3. Selv om Kommissionen i henhold til traktatens artikel 190 skal begrunde sine beslutninger og herved anføre de faktiske og retlige omstændigheder, som er afgørende for foranstaltningens lovlighed samt de betragtninger, der har ført til dens beslutning, kræves det ikke, når der er tale om en beslutning om anvendelse af konkurrencereglerne, at den imødegår samtlige faktiske og retlige indsigelser, der er rejst af hver enkelt berørt under den administrative procedure.

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT PIETER VERLOREN VAN THEMAAT

fremsat den 29. januar 1985 *

Høje Domstol.

I — Indledning

Sagsøgerne i disse forenede sager har nedlagt følgende påstande:

— *principalt*, Kommissionens beslutning af 15. juli 1982 (IV/29.525 og IV/30.000-SSI) annulleres i det hele eller i hvert fald delvis,

— *subsidiært*, artikel 5 i denne beslutning annulleres i det hele eller i hvert fald delvis, for så vidt der herved pålægges nogle sagsøgere bøder, eller i hvert fald nedsættes bøderne til et sådant beløb, som Domstolen finder passende.

II — Oversigt over de faktiske omstændigheder og de relevante fællesskabsretlige og nederlandske bestemmelser (bortset fra Fællesskabets konkurrenceregler)

Den følgende sammenfatning af de væsentligste faktiske omstændigheder og af de relevante særlige bestemmelser, som sagsøgerne har påberåbt sig, har jeg — bortset fra nogle tilføjelser og en anden nummerering — overtaget fra retsmøderapporten.

1. *Stichting Sigarettenindustrie*

1.1. Stichting Sigarettenindustrie (herefter benævnt SSI) er en i 1955 oprettet sammenslutning efter nederlandsk ret, som har til formål at fremme sine medlemmers — fabrikanter og importører af cigaretter i Nederlandene — fælles interesser. Ifølge forklaringer fra SSI er der i Nederlandene kun én fabrikant og fire importører af cigaretter, som ikke er medlemmer af SSI.

1.2. Den 20. december 1976 indgik medlemmerne af SSI en rammeaftale, som den 20. september 1977 blev anmeldt til Kommissionen i henhold til artikel 4 i

* Oversat fra nederlandsk.

forordning nr. 17/62. Denne aftale går i det væsentlige ud på, at medlemmerne udpeger SSI som eneste forhandlingspartner i drøftelser med myndighederne om navnlig endelige salgspriser og avancer for engros- og detailhandelen.

1.3. På det nederlandske cigaretmarked findes der endvidere to grossistorganisationer og en forening af specialiserede detailhandlere, Nederlandse Sigarenwinkeliers Organisatie (herefter benævnt NSO).

2. *Særlige bestemmelser, som sagsøgerne påberåber sig*

2.1. Til støtte for de ved den anfægtede beslutning forbudte aftaler har sagsøgerne for det første påberåbt sig Rådets direktiv 72/464 af 19. december 1972 om forbrugsbeskatning af forarbejdet tobak bortset fra omsætningsafgift (JO 1972 L 303, s. 1) som ændret ved Rådets direktiv 77/805 af 19. december 1977 (EFT 1977 L 338, s. 22). Ifølge dette direktiv — som har til formål at harmonisere forbrugsafgiftsordningerne for tobaksvarer — kan der opkræves en proportional (eller ad valorem) forbrugsafgift udtrykt i en procentdel af den maksimale detailsalgspris, samt en specifik forbrugsafgift, der beregnes pr. enhed af varen. Direktivet har til formål at tilvejebringe samme forhold mellem proportionale og specifikke forbrugsafgifter i alle medlemsstater.

2.2. Den nederlandske lov om tobaksafgifter (Wet op de accijns van tabaksfabrikaten, herefter benævnt Wet tabaksaccijns) er i overensstemmelse med fællesskabsbestemmelserne. Afgiften på cigaretter består hovedsagelig af en *ad valorem* forbrugsafgift, som opkræves ved hjælp af afgiftsbanderoler, der angiver den detailsalgspris (herefter benævnt den endelige pris), som forbrugsafgiften beregnes af. Fabrikanten køber disse banderoler hos skatte- og afgiftsmyndighederne, erlægger afgiften og anbringer banderolerne på cigaretpakkerne. Så snart de er forsynet med banderoler, må tobaksvarer ifølge Wet tabaksaccijns' artikel 30 ikke længere sælges til en højere eller lavere pris end den på banderolen anførte. Endvidere bestemmer Wet tabaksaccijns, at en og samme tobaksvare kun må sælges til én endelig pris, medmindre der i det mærke eller ved hjælp af et mærke, hvorunder varen pakkes, tydeligt gøres en forskel (artikel 28).

2.3. Endelig er det af betydning for bedømmelsen af de foreliggende sager, at de nederlandske myndigheder som led i inflationsbekæmpelsen har indført en prisordning i henhold til den nederlandske prislov, den såkaldte Prijzenbeschikking goederen en diensten (herefter benævnt PGD). PGD er fra 1973 blevet fastsat ved en årlig ministeriel bekendtgørelse og giver beregningskriterier for prisforhøjelser eller -nedsættelser som følge af omkostningsstigninger eller -fald. PGD's artikel 2 forbyder *fabrikanterne* at sælge deres varer til en *højere* pris end den, hvortil disse blev solgt på en bestemt dato (skæringsdato), forhøjet — eller nedsat — med beløbet for stigningen — eller faldet — i produktionsomkostningerne for disse varer siden denne dato. PGD's artikel 3 forbyder *handlende* at sælge en vare til en højere pris end indkøbsprisen forhøjet med en maksimal avance. Overtræ-

delser af PGD er strafbare i henhold til Wet economische delicten af 22. juni 1950.

2.4. Alle de nævnte bestemmelser vil jeg, for så vidt det har betydning, udførligt vende tilbage til i det følgende i mit forslag til afgørelse. De er i øvrigt udførligere beskrevet i den anfægtede beslutnings punkter 21-32.

3. *De relevante aftaler og faktiske handlinger*

3.1. Ud over den nævnte SSI-rammeaftale afsluttede medlemmerne af SSI forskellige aftaler og deltog i bestemte former for praksis med hensyn til avancer og priser.

3.2. Den 4. december 1974 underskrev medlemmerne af SSI og Tabaksfabriek Gruno en aftale, hvorved der blev fastsat rabatter for den specialiserede tobaksdetailhandel (herefter benævnt bonusordning for specialforretninger). Senere deltog også Imperial Tobacco i denne ordning uden dog at underskrive aftalen. Ifølge denne ordning tildeles der årligt *specialforretninger* en fast bonus for hver 1 000 cigaretter, som de aftager fra medkontrahenterne. Denne bonus blev regelmæssigt forhøjet og androg i 1978 75 cent pr. 1 000 cigaretter. Det samlede beløb, der kræves til denne bonus, afholdes af fabrikanterne og importørerne i forhold til deres omsætning via specialforretninger. Ordningen omfatter en definition af begrebet specialforretninger, som er baseret på en række kriterier, herunder cigaretsalgets andel af deres samlede omsætning eller en minimumsomsætning. Denne ordning blev anmeldt til Kommissionen den 20. september 1977.

3.3. Mellem SSI og engroshandelen henholdsvis detailhandelen blev der indgået aftaler med det formål at fastsætte maksimale avancer for grossister og detailhandlere. Da det af afgiftsmæssige grunde, nemlig på grund af den nederlandske lov om tobaksafgifter, er muligt allerede på produktionsstadiet at fastslå en pakke cigaretters endelige salgspris, kunne der indgås aftaler med det formål at bestemme, hvilken procentsats af denne pris der skulle tildeles de forskellige handlende. Aftalen om fastsættelse af engroshandelsavancer blev anmeldt til Kommissionen den 27. december 1979.

3.4. Ud over de i det foregående beskrevne aftaler indgik medlemmerne af SSI den 23. april 1975 en aftale, hvorved der blev fastsat etiske regler for salg af cigaretter. Denne aftale (herefter benævnt aftale om etiske regler for salg af cigaretter) bestemmer blandt andet, at der ikke må ydes andre rabatter end dem, der er aftalt mellem medlemmerne af SSI.

3.5. Ifølge Kommissionen er der også tale om samordnet praksis, der har til følge, at der fastsættes en maksimal avance for detailhandlere. Denne praksis er kommet i stand mellem medlemmerne af SSI og andre fabrikanter, der ikke er medlemmer, vedrørende direkte levering af cigaretter fra fabrikant til detailhandler på den ene side, og mellem SSI's medlemmer og grossister på den anden side.

3.6. Mellem medlemmerne af SSI blev der den 1. august 1974, den 7. november 1975 og den 1. februar 1978 indgået tre aftaler, som har ført til en forhøjelse af den endelige pris. Disse aftaler kom i stand, efter at vedkommende minister i henhold til PGD havde givet tilladelse til at forhøje priserne. Disse aftaler omfatter endvidere blandt andet kvantitative og kvalitative afsætnings-

begrænsninger og kollektive konkurrencebegrænsende bestemmelser, som delvis diskriminerer mellem handlende, og som vedrører avancer og ekstra rabatter til forhandlerne.

3.7. Endelig blev betingelserne for anerkendelse af grossister fastsat ved en aftale af 1971. Til denne aftale hørte en standardaftale om rabat og andre salgsbetingelser, som gjaldt for forholdet mellem fabrikant og grossist. Den førstnævnte aftale er udløbet i 1978.

3.8. Alle de nævnte aftaler og samordnet praksis er nøje beskrevet i den anfægtede beslutning i punkterne 33-87.

4. *Kommissionens beslutning*

4.1. Kommissionen fik blandt andet kendskab til de nederlandske cigaretfabrikanters og -importørers praksis efter anmeldelse af rammeaftalen, bonusordningen for specialforretninger og aftalen om fastsættelse af engroshandelsavancer.

Ved beslutninger af 21. juni 1979 og 12. december 1980 har Kommissionen indledt proceduren i henhold til artikel 9, stk. 3, i forordning nr. 17/62.

Efter at have hørt den pågældende sammenslutning af virksomheder og de pågældende virksomheder i henhold til artikel 19 i forordning nr. 17/62 sammenholdt med Kommissionens forordning nr. 99/63 af 25. juli 1963 og efter at have indhentet udtalelse fra Det rådgivende Udvalg for kartel- og monopolspørgsmål — afgivet i henhold til artikel 10 i forordning nr. 17/62 den 10. maj 1982 — har Kommissionen den 15. juli 1982 vedtaget beslutning nr. 82/506/EØF, der er genstand for denne sag.

4.2. Kommissionen er af den opfattelse, at de aftaler og den praksis, der er kommet til dens kundskab, er overtrædelser af EØF-traktatens artikel 85, stk. 1. Nogle af disse overenskomster og dele af denne praksis gør ifølge Kommissionen avancekonkurrence fuldstændig umulig. Dette gælder for bonusordningen for specialforretninger, aftalerne om fastsættelse af engros- og detailhandelsavancer og endelig aftalen om etiske regler for salget af cigaretter.

Ifølge Kommissionen er disse foranstaltninger for det første i strid med artikel 85, stk. 1, fordi de forhindrer de erhvervsdrivende (fabrikanter, importører, grossister og detailhandlere) i i fuld frihed og selvstændighed at bestemme deres avancer eller at forhandle derom, og gør enhver bestræbelse på at opnå ekstra rabatter meningsløs. Desuden er fabrikanter, som ikke deltager i konkurrenceordningen, tvunget til at træffe de samme foranstaltninger for ikke at blive udelukket fra markedet. Endvidere har medlemmerne af SSI ifølge Kommissionen også indgået egentlige prisaftaler, som altid er blevet kendt ugyldige.

Ifølge Kommissionen blev der for de nævnte aftaler og den nævnte praksis ikke meddelt fritagelse i henhold til artikel 85, stk. 3, enten fordi èn af de fire betingelser i denne bestemmelse ikke var opfyldt, eller fordi de ikke var anmeldt til Kommissionen i henhold til artikel 4, stk. 1, i forordning nr. 17/62.

