DOMSTOLENS DOM (femte afdeling)
10. december 1985 *

I sag 260/82

Nederlandse Sigarenwinkeliers Organisatie (nederlandsk sammenslutning af tobakshandlere), Haarlem, ved advokat T. R. Ottervanger, Rotterdam og Bruxelles, og med valgt adresse i Luxembourg hos advokat E. A. Arendt, 34 B, rue Philippe-II,

sagsøger,

mod

Kommissionen for De europæiske Fællesskaber, ved B. van der Esch som befuldmægtiget, bistået af advokat C. E. M. van Nispen tot Sevenaer, Haag og Bruxelles, og med valgt adresse i Luxembourg hos Oreste Montalto, Kommissionens juridiske tjeneste, Jean Monnet-bygningen, Kirchberg,

sagsøgt,

angående en påstand om annullation af Kommissionens beslutning af 15. juli 1982 om en procedure i henhold til EØF-traktatens artikel 85 (IV/29.525 og IV/30.000) (EFT L 232 af 6. 8. 1982, s. 1 ff.),

har

DOMSTOLEN (femte afdeling)

sammensat af afdelingsformanden U. Everling, dommerne R. Joliet, O. Due, Y. Galmot og C. Kakouris,

generaladvokat: P. VerLoren van Themaat
justitssekretær: ekspeditionssekretær H. A. Rühl

efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 29. januar 1985,

* Processprog: Nederlandsk.

afsagt følgende

DOM

(Sagsfremstillingen udelades)

Indholdsfortegnelse

I — Første anbringende: betingelserne for anvendelse af traktatens artikel 85, stk.1, er ikke opfyldt ... 3817

A — De forbudte aftaler har hverken haft til formål eller til følge at begrænse konkurrencen ... 3817

1. Den afgørende indflydelse, som lovgivningen har haft på sagsøgerens adfærd ... 3817

a) Beskrivelse af lovgivningen ... 3817

b) Anbringendet om, at det er umuligt at konkurrere på avancerne ... 3819

c) Pression fra de offentlige myndigheder ... 3820

2. Ingen mærkbar konkurrencebegrænsning ... 3821

a) Ingen konkurrencebegrænsning mellem de fabrikanter, der er tilsluttet bonusordningen ... 3821

b) Virkningerne af ordningen for de fabrikanter, som ikke er tilsluttet ... 3822

c) Ingen mærkbar konkurrencebegrænsning ... 3824

B — Ingen påvirkning af samhandelen mellem medlemsstaterne ... 3825

II — Andet anbringende: EØF-traktatens artikel 85, stk. 3, er tilsidesat ... 3827

Præmisser

1 Ved stævning, indleveret til Domstolens justitskontor den 24. september 1982, har Nederlandse Sigarenwinkeliers Organisatie i medfør af EØF-traktatens artikel 173, stk. 2, anlagt sag med påstand om annullation af Kommissionens beslutning af 15. juli 1982 om en procedure i henhold til EØF-traktatens artikel 85 (IV/29.525 og IV/30.000-SSI, EFT L 232, s. 1), navnlig annullation af den del af beslutningens artikler 1, 3 og 4, der vedrører bonusordningen for specialforretninger.

2 Ved kendelse, afsagt af Domstolens præsident den 14. december 1982 angående en begæring om foreløbige forholdsregler, blev gennemførelsen af nævnte beslutnings artikel 4 udsat, i det omfang den pålægger beslutningens adressater at bringe »bonusordningen for specialforretninger« (herefter benævnt bonusordningen) til ophør.

3 Nederlandse Sigarenwinkeliers Organisatie (herefter benævnt NSO) er en sammenslutning efter nederlandsk ret, som varetager de nederlandske tobakshandleres interesser. Sammenslutningens formål er at forbedre medlemmernes sociale og økonomiske vilkår, især gennem samråd med de nederlandske myndigheder og tobaksforarbejdningsindustrien. NSO har mere end 1 500 medlemmer.

4 Den foreliggende sag er anlagt samtidig med de sager, der er anlagt af Stichting Sigarettenindustrie (herefter benævnt SSI) og en række nederlandske tobaksfabrikanter (jfr. de forenede sager 240-242, 261, 262, 268 og 269/82).

5 Ligesom det er tilfældet med de fleste øvrige aftaler og den samordnede praksis, som Kommissionen har påtalt i den anfægtede beslutning, er bonusordningen vedtaget af SSI, der har næsten samtlige de fabrikanter og importører af forarbejdet tobak, der er etableret i Nederlandene, som medlemmer. En første version af bonusordningen blev underskrevet af SSI's medlemmer den 4. december 1974. Ordningen blev senere ændret den 24. januar 1974, og den ændrede version blev anmeldt til Kommissionen den 20. september 1977.

