet overtuigend. Bijlage 54 toont evenmin aan, dat de prijsverschillen tussen België en het Verenigd Koninkrijk gering waren. De Commissie zegt te hebben erkend, dat het prijsverschil bij de producten van de 21- en 54-serie, dat in 1985-1986 zeer groot was, in 1989-1990 duidelijk was afgenomen. Toch zou verzoekster juist onder druk van de parallelimporten hebben getracht de prijzen in beide landen op elkaar af te stemmen, hetgeen bewijst, hoe belangrijk ongehinderde neveninvoer is.

— Beoordeling door het Gerecht

- 133 Artikel 85, lid 1, van het Verdrag verbiedt alle overeenkomsten tussen ondernemingen die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, voor zover de handel tussen de lidstaten daardoor ongunstig kan worden beïnvloed. Het is vaste rechtspraak, dat een beding dat beoogt, wederverkoop of uitvoer van gekochte goederen door de koper te verbieden, naar zijn aard markten kan compartimenteren en dus de handel tussen de lidstaten ongunstig kan beïnvloeden (arrest Hof Miller/Commissie, reeds aangehaald, punt 7, en arrest van 31 maart 1993, Ahlström Osakeyhtiö e.a./Commissie, het zogenoemde „houtslijparrest”, C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 en C-125/85—C-129/85, Jurispr. blz. I-1307, punt 176). Wanneer blijkt, dat de verkopen van ten minste één van de partijen bij de concurrentiebeperkende overeenkomst een niet onaanzienlijk deel van de betrokken markt vormen, dient artikel 85, lid 1, van het Verdrag te worden toegepast (arresten Miller/Commissie, reeds aangehaald, punt 10, en Parker Pen/Commissie, reeds aangehaald, punt 44).
- 134 In casu betwist verzoekster niet de omschrijving van de Commissie van de betrokken productenmarkt, te weten de Britse markt voor autoreparatielakken.

Zij betwist evenmin, dat haar marktaandeel in 1991 16 % bedroeg, waarvan 12 % voor Glasurit-producten. Haar kritiek beperkt zich tot de omvang van de neveninvoer die verweerster in punt 16 van de motivering van de bestreden beschikking vermeldt. Gelet op de positie van BASF op de betrokken markt en op de door verzoekster zelf bevestigde omstandigheid, dat de prijzen voor Glasurit-producten op die markt tussen 1986 en 1991 gemiddeld hoger waren dan de prijzen op de markten van andere lidstaten, met name België, heeft de Commissie terecht geconcludeerd, dat de gewraakte overeenkomst de intracommunautaire handel ongunstig beïnvloedde.

135 Onder deze omstandigheden moet worden vastgesteld, dat deze overeenkomst wegens haar strekking een krachtens artikel 85, lid 1, van het Verdrag verboden beperking van de mededinging vormt, zonder dat behoefte te worden onderzocht of zij, zoals verzoekster stelt, geen aanzienlijke gevolgen voor de betrokken markt heeft gehad (arrest Hof van 13 juli 1966, Consten en Grundig/Commissie, 56/64 en 58/64, Jurispr. blz. 429, en arrest Gerecht van 7 juli 1994, Dunlop Slazenger/Commissie, T-43/92, Jurispr. blz. II-441, punt 127).

136 De andere grieven van verzoekster tegen de door de Commissie vastgestelde inbreuk op bovengenoemde verdragsbepaling kunnen derhalve niet slagen, aangezien deze grieven, mochten zij gegrond zijn, hoe dan ook niet tot de conclusie kunnen leiden, dat een overeenkomst met de strekking en de draagwijdte van de thans in geding zijnde, niet in strijd is met de communautaire mededingingsregels.

Vierde onderdeel: datum van beëindiging van de inbreuk

— Argumenten van partijen

137 Verzoekster stelt, dat zo er al sprake was van een inbreuk op de mededingingsregels, deze uiterlijk eind juni 1990 is geëindigd. De Commissie had moeten

vaststellen, dat uit verzoeksters brief aan Accinauto van 21 juni 1990 duidelijk bleek, dat het Accinauto vrijstond haar eigen verkoopbeslissingen te nemen. Hoe het ook zij, de Commissie heeft zelf toegegeven, dat BASF's brief van 22 juni 1990 aan de advocaten van IMF, waarvan een kopie aan Accinauto was gezonden, op dit punt voldoende duidelijk en begrijpelijk was.

- 138 Verweerster blijft bij haar standpunt, dat aan de concurrentiebeperkende overeenkomst eerst een einde is gekomen, toen partijen het gewraakte beding hebben geschrapt. Zij meent dat Accinauto, gelet op de omstandigheden, de kopie van de brief van juni 1990 aan de advocaten van klaagster niet aldus kon lezen, dat verzoekster afzag van het recht de uitvoer goed te keuren, dat zij zich in artikel 2, lid 2, van de overeenkomst van 1982 had voorbehouden. Met deze brief wilde zij uitsluitend waarschuwen voor eventuele eisen van IMF.

