ARREST VAN HET HOF
VAN 10 JULI 1980 [1]

Distillers Company Limited
tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen

„Mededinging — gedistilleerde dranken"

Zaak 30/78

Samenvatting

1. Mededinging — Mededingingsregelingen — Ontbreken van formele aanmelding — Vrijstelling niet mogelijk
(Verordening van de Raad nr. 17, artikel 4; verordening van de Commissie nr. 1133/68)

2. Mededinging — Mededingingsregelingen — Verbod — Toepassing — Criteria
(Artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag)

1. Bij ontbreken van een aanmelding overeenkomstig de vereisten van de verordening nr. 17 en van verordening nr. 1133/68, kan een overeenkomst niet in aanmerking komen voor een vrijstelling krachtens artikel 83, lid 3, EEG-Verdrag, zelfs wanneer de tekst van de overeenkomst, ingevolge een verzoek om inlichtingen van de Commissie, aan deze laatste werd meegedeeld.

2. Het moge juist zijn dat een overeenkomst buiten de werkingssfeer van het verbod van artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag kan vallen wanneer het, gelet op het geringe aandeel van de belanghebbenden op de markt van de betrokken produkten, een onbeduidende invloed heeft op deze markt; deze overwegingen gelden evenwel niet wanneer het gaat om een produkt waarvan de gehele produktie in handen is van één grote onderneming.

In zaak 30/78,

DISTILLERS COMPANY LIMITED, gevestigd te Edinburgh, Torphichen Street 12, te dezen vertegenwoordigd door M. Waelbroeck, advocaat te Brussel, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ten kantore van E. Arendt, advocaat aldaar, 34, rue Philippe II,

verzoekster,

1 — Procestaal: Engels.

tegen

COMMISSIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN, te dezen vertegenwoordigd door haar juridisch adviseur R. D. Gilmour als gemachtigde, bijgestaan door J. Murray, Q.C., en A. Rodger, advocaat bij de Schotse balie, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg bij M. Cervino, juridisch adviseur van de Commissie, Bâtiment Jean Monnet, Kirchberg,

verweerster,

en

A. BULLOCH & Co., A. BULLOCH (AGENCIES) LTD, JOHN GRANT BLENDERS LTD, INLAND FISHERIES LTD en CLASSIC WINES LTD, met hoofdvestiging te Eaglesham, Glasgow, Cheapside Street 3, te dezen vertegenwoordigd door M. D. McMillan, solicitor van de firma Sergeants, East Kilbride, bijgestaan door M. Siragusa, advocaat te Rome, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg bij J. C. Wolter, advocaat aldaar, 2, rue Goethe,

interveniënten,

betreffende een verzoek tot nietigverklaring van de beschikking van de Commissie van 20 december 1977 inzake een procedure op grond van artikel 85 EEG-Verdrag (IV.28.282 — The Distillers Company Limited — verkoopvoorwaarden en prijsregelingen, PB L 50 van 1978, blz. 16),

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE,

samengesteld als volgt: H. Kutscher, president, A. O'Keeffe en A. Touffait, kamerpresidenten, J. Mertens de Wilmars, P. Pescatore, Mackenzie Stuart, G. Bosco, T. Koopmans en O. Due, rechters,

advocaat-generaal: J.-P. Warner
griffier: A. Van Houtte

het navolgende

ARREST

De feiten

De feiten, het procesverloop en de conclusies, middelen en argumenten van partijen kunnen worden samengevat als volgt:

I — De feiten en het procesverloop

1. „The Distillers Company Ltd" (DCL) en haar produkten

DCL ontstond in 1877 uit de fusie van zes Schotse whiskystokers, en telt thans 38 dochtermaatschappijen die in het Verenigd Koninkrijk gedistilleerde dranken produceren: 32 daarvan vervaardigen Schotse whisky, vier gin, één wodka en één Pimm's.

DCL's totale omzet aan Schotse whisky, gin, wodka en andere gedistilleerde dranken was in het boekjaar 1976-1977 verdeeld als volgt: de verkoop in Europa vertegenwoordigde 55,7 % van de omzet, waarvan 14,7 % werd verkocht in andere Lid-Staten dan het Verenigd Koninkrijk en Ierland; 27,2 % van de omzet ging naar Noord- en Zuid-Amerika, en 17,1 % werd in Afrika, Azië en Australië afgezet.

DCL is 's werelds belangrijkste stoker en verkoper van Schotse whisky. In de andere landen van de Gemeenschap dan het Verenigd Koninkrijk bedroeg het aandeel van DCL in de whiskymarkt in 1975: 54 % in België en Luxemburg, 47 % in Denemarken, 35 % in Frankrijk, 33 % in Italië en in de Bondsrepubliek Duitsland, 32 % in Ierland en 20 % in Nederland. In het Verenigd Koninkrijk schommelde haar marktaandeel in de jaren 1973-1977 tussen 50 en 30 %. DCL brengt meer dan 50 standaardmerken Schotse whisky op de markt, waarvan de meest bekende zijn: Johnnie Walker, Haig, Black and White, Vat 69, White Horse en Dewar's.

Bij gin vertegenwoordigde de produktie van DCL in de jaren 1973, 1974 en 1975 ongeveer 55 % van de totale Britse produktie. In de loop van dezelfde periode zorgde DCL voor ongeveer 70 % van de totale ginverkoop in het Verenigd Koninkrijk. DCL exporteert ook grote hoeveelheden gin: haar marktaandeel bedraagt 20 % in Frankrijk, 27 % in de Bondsrepubliek Duitsland, 30 % in Nederland, 44 % in België en Luxemburg, 20 % in Italië, 44 % in Denemarken en 10 % in Ierland. Van de ginmerken van DCL kunnen High and Dry, Gordon's Special Dry London Gin en Booth's Finest Dry Gin worden genoemd.

Ongeveer een kwart van de wodka van DCL wordt in het Verenigd Koninkrijk verkocht. Haar merk „Cossack Vodka" neemt op deze markt de tweede plaats in.

DCL is de enige verkoper van Pimm's; dit is een gearomatiseerde gedistilleerde drank die (behalve in Frankrijk) met limonade wordt gemengd. Bij dat mengsel wordt vervolgens bernagie, komkommer of munt gevoegd.

2. Verkoop van DCL's gedistilleerde dranken

Elk van de 38 Britse dochtermaatschappijen van DCL is verantwoordelijk voor de verkoop en marketing onder eigen

merken van de door haar vervaardigde gedistilleerde dranken.

In het Verenigd Koninkrijk beschikken slechts enkele van deze dochtermaatschappijen over een eigen groothandelsnet. De meeste verkopen hun merken rechtstreeks aan groothandelaars; het aantal van deze afnemers-doorverkopers bedraagt ongeveer 1 000. De groothandel bestaat zelf uit twee sectoren: de „gebonden handel" („tied trade") en de „vrije handel". („free trade"). De „gebonden handel" omvat hoofdzakelijk brouwerijconcerns die eigenaar zijn van kleinhandelszaken met een vergunning voor de verkoop van alcoholische dranken, waar deze produkten per fles of per glas worden verkocht. De meeste van deze brouwerijen treden ook op als groothandelaars in de vrije handel. De aankopen van de brouwerijconcerns vertegenwoordigen in het Verenigd Koninkrijk ongeveer de helft van de totale verkoop van gedistilleerd door DCL-dochtermaatschappijen. De „vrije handel" omvat een grote groep verkopers, zoals onafhankelijke handelaars met een vergunning voor de verkoop van alcoholische dranken, kleinhandelsgroeperingen die niet aan een brouwerij toebehoren (onder meer sommige groepen van supermarkten) en de zogenaamde „multiples" (dit wil zeggen groothandelszaken die ook kleinhandelszaken bezitten, maar niet door brouwerijen worden gecontroleerd). Zij alle verkopen in het algemeen per fles. Ook hotelketens met vergunning voor de verkoop van alcoholische dranken kunnen in hun localiteiten per glas verkopen.

In de andere landen van de gemeenschappelijke markt hebben de meeste DCL-dochtermaatschappijen elk hun eigen alleenverkoper. De aan deze alleenverkopers geleverde gedistilleerde dranken worden over het algemeen doorverkocht aan groothandelaars die zelf de kleinhandel bevoorraden. Er zijn binnen de gemeenschappelijke markt ongeveer 200 alleenverkopers voor DCL-gedistilleerd. Deze alleenverkopers bieden evenwel meestal ook tal van andere alcoholische dranken aan, zoals vruchtenbrandewijn, sherry en wijn.

De dochtermaatschappijen van DCL verkopen gedistilleerd dat uitsluitend bestemd is voor verbruik onder vrijdom van rechten, rechtstreeks aan scheepsleveranciers. Daarvan vindt men er in de gemeenschappelijke markt ongeveer 1 000.

3. Verkoopvoorwaarden en prijsregelingen van DCL

Op 30 juni 1973 meldde DCL bij de Commissie de verkoopvoorwaarden („Seller's Conditions of Sale") aan, die door elk van de dochtermaatschappijen uitsluitend worden toegepast voor de verkoop van gedistilleerd aan wederverkopers in het Verenigd Koninkrijk. Zij verzocht om een vrijstelling krachtens artikel 85, lid 3. De verkoopvoorwaarden bestonden hoofdzakelijk uit:

— bepalingen in verband met de leverings- en betalingsvoorwaarden;

— een clausule (5b) waarin de doorverkopers en hun afnemers een exportverbod wordt opgelegd;

— een clausule (6) die wederverkoop in entrepot verbiedt.

In antwoord op een verzoek van de Commissie van 2 juni 1975, legde DCL op 8 juli 1975 een nieuwe tekst van de eerder aangemelde verkoopvoorwaarden voor, waarin clausule 5b was gewijzigd (het exportverbod zou voortaan enkel gelden voor landen buiten de Gemeenschap) en clausule 6 was geschrapt.

Op 11 juli 1975 stelde DCL de Commissie in kennis van de tekst van een circulaire van 24 juni 1975, die aan de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde afnemers van haar dochterondernemingen was gericht en de titel droeg „Binnenlandse verkoopvoorwaarden en prijsregelingen", alsmede de twee bijlagen daarbij.

In de eerste paragraaf van de circulaire, getiteld „Verkoopvoorwaarden" wordt het volgende gesteld: „Na het referendum wijzigen wij thans de verkoopvoorwaarden in dier voege, dat export door binnenlandse afnemers naar andere EEG-landen is toegestaan ... export naar landen buiten de EEG blijft verboden". Bijlage I bij de circulaire van DCL bevat de nieuwe versie van de „verkoopvoorwaarden".

In de tweede paragraaf van de brief, onder de titel „Prijsregelingen", wordt het volgende gesteld:

(a) „... de verschillende provisies, kortingen en rabatten hebben ten doel te voldoen aan de bijzondere vereisten van de binnenlandse handel en de afnemers hebben er alleen recht op wanneer de waren werkelijk binnen het Verenigd Koninkrijk worden verbruikt".

(b) „Derhalve moet u, indien u wilt kopen voor export naar andere EEG-landen, dit in uw bestelling aangeven en moet de aankoop tegen groothandelsprijs (gross price) plaatsvinden".

(c) „Wanneer een afnemer handelsprovisies, kortingen of rabatten die enkel voor de verkoop op de binnenlandse markt worden verleend, verkrijgt of verlangt, en indien ook maar de geringste hoeveelheid van de aldus gekochte waren in een ander land van het Verenigd Koninkrijk wordt afgezet, zijn alle dochtermaatschappijen van DCL gerechtigd, aan deze afnemer voortaan alleen tegen de groothandelsprijs te verkopen".

Bijlage II bij de DCL-circulaire draagt de titel „Enkele contractuele bepalingen (inzake prijzen) toegevoegd aan de verkoopvoorwaarden"; daarin wordt gesteld dat

— de bepalingen uit deze bijlage „deel zullen uitmaken van iedere overeenkomst gesloten door een koper en een dochtermaatschappij van de DCL-groep voor de aankoop van enig merk gedistileerd" en „horen bij de verkoopvoorwaarden (behandeld in bijlage I)";

— alle provisies, rabatten en kortingen (hierna „provisies" te noemen) zijn bedoeld om tegemoet te komen aan de speciale marktomstandigheden die in de binnenlandse handel heersen";

— DCL-dochtermaatschappijen het recht hebben „de groothandelsprijs zonder korting volgens de „provisies" te berekenen:

  — wanneer een DCL-dochter die aan een koper verkoopt, redelijkerwijze mag geloven dat een hoeveelheid van de waren die door de koper van een DCL-dochter zijn gekocht, is of zal worden verbruikt buiten het Verenigd Koninkrijk;

  — zelfs wanneer de export geschiedt door een volgende koper;

  — ongeacht de bestelde hoeveelheid, totdat en in de mate waarin de koper ten overstaan van de verkopende DCL-dochtermaatschappij aantoont dat de waren binnen het Verenigd Koninkrijk zullen worden verbruikt.

Op 23 februari 1977 zond DCL haar Britse wederverkopers een circulaire waarin hun ter kennis werd gebracht dat de „groothandelsprijs zonder korting volgens de provisies" („the gross price without any reduction of such price by price allowance") voortaan zou worden aangeduid als „groothandels-EEG-exportprijs" („the gross EEC export

price"), dit is de groothandelsprijs die aan alleenverkopers in andere EEG-landen wordt berekend vóór aftrek van de aan hen toegekende provisie (deze nieuwe bepalingen van bijlage II worden hierna aangeduid met de term „prijsregelingen").

4. Prijzen en provisies van DCL

Alle prijzen van in het Verenigd Koninkrijk geleverde gedistilleerde dranken worden gecontroleerd door de prijzencommissie (Price Commission) die bij de „Counter-Inflation Act 1973" (anti-inflatiewet van 1973) is ingesteld. De prijzen mogen slechts met tussenpozen van minimaal drie maanden worden verhoogd, mits de producent aantoont dat de verhoging overeenkomt met een stijging van zijn kosten. De door DCL aan haar Britse wederverkopers en alleenverkopers berekende exportprijzen vallen niet onder het toezicht van de prijzencommissie. Gedistilleerd bestemd voor export mag in entrepot circuleren.

