ARREST VAN HET HOF (Vijfde kamer)
10 december 1985 *

In zaak 260/82,

Nederlandse Sigarenwinkeliers Organisatie, te Haarlem, vertegenwoordigd door T. R. Ottervanger, advocaat te Rotterdam, kantoor houdend te Brussel, domcilie gekozen hebbende te Luxemburg ten kantore van E. A. Arendt, advocaat aldaar, rue Philippe-II,

verzoekster,

tegen

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door B. van der Esch als gemachtigde, bijgestaan door Jhr. C. E. M. van Nispen tot Sevenaer, advocaat te 's-Gravenhage, kantoor houdend te Brussel, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg bij O. Montalto, lid van de juridische dienst van de Commissie, bâtiment Jean Monnet, Kirchberg,

verweerster,

betreffende een beroep tot nietigverklaring van de beschikking van de Commissie van 15 juli 1982 inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag (zaken nrs. IV/29 525 en IV/30 000) (PB 1982, L 232, blz. 1),

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE (Vijfde kamer),

samengesteld als volgt: U. Everling, kamerpresident, R. Joliet, O. Due, Y. Galmot en C. Kakouris, rechters,

advocaat-generaal: P. VerLoren van Themaat
griffier: H. A. Rühl, hoofdadministrateur

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 29 januari 1985,

* Procestaal: Nederlands.

het navolgende

ARREST

(omissis)

INHOUD

I — Eerste middel, inhoudende dat niet is voldaan aan de voorwaarden voor toepassing van artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag 3817
A — Mededingingsbeperkende strekking of gevolg 3817
1. Doorslaggevende invloed van het wettelijk stelsel op het gedrag van verzoeker . 3817
a) Beschrijving van het wettelijk stelsel 3817
b) Margeconcurrentie 3819
c) Druk van de overheid 3820
2. Merkbare beperking van de mededinging 3821
a) Beperking van mededinging tussen bij bonusregeling aangesloten fabrikanten 3821
b) Gevolgen voor niet bij bonusregeling aangesloten fabrikanten 3822
c) Merkbare beperking van de mededinging 3824
B — Ongunstige beïnvloeding van handel tussen Lid-Staten 3825
II — Tweede middel: schending van artikel 85, lid 3, EEG-Verdrag 3827

In rechte

1 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Hof op 24 september 1982, heeft de Nederlandse Sigarenwinkeliers Organisatie krachtens artikel 173, tweede alinea, EEG-Verdrag beroep ingesteld tot nietigverklaring van de beschikking van de Commissie van 15 juli 1982 inzake een procedure op grond van artikel 85 EEG-Verdrag (zaken nrs. IV/29525 en IV/30000; PB 1982, L 232, blz. 1), inzonderheid van de artikelen 1, 3 en 4 van deze beschikking, voorzover zij betrekking hebben op een overeenkomst over een bonusregeling voor speciaalzaken.

2 Bij beschikking in kort geding van 14 december 1982 heeft de president van het Hof de tenuitvoerlegging van artikel 4 van de bestreden beschikking opgeschort, voorzover de adressaten daarin worden gelast onverwijld een einde te maken aan de toepassing van de overeenkomst over een bonusregeling voor speciaalzaken (hierna: de bonusregeling).

3 De Nederlandse Sigarenwinkeliers Organisatie (hierna: de NSO) is een vereniging naar Nederlands recht, die ten doel heeft de belangen van de tabaksdetailhandelaren in Nederland te behartigen. Zij streeft naar een verbetering van de sociaal-economische omstandigheden van haar leden, onder meer door middel van overleg met de Nederlandse overheid en de tabaksindustrie. De NSO telt ruim 1 500 leden.

4 Het onderhavige beroep is terzelfder tijd ingesteld als de beroepen van de Stichting Sigarettenindustrie (hierna: de SSI) en van een aantal Nederlandse tabaksfabrikanten, welke het onderwerp vormen van de gevoegde zaken 240-241, 242, 261, 262, 268 en 269/82.

5 Evenals de meeste andere door de Commissie in bovengenoemde beschikking verboden overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, is de bonusregeling tot stand gekomen in het kader van de SSI, een stichting waarbij nagenoeg alle fabrikanten en importeurs van tabaksfabrikaten in Nederland als deelnemer zijn aangesloten. De bonusregeling is op 4 december 1974 door de deelnemers van de SSI ondertekend. Op 24 januari 1977 werd de oorspronkelijke tekst gewijzigd, en deze gewijzigde versie werd op 20 september 1977 aangemeld bij de Commissie.

6 In 1976 sloten de deelnemers van de SSI tevens een raamovereenkomst, waarbij de SSI werd aangewezen als enige gesprekspartner voor het voeren van overleg met de overheid over met name de eindprijzen en de groot- en kleinhandelsmarges. In deze raamovereenkomst wordt uitdrukkelijk bepaald, dat de deelnemers van de SSI de in 1974 overeengekomen bonusregeling moeten naleven.

