FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT PIETER VERLOREN VAN THEMAAT

fremsat den 29. januar 1985 *

Høje Domstol.

1. Indledning

1.1. *Sagens genstand*

Den foreliggende sag vedrører kun en del af Kommissionens beslutning 82/506/EØF af 15. juli 1982, som sagsøgerne i de forenede sager 240/82 m.fl. principalt har påstået helt eller delvis annulleret. Under denne sag har Nederlandse Sigarenwinkeliers Organisatie (nederlandsk sammenslutning af tobaksforretninger, herefter benævnt NSO) nemlig i sin principale påstand udelukkende påstået beslutningens artikel 1, stk. 1 og 2, samt artikel 4 helt eller delvis annulleret. I disse artikler bestemmes for det første, at bonusordningen for specialforretninger af 4. december 1974 og Stichting Sigarettenindustries (herefter benævnt SSI) rammeaftale af 20. december 1976 — for så vidt sidstnævnte aftale forpligter parterne til at overholde bonusordningen — udgør overtrædelser af artikel 85, stk. 1, i traktaten om oprettelse af Det europæiske økonomiske Fællesskab (jfr. beslutningens artikel 1, stk. 1). For det andet bestemmes det (i artikel 4), at SSI og de i beslutningens artikel 1 omhandlede virksomheder (dvs. medlemmerne af SSI, Tabaksfabriek Gruno BV og Imperial Tobacco (Holland) BV) omgående skal bringe de i artikel 1 nævnte aftaler til ophør (dvs. aftalerne vedrørende bonusordningen for specialforretninger og de til overholdelse heraf trufne bestemmelser). Den ligeledes (delvis) anfægtede artikel 1, stk. 2, i beslutningen, hvorefter de aftaler, derer truffet i forbindelse med afgifts- og prisforhøjelsen pr. 1. januar 1980, tillige er i strid med EØF-traktatens artikel 85, stk. 1,har ifølge stævningen alene betydning for så vidt det ved disse aftaler blev bestemt, at aftalernes parter skulle opretholde status quo med hensyn til bonusordningen for specialforretninger (jfr. beslutningens punkt. 52). For at forstå den principale påstand bedre, bør det endelig nævnes, at beslutningens artikel 3 indeholder et afslag på at fritage de omtvistede aftaler i medfør af EØF-traktatens artikel 85, stk. 3. Sagsøgeren har subsidiært påstået beslutningens artikler 3 og 4 annulleret helt eller delvis.

1.2. *Bonusordningen for specialforretninger*

Bonusordningen for specialforretninger og den nederlandske stats indflydelse på tilvejebringelsen heraf er udførligt beskrevet og analyseret i den anfægtede beslutning under punkt. 41-49, 98-105 og 132-138. Ifølge bonusordningen skal der til de specialforretninger (specialiserede detailhandlere), som er omfattet af ordningen og som opfylder de heri indeholdte betingelser, årligt udbetales en fast bonus for hver tusind cigaretter, som de får leveret af deltagerne i ordningen. Denne bonus er med jævne mellemrum blevet forhøjet og udgjorde i 1978 75 cent pr. 1 000 cigarettter, hvilket beløb forblev uændret i 1980. De til udbetaling af nævnte bonus fornødne beløb udredes af fabrikanterne og importørerne i forhold til disses via specialforretningerne opnåede omsætning. Ordningen indeholder en række betingelser,

* Oversat fra nederlandsk.

som specialforretningerne skal opfylde for at komme i betragtning til den ekstra godtgørelse, såsom at de skal føre et vist mindsteudvalg »uden nogen form for diskrimination mellem aftaleparterne«, en forpligtelse til at medvirke til at introducere aftaleparternes nye mærker på markedet, kravet om en vis mindsteomsætning samt reklameforpligtelser og visse administrative forpligtelser.

1.3. *Relevante EF-forskrifter og nationale forskrifter*

Vedrørende de relevante EØF-direktiver samt de nederlandske retsforskrifter vedrørende forbrugsafgifter og priser skal jeg henvise til mit forslag til afgørelse i de forenede sager 240/82 m.fl., hvori disse bestemmelser er kortfattet gengivet.

