

FÖRSTAINSTANSRÄTTENS DOM (första avdelningen)

den 19 maj 1999 *

I mål T-176/95,

Accinauto SA, bolag bildat enligt belgisk rätt, Bryssel, företrätt av advokaten Helmut Glassen, Leimen, delgivningsadress: advokatbyrå Loesch et Wolters, 11, rue Goethe, Luxemburg,

sökande,

mot

Europeiska gemenskapernas kommission, inledningsvis företräd av Bernd Langeheine, därefter av Wouter Wils, båda vid rättstjänsten, i egenskap av ombud, biträdda av advokaten Heinz-Joachim Freund, Bryssel, delgivningsadress: rättstjänsten, Carlos Gómez de la Cruz, Centre Wagner, Kirchberg, Luxemburg,

svarande,

angående en talan om ogiltigförklaring av kommissionens beslut 95/477/EG av den 12 juli 1995 om ett förfarande för tillämpning av artikel 85 i fördraget (BASF Lacke + Farben AG och SA Accinauto — ärende IV/33.802) (EGT L 272, s. 16),

meddelar

* Rättegångsspråk: tyska.

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (första avdelningen)

sammansatt av ordföranden B. Vesterdorf samt domarna R.M. Moura Ramos och P. Mengozzi,

justitiesekreterare: byrådirektören J. Palacio González,

med hänsyn till det skriftliga förfarandet och efter det muntliga förfarandet den 13 januari och 2 april 1998,

följande

Dom

Bakgrund

Parterna i målet och den aktuella produkten

- 1 Accinauto SA (nedan kallat Accinauto eller sökanden) är ett bolag bildat enligt belgisk rätt med säte i Bryssel som sedan år 1937 saluför fordonsreparationslacker från BASF-koncernen i Belgien och Luxemburg. Sedan år 1974 är det ensamåterförsäljare för Glasuritprodukter i dessa länder. Dess omsättning under

räkenskapsåret 1991 uppgick till 738 000 000 BFR, varav ungefär 85 procent avsåg försäljning av BASF-produkter.

- 2 BASF Coatings AG (nedan kallat BASF), tidigare BASF Lacke und Farben AG, som är ett bolag bildat enligt tysk rätt med säte i Münster-Hiltrup (Tyskland), tillverkar bland annat fordonsreparationslack av varumärket Glasurit. År 1991 uppgick BASF:s omsättning till 1 668 000 000 DM, varav 314 000 000 DM avsåg fordonsreparationslack i hela världen och 243 000 000 DM dessa produkter inom gemenskapen.

- 3 Glasuritprodukterna saluförs av:
 - BASF-koncernens dotterbolag i Nederländerna, Italien, Frankrike, Spanien, Förenade kungariket, Irland, Österrike, Sverige och Finland,

 - fristående återförsäljare i Belgien, Luxemburg, Danmark och Portugal som är bundna av ensamåterförsäljaravtal,

 - fem regionala ensamåterförsäljare i Tyskland,

 - en fristående återförsäljare utan ensamrätt i Grekland.

- 4 I Förenade kungariket och Irland saluförs BASF-koncernens fordonsreparationslacker av BASF Coating and Inks Limited (nedan kallat BASF C & I), som är ett helägt dotterbolag inom BASF-koncernen.
- 5 Fordonsreparationslacker skall särskiljas från lacker för nya fordon, även om de har samma sammansättning och tillverkas i samma produktionskedjor. Lacker för nya fordon är avsedda för bilfabrikanter, medan fordonsreparationslacker är avsedda för reparationsverkstäder. Fordonsreparationslacker saluförs därför i helt andra förpackningar och kvantiteter än lacker för nya fordon.
- 6 Under perioden 1985—1992 var slutkonsumenternas nettopriser för fordonsreparationslacker, inbegripet priserna för Glasuritprodukter, i genomsnitt högre i Förenade kungariket än i Belgien.

Det administrativa förfarandet

- 7 Den 28 januari 1991 ingav Ilkeston Motor Factories Ltd (nedan kallat IMF) och Calbrook Cars Ltd, två bolag etablerade i Förenade kungariket och återförsäljare av fordonsreparationslacker, en anmälan till kommissionen i vilken de påstod att BASF och Accinauto hade åsidosatt gemenskapens konkurrensregler.
- 8 Enligt klagandena hade de köpt Glasuritprodukter — IMF direkt och Calbrook Cars Ltd via IMF — av Accinauto sedan år 1986. Under sommaren 1990 stoppade Accinauto sina leveranser efter ingripande från BASF. BASF och Accinauto hade nämligen enligt klagandena ingått en överenskommelse för att förhindra parallellimport av Glasuritprodukter till Förenade kungariket.

- 9 Den 26 juni 1991 verkställde kommissionen en undersökning i affärslokalerna tillhörande BASF, BASF C & I, Accinauto och Technipaint, ett bolag som bildats år 1982 av de båda verkställande direktörerna i Accinauto och som har sitt säte på samma plats som Accinauto.
- 10 Kommissionen erhöll vidare skriftliga upplysningar av de olika parterna med stöd av artikel 11 i rådets förordning nr 17 av den 6 februari 1962, första förordningen om tillämpning av artiklarna 85 och 86 i fördraget (EGT 13, 1962, s. 204, svensk specialutgåva, område 8, volym 1, s. 8, nedan kallad förordning nr 17).
- 11 Den 12 maj 1993 riktade kommissionen ett meddelande om anmärkningar till BASF och Accinauto.
- 12 Den 23 september 1993 ägde förhör rum i ärendet.
- 13 Efter samråd med rådgivande kommittén för kartell- och monopolfrågor antog kommissionen beslut 95/477/EG av den 12 juli 1995 om ett förfarande för tillämpning av artikel 85 i fördraget (BASF Lacke + Farben AG och S.A. Accinauto — ärende IV/33.802) (EGT L 272, s. 16, nedan kallat det omtvistade beslutet). Beslutet delgavs sökanden den 24 juli 1995.

Det omtvistade beslutet

- 14 Kommissionen konstaterar i det omtvistade beslutet att avtalet mellan BASF och Accinauto, enligt vilket Accinauto från och med den 8 oktober 1982 till och med

den 31 december 1991 var förpliktat att vidarebefordra förfrågningar från kunder utanför avtalsområdet till BASF (Kundenanfragen weiterzuleiten), stred mot artikel 85.1 i EG-fördraget (nu artikel 81.1 EG). För sin delaktighet i överträdelsen ålades BASF böter om 2 700 000 ECU och Accinauto böter om 10 000 ECU.

- 15 I övervägandena i beslutet påpekar kommissionen att Accinauto i artikel 2.2 första stycket i det ensamåterförsäljaravtal som slöts mellan BASF och Accinauto i juni—oktober 1982, med retroaktiv verkan från och med den 1 januari 1982 (nedan kallat 1982 års avtal), åtog sig att ”vidarebefordra förfrågningar från kunder” utanför avtalsområdet till BASF. Kommissionen anser att detta uttryck skall förstås så, att den till vilken kundförfrågningarna ”vidarebefordras” träder i stället för den som ”vidarebefordrar”. Följaktligen har Accinauto inte rätt att självständigt besluta om det skall sälja till kunder utanför Belgien och Luxemburg. Det är BASF som bestämmer om och under vilka villkor Accinauto, BASF eller tredje part får effektuera dessa beställningar.
- 16 Kommissionen betonar i beslutet att dess tolkning av artikel 2 i avtalet bekräftas av det sätt på vilket parterna ständigt har tillämpat denna artikel.
- 17 När IMF i mars 1986 för första gången tog kontakt med Accinauto, erhöll sistnämnda bolag ett ”specialtillstånd” att påbörja leveranser. BASF lämnade detta tillstånd till Accinauto därför att det ville ”kanalisera och normalisera” parallelexporten av Glasuritprodukter till Förenade kungariket. Denna uppgift bekräftar enligt kommissionen att BASF redan åren 1985—1986 vidtog åtgärder mot parallelexport. Under nio månader märkte BASF de produkter som såldes av återförsäljarna i Belgien, Nederländerna och Tyskland för att utröna genom vilka kanaler Glasuritprodukterna anlände till den brittiska marknaden.