7 Volgens de bonusregeling wordt aan bepaalde „gespecialiseerde" detailhandelaren een jaarlijkse bonus toegekend in de vorm van een vast bedrag voor elke duizend sigaretten die zij van de contractanten kopen. De bonus werd regelmatig verhoogd en bedroeg in 1978 0,75 HFL per duizend sigaretten. De bonus wordt toegekend nadat de detailhandelaar aan het eind van het jaar een daartoe strekkend verzoek, vergezeld van een jaaropgave van de hoeveelheid gekochte sigaretten, heeft ingediend bij een speciale commissie die door de overeenkomst is ingesteld. Het totale voor deze bonus benodigde bedrag wordt door de fabrikanten aan de SSI overge-

maakt naar rata van hun omzet via alle speciaalzaken; voor de berekening van deze omzet wordt een gespecialiseerde en onafhankelijke organisatie ingeschakeld. Vervolgens verdeelt de SSI deze bedragen onder de speciaalzaken die voor de bonus in aanmerking komen. Uitbetaling van de bonus vindt gewoonlijk plaats in het eerste kwartaal van het jaar volgend op dat waarvoor de bonus is toegekend.

8 Artikel 3 van de bonusregeling bevat de voorwaarden waaraan de detailhandelaar moet voldoen om voor de bonus in aanmerking te komen. In de eerste plaats dient hij ten minste 60% van het op de Nederlandse markt verkrijgbare merkenassortiment te voeren zonder enige discriminatie tussen de contractanten. In de tweede plaats moet hij een kwart van zijn etalage- en toonbankruimte reserveren voor het uitstallen van sigaretten en publiciteitsmateriaal voor sigaretten. In de derde plaats dient hij zijn medewerking te verlenen aan het op de markt brengen van nieuwe merken. Ten slotte moet hij per jaar een minimumhoeveelheid sigaretten (1,5 miljoen) omzetten, welke via een of meer grossiers en/of rechtstreeks van de bij de overeenkomst aangesloten fabrikanten of importeurs zijn gekocht. Verder is bepaald, dat de bonusregeling niet individueel kan worden opgezegd.

9 De bonusregeling vormt een onderdeel van een geheel van overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen betreffende de marge voor kleinhandelaren (dat wil zeggen het aan hen toekomende gedeelte van de kleinhandelsverkoopprijs), die tussen de deelnemers van de SSI zijn tot stand gekomen. Zo hebben zij eind 1979 een overeenkomst gesloten, waarbij de maximummarge voor de detailhandelaar werd vastgesteld. Ook in deze overeenkomst werd bepaald, dat de bonusregeling moest worden nageleefd.

10 In aanvulling op deze overeenkomsten kwam het in dezelfde periode tussen de deelnemers van de SSI tot een onderling afgestemde feitelijke gedraging met betrekking tot de toekenning van een vaste marge voor directe leveringen, en kwam het tussen hen en de grossiers tot een onderlinge afgestemde feitelijke gedraging met betrekking tot een maximummarge voor leveringen van deze laatsten aan speciaalzaken.

11 De gevolgen van de hiervóór beschreven overeenkomsten en feitelijke gedragingen werden nog versterkt door een andere overeenkomst, die de deelnemers van de SSI op 23 april 1975 hebben gesloten. In deze overeenkomst, waarbij gedragsre-

gels voor de verkoop van sigaretten werden vastgesteld (hierna: overeenkomst gedragsregels sigaretten), werd bepaald dat geen andere kortingen mochten worden toegekend dan tussen de deelnemers van de SSI waren overeengekomen.

12 In haar beschikking achtte de Commissie al deze overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen in strijd met artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag, omdat zij elke mogelijkheid van margeconcurrentie uitsloten.

13 Ten aanzien van meer in het bijzonder de bonusregeling was de Commissie van mening, dat deze overeenkomst in de eerste plaats ten gevolge had dat de mededinging in de vorm van extra kortingen aan de detailhandelaren merkbaar werd beperkt. Immers, doordat de hoogte van de bonus afhing van de totale aankopen bij de contractanten, had het voor de detailhandelaar nagenoeg geen zin, om te proberen van zijn leveranciers een extra korting te verkrijgen, bij voorbeeld door zijn aankopen bij een of meer van hen te concentreren of door voor hen andere diensten te verrichten. Verder werden door de toekenning van de bonus haars inziens de detailhandelaren gediscrimineerd, die niet aan de voorwaarden van de regeling voldeden. Bovendien werd door de in de regeling opgenomen collectieve voorwaarden voor de toekenning van de bonus de vrijheid van handelen van de detailhandelaren merkbaar beperkt. Ten slotte waren door de vrijwel algemene toepassing van de bonusregeling volgens de Commissie nieuwe fabrikanten en importeurs op de Nederlandse markt gedwongen, een hogere korting te verlenen dan de door de contractanten toegekende bonus.