De verschillende provisies, kortingen en rabatten (provisies) die door DCL-dochtermaatschappijen aan wederverkopers worden verleend voor gedistilleerd bestemd voor verbruik binnen het Verenigd Koninkrijk, zijn de volgende:

— de „groothandelsprovisie" (wholesale allowance), die wordt verleend aan wederverkopers die een minimum hoeveelheid afnemen;

— de „gecumuleerde hoeveelheidskorting" (aggregate quantity rebate), die wordt verleend over de hoeveelheid gedistilleerd welke jaarlijks wordt afgenomen;

— de „uitgestelde speciale provisie" (deferred special allowance), in feite een getrouwheidskorting die enkel geldt bij afname van ten minste 1 000 kratten Schotse whisky per jaar en mits de betrokken koper ten minste 60 % van zijn totale aankopen van Schotse whisky bij dochtermaatschappijen van DCL verricht;

— de „prestatiebonus-korting" (performance bonus rebate), die enkel gold voor aankopen van Schotse whisky in de periode van maart 1977 tot maart 1978: een prestatiepremie die werd toegekend wanneer de aankopen van verschillende DCL-merken in de loop van één jaar 95 % bereikten van die van het voorgaande jaar;

— de „korting voor contante betaling" (cash discount) wordt aan Britse klanten die contant betalen, verleend over gedistilleerd waarover alle rechten zijn betaald;

— de reclameprovisies, die af en toe worden verleend door sommige DCL-dochtermaatschappijen als financiële bijdrage voor speciale reclamecampagnes voor hun merken.

Deze prijzenregeling kan worden verduidelijkt aan de hand van het voorbeeld van Johnnie Walker Red Label. De groothandelsprijs (gross price) is een indicatieve prijs, waartegen groothandelaren worden verondersteld aan hun kleinhandelaren te verkopen. De groothandelsprijs voor een krat van 12 flessen Johnnie Walker Red Label (exclusief BTW en accijnzen) bedroeg op 24 juni 1975 UKL 10,65 en op 1 maart 1977 UKL 13,51. Voor binnen het Verenigd Koninkrijk gekochte en verbruikte

whisky bedroegen de provisies op die data respectievelijk ten hoogste UKL 5,30 en UKL 6,45, en gemiddeld UKL 5,41. Na aftrek van deze provisie bedroegen de door de wederverkopers betaalde netto prijzen respectievelijk ten minste UKL 5,35 en UKL 7,06, en gemiddeld UKL 8,20. De wederverkopers die evenwel eenzelfde hoeveelheid Johnnie Walker Red Label kochten, bestemd voor verbruik in een andere Lid-Staat dan het Verenigd Koninkrijk, dienden de groothandelsprijs te betalen. De prijs berekend aan alleenverkopers in andere Lid-Staten dan het Verenigd Koninkrijk, bedroeg op voornoemde tijdstippen respectievelijk UKL 5,73 en UKL 8,35 (na aftrek van de korting voor contante betaling en van de aan de alleenverkopers toegekende provisie).

5. Ontwikkeling van de parallelle uitvoer

Zoals in de beschikking van de Commissie wordt verklaard, „bedroeg volgens informatie van de zijde van DCL de nevenexport van DCL-Scotch whisky uit het Verenigd Koninkrijk naar andere EEG-landen ongeveer 100 000 kratten in 1973, in 1974 400 000 kratten, in 1975 550 000. (...) Tussen de datum van de circulaire, 24 juni 1975, en 12 juli 1976 heeft slechts één klant tegenover DCL-dochtermaatschappijen verklaard dat hij voor export naar andere EEG-landen wenste te kopen en 1 400 kratten tegen de groothandelsprijs afgenomen. De gecumuleerde hoeveelheid Scotch whisky die deel uitmaakte van bestellingen ten aanzien waarvan DCL-dochters aanwijzingen kregen dat door wederverkopers in het Verenigd Koninkrijk aangekochte whisky werd doorverkocht naar andere EEG-landen en dus bijbetaling noodzakelijk was, bedroeg meer dan 6 000 kratten". DCL schat het aantal kratten dat in 1977 tegen de bruto-exportprijs werd afgenomen, op 340 000.

6. Klachten

Op 18 mei 1976 dienden de ondernemingen A. Bulloch & Co., A. Bulloch (Agencies) Ltd., John Grant Blenders Ltd., Inland Fisheries Ltd. en Classic Wines Ltd. overeenkomstig artikel 3 van verordening nr. 17 een verzoek in bij de Commissie om een procedure in te leiden tot beëindiging van inbreuken op de artikelen 85 en 86 EEG-Verdrag, die voortvloeiden uit de in de circulaire van 24 juni 1975 vervatte prijsregelingen van DCL.

Deze ondernemingen zijn met elkaar gelieerd en alle gevestigd in het gebied rond Glasgow. Zij kopen voor de wederverkoop grote hoeveelheden DCL-whisky. Een deel van de whiksy die de klagers in entrepot tegen de binnenlandse handelsprijs hadden gekocht en aan een andere whiskyhandelaar in het Verenigd Koninkrijk verkocht, werd later door vertegenwoordigers van DCL aangetroffen in supermarkten in Frankrijk en België. DCL vroeg daarop de klagers om bijbetaling en weigerde hun nog whisky in entrepot te leveren anders dan tegen de groothandelsprijs. Op 7 maart 1977 werd nog een verzoek ingediend door Madison Benson and Carter Ltd. te Londen, die zich beklaagde over de moeilijkheden bij haar bevoorrading met DCL-whisky voor export.

7. De administratieve procedure

Na een eerste fase waarin inlichtingen werden verzameld, vatte de Commissie haar aanvankelijke beoordeling samen in een mededeling van punten van bezwaar, die op 22 april 1977 aan DCL werd ge-

richt. DCL gaf daarop op 16 juni 1977 schriftelijk antwoord (hierna: „het antwoord"). Een hoorzitting had plaats op 23 juni 1977.

Het Adviescomité voor mededingingsregelingen en economische machtsposities vergaderde op 21 oktober 1977 en bracht een advies uit als bedoeld in artikel 10 van verordening nr. 17. Vervolgens gaf de Commissie haar beschikking van 20 december 1977.

8. De beschikking van de Commissie van 20 december 1977

Deze beschikking luidt als volgt:

„Artikel 1

Het verbod voor export vanuit het Verenigd Koninkrijk naar de andere Lid-Staten en het verbod om in entrepot door te verkopen als vervat in de ‚Verkoopvoorwaarden voor de wederverkoop' die op 30 juni 1973 bij de Commissie werden aangemeld en welke deel uitmaken van de overeenkomsten voor de verkoop van gedistilleerde dranken tussen 38 dochtermaatschappijen van The Distillers Company Ltd. en hun wederverkopers in het Verenigd Koninkrijk, vormden een inbreuk op artikel 85, lid 1, van het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap, tussen 1 januari 1973 en rond 24 juni 1975.

Artikel 2

Het verzoek om een verklaring krachtens artikel 85, lid 3, dat artikel 85, lid 1, niet van toepassing is, wordt ten aanzien van de bepalingen en de periode genoemd in artikel 1 afgewezen.

Artikel 3

De ‚Prijsregelingen' welke deel uitmaken van de in artikel 1 genoemde overeenkomsten en welke in bijlage II bij de circulaires van DCL van 24 juni 1975 en 23 februari 1977 zijn vermeld, vormen een inbreuk op artikel 85, lid 1, van het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap en toepassing van artikel 85, lid 3, op deze regelingen is niet gerechtvaardigd.

Artikel 4

The Distillers Company Limited, waartoe deze beschikking is gericht, moet erop toezien dat aan de in artikel 3 hierboven genoemde inbreuk onverwijld een einde wordt gemaakt. Met name moeten de Distillers Company Limited en haar dochtermaatschappijen zich onthouden van iedere verdere activiteit inzake prijsregelingen, waardoor de export van hun door in het Verenigd Koninkrijk gevestigde afnemers gekochte gedistilleerde dranken uit het Verenigd Koninkrijk naar andere EEG-landen zou kunnen worden beperkt.

Artikel 5

Deze beschikking is gericht tot The Distillers Company Limited, 21, St. James's Square, Londen, Verenigd Koninkrijk, die haar moet mededelen aan haar in bijlage I bij deze beschikking genoemde dochtermaatschappijen".

9. Maatregelen van DCL na de kennisgeving van de beschikking van de Commissie

Na de bekendmaking van de beschikking staakte DCL de verkoop van Johnnie Walker Red Label en Dimple Haig in het Verenigd Koninkrijk. Zij zette de verkoop van het standaardmerk Haig White Label tegen de voordien geldende prijzen voort, doch vroeg de Britse prijzencommissie om toestemming voor een

prijsverhoging van UKL 5,94 per krat voor haar overige standaardmerken whisky, met name Black and White, Vat 69, Dewar's en White Horse. De commissie wees het verzoek met betrekking tot White Horse af en stemde in met een verhoging van UKL 3 per krat voor Dewar's. DCL paste daarop de toegestane prijsverhogingen toe, evenals de later toegestane prijsverhoging met UKL 3 per krat voor whisky van de merken The Antiquary en Johnnie Walker Black Label.

Op 3 april 1978 kondigde DCL aan, dat haar dochtermaatschappij George Cowie and Son een nieuw merk Schotse whisky op de markt zou brengen onder de naam John Barr, ter vervanging van het merk Johnnie Walker. Deze whisky wordt geproduceerd in de fabrieken van Johnnie Walker en te koop aangeboden in de typische vierkante Johnnie-Walker-flessen. De prijs ervan is dezelfde als die van Haig White Label en White Horse.

10. De procedure voor het Hof

Het onderhavige beroep is ingediend op 6 maart 1978 en ingeschreven ten Hove op 8 maart daaropvolgende.

Bij verzoekschrift van 19 juli 1978 hebben de maatschappijen van de Bullochgroep overeenkomstig artikel 93 van het Reglement voor de procesvoering een verzoek tot interventie gedaan, strekkende tot ondersteuning van de conclusies van verweerster.

Bij beschikking van 27 september 1978 heeft het Hof de interventie toegestaan.

Op 18 oktober 1978, dus na de indiening (op 10 augustus 1978) van de dupliek, heeft verzoekster een „addendum" bij haar repliek ingediend. Overeenkomstig artikel 42 van het Reglement voor de procesvoering heeft de president van het Hof verweerster en de interveniënten een termijn gesteld om op de nieuwe middelen van verzoekster te antwoorden; de beslissing nopens de ontvankelijkheid van deze middelen werd aangehouden tot het eindarrest.

Bij brief van 15 februari 1979 heeft verzoekster krachtens artikel 91 van het Reglement voor de procesvoering een verzoek ingediend om bepaalde stukken uit het dossier te verwijderen.

Bij beschikking van 28 maart 1979 heeft het Hof de verwijdering toegestaan van de stukken genoemd sub iii en iv van het verzoek, te weten de bijlagen 1 en 2 bij de derde aanvulling op het schriftelijk antwoord op de mededeling van punten van bezwaar van de Commissie, alsmede van de facturen in bijlage van het sub ii genoemde stuk. het heeft evenwel de verwijdering geweigerd van de sub i en ii genoemde stukken, te weten bijlage 14 bij voornoemd schriftelijk antwoord (kopieën van sommige brieven uit de briefwisseling tussen de Commissie en DCL in de periode juli 1975 — februari 1977 en bijlage 3 bij de tweede aanvulling op voornoemd schriftelijk antwoord (analyse van de op 24 mei 1977 verrichte verkopen tegen groothandelsprijzen, memorandum van 28 juni 1977 met nadere gegevens betreffende het verwachte stijgingspercentage van de verkopen en bestellingen tegen groothandelsprijs); deze stukken vormen een belangrijk onderdeel van de administratieve procedure en partijen hebben zich tijdens de procedure voor het Hof erop beroepen.

Het Hof heeft, op rapport van de rechter-rapporteur en gehoord de advocaat-generaal, besloten zonder instructie tot de mondelinge behandeling over te gaan.

II — Conclusies van partijen

DCL concludeert dat het den Hove behage:

— primair, de beschikking van de Commissie van 20 december 1977 in zaak IV.28.282 — The Distillers Company Ltd., verkoopvoorwaarden en prijzen, nietig te verklaren;

— subsidiair, artikel 3 van voornoemde beschikking nietig te verklaren voor zover daarin wordt gesteld dat toepassing van artikel 85, lid 3, EEG-Verdrag niet gerechtvaardigd is ten aanzien van de prijsregelingen die deel uitmaken van de overeenkomsten voor de verkoop van Schotse whisky, gin, wodka en Pimm's tussen de dochtermaatschappijen van DCL en de in het Verenigd Koninkrijk gevestigde wederverkopers; bijgevolg artikel 4 van voornoemde beschikking nietig te verklaren;

— in alle geval de Commissie in de kosten te verwijzen.

De *Commissie* concludeert dat het den Hove behage:

— de primaire vordering te verwerpen;

— de subsidiaire vordering te verwerpen;

— de in het addendum bij de repliek aangevoerde nieuwe middelen af te wijzen;

— verzoekster in de kosten te verwijzen.

De *interveniënten* concluderen dat het den Hove behage:

— het beroep van DCL te verwerpen;

— het addendum bij de repliek af te wijzen;

— DCL te verwijzen in de kosten van het geding, met inbegrip van die van interveniënten.

III — Middelen en argumenten van partijen

A — Verzoekschrift

DCL wijst ter inleiding op het uitzonderlijk karakter van de zaak. Sinds het arrest in de zaken 56 en 58/64 (Consten en Grundig, Jurispr. 1966, blz. 449) zijn slechts weinig beroepen ingesteld tegen de weigering van een vrijstelling krachtens artikel 85, lid 3. Het onderhavige beroep is volgens DCL het eerste dat betrekking heeft op een weigering een dergelijke vrijstelling te verlenen voor een prijzenstructuur die ten doel heeft de alleenverkopers de mogelijkheid te waarborgen te investeren in de verkoopbevordering van de hen toevertrouwde produkten. De zaken met betrekking tot het vrije verkeer van goederen, waarover het Hof te oordelen heeft gehad, hadden betrekking op de uitlegging van de artikelen 30-36 EEG-Verdrag of op de strekking van het begrip „groepsvrijstelling" verleend krachtens verordening nr. 67/67 van de Commissie.