- 18 Enligt kommissionen begärde BASF i juni 1989 att Accinauto skulle stoppa leveranserna till IMF och övriga brittiska kunder. Beslutet att stoppa den tidigare tillåtna parallellimporten till Förenade kungariket fattades således av BASF.
- 19 Enligt kommissionen följde Accinauto emellertid inte det förbud som BASF ålade det. Från och med juli 1989 fakturerade Accinauto leveranserna till IMF genom Technipaint och fortsatte således sina leveranser till Förenade kungariket utan att BASF kände till detta.
- 20 I slutet av maj 1990 stoppade Accinauto leveranserna till IMF sedan BASF skärpt kontrollen. Enligt de uppgifter som lämnats av BASF C & I hade problemet med parallellimport förvärrats och detta bolag hade bevis för att det fanns en belgisk källa.
- 21 Efter den dagen iakttog Accinauto 1982 års avtal utan någon inskränkning. Enligt kommissionen upphörde inte överträdelsen av konkurrensreglerna förrän den 1 januari 1992, då ett nytt försäljningsavtal undertecknat av parterna den 14 december 1992 och den 22 januari 1993 trädde i kraft med retroaktiv verkan. Detta avtal innehåller inte längre den aktuella klausulen enligt vilken Accinauto är skyldig att vidarebefordra förfrågningar från kunder utanför avtalsområdet till BASF.
- 22 Kommissionen ansåg att artikel 2.2 i 1982 års avtal hade som syfte och verkan att begränsa konkurrensen mellan Accinauto och andra återförsäljare av fordonsreparationslack av varumärket Glasurit, särskilt mellan Accinauto och BASF C & I. Avtalet var av sådan art att det påverkade handeln mellan medlemsstaterna genom att det begränsade parallellimporten av Glasuritprodukter från Belgien till Förenade kungariket.

- 23 Kommissionen beslutade att ålägga BASF och Accinauto böter med hänvisning till att förbudet mot passiv försäljning strider mot målet att inrätta en gemensam marknad och utgör ett särskilt allvarligt åsidosättande av gemenskapsrätten, som är entydig i denna fråga, inbegripet beträffande de produkter och den marknad som berörs. Vidare fastställde kommissionen att BASF och Accinauto avsiktligt har begått denna överträdelse.

Förfarandet

- 24 Förevarande talan väcktes genom ansökan som inkom till förstainstansrättens kansli den 25 september 1995.
- 25 I ansökan begärde sökanden att förstainstansrätten såsom processledande åtgärd skulle förordna att sökanden skulle delges ett fullständigt protokoll från förhöret den 23 september 1993 på franska.
- 26 Målet, som ursprungligen tilldelades första avdelningen i utökad sammansättning, tilldelades första avdelningen genom förstainstansrättens beslut av den 4 december 1997, fattat med stöd av artiklarna 14 och 51 i rättegångsreglerna.
- 27 På grundval av referentens rapport beslutade förstainstansrätten (första avdelningen) att det inte fanns anledning bifalla sökandens yrkande om processledande åtgärder. Förstainstansrätten beslutade även att inleda det muntliga förfarandet utan att vidta föregående åtgärder för processledning eller bevisupptagning.

- 28 Parterna utvecklade sin talan och svarade på förstainstansrättens muntliga frågor vid den förhandling som ägde rum den 13 januari 1998.
- 29 Till följd av att en ny domare tillträdde sitt ämbete vid förstainstansrätten ändrades första avdelningens sammansättning genom förstainstansrättens beslut av den 10 mars 1998.
- 30 Med hänvisning till artikel 33.2 i rättegångsreglerna beslutade förstainstansrätten (första avdelningen), i sin nya sammansättning, med stöd av artikel 62 i rättegångsreglerna att det muntliga förfarandet skulle återupptagas.
- 31 Parterna var inte närvarande vid förhandlingen den 2 april 1998. På förslag av sökanden tillät förstainstansrätten, efter att ha hört svaranden, parterna att hänvisa till sina muntliga yttranden av den 13 januari 1998 utan att höras på nytt och att inge dessa yttranden i skriftlig version. Dessa inkom till förstainstansrättens kansli den 14 april 1998.

Parternas yrkanden

- 32 Sökanden har yrkat att förstainstansrätten skall

— ogiltigförklara det omtvistade beslutet i den del som avser sökanden,

- i andra hand upphäva eller nedsätta de böter den ålagts i artikel 2 i detta beslut,

- förplikta svaranden att ersätta rättegångskostnaderna,

- förplikta svaranden att återbetala de böter samt ränta (9,5 procent) som svaranden fastställde i artikel 2.2 andra stycket i det omtvistade beslutet.

33 Svaranden har yrkat att förstainstansrätten skall

- ogilla talan, .

- förplikta sökanden att ersätta rättegångskostnaderna.

Yrkandena om ogiltigförklaring av det omtvistade beslutet

34 Sökanden har åberopat två grunder till stöd för sin talan. Den anser för det första att kommissionen har åsidosatt väsentliga formföreskrifter genom att inte iaktta sökandens rätt till försvar. Sökanden anser för det andra att kommissionen har

åsidossatt artikel 85.1 i fördraget genom att felaktigt dra slutsatsen att 1982 års avtal stred mot denna bestämmelse.

Den första grunden: Huruvida kommissionen har åsidossatt väsentliga formföreskrifter

Parternas argument

- 35 Sökanden har gjort gällande att kommissionen har åsidossatt artikel 3.1 i rådets förordning nr 1 av den 15 april 1958 om vilka språk som skall användas i Europeiska ekonomiska gemenskapen (EGT 17, 1958, s. 385; svensk specialutgåva, område 1, volym 1, s. 14) genom att inte ge sökanden tillgång till ett protokoll från förhöret den 23 september 1993 helt och hållet avfattat på franska. I denna artikel föreskrivs följande: "Skriftliga handlingar som någon av gemenskapens institutioner ställer till en medlemsstat eller en person som lyder under en medlemsstats jurisdiktion skall avfattas på den statens språk."
- 36 Enligt sökanden utgör förhørsprotokollet en sådan handling i förfarandet som avses i artikel 19.1 i förordning nr 17 och i artikel 2.1 i kommissionens förordning nr 99/63/EEG av den 25 juli 1963 om sådana förhör som avses i artikel 19.1 och 19.2 i förordning nr 17 (EGT 127, 1963, s. 2268; svensk specialutgåva, område 8, volym 1, s. 32). I egenskap av berört företag hade sökanden rätt att få protokollet på språket i den stat där den är etablerad (dom av den 15 juli 1970 i mål 41/69, ACF Chemiefarma mot kommissionen, REG 1970, s. 661, punkterna 48 och 49; svensk specialutgåva, volym 1, s. 457).
- 37 Det faktum att sökanden inte hade tillgång till en skriftlig översättning av de yttranden som lämnades av övriga parter vid förhöret som uttryckte sig på tyska och engelska, bland annat de yttranden som lämnades av företrädare för BASF, klagandena och medlemsstaterna, hindrade sökanden från att på bästa sätt

förbereda sitt försvar under det administrativa förfarandet. Även om dessa yttranden simultantolkades vid förhöret genom kommissionens försorg, hade sökanden behövt en fransk översättning av hela protokollet för att kunna förstå de anmärkningar som riktades mot den, i synnerhet för att sökanden skulle kunna utreda vissa omständigheter som togs upp vid detta tillfälle tillsammans med sina anställda som inte var närvarande vid detta förhör. Sökandens rätt till försvar har följaktligen åsidosatts.

- 38 Kommissionen anser däremot att förhørsprotokollet inte utgör en "handling" i den mening som avses i artikel 3 i ovannämnda förordning nr 1 av den 15 april 1958. Det framgår av rättspraxis att denna bestämmelse i konkurrensmål endast gäller meddelanden om anmärkningar och beslut under det administrativa förfarandet. Kommissionen har påpekat att kommentarer från företrädare för olika parter skall antecknas i protokollet och protokollet översänds till parterna enbart för att de skall kunna kontrollera att deras egna yttranden är korrekt nedtecknade (förstainstansrättens dom av den 14 juli 1994 i mål T-77/92, Parker Pen mot kommissionen, REG 1994, s. II-549, punkterna 72—75). Protokollet är inte en handling som upprättas till förmån för de företag som deltar i förfarandet.