— Beoordeling door het Gerecht

- 139 Daar de bij de bestreden beschikking vastgestelde inbreuk het sluiten van en de betrokkenheid bij een alleenverkoopovereenkomst betrof waarvan één van de bedingen een met artikel 85, lid 1, van het Verdrag strijdige strekking had, heeft de Commissie terecht geoordeeld, dat aan de inbreuk eerst een einde kwam toen beide partijen het betrokken beding schrapten. Volgens vaste rechtspraak is de omstandigheid, dat aan een beding dat ertoe strekt de mededinging te beperken, door de overeenkomstsluitende partijen geen uitvoering is gegeven, niet voldoende om dit aan het verbod van artikel 85, lid 1, van het Verdrag te onttrekken (arrest Miller/Commissie, reeds aangehaald, punt 7, en houtslip-arrest, punt 175). De brieven waarop verzoekster zich in casu beroept, bewijzen niet dat partijen werkelijk van plan waren het gewraakte beding op te geven. Zoals de Commissie heeft geoordeeld, werd met de duidelijkere bewoordingen

van de brief van 22 juni 1990 in werkelijkheid immers beoogd de verwijten inzake concurrentiebeperkend gedrag die klaagster IMF jegens partijen had geuit, te ontkrachten.

- 140 Uit het voorgaande volgt, dat het middel inzake schending van artikel 85, lid 1, van het Verdrag moet worden verworpen.

Het middel inzake misbruik van bevoegdheid bij de vaststelling van de hoogte van de geldboete

Argumenten van partijen

- 141 Verzoekster verwijt de Commissie, dat zij haar discretionaire bevoegdheid heeft misbruikt doordat zij bij de vaststelling van de hoogte van de geldboete geen rekening heeft gehouden met de geringe ernst en de korte duur van de vermeende inbreuk, de moeilijke economische situatie van verzoekster en het ontbreken van opzet.

- 142 BASF meent dat de ernst van de inbreuk kan worden gemeten aan de hand van de gevolgen van de beweerdelijk concurrentiebeperkende overeenkomst voor de handel. De gewraakte overeenkomst had evenwel geen gevolgen, daar partijen er geen uitvoering aan hebben gegeven. Gesteld al dat de overeenkomst was toegepast, dan nog zou zij niet de neveninvoer vanuit België in het Verenigd Koninkrijk hebben beïnvloed. Slechts eenmaal — in december 1990 — is een levering geweigerd, doch niet wegens de overeenkomst, maar op grond van een door Accinauto op eigen gezag genomen beslissing. Bovendien was het volume

van de neveninvoer die door de overeenkomst van 1982 werd geraakt, gering in vergelijking met de totale afzet van Glasurit-producten in het Verenigd Koninkrijk.

- 143 De Commissie is voor de duur van inbreuk ten onrechte uitgegaan van de gehele periode gedurende welke de overeenkomst van kracht was, vanaf de totstandkoming ervan op 8 oktober 1982 tot de inwerkingtreding van een nieuwe overeenkomst op 1 januari 1992. Verweerster heeft zelf erkend, dat de gevolgen van de overeenkomst zich eerst vanaf 1986 deden gevoelen. Verder heeft Accinauto slechts één levering geweigerd en heeft verzoekster haar uiterlijk in juni 1990 duidelijk laten weten, dat het haar vrijstond in de lidstaten van de Gemeenschap tot passieve verkopen over te gaan. Verzoekster is dan ook van mening, dat inaanmerkingneming van de gehele geldigheidsduur van de overeenkomst onredelijk is en een ernstige schending van het evenredigheidsbeginsel oplevert.
- 144 Verzoekster stelt tevens, dat een geldboete weliswaar een schending van het recht moet straffen en een ontmoedigingseffect moet hebben, doch niet is bedoeld om de economische moeilijkheden van een onderneming duurzaam te verzwaren. Bij de vaststelling van de hoogte van de geldboete had de Commissie niet geheel voorbij mogen gaan aan de omstandigheid, dat BASF C & I van 1985 tot en met 1995 grote verliezen had geleden en dat verzoekster zelf in 1995 verliezen verwachtte. In een dergelijke context zou een symbolische geldboete passend zijn geweest.
- 145 Verder benadrukt verzoekster, dat de juristen die destijds bij het sluiten van de overeenkomst waren geraadpleegd, het betrokken beding in overeenstemming met het gemeenschapsrecht achtten. Zolang de overeenkomst gold, waren partijen en hun medewerkers zich er dus niet van bewust, dat zij een inbreuk pleegden op de mededingingsregels van het Verdrag.
- 146 De Commissie herinnert eraan, dat uitvoerverboden naar hun aard een ernstige belemmering van de mededinging vormen, omdat zij de prijsverschillen tussen de