4.3. Følgelig har Kommissionen pålagt beslutningens adressater — nemlig Stichting Sigarettenindustrie, British-American Tobacco Co. (Nederland) BV, Sigarettenfabriek Ed. Laurens BV, Theodorus Niemeyer BV, Philip · Morris Holland BV, R. J. Reynolds Tobacco BV, Turmac Tobacco Co. BV, Tabaksfabriek Gruno BV, Imperial Tobacco (Holland) BV, Reemtsma Neder-

land BV, Tabak Express Nederland, Eerste Grossiers Vereniging, de ikke organiserede grossister og Nederlandse Sigarenwinkeliers Organisatie — straks at ophøre med at anvende disse aftaler, og pålagt de virksomheder, som har deltaget i prisaftalerne, bøder. Disse er British-American Tobacco Co. (Nederland) BV, Sigarettenfabriek Ed. Laurens BV, Theodorus Niemeyer BV, Philip Morris Holland BV, R. J. Reynolds Tobacco BV og Turmac Tobacco Co. BV.

III — De af sagsøgerne fremførte anbringender

Sagsøgerne har til støtte for deres påstande fremført fire anbringender.

Deres *første og mest detaljerede anbringende* går ud på, at beslutningen ikke opfylder betingelserne for anvendelse af EØF-traktatens artikel 85, stk. 1. For det første forhindres effektiv konkurrence i den pågældende sektor ifølge sagsøgerne af den tidligere kort beskrevne afgifts- og prisordning, af pres fra de nederlandske myndigheder, af begrænsning af konkurrencen som følge af en høj multiplikator og det afgiftstryk, der bevirker et pristryk (komprimeringseffekt), samt af begrænsning af konkurrencen på grund af de usædvanlige beregnings- og opkrævningsmåder for tobaksafgiften. For det andet er der ifølge sagsøgerne ikke tale om ugunstig påvirkning af handelen mellem medlemsstaterne.

En af sagsøgernes *andet anbringende* er, at Kommissionens beslutning er selvmodsigende. Navnlig skal artikel 6 i den anfægtede beslutning, som forbyder SSI at føre kollektive drøftelser med regeringen, være uforenelig med beslutningens artikler 1 og 4, som lader bestemmelserne i rammeaftalen vedrørende disse drøftelser uantastet.

Sagsøgernes *tredje anbringende* er overtrædelse af artikel 15 i Rådets forordning nr. 17/62 og af EØF-traktatens artikel 190, derved at Kommissionen har pålagt sagsøgerne bøder. Dette anbringende omfatter såvel formelle som materielle argumenter samt indsigelser vedrørende fastsættelsen af bødernes størrelse og overtrædelse af EØF-traktatens artikel 85, stk. 3.

Sagsøgernes *fjerde anbringende* går endelig ud på, at EØF-traktatens artikel 190 er overtrådt, ved at Kommissionen i utilstrækkeligt omfang er gået ind på sagsøgernes argumenter.

På dette sted mener jeg, at denne meget generelle sammenfatning af anbringenderne er tilstrækkelig. Med hensyn til en sammenfatning af de under den skriftlige forhandling afgivne redegørelser for disse anbringender vil jeg her henvise til retsmøderapporten, hvori der også findes en sammenfatning af Kommissionens modargumenter under skriftvekslingen. I nødvendigt omfang vil jeg imidlertid i det følgende udførligt vende tilbage til disse argumenter fra parterne. Herved vil jeg naturligvis også beskæftige mig med, hvad parterne har fremført under den mundtlige forhandling.

Den af sagsøgerne hævdede indflydelse på konkurrencevilkårene, den nederlandske lov om tobaksafgifter (og indirekte Rådets nævnte harmoniseringsdirektiver på dette område), de derpå følgende årlige bekendtgørelser om priser på varer og tjenesteydelser, samt myndighedernes indblanding i sagsøgernes pris- og avancepolitik, har spillet en dominerende rolle såvel i stævningerne og replikkerne som i de mundtlige

indlæg under retsmødet. Dette aspekt er desuden behandlet under de nærmere redegørelser for forskellige anbringender. Efter eksemplet i Domstolens dom af 16. december 1975 i de forenede sager 40-48, 50, 54-56, 111, 113 og 114/73 (»Suiker Unie« m.fl. mod Kommissionen, Sml. 1975, s. 1663, præmisserne 12-24) anser jeg det da også for hensigtsmæssigt i den følgende del af mit forslag til afgørelse først i almindelighed at undersøge spørgmålet, hvilket spillerum for konkurrencen den nævnte indflydelse fra myndighederne har overladt erhvervslivet. Først derefter vil jeg komme ind på sagsøgernes forskellige anbringender.

IV — Vurdering af de fremførte anbringender

1. *Betydningen af myndighedernes påståede indflydelse*

1.1. Indledende bemærkning

Ligesom nogle sagsøgere i »sukkersagerne» (se præmis 12 i Domstolens lige nævnte dom) har sagsøgerne i denne sag navnlig fremført, at den nævnte indflydelse fra myndighederne umuliggjorde en egentlig konkurrence mellem sagsøgerne. Der må derfor også her, før de forskellige klagepunkter behandles enkeltvis, foretages en undersøgelse af spørgsmålet, hvorvidt dette væsentlige argument støttes af de af sagsøgerne og Kommissionen fremførte eller af alment tilgængelige oplysninger.

1.2. Rådets direktiver

Da den nederlandske lov om tobaksafgifter blandt andet er baseret på disse, og da sagsøgerne desuden støtter forskellige argumenter på dem, anser jeg det for ønskeligt allerførst at gøre nogle bemærkninger om Rådets harmoniseringsdirektiver, som jeg allerede har nævnt tidligere. Det fremgår af de første tre betragtninger til direktivet af 19. december 1972, at hovedårsagen til, at dette direktiv blev udstedt, var, at de bestående — og indbyrdes forskellige — særlige forbrugsafgifter på tobaksvarer fordrejede konkurrencen inden for fællesmarkedet og også inden for de forskellige medlemsstater og hindrede disse varers frie bevægelighed inden for fællesmarkedet. Af de følgende betragtninger og af selve bestemmelserne i direktiverne fremgår det, på hvilken måde en harmonisering af disse afgifters struktur skal fjerne såvel konkurrencefordrejningerne som en del af hindringerne for handelen mellem medlemsstaterne [1]. Specielt for cigaretter bestemmer artikel 4,stk. 3, at der i alle medlemsstaterne gennemføres samme forhold mellem den proportionale (beregnet på grundlag af værdien) og den specifikke (ens for alle prisklasser) forbrugsafgift, således at skalaen af detailsalgspriser på rette måde afspejler forskellen i de priser, hvortil fabrikanterne afsætter varen. Som forklaring til dette punkt vil jeg bemærke, at konkurrencefordrejningen inden for fællesmarkedet her navnlig opstår, fordi høje specifikke (for alle prisklasser ens) afgifter indeholder en forholdsmæssig fordel for de højere prisklasser, mens høje proportionale afgifter stiller de lavere prisklasser i en forholdsvis gunstigere konkurrenceposition. Forskellene i produktions- og distributionsomkostninger kommer jo netop fortsat til udtryk i de endelige priser ved specifikke afgifter, mens de ved proportionale afgifter slår forstærket igennem i detailsalgspriserne (i Nederlandene med en multiplikator på i begyndelsen 4). På grund af disse forskellige følger virker det også som en handelshindring, at der samtidig findes forholdsvis høje specifikke afgifter i nogle medlemsstater og forholdsvis høje proportionale afgifter i

1 — Problemet vedrørende ophævelse af afgiftskontrollen ved grænsen hænger ikke alene sammen med forskellige afgifts*strukturer*, men også med forskellige afgifts*satser* og behandles ikke i de gældende harmoniseringsdirektiver.

andre medlemsstater. De dyrere prisklasser, som har en forholdsvis gunstigere markedsposition i den første gruppe medlemsstater, blev stillet mindre fordelagtigt ved udførsel til medlemsstater i den anden gruppe og omvendt. For den første harmoniseringsetape blev der derfor i artikel 8 i det første direktiv for den specifikke del af forbrugsafgiften fastsat en ramme på mindst 5% og højst 75% af det samlede afgiftsbeløb for den mest solgte prisklasse. I det tidligere nævnte direktiv af 19. december 1977 blev forbrugsafgiftens specifikke element (bortset fra undtagelser, som er mindre væsentlige i dette tilfælde) nedsat til maksimalt 55% af det samlede afgiftsbeløb, mens dette samlede afgiftsbeløb nu imidlertid også omfatter den (konkurrenceneutrale) merværdiafgift. En mere vidtgående begrænsning af denne ramme ved forhøjelse af minimumsgrænsen på 5% er hidtil desværre ikke lykkedes. På grund af de konstaterede fordrejninger i konkurrenceforholdene, må fremskridt på dette område efter min mening også kunne nås på grundlag af traktatens artikel 101, altså med kvalificeret stemmeflertal i Rådet.

Som det fremgår af den af sagsøgerne som bilag til deres replik fremlagte rapport fra Kommissionen til Europa-Parlamentet af 18. februar 1982 (»Tugendhat-rapporten«) om virkningerne af en yderligere harmonisering — og også af sagsøgernes indlæg under den mundtlige forhandling — er erhvervslivet i almindelighed tilhænger af højere specifikke og lavere proportionale afgiftsandele. Dette er forståeligt, da erhvervslivets relative andel af den endelige pris på dyrere mærker derved stiger, og erhvervslivet naturligvis tjener mere på dyrere mærker end på billigere mærker. Omvendt er det mindre klart, at en sådan forskydning i forholdet mellem specifikke og proportionale afgiftsandele også skulle være i forbrugernes interesse. For billige mærker vil prisen uden afgift i så fald ved samme samlede afgift blive pålagt en højere afgiftssats. Forbrugerprisen for billige mærker vil således stige.

Sagsøgerne har i øvrigt ikke fremlagt siderne 73-80 i den nævnte rapport, som ligeledes har betydning for denne sag. Af statistikkerne på disse sider fremgår det uigendriveligt, at prisforskellene mellem de forskellige mærker i lande med en høj proportional afgiftsandel er usædvanlig meget højere end i lande med en høj specifik afgiftsandel. Således koster den dyreste cigaret i Italien 500% mere end den billigste cigaret, mens forskellen i Irland som et ekstremt eksempel på høje specifikke afgifter kun udgør 10%. Endvidere synes de høje proportionale afgiftsandele i Nederlandene og i Luxembourg ikke at hindre, at de mest populære mærker er væsentligt dyrere end de billigste mærker, som i Nederlandene ifølge de i rapporten indeholdte statistikker kun har en markedsandel på ca. 15% (over for den godt 10% dyrere, mest populære prisklasses markedsandel på 75%). Disse kendsgerninger relativiserer naturligvis værdien af sagsøgernes argumenter om høje proportionale afgifters »komprimeringseffekt«.

Det første direktivs artikel 5 bestemmer, at fabrikanterne og importørerne, bortset fra muligheden for nationale prisstyringsforanstaltninger, frit fastsætter den maksimale detailsalgspris. Fabrikanters og importørers aftaler om disse detailsalgspriser må således i princippet af Kommissionen betragtes som uforenelige med denne bestemmelse, hvilket navnlig er af betydning for bedømmelsen af de i denne sag omhandlede prisaftaler.

Artikel 5, stk. 2, bestemmer endvidere, at medlemsstaterne ganske vist til forenkling af afgiftsopkrævningen kan fastsætte en tabel over detailsalgspriser, men at dette kun kan ske på den betingelse, at denne tabel er så omfattende og opspaltet, at den virkelig svarer til de forskellige fællesskabsvarer.