Förstainstansrättens bedömning

- 39 Förstainstansrätten erinrar om att enligt artikel 9.4 i ovannämnda förordning nr 99/63 av den 25 juli 1963 skall "[d]et väsentliga innehållet i de yttranden som avges av varje person som hörs... antecknas i ett protokoll som skall läsas och godkännas av honom".
- 40 I förevarande fall är det ostridigt att sökanden har haft möjlighet att få kännedom om det väsentliga innehållet i sina yttranden vid förhöret den 23 september 1993, vilka antecknats på franska i protokollet, och att sökanden inte har gjort gällande att väsentliga uppgifter rörande denne var felaktiga eller saknades i protokollet.

- 41 Sökanden har vidare inte bestritt att den tack vare simultantolkning hade möjlighet att ta del av de yttranden som lämnades av övriga deltagare i förhöret.
- 42 Sökanden kan inte till stöd för sitt påstående att rätten till försvar har åsidosatts göra gällande att det saknas en fransk översättning av de delar av protokollet som redigerats på ett annat språk. Det förhållandet att översättning saknas kan nämligen inte i förevarande fall medföra att det administrativa förfarandet skall anses vara ogiltigt (domarna i de ovannämnda målen ACF Chemiefarma mot kommissionen, punkt 52, och Parker Pen mot kommissionen, punkt 74).
- 43 Sökandens svårigheter att förbereda sitt försvar kan inte ändra denna bedömning, eftersom den var företrädd vid förhöret och eftersom den av kommissionen har erhållit en skriftlig version av de yttranden som lämnats av övriga deltagare på originalspråket.
- 44 Följaktligen har kommissionen inte åsidosatt väsentliga formföreskrifter.

Den andra grunden: Huruvida kommissionen åsidosatte artikel 85.1 i fördraget när den fastslog att 1982 års avtal stred mot denna bestämmelse

- 45 Sökanden har i huvudsak bestritt att 1982 års avtal utgjorde en överenskommelse som stred mot artikel 85.1 i fördraget och som syftade till att förhindra parallellimport av Glasuritprodukter till Förenade kungariket. Kommissionen har gjort en felaktig bedömning, för det första när den tolkade artikel 2.2 i 1982 års avtal, för det andra när den drog slutsatsen att dess tolkning stöds av hur parterna genomförde avtalet, för det tredje när den analyserade avtalets inverkan på konkurrensen och på handeln mellan medlemsstaterna, för det fjärde när den

fastställde den tidpunkt då den påstådda överträdelsen av konkurrensreglerna upphörde och för det femte när den fastställde bötesbeloppet.

Den första delen: Tolkningen av artikel 2.2 i 1982 års avtal

— Parternas argument

- 46 Sökanden har gjort gällande att uttrycket "vidarebefordra förfrågningar från kunder" i artikel 2.2 i 1982 års avtal endast avser vidarebefordran av information som BASF behöver för att på ett bättre sätt kunna planera sin försäljningsorganisation och affärsstrategi samt för att kunna uppfylla marknadens leveransbehov vid leveranssvårigheter.
- 47 Den har gjort gällande att begreppet "vidarebefordra" betyder "informera" både i artikel 2.1 och 2.2. I denna artikel föreskrivs således ingen skyldighet att vidarebefordra beställningar, eftersom denna implicit följer av den ensamåterförsäljarrätt på avtalsområdet som sökanden erhållit enligt artikel 1. Vidare avser artikel 2 endast "förfrågningar" från kunder, vilka enbart syftar till att erhålla upplysningar om leveransmöjligheter och leveransvillkor. Denna artikel avsåg således inte kundbeställningar.
- 48 Enligt sökanden anges det inte i artikel 2.2 i avtalet att BASF måste godkänna sökandens försäljning utanför sitt avtalsområde.

- 49 Sökanden har påpekat att den, enligt artikel 4.1 och 4.2 i 1982 års avtal, åtog sig att regelbundet informera BASF om det allmänna marknadsläget och att upprätta en årlig försäljningsrapport. Eftersom artikel 4 endast avsåg information om verksamheten på avtalsområdet, täcktes informationen om förfrågningar till sökanden från kunder utanför avtalsområdet enbart av artikel 2.2 i avtalet. Sökanden har påpekat att även den hade ett stort intresse av information om försäljningen utanför avtalsområdet, bland annat för att BASF skulle kunna informera sökanden om villkoren vad gällde kvalitet, kunskap och tillträde i de stater dit varorna exporterats.
- 50 Sökanden har vidare påpekat att den historiska bakgrunden är relevant för att förstå vilken vikt parterna i fråga har lagt vid frågan om avtalets förenlighet med gemenskapens konkurrensregler. Det tidigare ensamåterförsäljaravtalet mellan Accinauto och föregångaren till BASF anmäldes till kommissionen år 1969. Efter invändningar från denna strök parterna år 1970 en klausul enligt vilken Accinauto inte skulle ha rätt att sälja de aktuella varorna utanför avtalsområdet.
- 51 Med hänsyn till den historiska bakgrunden försäkrade BASF:s chefsjurist, vid den tidpunkt då de förhandlingar fördes som ledde fram till 1982 års beslut, sökanden att artikel 2.2 i dess ändrade lydelse var förenlig med gemenskapsrätten. Eftersom parterna ansåg det uppenbart att denna klausul var i sin ordning, ansåg de inte att det var nödvändigt att anmäla 1982 års avtal till kommissionen.
- 52 Kommissionen anser inte att sökandens argument till stöd för sin tolkning av skyldigheten att vidarebefordra i artikel 2.2 är övertygande. Den har upprepat att denna klausul innehåller ett dolt förbud mot passiv exportförsäljning utan

föregående godkännande och inte endast en skyldighet att vidarebefordra information.

— Förstainstansrättens bedömning

- 53 Förstainstansrätten erinrar om att artikel 2.2 i 1982 års avtal är placerad under rubriken "Ensamåterförsäljarrätt och konkurrensförbud". I artikel 2.2 första stycket föreskrivs följande: "Återförsäljaren förpliktar sig att till [BASF] vidarebefordra förfrågningar från kunder utanför avtalsområdet och att utanför avtalsområdet varken värva kunder, inrätta filialer eller hålla lager för försäljning av produkter som omfattas av avtalet."
- 54 Det är ostridigt i målet att det i den senare delen av avtalsklausulen i fråga föreskrivs ett förbud för återförsäljaren att aktivt bedriva försäljningsverksamhet utanför avtalsområdet, ett förbud som är förenligt med gemenskapens konkurrensregler. Tvisten avser därför endast frågan hur den del av den aktuella klausulen som avser passiv försäljning till kunder utanför avtalsområdet skall tolkas.
- 55 För att kunna avgöra om de parter som ingått 1982 års avtal har kommit överens om att begränsa återförsäljarens frihet att passivt sälja de produkter som omfattas av ensamåterförsäljaravtalet till kunder i andra medlemsstater och om parterna följaktligen har ingått ett avtal som strider mot artikel 85.1 i fördraget skall förstainstansrätten ta hänsyn till flera omständigheter. Förutom ordalydelsen av artikel 2.2 och tillämpningsområdet för andra klausuler i avtalet som har ett samband med återförsäljarens skyldighet i denna klausul, måste förstainstans-

rätten även ta hänsyn till faktiska och rättsliga omständigheter vid ingåendet och genomförandet av detta avtal, vilka bidrar till att klargöra avtalets syfte.