1.4. *Kommissionens væsentligste klagepunkter*

Herom skal jeg henvise til beslutningens punkt. 99, litra a) og b), som indeholder en oversigt over de væsentligste af de i beslutningen kritiserede konkurrencebegrænsninger, som ifølge Kommissionen skyldes bonusordningen (konkurrencebegrænsning mellem fabrikanter og/eller importører og/eller grossister), og ordningens diskriminerende virkninger (over for detailhandlere). I de øvrige afsnit af samme punkt er der — ud over en nærmere præcisering af de væsentligste af de nævnte klagepunkter — opregnet yderligere en række konkurrencebegrænsende virkninger af ordningen. Afslaget på fritagelse i medfør af EØF-traktatens artikel 85, stk. 3, blev navnlig begrundet med, at ordningen ikke efter Kommissionens opfattelse bidrager til at forbedre fordelingen af de pågældende varer (se beslutningens punkt. 133-137), og at de hypotetiske fordele, som ordningen måtte medføre, hovedsagelig kommer cigaretfabrikanterne og/eller importørerne til gode og ikke kan betragtes som absolut nødvendige for at opfylde de tilsigtede formål. Desuden anføres det, at ulemperne — som især kommer detailhandlerne til skade — vejer tungere end fordelene og ej heller sikrer forbrugerne en rimelig andel heri, således at fordelene som helhed ikke kan opveje ulemperne (jfr. punkt. 138).

1.5. *Sagsøgerens anbringender*

Sagsøgerens hovedanbringende er, at betingelserne for at anvende artikel 85, stk. 1, ikke er opfyldt. Til støtte herfor har sagsøgeren henvist til følgende omstændigheder: For det første, at en effektiv konkurrence ikke er mulig på grund af den nederlandske lovgivning og på grund af den pression, som den nederlandske stat i det foreliggende tilfælde har udøvet over for SSI. For det andet, at ordningen ikke udgør nogen væsentlig konkurrencebegrænsning, idet den udelukkende omfatter en særlig gruppe detailhandlere, som kun forestår omkring 20% af det samlede salg. For det tredje, at ordningen ikke begrænser samhandelen mellem medlemsstaterne.

Sagsøgerens subsidiære anbringende er, at Kommissionen har tilsidesat EØF-traktatens artikler 85, stk. 3, og 190, idet den har afslået at fritage ordningen, undladt at foretage en gennemgang af sagsøgerens argumenter og endvidere har begået fejl ved konstateringen af de faktiske omstændigheder og derved draget forkerte slutninger.

Under den mundtlige forhandling har sagsøgeren særlig fremhævet, at detailhandleren er den svage part, idet han dels er bundet af den i henhold til forbrugsafgiftslovgivningen fastsatte slutpris, dels er under pres fra producenterne og grossisterne, idet disse (som følge af multiplikatoreffekten af de høje afgiftssatser, som er fastsat på grundlag af varernes værdi) forsøger at holde denne slutpris så lav som mulig og selv tjene så meget som muligt. Sagsøgeren

anfører, at staten har gjort sin indflydelse gældende ved aftalens indgåelse med det formål at beskytte detailhandlen i denne tvangssituation. Betingelserne i bonusordningen er imidlertid ifølge sagsøgeren konkurrenceneutrale og er navnlig grundlæggende forskellige fra de såkaldte rabatsystemer på grundlag af den samlede omsætning, med hensyn til hvilke Kommissionen i begyndelsen af 70'erne traf flere beslutninger, der gik de pågældende imod. Endelig har sagsøgeren under den mundtlige forhandling på ny bestridt, at ordningen har haft nogen mærkbar virkning på konkurrenceforholdene.

2. Gennemgang af anbringenderne

2.1. *Hovedanbringendet*

2.1.1. Vedrørende anbringendet om, at der på grund af Fællesskabets og de nationale afgifts- og prisordninger samt på grund af den indflydelse, staten har udøvet på SSI, ikke længere er nogen mulighed for en effektiv konkurrence, kan jeg i det væsentlige nøjes med at henvise til det forslag, som jeg i dag har fremsat i de forenede sager 240/82 m.fl. Som jeg allerede har redegjort for i dette forslag, giver de nederlandske afgifts- og prisbestemmelser ganske givet mulighed for konkurrence på fortjenstmargenen, navnlig for så vidt angår den for konkurrencen betydningsfulde fortjenstmargen i detailleddet. Med hensyn til en bestemt form for konkurrence på fortjenstmargenen bekræftes dette også indirekte gennem den i nærværende sag omtvistede bonusordning (der ved at udelukke denne form for konkurrence på fortjenstmargenen ved indførelsen af en ensartet ordning netop forudsætter muligheden for, at der kan udøves en sådan konkurrence).

Kommissionen har erkendt, at den nederlandske regering har øvet indflydelse på den omtvistede bonusordning (jfr. beslutningens punkt. 41, 42, 91 og 93), men som Kommissionen endvidere med rette har fremhævet, har sagsøgeren ikke godtgjort, at den nederlandske stat tillige skulle have øvet pres med henblik på indgåelsen af en kollektiv ordning af nævnte indhold. Som desuden med rette anført af Kommissionen fremgår det ikke, at den nederlandske stat skulle have insisteret på ordningens opretholdelse, efter at Kommissionen i 1979 havde ytret betænkeligheder derved. Ordningen blev nemlig under alle omstændigheder opretholdt.