14 De Commissie weigerde voor de bonusregeling een ontheffing te verlenen krachtens artikel 85, lid 3, EEG-Verdrag. De bonusregeling droeg haars inziens niet bij tot een betere verdeling van de produkten, omdat de detailhandelaren de mogelijkheid werd ontnomen om een bonus te ontvangen die niet gebaseerd zou zijn op hun totale omzet doch op hun individuele prestaties voor iedere fabrikant afzonderlijk. Ook de verschillende voorwaarden voor de toekenning van de bonus droegen niet bij tot een betere verdeling. De eventuele uit deze voorwaarden voortvloeiende voordelen kwamen volgens de Commissie voornamelijk aan de sigarettenfabrikanten en -importeurs ten goede en deze voordelen konden niet als onmisbaar worden beschouwd voor het bereiken van de beoogde doelstellingen. Voor de deelneming aan de bonusregeling in de periode tussen haar totstandkoming in 1974 en de aanmelding in 1977 hadden boetes kunnen worden opgelegd, doch de Commissie heeft gemeend, hiervan te moeten afzien.

15 Ook de raamovereenkomst-SSI van 1976 was volgens de Commissie in strijd met artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag en kon evenmin in aanmerking komen voor een ontheffing krachtens artikel 85, lid 3, EEG-Verdrag, voorzover deze raamovereenkomst de deelnemers van de SSI verplichtte de bonusregeling na te leven.

16 De NSO, een van de adressaten van de beschikking van de Commissie, voert tot staving van haar beroep twee middelen aan, te weten primair, dat niet aan de voorwaarden voor toepassing van artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag is voldaan, en subsidiair, dat artikel 85, lid 3, is geschonden.

I — Eerste middel, inhoudende dat niet is voldaan aan de voorwaarden voor toepassing van artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag

17 Met de ter zake van het eerste middel aangevoerde argumenten wil de NSO in de eerste plaats aantonen, dat in Nederland daadwerkelijke mededinging onmogelijk is, zodat de bonusregeling en de raamovereenkomst-SSI, voor zover daarin de naleving van de bonusregeling wordt verplicht gesteld, geen beperking van de mededinging tot doel of tot gevolg kon hebben. De onmogelijkheid van mededinging in deze sector zou een uitvloeisel zijn van het wettelijke stelsel en van de druk van de overheid. De NSO stelt verder, dat deze overeenkomsten de mededinging niet merkbaar konden beperken en evenmin het handelsverkeer tussen Lid-Staten ongunstig konden beïnvloeden.

A — *Mededingingsbeperkende strekking of gevolg*

1. *Doorslaggevende invloed van het wettelijk stelsel op het gedrag van verzoekster*

a) Beschrijving van het wettelijke stelsel

18 Blijkens het dossier heeft de Nederlandse wetgever in overeenstemming met richtlijn nr. 72/464 van de Raad van 19 december 1972 betreffende de belasting, andere dan omzetbelasting, op het verbruik van tabaksfabrikaten (PB 1972, L 303, blz. 1) er de voorkeur aan gegeven, tabaksfabrikaten voornamelijk te belasten met een hoge ad valorem accijns (berekend als een percentage van de maximum eindprijs), in plaats van met een specifieke accijns (waarvan het bedrag wordt vastgesteld per eenheid produkt).

19 Deze accijns wordt geïnd door middel van banderollen die de fabrikant of importeur van de fiscus koopt. De fabrikant of importeur stelt eerst de eindprijs van zijn produkten vast, inclusief alle belastingen. Vervolgens betaalt hij de in deze prijs begrepen belastingen. Ten slotte brengt hij de fiscale banderol, waarop de eindprijs is vermeld, op zijn produkten aan.

20 Volgens artikel 30 van de Nederlandse Wet op de accijns van tabaksfabrikaten (Staatsblad 1964, nr. 208; hierna: Wet tabaksaccijns) mogen tabaksfabrikaten niet tegen een hogere of lagere prijs worden verkocht dan die vermeld op de banderol. Voorts bepaalt artikel 28 van de Wet tabaksaccijns, dat eenzelfde tabaksfabrikaat slechts tegen één eindprijs mag worden verkocht, tenzij in een merk of door een merk waaronder het is verpakt op duidelijke wijze een onderscheid is gemaakt. Afwijkingen zijn evenwel mogelijk.

21 Voorts past de Nederlandse overheid in het kader van de inflatiebestrijding sinds 1973 op grond van de Prijzenwet (Staatsblad 1961, nr. 135) een prijsregeling toe die bekend staat als „Prijzenbeschikking Goederen en Diensten" (hierna: PGD). De desbetreffende, jaarlijks vastgestelde ministeriële beschikking stelt criteria vast voor de berekening van de verhoging of verlaging van de eindprijzen in geval van stijging of daling van de kosten.

22 Artikel 2 PGD verbiedt de fabrikanten om hun produkten tegen een hogere prijs te verkopen dan waartegen deze op een bepaalde datum (peildatum) worden verkocht, vermeerderd of verminderd met het bedrag van de stijging of daling van de produktiekosten van deze produkten sedert die datum. Artikel 3 PGD verbiedt de handelaren om een produkt tegen een hogere prijs te verkopen dan de inkoopprijs, vermeerderd met een maximum winstmarge. Een fabrikant of handelaar kan evenwel steeds de bij de PGD vastgestelde maxima overschrijden, mits hij een bijzondere goedkeuring verkrijgt van de minister van Economische zaken. Voor overtredingen van de PGD kunnen strafrechtelijke sancties worden opgelegd op grond van de Wet economisch delicten van 22 juni 1950 (Staatsblad nr. K 258).

b) Margeconcurrentie

23 De NSO stelt, dat de Nederlandse voorschriften ten aanzien van de aan de handel toe te kennen marges elke mogelijkheid van mededinging heeft uitgeschakeld.