- 56 Det framgår tydligt av lydelsen av artikel 2.2 att parterna har kommit överens om särskilda regler för hur förfrågningar från kunder utanför avtalsområdet skall behandlas. Det preciseras dock varken varför dessa förfrågningar skall vidarebefordras till tillverkaren eller vilka följder detta får för återförsäljarens frihet att ägna sig åt passiv försäljning, i synnerhet när försäljningen sker till kunder i andra medlemsstater.
- 57 Förstainstansrätten påpekar att det inom ramen för en bokstavstolkning av denna klausul saknar betydelse att skyldigheten att vidarebefordra avser förfrågningar, vilka endast avser att utröna Accinautos leveransmöjligheter och leveransvillkor, men inte beställningar från kunder utanför avtalsområdet. Om en förfrågan som vidarebefordras med tillämpning av denna klausul besvaras nekande, är det, såsom kommissionen har betonat, meningslöst för kunden att lämna en beställning till sökanden. I och med att återförsäljaren är skyldig att vidarebefordra de förfrågningar som föregår beställningarna går det inte att dra slutsatsen att han helt och hållet har bibehållit sin beslutandefrihet och att han utan inskränkningar kan verkställa beställningarna.
- 58 Beträffande införandet av artikel 2.2 i avtalet och fastställandet av dess syfte i förhållande till andra klausuler om informationsutbyte mellan parterna, kan förstainstansrätten för det första inte godta sökandens påstående att skyldigheten att vidarebefordra i artikel 2.1 och 2.2 är av samma art som den informations-skyldighet som föreskrivs i artikel 4 i samma avtal. Accinauto åtar sig visserligen enligt artikel 4.1 och 4.2 att regelbundet informera BASF om försäljningen och marknadssituationen inom avtalsområdet, men denna information är allmän och skall endast preciseras i sammanställningar som upprättas i slutet av varje kalenderår. I artikel 2.1 och 2.2 föreskrivs däremot att återförsäljaren eller tillverkaren omedelbart skall informeras om förfrågningar kommer från kunder

inom avtalsområdet eller från kunder utanför detta område. Förstainstansrätten konstaterar därför att skyldigheten att vidarebefordra i artikel 2, i och med att det föreskrivs en ömsesidig anmälan av särskilda leveransförfrågningar, är av annan art än den informationsskyldighet som föreskrivs i artikel 4.

59 För det andra framgår det av artikel 2.1 att BASF:s skyldighet att till återförsäljaren vidarebefordra samtliga förfrågningar och all information som kan möjliggöra försäljning av de aktuella produkterna på avtalsområdet följer av att det inte har rätt att använda andra distributionsnät på nämnda område. Den skyldighet att vidarebefordra som föreskrivs i denna klausul, i likhet med förbudet att använda andra distributionsnät, utgör själva innehållet i den ensamrätt som Accinauto beviljats, eftersom skyldigheten är en förutsättning för att denna rätt faktiskt skall kunna utnyttjas. Härav följer att förstainstansrätten inte kan godta sökandens tolkning att begreppet "vidarebefordra" i artikel 2.1 och 2.2 enbart betyder att den andra parten skall "informerar" om leveransförfrågningar.

60 Eftersom återförsäljarens skyldighet att vidarebefordra i artikel 2.2 i avtalet endast avser förfrågningar från kunder utanför avtalsområdet, kan slutsatsen inte dras att denna klausul enbart syftar till att förbättra tillverkarens möjligheter att planera sin försäljningsorganisation och affärsstrategi. Kommissionen har med rätta påpekat att om BASF vill hålla sig informerad om kvantiteten av och kvaliteten på de produkter som de förfrågningar som riktats till sökanden avser, skulle skyldigheten att vidarebefordra även gälla förfrågningar från kunder inom avtalsområdet. Denna information skulle BASF för övrigt ha kunnat erhålla i form av allmän information eller genom sammanställningar, såsom föreskrivs i artikel 4 i avtalet, och inte före varje leverans. Det var inte heller nödvändigt för BASF att på förhand få information om destinationen för de produkter som beställts från sökanden för att enhetligt kunna dela upp begränsade leveranskvantiteter mellan sina återförsäljare. BASF:s intresse av att erhålla information om exportförsäljningen, bland annat för att räkna ut det reklambidrag som det beviljade varje återförsäljare, hade även kunnat tillgodoses genom en skyldighet

att upprätta sammanställningar över denna försäljning. Sökandens intresse av att få information om villkoren på de marknader till vilka varorna exporterades, om detta intresse är relevant, kan uppnås med andra medel än att exporten anmäls på förhand till tillverkaren.

- 61 Förstainstansrätten anser således att sökandens förklaring av syftet med skyldigheten att vidarebefordra i artikel 2.2 i 1982 års avtal inte är av sådan art att den kullkastar kommissionens påstående att denna klausul innehåller ett dolt förbud mot passiv exportförsäljning utan föregående godkännande.
- 62 Vidare ger den historiska bakgrunden en förklaring till varför den omtvistade klausulen är otydligt formulerad och till det dolda exportförbud som föreskrivs i denna. Parterna hade nämligen till följd av tidigare erfarenheter insikt i att en uttrycklig begränsning av återförsäljarens frihet att ägna sig åt passiv försäljning utanför avtalsområdet strider mot gemenskapens konkurrensregler. Parterna har emellertid tydligt uttryckt sin avsikt att förfrågningar från kunder utanför avtalsområdet skulle underkastas ett särskilt system, vilket implicit ger tillverkaren möjlighet att vid behov påverka återförsäljarnas exportförsäljning.
- 63 Under dessa omständigheter skall det undersökas om kommissionens tolkning av artikel 2.2 även bekräftas av att parterna har genomfört en överenskommelse om att hindra parallellimport av Glasuritprodukter till Förenade kungariket.

Den andra delen: Avtalets genomförande

— Parternas argument

- 64 Sökanden anser att det framgår av det sätt på vilket det omtvistade avtalet har genomförts att kommissionen har gjort en felaktig tolkning av begreppet "vidarebefordra". Den anser att dess tolkning av detta avtal stöds av de faktiska omständigheterna.
- 65 När IMF i mars 1986 för första gången riktade en förfrågan till sökanden, tog Pierre Dudouet, verkställande direktör i detta bolag, endast kontakt med BASF i syfte att informera sig om situationen på marknaden och om huruvida de begärda produkterna fanns tillgängliga. Pierre Dudouet exporterade sällan produkter och trodde att beställningarna till den brittiska marknaden kunde omfatta mycket stora kvantiteter. Då de av IMF begärda produkterna var lättsålda och då, enligt vad som var brukligt på fordonsreparationsmarknaden, produkterna skulle levereras med kort varsel, skulle eventuella leveransförseningar ha kunnat vara förödande för kunderna. I motsats till vad kommissionen har påstått begärde sökanden således BASF:s godkännande varken för att leverera produkterna till IMF eller för att fastställa tillämpliga villkor avseende denna försäljning.
- 66 Sökanden levererade de begärda produkterna till IMF och affärsförbindelserna mellan de två bolagen utvecklades därefter i positiv riktning. Fram till år 1990 ökade IMF sina beställningar konstant och sökanden beviljade IMF större rabatter.
- 67 Från och med juni 1989 fakturerades sökandens försäljning till IMF via bolaget Technipaint enbart för att skilja exporten från försäljningen i Belgien. Denna åtgärd blev möjlig att genomföra år 1989 till följd av att ett nytt datorsystem togs

i bruk. Därigenom fick sökanden bättre överblick över sina transaktioner och kunde begränsa premiebetalningarna till sina medarbetare. Även BASF var mån om att transaktionerna skulle registreras separat, eftersom det bidrog till reklamkostnaderna inom avtalsområdet.

- 68 I motsats till vad som anges i punkterna 75 och 76 i övervägandena i det omtvistade beslutet stoppade inte sökanden sina leveranser till IMF i slutet av maj 1990 utan först i december 1990. Den första beställning som sökanden erhöll efter leveransen i slutet av maj 1990 var daterad den 4 december 1990. IMF gjorde inga nya beställningar mellan dessa datum, trots hänvisningen till en framtida beställning i den skrivelse som IMF:s advokater skickade till sökanden den 3 juli 1990.
- 69 Sökanden fattade självständigt beslutet att stoppa leveranserna till IMF med hänvisning till att detta företag inte var tillförlitligt och dessutom hade uppträtt hotfullt. Sedan augusti 1989 hade IMF inte betalat sina fakturor i tid. Vid ett möte med sökanden den 5 juni 1990 hade IMF insisterat på ytterligare leveranser, trots att det var svårt att få tag på ett stort antal Glasuritprodukter. IMF hotade sökanden med att inlämna ett klagomål om överträdelse av konkurrensreglerna och med att etablera en filial i Belgien för att kunna ägna sig åt direktexport till Förenade kungariket.
- 70 Genom skrivelse av den 7 februari 1991 informerade sökanden, genom att bifoga en kopia på sin skrivelse till IMF av den 19 december 1990, för första gången BASF om att den definitivt hade brutit sina affärsförbindelser med IMF.
- 71 Sökanden har anklagat kommissionen för att inte ha beaktat åberopade leveranssvårigheter, beträffande vilka sökanden lade fram trovärdig bevisning under det administrativa förfarandet. BASF brottades under den aktuella

perioden med betydande leveranssvårigheter, som berodde på olika faktorer. De viktigaste produktsortimenten, bland annat de populäraste basfärgerna, påverkades av dessa leveranssvårigheter.