Hertil kan yderligere føjes, at det ej heller objektivt set for så vidt forekommer sandsynligt, at den nederlandske stat skulle have udøvet pres med henblik på indgåelsen af en ordning af nævnte indhold, idet ordningen, ud over at indebære fordele for de berørte detailhandlere, diskriminerer mange udenforstående specialforretninger til skade for disse (der er tale om halvdelen af samtlige forretninger), og indeholder en række betingelser til gunst for de af ordningen omfattede fabrikanter og importører. Endelig kan statens tilskyndelser ikke fritage de pågældende selv for ansvaret for den aftalte ordning. Følgelig må dette første anbringende forkastes.

2.1.2. I forbindelse med det *andet led af sit hovedanbringende* (vedrørende de påståede konkurrencebegrænsningers mærkbarhed) har sagsøgeren gjort gældende, at selv om det forudsættes, at de gældende retsregler og deres anvendelse ikke er konkurrencehindrende, har bonusordningen dog betydelig mindre indflydelse end de aftaler, som Fedetab-sagen drejede sig om. Bonusordningen omfatter udelukkende detailhandelen og kun en særlig gruppe, der repræsenterer omkring 20% af den samlede afsætning. Desuden udgør den ekstra godtgørelse, som ydes i medfør af aftalen, ikke mere end ca. 0,6% af slutprisen og 7% af fortjenstmargenen.

Hvad angår betingelserne for at udbetale den særlige godtgørelse, er det ifølge sagsøgeren på ingen måde usædvanligt at stille krav om en vis mindsteomsætning og ej heller ud fra et konkurrencemæssigt synspunkt kritisabelt, da de kunder, som aftager

større mængder, udgør en vigtigere målgruppe — også som reklameobjekt — for leverandørerne. Den omstændighed, at ordningen er begrænset til de i artikel 1 nævnte specialforretninger, er heller ikke ensbetydende med, at de forretninger, som er udelukket derfra, ikke vil kunne forhandle individuelt eller kollektivt med leverandørerne.

Hvad angår Kommissionens opfattelse, hvorefter aftalen fratager de af ordningen omfattede specialforretninger ethvert incitament til at opnå individuelle særrabatter, er det sagsøgerens opfattelse, at den ved aftalen indførte ordning ikke kan sammenlignes med rabatordninger, hvor rabatten beregnes på grundlag af den samlede omsætning, hvilke ordninger Kommissionen flere gange har fordømt (jfr. f.eks. beslutningen af 29. 12. 1970, »keramiske fliser«, JO 1971, L 10). Forskellen er navnlig, a) at bonusordningen for specialforretninger giver mulighed for at yde individuelle rabatter, og b) at bonusbeløbet hverken er progressivt eller kumulativt.

Ifølge sagsøgeren har forpligtelsen til at føre et mindsteudvalg meget begrænsede økonomiske konsekvenser for detailhandlerne i praksis (for de mindre solgte mærker er et lager på to eller tre pakker tilstrækkeligt). Desuden står det detailhandlerne frit for, om de vil oprette et større lager af et bestemt mærke for at kunne oppebære de rabatter, som udbetales i forbindelse dermed. Også forpligtelsen til at medvirke til introduktion af nye mærker kan let opfyldes.

Forpligtelsen til at anvende en fjerdedel af disken og vinduespladsen til udstilling af cigaretter, er ikke noget usædvanligt vilkår for en tobaksforretning. Der vil stadig væk være den fornødne plads tilovers til at kunne koncentrere indsatsen om et bestemt produkt.

Forpligtelsen til at sælge et vist mindsteantal cigaretter pr. år er udelukkende en betingelse for at blive tilsluttet ordningen, og har ingen indflydelse på forholdet mellem detailhandlerne og leverandørerne.

Under henvisning til de nævnte argumenter bestrider sagsøgeren, at ordningen mærkbart begrænser konkurrencen mellem de leverandører, som er tilsluttet ordningen. NSO kan endvidere ikke se, hvorledes bonusordningen skulle kunne skade de leverandører, som ikke deltager deri. Det står dem nemlig fortsat frit for at indgå individuelle aftaler om ydelse af i det mindste lige så store individuelle rabatter. Også på dette punkt har Kommissionen ifølge sagsøgeren med urette tilskrevet ordningen de samme virkninger som en rabatordning på grundlag af den samlede omsætning.