6 Medlemmerne af SSI har endvidere indgået en rammeaftale i 1976, hvorved de udpegede SSI som de offentlige myndigheders eneste rette forhandlingspartner, navnlig med hensyn til forhandlinger vedrørende de endelige forbrugerpriser samt grossisternes og detailhandlernes avancer. I denne rammeaftale bestemmes det udtrykkeligt, at SSI's medlemmer er pligtige at overholde bonusordningen fra 1974.

7 Ifølge bonusordningen ydes der visse såkaldte specialforretninger en årlig godtgørelse på et fast beløb for hver tusind cigaretter, specialforretningerne køber hos deres medkontrahenter. Den årlige godtgørelse er regelmæssigt blevet forhøjet og udgjorde i 1978 0,75 HFL pr. tusind cigaretter. Den udbetales på grundlag af en af detailhandlerne ved årets udgang indgivet ansøgning, vedlagt disses årsopgørelse over antallet af købte cigaretter. De til udbetaling af bonussen nødvendige beløb indbetales til SSI af fabrikanterne i forhold til disses samlede omsætning med specialforretningerne, hvilket beløb beregnes af et uafhængigt organ med den

fornødne sagkundskab. SSI fordeler herefter beløbene mellem de enkelte detailhandlere, som kan komme i betragtning til nævnte bonus. Den udbetales normalt i første kvartal efter det år, der udgør beregningsgrundlaget.

8 Bonusordningens artikel 3 indeholder de nærmere betingelser, som specialforretningerne skal opfylde for at oppebære nævnte bonus. For det første skal deres vareudvalg omfatte mindst 60% af de mærker, der findes på det nederlandske marked, hvorved der ikke må diskrimineres mellem aftaleparterne. For det andet skal de anvende en fjerdedel af pladsen i deres udstillingsvinduer og på deres diske til udstilling af cigaretter og reklamer herfor. For det tredje skal de medvirke ved markedsføringen af nye mærker. Endelig skal de opnå en vis årlig mindsteomsætning (mindst 1,5 mio) af cigaretter hidrørende fra de fabrikanter og importører, som deltager i aftalen, enten ved direkte indkøb hos de pågældende fabrikanter eller importører eller gennem grossister. Endvidere bestemmes det i bonusordningen, at den ikke kan opsiges individuelt.

9 Bonusordningen indgår som led i en af SSI's medlemmer vedtaget helhed af aftaler eller samordnet praksis vedrørende detailhandlernes avance (forstået som den del af detailprisen, de selv oppebærer i fortjeneste). I slutningen af 1979 vedtog SSI's medlemmer således en aftale, hvorved de fastsatte detailhandlernes maksimale avance ved direkte leveringer. Også denne aftale bestemte udtrykkeligt, at bonusordningen fortsat var i kraft og skulle overholdes.

10 Samtidig med og i tilslutning til aftalen anvendte SSI's medlemmer en samordnet praksis med hensyn til ydelse af en fast avance ved direkte leveringer og en med grossisterne samordnet praksis vedrørende ydelse af en maksimal avance for grossisternes leveringer til specialforretningerne.

11 Endelig blev virkningen af de nævnte aftaler og nævnte samordnede praksis yderligere forstærket gennem vedtagelsen af yderligere en aftale mellem SSI's medlemmer den 23. april 1975. Ifølge denne aftale, som fastlægger den nærmere

fremgangsmåde for salg af cigaretter, kan der ikke ydes bonus ud over den allerede tidligere mellem SSI's medlemmer aftalte.

12 Kommissionen har i sin beslutning lagt til grund, at samtlige ovennævnte aftaler og den samordnede praksis er i strid med EØF-traktatens artikel 85, stk. 1, idet de udelukker enhver mulighed for konkurrence på avancen.

13 Vedrørende bonusordningen har Kommissionen fastslået, at den mærkbart begrænser konkurrencen i form af supplerende godtgørelser til detailhandlerne. Da bonussens beløb fastsættes på grundlag af det samlede indkøb hos aftalens parter, vil enhver indsats fra detailhandlerne med henblik på at opnå en yderligere godtgørelse hos deres leverandører — ved at koncentrere indkøbene hos en eller flere af dem eller ved at yde dem andre tjenester — i praksis blive formålsløs. Desuden udgør nævnte bonus en forskelsbehandling over for de grossister og detailhandlere, som ikke opfylder ordningens betingelser. Hertil kommer, at ordningens generelle betingelser for at opnå den pågældende bonus udgør en væsentlig indskrænkning i detailhandlernes handlefrihed. Endelig bliver de fabrikanter og importører, som trænger ind på det nederlandske marked, på grund af den stærkt udbredte anvendelse af bonusordningen rent faktisk tvunget til at yde detailhandlerne en bedre bonus end den, der er aftalt mellem ordningens parter.