1. De handel in Schotse whisky

DCL beklemtoont het eigen karakter van de handel in Schotse whisky, de concurrentie van een groot aantal „plaatselijke" gedistilleerde dranken op buitenlandse markten (aquavit in Denemarken, grappa in Italië . . .), en de noodzaak van een intensieve verkoopbevordering om dit produkt, waarmee de verbruikers niet erg vertrouwd zijn, ingang te doen vinden.

De marktomstandigheden in het Verenigd Koninkrijk en in de andere landen van de Gemeenschap verschillen onderling zeer sterk. In het Verenigd Koninkrijk is whisky een goed ingevoerde drank en heeft de markt „het stadium van verzadiging" bereikt. Als gevolg daarvan speelt de prijsconcurrentie een zeer grote rol. De andere markten daarentegen bevinden zich nog in het „expansiestadium"; overal behalve in België bestaan plaatselijke gedistilleerde dranken en is whisky geen traditionele drank. Met uitzondering van België (36,6 %) is het marktaandeel van whisky in de andere landen maar klein: 3,5 % in de Bondsrepubliek Duitsland, 5,3 % in Denemarken, 5,5 % in Frankrijk, 8,2 % in Italië en 8,9 % in Nederland. Voor verkoopbevordering geven de alleenverkopers van DCL ongeveer UKL 5 per krat uit; in dit bedrag zijn niet alleen de kosten van reclame, doch alle kosten van verkoopbevordering, ook die van het verkooppersoneel begrepen. Daarom kan onmogelijk de nevenexport worden toegestaan van een merk Schotse whisky, dat verkocht wordt tegen een prijs die berekend is om de concurrentie op de Britse markt het hoofd te bieden.

Twee belangrijke marktverstorende elementen versterken en vergroten nog het verschil tussen beide markten: het monopolie van de brouwerijen in het Verenigd Koninkrijk en de discriminerende bepalingen in de continentale Lid-Staten van de EEG.

Ofschoon de dochterondernemingen van DCL aan meer dan 1 000 afnemers verkopen, nemen de vijf belangrijkste daarvan 40 % van de afzet voor hun rekening; drie daarvan zijn brouwerijen, die samen meer dan 25 % van de totale verkoop van Schotse whisky in het Verenigd Koninkrijk vertegenwoordigen. Dankzij het stelsel van de „tied-houses" beheersen de brouwerijen de verkoop van gedistilleerd in 80 % van de dranklokalen in het Verenigd Koninkrijk en in ongeveer 50 % van alle slijterijen. Daardoor beschikken de brouwerijen over een machtspositie tegenover de onafhankelijke producenten van gedistilleerd, zodat zij zeer lage prijzen kunnen eisen, die evenwel niet de Britse verbruikers ten goede komen. Het stelsel is door de Monopolies Commission (Commissie voor economische machtsposities) bestempeld als strijdig met het openbaar belang en vormt mogelijk zelfs een inbreuk op artikel 85 van het Verdrag.

De in Frankrijk op Schotse whisky geheven accijns is bijna het dubbele van die op rum. In Italië is het zegelrecht op Schotse whisky zes maal zo hoog als dat op plaatselijke brandy en vruchtenbrandewijn en 17 maal zo hoog als dat op de plaatselijke grappa; deze ongelijke behandeling wordt nog versterkt door de BTW, die 35 % bedraagt voor Schotse whisky en 18 % voor de twee plaatselijke soorten gedistilleerd. In Denemarken is de belasting op Schotse whisky 50 % hoger dan die op aquavit. Daarnaast bestaan nog andere vormen van discriminatie, zoals de Franse wet die reclame voor Schotse whisky verbiedt, doch reclame voor cognac toestaat.

Om in die omstandigheden de verbruikers ertoe te brengen Schotse whisky te kopen in plaats van plaatselijk gedistilleerd, en zodoende haar marktaandeel te vergroten, moet de Schotse whisky-industrie de verbruikers „er voortdurend en met nadruk op wijzen dat Schotse whisky een bijzonder produkt is van

hoge kwaliteit, dat de hogere belasting stellig waard is". De dochtermaatschappijen van DCL hebben eerst een exportverbod toegepast en later, na het referendum van 1975, een stelsel ingevoerd van kortingen, provisies en rabatten voor de Britse wederverkopers (ongeveer UKL 4,72), die overeenkomen met de door de alleenverkopers in de andere EEG-landen gedragen extra kosten voor verkoopbevordering. DCL meent dat zij dusdoende elke onverenigbaarheid tussen haar verkoopvoorwaarden en artikel 85 van het Verdrag heeft opgeheven.

Toch is parallelle uitvoer door dit stelsel van gedifferentieerde prijzen niet onrendabel geworden. Uit een onderzoek van de door de alleenverkopers gedragen kosten voor verkoopbevordering (gemiddeld UKL 5,07 per krat) blijkt dat daarin enkel de kosten zijn begrepen die uit hun bijzondere verplichtingen voortvloeien, en dus niet de gewone vracht- en algemene kosten die alle handelaars, dus ook de nevenimporteurs, moeten dragen. Een Britse groothandelaar die de bruto-exportprijs van UKL 13,51 moet betalen en die geen enkele verplichting op het gebied van verkoopbevordering heeft, is mitsdien in staat te concurreren met een alleenverkoper aan wie een prijs van UKL 8,35 wordt berekend, doch die UKL 5,07 moet besteden aan verkoopbevordering. Nevenexport kan enkel als „volstrekt onaantrekkelijk" worden beschouwd indien men daaronder verstaat dat hij minder rendabel is geworden dan voorheen, toen Britse groothandelaars whisky kochten tegen UKL 8 per krat en doorverkochten in concurrentie met alleenverkopers die voor dezelfde whisky in totaal UKL 13,42 per krat moesten betalen.

DCL verzet zich tegen de in de beschikking gemaakte vergelijking tussen de 250 000 kratten die in de periode van juli 1976 tot juli 1977 tegen groothandelsprijs zijn uitgevoerd, en de 550 000 kratten die in de loop van het jaar eindigend op 24 juni 1975, in strijd met het exportverbod en de verkoopvoorwaarden zijn uitgevoerd. Een deugdelijke vergelijking dient te berusten op vergelijkbare gegevens. Men mag niet het aantal overeenkomstig de contractuele verplichtingen van de groothandelaars geëxporteerde kratten in aanmerking nemen om het te vergelijken met het aantal kratten dat twee jaar tevoren in strijd met dezelfde verplichtingen is geëxporteerd. DCL beweert dat zij sinds de opheffing van het exportverbod geen enkele maatregel heeft genomen om parallelle uitvoer te verhinderen. Zij heeft integendeel actief meegewerkt om de groothandelaars die naar andere EEG-landen wensten te exporteren, te helpen bij het overwinnen van de bestuursrechtelijke belemmeringen waarmee zij in het importland te maken kregen.

2. Het gedeelte van de beschikking betreffende Schotse whisky

DCL betreurt dat de beschikking met betrekking tot het exportverbod naar landen buiten de Gemeenschap, uitsluitend berust op de overweging dat „de toepassing van douanerechten op sterke dranken die de buitengrens van de EEG overschrijden, ertoe strekt dat deze wederinvoer onwaarschijnlijk wordt". Deze overweging mag geen afbreuk doen aan het recht van DCL op een later tijdstip haar stelling uiteen te zetten, voor het geval de rechten op uit derde landen in-

gevoerde sterke dranken worden opgeheven.

a) Verenigbaarheid van de prijsregelingen met de materiële vereisten van artikel 85, lid 3

Het stelsel van de alleenverkopers draagt ertoe bij, de distributie te verbeteren. Immers, door de aanstelling van alleenverkopers die elkaar concurrentie aandoen en wier winst wordt bepaald door het commerciële succes van de door hen verkochte merken, wordt een werkelijke concurrentie gewaarborgd, niet alleen tussen de verschillende merken van DCL onderling, doch ook ten aanzien van andere produkten.

De prijsregelingen zijn onontbeerlijk voor de verbetering van de distributie. Tijdens de hoorzitting heeft een ambtenaar van de Commissie een verhoging voorgesteld van de door de dochtermaatschappijen van DCL aan de Britse groothandelaars berekende netto-prijzen, en een verlaging van de netto-prijzen die gelden voor alleenverkopers in de continentale Lid-Staten. Wegens de zeer grote prijsgevoeligheid van de Britse markt zou evenwel een verhoging van de prijs met UKL 2 per krat een daling meebrengen van de verkoop in het Verenigd Koninkrijk met ten minste 50 %. Tegelijkertijd zou een dergelijke prijsstijging toch nog een verschil van UKL 3 per krat laten bestaan, dat zou moeten worden weggewerkt door een verlaging van de aan de alleenverkopers berekende fob-prijs. Daardoor zou de export minder aantrekkelijk worden. Ook het voorstel in de beschikking, dat DCL de totale door de alleenverkopers gedragen kosten voor verkoopbevordering voor haar rekening neemt, kan niet in aanmerking worden genomen. Dit veronderstelt dat DCL het bedrag van de kosten voor verkoopbevordering in mindering kan brengen op de prijzen die zij aan haar alleenverkopers berekent, en dat is commercieel natuurlijk onzinnig. DCL zou dan immers nog slechts UKL 3,25 per krat ontvangen en het zou voor haar voordeliger zijn de verkoop van haar merken in de continentale EEG-landen te staken. Met betrekking tot de suggestie dat DCL zelf de verkoopbevordering in andere landen van de EEG voor haar rekening zou kunnen nemen, moet worden opgemerkt dat de kosten dan veel hoger zouden liggen dan onder het huidige stelsel. DCL erkent dat de oplossing die zij (onder druk van de Commissie) heeft gekozen, tot voor de verbruikers ongewenste resultaten kan leiden. De Commissie had dan ook ongelijk te menen dat de tweeledige prijsstructuur niet „onmisbaar" was voor de daadwerkelijke instandhouding van het stelsel van alleenverkoop. Op de bewering in de beschikking, dat enkel voor „nieuwe produkten" „buitengewone" inspanningen voor verkoopbevordering nodig kunnen zijn, die onder de bescherming van artikel 85, lid 3, kunnen vallen, antwoordt DCL dat niets in de tekst van dit artikel of in de structuur van het Verdrag steun biedt voor deze opvatting. De noodzaak van een intensieve verkoopbevordering om deze produkten in staat te stellen doeltreffend te concurreren met meer traditionele en beter ingevoerde produkten, geldt juist op gelijke wijze voor de produkten van DCL.

De prijsregelingen komen ook de verbruikers ten goede. Uit een onderzoek naar de totale winstmarge in de distributie (waarin begrepen de marge van de alleenverkoper, de bruto-marge van de groothandelaar en die van de kleinhandelaar) voor White Horse Fine Old Scotch Whisky op twee markten buiten het Verenigd Koninkrijk, waar weinig

nevenimport plaats heeft (Italië en Denemarken), blijkt dat deze marge in die landen in de periode 1961-1976 in reële termen gedaald is met respectievelijk 62,91 % en 88,14 %. In de loop van deze periode zijn de aan de verbruiker berekende prijzen (exclusief accijnzen en belastingen) in reële termen gedaald met respectievelijk 57,39 % en 82,96 %.

De mededinging is geenszins uitgeschakeld. Er bestaat immers concurrentie vanwege andere alcoholische dranken, vanwege andere merken Schotse whisky, de andere merken van de DCL-dochtermaatschappijen daaronder begrepen, en vanwege de nevenimport van dezelfde merken Schotse whisky die tegen UKL 13,51 van Britse wederverkopers wordt gekocht.

b) Verenigbaarheid van de prijsregelingen met de formele vereisten van artikel 85, lid 3

Tussen de prijsregelingen en de overeenkomsten met de alleenverkopers bestaat een verband. Ofschoon de eerste geen onderdeel vormen van de laatste, „staan zijn daarmee in economisch verband", gelijk in de beschikking wordt erkend. Het Verdrag bepaalt niet dat, wil een overeenkomst een vrijstelling in de zin van artikel 85, lid 3, genieten, de verbetering van de distributie uit die overeenkomst moet voortvloeien.

DCL erkent dat de prijsregelingen waarvan zij de Commissie in antwoord op een verzoek om inlichtingen op 11 juli 1975 in kennis heeft gesteld, niet waren aangemeld overeenkomstig artikel 4 van verordening nr. 17. Zij betoogt evenwel dat de aanmelding van de verkoopvoorwaarden ook de prijsregelingen inhield. Met de prijsregelingen wordt immers hetzelfde doel nagestreefd als met het exportverbod, alleen zijn eerstgenoemde minder strikt. Daarom leek het DCL overbodig, haar prijsregelingen in alle vorm officieel aan te melden, aangezien de Commissie daardoor geen enkele inlichting zou krijgen die deze niet reeds bezat.

3. Het gedeelte van de beschikking betreffende de andere DCL-produkten

Pimm's is een in zijn soort unieke drank, die erg moeilijk te introduceren is op buitenlandse markten. In 1977 bedroeg het marktaandeel van Pimm's in de Benelux 0,031 %, in Denemarken 0,005 %, in Frankrijk 0,077 %, in de Bondsrepubliek Duitsland 0,006 %, en in Italië 0,008 %. Afgezien van de voor Schotse whisky aangevoerde argumenten, zijn er drie redenen waarom voor Pimm's een vrijstelling overeenkomstig artikel 85, lid 3, had moeten worden verleend: het „de minimis"-beginsel, de afwijking ten gunsten van een „nieuw" of daarmee gelijkgesteld produkt, en het feit dat het in de onderscheiden markten telkens om een produkt van een andere categorie gaat (in Frankrijk bij voorbeeld is de limonade waarmee Pimm's moet worden aangelengd, niet verkrijgbaar, en heeft de fabrikant een speciale samenstelling ontwikkeld, zodat enkel mineraalwater kan worden toegevoegd).