2.1.2. (fortsættelse) *Kommissionens anbringende og vurderingen heraf*

Efter Kommissionens opfattelse beror konkurrencebegrænsningen navnlig på, at ordningen fratager detailhandleren ethvert incitament til at gøre nogen indsats over for en bestemt leverandør, fordi bonussen beregnes på grundlag af den samlede omsætning, uanset hvem der er leverandør og hvilket mærke der sælges. Dette anbringende finder jeg velbegrundet. Under hensyn til, at den statslige indflydelse — som sagsøgeren selv har anført — var nødvendig, for at der blev gjort noget »ekstra« for detailhandelen, må det antages, atden kollektive og ensartede udførelse af statens ønsker levner meget lidt plads til at yde individuelle ekstrarabatter for en særlig indsats med hensyn til bestemte mærker. I denne forbindelse har Kommissionen endvidere gjort gældende — uden at dette bestrides — at den første aftale om individuelle rabatter først kom i stand to år efter, at Kommissionen havde indledt proceduren i sagen. Den af fabrikanterne og importørerne indgåede aftale indskrænker derfor mærkbart leverandørernes mulighed for at forøge deres markedsandel over for deres konkurrenter ved at yde individuelle rabatter for en ekstra indsats (individuel konkurrence på fortjenstmargenen).

At ordningen rent faktisk som anført af sagsøgeren på flere punkter adskiller sig fra de klassiske aftaler om »rabatter på grundlag af den samlede omsætning«, således som disse oprindeligt har udviklet sig i navnlig Forbundsrepublikken Tyskland, ændrer ikke ved den nævnte analyse af ordningens interne virkninger. Den foreliggende ordning adskiller sig navnlig fra den »lukkede« variant af en sådan »Gesamtumsatzrabattkartell« [1] (herefter benævnt GUR), derved at de lige konkurrencemuligheder for de leverandører, der ikke deltager i ordningen, til at yde de samme eller endog større rabatter, udelukkende er begrænset gennem de supplerende forpligtelser, såsom forpligtelsen til en vis mindsteomsætning af de cigaretter, der hidrører fra leverandører, som har tilsluttet sig ordningen, samt forpligtelsen til at føre et vist produktudvalg og forpligtelsen til at udstille varerne. De udenforstående leverandører kan altså ikke gennem ydelse af rabatter (selv om disse skulle være større) formå de specialiserede forretninger, der er tilsluttet ordningen, til at erstatte de mærker, de fører for én eller flere af de leverandører, som udgør størsteparten af den i beslutningens artikel 1, stk. 1, nævnte gruppe af leverandører, med deres egne mærker. Denne første forskel i forhold til den lukkede variant af en sådan GUR skærpes yderligere derved, at den foreliggende rabatordning i modsætning til mange andre GUR-ordninger ikke foreskriver progressive rabatter, som stiger med antallet af indkøb hos de leverandører, der er tilsluttet ordningen. Som tidligere nævnt indeholder ordningen imidlertid en — for de udenforstående leverandører uanfægtelig — forpligtelse til at nå en vis mindsteomsætning med de deltagende leverandørers mærker, hvilket kan sammenlignes med den kumulative virkning af en GUR-ordning. I sine interne virkninger adskiller den foreliggende ordning sig altså ikke væsentligt fra en GUR-ordning og har, på trods af ikke ubetydelige forskelle i bonusordningen som sådan, i vidt omfang lignende virkninger i kraft af de supplerende forpligtelser.

1 — I denne lukkede variant holdes de mængder, der indkøbes hos virksomheder, som ikke deltager i ordningen, uden for beregningen af rabatterne.

Allerede min gennemgang af dette første led af det andet anbringende viser således efter min opfattelse, at Kommissionen med rette har anset forpligtelserne til at føre et vist mindsteudvalg af mærker, til at benytte en del af pladsen i udstillingsvinduet og på disken til mærkerne fra de leverandører, der deltager i ordningen, og til at nå op på en vis mindsteomsætning med samtlige disse mærker, for at have en væsentlig konkurrencebegrænsende virkning. Det gælder i hvert fald, når man undersøger virkningen af disse forpligtelser på den måde, som jeg har angivet i det foregående, og sammenholder dem med virkningerne af en kollektiv ensartet rabatordning som sådan.

Forpligtelsen til at medvirke til at introducere nye mærker anser jeg for mindre konkurrencebegrænsende end Kommissionen gør. Ganske vist udgør også denne forpligtelse en indskrænkning i de pågældende detailhandleres frihed til at tilrettelægge deres salgspolitik som de ønsker, men jeg finder, at den i mindre grad begrænser konkurrencen med de udenforstående leverandører end det er tilfældet med de tidligere nævnte forpligtelser.