14 Kommissionen har nægtet at fritage aftalen efter traktatens artikel 85, stk. 3. Efter Kommissionens opfattelse forbedrer aftalen nemlig ikke distributionen, men fratager derimod detailhandlerne deres mulighed for at opnå en bonus, der ikke beregnes på grundlag af den samlede omsætning, men derimod på grundlag af detailhandlernes ydelser over for den enkelte fabrikant. Endvidere medvirker de forskellige betingelser, som skal være opfyldt for at oppebære den pågældende bonus, ikke til at forbedre distributionen. Endelig er det navnlig fabrikanter og importører af cigaretter, som får gavn af eventuelle fordele som følge af ordningens betingelser, men fordelene kan ikke betragtes som nødvendige for at nå de forfulgte formål. Der kunne således ifølge Kommissionen være pålagt bøde for de pågældendes deltagelse i bonusordningen fra det tidspunkt, hvor ordningen blev vedtaget i 1974, og indtil den blev anmeldt til Kommissionen i 1977. Kommissionen har imidlertid ikke fundet det nødvendigt at pålægge bøder for dette forhold.

15 Endvidere er det Kommissionens opfattelse, at SSI's rammeaftale fra 1976 er i strid med traktatens artikel 85, stk. 1, og ikke kan fritages efter artikel 85, stk. 3, for så vidt som rammeaftalen pålægger SSI's medlemmer at overholde bonusordningen.

16 Kommissionens beslutning er bl.a. rettet til sammenslutningen NSO, som under sagen ved Domstolen har anført to anbringender til støtte for sine påstande, nemlig principalt, at betingelserne for at anvende traktatens artikel 85, stk. 1, ikke er opfyldt, subsidiært, at traktatens artikel 85, stk. 3, er tilsidesat.

I — Første anbringende: betingelserne for anvendelse af traktatens artikel 85, stk. 1, er ikke opfyldt

17 De argumenter, som NSO har anført til støtte for dette anbringende, går for det første ud på at påvise, at da en egentlig konkurrence ikke er mulig i Nederlandene, kan bonusordningen og SSI's rammeaftale, for så vidt som den foreskriver overholdelse heraf, hverken have haft til formål eller til følge at begrænse konkurrencen. Udelukkelsen af enhver konkurrence i tobakssektoren skyldes dels lovgivningen, dels de offentlige myndigheders pression. NSO har dernæst gjort gældende, at de nævnte aftaler ikke kan have udgjort nogen væsentlig konkurrencebegrænsning, ligesom de ikke har kunnet påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne.

A — *De forbudte aftaler har hverken haft til formål eller til følge at begrænse konkurrencen*

1. *Den afgørende indflydelse, som lovgivningen har haft på sagsøgerens adfærd*

a) Beskrivelse af lovgivningen

18 Det fremgår af sagen, at den nederlandske lovgiver i overensstemmelse med Rådets direktiv 72/464 af 19. december 1972 om forbrugsbeskatning af forarbejdet tobak bortset fra omsætningsafgift (JO 1972 L 303, s. 1) har valgt i det væsentlige at pålægge tobaksvarer en høj *ad valorem* forbrugsafgift (beregnet som en procentdel af den maksimale salgspris) fremfor en specifik forbrugsafgift (hvis størrelse fastsættes pr. vareenhed).

19 Disse forbrugsafgifter opkræves ved hjælp af banderoler, som fabrikanterne eller importørerne køber hos skatte- og afgiftsmyndighederne. Fabrikanterne og importørerne fastsætter først detailprisen for deres varer, incl. samtlige afgifter. De betaler derefter de afgifter, der er indeholdt i denne pris. Endelig anbringer de afgiftsbanderolerne, som angiver detailprisen, på deres varer.

20 Ifølge artikel 30 i den nederlandske lov om tobaksafgifter (Wet op de Accijnzen van Tabaksfabrikaten, *Staatsblad* 208, herefter benævnt »tobaksafgiftsloven«) er det ikke tilladt at sælge tobaksvarer til en højere eller lavere pris end den på banderolen anførte. Desuden bestemmer lovens artikel 28, at en og samme tobaksvare kun må sælges til én detailpris, medmindre der i det mærke eller ved hjælp af et mærke, hvorunder varen pakkes, tydeligt gøres en forskel. Der er dog mulighed for undtagelser.

21 Som et led i inflationsbekæmpelsen og i henhold til prisloven (Prijzenwet, *Staatsblad* 135) har de nederlandske myndigheder desuden siden 1973 i form af en ministeriel bekendtgørelse, årligt indført en prisordning, den såkaldte »Prijzenbeschikking Goederen en Diensten« (herefter benævnt »PGD«). Denne bekendtgørelse fastsætter kriterier for beregning af forhøjelse af detailsalgspriserne i tilfælde af en forøgelse af omkostningerne eller omvendt nedsættelse af detailsalgspriserne i tilfælde af et fald i omkostningerne.