24 De NSO baseert deze stelling op de tegenstrijdigheid die zou bestaan tussen artikel 3 PGD, dat gebaseerd is op de Prijzenwet, en artikel 30 van de Wet tabaksaccijns. Ingevolge artikel 3 PGD immers is de detailhandelaar verplicht zijn verkoopprijs te verlagen, indien zijn kostprijs daalt. Wanneer een fabrikant aan bepaalde detailhandelaren een korting verleent waardoor hun inkoopprijs evenveel daalt, dan zouden deze handelaren ingevolge artikel 3 PDG verplicht zijn om hun verkoopprijs te verlagen. De NSO noemt dit het „domino-effect". Dit „domino-effect" zou evenwel tot gevolg hebben, dat detailhandelaren in conflict komen met artikel 30 van de Wet tabaksaccijns, dat hun verbiedt om sigaretten te verkopen tegen een andere prijs dan die vermeld op de banderol. Door iedere korting die de winstmarge van de detailhandelaren vergroot, zouden zij bijgevolg noodzakelijkerwijs een wettelijk voorschrift overtreden. Onder deze omstandigheden hadden de fabrikanten en importeurs geen andere keuze dan de kortingen collectief en in overleg met de overheid vast te stellen, opdat de detailhandelaren ervan verzekerd konden zijn, dat zij niet zouden worden vervolgd.

25 Als verweer voert de Commissie in de eerste plaats aan, dat de PGD in de sector tabaksfabrikaten een bijzondere werking heeft. Het door de NSO beschreven domino-effect zou zich enkel onbeperkt voordoen in sectoren waarin de detailhandelaren zelf de verkoopprijs mogen bepalen. Daarbij zou men zich ervan moeten vergewissen, dat de hun bij de inkoop verleende voordelen worden doorberekend in de kleinhandelsprijs. Dit zou de werking zijn van het domino-effect. In de sector tabaksfabrikaten evenwel, waar de fabrikanten zelf de kleinhandelsprijs vaststellen, zouden de detailhandelaren niet behoeven te worden verplicht om een verlaging van hun kostprijs door te berekenen. Wanneer namelijk ministeriële goedkeuring wordt verleend voor een prijsverhoging, dan heeft de toegestane verhoging mede betrekking op de totale marge die op grond van deze prijs aan de industrie en de handel kan worden toegekend. De fabrikanten zouden dus nog met elkaar kunnen concurreren op het punt van de verdeling van deze marge over de verschillende marktdeelnemers. Voorts verwerpt de Commissie het argument van de NSO, dat de overheid overtreding van de PGD stilzwijgend heeft goedgekeurd. Volgens de Commissie kan uit het tussen de industrie en de overheid gevoerde overleg niet worden afgeleid, dat de overheid aan de detailhandelaren stilzwijgend toestemming zou hebben gegeven om een wettelijk voorschrift te overtreden.

26 Het betoog van de NSO kan niet worden aanvaard. Door een overeenkomst te sluiten om bepaalde detailhandelaren een speciale korting te verlenen, hebben de fabrikanten immers collectief gedaan wat zij volgens de NSO individueel niet konden doen. De omstandigheid dat de korting collectief is overeengekomen, zou evenwel niet hebben verhinderd dat degenen die daardoor werden begunstigd, strafbaar waren, indien de Nederlandse wetgeving de strekking had die de NSO eraan toekent. Dit kan evenwel niet het geval zijn, aangezien niet is aangetoond dat zelfs maar één detailhandelaar is veroordeeld omdat hij een korting die de deelnemers van de SSI hem hadden toegekend niet heeft doorberekend aan de verbruikers. Evenmin is het juist dat, zoals de NSO stelt, de overheid de detailhandelaren stilzwijgend toestemming heeft gegeven om een wettelijk voorschrift te overtreden: de overheid heeft de industrie enkel te kennen gegeven, dat een verbetering van de situatie van de speciaalzaken gewenst was.

27 Verder heeft de Commissie op overtuigende wijze uiteengezet, waarin de bijzondere werking van de PGD in de sector tabaksfabrikaten bestaat. Blijkens haar verklaringen doet het domino-effect zich slechts voor in sectoren waarin iedere marktdeelnemer vrij is om zijn verkoopprijs vast te stellen; zulks is in de sector tabaksfabrikaten niet het geval, omdat de detailhandelaar ingevolge de Wet tabaksaccijns gebonden is aan de banderolprijs die de fabrikant of de importeur heeft vastgesteld.