De wodka van DCL had in dezelfde periode op de markten van gedistilleerd in de EEG de volgende marktaandelen: 0 % in de Bondsrepubliek Duitsland, Frankrijk, Italië, Denemarken, België en Luxemburg, 0,027 % in Nederland, 0,34 % in Ierland en 2,029 % in het Verenigd Koninkrijk. Gelet op het geringe marktaandeel, had voor de prijsregelingen voor dit produkt een vrijstelling

overeenkomstig artikel 85, lid 3, moeten worden gegeven.

Alles wat over Schotse whisky werd gezegd, geldt ook voor gin. De door de alleenverkopers gedragen kosten voor de verkoop van gin in de continentale landen van de Gemeenschap bedragen gemiddeld UKL 4,02 per krat.

4. Schending van wezenlijke vormvoorschriften

DCL betoogt dat aan de raadpleging van het Adviescomité een onregelmatigheid kleeft. Uit de beschikking blijkt immers dat deze raadpleging plaats had op 21 oktober 1977. Het proces-verbaal van de hoorzitting van 22 juni 1977 is gedateerd op 25 oktober 1977. Hieruit volgt dat het Adviescomité niet beschikte over de tekst ervan, gelijk verordening nr. 17 vereist.

In haar schriftelijk antwoord alsmede in haar verklaring tijdens de hoorzitting heeft DCL een voorlopige raming gegeven van de kosten voor verkoopbevordering van de alleenverkopers en van de andere vaste kosten, die ongeveer UKL 5 zouden bedragen. Kort na de hoorzitting is een meer gedetailleerd onderzoek verricht, dat staat beschreven in de op 21 oktober 1977 bij de Commissie ingediende vierde aanvulling op het schriftelijk antwoord van DCL. De Commissie had dit bewijsmiddel in aanmerking moeten nemen en rekening moeten houden met het vereiste van verordening nr. 17, dat het Adviescomité ten minste twee weken tevoren over de stukken moet beschikken.

In haar op 21 oktober 1977 ingediende vijfde aanvulling heeft DCL de redenen toegelicht voor haar verzet tegen de tijdens de hoorzitting van 22 juni 1977 voorgestelde aanpassing van haar prijzen. De Commissie heeft het Adviescomité niet in staat gesteld ten minste twee weken tevoren kennis te nemen van dit document.

Het Adviescomité beschikte evenmin over de zesde aanvulling betreffende de kosten voor de distributie van gin, die DCL, met instemming van de Commissie, had voltooid na de indiening van de vierde aanvulling betreffende de distributiekosten van Schotse whisky.

B — Verweerschrift

De *Commissie* beklemtoont dat de zaak naar haar mening zeer eenvoudig is en geen enkele nieuwe principiële vraag doet rijzen. DCL heeft een tweeledige prijzenstructuur ontwikkeld om haar eigen winstmarges en die van haar alleenverkopers te beschermen. Het beleid van de Gemeenschap berust evenwel op het fundamentele beginsel dat het verhinderen van nevenimport de gemeenschappelijke markt kan compartimenteren en niet kan worden toegestaan dan in uitzonderlijke omstandigheden, waarvan in casu geen sprake is.

1. De primaire vordering betreffende de toepasselijkheid van artikel 85, lid 1, op de verkoopvoorwaarden en de prijsregelingen

De Commissie betoogt dat het verzoek van DCL moet worden verworpen aangezien het strijdig is met hetgeen DCL tijdens de administratieve fase van de procedure reeds heeft erkend. Het onderhavige beroep bevat overigens geen enkel argument dat de nietigverklaring van de bepalingen van de beschikking zou kunnen rechtvaardigen.

2. Toepasselijkheid van artikel 85, lid 3, op de prijsregelingen en de vordering tot nietigverklaring van het desbetreffende deel van artikel 3 en van geheel artikel 4

a) De aanmelding

Bij de aanmelding van de verkoopvoorwaarden op 30 juni 1973 is niet gesproken van de prijsregelingen; dit blijkt duidelijk uit de gegevens die DCL op het aanmeldingsformulier en later tijdens de administratieve procedure heeft verstrekt. Tijdens de periode waarin het exportverbod daadwerkelijk van kracht was, golden de prijsregelingen enkel voor verkopen binnen het Verenigd Koninkrijk en hadden zij mitsdien geen uitwerking op de export. Al aangenomen dat de in 1973 geldende prijsregelingen waren vervat in de eerste aanmelding, kan men bezwaarlijk erkennen dat deze oorspronkelijke prijsregelingen, die uitsluitend gelden voor verkoop op de binnenlandse markt, moeten worden beschouwd als dezelfde als welke in 1977 dienden om nevenimporten te verhinderen.

De enkele toezending van bescheiden, op verzoek van de Commissie die daarbij duidelijk te kennen gaf dat de nieuwe bepalingen een inbreuk vormden op artikel 85, lid 1, kan niet worden beschouwd als een aanmelding van de prijsregelingen. Nu deze laatste niet zijn aangemeld, kan op grond van het feit dat de Commissie er toch kennis van kreeg, geen verklaring overeenkomstig artikel 85, lid 3, worden gegeven.

De Commissie besluit dat, indien het Hof haar betoog betreffende de aanmelding aanvaardt, de vervolgens in het beroepschrift opgeworpen vragen geen antwoord meer behoeven.

b) Werking van het stelsel van de door DCL berekende, afwijkende prijzen voor export uit het Verenigd Koninkrijk naar andere Lid-Staten van de EEG; werking van de beweerde monopoliepositie van de brouwerijen op de Britse markt

De Commissie stelt dat bij Schotse whisky de gemiddelde kosten van verkoopbevordering in de andere Lid-Staten van de EEG dan het Verenigd Koninkrijk (UKL 5,07 per krat) inderdaad slechts een gemiddelde zijn en niets meer. Zo bedragen de gemiddelde distributiekosten in Nederland slechts UKL 1,98 per krat. Aangezien de fob-prijs van een krat whisky UKL 8,35 bedraagt, komen de totale kosten voor een Nederlandse alleenverkoper gemiddeld op UKL 10,33 uit, terwijl een Britse koper de groothandels-exportprijs van UKL 13,51 moet betalen. Voorts zijn de kosten van verkoopbevordering niet voor alle alleenverkopers gelijk, want de standaardvoorwaarden voor verkoopbevordering, die door de dochtermaatschappijen van DCL worden opgelegd, zijn in zeer algemene bewoordingen gesteld en laten de verkopers veel ruimte voor eigen initiatief. Bovendien verschillen de kosten van verkoopbevordering van merk tot merk; voor Johnnie Walker worden de grootste inspanningen geleverd.

Wanneer men de prijzenstructuur voor gin bekijkt, treedt de onjuistheid van de door DCL ter rechtvaardiging van haar tweeledige prijzenstructuur aangevoerde argumenten nog duidelijker aan de dag. De bruto-exportprijs bedroeg UKL 11,75 voor de Britse groothandelaars en UKL 6,50 voor de alleenverkopers. Het verschil van UKL 5,25 is met name hoger dan het bedrag van de gemiddelde door de verkopers gedragen kosten (UKL 4,21).

Aangezien DCL op de Britse markt van gedistilleerd een aandeel bezit van ongeveer 40 %, kan het bestaan van machtige kopersgroeperingen haar niet verhinderen gebruik te maken van haar positie, die haar met name in staat stelt de prijzen voor alle Britse groothandelaars te doen dalen, zodat aan de brouwerijen en aan de andere groothandelaars dezelfde prijzen zouden worden berekend. De prijsregelingen hebben mitsdien tot doel de gemeenschappelijke markt te compartimenteren en te verhinderen dat ook de verbruikers in de andere Lid-Staten van de Gemeenschap de lagere prijzen betalen, die enkel voor de Britse verbruikers gelden.

c) Economische rechtvaardiging van de weigering om voor de prijsregelingen een vrijstelling krachtens artikel 85, lid 3, te verlenen

De Commissie meent dat een gedifferentieerd prijzenstelsel, dat erop is gericht „de alleenverkopers in andere Lid-Staten van de EEG dan het Verenigd Koninkrijk te beschermen tegen nevenexport tegen Britse prijzen", gelijk het in het verzoekschrift wordt beschreven, ertoe leidt dat de handel tussen Lid-Staten wordt verhinderd of althans belemmerd, en niet kan worden geacht de distributie van de in de overeenkomst genoemde produkten te verbeteren. Aangezien DCL de weigering om de verkoopvoorwaarden vrij te stellen heeft aanvaard en zelf heeft erkend dat de prijsregelingen en de verkoopvoorwaarden hetzelfde doel hebben, kan die beschikking van de Commissie niet vatbaar zijn voor betwisting. Aangezien bovendien volgens de prijsregelingen DCL kan verlangen dat een afnemer die exporteert zonder de „EEG-groothandels-exportprijs" te hebben betaald, het verschil tussen de hem daadwerkelijk berekende prijs en die EEG-groothandels-exportprijs bijbetaalt, kan het door deze zeer doeltreffende voorziening beschermde prijzenstelsel niet worden geacht te beantwoorden aan het eerste vereiste voor vrijstelling, bedoeld in artikel 85, lid 3.

d) Prijsregelingen, overeenkomsten met alleenverkopers en artikel 85, lid 3

De Commissie betoogt dat DCL een fundamentele vergissing heeft begaan door haar beroep te baseren op het verband tussen de prijsregelingen en het stelsel van alleenverkoop. In de beschikking is dit verband slechts als hypothese opgevat. De verbetering van de distributie, die DCL in haar verzoekschrift als argument aanvoert, vloeit geheel en uitsluitend voort uit de alleenverkoopovereenkomsten die sommige dochtermaatschappijen van DCL hebben gesloten met ondernemingen in de andere Lid-Staten van de EEG. DCL beweert geenszins dat een verbetering van de distributie voortvloeit uit de prijsregelingen zelf, doch betoogt dat deze prijsregelingen bijdragen tot de tenuitvoerlegging van de alleenverkoopovereenkomsten, die op hun beurt een verbetering van de distributie in de hand werken. De Commissie betoogt dat voor een overeenkomst, waarvan DCL zelf tijdens de administratieve procedure heeft erkend dat zij inbreuk maakt op artikel 85, lid 1, geen vrijstelling in de zin van artikel 85, lid 3, kan worden verleend op grond van het enkele feit dat die overeenkomst bijdraagt tot de toepassing van een andere overeenkomst inzake de distributie.

e) Het al dan niet onmisbaar karakter

Sinds het arrest in de zaak-Grundig staat vast dat, behoudens in sommige welbepaalde gevallen, geen enkele beperking die ertoe strekt nevenimport te verbieden, geoorloofd is. Men kan zich niet beroepen op de eerste beschikking van de Commissie in de zaak-Transocean (PB L 163 van 1967, blz. 10), want de vrijstelling werd toen enkel verleend voor de periode van de introductie van het produkt en de leden van de vereniging namen slechts een bescheiden positie in op de markt van de betrokken produkten. DCL evenwel is de belangrijkste producent van Schotse whisky ter wereld en op de keper beschouwd is geen van de DCL-produkten nieuw. DCL verkoopt haar produkten al sedert jaren in andere Lid-Staten van de EEG dan het Verenigd Koninkrijk. Zo is de overeenkomst tussen Corima SA en White Horse Distillers Ltd. voor de alleenverkoop van White Horse-whisky in Frankrijk dertig jaar geleden gesloten.

De eerste door de Commissie aangedragen oplossing (waarbij DCL zelf zou zorgen voor de verkoopbevordering en de verkoop in de andere markten van de Gemeenschap) werd toegepast door Martini & Rossi toen zij in de Britse markt trachtte te penetreren, en door Guinness in sommige Lid-Staten van de Gemeenschap. De Commissie merkt op, dat DCL onder het huidige systeem gebruik maakt van alleenverkopers om de verkoop van haar produkten ten koste van beter ingevoerde dranken te bevorderen, terwijl velen hunner ook die beter ingevoerde dranken distribueren, zodat zij nauwelijks genegen zullen zijn om krachtige reclamecampagnes voor DCL-produkten te voeren.

De tweede oplossing (waarbij DCL in de prijzen die zij berekent aan haar alleenvertegenwoordigers, rekening zou houden met de door dezen gedragen kosten voor verkoopbevordering) is een redelijke. DCL heeft immers, aanstonds nadat zij van de beschikking van de Commissie in kennis was gesteld, de Britse prijzencommissie verzocht om goedkeuring van een prijsverhoging met UKL 5,94 per krat voor haar vier standaardmerken en van UKL 3 per krat voor twee van haar luxemerken; deze prijsverhogingen liggen UKL 2 hoger dan de stijging die DCL in haar verzoekschrift onmogelijk door te voeren achtte. Met betrekking tot de vermindering van de aan de alleenverkopers berekende prijs met UKL 3 per krat, dient men te bedenken dat het gebruikelijk is dat een onderneming die een markt wenst te veroveren, tijdens de fase van de verkoopbevordering vrede neemt met lagere winsten.

f) Verbetering van de distributie

Uit de door DCL verstrekte gegevens blijkt dat zij in 1977 aan Britse groothandelaars 340 000 kratten heeft verkocht tegen de groothandels-exportprijs en dat de Britse exporteurs daarvoor bijna UKL 2 000 000 meer hebben betaald dan het geval was geweest indien de kratten waren berekend tegen de groothandelsprijs na aftrek van provisies. Dit bedrag is een netto winst voor DCL, die de alleenverkopers noch de verbruikers ten goede komt. Het staat aan DCL aan te tonen dat de opheffing van het exportverbod en de vervanging daarvan door de prijsregelingen hebben bijgedragen tot de verbetering van de distributie. Deze prijsregelingen moeten op dezelfde wijze worden beoordeeld als de verkoopvoorwaarden. Aangezien zij een nog doeltreffender middel vormen om de export vanuit het Verenigd Koninkrijk te beperken, kunnen de prijsregelingen de distributie van DCL-whisky in de ge-

meenschappelijke markt alleen maar belemmeren.

3. Het gedeelte van de beschikking inzake Pimm's

De „de minimis"regel is niet van toepassing, want Pimm's is een apart produkt waarvan DCL de gehele markt in handen heeft. Uit het feit dat DCL de prijsregelingen ook voor dit produkt wilde laten gelden, blijkt wel dat zij de omvang van de nevenexport daarvoor groot genoeg achtte. Pimm's is overigens geen nieuwe drank en het geringe marktaandeel ervan wordt verklaard door de bijzondere kenmerken van dit produkt.