Endelig skal jeg fremhæve, at sagsøgeren ikke har bestridt, at bonusordningen udøver de i beslutningen under punkt 43 og 99, litra b), anførte diskriminerende virkninger til skade for omkring halvdelen af de i alt ca. 4 000 nederlandske specialforretninger samt fødevareforretninger, kædeforretninger og supermarkeder, som forestår en væsentlig del af salget af cigaretter i Nederlandene til forbrugerne. Den økonomiske begrundelse for denne forskelsbehandling, som sagsøgeren erkender finder sted, har imidlertid kun relevans i forbindelse med en eventuel fritagelse efter artikel 85, stk. 3.

Sammenfattende er jeg følgelig af den opfattelse, at Kommissionen med rette har antaget, at en aftale af nævnte indhold, som

omfatter praktisk talt samtlige fabrikanter og importører (der tilsammen tegner sig for mere end 90% af den samlede omsætning i Nederlandene), og som har virkning for 20% af den samlede indenlandske omsætning, mærkbart begrænser konkurrencen mellem virksomheder. Følgelig må efter min opfattelse tillige sagsøgerens andet anbringende forkastes.

2.1.3. *Eventuel begrænsning af samhandelen mellem medlemsstaterne*

Også for så vidt angår dette tredje led af sagsøgerens hovedanbringende, kan jeg i det væsentlige henvise til mit forslag til afgørelse i de forenede sager 240/82 m.fl., da sagsøgeren i den foreliggende sag selv har henvist til de argumenter, sagsøgerne i de nævnte forenede sager har gjort gældende.

Vedrørende bonusordningen i særdeleshed har sagsøgeren i første række anført i stævningen, at de cigaretter, som importeres af fabrikanterne/importørerne i lige så høj grad »profiterer« af bonusordningen som de cigaretter, der fremstilles i Nederlandene, og dernæst gentaget sit argument om, at ekstrarabatterne er i strid med den nederlandske lovgivning, hvilket argument jeg tidligere i mit forslag har afvist som ubegrundet. Hvad angår argumentet om, at bonusordningen tillige finder anvendelse på de importerede cigaretter, har Kommissionen med rette fremhævet, at sagsøgeren dermed stiltiende indrømmer, at bonusordningens konkurrencebegrænsende virkninger (som sagsøgeren med urette benægter eksisterer) også udstrækker sig til de importerede cigaretter.

For det andet har sagsøgeren anført, at såfremt det antages, at bonusordningen udøver en vis indflydelse på importen, indvirker den i hvert fald ikke »mærkbart« herpå, hvilket i praksis er en af betingelserne for at bringe EØF-traktatens artikel 85, stk. 1, i anvendelse. Sagsøgerens bemærkninger vedrørende dette punkt støttes hovedsagelig på argumentet om, at de udenlandske cigaretter, som er blevet bragt på markedet i Nederlandene efter at være blevet »importeret internt inden for gruppen«, ikke kan betragtes som importerede cigaretter, en argumentation som jeg tog afstand fra i mit forslag til afgørelse i de forenede sager 240/82 m.fl. Medregner man denne »gruppeinterne« import, fremgår det af de tal, der er gengivet under beslutningens punkt 11, at såfremt de øvrige skønsmæssige vurderinger i stævningen holder stik [2], er 20% af den samlede import berørt af ordningen (og ikke blot 2%, sådan som det hævdes af sagsøgeren), hvortil kommer, at de af ordningen berørte indførsler ikke udgør omkring 0,5% (hvilket sagsøgeren gør gældende), men omkring 5% af den samlede afsætning af cigaretter i Nederlandene [3]. En omsætning med importerede cigaretter af dette omfang må, udtrykt i reelle værdier, ansættes til flere milliarder gylden. Ordningen må derfor efter min opfattelse utvivlsomt antages at udøve en mærkbar indflydelse. Udover at anfægte det ukorrekte grundlag for NSO's beregninger har Kommissionen med fuld ret i sit svarskrift påpeget, at sagsøgerens argumentation ikke tager hensyn til bonusordningens potentielle virkninger på indførslerne. Efter artikel 85, stk. 1, er det tilstrækkeligt, at den har en ugunstig indvirkning på samhandelen mellem medlemsstaterne, hvorom Kommissionen med rette har anført, at den kollektive aftale vedrørende rabatterne eliminerer den potentielle virkning af mere differentierede rabatter på den markedsandel, som udgøres af de importerede cigaretter. Jeg har allerede udførligt behandlet dette punkt i forbindelse med min gennemgang af ordningens konkurrencebegrænsende virkninger.