markten van de lidstaten kunstmatig in stand beogen te houden en de vrijheid van het intracommunautaire handelsverkeer in gevaar brengen (arrest Hof van 7 juni 1983, *Musique Diffusion française e.a./Commissie*, 100/80, 101/80, 102/80 en 103/80, *Jurispr.* blz. 1825, punt 107). Het marktaandeel van de door de inbreuk geraakte neveninvoer is ter bepaling van de zwaarte van de inbreuk niet van belang. Verzoeksters bewering, dat de overeenkomst van 1982 geen economische gevolgen had, met name niet voor de neveninvoer vanuit België in het Verenigd Koninkrijk, en dat de overeenkomst niet van invloed was op de beslissingen van Accinauto, zou de Commissie reeds hebben weerlegd.

- 147 Naar het oordeel van verweerster is de inbreuk begonnen op de datum waarop de alleenverkoopovereenkomst met daarin een goedkeuringsrecht van de fabrikant werd gesloten, en heeft zij voortgeduurd zolang de overeenkomst van kracht bleef (arrest Hof van 8 november 1983, *IAZ e.a./Commissie*, 96/82—102/82, 104/82, 105/82, 108/82 en 110/82, *Jurispr.* blz. 3369, punt 59). Accinauto's stilzwijgen na verzoeksters brieven van 21 en 22 juni 1990 kon de overeenkomst van 1982 niet rechtsgeldig wijzigen. Ingevolge artikel 12, lid 2, waren wijzigingen van de overeenkomst slechts geldig indien zij schriftelijk geschiedden.
- 148 De geldboete is niet verlaagd in verband met de verliezen van verzoekster en van haar dochteronderneming BASF C & I, daar de Commissie niet verplicht is rekening te houden met de deficitaire financiële situatie van degene tot wie de beschikking is gericht. De verliezen die de Britse dochteronderneming tussen 1985 en 1989 heeft geleden, zijn hoe dan ook goedge maakt door de winst die BASF in diezelfde periode heeft gemaakt op de verkoop van autoreparatielakken in het Verenigd Koninkrijk.
- 149 De Commissie betwist verzoeksters betoog, dat er geen sprake was van opzet om de mededinging te beperken daar partijen zich er niet van bewust waren dat zij het gemeenschapsrecht schonden. De eventuele rechtsdwaling van verzoeksters juristen verandert niets aan het feit, dat verzoekster Accinauto een doorzendver-

plichting wilde opleggen om aldus de nevenuitvoer naar het Verenigd Koninkrijk te kunnen controleren.

- 150 Verder zegt verweerster met een geldboete van 2 700 000 ECU ver onder het bedrag van 10 % van verzoeksters totale omzet in het voorafgaande boekjaar — het maximum van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 — te zijn gebleven.

Beoordeling door het Gerecht

- 151 Ingevolge artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 kan de Commissie ondernemingen die opzettelijk of uit onachtzaamheid inbreuk maken op artikel 85, lid 1, van het Verdrag bij beschikking geldboeten opleggen van ten minste duizend en ten hoogste 1 miljoen ECU, welk bedrag kan worden verhoogd tot 10 % van de omzet van elk der betrokken ondernemingen in het voorafgaande boekjaar. Binnen deze grenzen moeten bij de vaststelling van het bedrag van de geldboete de zwaarte en de duur van de inbreuk in aanmerking worden genomen (arrest *Musique Diffusion française e.a./Commissie*, reeds aangehaald, punt 118, en arrest Gerecht van 14 mei 1998, *SCA Holding/Commissie*, T-327/94, *Jurispr. blz. II-1373*, punt 175).
- 152 Het is niet noodzakelijk, dat de onderneming zich ervan bewust was dat zij een door de mededingingsregels van het Verdrag gesteld verbod overtrad, om een inbreuk op deze regels als een opzettelijke inbreuk te kunnen aanmerken, maar het volstaat dat zij niet onkundig was van de omstandigheid dat het gewraakte gedrag tot doel had de mededinging te beperken (arrest *IAZ e.a./Commissie*, reeds aangehaald, punt 45, en arrest Gerecht van 14 juli 1994, *Herlitz/Commissie*, T-66/92, *Jurispr. blz. II-531*, punt 45). Zoals uit de voorgaande vaststellingen van het Gerecht blijkt, kon verzoekster niet onkundig zijn van de omstandigheid, dat het gewraakte beding in de overeenkomst van 1982 tot doel had de neveninvoer te beperken en daarmee de door het Verdrag beoogde

totstandbrenging van één markt te doorkruisen door de verschillende nationale markten te compartimenteren. Het advies van een juridisch adviseur waarop verzoekster zich beroept, kan haar op dit punt niet verschonen (arrest Miller/Commissie, reeds aangehaald, punt 18).