4. Procedurevraagstukken

Verordening nr. 17 vereist niet, dat het proces-verbaal van de hoorzitting aan het Adviescomité wordt voorgelegd. In casu bestond op de dag van de convocatie noch op die van de bijeenkomst zelf een ontwerp-tekst en dus ook geen definitieve versie van het proces-verbaal van de hoorzitting. Men mag daarbij niet uit het oog verliezen dat het Adviescomité niet tot taak heeft de zaak in haar geheel te bezien, doch de Commissie advies uit te brengen. De Commissie behoeft daartoe enkel een voorontwerp van de beschikking, een uiteenzetting van de zaak alsmede een opgave van de belangrijkste dossierstukken over te leggen. Aangezien tijdens de hoorzitting geen enkel nieuw document was overgelegd, kan het proces-verbaal daarvan op generlei wijze als een van de belangrijkste dossierstukken worden beschouwd. Bovendien biedt een eventueel vormgebrek enkel steun voor een vordering indien DCL daardoor schade zou zijn berokkend. De Commissie constateert dat niet is gesteld dat het ontbreken van het proces-verbaal het Adviescomité tot dwaling heeft gebracht; de getuigen en raadslieden van DCL hebben tijdens de hoorzitting slechts argumenten herhaald die in hoofdzaak reeds vervat waren in eerdere documenten waarvan het bestaan ter kennis van het Adviescomité was gebracht. DCL kan overigens niet beweren dat de Commissie, toen zij haar beschikking vaststelde, niet over een juist proces-verbaal beschikte.

De vierde en vijfde aanvulling op het antwoord van DCL werden eerst op de ochtend zelf van de bijeenkomst van het comité ingediend. Het comité werd van de inhoud ervan in kennis gesteld, maar het vond geen aanleiding om de bijeenkomst te verdagen ten einde deze stukken te kunnen bestuderen alvorens advies uit te brengen. Deze beslissing viel geheel onder de beoordelingsbevoegdheid van het comité en de Commissie was niet gehouden of zelfs maar bevoegd om zich daarin te mengen. Door het Adviescomité in kennis te stellen van het bestaan van deze documenten, is de Commissie haar verplichtingen nagekomen.

De zesde, op 24 november 1977 aan de Commissie gezonden aanvulling, waarin DCL zich beperkt tot een bevestiging van wat al bekend was, leverde geen reden op voor een nieuwe bijeenkomst van het Adviescomité.

C — Repliek

1. De aanmelding

DCL merkt op dat de prijsregelingen dateren van voor de toetreding van het Verenigd Koninkrijk tot de EEG. De Commissie heeft ze overigens steeds beschouwd als een integrerend deel van de procedure betreffende de aangemelde verkoopvoorwaarden.

De prijsregelingen zijn geen doeltreffender middel ter beperking van de nevenimport dan het exportverbod. De omvang van de export die in 1975 in strijd met het exportverbod plaats had, wordt verklaard door het feit dat DCL toen had besloten de naleving van dit verbod niet meer af te dwingen. DCL heeft evenwel steeds een eerbiediging van de prijsregelingen geëist, wat evenwel niet heeft belet dat de parallelle uitvoer overeenkomstig deze prijsregelingen in 1977 340 000 kratten bedroeg.

2. Naleving van de materiële voorschriften

DCL meent dat de uitgaven voor verkoopbevordering niet enkel de verkoop stimuleren, doch ook in het voordeel werken van al degenen die het produkt in dezelfde markt verkopen. Het was niet de bedoeling van DCL, door een compartimentering van de markt zich (of haar alleenverkopers) „te onttrekken" aan de mededinging, noch voor zichzelf de mogelijkheid te creëren op het continent hogere prijzen te handhaven dan in het Verenigd Koninkrijk; zij heeft enkel rekening willen houden met de verschillen tussen beide markten. Gelet op deze doelstelling en op de werking van de prijsregelingen, zou een vrijstelling niet in strijd zijn geweest met een „fundamenteel beginsel van het gemeenschapsbeleid", doch juist in overeenstemming met de rechtspraak van het Hof op andere gebieden en met de praktijk van de Commissie in andere mededingingszaken. Kort na de vaststelling van de bestreden beschikking heeft de Commissie immers een beschikking gegeven in de zaak-Campari, waarbij een met het onderhavige vergelijkbaar tweeledig prijzenstelsel werd goedgekeurd (PB L 70 van 1978, blz. 69).

Het tweeledig prijzenstelsel van DCL is niet afgestemd op de bescherming van de positie van elke alleenverkoper afzonderlijk, doch op een gemiddelde bescherming. DCL achtte het daarom gerechtvaardigd, daarbij de continentale landen van de EEG als één geheel te beschouwen. Zouden immers de lagere kosten voor verkoopbevordering in een Lid-Staat leiden tot een daling van de verkoopprijs voor een bepaald merk ten opzichte van de prijs daarvan in een andere Lid-Staat, dan zou de mogelijkheid van nevenexport en -import tussen die continentale Lid-Staten normaliter leiden tot een nivellering van de prijsverschillen.

DCL meent in de prijsregelingen een geoorloofd middel te hebben gevonden om te bereiken dat nevenexport mogelijk blijft, doch niet tot gevolg heeft dat het stelsel van alleenverkoop daardoor in het gedrang komt. Op grond van de prijzenstructuur in het Verenigd Koninkrijk en van de gemiddelde door de alleenverkopers gedragen kosten voor verkoopbevordering (ongeveer UKL 5 per krat) kwam DCL tot de conclusie dat het, mogelijk toevallig, billijk en redelijk was om de binnenlandse brutoprijs in rekening te brengen aan Britse groothandelaars voor produkten bestemd voor export naar de continentale Lid-Staten van de EEG. Later heeft zij zich gebaseerd op de bruto-exportprijs, doch de inmiddels opgedane ervaring heeft bevestigd dat de grootte van het verschil inderdaad juist is. Het prijsverschil werd geenszins beschouwd als een sanctie bedoeld om nevenimport te verhinderen. DCL herinnert er overigens aan, dat de nevenimport van Schotse whisky tegen de „bruto-prijs"

vanuit het Verenigd Koninkrijk naar de continentale Lid-Staten in 1977 340 000 kratten bedroeg.

Met betrekking tot de oplossing, dat DCL zelf zou zorgen voor de verkoopbevordering op de andere markten van de EEG, betoogt verzoekster dat de hieruit voortvloeiende stijging van de distributiekosten niet kan worden beschouwd als een „verbetering van de verdeling" in de zin van artikel 85, lid 3. Wat de zaak-Martini & Rossi betreft, moet worden opgemerkt dat de dochterondernemingen van deze groep, die de produkten verkopen, ook zelf vermouth vervaardigen in sommige landen van de Gemeenschap, onder meer in het Verenigd Koninkrijk. In dat geval brengt het instandhouden van een verkoopafdeling slechts een geringe stijging van de algemene kosten mee. Het overgrote deel van hun produkten wordt verkocht onder het handelsmerk van Martini, die in het Verenigd Koninkrijk naast vermouth, een breed assortiment van door andere producenten vervaardigde produkten verkoopt; daardoor kunnen de kosten van de verkoopafdeling over al deze produkten worden omgeslagen. De door Martini & Rossi uitsluitend in het Verenigd Koninkrijk bestede bedragen voor reclame in de media, worden op ongeveer UKL 2,5 miljoen per jaar geraamd; DCL beschikt niet over de middelen om een dergelijk bedrag in elk van de Lid-Staten uit te geven voor elk van haar belangrijke merken, en a fortiori niet voor al haar 50 merken. DCL verwijt de Commissie met bekende namen te goochelen maar geen werkelijk bewijs aan te dragen, en te miskennen dat, zolang vanuit het Verenigd Koninkrijk nevenexport tegen lage prijzen plaats heeft, een multinationaal stelsel minder gunstig zou zijn dan een stelsel van alleenverkoop. De eventuele continentale dochtermaatschappijen van DCL zouden dezelfde verkoopproblemen hebben als de alleenverkopers; zij zouden even grote bedragen moeten uitgeven aan de verkoopbevordering en zouden, gelet op de nevenimport tegen lage prijzen, evenmin in staat zijn die bedragen daarvoor uit te trekken.

Met betrekking tot de oplossing, dat DCL de door haar aan de alleenverkopers berekende prijzen rekening zou houden met de kosten van hun verkoopbevorderingsactiviteiten, merkt verzoekster op dat dit zou leiden tot een sterkere stijging van de verkoopprijs in landen waar de uitgaven voor verkoopbevordering lager liggen, zonder dat evenwel in landen waar deze uitgaven hoger zijn, de prijzen zouden dalen (tenzij DCL lagere prijzen zou berekenen aan alleenverkopers in landen waar de uitgaven voor verkoopbevordering hoger zijn).

In haar verzoekschrift heeft DCL voorspeld dat een prijsstijging van UKL 2 per krat de verkoop in het Verenigd Koninkrijk met ten minste 50 % zou doen dalen. Deze voorspelling wordt thans bewaarheid. Op dit ogenblik blijkt dat de verkoop van Vat 69 en Black & White (waarvan de prijs met UKL 5,94 is verhoogd) nagenoeg onbeduidend is geworden, terwijl de verkoop van Dewar's (waarvan de prijs met slechts UKL 3 is verhoogd) nog slechts 28 % bedraagt van die tijdens de overeenkomstige periode van 1977. DCL is ervan overtuigd, dat de tweeledige prijzenstructuur niet kan worden vervangen door een ander bruikbaar stelsel, en daarom heeft zij haar belangrijkste merk uit de Britse markt genomen en voor de andere buitensporige prijzen gevraagd; zij heeft hierdoor reeds een verlies van verscheidene miljoenen ponden sterling geleden.

De meerprijs die wordt berekend aan Britse groothandelaars die vanuit het Verenigd Koninkrijk naar andere Lid-

Staten exporteren, is geen „netto winst". DCL is van plan deze bedragen te gebruiken voor steun aan alleenverkopers bij hun inspanningen voor verkoopbevordering, zodra de prijsregelingen ingevolge het arrest van het Hof opnieuw van kracht worden.

3. Pimm's

Voor de grote meerderheid van de verbruikers is dit een substitueerbaar produkt. Het feit dat het door DCL, „een zeer belangrijke onderneming", is overgenomen, heeft geen invloed op zijn marktpositie. Pimm's is weliswaar niet een echte „nieuwe drank", doch gezien zijn marktaandeel kan hij daarmee wel worden gelijkgesteld.

4. Wodka

Het feit dat DCL de dochtermaatschappij die eigenaar is van het merk Cossack, controleert, staat niet in de weg aan een toepassing van de „de minimis"-regel, aangezien deze wodka in de continentale Lid-Staten van de EEG door onafhankelijke verkopers op de markt wordt gebracht.

5. Schending van wezenlijke vormvoorschriften

Het opmaken van het proces-verbaal is geen eenvoudige formaliteit zonder praktische betekenis, die eindeloos uitstel gedoogt. Het proces-verbaal is immers de samenvatting van een belangrijke fase van de administratieve procedure en vormt een essentiële waarborg binnen deze procedure. Tegen het argument van de Commissie, dat het ontbreken van het proces-verbaal het advies van het Adviescomité niet heeft beïnvloed, voert DCL aan dat haar vertegenwoordigers en haar raadsman tijdens de hoorzitting een aantal argumenten hebben aangevoerd die niet in het schriftelijk antwoord waren uiteengezet. In de procedure van artikel 173 moet het Hof op objectieve wijze de wettigheid nagaan van de besluiten van de gemeenschapsinstellingen. Deze procedure verschilt geheel van het in artikel 172 bedoelde beroep in volle omvang tegen de sancties. De schending van een wezenlijk vormvoorschrift is één van de in artikel 173 genoemde onwettigheidsgronden. Daaruit volgt dat, wanneer een dergelijk voorschrift wordt geschonden, de handeling moet worden nietigverklaard zonder dat behoeft te worden aangetoond dat die schending de afhandeling van de zaak heeft beïnvloed.

D — Dupliek

De *Commissie* merkt op dat DCL in repliek niet heeft betwist dat de prijsregelingen een inbreuk vormen op artikel 85, lid 1. Het onderwerp van het onderhavige beroep is dan ook zeer beperkt: ten gronde blijft slechts één vraag over, namelijk of de Commissie bij het bepalen van haar standpunt betreffende de toepasselijkheid van artikel 85, lid 3, haar beoordelingsmarge heeft overschreden.

1. De aanmelding

De Commissie stelt dat de in de beschikking bedoelde prijsregelingen pas sinds juni 1975 bestaan. De voordien geldende prijsregelingen verschilden wezenlijk van de onderhavige, doordat zij enkel op de „binnenlandse handel" betrekking hadden. Eerst de na de opheffing van het exportverbod in juni 1975 ingevoerde prijsregelingen bevatten bepalingen met betrekking tot groothandelaars in het Verenigd Koninkrijk, die de produkten ook uitvoeren.

2. De overeenkomsten met alleenverkopers

DCL poogt het bestaan aan te tonen van een voor een vrijstelling in de zin van artikel 85, lid 3, vereiste verbetering van de distributie. Die verbetering vloeit echter niet voort uit de betrokken overeenkomst in casu, doch uit andere, daarvan onderscheiden alleenverkoopovereenkomsten. In de zaak-White Horse t. Corima heeft de Commissie evenwel de bepalingen van artikel 85, lid 3, toegepast op de White Horse-overeenkomst, dat wil zeggen op de overeenkomst in casu.

