FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT J.-P. WARNER FREMSAT DEN 12. MARTS 1980 [1]

Indholdsfortegnelse

Indledning 2267

Begivenhederne, der førte til Kommissionens beslutning af 20. december 1977 2270

Beslutningen af 20. december 1977 2278

DCL's reaktion på beslutningen af 20. december 1977 2279

De omtvistede punkter i den foreliggende sag 2279

DCL's undladelse af at anmelde Prisbetingelserne 2280

Realiteten i DCL's begæring om fritagelse i henhold til artikel 85, stk. 3 2282

De proceduremæssige spørgsmål 2290

Konklusion 2298

Høje Domstol.

Indledning

Den foreliggende sag er anlagt i henhold til EØF-traktatens artikel 173 af Distillers Company Limited (»DCL«) og rettet mod en beslutning fra Kommissionen af 20. december 1977 (78/163/EØF, EFT L 50 af 22. 2. 1978, s. 16). Ved denne beslutning erklærede Kommissionen, at visse restriktioner, som DCL havde pålagt eksporten af sine produkter (skotsk whisky, gin, vodka og Pimm's) fra Det forenede Kongerige til andre EØF-medlemsstater, indebar krænkelser af traktatens artikel 85, stk. 1, og ikke opfyldte betingelserne for en fritagelse i medfør af artikel 85, stk. 3.

DCL blev grundlagt i 1877 ved en sammenslutning af seks fabrikanter af skotsk whisky. Det har nu mere end 70 datterselskaber og tilknyttede selskaber, hvis aktiviteter går videre end fremstilling af alkoholholdige drikkevarer, men størstedelen af koncernens virksomhed består stadig i fremstilling og forhandling af alkoholholdige drikkevarer.

Der er 38 DCL-datterselskaber, der fremstiller alkoholholdige drikkevarer i Det forenede Kongerige. Af disse fremstiller 32 skotsk whisky, 4 fremstiller gin, 1 fremstiller vodka og 1 fremstiller Pimm's. DCL-koncernens samlede omsætning var i det regnskabsår, der sluttede den 31. marts 1977, 847 172 000 UKL, hvoraf omsætningen af drikkevarer var 732 053 000 UKL (med afgifter fradraget 507 473 000 UKL).

De DCL-datterselskaber, der fremstiller skotsk whisky, ejer tilsammen mere end 50 forskellige mærker. Der er standard-

1 — Oversat fra engelsk.

mærker, af hvilke de vigtigste og bedst kendte er Johnnie Walker Red Label, Black & White, Haig White Label, Dewars, White Horse og Vat 69; der er luksusmærker, navnlig Johnnie Walker Black Label, Haig Dimple og The Antiquary; og der er maltwhiskier. Af DCL-koncernens totale salg af skotsk whisky går omkring 15 % til markedet i Det forenede Kongerige, omkring 15 % sker i andre EØF-medlemsstater, og resten består af eksport til den øvrige verden.

For så vidt angår gin er de førende mærker, fremstillet af DCL-datterselskaber, Gordon's, Booth's og High and Dry. I 1973 til 1975 var disse datterselskabers andel af gin-markedet i Det forenede Kongerige omkring 70 %. Deres anslåede markedsandel i de andre EØF-lande var: 44 % i Belgien og Luxembourg og i Danmark; 30 % i Nederlandene; 27 % i Tyskland; 20 % i Frankrig og Italien; og 10 % i Irland.

Ifølge Kommissionen var DCL's andel af markedet for skotsk whisky i Det forenede Kongerige i årene 1973-1977 mellem 40 og 50 %. Dette bestrides af DCL. En tabel på side 11 i DCL's replik angiver et fald i dets markedsandel i perioden fra omkring 50 % ved dennes begyndelse til lidt over 30 % ved dens slutning. I de andre EØF-lande havde DCL i 1975 følgende markedsandele: 54 % i Belgien og Luxembourg, 47 % i Danmark, 35 % i Frankrig, 33 % i Italien og i Tyskland, 32 % i Irland og 29 % i Nederlandene.

Det DCL-datterselskab, der fremstiller vodka, ejer Cossackmærket, som har det næststørste salg i Det forenede Kongerige, og som udgør omkring en fjerdedel af vodkamarkedet dér, som atter er omkring 2 % af det totale spiritusmarked. Mærkets salg i andre EØF-lande synes at være begrænset til Irland og Nederlandene, hvor ifølge DCL — hvis tal ikke bestrides af Kommissionen — mærket udgør henholdsvis 0,43 % og 0,02 % af det totale spiritusmarked.