c) Druk van de overheid

28 Volgens de NSO is de bonusregeling tot stand gekomen op initiatief van het Nederlandse ministerie van Economische Zaken, dat bij de industrie met klem zou hebben aangedrongen op invoering en handhaving van deze regeling. Deze overheidsinterventie zou haar verklaring vinden in het streven, de detailhandelaren een extra-inkomen te verzekeren. Deze doelstelling kon evenwel slechts worden bereikt door een collectieve overeenkomst tussen de fabrikanten. Zonder een dergelijke overeenkomst zou een detailhandelaar met een fabrikant slechts een individuele kortingsregeling kunnen overeenkomen, indien hij bereid is vergaande eisen op het gebied van de inrichting van de winkel en de promotie van de produkten van de fabrikant in te willigen. Deze eisen zouden van dien aard zijn, dat de detailhandelaar onmogelijk tegelijkertijd aan de eisen van een andere fabrikant kan voldoen. Zonder een dergelijke collectieve overeenkomst zou elke fabrikant ook een lijst hebben moeten aanleggen van de met alle detailhandelaren gesloten individuele overeenkomsten — zulks om de overheid in staat te stellen na te gaan of de aan de detailhandel toegekende korting groot genoeg is -, hetgeen moeilijk te realiseren zou zijn geweest.

29 De Commissie erkent, dat de Nederlandse overheid er bij de industrie op heeft aangedrongen om de situatie van de speciaalzaken te verbeteren. Haars inziens heeft de NSO evenwel niet aangetoond, dat de Nederlandse overheid goedkeuring heeft verleend aan de totstandkoming van een horizontale collectieve overeenkomst die de mededinging beperkt, of heeft aangedrongen op de totstandkoming van een dergelijke overeenkomst. Evenmin zou zijn bewezen, dat de overheid bezwaren heeft geopperd tegen een regeling waarbij iedere fabrikant afzonderlijk bepaalde welke kortingen hij de detailhandelaren toekende.

30 Hier kan in het midden blijven in hoeverre druk of instigatie van de overheid ertoe kan leiden dat door ondernemingen gesloten overeenkomsten buiten de werkingssfeer van artikel 85 EEG-Verdrag vallen. Weliswaar is komen vast te staan, dat de Nederlandse overheid herhaaldelijk overleg heeft gepleegd met de fabrikanten en de importeurs, en dat zij daarbij bepaalde beleidsdoelstellingen heeft uitgestippeld, die zij voor de detailhandel verwezenlijkt wenste te zien, doch niet is aangetoond, dat volgens de overheid deze doelstellingen moesten worden verwezenlijkt door het sluiten van een mededingingsbeperkende overeenkomst als die welke bij de bestreden beschikking is verboden.

2. *Merkbare beperking van de mededinging*

a) Beperking van mededinging tussen bij bonusregeling aangesloten fabrikanten

31 De NSO stelt om te beginnen, dat de bonusregeling de detailhandelaren niet belet om zich in te zetten voor bepaalde leveranciers, en dat bijgevolg de mededinging tussen de fabrikanten en de importeurs niet wordt beperkt.

32 Volgens de Commissie is in casu de belangrijkste beperking van de mededinging niet zozeer gelegen in de aantasting van de vrijheid van handelen van de detailhandelaren, als wel in de verplichtingen die de fabrikanten en importeurs op zich hebben genomen. Door de bonusregeling aan te gaan hebben de fabrikanten en importeurs de mededinging op het punt van de kortingen beperkt, omdat de detailhandelaren er geen belang meer bij hebben om hun inkoop bij een of meer fabrikanten te concentreren of andere diensten voor hen te verrichten.

33 Nogmaals zij gewezen op het in de bonusregeling voorziene stelsel van betaling van de bonus. De detailhandelaren dienen bij de daartoe ingestelde speciale commissie een opgave in van de totale hoeveelheid sigaretten die zij bij de contractanten hebben ingekocht, zonder daarbij aan te geven hoeveel sigaretten zij van iedere leverancier hebben afgenomen. De aan de begunstigden van de regeling uit te keren bonus wordt door de fabrikanten en importeurs gefinancierd naar rata van hun omzet met alle speciaalzaken.

34 In deze opzet wordt bij de uitkering van de bonus aan de detailhandelaar dus geen rekening gehouden met de voor een bepaalde fabrikant verrichte bijzondere diensten of met de omvang van de aankopen bij die fabrikant. Ook al heeft een detailhandelaar bij sommige fabrikanten geen aankopen gedaan, dan nog komt hij in aanmerking voor een door alle fabrikanten te zamen gefinancierde bonus. In het kader van de bonusregeling heeft een detailhandelaar er bijgevolg geen enkel belang bij zich in te zetten voor de produkten van een bepaalde fabrikant, omdat de bonus die hij zal ontvangen, in elk geval niet afhankelijk is van bijzondere economische relaties die hem aan die fabrikant kunnen verbinden.

35 Een dergelijke opzet verhindert dat naar aanleiding van aan gespecialiseerde detailhandelaren verleende kortingen een daadwerkelijke mededinging tussen fabrikanten en importeurs ontstaat, en beperkt de omvang van individuele extra-kortingen. Waar een korting een bestanddeel is van de verkoopprijs, hebben de fabrikanten en importeurs in elk geval een overeenkomst gesloten, als bedoeld in artikel 85, lid 1, sub a, EEG-Verdrag.

b) Gevolgen voor niet bij bonusregeling aangesloten fabrikanten

36 De NSO bestrijdt in de eerste plaats, dat de bonusregeling nadelig zou zijn voor fabrikanten die geen partij zijn bij de bonusregeling, gelijk de Commissie in haar beschikking sub 99 h) heeft gesteld. Zij zouden namelijk vrij blijven te bepalen, hoeveel korting zij verlenen aan een detailhandelaar die hun produkten verkoopt.