3. Het argument ontleend aan het onmisbare karakter

Wanneer men de stelling van DCL aanvaardt, erkent men in feite dat aan de rentabiliteit van een vennootschap voorrang moet worden verleend boven het geheel van de mededingingsvoorschriften van de Gemeenschap. Het staat evenwel juist aan DCL, de nodige wijzigingen door te voeren om zich te schikken naar het gemeenschapsrecht. De beschikking in de zaak-Campari is enkel van toepassing op rechtstreekse export door Campari-Milano. Anders dan DCL beweert, geldt zij niet voor de verkoop aan een Italiaanse afnemer die voornemens is het produkt uit te voeren. Het is stellig juist dat Campari-Milano krachtens de licentie-overeenkomsten gehouden is, wanneer zij zelf rechtstreeks uitvoert, een prijs te berekenen gelijk aan die welke op de Italiaanse markt geldt, verhoogd met het bedrag van de licentierechten en de reclamekosten die normaal door de licentiehouders worden gedragen. Deze bepaling beoogt evenwel de licentiehouders te waarborgen dat Campari geen lagere dan de hun berekende prijzen zal toepassen en geen ongeoorloofd voordeel zal halen uit de hun opgelegde verplichtingen; de licentiehouders dienen immers licentierechten te betalen aan Campari en zijn gehouden een zelfde vooraf vastgesteld bedrag per verkochte literfles bitter aan reclame te besteden. In de zaak-Campari heeft het stelsel van de tweeledige prijzenstructuur, waarvoor binnen zijn beperkt toepassingsgebied toestemming werd verleend, tot doel en tot gevolg te voorkomen dat de licentiehouders van Campari een onbillijk nadeel wordt berokkend. In het geval van DCL evenwel heeft het stelsel van de tweeledige prijzenstructuur tot doel en tot gevolg dat niet DCL, doch de Britse groothandelaars nevenexport uit het Verenigd Koninkrijk wordt ontzegd; het is niet ingevoerd ter bescherming van de licentiehouders, doch van de rentabiliteit van DCL en haar alleenverkopers, die jegens DCL geen enkele van de verplichtingen hebben aangegaan waartoe de licentiehouders van Campari zich jegens deze hebben verbonden.

Met betrekking tot de drie door haar voorgestelde mogelijke oplossingen van de problemen van DCL, betoogt de Commissie nog het volgende:

In de eerste voorgestelde oplossing heeft de Commissie zich ervoor gehoed, verkoopbevordering en distributie door elkaar te halen: zij heeft voorgesteld dat DCL zelf de kosten voor *verkoopbevordering* zou dragen. De door DCL in repliek naar voor gebrachte argumenten komen neer op de verklaring dat zijzelf onmogelijk de *distributie* voor haar rekening kan nemen.

Ten aanzien van de tweede oplossing betoogt de Commissie dat de alleenverkopers, die toch worden geacht over grote voorraden te beschikken, het produkt te distribueren en de verkoop ervan te bevorderen, dichter bij de fabrikant staan dan de Britse groothandelaars. Overeenkomstig de handelsgebruiken moet dit ook tot uiting komen in de prijzenstructuur, waarbij de alleenverkoper, die ta-

ken vervult welke in het land van oorsprong door de fabrikant worden verricht, over het algemeen een korting op de prijzen ontvangt. Bij DCL is dat niet het geval. De aan de Britse groothandelaars berekende bruto prijs voor whisky bedroeg op 1 maart 1977 UKL 13,51 per krat en de netto prijs na aftrek van de verschillende provisies bedroeg UKL 8,20. De overeenkomstige, aan alleenverkopers in de rest van de Gemeenschap berekende prijzen bedroegen UKL 13,51 en 8,35.

Met betrekking tot de derde oplossing meent de Commissie dat DCL wel degelijk de aan de Britse groothandelaars berekende prijzen kon verhogen, want niet alleen heeft zij kort na de kennisgeving van de beschikking de prijzen van een aantal merken sterk verhoogd, doch ook voor al haar andere merken een prijsverhoging doorgevoerd van 90 pence per krat (zie artikel in The Scotsman van 22 juli 1978).

4. De bewering van DCL dat alle wederverkopers door de prijsregelingen gelijk worden behandeld

De door DCL aangevoerde cijfers met betrekking tot de kosten voor verkoopbevordering van haar merken in de continentale Lid-Staten, bieden onvoldoende grond voor de conclusie dat deze kosten gemiddeld UKL 5,07 per krat bedragen. De toepassing van de prijsregelingen heeft tot gevolg dat nevenimport onmogelijk wordt in markten waar deze kosten lager liggen, terwijl in de markten waar de kosten voor verkoopbevordering hoger liggen, nevenimport mogelijk blijft. Volgens DCL is evenwel juist in de landen waar deze kosten hoog liggen, de bescherming van de alleenverkopers ten zeerste geboden. De prijsregelingen zijn mitsdien niet doeltreffend opgezet en bereiken niet het beoogde doel.

5. Kenmerken van de Britse markt

Aangezien DCL aan de brouwerijen dezelfde prijs berekent als aan alle andere kopers, meent de Commissie dat de machtspositie van de brouwerijen weliswaar de prijzen in het Verenigd Koninkrijk laag houdt, doch dat ook de verbruikers die in de gewone kleinhandelszaken kopen, daarvan profiteren. De Britse monopoliecommissie heeft verklaard dat de brouwerijen in de door hen geëxploiteerde dranklokalen, deze lagere prijzen niet aan de verbruikers doorberekenen, doch zij heeft niets gezegd over de voordelen die daaruit voortvloeien voor de verbruikers die in andere kleinhandelszaken kopen. DCL heeft overigens op generlei wijze beweerd dat zij ten tijde van de beschikking, in weerwil van de druk op de markt, haar whisky in het Verenigd Koninkrijk niet met winst kon verkopen of verkocht.

6. DCL's analyse van de gemeenschappelijke markt

DCL maakt een fout wanneer zij de gemeenschappelijke markt eenvoudigweg verdeelt in twee deelmarkten, namelijk het Verenigd Koninkrijk en de andere Lid-Staten. Zo beschouwt zij België als geheel verschillend van het Verenigd Koninkrijk, ofschoon beide markten, gelet op het aandeel in de markt van gedistilleerd (52 %) en het ontbreken van discriminatie ten aanzien van Schotse whisky, onderling grote gelijkenis vertonen. Dat de prijsregelingen „ten doel hebben de gemeenschappelijke markt te

compartimenteren en te verhinderen dat verbruikers in andere Lid-Staten van de Gemeenschap dan het Verenigd Koninkrijk zouden genieten van de lagere, aan Britse verbruikers berekende prijzen", wordt bevestigd door het feit dat DCL geen werkelijke belangstelling heeft voor de verkoop aan de verbruikers. In de nevenexport die de Europese markt zou kunnen overspoelen, ziet zij immers een bedreiging. De Commissie toont aan dat de prijsregelingen van DCL tot gevolg hebben dat de groothandelaars die wensen te exporteren, prijstoeslagen moeten betalen die de hun berekende prijs op het peil brengen van de bruto-exportprijs vóór provisies. Aangezien DCL zelf de exportprijs vaststelt, beschikte zij steeds over de mogelijkheid de prijs die gold voor andere landen van de Gemeenschap dan het Verenigd Koninkrijk, naar believen te doen stijgen en zodoende, door toepassing van de prijsregelingen, een verschil in stand te houden tussen de prijs in de andere Lid-Staten en die in het Verenigd Koninkrijk.

7. Procedurevraagstukken

De Commissie herinnert aan de argumenten die zij te dezen in haar verweerschrift heeft aangevoerd, en betoogt dat het Adviescomité zijn bijeenkomst had kunnen verdagen indien het van mening was geweest dat het zijn taak niet naar behoren kon vervullen zonder over het proces-verbaal te beschikken. DCL is er overigens niet in geslaagd aan te tonen dat haar, ingevolge de beweerde onregelmatigheid van de procedure, een nadeel is berokkend dat de procedure ongeldig zou kunnen maken.

E — Addendum bij de repliek

DCL betoogt dat aan de procedure tijdens de instructie van de zaak andere gebreken kleven. Na lezing van de lijst van de aan het Adviescomité voorgelegde stukken, die in dupliek zijn opgesomd, stelt verzoekster vast dat daarin de eerste aanvulling op haar schriftelijk antwoord ontbreekt, namelijk de economische beoordeling door een deskundige; dit document vormt de hoeksteen van de verdediging van het tweeledige prijzenstelsel. Anderzijds is het Adviescomité wel in kennis gesteld van de klacht van de vennootschappen van de Bullochgroep, terwijl DCL daarvan een „verminkte" versie ontving, en wel op 18 mei 1977, toen de termijn waarbinnen zij op de mededeling van punten van bezwaar kon antwoorden, voor bijna twee derde was verstreken. In deze versie ontbraken met name de hoofdstukken over de produktie en verkoop van Schotse whisky, de marktpositie van DCL en die van interveniënten, de Britse markt, het distributiebeleid van DCL ... Een verzoek van DCL om een volledig afschrift van de klacht stootte op een weigering van de Commissie. Deze weigering is in strijd met een kennelijk normale praktijk van de Commissie en met de wettelijke vereisten. DCL wijst voorts op feitelijke onjuistheden en op het feit dat ook het hoofdstuk ontbreekt waarin zij ervan wordt beschuldigd misbruik te hebben gemaakt van haar economische machtspositie en daardoor artikel 86 te hebben geschonden. DCL erkent dat de Commissie geen gevolg heeft gegeven aan het verzoek van de interveniënten, een procedure op grond van dit artikel in te leiden. Toch blijft het mogelijk dat de Commissie — en het Adviescomité — bij hun beoordeling in het kader van artikel 85 zijn beïnvloed door de beweringen met betrekking tot de omvang van DCL, haar „machtspositie" en haar gedragingen.

Argumenten ten gunste van DCL zijn uit de klachten weggelaten, zodat zij ook

niet in staat was deze argumenten zelf naar voren te brengen; deze argumenten hadden met name betrekking op het feit dat DCL het exportverbod niet toepaste en dat de nevenexport profiteerde van de door de alleenverkopers van DCL-merken opgebouwde reputatie van Schotse whisky.

F — Opmerkingen van de Commissie en de interveniënten betreffende het addendum

De *Commissie* merkt vooreerst op dat in het addendum nergens de rechtsgrond wordt genoemd op basis waarvan het is ingediend. Zo die rechtsgrond artikel 42, paragraaf 2, van het Reglement voor de procesvoering zou zijn, gelijk DCL later tijdens een bijeenkomst ten Hove heeft gezegd, meent de Commissie dat het addendum niet ontvankelijk is. DCL brengt daarin immers „nieuwe middelen" naar voren, en niet slechts, gelijk artikel 42, paragraaf 2, bepaalt, nieuwe argumenten ter staving van eerder aangevoerde middelen.

De Commissie herhaalt dat zij enkel gehouden was het Adviescomité opgave te doen van de belangrijkste stukken, en dat zij van mening was dat de eerste aanvulling van DCL niet daartoe moest worden gerekend; in elk geval is er in het schriftelijk antwoord zelf en in de tweede aanvulling naar verwezen.

Overigens heeft de Commissie de klacht van de vennootschappen van de Bullochgroep niet voorgelegd aan het Adviescomité. Zij heeft deze klacht enkel vermeld onder de belangrijkste stukken van het dossier. Zij was niet gehouden DCL in kennis te stellen van de gehele tekst van de klacht, doch enkel van het gedeelte waarin de, eveneens in de punten van bezwaar van de Commissie genoemde, stelling wordt ontwikkeld dat de toepassing van de prijsregelingen nevenexport economisch onmogelijk maakt.

De Commissie betoogt dat DCL tijdens de administratieve procedure geen verweer had te voeren tegen de klacht van de vennootschappen van de Bullochgroep als dusdanig, doch tegen de mededeling van punten van bezwaar, die uitsluitend betrekking hadden op inbreuken op artikel 85.

Met betrekking tot de argumenten waarvan DCL het voordragen zou zijn verhinderd, merkt de Commissie op dat DCL daarvan kennis had kunnen krijgen uit andere passages van de klacht en tijdens de gehele onderhavige procedure.

De *interveniënten* ondersteunen de stelling van de Commissie.

G — Memorie van de interveniënten

De *interveniënten* menen in de eerste plaats, dat DCL de invloed van de brouwerijen op de Britse markt overdreven voorstelt. De groothandelsprijs van DCL-whisky is in de loop van de laatste jaren voortdurend gestegen van UKL 3,90 in 1973 tot UKL 7,06 per krat in 1977. Momenteel bedraagt de prijs voor de goedkoopste standaardmerken ongeveer UKL 9,69 en voor een van de duurste standaardmerken meer dan UKL 12,00 per krat. De whiskyprijzen zijn sterker gestegen dan de index van de kleinhandelsprijzen. In elk geval is het voor de onderhavige zaak niet relevant of de whiskyprijs in het Verenigd Koninkrijk onredelijk laag is noch of de brouwerijen hiervoor verantwoordelijk zijn.

Schotse whisky is op het continent reeds een goed ingevoerd produkt. De bewering dat het marktaandeel ervan in de Bondsrepubliek Duitsland slechts 3 % bedraagt, kan tot verwarring leiden. Daarbij wordt immers uitgegaan van de

gehele markt van alle soorten alcohol, terwijl een engere omschrijving hier op haar plaats is. In 1977 werden 26,4 miljoen flessen whisky naar dit land uitgevoerd, waardoor het, na de Verenigde Staten, Japan, Frankrijk en Italië, op de vijfde plaats komt onder de belangrijkste whisky-importeurs ter wereld. De verkoop in Frankrijk (volgens DCL zelf 5,5 % van de gehele markt van gedistilleerd) vertegenwoordigt bijna 38 % van de totale export naar de continentale EEG-landen. In de periode van 1947 tot 1977 is de export van whisky naar dit land in volume bijna vertienvoudigd. De interveniënten vragen zich af, hoe lang DCL haar alleenverkopers nog tegen de mededingingsvoorschriften wenst te beschermen. Met betrekking tot de in Denemarken, Frankrijk en Italië bestaande discriminaties van overheidswege ten aanzien van whisky, merken zij op dat daarin geen rechtvaardiging kan worden gevonden voor praktijken van particulieren die de mededinging vervalsen.