22 PGD's artikel 2 forbyder producenterne at sælge deres varer til en højere pris end den, til hvilken varen er blevet solgt på en bestemt dato (skæringsdato), forhøjet med beløbet for stigningen i produktionsomkostningerne for denne vare siden denne dato, eller omvendt nedsat med faldet i disse omkostninger. PGD's artikel 3 forbyder handlende at sælge nogen vare til en højere pris end indkøbsprisen forhøjet med en maksimal avance. En fabrikant eller en forhandler har dog altid mulighed for at overskride disse maksima fastsat i PGD på betingelse af, at de opnår en særlig tilladelse fra økonomiministeriet. Overtrædelser af PGD er strafbare i henhold til lov af 22. juni 1950 om økonomisk kriminalitet (*Staatsblad* K 258).

b) Argumentet om, at det er umuligt at konkurrere på avancerne.

23 NSO har gjort gældende, at den nederlandske lovgivning udelukker enhver mulighed for konkurrence på handelsavancerne.

24 På dette punkt drejer NSO's argumentation sig om den modsigelse som består mellem to retsnormer, nemlig PGD's artikel 3, som er udstedt i henhold til prisloven, og tobaksafgiftslovens artikel 30. PGD's artikel 3 forpligter alle detailhandlere til at nedsætte deres salgspris, hvis deres omkostninger falder. Når en fabrikant tildeler nogle detailhandlere en større bonus og således nedsætter deres indkøbspris tilsvarende, er disse handlende på grund af PGD's artikel 3 forpligtet til at nedsætte deres detailsalgspris. Sagsøgerne betegner denne mekanisme som »dominovirkningen«. Denne »dominovirkning« bevirker imidlertid, at detailhandlerne overtræder tobaksafgiftslovens artikel 30, som forbyder dem at sælge cigaretterne til en anden pris end den på afgiftsbanderolen anførte. Enhver form for bonus vil således forhøje detailhandlernes avance og dermed tvinge dem til at overtræde nævnte lovbestemmelse. Under disse forhold har fabrikanter og importører ikke andet valg end at forhandle bonusordningerne kollektivt og i samråd med de offentlige myndigheder, således at detailhandlerne opnår sikkerhed for ikke at blive forfulgt strafferetligt.

25 Heroverfor har Kommissionen i første række anført, at PGD har en særlig funktion i sektoren for tobaksvarer. Dominovirkningen som beskrevet af NSO udspiller sig kun fuldt ud i de sektorer, hvor detailhandlerne bevarer beføjelsen til at fastsætte deres salgspriser. Det må så sikres, at de fordele, som tildeles dem, i sidste ende afspejler sig i detailsalgsprisen. Dette er dominovirkningens rolle. I sektoren for tobaksvarer derimod fastsætter producenterne selv detailsalgsprisen. Det er altså ikke længere nødvendigt at forpligte detailhandlerne til at overvælte faldet i deres omkostninger på prisen. Når en ministeriel tilladelse til at forhøje prisen er givet, omfatter den tilladte forhøjelse hele den avance, som denne pris kan sikre industrien og handelen. Men fordelingen af denne avance mellem de forskellige erhvervsdrivende kan give anledning til konkurrence mellem producenterne. Endvidere tilbageviser Kommissionen NSO's argument om, at de offentlige myndigheder stiltiende har godkendt overtrædelsen af PGD. Efter Kommissionens opfattelse giver de kontakter, der har fundet sted mellem industrien og de offentlige myndigheder, imidlertid ikke grundlag for at antage, at de offentlige myndigheder stiltiende skulle have givet detailhandlerne tilladelse til at overtræde en lovbestemmelse.

26 NSO's argumentation kan ikke tages til følge. Ved at indgå en aftale om at yde visse detailhandlere en særlig bonus, har fabrikanterne nemlig kollektivt aftalt, hvad de ifølge NSO ikke var berettiget til at foretage sig individuelt. Den omstændighed, at de samordnede deres praksis vedrørende udbetalingen af den omhandlede bonus, ville nemlig under alle omstændigheder ikke have forhindret, at modtagerne af denne bonus skulle have været pålagt en sanktion derfor, hvis den nederlandske lovgivning havde den rækkevidde, som NSO påstår. Dette kan ikke være tilfældet, fordi det ikke er blevet bevist, at blot én eneste detailhandler er blevet domfældt for ikke at have ladet forbrugerne få andel i de fordele, som var blevet tildelt ham af SSI's medlemmer. Også argumentet om, at de offentlige myndigheder stiltiende har givet detailhandlerne tilladelse til at tilsidesætte lovgivningen, er grundløst, eftersom de offentlige myndigheder over for industrien alene har tilkendegivet, at en forbedring af specialforretningernes forhold var ønskelig.