- 72 BASF införde ett informationsnät mellan sig och återförsäljarna, bland annat sökanden, för att kunna säkerställa regelbundna leveranser på den europeiska marknaden vid en bristande tillgång på produkter. För att kunna uppfylla sin leveransplikt gentemot kunder som beställt Glasuritprodukter ville BASF få överblick över varuflödet och försäljningssituationen på de olika nationella marknaderna.
- 73 Vidare ansåg sig sökanden skyldig att prioritera gamla kunder inom sitt avtalsområde. När sökanden blev kontaktad av IMF var det normalt att den först kontaktade BASF för att undersöka leveransmöjligheterna för att förvissa sig om att den inte skulle göra sig skyldig till avtalsbrott. Den hade inte rätt att använda de knappa resurserna till att acceptera nya beställningar eller genomföra leveranser utanför avtalsområdet.
- 74 Att sökandens agerande är tillåtet framgår av övervägandena i kommissionens förordning (EEG) nr 1983/83 av den 22 juni 1983 om tillämpning av artikel 85.3 i fördraget på grupper av ensamåterförsäljaravtal (EGT L 173; s. 1; svensk specialutgåva, område 17, volym 1, s. 48) och av övervägandena i kommissionens förordning nr 67/67/EEG av den 22 mars 1967 om tillämpning av artikel 85.3 i fördraget på grupper av ensamrättsavtal (EGT 57, 1967, s. 849). Det är således tillåtet att i ett ensamåterförsäljaravtal införa en klausul om att tillverkarna kan kontrollera om återförsäljaren följer det huvudsakliga syftet med ett sådant avtal, det vill säga att agera intensivt på avtalsområdet.
- 75 Sökanden har vidare anfört att enligt de påståenden från klagandenas sida som det redogörs för i punkt 22 i övervägandena i det omtvistade beslutet skulle BASF i mars 1986 ha godkänt leveranser till IMF på villkor att Accinauto inte fick

lämna högre rabatt än 19 procent på dess listpriser. Dessa påståenden motsägs av det faktum att IMF vid denna tidpunkt godtog en rabatt på 8 procent och att Accinauto inte lämnade någon rabatt på 19 procent under hela året 1986. Det framstår som orimligt att IMF skulle nöja sig med en rabatt på 8 procent trots att Pierre Dudouet hade fått tillstånd av BASF att bevilja en rabatt på upp till 19 procent på listpriserna. Enligt sökanden är detta ett övertygande indicium för att klagandena har lämnat felaktiga uppgifter även om resten av telefonsamtalet mellan Accinauto och BASF.

- 76 Det framgår vidare av ett internt meddelande av den 5 juni 1990 skrivet av Augustin att BASF kände till Accinautos leveranser till IMF år 1989. Kommissionens påstående att sökanden ville dölja exporten till Förenade kungariket genom att fakturera leveranserna i Technipaints namn är således enligt sökanden felaktigt.
- 77 Kommissionen har upprepat sin slutsats att det bekräftas av det sätt på vilket parterna har genomfört artikel 2.2 i avtalet, i synnerhet från och med mars 1986, att tillverkaren förbehöll sig rätten att godkänna passiv försäljning. De förklaringar som sökanden har lämnat är varken trovärdiga eller kan kullkasta kommissionens rättsliga bedömning av de faktiska omständigheterna i det omtvistade beslutet.
- 78 Svaranden har påpekat att sökandens version av de faktiska omständigheterna inte stämmer överens med vad som sägs i handlingarna i ärendet. Det framgår av ett internt meddelande av den 5 juni 1990, nämnt i punkterna 43 och 52 i övervägandena i beslutet, att BASF hade gett Pierre Dudouet "specialtillstånd" att leverera till IMF till följd av den första förfrågan som IMF framställde till Accinauto i mars 1986. Det framgår av andra handlingar att leveranserna till IMF verkligen stoppades på uppmaning av BASF och att sökanden från och med juni

1989 fakturerade denna försäljning via Technipaint i avsikt att dölja den. Accinauto stoppade slutligen exporten i maj 1990 sedan BASF skärpt sin kontroll.

- 79 Enligt kommissionen kan de leveranssvårigheter som sökanden har hänvisat till inte förklara avtalsparternas agerande, eftersom bristsituationen endast förelåg mellan år 1988 och slutet av år 1990. Den har påpekat att det inte finns några spår, i skriftväxlingen mellan BASF och dess återförsäljare rörande parallellimporten till Förenade kungariket, av att man fruktade att leveranserna till andra nationella marknader eventuellt skulle vara otillräckliga. Att sökandens specialtillstånd drogs tillbaka berodde inte på de leveranssvårigheter som BASF hade drabbats av utan på att parallellimporten var till skada för BASF C & I och medförde en prissänkning i Förenade kungariket.
- 80 Enligt kommissionen har sökanden dragit överdrivna slutsatser av det misstag som klagandena skulle ha gjort beträffande den maximala rabatt på 19 procent som godkänts av BASF. För det första uppgav Accinauto när det besvarade begäran om upplysningar att det hade beviljat IMF en rabatt på 19 procent. Det åligger följaktligen sökanden att förklara varför dess svar till kommissionen inte överensstämmer med dess senaste uppgifter. För det andra var det normalt att sökanden inte i inledningsskedet beviljade IMF den maximala rabatt som godkänts av tillverkaren, i synnerhet inte eftersom de första leveranserna till IMF endast avsåg mindre volymer. Sökandens påstående att klagandenas uppgifter är felaktiga saknar därför grund. Frågan om och i så fall när IMF helt och hållet beviljades den maximala rabatten på 19 procent påverkar inte det faktum att sökanden i mars 1986 fick tillstånd av BASF att leverera varor till klagandena och att bevilja dem rabatter.
- 81 Det kan inte, med hänvisning till meddelandet av den 5 juni 1990 från en anställd vid BASF, fastställas att detta redan år 1989 kände till de leveranser som genomfördes via företaget Technipaint. Enligt kommissionen framgår det av de

interna meddelanden som nämns i punkterna 47 och 50 i övervägandena i det omtvistade beslutet att sökanden utförde leveranserna till IMF utan att BASF var informerat om dessa och hade godkänt dem.

- 82 Sökanden blandar ihop orsak och verkan när den förklarar vad som fått den att avbryta leveranserna till IMF. Kommissionen har påstått att det hot om rättsliga åtgärder som framfördes vid mötet den 5 juni 1990 är en följd av de uppgifter som Pierre Dudouet lämnade till IMF i slutet av maj 1990, då han påstod att han hade utsatts för påtryckningar från BASF och att han därför inte längre kunde leverera Glasuritprodukter. Det var inte förrän i juli som IMF vägrade att betala maj månads faktura, till följd av den tvist som uppkommit mellan IMF och Accinauto. Kommissionen anser följaktligen att dess slutsatser om tidpunkten för och omständigheterna kring leveransstoppet till IMF är riktiga. Slutligen har kommissionen påpekat att sökanden inte har visat att IMF krävde större leveranser eller förmånligare villkor.

— Förstainstansrättens bedömning

- 83 Förstainstansrätten påpekar inledningsvis att den överträdelse av konkurrensreglerna som fastslås i det omtvistade beslutet avser det faktum att parterna har ingått ett avtal i syfte att hindra parallellimport av Glasuritprodukter till Förenade kungariket. Bedömningen av det sätt på vilket 1982 års avtal har genomförts syftar således enbart till att bekräfta att kommissionens tolkning av artikel 2.2 i avtalet är riktig.
- 84 Sökanden har i detta sammanhang förnekat att det föreligger ett orsakssamband mellan de faktiska omständigheter som tas upp i det omtvistade beslutet och genomförandet av ett påstått avtal som strider mot artikel 85.1 i fördraget. Enligt sökanden förklaras avtalsparternas agerande av de leveranssvårigheter som BASF

brottades med under referensperioden samt av affärsmässiga beslut som Accinauto fattade självständigt.