De hoeksteen van de prijzenregeling van DCL is de meerprijs („contractuele boete") van UKL 5,20, die de Britse wederverkopers dienen te betalen wanneer zij naar het continent uitvoeren. Zelfs na de correctie ingevolge het onderzoek dat DCL in oktober 1977 bij haar alleenverkopers uitvoerde, kan dit cijfer niet voetstoots worden aanvaard. In de eerste plaats bestaan er grote verschillen tussen de kosten die de diverse alleenverkopers beweren te dragen, terwijl elke alleenverkoper dezelfde mate van bescherming tegen de concurrentie van nevenexport geniet. In de tweede plaats bestaat het grootste gedeelte van de door de alleenverkopers gedragen kosten niet uit uitgaven voor reclame en rechtstreekse verkoopbevordering, doch ook algemene kosten (vracht, leveringskosten, verkoopkosten, contact met afnemers, klachtenservice, voorkoming van vervalsing, voorraadfinanciering, rentelasten, administratie) die elke commerciële onderneming (dus ook de interveniënten) te dragen heeft. De reclamekosten, variërend van UKL 0,28 tot UKL 2,31, liggen in elk geval veel lager dan de toegepaste beschermingsmarge. Bovendien bestaat geen enkel logisch verband tussen de maatregelen van DCL om export tegen te gaan, en de beweerde bedoeling daarvan, namelijk het herstel van een „eerlijke concurrentie" tussen de wederverkopers in de continentale landen van de Gemeenschap.

De interveniënten betogen dat aan de toepassingsvoorwaarden van artikel 85, lid 3, in casu niet is voldaan.

a) De distributie is niet verbeterd

Volgens de interveniënten is de bewering van DCL dat een toeneming van de nevenimport de produkten van de markt zou doen verdwijnen omdat niemand er dan belang bij zou hebben reclame te maken voor deze produkten, geheel ongegrond. Een van de vertegenwoordigers van DCL heeft het tijdens de debatten gehad over de „schade" die de parallelle whisky-invoer op de Nederlandse markt zou hebben veroorzaakt. De vraag van de Nederlandse verbruikers is evenwel niet gedaald door het feit dat het produkt wordt aangeboden tegen lagere prijzen. Het is onlogisch enerzijds de vrees uit te drukken dat een „vloed" van nevenexport de markt zou overspoelen, en anderzijds te beweren dat de nevenimport de verbruikers zou benadelen omdat niemand dan nog reclame zou maken. Bovendien overdrijft DCL de

zwakke positie van de alleenverkopers tegenover de nevenimport. Wanneer via nevenimport whisky op de markt zou worden gebracht zonder aan de plaatselijke voorschriften beantwoordend etiket, zouden de alleenverkopers de aandacht van de groothandelaars daarop kunnen vestigen. De alleenverkopers beschikken overigens over een gunstiger positie dan de nevenimporteurs om een constante omzet te handhaven.

b) De verbruikers delen niet in de voordelen

De meerprijs van UKL 5,20 is voor DCL zuivere winst. Geen penny daarvan is besteed aan reclame-uitgaven op het continent of aan de oplossing van de moeilijkheden waarmee whisky op sommige markten van de Gemeenschap zou hebben te kampen. De Britse verbruiker noch die op het vasteland heeft enig voordeel getrokken van deze meerprijs. De alleenverkopers hebben enkel een lapmiddel tegen de concurrentie gekregen. Op een markt waar vrije mededinging bestaat, dient de verbruiker zelf te beslissen of hij zijn whisky liever tegen een lage prijs in een supermarkt koopt, dan wel op de traditionele wijze en tegen een hogere prijs bij voorbeeld bij zijn wijnhandelaar; of hij de merken als verwisselbaar beschouwt dan wel een merk verkiest waarvoor veel reclame wordt gemaakt.

c) De opgelegde beperkingen zijn niet onmisbaar

DCL had een stelsel kunnen uitwerken waarin de prijzen zouden schommelen naar gelang van het merk en het land van bestemming, en waarin de door de Britse wederverkopers te betalen meerprijs rechtstreeks zou worden overgemaakt aan de alleenverkopers in het gebied waarvoor de nevenexport bestemd is.

De interveniënten menen dat in de onderhavige zaak geen bijzondere problemen rijzen, en dat de reden waarom in de loop van de laatste jaren bij het Hof geen enkel beroep is ingesteld inzake exportbeperkingen ter bescherming van alleenverkopers die verplichtingen hebben op het gebied van verkoopbevordering, hierin bestaat, dat de rechtspraak terzake duidelijk is.

Zij beklemtonen dat de reactie van DCL strijdig is met de geest en zelfs met de bewoordingen van de beschikking. Het berekenen van een hogere prijs aan de Britse verbruikers om te beletten dat de verbruikers op het continent de produkten tegen een voordelige prijs bekomen, kan alleen maar als cynisch worden bestempeld. De reactie toont aan, hoe groot de commerciële macht en onafhankelijkheid van DCL wel is. Een dergelijke handelwijze is ondenkbaar in het geval van een vennootschap zonder economische machtspositie. Zo had de Commissie op grond van artikel 86 terecht kunnen verklaren dat de gedragingen van DCL als dominerende onderneming die ernaar streeft de export naar de continentale Lid-Staten van de EEG te beperken, misbruik van machtspositie opleveren.

De interveniënten verzoeken het Hof ten slotte, voor het geval het de beschikking nietig zou verklaren, daarbij te preciseren dat DCL op grond van die nietigverklaring geen burgerlijke vordering tegen hen kan instellen. Bij brief van 5 juni 1978 immers heeft DCL de vennootschappen van de Bulloch-groep gewaarschuwd dat zij, zodra haar beroep door het Hof zal zijn toegewezen, betaling zal

vorderen van het verschil tussen de netto prijs en de bruto exportprijs, namelijk UKL 4,90 per krat Schotse whisky. Dat zou volgens interveniënten neerkomen op in totaal UKL 49 000.

Wat de distributiekosten van de alleenverkopers betreft, vertegenwoordigt het bedrag van UKL 5,07 per krat Schotse whisky de kosten voor een bijzondere reclame-inspanning, naast en boven de gewone uitgaven.

H — Opmerkingen van DCL over de memorie van interveniënten

DCL merkt op, dat de interveniënten hun eigen merken niet naar de continentale landen van de EEG exporteren. De reden hiervan is, dat een merk Schotse whisky daar niet echt kan concurreren zonder grote uitgaven voor verkoopbevordering. Daarom hebben interveniënten er de voorkeur aan gegeven, de DCL-merken te exporteren en „de vruchten te plukken van andermans inspanningen".

Het is geenszins onlogisch te beweren dat een „vloed" van parallelle importen aanvankelijk tot grotere verkopen kan leiden, doch onvermijdelijk zal uitlopen op een situatie waarin de producent noch zijn alleenverkoper nog langer in staat zijn voor een passende verkoopbevordering te zorgen; het ontbreken van deze verkoopbevordering moet op lange termijn leiden tot een daling van de verkoop. Door het tweeledige prijzenstelsel wordt de concurrentie tussen de merken aangewakkerd, zodat ook de verbruiker daarvan voordeel trekt; een zeker merk kan dan immers werkelijk concurrerend zijn in het Verenigd Koninkrijk tegen een prijs die de financiering mogelijk maakt van de voor zijn succes in het continentale gedeelte van de EEG noodzakelijke verkoopbevordering.

Aan de hand van nieuwe statistieken wijst DCL op de grote prijsgevoeligheid van de Britse markt. Wat de andere markten van de EEG betreft, blijkt het nadeel dat de merken Haig en White Horse hebben geleden doordat zij in het Verenigd Koninkrijk tegen een concurrerende prijs werden verkocht, overduidelijk uit een vergelijking van de verkoopresultaten van deze merken met die van de gehele sector en inzonderheid van de merken die uit de Britse markt zijn genomen of daar tegen zeer hoge prijs worden verkocht. In het jaar eindigend op 31 maart 1979 gaf de export naar de continentale Lid-Staten (exclusief België en Luxemburg) de volgende procentuele stijging of daling ten opzichte van het voorgaande jaar te zien: + 29 % voor Johnnie Walker Red Label, Vat 69 en Black & White, + 16 % voor alle Schotse whisky's tezamen, en — 7 % voor Haig en White Horse.

Met betrekking tot de beweerde machtspositie merkt DCL op, dat het relevant noch passend is het Hof te verzoeken zich tegen DCL uit te spreken op grond van artikel 86, aangezien dit middel door de Commissie niet is aangevoerd.

DCL noemt het ten slotte veelzeggend, dat de interveniënten geen klacht hebben ingediend bij de Commissie zolang zij in staat waren grote winsten te behalen op de verhandeling van DCL-whisky's in strijd met hun contractuele verplichtingen. Een handelaar die het exportverbod en het tweeledige prijzenstelsel onrecht-

matig achtte, had aanstonds een klacht bij de Commissie moeten indienen. De interveniënten daarentegen zijn voortgegaan met hun winstgevende handel: zo kochten zij tussen 1 februari en 31 augustus 1978 in entrepot 15 000 kratten Johnnie Walker en 15 000 kratten White Horse onder de voorwaarde dat de whisky niet buiten de EEG op de markt zou worden gebracht. Meer dan de helft ervan is in Japan teruggevonden.

DCL, te dezen vertegenwoordigd door M. Waelbroeck, advocaat te Brussel; de Commissie van de Europese Gemeenschappen, te dezen vertegenwoordigd door J. Murray als gemachtigde; en de interveniënten, te dezen vertegenwoordigd door M. Siragusa, advocaat te Rome, zijn ter terechtzitting van 29 januari 1980 in hun pleidooien gehoord.

De advocaat-generaal heeft ter terechtzitting van 12 maart 1980 conclusie genomen.

In rechte

1 Bij verzoekschrift van 6 maart 1978 heeft The Distillers Company Limited (DCL) het Hof verzocht om nietigverklaring van de beschikking van de Commissie van 20 december 1977 inzake een procedure op grond van artikel 85 EEG-Verdrag (IV/28.282 — The Distillers Company Limited — verkoopvoorwaarden en prijsregelingen; PB L 50 van 1978, blz. 16).

2 Verzoekster is producent van gedistilleerde dranken en de belangrijkste stoker en verkoper van Schotse whisky ter wereld. Zij telt thans in het Verenigd Koninkrijk 38 dochtermaatschappijen die gedistilleerde dranken vervaardigen: 32 daarvan produceren Schotse whisky, vier gin, één wodka en één Pimm's, een gearomatiseerde gedistilleerde drank.

3 Verzoekster bezit in het Verenigd Koninkrijk en in de andere Lid-Staten een belangrijk marktaandeel voor Schotse whisky en gin. Wat wodka betreft, beheerst zij in het Verenigd Koninkrijk een groot deel van de markt, terwijl haar marktaandeel in de andere Lid-Staten zeer klein is. Verzoekster is voorts de enige onderneming die Pimm's verkoopt, maar de verkoop hiervan is in de Lid-Staten buiten het Verenigd Koninkrijk onbeduidend in verhouding tot die van de andere gedistilleerde dranken.

4 Vóór de toetreding van het Verenigd Koninkrijk tot de Gemeenschap hadden de dochtermaatschappijen van DCL een overeenkomst gesloten met de Britse wederverkopers, waarbij het deze en hun afnemers verboden werd te exporteren of in entrepot te verkopen. DCL heeft deze verkoopvoorwaarden op 30 juni 1973 bij de Commissie aangemeld en verzocht om een vrijstelling op grond van artikel 85, lid 3.

5 Zonder de Commissie daarvan in kennis te stellen heeft DCL bij circulaire van 24 juni 1975, gericht tot de afnemers van haar dochtermaatschappijen in het Verenigd Koninkrijk, nieuwe verkoopvoorwaarden ingevoerd. Deze voorwaarden bevatten geen exportverbod, doch wel een stelsel van differentiële prijzen, die van toepassing waren naargelang de produkten bestemd waren voor verkoop op de binnenlandse markt dan wel voor export. Door berichten in de pers gealarmeerd, verzocht de Commissie verzoekster om opheldering; verzoekster antwoordde bij brief van 8 juli 1975 en zond de Commissie op 11 juli 1975 de tekst van vorenbedoelde circulaire.

6 In de eerste paragraaf van de circulaire, onder de titel „Verkoopvoorwaarden", wordt gepreciseerd: „... Na het referendum wijzigen wij nu de verkoopvoorwaarden in dier voege, dat export door binnenlandse klanten naar andere EEG-landen is toegestaan ... export naar landen buiten de EEG is nog steeds verboden". Bijlage 1 bij de circulaire bevat de nieuwe versie van de „verkoopvoorwaarden".

In de tweede paragraaf van de circulaire, onder de titel „Prijsregelingen", wordt gesteld:

(a) „... de verschillende provisies, kortingen en rabatten hebben ten doel te voldoen aan de bijzondere vereisten van de binnenlandse handel en de afnemers hebben er alleen recht op wanneer de waren werkelijk binnen het Verenigd Koninkrijk worden verbruikt".

(b) „Derhalve moet u, indien u wilt kopen voor export naar andere EEG-landen, die in uw bestelling aangeven en moet de aankoop tegen groothandelsprijs (gross price) plaatsvinden".

(c) „ Wanneer een afnemer handelsprovisies, kortingen of rabatten die enkel voor de verkoop op de binnenlandse markt worden verleend, verkrijgt of verlangt, en indien ook maar de geringste hoeveelheid van de aldus ge-

kochte waren in een ander land van het Verenigd Koninkrijk wordt afgezet, zijn alle dochtermaatschappijen van DCL gerechtigd, aan deze afnemer voortaan alleen tegen de groothandelsprijs te verkopen".

Bijlage II bij de DCL-circulaire draagt de titel „Enkele contractuele bepalingen (inzake prijzen) toegevoegd aan de verkoopvoorwaarden"; daarin wordt gesteld dat

— de bepalingen uit deze bijlage „deel zullen uitmaken van iedere overeenkomst gesloten door een koper en een dochtermaatschappij van de DCL-groep voor de aankoop van enig merk gedistilleerd" en „horen bij de Verkoopvoorwaarden (behandeld in bijlage I)";

— alle provisies, rabatten en kortingen (hierna „provisies" te noemen) zijn bedoeld om tegemoet te komen aan de speciale marktomstandigheden die in de binnenlandse handel heersen";

— DCL-dochtermaatschappijen het recht hebben „de groothandelsprijs zonder korting volgens de „provisies" te berekenen:

  — wanneer een DCL-dochter die aan een koper verkoopt, redelijkerwijze mag geloven dat een hoeveelheid van de waren die door de koper van een DCL-dochter zijn gekocht, is of zal worden verbruikt buiten het Verenigd Koninkrijk;

  — zelfs wanneer de export geschiedt door een volgende koper;

  — ongeacht de bestelde hoeveelheid, totdat en in de mate waarin de koper ten overstaan van de verkopende DCL-dochtermaatschappij aantoont dat de waren binnen het Verenigd Koninkrijk zullen worden verbruikt".