37 Volgens de Commissie heeft de bonusregeling tot gevolg, dat de detailhandelaren hun inkopen concentreren bij de fabrikanten die partij zijn bij die regeling. Dit gevolg vloeit vooral voort uit de omstandigheid dat de detailhandelaar verplicht

wordt, een betrekkelijk groot deel van zijn omzet te realiseren met van de contractanten afkomstige produkten, indien hij in aanmerking wil komen voor de bonus.

38 Hier moeten eerst nog eens enkele kenmerken van de bonusregeling worden beschreven. In de eerste plaats wordt de bonus uitsluitend toegekend aan detailhandelaren die een minimumomzet hebben gerealiseerd met van de contractanten afkomstige sigaretten. De NSO erkent zelf, dat dit omzetcijfer nogal hoog is en door een betrekkelijk groot aantal detailhandelaren niet wordt gehaald. In de tweede plaats wordt dit omzetcijfer berekend aan het einde van elk kalenderjaar. Wanneer ten slotte het omzetcijfer is behaald, dan wordt de bonus berekend over het totaal van de aankopen.

39 Een dergelijk systeem werkt nadelig uit voor fabrikanten die geen partij zijn bij de regeling. De detailhandelaren hebben er immers belang bij om hun aankopen gedurende het jaar te concentreren bij de fabrikanten die partij zijn bij de regeling om aldus de — als hoog erkende — minimumomzet te realiseren, en dus in aanmerking te komen voor een bonus van 0,75 HFL per duizend sigaretten. Zou de detailhandelaar bij een derde kopen, dan loopt hij het risico dat hij aan het einde van het jaar deze minimumomzet niet haalt en bijgevolg zijn aanspraak op de bonus verliest. Om dit mogelijke verlies te compenseren, zou die derde een korting moeten aanbieden, die ten minste gelijk is aan die welke door de fabrikanten die partij zijn bij de regeling wordt verleend voor 1,5 miljoen sigaretten, ook al zou hij slechts een geringere hoeveelheid willen verkopen.

40 Bovendien weten de detailhandelaren eerst aan het einde van het jaar, of zij de minimumomzet hebben behaald. Tot dan verkeren zij in het onzekere, en door deze onzekerheid worden alle detailhandelaren — ook degenen die uiteindelijk niet voor de bonus in aanmerking zullen komen — ertoe aangezet om hun inkopen te concentreren bij fabrikanten die partij zijn bij de bonusregeling.

41 In de tweede plaats betoogt de NSO, dat de detailhandelaren die buiten deze regeling vallen, geen enkel nadeel ondervinden, omdat zij individueel dan wel collectief kortingen kunnen bedingen van de fabrikanten en importeurs.

42 Volgens de Commissie vormt de toekenning van een bonus aan bepaalde detailhandelaren een discriminatie in de zin van artikel 85, lid 1, sub d, EEG-Verdrag ten opzichte van de wederverkopers die van de regeling zijn uitgesloten. De omstandigheid dat de laatsten individuele kortingen kunnen bedingen, doet niet af aan het feit dat zij in geen geval aanspraak kunnen maken op de bonus.

43 Waar het Hof reeds heeft vastgesteld, dat de Commissie terecht van oordeel was dat de bonusregeling de mededinging tussen de fabrikanten en importeurs beperkte, behoeft niet te worden onderzocht of zij eveneens gegronde redenen had om haar beschikking te baseren op het discriminerende karakter van deze overeenkomst.

c) Merkbare beperking van de mededinging

44 De NSO stelt om te beginnen, dat de mededinging tussen de bij de bonusregeling aangesloten fabrikanten en importeurs niet merkbaar wordt beperkt, aangezien zij vrij blijven om aan bepaalde detailhandelaren individuele extra-kortingen te verlenen.

45 De Commissie harerzijds is van mening, dat de bonusregeling iedere mogelijkheid om van een fabrikant of importeur extra kortingen te bedingen de facto heeft uitgesloten.

46 Het betoog van de NSO kan niet worden aanvaard. In casu is het van weinig belang of de bonusregeling zelf partijen rechtens vrij liet om individuele extra-kortingen te verlenen, omdat zij in de praktijk zeker de hoogte van die kortingen beperkt. Bij de beoordeling of de mededinging merkbaar wordt beperkt, moet overigens rekening worden gehouden met de context. Te dezen dient te worden opgemerkt, dat de fabrikanten en importeurs verschillende overeenkomsten hebben gesloten die de onderlinge concurrentie op het gebied van de kortingen nagenoeg volledig uitsluiten, en dat zij zich ertoe hebben verbonden geen andere dan de overeengekomen kortingen te verlenen.

47 Vervolgens betoogt de NSO, dat de door de bonusregeling veroorzaakte beperking van de mededinging niet merkbaar is, omdat zij in feite slechts ten goede komt aan een specifieke groep detailhandelaren die slechts 20% van de sigaretten-

verkoop in Nederland vertegenwoordigt. Bovendien zou de aan de begunstigden van de regeling toegekende extra korting zeer gering zijn, namelijk slechts ongeveer 0,6% van de eindprijs en 7% van de winstmarge van de kleinhandelaren.