2 — Ifølge disse skønsmæssige vurderinger udfør salgert til forbruger, foretaget af de specialforretninger, der er omfattet af bonusordningen, om kring 20% af det samlede salg af cigaretter i Nederlandene. De »gruppeinterne« indførsler har sagsøgeren skønnet udgør 90% af den samlede import og de øvrige indførsler »mellem forskellige grupper« 10%.

3 — At dømme efter de tal, der er angivet i beslutningen under punkt 11, og som sagsøgeren ikke bestrider, må denne procetsats efter mit skøn antages at være noget højere.

Også denne del af det pågældende anbringende må derfor efter min opfattelse forkastes.

2.2. *Det subsidiære anbringende* (tilsidesættelse af EØF-traktatens artikel 85, stk. 3, og artikel 190)

2.2.1. Sagsøgerens subsidiære anbringende er for det første, at det ikke er rigtigt, at bonusordningen afskærer detailhandlerne fra at opnå en ekstra godtgørelse (jfr. beslutningens punkt 133). Ordningens eneste formål er at sikre detailhandlerne en vis minimal ekstra godtgørelse. Jeg har allerede i anden forbindelse ved min gennemgang i nærværende forslag til afgørelse forklaret, hvorfor dette argument må anses for ubegrundet, når det sammenholdes med den økonomiske virkelighed.

2.2.2. For det andet hævdes det af sagsøgeren, at Kommissionen i beslutningens punkt 134 har overset, at forpligtelsen til at opnå en omsætning på mindst 60% gennem salg af tobaksvarer, ikke gælder for cigaretter alene, men for alle tobaksvarer. Dette argument har ikke støtte i ordlyden af nævnte punkt 134. Måske har sagsøgeren ret i sin opfattelse af, at denne forpligtelse ikke i sig selv er diskriminerende over for de små videreforhandlere. Noget sådant kommer imidlertid heller ikke til udtryk i nævnte punkt af beslutningen. I hvert fald bestrider sagsøgeren ikke, at de små videreforhandlere som følge af forpligtelsen til at opnå en vis mindsteomsætning ikke reelt har mulighed for at opfylde denne betingelse i bonusordningen for specialforretninger.

2.2.3. For det tredje gør sagsøgeren gældende, at den under beslutningens punkt 135 omhandlede forpligtelse til at føre et vist mindsteudvalg af mærker, nødvendigvis forudsætter en specialisering. Ifølge sagsøgeren kan den handlende nemlig, i modsætning til hvad Kommissionen har anført under nævnte punkt, fuldstændig frit bestemme, hvor en stor en mængde cigaretter af hvert mærke han ønsker at have på lager. Den af Kommissionen anførte forhøjelse af omkostningerne som følge af denne forpligtelse er kun ringe (men bestrides altså ikke af sagsøgeren). Hvad angår denne del af anbringendet, finder jeg det tilstrækkeligt at konstatere, at Kommissionen i beslutningens punkt 135 alene har erklæret, at den omhandlede forpligtelse ikke nødvendigvis bidrager til at forbedre fordelingen af de pågældende varer. Sagsøgerens argument om, at denne forpligtelse (samt den i beslutningens punkt 134 nævnte forpligtelse) udgør et naturligt led i forretningernes specialisering, giver ikke tilstrækkeligt grundlag for at antage, at Kommissionen ved udøvelsen af sit skøn i medfør af artikel 85, stk. 3, ikke med rette nåede til det resultat, som fremgår af beslutningens punkt 135.

2.2.4. For det fjerde gør sagsøgeren gældende i stævningen, at den i beslutningens punkt 136 omhandlede udstillingsforpligtelse samt forpligtelsen til at introducere nye mærker ej heller af forretningsindehaverne betragtes som nogen belastning. Såfremt den kollektive bonusordning måtte erstattes med individuelle aftaler, ville detailhandleren nemlig være nødt til at acceptere betydeligt mere vidtgående udstillingsforpligtelser. Det er netop disse udstillingsforpligtelser og forpligtelser til introducering af nye mærker (hvilket kun en kollektiv ordning giver mulighed for), der gør forretningen til en specialforretning med hensyn til salg af cigaretter. Kommissionens opfattelse vedrørende dette spørgsmål adskiller sig desuden også — anfører sagsøgeren — fra den opfattelse, Kommissionen selv har gjort gældende vedrørende selektive salgssystemer og eneaftaler (om køb eller salg). Kommissionen har heroverfor med rette gjort gældende, at den omstændighed, at en aftale ikke udgør nogen belastning for de pågældende detailhandlere, er uden betydning for anvendelsen af artikel 85, stk.