- 153 In casu stelt het Gerecht vast, dat de Commissie het aan de totale omzet van de betrokken onderneming gerelateerde maximum als bedoeld in verordening nr. 17 in acht heeft genomen (arrest *Musique Diffusion française e.a./Commissie*, reeds aangehaald, punt 119, en arrest Gerecht van 6 oktober 1994, *Tetra Pak/Commissie*, T-83/91, Jurispr. blz. II-755, punt 247). Ter terechtzitting heeft verzoekster verklaard, dat het bedrag van 2 700 000 ECU was berekend door een coëfficiënt van 7,5 % toe te passen op de omzet van 36 600 000 ECU die, volgens gegevens van BASF, in 1991 was behaald met de afzet van Glasurit-producten in het Verenigd Koninkrijk, België en Luxemburg. De geldboete maakt dus slechts 0,3 % uit van de totale omzet van BASF in 1991 van circa 834 miljoen ECU (1 668 miljoen DM; zie punt 1 supra).
- 154 Volgens vaste rechtspraak moet de hoogte van de geldboete worden vastgesteld met inachtneming van de omstandigheden van de schending en de zwaarte van de inbreuk en dient de waardering van de zwaarte van de inbreuk te geschieden met inachtneming van de aard van de eruit voortvloeiende beperkingen van de mededinging (zie arrest *Parker Pen/Commissie*, reeds aangehaald, punt 92, en arrest Gerecht van 22 oktober 1997, *SCK en FNK/Commissie*, T-213/95 en T-18/96, Jurispr. blz. II-1739, punt 246).
- 155 In de bestreden beschikking heeft de Commissie terecht overwogen, dat het met name gelet op de aard van de betrokken beperking van de mededinging en de sterke positie van BASF op de Europese markt voor autoreparatielakken, een bijzonder zware inbreuk betrof.
- 156 De duur van de inbreuk heeft de Commissie evenmin verkeerd beoordeeld, daar de inbreuk bestond in het sluiten van een overeenkomst met een beding dat een met artikel 85, lid 1, van het Verdrag strijdige strekking had. Ook indien het Gerecht niet de uitvoering van een dergelijk beding had kunnen vaststellen, kon

toch alleen al door het bestaan ervan een „optisch en psychologisch” klimaat worden geschapen dat bijdraagt tot een verdeling van de markt (arresten Miller/Commissie, reeds aangehaald, punt 7, en Herlitz/Commissie, reeds aangehaald, punt 40). Aan de bij het sluiten van de overeenkomst van 1982 aangevangen inbreuk kwam dus pas een einde toen het gewraakte beding daadwerkelijk werd geschrapt.

- 157 Tevens zij vastgesteld, dat de Commissie als verzachtende omstandigheid heeft laten gelden, dat partijen de inbreuk op 1 januari 1992 hebben gestaakt, dat wil zeggen vóór de mededeling van de punten van bezwaar, op 12 mei 1993.
- 158 Ten slotte kan verweerster niet worden verweten, dat zij de mogelijk moeilijke financiële situatie van verzoekster niet als verzachtende omstandigheden heeft laten meewegen. Daarmee zou haar immers een ongerechtvaardigd concurrentievoordeel worden verschaft ten opzichte van ondernemingen die beter zijn aangepast aan de eisen van de markt (arrest IAZ e.a./Commissie, reeds aangehaald, punt 55).
- 159 Onder deze omstandigheden moet worden geconcludeerd, dat de Commissie met het opleggen van een geldboete van 2 700 000 ECU niet de beoordelingsmarge heeft overschreden waarover zij bij de vaststelling van de hoogte van de geldboeten beschikt.
- 160 Uit het voorgaande volgt, dat verzoeksters vorderingen in hun geheel moeten worden afgewezen, zonder dat die strekkende tot vergoeding van de kosten van de bankgarantie tot zekerheid van de betaling van de geldboete behoeft te worden onderzocht.

Kosten

- 161 Volgens artikel 87, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dit is gevorderd. Aangezien verzoekster in het ongelijk is gesteld, moet zij overeenkomstig de vordering van de Commissie in de kosten worden verwezen.

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Eerste kamer),

rechtdoende:

- 1) Verwerpt het beroep.

- 2) Verwijst verzoekster in de kosten.

Vesterdorf

Moura Ramos

Mengozi

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 19 mei 1999.

De griffier

De president

H. Jung

B. Vesterdorf