Det må udledes af artikel 5 i dens helhed, at Rådet selv i den i 1972 endnu meget høje mulige andel af den proportionale del af den pågældende forbrugsafgift (75%) ikke har set nogen berettigelse for prisaftaler og for aftaler eller myndighedsforanstaltninger til begrænsning af det antal mærker (prisklasser), der føres. Med hensyn til aftaler om avancer kan der derimod ikke udledes noget klart resultat af dette direktiv, undtagen for så vidt sådanne aftaler ligeledes skulle begrænse friheden til at fastsætte detailsalgspriser (endelige priser).

1.3. Den nederlandske lov om tobaksafgifter

De sidstnævnte resultater af min gennemgang af harmoniseringsdirektiverne gælder, bortset fra visse særlige træk, som jeg nu vil behandle, også for den nederlandske lov om tobaksafgifter (STB 1964, s. 208, siden ændret flere gange). Den proportionale del af denne afgift blev i 1977 for cigaretter sænket til 51,75% af detailsalgsprisen, hvorved den konkurrencefordrejende virkning af forholdet til den specifikke afgift på 2,50 HFL pr. 1 000 stk. blev formindsket. I 1980 blev den proportionale del nedsat yderligere til 50,72%, og den specifikke del blev forhøjet til 9,45 HFL pr. 1 000 stk., hvorved forholdet mellem proportional og specifik del blev noget mere afbalanceret. Kun lovændringerne i de to nævnte år er af betydning for denne sag. Den nederlandske lovs artikel 30 bestemmer blandt andet, at tobaksvarer ikke må sælges til andre end forhandlere »... til en lavere pris end den på den påsatte afgiftsbanderole anførte». Denne bestemmelse, som har spillet en betydelig rolle i denne sag, udelukker naturligvis priskonkurrence mellem detailhandlere. Derimod begrænser hverken denne bestemmelse eller nogen anden bestemmelse i loven producenternes og importørernes frihed til frit at fastsætte deres detailsalgspriser inden for tabellen over detailsalgspriser, for hvilke der i henhold til artikel 5 i det første direktiv stilles afgiftsbanderoler til rådighed, jfr. lovens artikel 28. Ifølge sidstnævnte artikels første stykke kan en fabrikant eller forhandler kun bringe eller lade bringe samme tobaksvare i omsætning til én detailsalgspris, medmindre der i det mærke eller ved hjælp af det mærke, hvorunder varen pakkes, tydeligt gøres en forskel. Det er sandsynligvis navnlig for ved prisforhøjelser eller -nedsættelser at muliggøre en prisforskel mellem gamle lagre og suppleringer af disse lagre, at artikel 28, stk. 2, giver ministeren mulighed for på betingelser, som ministeren fastsætter, at tillade undtagelse fra stk. 1. Ministeren har meget regelmæssigt gjort brug af denne mulighed på den angivne måde i overgangsbekendtgørelser, hvorved der blev givet en og samme tobaksfabrikant tilladelse til i næsten en måned at bringe et og samme mærke i omsætning eller lade det bringe i omsætning såvel til den *før* tidspunktet for denne bekendtgørelses ikrafttræden som til den *efter* dette tidspunkt gældende detailsalgspris.

Lovens ordning (afgiftsbanderoler for detailsalgsprisen) medfører endvidere, at den ikke indeholder begrænsninger for fastsættelsen af avancerne. Hverken priskonkurrence mellem producenter og importører ved fastsættelsen af de endelige priser eller priskonkurrence ved deres salg til engros- og detailhandelen (eller ved engroshandelens salg til detailhandelen) begrænses altså af denne lov.

1.4. Den nederlandske prislov

Ifølge artikel 2, stk. 1, i prisloven af 24. marts 1961 (STB 1965, s. 646) kan »ministrene« blandt andet for visse varer eller tjenesteydelser på den deri nævnte betingelse, at det kræves af almene sociale økonomiske hensyn, og udelukkende for så vidt dette angår hjemmemarkedet, »forbyde... salg... af disse varer... mod en højere pris end den, der angives af dem«. På grundlag af den nævnte bestemmelse i prisloven blev der i den periode, som denne sag vedrører, årligt udstedt en bekendtgørelse om priser på varer og tjenesteydelser for det pågældende område. En sådan bekendtgørelse har karakter af en beregningsbekendtgørelse, hvilket for producenterne betyder, at det bestemmes, hvilken slags omkostningsstigninger de kan overvælte på prisen, og eventuelt (navnlig for lønomkostninger) med hvilken procentsats, mens der endvidere i forbindelse med inflationen for hele industrien tillades en bestemt prisstigning i forhold til »indikativprisen«. Ved »indikativpris« forstås i henhold til bekendtgørelsens artikel 1: »den pris, som den pågældende eller tidligere omsætningsled, uden omsætningsafgift, har beregnet for en senest før 1. december« (det foregående år) »leveret eller udlejet vare ..., eller, såfremt denne er højere, den pris, som han eller det tidligere omsætningsled, uden omsætningsafgift, højst måtte beregne for denne vare... den 30. november« (det foregående år) »i henhold til en dispensation fra bekendtgørelsen om priser på varer og tjenesteydelser« (det foregående år)«. Bekendtgørelsens artikel 2 bestemmer derefter vedrørende den (med forbehold af den tilladte overvæltning af omkostningsstigninger) fastsatte maksimumpris: »Producenten må ikke på hjemmemarkedet... sælge... nogen vare... til en højere pris end x% (i 1980: 100,2%) af indikativprisen — nedsat med de i denne indikativpris indbefattede forbrugsafgifter — for en lignende vare i et tilsvarende tilfælde«. Jeg har overtaget disse formuleringer fra den for 1980 gældende PGD, hvor skæringsdatoen for indikativprisen var 30. november 1979.

Af formuleringen af artikel 2 i PGD og af artikel 2 i selve prisloven kan der intet udledes, som kan støtte det synspunkt, at de tilladte forhøjelser kun kan indføres inden for en bestemt frist efter PGD's ikrafttræden. Et sådant synspunkt er også klart uforeneligt med prislovens generelle formål, nemlig så vidt muligt at hindre prisforhøjelser, henholdsvis (ved omkostningsfald) at gennemtvinge prisnedsættelser. Endelig bestemmer PGD's artikel 2 intet om producenters fastsættelse af forbrugerpriser. Producenternes konkurrencefrihed bliver således ikke begrænset på de nævnte punkter af PGD.

Artikel 3 i PGD 1980 forbyder blandt andet forhandlere (ligeledes med forbehold af de forudgående prisbekendtgørelser) »på hjemmemarkedet at sælge... en vare... til en højere pris end indkøbsprisen for denne vare, forhøjet med den procentvise avance, som han eller det forudgående omsætningsled senest før 1. december 1979 har

anvendt for en tilsvarende vare i et tilsvarende tilfælde og derefter forhøjet med omsætningsafgiften«. Det er denne bestemmelse, som sagsøgernes »domino-teori« vedrører. Når producenten eller importøren ikke eller ikke fuldstændigt eller ikke straks forhøjer sine salgspriser i overensstemmelse med PGD eller selv nedsætter disse på grund af omkostningsfordele eller kommercielle hensyn, skal forhandleren lade disse — i forhold til eventuelle andre konkurrerende forhandlere — eventuelt midlertidigt lave priser slå igennem i sine videresalgspriser. Såfremt forhandleren er grossist, gør artikel 2 i PGD også efter min mening i princippet en avanceforhøjelse til fordel for denne grossist umulig (undtagen i form af efterfølgende godkendte ekstragodtgørelser; i øvrigt fremgår det af sagens akter, at myndighederne på dette punkt iagttager en vis smidighed på cigaretmarkedet, som imidlertid ikke har manifesteret sig tydeligt). Dette gælder (med de samme forbehold) i princippet også, når grossistens indkøbspris — eventuelt efter forhandlinger — bestemmes ved fastsættelse af en bestemt rabat på forbrugerprisen. På grund af en i dette tilfælde ved artikel 30 i den nederlandske lov om tobaksafgifter lovbestemt vertikal prisbinding gælder der noget andet for detailhandelsavance. Den af producenten fastsatte detailsalgspris har her på grund af den nævnte artikel 30 fået kraft af en lovbestemt forpligtelse, som gør det umuligt for detailhandleren at lade lavere indkøbspriser afspejle sig i detailhandelspriserne. Jeg er enig med Kommissionen i, at artikel 30 i den nævnte afgiftslov her klart må være udslagsgivende, hvis den økonomiske kontroltjeneste eller de domstole, der behandler sager om økonomisk kriminalitet, skulle komme på den usandsynlige tanke at betragte det som en overtrædelse af PGD, at en detailhandler ikke lader lavere indkøbspriser afspejle sig i detailsalgspriserne. Da detailsalgssprisen fastsættes af producenten eller importøren, er detailhandleren heller ikke generelt beføjet til at nedsætte denne på grund af lavere indkøbspriser. I øvrigt bekræfter den »bonusordning« for specialforretninger, som jeg senere skal behandle, og som de nederlandske myndigheder *i hvert fald* anså for »acceptabel«, men som de sandsynligvis stimulerede, en væsentlig konklusion, som også klart følger af PGD's artikel 3, nemlig at denne avancebestemmelse i intet tilfælde er til hinder for kvantumsrabatter eller andre rabatter eller godtgørelser, som gives efter salg til engroshandelen eller detailhandelen. Ifølge de i beslutningen beskrevne prisaftaler går sagsøgerne selv ud fra, at dette også gælder for engroshandelen (se beslutningens punkt 65).

Konklusionen på dette punkt må således være, at PGD kun muliggør producenters og importørers avancekonkurrence over for engroshandelen i form af særlige rabatter eller godtgørelser efter salg og levering, men i detailleddet også i form af lavere indkøbspriser (større rabatter på forbrugerprisen). Dette resultat er væsentligt, fordi avancekonkurrence, først og fremmest i detailleddet, for varer, for hvilke der gælder en vertikal prisbinding, som bekendt er et yderst vigtigt konkurrencemiddel til at anspore detailhandlerne til større salgsbestræbelser med hensyn til de pågældende varer. Jeg henviser herved til den litteratur, der er nævnt i mit forslag til afgørelse af 18. oktober 1983 i sagen vedrørende det nederlandsk-flamske bogkartel.

1.5. Det påståede pres fra myndighederne kan derfor heller ikke forudsættes og er heller ikke godtgjort af sagsøgerne.

Af de af sagsøgerne fremlagte skrivelser fra økonomiministeren til Kommissionen af 12. maj og 20. juli 1980 samt 20. juli 1981 (bilag IX, X og XI til stævningen i sag 240/82) og af andre af sagsøgerne fremlagte dokumenter fremgår det klart, at der sker en intensiv indblanding fra de nederlandske myndigheders side i sagsøgernes pris- og avancepolitik. Den generelle betydning af de anvisninger, som myndighederne har givet under deres samråd med SSI, gengives i den anfægtede beslutnings punkt 88 og præciseres derefter nærmere i beslutningens punkter 91-97.

At harmoniseringsdirektiverne imidlertid ikke udelukker ethvert samråd mellem myndighederne og producenterne og importørerne, men tværtimod udtrykkeligt muliggør et vist samråd, følger af artikel 8, stk. 1, i det første direktiv og artikel 10 b i direktivet af 19. december 1977. Dette samråd vedrører imidlertid kun statistiske oplysninger om de forskellige prisklassers relative popularitet for at kunne fastslå, hvilken prisklasse, der er mest efterspurgt. Ifølge det første direktivs artikel 4, stk. 2, skal satserne for de proportionale og for de specifikke forbrugsafgifter være de samme for alle prisklasser. Ifølge det første direktivs artikel 8, stk. 1, og artikel 10 b i direktivet af 19. december 1977, skal størrelsen af den specifikke forbrugsafgift imidlertid fastsættes med udgangspunkt i den mest efterspurgte prisklasse. Myndighederne skal således have generelle oplysninger om dette.