27 Kommissionen har i øvrigt på overbevisende måde forklaret, hvorledes PGD har en særlig funktion i sektoren for tobaksvarer. Det fremgår af disse forklaringer, at domino-virkningen kun gælder i de sektorer, hvor hver enkelt erhvervsdrivende frit kan fastsætte sin salgspris, hvilket ikke er tilfældet for tobaksvarer på grund af den forpligtelse, som tobaksafgiftsloven pålægger detailhandlerne til at overholde banderoleprisen, som er fastsat af producenten eller importøren.

c) Pression fra de offentlige myndigheder

28 NSO har herom gjort gældende, at bonusordningen blev indgået på initiativ af den nederlandske økonomiminister, som udøvede stærk pression på industrien for at ordningen blev indført, og opretholdt. Når de offentlige myndigheder greb ind skyldtes det, at de ønskede at sikre detailhandlerne en ekstraindkomst, hvilket kun var muligt, såfremt der blev indgået en kollektiv aftale mellem fabrikanterne. Fandtes der nemlig ikke en sådan kollektiv aftale, ville detailhandleren alene kunne opnå en individuel bonusordning med fabrikanten, såfremt han accepterede at opfylde en række vidtgående betingelser med hensyn til butikkens indretning og reklamering for fabrikantens produkter, der ville kræve så meget af detailhandleren, at han ikke samtidig kunne opfylde dem over for andre fabrikanter. Fabrikanten ville endvidere, såfremt der ikke var blevet indgået en sådan kollektiv aftale, have måttet udfærdige en liste over alle de individuelle aftaler, som var indgået med detailhandlerne, således at de offentlige myndigheder var i stand til at efterprøve, om der var ydet detailhandlerne en tilstrækkelig bonus, hvilket ville have været vanskeligt at gennemføre i praksis.

29 Kommissionen erkender, at de nederlandske myndigheder har udøvet pression for at udvirke, at industrien forbedrede specialforretningernes forhold. NSO har imidlertid efter Kommissionens opfattelse hverken godtgjort, at de nederlandske myndigheder godkendte indgåelsen af en kollektiv aftale, der begrænsede konkurrencen horisontalt, eller at de tilskyndede til indgåelsen af en sådan aftale. Det er heller ikke påvist, at myndighederne skulle have rejst indsigelse over for en ordning, hvorved hver enkelt fabrikant individuelt bestemmer, hvor stor en bonus han ønsker at yde detailhandleren.

30 Det er ikke nødvendigt her at undersøge, i hvilket omfang et pres eller en tilskyndelse fra offentlige myndigheder kan bevirke, at aftaler indgået af virksomheder kan falde uden for traktatens artikel 85. Det er ganske vist blevet godtgjort, at de nederlandske myndigheder med forskellige berørte virksomheder har haft forskellige samråd, hvorunder de har beskrevet visse formål, som de ønskede opnået til fordel for detailhandelen. Det er imidlertid ikke blevet bevist, at myndighederne havde tilkendegivet, at disse formål skulle opnås ved indgåelse af de konkurrencebegrænsende aftaler, som rammes af den anfægtede beslutning.

2. *Ingen mærkbar konkurrencebegrænsning*

a) Ingen konkurrencebegrænsning mellem de fabrikanter, der er tilsluttet bonusordningen

31 NSO har herom for det første gjort gældende, at bonusordningen ikke begrænser detailhandlernes mulighed for at gøre en særlig indsats over for enkelte leverandører, hvorfor der følgelig ikke foreligger nogen begrænsning af konkurrencen mellem fabrikanter og importører.

32 Kommissionen har anført, at den væsentligste konkurrencebegrænsning i den foreliggende sag ikke så meget skyldes begrænsninger i detailhandlernes handlefrihed som i de kontraktlige forpligtelser, fabrikanter og importører har påtaget sig. Gennem bonusordningen har fabrikanter og importører begrænset konkurrencen, idet detailhandlerne på grund af den udbetalte bonus ikke længere har nogen interesse i at koncentrere deres indkøb hos en eller flere fabrikanter eller at yde dem andre tjenester.

33 Domstolen skal først kort omtale den gældende ordning for udbetaling af bonus. I henhold til denne ordning skal detailhandlerne oplyse den specialkommission, der særligt er nedsat til dette formål, om deres samlede indkøb af cigaretter fra de fabrikanter, der er tilsluttet ordningen, uden angivelse af det antal, der leveres af de enkelte fabrikanter. Den bonus, som ifølge ordningen udbetales specialforretningerne, finansieres af fabrikanterne og importørerne i forhold til disses samlede omsætning med specialforretningerne.

34 Efter en sådan ordning ydes der altså bonus til detailhandleren uden hensyn til de særlige tjenester, denne måtte yde fabrikanten, eller uden hensyn til omfanget af de hos fabrikanten foretagne indkøb. Detailhandleren vil endog kunne oppebære en bonus, som samtlige fabrikanter har bidraget til, selv om han ikke har foretaget ét eneste indkøb hos nogen af dem. Efter bonusordningen har detailhandleren således ingen som helst interesse i at fremme salget af produkterne fra en bestemt fabrikant, da hans bonus under alle omstændigheder udbetales uafhængigt af den individuelle økonomiske forbindelse mellem ham og fabrikanten.