- 85 Kommissionen har emellertid med rätta påpekat att BASF:s leveranssvårigheter endast förelåg åren 1988—1990 medan det omtvistade avtalet var gällande åren 1982—1991.
- 86 Dessa svårigheter bekräftar inte heller sökandens förklaring till varför den hade kontakt med BASF i mars 1986, innan den första leveransen till IMF ägde rum. Det förelåg nämligen inga objektiva skäl som tvingade Pierre Dudouet att på förhand ta reda på om de beställda produkterna fanns tillgängliga.
- 87 Vidare intensifierades affärsförbindelserna mellan Accinauto och IMF år 1989, trots att BASF brottades med allvarliga problem under hela detta år. När dessa affärsrelationer avbröts i juni 1990, hade den återopade bristsituationen till stor del redan avhjälpes.
- 88 Det framgår för övrigt av interna meddelanden från BASF och av skrivelser från BASF C & I och Accinauto till BASF att problemet med parallellimporten var dess effekt på det brittiska dotterbolagets verksamhet snarare än att denna import gav upphov till leveranssvårigheter som kunde påverka leveranserna till kunder i Belgien och Luxemburg.
- 89 Härav följer att de svårigheter som störde BASF:s leveranser i förevarande fall inte i väsentlig omfattning inverkar på genomförandet av 1982 års avtal. Sökandens argument att dess agerande var tillåtet i en bristsituation, bland annat mot bakgrund av domen i det ovannämnda målet BP mot kommissionen och

överbägandena i ovannämnda förordning nr 1983/83 av den 22 juni 1983, är således inte relevanta vid prövningen i detta mål.

- 90 Förstainstansrätten konstaterar att Accinauto, enligt ett internt meddelande från BASF av den 5 juni 1990, hade erhållit ett "specialtillstånd" att leverera till IMF:

"Innehavaren till firman [IMF] i Derby insisterar på ytterligare leveranser av fordonsreparationslack för bilar genom Accinauto (1989 cirka 10 ton). För denna kund hade Pierre Dudouet på sin tid ett specialtillstånd till leverans genom herr Kunath. Vid det tillfället gavs tillstånd för en begränsad leverans från Bryssel. Bakgrund: Ingen volymökning genom andra återförsäljare i Belgien. Skulle ytterligare leveranser inte medges hotar man med rättsliga åtgärder.... Pierre Dudouet avvaktar information om hur ärendet skall drivas vidare!"

- 91 I en skrivelse av den 7 juni 1989 till BASF hänvisade Pierre Dudouet till det sammanhang i vilket detta tillstånd hade beviljats och bibehållits fram till den dagen:

"För tre till fyra år sedan beslutade Glasurit, till följd av den betydande parallellimporten till England, att med vår hjälp sätta på ett särskilt märke för varje kund på de produkter som vi säljer för att leveransens ursprung enkelt skall kunna bevisas.... Vi har kommit överens med Glasurit om att försöka kanalisera och normalisera de här inköpen för att kunna följa våra kunders inköpsvolymmer oberoende av försäljningen utanför avtalsområdet.... Vi gör Er uppmärksamma på att om vi avslutar detta nätverk kan vi inte längre garantera att våra 70

försäljare eller större karosseriverkstäder inte frestas eller tillfrågas om att göra affärer med Storbritannien, vilket påtagligt skulle störa vår inre marknad.”

- 92 Det framgår tydligt av dessa handlingar att sökanden, till skillnad från vad den har påstått, inte agerade självständigt inom ramen för sina affärsförbindelser med IMF. Att BASF strängt kontrollerade Accinautos export bekräftas av ett annat internt meddelande daterat i juni 1990:

”Härmed bifogas Accinautos svar på vår fråga hur mycket [Glasurit]produkter som exporterats från Belgien till Storbritannien. Vi bör utgå från att Pierre Dudouet säger sanningen. Han vet mycket väl att han är beroende av oss och han kommer inte att vilja riskera något.”

- 93 Talan kan följaktligen inte bifallas på den grunden att kommissionen felbedömt genomförandet av 1982 års avtal.

Den tredje delen: Huruvida avtalet inverkade på konkurrensen och på handeln mellan medlemsstaterna

— Parternas argument

- 94 Sökanden har gjort gällande att kommissionen inte i tillräcklig utsträckning har tagit hänsyn till de särdrag som den brittiska marknaden för fordonsreparationslackar uppvisar.

- 95 Den har uppgett att parallellimporten av Glasuritprodukter ökade på grund av den prisskillnad på marknaden för fordonsreparationslack som förelåg mellan Förenade kungariket och gemenskapens övriga medlemsstater. Denna prisskillnad förklarades främst av de högre marknadsföringskostnaderna i Förenade kungariket, men även av det system för priskontroll som belgiska staten införde i Belgien i början av 1980-talet för att förhindra prisökningar för slutkonsumenterna.
- 96 Kommissionen gjorde en felaktig bedömning när den fastslog att Glasuritprodukternas ställning på den brittiska marknaden och de existerande prisskillnaderna mellan Belgien och Förenade kungariket var sådana att de gynnade en betydande parallellimport, vilken stoppades genom 1982 års avtal.
- 97 Sökanden har för det första uppgett att det pris som är av intresse vid en konkurrensbedömning är återförsäljarens nettoförsäljningspris, vilket motsvarar det tillämpliga inköpspriset. Emellertid minskar enligt sökanden prisskillnaderna mellan Belgien och Förenade kungariket avsevärt om jämförelsen görs mellan de tillämpade nettoförsäljningspriserna. Sökanden har för det andra uppgett att det inte fanns någon potentiell efterfrågan utöver den faktiska efterfrågan som hade tillfredsställts fullt ut. Klagandena uppgav sig vara nöjda med affärsförbindelserna med sökanden och IMF hade möjlighet, på grund av de förmånliga villkor det hade beviljats, att leverera Glasuritprodukter inte bara till Calbrook Cars Ltd utan även till andra brittiska näringsidkare.
- 98 Den har uppgett att den förutom beställningarna från IMF inte erhöll andra beställningar från och med år 1986. Den har inte kunnat vägra icke existerande beställningar, i förekommande fall på uppmaning av BASF. Kommissionens påstående att sökandens leveranskapacitet inte är begränsad till de volymer som levererats till IMF och Calbrook Cars Ltd är följaktligen felaktigt. Sökanden kan för övrigt inte förstå varför den aktuella klausulen i avtalet — i vilken det enligt sökandens tolkning inte anges ett förbud mot passiv export utan endast att exporten måste godkännas av tillverkaren — kan utgöra ett exporthinder, eftersom sökanden aldrig har nekats tillstånd när den har begärt det. Sökanden

har därför dragit slutsatsen att ensamåterförsäljaravtalet i vart fall inte har utgjort hinder för parallellimport och inte har haft återverkningar på dess objektiva leveransmöjligheter.

- 99 Sökanden anser att 1982 års avtal inte har inverkat på konkurrensen och på handeln mellan medlemsstaterna på något annat sätt. Parallellimportörerna var helt på det klara med vilka leveranskällor som fanns i gemenskapens olika medlemsstater och gjorde gemensamma inköp hos de återförsäljare som höll de lägsta priserna inom varje produktlinje. Detta bekräftas av att IMF köpte vissa produkter av Accinauto på uppdrag av Calbrook Cars Ltd, medan det bolaget köpte andra produkter på bättre villkor i Nederländerna och Tyskland. Utbudet och efterfrågan kan vidare inte ses statistiskt. Enligt sökanden ändrades förhållandena hela tiden, vilket parallellimportörerna tog hänsyn till när de skulle beställa varor från en återförsäljare.
- 100 Kommissionen har svarat att de prisskillnader som fastslås i det omtvistade beslutet framgår av handlingar som återfanns hos BASF och att dessa prisskillnader uppmuntrade till parallellexport från Belgien till Förenade kungariket. Sökanden har i vart fall själv medgett i sin ansökan att prisskillnaderna mellan Förenade kungariket och de övriga medlemsstaterna var ett av skälen till parallellimporten.
- 101 Kommissionen anser sig vidare ha visat att det omtvistade avtalet var sådant att det märkbart kunde påverka handeln mellan medlemsstaterna och har erinrat om att den inte är skyldig att bevisa att handeln mellan medlemsstaterna verkligen har påverkats märkbart (domstolens dom av den 1 februari 1978 i mål 19/77, Miller mot kommissionen, REG 1978, s. 131, punkt 15). Den har påpekat att den har genomfört de undersökningar som var nödvändiga och att den i det

omtvistade beslutet har redogjort för sina slutsatser beträffande de berörda företagens ställning på marknaden, omfattningen av deras produktion och export liksom deras prispolitik.