Det fremgår ikke af de dokumenter, som sagsøgerne har fremlagt, at de nederlandske myndigheder nogen sinde over for SSI har krævet, at resultaterne af samrådet blev fastlagt i bindende aftaler mellem sagsøgerne. Økonomiministeriet benægter også udtrykkeligt i de fremlagte skrivelser, at et sådant krav nogensinde er fremsat, og benægter i øvrigt, at de nederlandske myndigheder blev underrettet om de indgåede aftalers indhold. Disse benægtelser støttes endvidere af den omstændighed, at det fremgår af den anfægtede beslutnings punkt 2 og artikel 3 i de vedtægter, som SSI har fremlagt som bilag I til stævningen, at fastsættelse af forskrifter, som tilsigter at regulere medlemmernes indbyrdes konkurrence, ifølge SSI's vedtægter ikke hører til SSI's beføjelser. I hvert fald med hensyn til sagsøgernes kritiserede aftaler vedrørende forbrugerpriserne ville et eventuelt krav fra myndighederne om at indgå bindende aftaler herom desuden være uforeneligt med den tidligere nævnte artikel 5 i det første direktiv. Det

På grund af den meget store budgetmæssige betydning af de pågældende forbrugsafgifters provenu er det endvidere forståeligt, at myndighederne også gerne vil erhverve sig indsigt i de forventede indtægter fra disse afgifter. Provenuet er imidlertid ikke udelukkende afhængig af prisniveauet i de forskellige prisklasser, men også i væsentligere grad af den samlede efterspørgsel efter cigaretter og af fordelingen af denne samlede efterspørgsel på de forskellige prisklasser. Betydningen af dette aspekt, som endog har foranlediget de belgiske myndigheder til at være på vagt over for unødvendige prisforhøjelser, understreges i præmis 121 i Domstolens Fedetab-dom (Sml. 1980, s. 3125), som jeg flere gange vil omtale. Ifølge de i beslutningens punkt 11 anførte statistiske oplysninger udviser det samlede forbrug af cigaretter i Nederlandene meget

stærke svingninger fra år til år, som kan andrage indtil 20%. Desuden kan producenter og importører, bortset fra aftalte, meget strenge afsætningsbegrænsninger for de forskellige prisklasser, naturligvis ikke give nogen garantier for, at efterspørgslen ikke vil forskydes til den laveste prisklasse, der i Nederlandene — som bemærket — ikke nødvendigvis falder sammen med den mest efterspurgte prisklasse. Af disse grunde kan de nederlandske myndigheder af budgetmæssige hensyn altså heller ikke have nogen klar interesse i mindre end 10% nøjagtige oplysninger om producenters og importørers prispolitik. At myndighederne undertiden har anmodet om generelle oplysninger om denne prispolitik og ved de lejligheder også havde en klar budgetmæssig interesse deri, viste sig navnlig i 1975. Myndighederne nedsatte dengang ifølge sagsøgerne forbrugsafgifterne og tillod samtidig en forhøjelse af detailsalgsprisen med 25 cents pr. pakke, ikke alene af hensyn til omkostningsstigningerne, men også for at forbedre producenternes og forhandlernes rentabilitet. Jeg henviser herved til den anfægtede beslutnings punkter 66 og 95. For at afgiftsprovenuet trods afgiftsnedsættelsen ikke skulle falde og for at kunne lade handelen få fordel af en forhøjelse med 10 cents, pressede myndighederne ifølge sagsøgerne på, for at den tilladte prisforhøjelse også faktisk blev gennemført. Også i 1974 blev der ifølge beslutningens punkt 58 tilladt en prisforhøjelse for at muliggøre en forbedring af forhandleravancerne. Den grad af vished om sagsøgernes politik vedrørende detailsalgspriserne, som myndighederne ønskede i disse år af budgetmæssige og i 1974 også af andre grunde, krævede af de tidligere nævnte budgetmæssige grunde imidlertid klart heller ingen nøjagtige og for alle producenter og importører nødvendigvis ens oplysninger om deres fremtidige politik. Individuelle oplysninger var i forbindelse med den store usikkerhedsmargen for omsætningen i de forskellige prisklasser klart tilstrækkelige til at kunne foretage en samlet vurdering af afgiftsprovenuet. Af de af sagsøgerne fremlagte dokumenter er der i øvrigt heller intet fremgået, som kan tyde på, at myndighederne dengang eller i noget andet år skulle have presset på for at få producenter og importører til at træffe ufravigelige indbyrdes prisaftaler, som dem, der ifølge sagens akter blev indgået i 1974, 1975 og 1978 med hensyn til detailsalgspriser (forbrugerpriser). Som bemærket ville sådanne bestræbelser også have været en klar overtrædelse af artikel 5 i det første direktiv.

Hvad angår avancens størrelse, står det på grundlag af de fremlagte dokumenter efter min mening fast, at myndighederne, i hvert fald i 1978, udøvede et stærkt pres på sagsøgerne, for at de skulle indrømme i hvert fald den maksimalt tilladte avanceforhøjelse (se beslutningens punkt 96, tredje afsnit). Herved blev truslen også imødegået med en branchebekendtgørelse. Som Kommissionen med rette har bemærket, tillader prisloven imidlertid ganske vist nøje at definere avancernes lovlige maksimum, men ikke at bestemme, at disse maksimumsavancer ligeledes skal være minimumsavancer. Desuden påvirker selv et sådant stærkt pres ikke erhvervslivets eget ansvar for konkurrencen, for så vidt angår konkurrencebegrænsende aftaler eller samordnet praksis. Af de af sagsøgerne fremlagte dokumenter kan det heller ikke udledes, at de nederlandske myndigheder faktisk har udøvet pres på sagsøgerne for at få dem til at træffe indbyrdes bindende aftaler om de tilladte avancer. I de fremlagte skrivelser fra økono-

miministeriet benægtes det også udtrykkeligt, at man har presset på for at opnå sådanne aftaler.

Med hensyn til bonusordningen for specialforretninger står det ligeledes fast, at myndighederne har udøvet pres, for at der skulle gives en sådan bonus, og med hensyn til dens størrelse. Heller ikke her fremgår det imidlertid af sagens akter, at de har forsøgt at opnå en kollektiv aftale herom. Det kan i hvert fald ikke antages, at myndighederne på nogen måde kan anses for at være medansvarlige for de aftalte udvælgelseskriterier for de begunstigede specialforretninger eller for de betingelser (som begrænser konkurrencen mellem medlemmerne af SSI og også mellem de pågældende specialforretninger), som blev pålagt de begunstigede specialforretninger. Myndighederne benægter endog, at de blev underrettet om disse nærmere bestemmelser i bonusordningen. Med hensyn til en beskrivelse af disse nærmere bestemmelser henviser jeg til den anfægtede beslutnings punkter 41-49.

1.6. Afsluttende bemærkninger

Sammenfattende konkluderer jeg på grundlag af min foregående gennemgang:

— *for det første*, at konkurrencen mellem producenter og importører med hensyn til fastsættelse af forbrugerpriser på cigaretter hverken begrænses væsentligt af afgiftslovgivningen eller af prisbestemmelserne eller af noget pres fra myndighedernes side;

— *for det andet*, at det pres, myndighederne klart udøvede med hensyn til de avancer, der skulle indrømmes handelen, udelukkende angik de mindste avancer, der skulle indrømmes handelen, og at hverken de bestående prisbestemmelser eller de, der kunne udstedes i henhold til prisloven, har forhindret eller kunne forhindre producenter og importører i navnlig at indrømme bestemte detailhandlere individuelt en større avance af den dem tilkommende andel af en bestemt detailsalgspris; kun for grossister er det fremgået, at disse i princippet var forpligtet til at at videregive en rabat på detailsalgsprisen, som var tildelt dem i overensstemmelse med PGD, til detailhandelen; heller ikke for engroshandelens vedkommende påvirkede dette dog muligheden for at indrømme dem bestemte godtgørelser, som ikke behøvede at blive videregivet;

— *for det tredje*, at myndighederne klart har lagt stærkt pres på SSI til fordel for indrømmelse af bonuser af en bestemt størrelse til specialforretninger, men at det aldrig er blevet godtgjort, at myndighederne herved har tilskyndet sagsøgerne til at indføre en kollektiv ordning med de konkurrencebegrænsende bestemmelser, som er fastsat i dette tilfælde.

Sagsøgernes henvisninger på disse tre punkter til Domstolens Fedetab-dom (dom af 29. 10. 1980 i de forenede sager 209-215 og 218/78, Sml. 1980, s. 3125) kan derfor ikke lægges til grund.

Hvad angår sagsøgernes prisaftaler vedrørende detailsalgspriserne, må det i denne henseende for det første fastslås, at der i den nævnte dom ikke var tale om aftaler, der kan sammenlignes hermed. For det andet kan den eventuelle indflydelse fra de af myndighederne fastsatte bestemmelser og pres fra myndighedernes side naturligvis kun fastslås ved en undersøgelse af de af myndighederne fastsatte bestemmelser og det pres fra myndighedernes side, som er fastslået i den pågældende medlemsstat. En væsentlig forskel mellem de i præmis 127

sammenfattede belgiske forhold og de nederlandske forhold lå i, at den også i Nederlandene betydelige multiplikators virkning i nedadgående retning på priserne i Nederlandene begrænses langt mindre af mindsteforbrugsafgiften. Denne er nemlig langt mindre i Nederlandene end i Belgien (ifølge den af sagsøgerne citerede bestemmelse fra 1977 ca. 50% af det samlede beløb af den proportionale afgift og den specifikke afgift i forhold til 90% af dette beløb i Belgien). Endelig er det ikke i dette tilfælde godtgjort, at også de nederlandske myndigheder, (som det ifølge præmis 129 i Fedetab-dommen synes at være tilfældet i Belgien), forhindrer sagsøgerne i at nedsætte deres priser ved ikke at stille afgiftsbanderoler til rådighed for disse lavere priser. Af præmis 16 i Domstolens dom af 5. april 1984 i de forenede sager 177 og 178/82 (Jan van de Haar og Kaveka de Meern BV) fremgår det tværtimod, at dette ikke er tilfældet i Nederlandene.

Hvad angår muligheden for avancekonkurrence, fremgår det derimod af min foregående gennemgang, at den konklusion, der drages for Belgien i præmis 131 i Domstolens nævnte Fedetab-dom, også gælder for Nederlandene, om end i Nederlandene navnlig med hensyn til detailhandelen. Også Kommissionen har på dette punkt med rette henvist til analogien mellem de belgiske og de nederlandske forhold.

Med hensyn til bonusordningen kan jeg her indskrænke mig til at fastslå, at der i de nævnte belgiske sager ikke var tale om en tilsvarende ordning.

Med disse konstateringer er en anselig del af sagsøgernes argumenter allerede på forhånd gendrevet. Jeg vil imidlertid desuden gå særskilt ind på de af sagsøgerne fremførte anbringender, for så vidt det er nødvendigt.

2. *Det første anbringende*

2.1. Den påståede udelukkelse af egentlig konkurrence

Som deres første anbringende har sagsøgerne for det første anført, at egentlig konkurrence mellem cigaretfabrikanterne og -importørerne som følge af myndighedernes bestemmelser og anvisninger er umulig. Alt hvad sagsøgerne har anført på dette punkt må på grundlag af min foregående gennemgang af indholdet og virkningerne af denne indflydelse fra myndighederne forkastes. Desuden finder den forudsætning, som ligger til grund for denne antagelse, nemlig at artikel 85, stk. 1, kun vedrører begrænsninger af »egentlig konkurrence« (hvad dette i litteraturen meget omstridte begreb end måtte betyde), hverken nogen støtte i denne artikel eller i Domstolens praksis. Jeg henviser i denne forbindelse f.eks. til præmis 24 i Domstolens af sagsøgerne nævnte dom i sukkersagerne, som jeg allerede tidligere har nævnt, og til præmis 132 i Domstolens Fedetab-dom, som sagsøgerne ligeledes har nævnt. Allerede i sag 56/65 (Société technique minière mod Maschinenbau Ulm, Sml. 1965-1968, s. 211) har Domstolen gjort det klart, at det ved anvendelsen af artikel 85, stk. 1, udelukkende drejer sig om, hvorvidt den konkurrence, der ville være mulig uden den pågældende aftale, mærkbart er blevet hindret, indskrænket eller fordrejet.