35 En sådan ordning hindrer, at den til specialforretningerne udbetalte bonus fremmer en egentlig konkurrence mellem fabrikanter og importører, men begrænser tværtimod de supplerende individuelle rabatter, som kan tænkes ydet. Da udbetalingen af den pågældende bonus indgår som en bestanddel af salgsprisen, må de i ordningen deltagende fabrikanter og importører i al fald antages at have indgået en aftale, der er omfattet af traktatens artikel 85, stk. 1, litra a).

b) Virkningerne af ordningen for de fabrikanter, som ikke er tilsluttet

36 Over for det af Kommissionen i beslutningen under punkt 99, h) anførte, har NSO først og fremmest gjort gældende, at bonusordningen ikke er til skade for de fabrikanter, som står udenfor ordningen. De kan nemlig selv frit bestemme, hvilken rabat de ønsker at yde til de detailhandlere, der sælger deres produkter.

37 Efter Kommissionens opfattelse bevirker bonusordningen derimod, at detailhandlerne koncentrerer deres indkøb af cigaretter hos de fabrikanter, som er tilsluttet ordningen. Dette skyldes navnlig, at detailhandleren for at kunne oppebære en

bonus er forpligtet til at nå op på en temmelig stor omsætning hos de fabrikanter, som deltager i ordningen.

38 Herom bemærkes, at visse af ordningens særlige kendetegn først bør beskrives. For det første ydes der kun bonus til de detailhandlere, som opnår en vis mindsteomsætning hos de fabrikanter, som er tilsluttet ordningen. NSO har selv erkendt, at denne omsætning er forholdsvis høj, og at temmelig mange detailhandlere ikke når op herpå. For det andet foretages beregningen af omsætningen hvert år ved årets udgang. Er nævnte omsætning nået, beregnes bonussen på grundlag af detailhandlernes samlede indkøb.

39 En sådan ordning er til skade for udenforstående fabrikanter. Det er nemlig i detailhandlerens egen interesse i årets løb at kunne koncentrere sine indkøb hos de fabrikanter, som er tilsluttet aftalen, således at han når op på den fastsatte mindsteomsætning — der i øvrigt erkendes at være højt sat — og på denne måde at oppebære en bonus på 0,75 HFL for hver tusind cigaretter. Foretager detailhandleren indkøb hos tredjemand, løber han risiko for ved årets udgang ikke at nå op herpå og dermed miste sin bonus. Skulle tredjemand udligne dette omtalte tab, måtte han mindst tilbyde en bonus svarende til den bonus, der oppebæres ved indkøb af 1,5 mio cigaretter hos de fabrikanter, der er tilsluttet aftalen, også selv om han ikke selv ønskede at sælge mere end et vist begrænset antal.

40 Endvidere vil detailhandleren først ved årets udgang kunne vide, om han er nået op på mindsteomsætningen. Han vil således svære i usikkerhed indtil dette tidspunkt, hvilket vil tilskynde samtlige detailhandlere — herunder de detailhandlere, som efter de samlede beregninger alligevel ikke kommer til at oppebære nogen bonus — til at koncentrere deres indkøb hos de fabrikanter, der er tilsluttet ordningen.

41 For det andet har NSO gjort gældende, at ordningen ikke er til skade for udenforstående fabrikanter, idet de har mulighed for at indgå aftale med fabrikanter og importører om individuelle eller kollektive bonusordninger.

42 Kommissionen har heroverfor anført, at det over for udenforstående forhandlere har karakter af en forskelsbehandling i henhold til traktatens artikel 85, stk. 1, litra d), at yde bonus til bestemte detailhandlere. Den omstændighed, at udenforstående forhandlere har mulighed for at indgå individuelle aftaler, ændrer ikke ved, at de under alle omstændigheder er afskåret fra retten til at oppebære en sådan bonus.

43 Da det ovenfor er antaget, at Kommissionen med rette har fastslået, at bonusordningen udgør en begrænsning af konkurrencen mellem fabrikanter og importører, er det unødvendigt at undersøge, hvorvidt Kommissionen tillige var berettiget til at basere sin beslutning på, at aftalen var diskriminerende.

c) Ingen mærkbar konkurrencebegrænsning

44 NSO har herom for det første anført, at der ikke foreligger nogen mærkbar begrænsning af konkurrencen mellem de fabrikanter og importører, som er tilsluttet bonusordningen, idet det fortsat står dem frit for at yde supplerende, individuelle rabatter til bestemte detailhandlere.

45 Kommissionen finder derimod, at bonusordningen i praksis udelukker enhver mulighed for at opnå supplerende rabatter hos en fabrikant eller importør.

46 NSO's argument kan ikke tages til følge. Det er således uden større betydning, om selve bonusordningen i den foreliggende sag juridisk set har frataget parterne deres frihed til at yde supplerende, individuelle rabatter, når ordningen i praksis klart nedsætter rabatternes størrelse. For at vurdere, om konkurrencebegrænsningen har været mærkbar, må der i øvrigt henses til den konkrete sammenhæng. Herom bemærkes, at de pågældende fabrikanter og importører har indgået flere forskellige aftaler, som næsten fuldstændig udelukker deres indbyrdes konkurrence på avancerne, og gensidigt har indgået aftale om, at de ikke må yde andre rabatter end de mellem dem indbyrdes aftalte.