- 102 Kommissionen har även bestritt sökandens påstående att det inte fanns någon potentiell efterfrågan av Glasuritprodukter på den brittiska marknaden under den aktuella perioden. Accinauto har själv påstått att det förväntade sig att IMF och Calbrook Cars Ltd skulle utöka antalet beställningar med hänsyn till att behovet på den brittiska marknaden var mycket högre än på den belgiska marknaden.
- 103 Svaranden har slutligen gjort gällande att skyldigheten i artikel 2.2 i ensamåterförsäljaravtalet i själva verket utgör ett allmänt exportförbud, från vilket BASF från fall till fall kan medge undantag. Svaranden har följaktligen bestritt sökandens påstående att avtalet inte riskerade att begränsa konkurrensen, eftersom det i avtalet föreskrevs en skyldighet att begära exporttillstånd från tillverkaren och inte ett förbud mot denna försäljning.

— Förstainstansrättens bedömning

- 104 Enligt artikel 85.1 i fördraget är alla avtal mellan företag som har till syfte eller resultat att hindra konkurrensen inom den gemensamma marknaden förbjudna, under förutsättning att de kan påverka handeln mellan medlemsstater. Det framgår av fast rättspraxis att en klausul som syftar till att förhindra att en köpare vidare säljer eller exporterar den vara han anskaffat till sin natur är ägnad att avskärma marknaderna och således påverka handeln mellan medlemsstaterna (domstolens dom i det ovannämnda målet Miller mot kommissionen, punkt 7, och dom av den 31 mars 1993, kallad "pappersmassedomen", i de förenade målen C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 och C-125/85—C-129/85, Ahlström Osakeyhtiö m.fl. mot kommissionen, REG 1993, s. I-1307, punkt 176; svensk specialutgåva, volym 14). När det

visar sig att försäljningen för åtminstone en av parterna i det konkurrensbegränsande avtalet utgör en icke oväsentlig andel av den aktuella marknaden, är artikel 85.1 i fördraget tillämplig (domarna i de ovannämnda målen Miller mot kommissionen, punkt 10, och Parker Pen mot kommissionen, punkt 44).

- 105 I förevarande fall har sökanden varken bestritt kommissionens definition av den relevanta produktmarknaden, det vill säga den brittiska marknaden för fordonsreparationslack, eller det faktum att BASF:s marknadsandel på denna marknad år 1991 uppgick till 16 procent, varav 12 procent representerade Glasuritprodukterna. Sökanden har endast bestritt att parallellimporten uppgick till sådana volymer som svaranden har påstått i punkt 16 i det omtvistade beslutet. Med hänsyn till BASF:s ställning på den relevanta marknaden samt det faktum, vilket sökanden själv har bekräftat, att priserna på Glasuritprodukterna under åren 1986—1991 i genomsnitt var högre på denna marknad än i de övriga medlemsstaterna, bland annat i Belgien, har kommissionen med rätta dragit slutsatsen att det omtvistade avtalet kunde påverka handeln mellan medlemsstaterna.
- 106 Förstainstansrätten konstaterar under dessa omständigheter att detta avtal, på grund av sitt syfte, utgör en konkurrensbegränsning som är förbjuden enligt artikel 85.1 i fördraget, utan att det är nödvändigt att undersöka om det, såsom sökanden har hävdats, inte märkbart har påverkat den relevanta marknaden (domstolens dom av den 13 juli 1966 i de förenade målen 56/64 och 58/64, Consten och Grundig mot kommissionen, REG 1966, s. 429, svensk specialutgåva, volym 1, s. 277, och förstainstansrättens dom av den 7 juli 1994 i mål T-43/92, Dunlop Slazenger mot kommissionen, REG 1994, s. II-441, punkt 127).
- 107 Härav följer att sökandens övriga invändningar mot kommissionens bedömning att det skett en överträdelse av ovannämnda bestämmelse i fördraget inte är relevanta, eftersom dessa invändningar, oavsett om de är välgrundade eller inte,

inte kan leda till slutsatsen att ett avtal med sådant syfte och sådan omfattning som det förevarande inte strider mot gemenskapens konkurrensregler.

Den fjärde delen: Den tidpunkt då överträdelsen upphörde

— Parternas argument

108 För det fall att förstainstansrätten skulle fastslå att sökanden har åsidosatt konkurrensreglerna, har sökanden gjort gällande att denna överträdelse upphörde senast i slutet av juni 1990. Det framgår enligt sökanden tydligt av BASF:s skrivelse till sökanden av den 21 juni 1990 att den fritt kunde bestämma över sin försäljning. Kommissionen har i vart fall själv medgett att skrivelsen av den 22 juni 1990, som BASF skickade till IMF:s advokater och som Accinauto erhöll en kopia av, var tillräckligt begriplig och tydlig på denna punkt.

109 Svaranden har upprepat att det konkurrensbegränsande avtalet inte upphörde förrän då parterna upphävde den omtvistade klausulen. Den anser att Accinauto med hänsyn till omständigheterna inte kunde tolka kopian på den skrivelse som skickats till klagandenas advokater i juni 1990 på så sätt att BASF avsåg sig den rätt att godkänna exporten som det hade förbehållit sig i artikel 2.2 i 1982 års avtal. Syftet med denna skrivelse var endast att förhindra eventuella krav från IMF.

— Förstainstansrättens bedömning

110 Eftersom den överträdelse som fastslogs i det omtvistade beslutet bestod i att parterna hade ingått och deltagit i ett ensamåterförsäljaravtal i vilket en av

klausulerna stod i strid med artikel 85.1 i fördraget, har kommissionen på goda grunder dragit slutsatsen att nämnda överträdelse inte upphörde förrän vid den tidpunkt då de två parterna upphävde den aktuella klausulen. Det framgår av rättspraxis att det faktum att en klausul som syftar till att begränsa konkurrensen inte har genomförts av de avtalsslutande parterna inte är ett tillräckligt skäl att undanta klausulen från förbudet i artikel 85.1 i fördraget (domen i det ovannämnda målet *Miller mot kommissionen*, punkt 7, och den ovannämnda pappersmassedomens, punkt 175). I förevarande fall framgår det inte av de skrivelser från BASF som sökanden har åberopat att parterna i praktiken hade för avsikt att upphäva den omtvistade klausulen. Såsom kommissionen har påpekat avsåg de tydliga formuleringarna i skrivelsen av den 22 juni 1990 i själva verket att försvaga de påståenden om konkurrensbegränsande beteende som klaganden IMF hade framfört till parterna.

Den femte delen: Huruvida kommissionen har ålagt sökanden för höga böter

— Parternas argument

- 111 Sökanden anser att kommissionen överskred sitt utrymme för skönsmässig bedömning när den vid fastställandet av bötesbeloppet underlät att beakta att den påstådda överträdelsen var mindre allvarlig och endast pågick under en begränsad tid och att sökanden befann sig i en svår ekonomisk situation och saknade uppsåt.
- 112 Accinauto anser att frågan hur allvarlig överträdelsen är skall bedömas mot bakgrund av den inverkan som det påstått konkurrensbegränsande avtalet hade på handeln. Det omtvistade avtalet hade emellertid ingen inverkan, eftersom det inte genomfördes av parterna. Avtalet skulle inte ha påverkat den löpande parallellimporten från Belgien till Förenade kungariket även om det hade tillämpats. Leverans vägrades endast en gång, nämligen i december 1990. Detta beslut fattades dock inte till följd av avtalet utan det fattades självständigt av sökanden. Vidare var omfattningen av den parallellimport som berördes av 1982 års avtal obetydlig jämfört med den totala försäljningen av Glasuritprodukter i Förenade kungariket.