Som sagsøgerne selv har erkendt under retsforhandlingerne, forhindrede den tidligere analyserede indflydelse for det første ikke, at fabrikanter eller importører markedsførte nye mærker til lavere priser. For det andet

forhindrede den ikke, at en tilladt prisforhøjelse ikke straks, men først senere eller kun ufuldstændigt blev gennemført. For det tredje forhindrede myndighedernes indflydelse heller ikke, at en af myndighederne ønsket forhøjelse af forhandleravancerne af individuelle fabrikanter eller importører delvis blev dækket af deres egen avance. Den multiplikatorvirkning, som sagsøgerne har tillagt så stor betydning [2], medførte herved, at selv afholdelse af blot en lille del af avanceforhøjelsen via egen fortjeneste kunne føre til fordelagtige forbedringer af den konkurrencemæssige stilling med hensyn til forbrugerprisen. Med hensyn til den såkaldte »komprimeringseffekt« må det desuden bemærkes, at en erkendelse af dens eksistens på ingen måde implicerer, at alle fabrikanters eller forhandleres omkostninger herved sammenpresses til det samme beløb pr. sammenlignelig enhed (f.eks. 1 000 cigaretter). Det principielle forbud mod samtidig at anvende to detailsalgspriser for samme mærke medfører endelig kun praktiske vanskeligheder med hensyn til midlertidige prisnedsættelser, men ikke med hensyn til prisforhøjelser, der ikke gennemføres fuldt ud eller først gennemføres senere end af konkurrenterne.

Med hensyn til de aftalte begrænsninger af avancekonkurrencen har jeg allerde gjort rede for, hvorfor den af sagsøgerne forklarede domino-effekt ikke forhindrer avancekonkurrence i detailleddet. I forstærket grad gælder dette for tildeling af særlige godtgørelser for en detailhandlers særlige indsats. Ud fra et kundehvervningssynspunkt er avancekonkurrencen netop i dette led et betydningsfuldt konkurrencevåben. Avancekonkurrence, som lader detailsalgsprisen urørt og således sker på bekostning af fabrikantens, importørens eller grossistens avance, er i øvrigt til forskel fra detailpriskonkurrence mulig i hele en PGD's gyldighedsperiode uden praktiske vanskeligheder, som Kommissionen også har anført. Sagsøgernes argument om, at PGD skulle forhindre tildeling af højere rabatter på detailsalgsprisen til forhandlerne, finder ingen støtte i den tidligere nævnte artikel 3 i PGD og modsiges endvidere af de påviste henstillinger fra myndighederne, som endog syntes at tage sigte på en forhøjelse af forhandleravancerne (såvel for engros- som for detailhandelen).

Med hensyn til dette første anbringende må det i øvrigt bemærkes, at det udelukkende går ud på at forsvare pris- og avanceordninger, men ikke indeholder argumenter til forsvar for de indgribende videregående konkurrencebegrænsninger, som de prisaftaler, som foreholdes sagsøgerne i beslutningen, omfatter. Jeg vil vende tilbage til dette punkt i anden forbindelse.

Som afslutning på gennemgangen af dette første anbringende vil jeg endelig bemærke, at den påberåbte multiplikatorvirkning af høje proportionale afgifter ikke begrænser virkningerne af pris- og omkostningskonkurrence, men netop forstærker dem. At de påståede konkurrencefordrejende virkninger af denne multiplikatorvirkning ligeledes skulle være af betydning for muligheden for egentlig konkurrence, finder ingen støtte i den mig bekendte litteratur om »workable competition«. Det modsiges også af de tidligere nævnte empiriske oplysninger i »Tugendhat-rapporten«. Jeg har allerede

2 — Denne multiplikatorvirkning går ud på, at ved opkrævning af en afgift på 300 % af produktions- og distributionsomkostningerne med avanceforhøjelse vil enhver stigning eller ethvert fald i producent- eller forhandlerpriserne uden afgift komme til udtryk i forbrugerprisen med et fire gange så stort beløb.

tidligere bemærket, at den forudsætning, der ligger til grund for denne opfattelse, nemlig at artikel 85, stk. 1, kun skulle beskytte »effektiv konkurrence«, ikke finder støtte i Domstolens praksis.

2.2. Betingelsen om en mulig ugunstig indflydelse på handelen mellem staterne

Med hensyn til den anden betingelse for anvendelse af artikel 85, stk. 1, har sagsøgerne for det første fremført, at cigaretter efter påsætning af afgiftsbanderoler ikke længere kan udføres. Sagsøgerne benægter, at pris- og avancebestemmelser kan have indflydelse på indførslen, fordi der her udelukkende er tale om import inden for samme koncern af varer, som endnu ikke er bragt i handelen på fællesmarkedet og således heller ikke kan påvirke samhandelen. Med al respekt for sagsøgerne anser jeg dette argument for uholdbart, men også for uforståeligt, da det står fast, at også importører er involveret i de inden for rammerne af SSI indførte ordninger, og at disse ordninger også berører de cigaretter, der via import inden for samme koncern derefter bringes i handelen i Nederlandene. Det står desuden fast, at deltagerne i de her omhandlede aftaler og den her omhandlede praksis varetager næsten hele importen til Nederlandene (og deres markedsandel i de pågældende år var ifølge beslutningens punkt 11 ligeledes betydelig). Ligesom i Fedetabsagen (præmisserne 170-173) må det derfor i dette tilfælde konkluderes, at Kommissionen i beslutningen med rette har fastslået, at de her omhandlede konkurrencebegrænsende aftaler og den pågældende praksis kan have en ugunstig indflydelse på samhandelen mellem medlemsstaterne. Hele det første anbringende må derfor forkastes.

3. *Det andet anbringende (sagsøgeren i sag 262/82)*

Som andet anbringende har alene British-American Tobacco Company (Nederland) BV (Batco, sagsøger i sag 262/82) anført, at artikel 6 i den anfægtede beslutning, som ifølge sagsøgeren forbyder SSI at føre drøftelser med myndighederne, er i strid med beslutningens artikler 1 og 4, som ikke berører rammeaftalens bestemmelser om disse drøftelser. Som Kommissionen med rette har bemærket i sit svarskrift, hviler dette anbringende på en urigtig fortolkning af beslutningens artikel 6. Beslutningens artikel 6 forbyder kun »de i artikel 7 nævnte virksomheder og sammenslutninger af virksomheder... herefter... at føre kollektive drøftelser *indbyrdes* vedrørende prisforhøjelser på cigaretter og tilpasning af avancerne for distribution af cigaretter i Nederlandene« (min understregning). Drøftelserne mellem SSI og myndighederne vil ifølge Kommissionen kunne organiseres således, at de nødvendige oplysninger bliver indsamlet på neutral og fortrolig måde og resultaterne videregivet på objektiv måde.

Dette anbringende må derfor ligeledes forkastes.

4. *Det tredje anbringende* (påstået tilsidesættelse af artikel 15 i Rådets forordning nr. 17/62 og af EØF-traktatens artikel 190 ved pålæggelse af bøder)

Under deres tredje anbringende har sagsøgerne anført en række særskilte klage-

punkter, som jeg vil behandle et efter et, til en vis grad i en anden rækkefølge end i retsmøderapporten.

4.1. Manglende forsæt eller uagtsomhed

Turmac har kritiseret, at visse mod artikel 85 stridende handlinger i praksis i sig selv fører til pålæggelse af en bøde, og at der alene bliver foretaget undersøgelser med hensyn til bødens størrelse, uden at skyldspørgsmålet skænkes opmærksomhed. I denne forbindelse har også *Reynolds* fremført, at forsæt eller uagtsomhed ikke kan udledes af den blotte omstændighed, at der er tale om en horisontal prisaftale. De materielle betingelser »forsæt« og »uagtsomhed« har selvstændig betydning og kan ikke betragtes isoleret fra de i medlemsstaternes kriminalret almindeligt anerkendte begreber »dolus« og »culpa«. Dolus eller culpa kan netop ikke udledes af en lovovertrædelse i sig selv, men der må henses til viljen til at foretage en bestemt handling, henholdsvis de omstændigheder, hvorunder lovovertrædelsen fandt sted, og hvoraf det skal fremgå, at man har udvist forsømmelighed ved ikke at forudse handlingens ulovlighed. Kommissionen skulle derfor ifølge Reynolds have bevist forsæt eller uagtsomhed for hver af de pågældende virksomheders vedkommende. Såvel *Reynolds* som *Batco* påberåber sig i denne forbindelse også generaladvokat Mayras' forslag til afgørelse i General Motors-sagen (sag 26/75, Sml. 1975, s. 1367, navnlig s. 1388). Jeg erindrer om, at generaladvokat Mayras her udtalte, at begrebet »forsæt« nødvendigvis medfører, at »overtræderen har handlet forsætligt, med vilje til at begå en handling, som han vidste var ulovlig, forbudt af traktaten og med viden om de ulovlige følger af sin adfærd« [3]. Derimod var der efter hans mening kun tale om »uagtsomhed«, »når lovbryderen, der handler uden hensigt til at ville udføre en ulovlig handling, ikke har forudset sin handlings konsekvenser, hvor en normalt opmærksom og tilstrækkeligt påpasselig person ville have forudset den«. *Alle sagsøgerne* har anført, at de under henvisning til disse definitioner i det foreliggende tilfælde hverken har handlet forsætligt eller uagtsomt. Ifølge *Turmac* og *Laurens* er der i dette tilfælde tale om en disculperende retsvildfarelse.

Til nærmere forklaring af dette argument anfører sagsøgerne for det første, at de i god tro kunne antage, at prisaftalen af 1978 var dækket af en anmeldelse af rammeaftalen. Hvad de to andre prisaftaler angår, har sagsøgerne, navnlig *Reynolds*, i replikken anført, at det på tidspunktet for deres indgåelse ikke var helt klart, at fællesskabsretten var til hinder for disse aftaler. Indtil VCH-dommen (sag 8/72, Sml. 1972, s. 251) har alene meget graverende priskarteller mellem virksomheder i forskellige medlemsstater været anset for forbudt. I øvrigt adskiller de inden for rammerne af SSI indgåede prisaftaler sig i forskellige henseender fra den nationale prisordning, som var på tale i den nævnte dom. Navnlig er de pågældende prisaftaler indgået i en situation, hvor den lovbestemte ordning spiller en afgørende rolle, og de er resultatet af drøftelser med myndighederne. Sagsøgerne kunne derfor i god tro antage, at deres aftaler var lovlige. Sagsøgernes henvisning i denne forbindelse til den omstændighed, at Domstolens Fedetab-dom er af senere dato end disse aftaler, kan her lades

3 — Efter min mening er det ifølge Domstolens praksis under visse omstændigheder også tilstrækkeligt, at en omhyggelig erhvervsdrivende *burde* vide, at den pågældende handling var ulovlig og forbudt af traktaten, men for den foreliggende sag er dette punkt ikke af betydning, hvorfor jeg ikke vil gå nærmere ind på det.

ude af betragtning, da der, som jeg tidligere har fastslået, i denne sag ikke var tale om tilsvarende horisontale prisaftaler.

Navnlig *Philip Morris* og *Niemeyer* har endvidere påberåbt sig den omstændighed, at de ikke har deltaget i drøftelserne med de nederlandske myndigheder. De har kun deltaget i de pågældende aftaler, fordi de var overbevist om, at myndighederne anså dette for nødvendigt, og at der ikke var nogen indvendinger herimod. *Niemeyer* har endvidere anført, at selskabet på det tidspunkt ikke rådede over velinformerede juridiske rådgivere, således at det ikke kunne blive klar over, at der var tale om overtrædelser af EØF-traktatens artikel 85. *Reynolds* har henvist til, at selskabet på tidspunktet for de første aftaler var nyt på det nederlandske marked, og at den eneste grund til, at det er blevet deltager i de omtvistede aftaler, var SSI's holdning (idet SSI anså dets deltagelse i aftalerne for nødvendig). Under den mundtlige forhandling har Reynolds på ny fremført dette synspunkt.