47 Endvidere har NSO anført, at den ved bonusordningen fremkaldte konkurrencebegrænsning ikke er mærkbar, fordi den kun kommer en særlig gruppe handlende til gode, som ikke foretager mere end 20% af salget af cigaretter i Nederlandene.

Det anføres yderligere, at den supplerende rabat, som ydes de specialforretninger, der er tilsluttet ordningen, er helt minimal, idet den kun udgør omkring 0,6% af den endelige salgspris og 7% af detailhandlernes avance.

48 Kommissionen har vedrørende dette spørgsmål henvist til, at bonusordningen er indgået af virksomheder, som tilsammen repræsenterer mere end 90% af omsætningen af forarbejdet tobak i Nederlandene. Af denne grund samt henset til typen af den pågældende aftale, kan konkurrencebegrænsningen ifølge Kommissionen ikke betegnes som ubetydelig.

49 Herom bemærkes, at det i denne forbindelse er tilstrækkeligt at fastslå, at en aftale, som begrænser konkurrencen mellem flertallet af de fabrikanter og importører, som driver virksomhed inden for den pågældende sektor, og som yder en bonus, der udgør 7% af detailhandlernes avance, må antages at indebære en mærkbar konkurrencebegrænsning.

B — *Ingen påvirkning af samhandelen mellem medlemsstaterne*

50 NSO mener, at bonusordningen ikke har påvirket handelen mellem medlemsstater i den i traktatens artikel 85, stk. 1 forudsatte betydning. For det første kan tobaksvarer, når der er blevet påsat en afgiftsbanderole, ikke længere eksporteres til en anden medlemsstat. For det andet er tobaksvarer, som endnu ikke er blevet forsynet med afgiftsbanderoler, ganske vist genstand for udveksling mellem virksomheder i samme koncern. Men da de i dette tilfælde endnu ikke er blevet bragt i handelen i en medlemsstat, kan aftalerne vedrørende dem ikke påvirke handelen mellem medlemsstater. For det tredje gør NSO gældende, at detailhandlerne også modtager bonus for de cigaretter, som er indført af SSI's medlemmer, da de medtages i beregningen af den samlede mængde afsatte cigaretter. Lægger Domstolen ikke desto mindre til grund, at ordningen påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne, anfører NSO, at der ikke er tale om nogen mærkbar påvirkning, da salget hos de detailhandlere, som er tilsluttet ordningen, er forholdsvis ringe.

51 Ifølge Kommissionen kræver traktatens artikel 85 ikke, at handelen mellem medlemsstater begrænses, men kun, at ændringen i konkurrencen kan påvirke denne handel, om ikke direkte, så i hvert fald faktisk eller potentielt. Deltagerne i de omtvistede aftaler og den omtvistede praksis har imidlertid 90% af det neder-

landske marked og deltager i betydeligt omfang i indførslerne mellem medlemsstater. Under disse omstændigheder og på baggrund af præmisserne 170-172 i dommen af 29. oktober 1980 (Van Landewijck mod Kommissionen, 209-215 og 218/78, Sml. s. 3125) kan det efter Kommissionens opfattelse vanskeligt hævdes, at betingelsen om påvirkning af handelen mellem medlemsstater ikke er opfyldt. I øvrigt viser NSO's egne argumenter, at samhandelen mellem medlemsstaterne rent faktisk er blevet påvirket, da bonusordningen også gælder for importerede cigaretter.

52 Som Domstolen fastslog i dommen af 30. juni 1966 (Société technique minière, 56/65, Sml. 1965-1968, s. 211), kræves det, for at en aftale kan påvirke handlen mellem medlemsstater, at »det på grund af samtlige objektive, retlige eller faktiske forhold kan forudses med tilstrækkelig sandsynlighed, at aftalen direkte eller indirekte, aktuelt eller potentielt kan øve indflydelse på varehandelen mellem medlemslandene. Om en aftale... falder ind under artikel 85, afhænger derfor navnlig af, om aftalen kan medføre, at der opstår handelsskranker mellem medlemslandene på markedet for bestemte varer og dermed skabes vanskeligheder for den med traktaten tilsigtede gensidige økonomiske integration«. Det bør fremhæves, at opdelingen af markederne kun er et eksempel på påvirkningen af handelen mellem medlemsstater som omhandlet i traktatens artikel 85, stk. 1.

53 Selv uden opdeling af markeder berører prisaftaler mellem virksomheder etableret i en medlemsstat, som kun omfatter markedet i denne stat, følgelig samhandelen mellem medlemsstaterne i traktatens artikel 85 forudsatte betydning, når de, selv kun delvis, vedrører en vare hidrørende fra en anden medlemsstat, og selv når deltagerne har erhvervet varen hos et selskab i deres koncern.

54 Efter dette princip påvirker den foreliggende bonusordning samhandelen mellem medlemsstaterne i traktatens artikel 85, stk. 1's forstand, fordi der ved beregningen af den tildelte bonus også tages hensyn til cigaretter hidrørende fra de øvrige medlemsstater.