- 113 Kommissionen gjorde en felaktig bedömning när den fastställde att överträdelsen pågick under hela avtalsperioden, det vill säga mellan den 8 oktober 1982, då avtalet ingicks, och den 1 januari 1992, då det nya avtalet trädde i kraft. För det första har svaranden själv medgett att avtalets verkan inte började märkas förrän från och med år 1986. För det andra vägrade Accinauto endast att verkställa en leverans till IMF och den påstådda överträdelsen upphörde senast i juni 1990 då BASF gjorde klart för klagandena och Accinauto att sistnämnda bolag hade rätt att ägna sig åt passiv försäljning i gemenskapens övriga medlemsstater. Sökanden anser därför att kommissionen var orättvis och uppenbart åsidosatte proportionalitetsprincipen när den fastslog att överträdelsen omfattade hela avtalsperioden.
- 114 Sökanden har än en gång betonat att de jurister som rådfrågades vid den tidpunkt då avtalet ingicks ansåg att den omtvistade klausulen var förenlig med gemenskapsrätten. Parterna och deras medarbetare var därför under den tid detta avtal var gällande inte medvetna om att de åsidosatte fördragets konkurrensregler.
- 115 Kommissionen har erinrat om att exportförbud i sig är mycket allvarliga överträdelser av konkurrensreglerna, eftersom de på konstlad väg upprätthåller prisskillnader mellan de olika medlemsstaternas marknader och äventyrar den fria handeln inom gemenskapen (domstolens dom av den 7 juni 1983 i de förenade målen 100/80, 101/80, 102/80 och 103/80, *Musique Diffusion française* m.fl. mot kommissionen, REG 1983, s. 1825, punkt 107; svensk specialutgåva, volym 7, s. 133). Hur stor marknadsandelen var för den parallellimport som överträdelsen avsåg är utan betydelse för frågan hur allvarlig överträdelsen var. För övrigt har kommissionen redan vederlagt sökandens påstående att 1982 års avtal saknade ekonomisk effekt, bland annat på parallellimporten från Belgien till Förenade kungariket, samt påståendet att avtalet inte invercade på Accinautos beslut.
- 116 Svaranden anser att överträdelsen inleddes redan vid den tidpunkt då parterna införde en klausul i ensamåterförsäljaravtalet om att tillverkaren förbehölls en godkännanderätt och att den fortsatte under hela den period då avtalet var

gällande (domstolens dom av den 8 november 1983 i de förenade målen 96/82—102/82, 104/82 105/82, 108/82 och 110/82, IAZ m.fl. mot kommissionen, REG 1983, s. 3369, punkt 59). Enbart det förhållandet att Accinauto inte besvarade BASF:s skrivelser av den 21 och den 22 juni 1990 kunde inte rätteligen medföra att 1982 års avtal hade ändrats. Enligt artikel 12.2 i avtalet måste ändringar i avtalet vara skriftliga.

- 117 Kommissionen har bestritt sökandens påstående att den saknade uppsåt att begränsa konkurrensen, eftersom parterna inte var medvetna om att de åsidosatte konkurrensrätten. Den felaktiga rättsliga bedömning som BASF:s jurister eventuellt gjorde kan inte på något sätt förändra det faktum att BASF:s avsikt var att tvinga Accinauto att vidarebefordra kundförfrågningar och att således kontrollera parallellimporten till Förenade kungariket.

— Förstainstansrättens bedömning

- 118 Enligt artikel 15.2 i förordning nr 17 får kommissionen besluta om att ålägga varje företag som uppsåtligen eller av oaktsamhet har överträtt artikel 85.1 i fördraget böter om lägst 1 000 ECU och högst 1 000 000 ECU, eller ett högre belopp, som dock inte får överstiga tio procent av föregående räkenskapsårs omsättning för varje företag som deltagit i överträdelsen. Inom dessa gränser skall bötesbeloppet fastställas med hänsyn till hur allvarlig överträdelsen är och hur länge den pågått (domen i det ovannämnda målet *Musique Diffusion française* m.fl. mot kommissionen, punkt 118, och förstainstansrättens dom av den 14 maj 1998 i mål T-327/94, *SCA Holding* mot kommissionen, REG 1998, s. II-1373, punkt 175).

- 119 Förstainstansrätten erinrar om att det, för att en överträdelse av fördragets konkurrensregler skall anses vara uppsåtlig, inte är nödvändigt att företaget var medvetet om att det överträdde förbudet i dessa regler, utan det räcker att det var

medvetet om att det omtvistade beteendet syftade till att begränsa konkurrensen (domen i det ovannämnda målet IAZ m.fl. mot kommissionen, punkt 45, och förstainstansrättens dom av den 14 juli 1994 i mål T-66/92, Herlitz mot kommissionen, REG 1994, s. II-531, punkt 45). Såsom framgår av förstainstansrättens tidigare konstateranden har sökanden inte kunnat undgå att känna till att den omtvistade klausulen i 1982 års avtal hade till syfte att begränsa parallellimporten och därmed att motverka fördragets syfte att genomföra den inre marknaden, genom att avskärma olika nationella marknader. Det yttrande från en juridisk rådgivare som sökanden har åberopat kan inte rentvå sökanden i detta hänseende (domen i det ovannämnda målet Miller mot kommissionen, punkt 18).

- 120 I förevarande fall konstaterar förstainstansrätten att kommissionen har respekterat den övre gräns som föreskrivs i förordning nr 17, vilken avser det berörda företags totala omsättning (domen i det ovannämnda målet Musique Diffusion française m.fl. mot kommissionen, punkt 119, och förstainstansrättens dom av den 6 oktober 1994 i mål T-83/91, Tetra Pak mot kommissionen, REG 1994, s. II-755, punkt 247; svensk specialutgåva, volym 16). Bötesbeloppet utgör endast 0,05 procent av Accinautos totala omsättning år 1991, vilken uppgick till ungefär 18 450 000 ECU (738 000 000 BFR, se punkt 1 ovan).
- 121 Enligt fast rättspraxis skall böternas storlek graderas alltefter omständigheterna kring överträdelsen och hur allvarlig överträdelsen är. Vid bedömningen av hur allvarlig överträdelsen är skall konkurrensbegränsningens art beaktas (förstainstansrättens domar i det ovannämnda målet Parker Pen mot kommissionen, punkt 92, och dom av den 22 oktober 1997 i de förenade målen T-213/95 och T-18/96, SCK och FNK mot kommissionen, REG 1997, s. II-1739, punkt 246).
- 122 I det omtvistade beslutet fastställde kommissionen på goda grunder att den aktuella överträdelsen var särskilt allvarlig, bland annat med hänsyn till den aktuella konkurrensbegränsningens art och den starka ställning som BASF hade på den europeiska marknaden för fordonsreparationslack.
- 123 Kommissionens bedömning av hur länge överträdelsen pågick är vidare inte på något sätt felaktig, eftersom denna överträdelse bestod i att parterna ingick ett

avtal som till viss del stred mot artikel 85.1 i fördraget. Även om förstainstansrätten inte hade kunnat fastställa att parterna hade genomfört den omtvistade klausulen, kvarstår dock det faktum att enbart dess existens hade kunnat skapa en ”visuell och psykologisk” effekt som leder till en uppdelning av marknaden (domarna i de ovannämnda målen Miller mot kommissionen, punkt 7, och Herlitz mot kommissionen, punkt 40). Överträdelsen inleddes således vid den tidpunkt då 1982 års avtal ingicks och varade ända fram till den tidpunkt då den omtvistade klausulen faktiskt upphävdes.

- 124 Det skall slutligen påpekas att kommissionen ansåg det utgöra en förmildrande omständighet att överträdelsen upphörde den 1 januari 1992, det vill säga före den 12 maj 1993 då parterna mottog meddelandet om anmärkningar. Kommissionen tog även hänsyn till att Accinauto är ekonomiskt beroende av BASF och att sistnämnda företag utnyttjade denna beroendeställning för att hävda sina ekonomiska intressen.
- 125 Förstainstansrätten drar därför slutsatsen att kommissionen inte överskred det utrymme för skönsässig bedömning som den förfogar över i detta hänseende när den fastställde sökandens böter till 10 000 ECU.
- 126 Av vad anförts framgår att sökandens samtliga yrkanden skall ogillas, utan att det är nödvändigt att pröva yrkandet om att kommissionen skall förpliktas att erlägga ränta om 9,5 procent på bötesbeloppet.

Rättegångskostnader

- 127 Enligt artikel 87.2 i rättegångsreglerna skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Kommissionen har yrkat att

sökanden skall förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom sökanden har tappat målet, skall kommissionens yrkande bifallas.

På dessa grunder beslutar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (första avdelningen)

följande dom:

- 1) **Talan ogillas.**
- 2) **Sökanden skall ersätta rättegångskostnaderna.**

Vesterdorf

Moura Ramos

Mengozzi

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 19 maj 1999.

H. Jung

Justitiesekreterare

B. Vesterdorf

Ordförande