4.2. Vurderingen af det første argument

Ved vurderingen af dette første anbringende erindrer jeg for det første om, at Kommissionen i henhold til artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17/62 ved beslutning blandt andet kan pålægge virksomheder og sammenslutninger af virksomheder bøder på mindst tusind og højst en million regningsenheder, eller på 10% af omsætningen i det sidste regnskabsår, hvis dette beløb er højere end en million regningsenheder, såfremt virksomheder eller sammenslutninger af virksomheder forsætligt eller uagtsomt: a) overtræder bestemmelserne i traktatens artikel 85, stk. 1, eller artikel 86. Endvidere bestemmer denne artikel, at der ved fastsættelsen af bødens størrelse skal tages hensyn til både overtrædelsens grovhed og dens varighed. Under retsforhandlingerne er det blevet fastslået, at der i dette tilfælde kun blev pålagt en bøde på 0,85% af hver af de pågældende virksomheders omsætning i det sidste regnskabsår.

Forordningens artikel 17 bestemmer endvidere, at »ved klager over beslutninger, hvorved Kommissionen har fastsat en bøde eller en tvangsbøde, har Domstolen i overensstemmelse med bestemmelsen i traktatens artikel 172 fuld prøvelsesret; den kan ophæve, nedsætte eller forhøje den pålagte bøde eller tvangsbøde«.

Dernæst vil jeg bemærke, at tilstedeværelsen af forsæt eller uagtsomhed i dette tilfælde ifølge beslutningens punkter 162 og 169 udledes mere implicit end eksplicit af grovheden af de pågældende overtrædelser af Fællesskabets konkurrenceregler. Som bekendt har Domstolen, navnlig i sin praksis om pålæggelse af bøder i stålsektoren, udtrykkeligt anerkendt, at i hvert fald uagtsomhed således implicit udledes af overtrædelsens grovhed. I dette tilfælde har Kommissionen påberåbt sig både a) den omstændighed, at artikel 85, stk. 1, litra a), udtrykkeligt nævner fastsættelse af blandt andet salgspriser som en foranstaltning, der hindrer, begrænser eller fordrejer konkurrencen, og b) de perioder, for hvilke de pågældende prisaftaler blev indgået. Hvad angår prisaftalernes indhold, bemærker jeg endvidere, at det fremgår af beslutningens punkter 61, 67, 69 og 75, at dette også

omfattede kvantitative afsætningsbegrænsninger i en bestemt periode (den periode, hvori der var størst chance for, at de tilladte prisforhøjelser ikke straks eller ikke fuldstændigt blev indført), samt en gradvis nedsættelse af antallet af prisklasser med en fast pris eller en minimumspris (fra oprindeligt 13 via 12 og 11 til tilsidst 7 prisklasser). Navnlig de nævnte kvantitative afsætningsbegrænsninger falder efter min mening uden tvivl ind under artikel 85, stk. 1, litra b), og er allerede i sig selv en grov overtrædelse af denne artikel. Om den gradvise formindskelse af antallet af regulerede prisklasser også havde en begrænsning af antallet af prisklasser til følge og således også var en grov tilsidesættelse af artikel 85, kan derimod ikke med sikkerhed udledes af beslutningen. Af den anvendte lave bødesats og af Kommissionens skriftlige og mundtlige oplysninger må det udledes, at Kommissionen i dette tilfælde kun har ment, at alle de pågældende virksomheder har gjort sig skyldige i uagtsomhed.

Den omstændighed, at beslutningens punkt 167 formelt kun vedrører bødens *størrelse*, ændrer efter min mening ikke ved den omstændighed, at Kommissionen faktisk med rette kunne antage, at indgåelse af aftaler, som direkte bestemmer salgspriserne, og som oven i købet indeholder afsætningsbegrænsninger, udgjorde meget alvorlige overtrædelser af artikel 85, stk. 1. Denne form for konkurrencebegrænsninger nævnes jo som bemærket udtrykkeligt i artikel 85 som forbudte konkurrencebegrænsninger (naturligvis når de ligeledes, som det som tidligere fastslået tilstrækkeligt er fremgået i denne sag, kan påvirke handelen mellem medlemsstater). Ligeledes kunne Kommissionen i dette tilfælde efter min mening med rette antage, at de pågældende virksomheder i hvert fald havde gjort sig skyldig i uagtsomhed i den forstand, som generaladvokat Mayras har beskrevet i General Motors-sagen.

Ligesom Kommissionen er jeg med hensyn til denne uagtsomhed for det første af den opfattelse, at sagsøgerne ikke i god tro kunne antage, at prisaftalen af 1978 var dækket af anmeldelsen af rammeaftalen. Denne rammeaftale vedrørte, for så vidt angår detailsalgspriserne, udelukkende SSI's drøftelser med myndighederne (se beslutningens punkt 35). Som tidligere nævnt bestemmer SSI's vedtægter endvidere udtrykkeligt, at fastsættelse af forskrifter, som tilsigter at regulere medlemmernes indbyrdes konkurrence, ikke hører til SSI's beføjelser. Dernæst må det af den i beslutningens punkt 34 nævnte usikkerhed hos sagsøgerne om anmeldelsespligten, som nærmere er blevet forklaret under retsforhandlingerne for Domstolen, med hensyn til rammeaftalen udledes, at denne rammeaftale som sådan blev anset for tillige at omfatte tungtvejende konkurrencebegrænsninger som de her omhandlede. Endelig kan dette argument i intet tilfælde forklare, at prisaftalerne af 1974 og 1975 ikke blev anmeldt. Hvad disse tidligere aftaler angår, kunne sagsøgerne, når også henses til den af dem nævnte VCH-dom af 1972, ikke i god tro antage, at de pågældende prisaftaler, som også omfattede indførte cigaretter, trods den klare ordlyd af artikel 85, stk. 1, ikke faldt ind under dette forbud. Den henvisning, som sagsøgerne som undskyldning har gjort til drøftelserne med myndighederne, kan ikke accepteres, da jeg allerede tidligere har fastslået, at de drøftelser på ingen måde vedrørte indbyrdes prisaftaler med et indhold som fastslået i beslut-

ningen. Philip Morris, Niemeyers og Reynolds særlige argumenter kan lades ude af betragtning, fordi heller ikke disse argumenter er til hinder for den uagtsomhed, som implicit også bebrejdes disse sagsøgere i den tidligere angivne betydning.

Af disse grunde er jeg af den opfattelse, at beslutningen tilstrækkeligt har godtgjort, at alle sagsøgerne i hvert fald må antages at have udvist uagtsomhed, og at det her omtalte argument således må forkastes. Ikke desto mindre vil jeg ikke lægge skjul på, at jeg beklager, at Kommissionen ikke har skænket konstateringen af skyldgraden mere opmærksomhed i sin beslutning. Følgen heraf har været, at de pålagte bøder så at sige er baseret på en tilnærmelse af de anvendte bødesatser til den laveste grad af uagtsomhed, som også må bebrejdes en deltager med den ringeste grad af uagtsomhed. Dette betyder, at også for deltagere, som klart kan bebrejdes en større grad af uagtsomhed eller endog forsæt, anvendes der med urette ikke en højere bødesats end de nævnte 0,85% af det seneste års omsætning. I henhold til artikel 17 i forordning nr. 17/62 vil dette i sig selv kunne give Domstolen anledning til ex officio at forhøje de bøder, der er pålagt nogle virksomheder. Jeg vil imidlertid ikke foreslå Domstolen at gøre brug af denne kompetence i den foreliggende sag. For det første har Domstolen aldrig tidligere anvendt denne kompetence, og den første anvendelse deraf vil derfor bedre kunne ske i Domstolens plenum på grund af de dermed forbundne formelle og materielle problemer. For det andet må det ved en overvejelse af, om denne kompetence skal anvendes, efter min mening måske anbefales, at man i god tid før den mundtlige forhandling skriftligt gør parterne opmærksom på denne kompetence og om nødvendigt anmoder Kommissionen om at fremlægge de for anvendelsen af denne kompetence nødvendige, manglende oplysninger, samt at man giver sagsøgerne lejlighed til allerede før den mundtlige forhandling skriftligt at fremsætte deres kommentarer hertil. I dette tilfælde ville det sikkert have været nødvendigt at indhente nærmere oplysninger om graden af uagtsomhed eller skyld, da beslutningen på dette punkt som sagt klart tager udgangspunkt i et mindstemål af uagtsomhed, som kun er fastslået for nogle deltageres vedkommende, og ikke tager hensyn til andre deltageres formentlig højere skyldgrad. Jeg har dog anset det for ønskeligt netop i denne sag at henvise til denne mulighed, fordi den er et godt eksempel på et tilfælde, hvor anvendelse af den nævnte kompetence i sig selv vil kunne være berettiget. Ligeledes anser jeg det for hensigtsmæssigt at gøre sagsøgerne opmærksom på, at sagsanlæg til prøvelse af de pålagte bøder i princippet ud over chancer for bødenedsættelse også medfører risiko for bødeforhøjelse. Dette kan under nogle omstændigheder også være af betydning i stålsager, hvor Kommissionen som bekendt plejer at anvende standardsatser, som pr. definition under visse omstændigheder kan være urimeligt høje, men under andre omstændigheder også kan være urimeligt lave. I forbindelse med en bemærkning fra Kommissionen om de forskellige krav, som må stilles til bødepolitikken i stålsektoren på den ene side og i konkurrencepolitikken på den anden side, vil jeg vende tilbage til de relevante forskelle i denne henseende i mit forslag til afgørelse af 14. februar 1985 i sag 64/84, Queenborough Rolling Mills.

4.3. Den påståede anvendelighed af artikel 4, stk. 2, nr. 1, i forordning nr. 17/62

Sagsøgerne har desuden anført, at de i henhold til artikel 4, stk. 2, nr. 1, i forordning nr. 17/62 ikke var forpligtet til at

anmelde de pågældende prisaftaler, fordi alle deltagende virksomheder havde hjemsted i én medlemsstat og deres aftaler ikke vedrørte indførsel eller udførsel. *Turmac* har i replikken tilføjet (under henvisning til Gleiss-Hirsch, *Kommentar zum EWG-Kartellrecht*, tredje oplag, artikel 15 i forordning nr. 17, afsnit 71), at forskellen i den nævnte artikel 4 mellem aftaler, som skal anmeldes, og aftaler, som ikke skal anmeldes, ikke vil have nogen mening, såfremt den manglende anmeldelse alligevel kan give anledning til, at der pålægges bøder. Til støtte herfor har sagsøgerne henvist til Domstolens dom af 3. februar 1976 i sag 63/75, Fonderies Roubaix, Sml. 1976, s. 111, som ifølge deres opfattelse betyder, at aftaler ikke vedrører ind- eller udførsel, når den deri omhandlede forhandling udelukkende finder sted på den medlemsstats område, hvor virksomhederne er hjemmehørende.

4.4. Vurdering af det andet argument

Ved vurderingen af dette andet argument, som henhører under det tredje anbringende, må det forud bemærkes, at det klart følger af ordlyden af artikel 4, stk. 2, nr. 1, at det deri anvendte kriterium for ikke-anvendelse af stk. 1 (den såkaldte anmeldelsespligt [4]) klart er snævrere end det tilsvarende kriterium for anvendelse af traktatens artikel 85, stk. 1. Dette er også gentagne gange blevet bekræftet i Domstolens praksis. For så vidt er sagsøgernes argument altså berettiget.