7 De Commissie bevestigde de ontvangst van de brief van DCL en merkte daarbij op, dat de nieuwe bepalingen van de verkoopvoorwaarden betreffende de toekenning van kortingen, rabatten en provisies haar het oogmerk leken te hebben nevenexport naar andere Lid-Staten van de EEG te verhinderen en een inbreuk leken te vormen op artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag. Overeenkomstig artikel 11 van verordening nr. 17 verzocht de Commissie om nadere inlichtingen.

8 Op 23 februari 1977 bracht verzoekster kleine wijzigingen aan in bijlage II; zij stelde de Commissie op 25 februari 1977 van de tekst daarvan in kennis.

9 Op 18 mei 1976 werd krachtens artikel 3 van verordening nr. 17 een klacht bij de Commissie ingediend door de interveniënten in de onderhavige procedure. Daarin vroegen zij dat een einde zou worden gemaakt aan de inbreuken op de artikelen 85 en 86 EEG-Verdrag, voortvloeiend uit de in de circulaire van 24 juni 1975 vervatte prijsregelingen van DCL.

10 Bij brief van 22 april 1977 deelde de Commissie overeenkomstig artikel 19, lid 1, van verordening nr. 17, verzoekster de tegen haar aangevoerde punten van bezwaar mee. Daarbij stelde de Commissie dat zij niet gehouden was te onderzoeken of artikel 85, lid 3, EEG-Verdrag op de prijsregelingen van toepassing kon zijn, aangezien die prijsregelingen niet waren aangemeld overeenkomstig artikel 4, lid 1, of artikel 25 van verordening nr. 17.

11 Op 16 juni 1977 antwoordde verzoekster in twee documenten (met bijlagen) op de mededeling van de punten van bezwaar, vervat in de brief van de Commissie van 22 april 1977. Deze documenten werden gecompleteerd met zes aanvullingen.

12 De mondelinge behandeling voor de Commissie had plaats op 22 juni 1977, waarna de Commissie op 20 december 1977 haar beschikking gaf.

13 In deze beschikking wordt vastgesteld dat het verbod om uit het Verenigd Koninkrijk naar andere Lid-Staten te exporteren en het verbod om in entrepot door te verkopen, gedurende de periode van 1 januari 1973 tot of tot omstreeks 24 juni 1975 inbreuk maakten op artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag, terwijl het verzoek om toepassing van artikel 85, lid 3, EEG-Verdrag op deze regeling tijdens voornoemde periode wordt afgewezen. Voorts wordt vastgesteld dat de prijsregelingen, vervat in bijlage II bij de circulaires van 24 juni 1975 en 23 februari 1977, inbreuk maken op artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag en dat toepassing van artikel 85, lid 3, op deze regelingen niet gerechtvaardigd is. Verzoekster dient erop toe te zien, dat aan laatstgenoemde inbreuk onverwijld een einde wordt gemaakt.

14 Verzoekster vraagt thans nietigverklaring van de beschikking en, subsidiair, van artikel 3 daarvan, voor zover daarin wordt verklaard dat toepassing van artikel 85, lid 3, niet gerechtvaardigd is ten aanzien van de prijsregelingen

die deel uitmaken van de tussen dochtermaatschappijen van DCL en hun afnemers in het Verenigd Koninkrijk gesloten verkoopovereenkomsten voor Schotse whisky, gin, wodka en Pimm's.

15 Zij erkent dat de verkoopvoorwaarden zoals die in 1973 luidden, inbreuk maakten op artikel 85 EEG-Verdrag en niet in aanmerking kwamen voor een vrijstelling op grond van artikel 85, lid 3, doch houdt staande dat de beschikking van de Commissie in haar geheel moet worden nietigverklaard op grond van zekere proceduregebreken waardoor de rechten van de verdediging zouden zijn geschonden.

16 Wat de versies van 1975 en 1977 van de prijsregelingen betreft, erkent zij dat deze eveneens onder het verbod van artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag vallen. Zij betoogt evenwel dat deze regelingen in aanmerking komen voor een vrijstelling op grond van lid 3 van hetzelfde artikel, en dat de Commissie een dergelijke vrijstelling ten onrechte heeft geweigerd.

17 Met betrekking tot Pimm's voert zij nog aan, dat de verkoop van dit produkt in andere Lid-Staten dan het Verenigd Koninkrijk onbeduidend is vergeleken met de verkoop van andere gedistilleerde dranken. Voor wat dit produkt betreft, zouden de prijsregelingen daarvan niet onder het verbod van artikel 85, lid 1, vallen.

18 De Commissie betwist de argumenten van verzoekster. Zij ontkent dat procedurefouten zouden zijn gemaakt, en voegt daaraan toe dat, zo dit wel het geval ware, de rechten van de verdediging daardoor niet zijn geschonden. Zij betoogt voorts dat — gelijk zij aan verzoekster had doen weten bij de mededeling van de punten van bezwaar — de prijsregelingen, die niet overeenkomstig de bepalingen van verordening nr. 17 waren aangemeld, niet in aanmerking konden komen voor een vrijstelling op grond van artikel 85, lid 3, EEG-Verdrag.

Het niet-aanmelden van de prijsregelingen

19 In de eerste plaats moet worden onderzocht welke de rechtsgevolgen zijn van het feit dat de prijsregelingen niet zijn aangemeld overeenkomstig de bepalingen van verordening nr. 17 van de Raad en van de toepassingsverordening van de Commissie.

20 Artikel 4, lid 1, van verordening nr. 17 bepaalt:

„Overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, bedoeld in artikel 85, lid 1, van het Verdrag, ten gunste waarvan de betrokken ondernemingen een beroep willen doen op artikel 85, lid 3, moeten worden aangemeld bij de Commissie. Zolang deze aanmelding niet heeft plaatsgevonden, kan de beschikking bedoeld in artikel 85, lid 3, niet worden gegeven".

21 In artikel 6, lid 1, van dezelfde verordening wordt gepreciseerd:

„Wanneer de Commissie een beschikking geeft als bedoeld in artikel 85, lid 3, van het Verdrag, stelt zij de datum vast met ingang waarvan deze beschikking in werking treedt. Deze datum kan niet vroeger zijn dan die van de aanmelding".

22 Ingevolge artikel 24 van dezelfde verordening is de Commissie bevoegd uitvoeringsbepalingen vast te stellen met betrekking tot vorm, inhoud en overige bijzonderheden van de in artikel 4 genoemde aanmelding. Krachtens de haar bij deze bepaling toegekende bevoegdheden heeft de Commissie verordening (EEG) nr. 1133/68 van 26 juli 1968 (PB L 189 van 1968, blz. 1) vastgesteld; hierin wordt bepaald dat voor aanmeldingen als bedoeld in artikel 4 van verordening nr. 17, het in de bijlage afgedrukte formulier A/B moet worden gebruikt, hetgeen betrokkenen dwingt antwoord te geven op een reeks precieze vragen, waarvan de beantwoording onontbeerlijk is om de Commissie in staat te stellen een beslissing te nemen.

23 Het staat vast dat verzoekster haar prijsregelingen niet overeenkomstig voornoemde bepalingen heeft aangemeld. Zelfs nadat de Commissie in haar mededeling van punten van bezwaar erop had gewezen dat verzoekster haar prijsregelingen niet overeenkomstig de bepalingen van verordening nr. 17 en van verordening nr. 1133/68 had aangemeld en dat die regelingen dientengevolge niet in aanmerking kwamen voor een vrijstelling op grond van artikel 85, lid 3, is verzoekster niet tot aanmelding overgegaan, doch heeft zij zich ertoe beperkt te betogen dat de weigering om artikel 85, lid 3, toe te passen, alleen omdat geen aanmelding had plaatsgevonden, een te formalistische toepassing van de bedoelde bepaling vormt. Zij voegt daaraan toe dat de Commissie zelf niet op formele aanmelding heeft aangedrongen, want zij heeft hetzelfde refertenummer gebruikt voor de prijsregelingen en voor de in 1973 met het oog op een vrijstelling aangemelde verkoopvoorwaarden, en verzoekster verzocht dit eveneens te doen; daaruit zou verzoekster hebben mo-

gen opmaken dat de prijsregelingen tezamen met de verkoopvoorwaarden zouden worden onderzocht met het oog op een eventuele vrijstelling.

24 Gelijk de Commissie terecht betoogt, kunnen de prijsregelingen, wegens het ontbreken van een aanmelding overeenkomstig de vereisten van de verordening, niet in aanmerking komen voor een vrijstelling krachtens artikel 85, lid 3. Het enkele feit dat om administratieve redenen een zelfde refertenummer wordt gebruikt in de correspondentie betreffende de aangemelde verkoopvoorwaarden en in die betreffende de niet-aangemelde prijsregelingen, is niet terzake.

De door verzoekster aangevoerde procedurefouten

25 Verzoekster voert bepaaldelijk de navolgende procedurefouten aan:

1) De in artikel 10 van verordening nr. 17 bedoelde raadpleging van het Adviescomité had plaats op 21 oktober 1977, terwijl het proces-verbaal van de mondelinge behandeling voor de Commissie, die op 22 juli 1977 plaats had, eerst op 25 oktober 1977 en dan nog in de vorm van een voorlopige ontwerp-tekst was opgemaakt; daardoor zou het Adviescomité niet in staat zijn geweest de door verzoekster tijdens de hoorzitting naar voren gebrachte argumenten te beoordelen;

2) Verscheidene aanvullingen op haar schriftelijk antwoord op de mededeling van punten van bezwaar van de Commissie — welke aanvullingen verzoekster van belang acht voor de beoordeling van haar stelling — zouden niet aan het Adviescomité zijn voorgelegd;

3) De Commissie zou verzoekster een afschrift van de klacht van interveniënten hebben gezonden, waaruit een groot gedeelte was weggelaten, en zou hebben geweigerd verzoekster het weggelaten gedeelte (voor zover dit geen betrekking had op beschermde zakengeheimen) mee te delen op grond dat dit deel van de klacht niet relevant was; de integrale tekst van de klacht zou echter wel, als een van de belangrijkste stukken van het dossier, zijn voorgelegd aan het Adviescomité.

26 Gelet op het vorenoverwogene is een onderzoek van de door verzoekster gestelde procedurefouten niet nodig. Dit ware slechts anders indien de administratieve procedure, waren deze fouten niet gemaakt, eventueel tot een ander resultaat had kunnen leiden. Afgezien van verzoeksters betoog met betrekking tot Pimm's, is het beroep beperkt tot een betwisting van de wettigheid van de weigering van de Commissie de prijsregelingen overeenkomstig

artikel 85, lid 3, vrij te stellen van het verbod van artikel 85, lid 1. Verzoekster betwist niet dat de prijsregelingen inbreuk maken op artikel 85, lid 1. Door evenwel na te laten voornoemde prijsregelingen bij de Commissie aan te melden, heeft verzoekster zich door eigen toedoen de mogelijkheid ontnomen om, in het kader van de procedure waarop het onderhavige geding betrekking heeft, een vrijstelling op grond van artikel 85, lid 3, te verkrijgen. Ook zonder de door verzoekster aangevoerde procedurefouten zou de beschikking van de Commissie, die immers berust op het feit dat geen aanmelding heeft plaatsgehad, dezelfde zijn geweest.

27 Zoals hiervoor is uiteengezet, betoogt verzoekster met betrekking tot Pimm's dat de prijsregelingen voor dit produkt reeds daarom niet onder het verbod van artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag vallen omdat de verkoop van dit produkt in de Lid-Staten buiten het Verenigd Koninkrijk onbeduidend is in vergelijking met de verkoop van andere gedistilleerde dranken.

28 Deze stelling van verzoekster kan niet worden aanvaard. Het moge juist zijn dat een overeenkomst buiten de werkingssfeer van het verbod van artikel 85, lid 1, kan vallen wanneer het, gelet op het geringe aandeel van de belanghebbenden op de markt van de betrokken produkten, een onbeduidende invloed heeft op deze markt; deze overwegingen gelden evenwel niet wanneer het gaat om een produkt waarvan de gehele produktie in handen is van één grote onderneming. Er bestaat mitsdien geen reden om in het kader van het onderhavige geding onderscheid te maken tussen Pimm's en de andere door verzoekster vervaardigde dranken.

29 Na de indiening van de dupliek en van het verzoek tot interventie van Bulloch heeft verzoekster, overeenkomstig artikel 42 van het Reglement voor de procesvoering, een addendum bij haar repliek bij het Hof ingediend, waarin zij bepaalde nieuwe middelen betreffende de beweerde onregelmatigheden in de administratieve procedure aanvoert. De Commissie en de interveniënten hebben daarop geantwoord binnen de door de president van het Hof overeenkomstig artikel 42 gestelde termijn. Overeenkomstig de laatste alinea van artikel 42 is de beslissing nopens de ontvankelijkheid van deze nieuwe middelen aangehouden tot het eindarrest. Gelet op wat eerder is gezegd met betrekking tot de relevantie van de aangevoerde onregelmatigheden, is een beslissing over de ontvankelijkheid van de nieuwe middelen overbodig.

30 Het beroep moet mitsdien worden verworpen.

Kosten

31 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,

rechtdoende,

1. Verwerpt het beroep.

2. Verwijst verzoekster in de kosten van het geding, met inbegrip van die van de interveniënten.

Kutscher O'Keeffe Touffait Mertens de Wilmars Pescatore

Mackenzie Stuart Bosco Koopmans Due

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 10 juli 1980.

De griffier
A. Van Houtte

De president
H. Kutscher