3. Endvidere har Kommissionen med rette påpeget, at en sammenligning med selektive salgssystemer og eneforhandlingsaftaler er uden større interesse i denne forbindelse, da disse vedrører tosidige, vertikale aftaler (som desuden kun vedrører produkterne fra en enkelt fabrikant), mens det i denne sag drejer sig om en kollektiv, horisontal aftale med en vertikal virkning (som vedrører produkter fra alle de tilsluttede fabrikanter og importører). [4]

2.2.5. For det femte gør sagsøgeren gældende, at forpligtelsen til at opnå en vis årlig mindsteomsætning er i god overensstemmelse med den nederlandske stats politik, som går ud på, at en levedygtig detailhandel fortjeneropmuntring. Sagsøgeren anfører, at Kommissionen også på dette punkt har anlagt et andet synspunkt end ellers, og i særdeleshed end det synspunkt, den har anlagt i forordningen om gruppefritagelse af enehandlingsaftaler. Herom skal jeg for det første bemærke, at Kommissionen i anden forbindelse med rette har gjort opmærksom på, at sagsøgeren ikke har godtgjort, at den nederlandske regering skulle have bifaldet de diskriminerende virkninger af betingelsen vedrørende mindsteomsætningen. Jeg har tidligere i mit forslag til afgørelse været inde på dette spørgsmål. Endelig har Kommissionen også i denne sammenhæng med rette bemærket, at en sammenligning med Kommissionens opfattelse vedrørende eneforhandlingsaftaler er irrelevant. Følgelig må tillige dette argument forkastes.

2.2.6. For det sjette gør sagsøgeren mere generelt gældende (i stævningen under punkt 40), at bonusordningen (bl.a.) bidrager til at opretholde et net af specialforretninger, der fører et varieret udbud af tobaksvarer, hvilket kommer såvel producenterne/importørerne som forbrugerne til gode, mens de, der er tilsluttet ordningen, ikke selv anser sig for ringere stillet af den grund. Med denne argumentation tager sagsøgeren for det første ikke hensyn til de af Kommissionen fremførte indvendinger vedrørende den nærmere udformning af ordningen, som jeg tidligere i mit forslag har taget stilling til og fundet velbegrundet. For det andet har Kommissionen i denne forbindelse tillige med rette påpeget, at det ikke er en tilstrækkelig betingelse for at anvende artikel 85, stk. 3, at bonusordningen ikke betragtes som en belastning af detailhandlerne. For det tredje er også jeg af den opfattelse, at sagsøgeren ikke har godtgjort, at Kommissionen under udøvelsen af sin skønsmæssige beføjelse skulle være udelukket fra at nå frem til den antagelse, at den ikke fandt det påvist, at aftalen, med alle de ulemper, som var knyttet dertil, og som jeg har behandlet i det foregående, var uomgængelig nødvendig for specialforretningernes fortsatte bestående. Kommissionen henviser også med rette i den forbindelse til, at aftalen udelukker omkring halvdelen af specialforretningerne.

2.2.7. Endelig anfører sagsøgeren (i stævningen under punkt 41), at bonusaftalen i hvert fald (også) bidrager til at fremme den »økonomiske udvikling« i den i artikel 85, stk. 3, nævnte betydning. Det gøres gældende, at ordningen navnlig bidrager til at forhindre enhver yderligere social og økonomisk tilbagegang gennem tab af arbejdspladser inden for en bestemt sektor, og dermed, som det hedder i Metrodommen (sag 26/76, Sml. 1977, s. 1875, se navnlig præmis 43), må anses for omfattet af begrebet »fremme [af] den økonomiske udvikling«. Såfremt det ikke netop var fordi ordningen forhøjede risikoen for tab af arbejdspladser inden for halvdelen af de specialforretninger, som er udelukket fra ordningen — forudsat man ellers anerkender rigtigheden af anbringendet vedrørende de begunstigede specialforretninger — behøvede Kommissionen ikke efter min opfattelse udtrykkeligt gå nærmere ind på dette spørgsmål i sin beslutning. I den sanerende virkning af ordningen, som sagsøgeren i anden forbindelse har påberåbt sig, ser Kommissionen desuden med rette en

4 — Oplysningerne i parentesen er mine.

bekræftelse af, at det var formålet med den omtvistede ordning at konsolidere markedsandelen for en begrænset gruppe af deltagere.