Med denne konstatering er der imidlertid endnu ikke opnået klarhed om spørgsmålet, hvad det snævrere kriterium i artikel 4, stk. 2, nr. 1, præcist betyder. Den af sagsøgerne påberåbte Roubaix-dom skaber naturligvis nogen yderligere klarhed herover. Hovedkriteriet i denne dom er imidlertid ikke det af sagsøgerne nævnte kriterium i præmis 7 for det konkrete tilfælde, der dér var tale om (en eneforhandlingsaftale mellem to virksomheder i énmedlemsstat), men det foregående kriterium, som er fastslået i præmis 6. I denne præmis 6 udtales, at »denne anden betingelse« (dvs. at aftalen ikke vedrører indførsel eller udførsel mellem medlemsstater) »må fortolkes ud fra opbygningen af artikel 4 og dennes formål, at forenkle administrationen, som bestemmelsen fremmer ved ikke at tvinge virksomhederne til at anmelde aftaler, der, om end de måtte være omfattet af artikel 85, stk. 1, som følge af deres særegenheder generelt forekommer at være mindre skadelige, når henses til denne bestemmelses formål, og derfor højst sandsynligt vil være af en sådan beskaffenhed, at de kan fritages efter stk. 3 i nævnte artikel 85«. En anvendelse af dette hovedkriterium på en langt betydeligere aftale end den i Roubaix-dommen omhandlede — som imidlertid ligesom den i Roubaix-dommen omhandlede eneforhandlingsaftale udelukkende vedrørte forhandling af varer på én medlemsstats område — foranledigede, at Domstolen i præmisserne 34 og 35 i dommen af 8. november 1983 i de forenede sager 96-102, 104, 105, 108 og 110/82 (ANSEAU-NAVEWA godkendelsesmærket, Sml. 1983, s. 3369) kom til det resultat, at denne væsentligere aftale på grund af sin karakter ikke var omfattet af fritagelsesreglen i artikel 4, stk. 2.

Hvad angår de foreliggende aftaler, foreslår jeg Domstolen et lignende resultat som i

4 — I virkeligheden er der som bekendt ikke her tale om en anmeldelsespligt, men udelukkende om en betingelse for at kunne opnå en individuel fritagelse i henhold til artikel 85, stk. 3, som det gøres klart i præmis 4 i Domstolens nævnte Roubaix-dom.

ANSEAU-NAVEWA-dommen af følgende grunde. Det står fast, at de i prisaftalerne deltagende fabrikanter og importører tilsammen råder over en markedsandel i Nederlandene på ca. 90%, og at aftalerne også vedrører en overvejende del af de cigaretter, der indføres fra andre lande. Disse indførte cigaretters markedsandel var ifølge beslutningens punkt 11 i de for denne sag relevante år 1974, 1975 og 1978 henholdsvis 26,1, 29,5 og 31,3,%. Ligesom mindsteprisbestemmelser fastsat af myndighederne og talløse andre foranstaltninger, som vedrører videresalg af indførte varer, ifølge Domstolens praksis anses for foranstaltninger med tilsvarende virkning som kvantitative indførselsrestriktioner, jfr. EØF-trakatens artikel 30, skal prisaftaler eller kontraktlige afsætningsbegrænsninger, jfr. artikel 85, stk. 1, som blandt andet vedrører (videresalg af) indførte varer, anses for aftaler, som vedrører indførsel mellem medlemsstater, jfr. artikel 4, stk. 2, nr. 1, i forordning nr. 17/62.

I øvrigt er jeg ligesom Kommissionen af den opfattelse, at en aftale, som fritages for anmeldelse, ikke af den grund er sikret fritagelse for bøder. Som jeg allerede har redegjort for i første afsnit af punkt 10 i mit forslag til afgørelse af 29. juni 1983 i ANSEAU-NAVEWA-sagen, følger det af ordlyden og opbygningen af forordning nr. 17/62, at bestemmelsen i artikel 15, stk. 5, om, at der ikke kan pålægges bøder for anmeldte aftaler, blandt andet henviser til de i artikel 4, stk. 2, sidste punktum, nævnte frivillige anmeldelser af aftaler, som i dette stykke er fritaget for anmeldelsespligt. Denne mulighed tjener navnlig til også at kunne opnå den i artikel 15, stk. 5, tilstræbte retssikkerhed for disse aftaler. Den er klart ikke nødvendig for en påberåbelse af artikel 85, stk. 3, hvilket også er fastslået i Kommissionens og Domstolens praksis. Til støtte for sit andet standpunkt har sagsøgeren Turmac med urette påberåbt sig den af Turmac citerede passage i tredje oplag af Gleiss-Hirschs kendte kommentar. Ganske vist deler disse forfattere faktisk Turmacs synspunkt, men de udleder med urette dette af Domstolens anden Haecht-dom (sag 48/72, Sml. 1973, s. 77). Denne dom behandler på ingen måde muligheden for at pålægge bøder for ikke anmeldte karteller. Den drejer sig udelukkende om den nationale domstols konstatering ex officio af, at anmeldte og ikke anmeldte »gamle« og »nye« anmeldelsespligtige og ikke anmeldelsespligtige karteller, som falder ind under artikel 85, stk. 1, er ugyldige. På dette punkt udtales det i præmis 13, som Gleiss og Hirsch formodentlig har tænkt på med deres henvisning, at »selv om disse betragtninger« (som altså angår den nationale domstols konstatering ex officio af ugyldighed) »i første række angår de karteller, der er underkastet anmeldelsespligten i forordningens artikel 4, gælder de ligesåvel for karteller, der er fritaget for anmeldelse, idet en sådan fritagelse kun indicerer, at de pågældende karteller almindeligvis er mindre skadelige for fællesmarkedets rigtige funktion«. Den mulighed for ex officio at statuere de pågældende aftalers ugyldighed, som præciseres i dommens foregående præmisser, gælder altså ifølge denne præmis også for ikke anmeldelsespligtige karteller. Hvis man vil anvende denne præmis analogt på pålæggelse af bøder, synes en sådan analogi altså

netop at tale imod sagsøgernes synspunkt og for det synspunkt, som Kommissionen hævdede i denne sag.

Sammenfattende er jeg således af den opfattelse, at også dette argument må forkastes.

4.5. Den påståede tilsidesættelse af rimelighed og billighed eller princippet om ligebehandling

Som et tredje argument har sagsøgerne for det første fremført, at de med urette ved pålæggelsen af bøder behandles ugunstigere end virksomhederne i Fedetab-sagen, som ikke blev pålagt bøder. For det andet har de anført, at EØF-traktatens artikel 85 ikke gør forskel mellem prisaftaler og aftaler vedrørende andre kontraktlige vilkår, således at Kommissionen med urette skal have gjort forskel på deres forskellige aftaler.

Med hensyn til det første argument har Kommissionen med rette bemærket, at der i Fedetab-dommen ikke var tale om sammenlignelige bindende aftaler vedrørende detailsalgspriserne. Med hensyn til det andet argument er det med hensyn til de anmeldte aftaler tilstrækkeligt at fastslå, at Kommissionen i punkterne 163-165 tilstrækkeligt har begrundet, hvorfor den anså det for enten umuligt eller — netop på grund af det af sagsøgerne påberåbte ligebehandlingsprincip — uhensigtsmæssigt også at pålægge bøder på grund af de i disse punkter omhandlede aftaler. De i punkt 169 nævnte øvrige ikke anmeldte aftaler og samordnede praksis udgjorde ifølge de herom i beslutningen nævnte oplysninger ikke så alvorlige og så klare brud på EØF-traktatens artikel 85, stk. 1, at Kommissionen skulle have behandlet disse på samme måde som de prisaftaler, som bebrejdes sagsøgerne. På grundlag af de omstændigheder, der er nævnt i beslutningen, kunne Kommissionen derfor uden at handle i strid med ligebehandlingsprincippet begrænse pålæggelsen af bøder til prisaftalerne. Til overflod vil jeg tilføje, at det hverken kan udledes af EØF-traktatens artikel 190 eller af nogen retsgrundsætning, at også manglende pålæggelse af bøder i princippet skal begrundes. Der vil som regel kun være anledning til en sådan begrundelse, når de pågældende overtrædelser af artikel 85, stk. 1 umiddelbart udviser så megen lighed med overtrædelser, for hvilke der i andre tilfælde eller under samme sag pålægges bøder, at det for at forhindre beskyldninger om vilkårlighed er ønskeligt at angive de særlige grunde til, at der ikke pålægges bøde. Med hensyn til de anmeldte aftaler er dette også sket i dette tilfælde. Med hensyn til den i punkt 169 nævnte praksis fremgik det som bemærket allerede tilstrækkeligt af de særlige omstændigheder ved disse to grupper praksis, som er nævnt i beslutningen, og som i øvrigt også er kommet frem under retsforhandlingerne, at der ikke kunne foretages nogen sammenligning med de prisaftaler, som bebrejdes sagsøgerne.

Også dette anbringende må derfor efter min mening forkastes.

4.6. Anbringenderne vedrørende bødernes størrelse

Sagsøgerne har derefter anført, at Domstolen, såfremt den mod forventning beslutter at pålægge bøder, ved fastsættelsen af deres størrelse må tage hensyn til en række momenter, således navnlig aftalernes gyldighedsperiode (kun tre måneder for prisaftalernes vedkommende), den omstæn-

dighed, at sagsøgerne i god tro betragtede dem som anmeldt, og deres nationale karakter. Endvidere må den nederlandske lovgivnings og myndighedernes rolle tages i betragtning. Dernæst har sagsøgerne fremført forskellige argumenter, som vedrører hver af dem særskilt.

Således har *Philip Morris* og *Batco* anført, at de siden 1975 frivilligt har medvirket til tilpasningen af SSI's retlige struktur. Batco har i denne forbindelse henvist til beslutningen i Floral-sagen (28. 11. 1979, EFT 1980, L 39, s. 51), hvori Kommissionen tog hensyn til, at de pågældende virksomheder havde bragt en lovovertrædelse til ophør uden at afvente foranstaltninger fra den. Denne sags betydning for den foreliggende sag anser de for så meget større, som deltagerne i SSI har ændret deres aftaler på et tidspunkt, hvor der ikke forelå klarhed om Kommissionens beslutning i Fedetab-sagen.

Også *Niemeyer* har anført, at Kommissionen ved fastsættelsen af bøderne har taget utilstrækkeligt hensyn til sagens omstændigheder. Hvad Niemeyers egen situation angår, har selskabet henvist til sin stærkt faldende markedsandel.

Endelig har *Reynolds* til støtte for, at selskabet ikke skulle have været pålagt en bøde, anført følgende grunde. Reynolds er først senere kommet ind på det nederlandske marked og så sig da stillet over for myndigheder, som ved hjælp af PGD og loven om tobaksafgifter sammen med dets kolleger tvang selskabet i den koordinerede handlings spændetrøje. Trods dette har det ikke deltaget i to af de af Kommissionen forkastede aftaler (aftalen om anerkendelse af grossister og aftalen om etiske regler for salg af cigaretter), og når det har underskrevet rammeaftalen, var det fordi det mente, at denne først skulle træde i kraft efter anmeldelse til Kommissionen. Kommissionen har ved at pålægge Reynolds en bøde set bort fra disse forskelle. Dette er så meget skadeligere, som der i denne sag er pålagt langt højere bøder, end det hidtil har været tilfældet ved horisontale prisaftaler.

Under den mundtlige forhandling er alle de nævnte argumenter endnu en gang blevet forklaret udførligt.

4.7. Vurdering af disse argumenter

I virkeligheden angår så at sige alle disse argumenter punkter, som jeg allerede har behandlet i anden forbindelse. Denne gang fremføres argumenterne vedrørende de samme punkter imidlertid ikke som argumenter for at bestride, at artikel 85, stk. 1, er tilsidesat, men som grunde til nedsættelse eller bortfald af ansvaret i forbindelse med den pålagte bøde. Argumenterne har altså for så vidt subsidiær karakter.

Med hensyn til prisaftalernes i hvert enkelt tilfælde korte gyldighedsperiode (tre måneder) har Kommissionen heroverfor med rette henvist til, at denne korte gyldighedsperiode netop er faldet i tidsrummet efter offentliggørelse af en PGD, hvori producenter og importører sædvanligvis træffer beslutninger om gennemførelsen af de tilladte prisforhøjelser.

Det argument, at sagsøgerne i god tro kunne anse prisaftalerne for at være anmeldt

eller for ikke at være omfattet af anmeldelsespligten på grund af deres nationale karakter, har jeg allerede i anden sammenhæng i de foregående afsnit 4.2. og 4.4. fundet ubegrundet.