48 De Commissie wijst erop, dat de fabrikanten en importeurs die bij de bonusregeling partij zijn tezamen meer dan 90% van de totale omzet van tabaksfabrikaten in Nederland voor hun rekening nemen. Onder deze omstandigheden en gelet op de aard van de overeenkomst zou de beperking van de mededinging niet als onbeduidend kunnen worden beschouwd.

49 Ter zake kan worden volstaan met de vaststelling dat van een overeenkomst die de mededinging tussen het merendeel van de in een sector opererende fabrikanten en importeurs beperkt en die voorziet in een korting welke 7% van de winstmarge van de detailhandelaren uitmaakt, moet worden aangenomen dat zij een merkbare beperking van de mededinging tot gevolg heeft.

B — *Ongunstige beïnvloeding van handel tussen Lid-Staten*

50 Verzoekster stelt zich op het standpunt, dat de bonusregeling de handel tussen Lid-Staten niet ongunstig heeft beïnvloed, in de zin van artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag. Zodra de banderol is aangebracht, zouden de tabaksfabrikaten namelijk niet meer kunnen worden uitgevoerd naar een andere Lid-Staat. Verder zouden de tabaksfabrikaten waarop nog geen fiscale banderol is aangebracht, nog wel tussen ondernemingen van een zelfde groep worden verhandeld, doch aangezien zij in dat geval nog niet in een Lid-Staat in de handel zijn gebracht, zouden de desbetreffende overeenkomsten de handel tussen Lid-Staten niet ongunstig kunnen beïnvloeden. Bovendien zouden de detailhandelaren de bonus ook hebben ontvangen voor de door de deelnemers van de SSI ingevoerde sigaretten, aangezien die sigaretten worden meegeteld bij de berekening van de door hen verkochte hoeveelheid sigaretten. Doch ook al zou het handelsverkeer tussen Lid-Staten worden beïnvloed, dan zou die invloed niet merkbaar zijn, omdat de verkopen van de onder de regeling vallende detailhandelaren van betrekkelijk geringe omvang zijn.

51 Volgens de Commissie vereist artikel 85 EEG-Verdrag niet, dat de handel tussen Lid-Staten wordt beperkt, doch enkel dat de mededingingsvervalsing deze handel ongunstig kan beïnvloeden, zo niet rechtstreeks, dan tenminste daadwerkelijk of potentieel. De deelnemers aan de litigieuze overeenkomsten en feitelijke gedragin-

gen zouden te zamen een aandeel van 90% op de Nederlandse markt hebben en een omvangrijk deel van de invoer tussen Lid-Staten voor hun rekening nemen. Bijgevolg kan volgens de Commissie, gelet op de rechtsoverwegingen 170 tot en met 172 van het arrest van 29 oktober 1980 (Van Landewyck, reeds aangehaald) bezwaarlijk worden gesteld, dat niet aan de voorwaarde betreffende de ongunstige beïnvloeding van de handel tussen Lid-Staten is voldaan.Voorts zou uit het betoog van de NSO duidelijk blijken dat het handelsverkeer tussen Lid-Staten wel degelijk wordt beïnvloed, aangezien de bonusregeling ook geldt voor de ingevoerde sigaretten.

52 Gelijk het Hof in zijn arrest van 30 juni 1966 (zaak 56/65, Société technique minière, Jurispr. 1966, blz. 392) heeft opgemerkt, moet, wil er sprake zijn van een overeenkomst die de handel tussen Lid-Staten ongunstig kan beïnvloeden, „[die] overeenkomst, gezien het geheel harer objectieve bestanddelen — feitelijk en rechtens — met een voldoende mate van waarschijnlijkheid ... doen verwachten, dat zij, al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel, het ruilverkeer tussen Lid-Staten kan beïnvloeden; ... ten einde te onderzoeken of artikel 85 op een overeenkomst ... van toepassing is, (zal men derhalve) hebben na te gaan of zij met name de markt voor bepaalde produkten tussen de Lid-Staten kan belemmeren en aldus de wederzijdse economische penetratie, door het Verdrag beoogd, kan bemoeilijken". Opgemerkt zij, dat het marktafschermende effect slechts een voorbeeld is van de in artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag bedoelde beïnvloeding van de handel tussen Lid-Staten.

53 Hieruit volgt dat, ook wanneer er geen sprake is van marktafscherming, prijsovereenkomsten tussen ondernemingen die in één Lid-Staat zijn gevestigd en enkel de markt van die Lid-Staat bestrijken, het handelsverkeer tussen Lid-Staten raken in de zin van artikel 85 EEG-Verdrag, zodra zij — al was het maar ten dele — betrekking hebben op een uit een andere Lid-Staat afkomstig produkt, en zelfs indien de contractanten dat produkt hebben betrokken van een onderneming van hun groep.

54 Met inachtneming van dit beginsel moet worden vastgesteld, dat de bonusregeling het handelsverkeer tussen Lid-Staten raakt in de zin van artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag, aangezien de bonus eveneens wordt berekend naar rata van de uit andere Lid-Staten afkomstige sigaretten.