55 Sagsøgerens argument om, at der ikke foreligger nogen mærkbar påvirkning af samhandelen mellem medlemsstaterne, kan ikke tages til følge. En stor del af de tobaksvarer, som sælges i Nederlandene, hidrører fra de øvrige medlemsstater, og størstedelen af disse indførsler foretages af de fabrikanter og importører, som er tilsluttet bonusordningen. Det må endvidere fremhæves, at bonusordningen kan hindre udenforstående fabrikanter fra de andre medlemsstater i at trænge ind på det nederlandske marked.

56 I sin beslutning har Kommissionen derfor med rette fastslået, at bonusordningen og SSI's rammeaftale kunne påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne, for så vidt aftalerne er bindende for deltagerne.

57 Følgelig må det første anbringende forkastes i det hele.

II — Andet anbringende: EØF-traktatens artikel 85, stk. 3, er tilsidesat

58 NSO har herom anført, at Kommissionens gennemgang af betingelserne for at komme i betragtning efter bonusordningen er behæftet med fejl. I modsætning til det af Kommissionen anførte er betingelsen om, at detailhandleren skal opnå mindst 60% af sin omsætning gennem salg af forarbejdet tobak, nemlig ikke til skade for de små specialforretninger, idet dette omsætningstal er relativt og ikke absolut. Ifølge NSO er det ikke særlig vanskeligt at opfylde betingelsen om at føre et vist minimalt vareudvalg, hvormed man kan imødekomme de enkelte kunders særlige ønsker. Endvidere udgør forpligtelsen til at anvende en fjerdedel af udstillingsarealet til cigaretter, ikke nogen ulempe for detailhandlerne, som utvivlsomt ville blive stillet over for mere vidtgående forpligtelser, såfremt de var nødt til at indgå individuelle bonusaftaler. Endelig er betingelsen om, at der skal opnås en vis minimumsomsætning, indført for at efterkomme et ønske hos de offentlige myndigheder om kun at fremme den rentable del af detailhandelen.

59 NSO har herudover gjort gældende, at bonusordningen burde have været fritaget i medfør af traktatens artikel 85, stk. 3, dels fordi detailhandlerne, som må betragtes som ordningens »kunder«, er tilfredse med at opnå en bonus, dels fordi fabrikanterne derved bidrager til opretholdelse af det specialiserede distributionsnet, de har brug for. Endelig påføres der ikke derved forbrugerne nogen ulemper, fordi detail-

salgspriserne på forarbejdet tobak, som er fastsat af fabrikanten eller importøren under alle omstændigheder, er bindende efter afgiftslovens artikel 30. Tværtimod har forbrugerne gavn af den bonus, der udbetales specialforretningerne, da de derigennem kan drage fordel af butikkernes tjenesteydelser, som i kraft heraf opretholdes.

60 Vedrørende de fejl, som beslutningen hævdes at være behæftet med, har Kommissionen begrænset sig til at fremhæve, at NSO ikke har godtgjort, på hvilken måde Kommissionen skulle have misfortolket de faktiske omstændigheder eller draget fejlagtige slutninger på grundlag heraf.

61 Vedrørende afslaget på at fritage ordningen, har Kommissionen for det første gjort gældende, at det med henblik på vurderingen af, hvorvidt bonusordningen forbedrer distributionen, er uden betydning, om detailhandlerne samtykker i ordningen. Ordningen er desuden ikke nødvendig for at skaffe fabrikanterne de fordele, som de påstår at opnå. Hvad endelig angår forbrugernes stilling har Kommissionen henvist til dommen af 29. oktober 1980 (ovennævnte sager 209-215 og 218/78, Van Landewijck mod Kommissionen), hvori Domstolen har fastslået, at »antallet« af forhandlere og mærker... ikke ubetinget [er] hovedkriteriet for en forbedring af fordelingen i artikel 85, stk. 3's forstand«.

62 Vedrørende nævnte anbringende er det tilstrækkeligt at bemærke, at det hverken, som anført med føje af Kommissionen, er godtgjort, at den udbetalte bonus var nødvendig for at opretholde et net af specialforretninger, eller er godtgjort, at der kunne være ydet en tilsvarende bonus også uden indgåelse af en aftale, som var bindende for størstedelen af fabrikanter og importører af forarbejdet tobak.

63 Af samtlige de ovenfor anførte betingelser fremgår, at sagsøgte må frifindes i det hele.

Sagens omkostninger

64 Ifølge procesreglementets artikel 69, stk. 2, pålægges det den part, der taber sagen, at betale sagens omkostninger. Sagsøgeren har tabt sagen, og bør derfor betale sagens omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

DOMSTOLEN (femte afdeling)

1) Sagsøgte frifindes.

2) Sagsøgeren betaler sagens omkostninger.

Everling Joliet

Due Galmot Kakouris

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 10. december 1985.

P. Heim
Justitssekretær

U. Everling
Formand for femte afdeling