2.2.8. Som afslutning på min gennemgang af sagsøgerens subsidiære anbringende skal jeg yderligere bemærke, at det er påfaldende, at sagsøgerens argumenter navnlig har til formål at godtgøre, dels at ordningen ikke i sig selv udgør nogen belastning for detailhandlerne, dels at de til ordningen knyttede forpligtelser udgør et naturligt led heri og følgelig er uomgængeligt nødvendige. Sagsøgeren har ikke gjort noget seriøst forsøg på at påvise, at ordningen i modsætning til det af Kommissionen anførte helt og fuldt opfylder de to første (positive) betingelser for en fritagelse efter artikel 85, stk. 3. De vigtigste argumenter, sagsøgeren har fremført i denne forbindelse, er af underordnet karakter og er ikke blevet nærmere udviklet. De går ud på, at den begunstigelse, som ydes halvdelen af specialforretningerne på den betingelse, at de fører et stort produktudvalg, bidrager til en sanering af specialhandelen og dermed fremmer beskæftigelsen, samtidig med, at den sikrer opretholdelsen af et tilstrækkeligt antal salgssteder med et stort produktudvalg til gunst for de pågældende producenter og importører samt til gunst for forbrugerne. Allerede fordi ordningen på denne måde bidrager til at fremme en »kold« sanering af de ikke-begunstigede specialforretninger, bringes beskæftigelsen i disse i fare og forhindrer udenforstående leverandørers adgang til markedet, kunne Kommissionen inden for rammerne af sin skønsbeføjelse med rimelighed komme til det resultat, at det ikke var godtgjort, at ordningen opfyldte de nødvendige positive betingelser for en fritagelse. Af den omstændighed, at et stort antal specialforretninger har overlevet på trods af, at de har været udelukket fra bonusordningen, kunne Kommissionen desuden med rette udlede, at ordningen ikke er påvist at være uomgængelig nødvendig for specialforretningernes fortsatte bestående. Det grundlag, som hele argumentationen bygger på, nemlig at det er nødvendigt for at sikre en optimal distribution af cigaretter, at specialforretningerne fører et stort produktudvalg (som omfatter samtlige mærker fra de i ordningen deltagende leverandører), har sagsøgeren ikke nærmere redegjort for og synes desuden modsagt af den omstændighed, at de detailhandlere, som ikke er specialiseret i tobaksvarer, råder over en betydelig større markedsandel. Det eneste, som efter min opfattelse kan fastslås på grundlag af sagens akter, er, at de leverandører og detailhandlere, som deltager i aftalen, drager fordel heraf. I forbindelse med artikel 85, stk. 3, er sådanne fordele for visse af de virksomheder, som har indgået en kartelaftale, imidlertid ikke en nødvendig betingelse for en fritagelse. Vedrørende betingelsen om, at en vis rimelig andel skal komme forbrugerne til gode, har Kommissionen med rette henvist til Domstolens udtalelse i Fedetab-dommen, hvorefter »antallet af forhandlere og mærker... imidlertid ikke ubetinget [er] hovedkriteriet for en forbedring af fordelingen i artikel 85, stk. 3's forstand«. Efter Kommissionens opfattelse er det aldeles tvivlsomt, om forbrugerne har nogen fordele af ordningen, da forbrugerne selv må bære omkostningerne ved opretholdelsen af et omfattende salgsnet (bestående af store specialforretninger med et alsidigt produktudvalg), idet fabrikanten ved fastsættelsen af den (faste, men principielt af fabrikanten selv frit fastsatte) endelige pris på cigaretterne tager hensyn til disse omkostninger. Forbrugeren må efter Kommissionens opfattelse selv frit kunne bestemme, hvor han ønsker at købe sine cigaretter.

3. Sammenfatning og konklusion

Sammenfattende fremgår det således af min gennemgang af stævningen, at denne for størstedelen indeholder de samme argu-

menter som sagsøgerne har fremført i de forenede sager 240/82 m.fl. Jeg har allerede i mit forslag til afgørelse i nævnte sager tilbagevist disse argumenter som ubegrundede. De yderligere argumenter, sagsøgeren har fremført i stævningen i nærværende sag til støtte for den i sagen omtvistede bonusordning for specialforretninger, har jeg ligeledes efter en udførlig gennemgang forkastet som værende ubegrundede.

Sammenfattende går mit forslag til afgørelse herefter ud på følgende:

1) frifindelse af Kommissionen for såvel sagsøgerens principale som subsidiære påstand om hel eller delvis annullation af artikel 1, stk. 1 og stk. 2, samt artikel 4, subsidiært artikel 3 og 4 i Kommissionens beslutning 82/506/EØF af 15. juli 1982 (EFT 1982 L 232, s. 1);

2) sagsøgeren pålægges at betale sagens omkostninger, herunder omkostningerne i forbindelse med begæringen om foreløbige forholdsregler.

At sagsøgeren tillige bør tilpligtes at betale omkostningerne i forbindelse med begæringen om foreløbige forholdsregler er fast praksis ved Domstolen og følger af procesreglementets artikel 69, stk. 2. Jeg skal i den forbindelse eksempelvis henvise til Domstolens dom af 17. januar 1984 i de forenede sager 43 og 63/82 (se præmisserne 63 og 64).