55 Verzoeksters argument dat de beïnvloeding van het handelsverkeer tussen Lid-Staat niet merkbaar was, is ongegrond. Een groot deel van de in Nederland verkochte tabaksfabrikaten is afkomstig uit andere Lid-Staten en het merendeel van deze tabaksfabrikaten wordt ingevoerd door de bij de bonusregeling aangesloten fabrikanten en importeurs. Bovendien kan de bonusregeling niet-aangesloten fabrikanten uit andere Lid-Staten belemmeren in hun pogingen om door te dringen tot de Nederlandse markt.

56 Bijgevolg heeft de Commissie terecht vastgesteld dat de bonusregeling en de raamovereenkomst-SSI, voor zover deze in de naleving van de bonusregeling voorziet, de handel tussen Lid-Staten ongunstig konden beïnvloeden.

57 Mitsdien moet het eerste middel in zijn geheel worden verworpen.

II — Tweede middel: schending van artikel 85, lid 3, EEG-Verdrag

58 De NSO is in de eerste plaats van mening, dat het door de Commissie verrichte onderzoek van de voorwaarden waaronder aanspraak kan worden gemaakt op de bonusregeling, onjuistheden bevat. Zo zou, anders dan de Commissie stelt, de verplichting van de detailhandelaar om tenminste 60% van zijn omzet te realiseren met tabaksfabrikaten de kleine speciaalzaken niet benadelen, omdat dit een relatief en niet een absoluut cijfer is. De verplichting om het minimum-merkenassortiment in voorraad te hebben is volgens de NSO niet moeilijk te vervullen, terwijl aldus aan specifieke wensen van de verbruikers kan worden voldaan. Ook de verplichting om één kwart van de toonbank- en etalageruimte voor sigaretten te reserveren zou niet bezwaarlijk zijn voor de detailhandelaren die ongetwijfeld aanzienlijk verdergaande verplichtingen zouden worden opgelegd, indien zij individuele kortingsregelingen zouden moeten treffen. De verplichting om een minimumomzet te behalen zou zijn opgelegd in aansluiting op het beleid van de overheid om enkel een levensvatbare detailhandel te stimuleren.

59 De NSO betoogt vervolgens, dat voor de bonusregeling een ontheffing als bedoeld in artikel 85, lid 3, EEG-Verdrag had moeten worden verleend. De detailhandelaren, de „afnemers", zijn ingenomen met een bonus, terwijl de fabrikanten aldus een bijdrage leveren tot de instandhouding van het door hen benodigde gespecialiseerde distributienet. De consument ten slotte ondervindt geen enkel nadeel van de

kortingen aan speciaalzaken, omdat de door de fabrikant of de importeur vastgestelde detailhandelsprijzen voor de tabaksfabrikaten ingevolge artikel 30 van de Wet tabaksaccijns bindend zijn. Integendeel, de regeling is in het voordeel van de consument, omdat hij kan profiteren van de diensten van de detailhandelaren wier voortbestaan aldus wordt verzekerd.

60 Wat de beweerde onjuistheden in haar beschikking betreft merkt de Commissie slechts op, dat de NSO niet heeft aangetoond in hoeverre zij de feiten onjuist zou hebben weergegeven of daaruit verkeerde conclusies zou hebben getrokken.

61 Wat de weigering van de ontheffing betreft, betoogt de Commissie dat het voor de beoordeling van de vraag of de bonusregeling de verdeling van de produkten verbetert, niet van belang is dat de detailhandelaren met deze regeling instemmen. Evenmin zou de regeling noodzakelijk zijn om de fabrikanten de voordelen te verschaffen die naar hun zeggen daaruit voortvloeien. Wat ten slotte de consumenten betreft, verwijst de Commissie naar het arrest van 29 oktober 1980 (Van Landewijck, reeds aangehaald) waarin het Hof heeft verklaard, dat „het aantal tussenpersonen en merken... niet noodzakelijkerwijze het wezenlijke criterium voor een verbetering van de verdeling in de zin van artikel 85, lid 3," vormt.

62 Te dezen volstaat de opmerking dat de Commissie terecht heeft gesteld, dat niet is aangetoond dat de bonus noodzakelijk was voor de instandhouding van een net van speciaalzaken, noch dat zonder een overeenkomst waardoor de meerderheid van de fabrikanten en importeurs was gebonden, geen gelijkwaardige kortingen hadden kunnen worden verleend.

63 Uit het vorenoverwogene volgt, dat het beroep ongegrond moet worden verklaard.

Kosten

64 Ingevolge artikel 69, paragraaf 2, van het Reglement voor de procesvoering moet de in het ongelijk gestelde partij in de kosten worden verwezen. Aangezien verzoekster in het ongelijk is gesteld, dient zij in de kosten te worden verwezen.

HET HOF VAN JUSTITIE (Vijfde kamer),

rechtdoende:

1) **Verwerpt het beroep.**

2) **Verwijst verzoekster in de kosten.**

Everling Joliet

Due Galmot Kakouris

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 10 december 1985.

De griffier
P. Heim

De president van de Vijfde kamer
U. Everling