Hvad angår henvisningen til den nederlandske lovgivnings indflydelse og det af myndighederne udøvede pres, kan jeg i hovedsagen henvise til min gennemgang heraf i det indledende første underafsnit i dette hovedafsnit. Jeg har der for det første fastslået, at der hverken af loven om tobaksafgifter eller af de efterfølgende PGD'er kan udledes nogen forpligtelse til eller faktisk nødvendighed af også faktisk og fuldstændigt at genemføre de tilladte prisforhøjelser. Endvidere har jeg i afsnit 1.4. ganske vist fastslået, at myndighederne navnlig i 1974 og 1975 udøvede klart pres i retning af prisforhøjelser, men at det hverken er blevet godtgjort eller på anden måde er fremgået eller blot kan antages, at de nederlandske myndigheder med hensyn til fastsættelsen af detailsalgspriserne har fraveget det i det første harmoniseringsdirektiv herom fastsatte princip om producenters og importørers individuelle frihed på dette punkt ved at forlange, at de skulle træffe bindende indbyrdes aftaler som de her omhandlede. Sagsøgerne har hverken påvist eller på anden måde antageliggjort, at det herom anførte i beslutningens punkt 167 c) er urigtigt. Endvidere må det bemærkes, at sagsøgerene, også under retsmødet, til støtte for dette argument har henvist til argumenter, som højst vil kunne være af betydning for deres avancepolitik. Jeg tænker her f.eks. på argumentationen vedrørende den påståede modstrid mellem loven om tobaksafgifter og prisbestemmelserne. De deraf følgende problemer kan højst påberåbes af forhandlerne til forsvar for, at de nedsatte indkøbspriser eventuelt har fået afsmittende virkning. Med hensyn til aftalerne vedrørende avancerne, har Kommissionen imidlertid ikke pålagt bøder.

Fastsættelsen af detailsalgspriserne som sådan, som der er tale om her, påvirkes i intet tilfælde af denne påståede modstrid.

Hvad angår de særlige formildende omstændigheder, som vedrører sagsøgerne Philip Morris, Batco, Niemeyer og Reynolds, kan jeg igen i det store og hele henvise til, hvad jeg allerede har bemærket i afsnit 4.2. i denne del af mit forslag til afgørelse. Hvad angår de to førstnævnte sagsøgeres søgsmål, vil jeg tilføje, at de efter min mening med urette har påberåbt sig beslutningen i Floral-sagen (EFT 1980, L 39, s. 51). Kommissionen har fuld ret til at pålægge bøder for overtrædelser af EØF-traktatens artikel 85 som de her omhandlede, som den efter indledningen af den pågældende procedure har fastslået, og som allerede har udtømt deres fulde virkninger før indledningen af denne procedure. At sagsøgerne efter indledningen af proceduren ikke har indgået *nye* prisaftaler af samme art, kan ikke anses for en formildende omstændighed. Hvad angår sagsøgeren Niemeyer, kan et fald i denne sagsøgers markedsandel i sig selv ikke være en formildende omstændighed. Den målestok, som der her er anvendt i overensstemmelse med artikel 15 i forordning nr. 17/62 til bestemmelse af størrelsen af de bøder, der er pålagt sagsøgerne, medfører i øvrigt allerede i sig selv, at der er taget hensyn til faldet i Niemeyers omsætning.

Sagsøgeren Reynolds argument om, at Reynolds var ny på det nederlandske marked, ændrer intet ved den omstændighed, at også denne sagsøger i hvert fald

må anses for at have handlet uagtsomt. Jeg har allerede tidligere bemærket, at Kommissionen efter min mening ved anvendelse af en forholdsmæssigt meget lav bødesats i dette tilfælde klart er gået ud fra den laveste konstaterede grad af uagtsomhed, som faktisk måske er forekommet hos Reynolds, mens der i alle andre tilfælde må være tale om en større eller mindre grad af uagtsomhed eller måske endog om forsæt. Jeg vil alligevel anse det for tænkeligt, at Domstolen på grund af det her omtalte argument faktisk vil nedsætte den bøde, der er pålagt Reynolds. Da jeg er af den opfattelse, at der ved den anvendte lave bødesats også for Reynolds vedkommende allerede er taget tilstrækkeligt hensyn til den af Reynolds udviste grad af uagtsomhed, ser jeg imidertid ingen anledning til at foreslå Domstolen selv en bødenedsættelse i dette tilfælde. Hvis Domstolen allerede havde haft en praksis herom, ville jeg som tidligere bemærket i denne sag snarere have fundet anledning til at foreslå højere bøderfor virksomheder, som alt i alt ikke har fremført særlige omstændigheder, eller som har fremført mindre tungtvejende omstændigheder, der berører dem individuelt.

Sagsøgeren Reynolds argument om, at Reynolds ikke har deltaget i de to af denne sagsøger nævnte aftaler, som Kommissionen har anfægtet, må i hvert fald forkastes, da pålæggelsen af bøden hverken direkte eller direkte vedrører dette.

Alle de argumenter, der er fremført vedrørende de pålagte bøders størrelse, må derfor efter min mening forkastes.

4.8. Den påståede tilsidesættelse af EØF-traktatens artikel 85, stk. 3

Kun tre af sagsøgerne har gjort gældende, at EØF-traktatens artikel 85, stk. 3, er tilsidesat.

Ifølge *Reynolds* skulle der have været indrømmet fritagelse for prisaftalerne, fordi de har til formål at beskytte distributionsnettets struktur.Denne politik kommer forbrugeren til gode, fordi der derved opretholdes et stort antal salgssteder. En sådan politik, som har til formål at beskytte detailhandelen, kan ikke føres af forbrugerne, men nok af de pågældende virksomheder i samarbejde med myndighederne. I øvrigt har alle SSI-aftaler dette formål.

Laurens har indledningsvis præciseret, at dette anbringende kun er subsidiært, da denne sagsøger anser prisaftalen af 1978 for at være anmeldt og de andre anfægtede aftaler for at være fritaget for anmeldelse. Ifølge Laurens er betingelserne for fritagelse opfyldt, så længe de fordrejninger af konkurrencen, der følger af den nationale lovgivning, ikke er ryddet af vejen. Rådets direktiv 72/464 giver ingen virkelig løsning på dette problem. Tværtimod er Kommissionen tilhænger af et system med forbrugsafgifter baseret på værdien, som uden de omtvistede aftaler ville have ført til distributionssystemets sammenbrud. Denne udvikling ville på lang sigt have været til skade for forbrugeren, fordi den nederlandske regering ville være nødt til at forhøje forbrugsafgifterne for at kompensere for faldet i afgiftsprovenuet. Ydermere ville produkter af ringere kvalitet have fortrængt kvalitetsprodukterne fra markedet (hvilket i øvrigt er grunden til, at supermarkeder og discountbutikker i Frankrig og Italien er udelukket fra distribution af tobaksvarer). Til støtte herfor har Laurens henvist til, at industri og handel i Det forenede Kongerige og Irland, hvor afgiftens specifikke del er den største, ikke behøver at gribe til konkurrencebegrænsende praksis.

Turmac har endelig anført, at EØF-traktatens artikel 85, stk. 3, må være tilstrækkelig smidig til at frembyde en løsning for en særlig situation som cigaretbranchens. Hvis man ikke vil udelukke muligheden for prisbestemmelser, må man ikke stirre sig blind på kriteriet om en væsentlig eliminering af konkurrencen.

4.9. Stillingtagen til det sidstnævnte argument

Ved vurderingen af dette argument må det forudsættes, at de heri anfægtede punkter 144 — 148 faktisk efter beslutningens punkt 143 var overflødige, fordi de pågældende prisaftaler — som tidligere fastslået — skulle have været anmeldt, for at der kunne blive tale om denne fritagelse i henhold til artikel 85, stk. 3. En sådan anmeldelse har imidlertid, som tidligere ligeledes fastslået, ikke fundet sted i dette tilfælde.

Inden for rammerne af den handlefrihed, som tilkommer Kommissionen, står det imidlertid fast, at Kommissionen kunne antage, at selv hvis anmeldelse ikke havde været en obligatorisk betingelse for meddelelse af fritagelse for disse prisaftaler, skulle denne fritagelse nægtes. Det er Kommissionens faste praksis ikke at meddele fritagelse for prisaftaler, hvorved producenterne forhindres i at videregive individuelle omkostningsfordele til deres aftagere, og jeg har ikke kunnet finde vellykkede forsøg på at få Domstolen til at annullere en sådan nægtelse. De argumenter, som de nævnte sagsøgere har fremført i dette tilfælde, har højst betydning for de første af de i punkterne 144-148 anførte grunde til nægtelse af fritagelse. Forsøg på at bestride de fire andre grunde, som i de nævnte punkter er anført til nægtelsen, har jeg ikke fundet i stævningerne. Den af Reynolds anførte opretholdelse af et stort antal salgssteder som følge af prisaftalerne fører i sig selv afgjort ikke nødvendigvis til en forbedring af distributionen og er heller ikke nødvendigvis i forbrugernes interesse, som Kommissionen med rette har bemærket med henvisning til præmis 184 i Fedetabdommen. Den tanke, at de konkurrencefordrejninger, som ifølge sagsøgerne følger af den nationale lovgivning, i sig selv skulle kunne begrunde en undtagelse fra kartelforbudet, finder hverken støtte i artikel 85, stk. 3, eller i Domstolens praksis herom. Da de relevante punkter i beslutningen ikke er baseret på den i artikel 85, stk. 3, litra b), nævnte negative betingelse, kan *Turmacs* argument vedrørende denne betingelse her lades ude af betragtning. De argumenter, der blev fremført under retsmødet vedrørende anvendelsen af artikel 85, stk. 3, angik udelukkende det argument, at prisaftalerne havde til formål at formindske de påståede konkurrencefordrejningers virkning. Jeg har allerede behandlet dette argument, men vil på grund af det under retsmødet anførte eksempel, nemlig udkastet til en gruppefritagelse for automobilsektoren (EFT 1983, C 165) tilføje, at det der omhandlede problem, nemlig parallelindførsler og genudførsel af de pågældende produkter, ikke spiller nogen rolle i denne sag.

Også det her nævnte argument må således forkastes.

5. *Det fjerde anbringende: den anførte tilsidesættelse af EØF-traktatens artikel 190, idet Kommissionen kun ufuldstændigt har taget stilling til sagsøgernes argumenter*

Ifølge sagsøgerne har Kommissionen på alle sagens trin forkastet deres argumenter.

Ifølge sagsøgerne er der intet af disse argumenter at finde i beslutningen.

Under henvisning til præmis 66 i Fedetabdommen er jeg ligesom Kommissionen af den opfattelse, at dette sagsøgernes fjerde anbringende må forkastes. Jeg bemærker herved, at de i denne præmis nævnte faktiske og retlige omstændigheder, som beslutningens lovlighed afhænger af eller ifølge sagsøgerne afhænger af, i dette tilfælde netop er fastslået usædvanlig nøjagtigt og ifølge sagens akter også under hensyntagen til sagsøgernes argumenter, og er nævnt i beslutningen. Også de betragtninger, som har foranlediget Kommissionen til at træffe den pågældende beslutning, må anses for at være fuldt tilstrækkelige til at opfylde kravet om begrundelse i EØF-traktatens artikel 190. Som det tilstrækkeligt er fremgået under retsforhandlingerne, har begrundelsen heller ikke i nogen henseende skadet sagsøgernes faktiske søgsmålsmuligheder.

Også dette fjerde anbringende må derfor forkastes som ubegrundet.

V — Sammenfatning

Da jeg er kommet til det resultat, at alle sagsøgernes anbringender må forkastes som ubegrundede, foreslår jeg sammenfattende Domstolen at træffe følgende afgørelse:

1) Frifindelse, både for så vidt angår sagsøgernes principale som deres subsidiære påstand.

2) Sagsøgerne betaler sagens omkostninger.