Hovedkonkurrenterne til DCL's mærker af skotsk whisky i Det forenede Kongerige, og faktisk de mest solgte mærker dér, er Bell's (ejet af Arthur Bell & Sons Limited, et uafhængigt selskab) og Teacher's (ejet af et datterselskab af Allied Breweries Limited). I det kontinentale EØF er de nærmeste konkurrenter til Johnnie Walker Red Label, der er det mest solgte mærke, Ballantine's (ejet af et amerikansk/canadisk multinationalt selskab, Hiram Walker & Co. Limited) og J & B (ejet af bryggeri/hotelgruppen, Grand Metropolitan Hotels Limited).

Pimm's er et enkeltstående produkt, som kun sælges af Pimm's Limited, et DCL-datterselskab. Ifølge DCL er dets andel af det totale spiritusmarked i Det forenede Kongerige kun 0,133 %, og det har betydelige vanskeligheder med at trænge ind på markederne andre steder i EØF. DCL nævner markedsandele på 0,077 % i Frankrig (hvor en speciel formel har måttet udvikles, da den slags limonade, med hvilken Pimm's normalt blandes, ikke er til at få dér), 0,061 % i Irland, 0,031 % i Belgien, Luxembourg og Nederlandene, 0,008 % i Italien, 0,006 % i Tyskland og 0,005 % i Danmark. Heller ikke her bestrider

Kommissionen tallene, men den har anført, at Pimm's måske overhovedet ikke bør betragtes som en spiritusvare.

Hvert af DCL's 38 datterselskaber er ansvarlige for at markedsføre sit eget spiritusmærke eller -mærker. Distributionssystemet er forskelligt for så vidt angår Det forenede Kongerige og de andre EØF-medlemsstater.

I Det forenede Kongerige udpeger DCL-datterselskaberne normalt ikke forhandlere, men sælger direkte til grossister. Salg sker til omkring 1 000 grossister. De er delt op i en »bunden« sektor, der i det væsentlige består af bryggerigrupper, som ejer detailvirksomheder (både butikker og beværtninger), og en »åben« sektor, i hvilken bryggerierne og andre grossister leverer til en lang række detaillister, der omfatter uafhængige butikker, supermarkeder, hoteller osv. Den bundne sektor og den åbne sektor repræsenterer hver for sig ca. halvdelen af markedet.

I resten af EØF er den normale fremgangsmåde, at hvert DCL-datterselskab for hvert land udpeger en eneforhandler af dets mærker. Eneforhandlerne, af hvilke der er ca. 200 i hele Fællesskabet, videresælger sædvanligvis til grossister. Forhandlerne af de forskellige DCL-mærker konkurrerer indbyrdes. De fleste forhandlere sælger også et bredt udvalg af andre vine og andre spiritusvarer.

Den metode, der følges af DCL-datterselskaberne, når de fastsætter priser over for deres grossister i Det forenede Kongerige, stammer fra et tidspunkt, der ligger forud for Det forenede Kongeriges tiltrædelse til Fællesskabet i 1973 (jf. rundskrivelsen af 31. 7. 1970 vedrørende priserne for hjemmemarkedssalget af skotsk whisky — »Home Trade Scotch Whisky Prices« — og den tilsvarende skrivelse vedrørende »Home Trade Gin Prices« af 16. 9. 1972, vedlagt replikken). Metoden består i at fastsætte en bruttopris og derfra i givet fald at fratrække en række godtgørelser, rabatter og nedslag. Disse har fra tid til anden omfattet:

— en »engrosrabat« til kunder, som køber et mindstekvantum;

— en »samlet kvantumsrabat« indrømmet på grundlag af det kvantum spiritus, kunden køber fra DCL-datterselskaberne i et givet år;

— en »særlig efterfølgende rabat« (ophørt fra 31. 3. 1978) — i virkeligheden en loyalitetsrabat;

— en »præstations-bonusrabat«, som var en målbonus, der kun blev indrømmet ved køb af skotsk whisky i perioden marts 1977 til marts 1978, hvor køb af DCL-mærker i årets løb udgjorde mindst 95 % af det samlede køb i det foregående år;

— et »kontant-nedslag«, ydet på afgiftsberigtigede spiritusvarer, for hvilke

kunderne betaler kontant i forbindelse med ordreafgivelsen;

— »salgsfremmende godtgørelser«, ydet af individuelle DCL-datterselskaber som bidrag til særlige salgsfremstød for deres mærker.

En lignende metode anvendes ved fastsættelsen af priserne over for eneforhandlerne af DCL-spiritusvarer i andre EØF-medlemsstater. For hvert mærke er der en ensartet bruttopris, hvori fradrages en forhandlergodtgørelse og i givet fald et kontantnedslag. DCL-datterselskaber bidrager også i visse tilfælde til de udgifter, som deres eneforhandlere har ved at annoncere eller på anden måde fremme salget af deres mærker.

Før jeg går over til de begivenheder, der førte til Kommissionens beslutning af 20. december 1977, må jeg nævne to yderligere forhold i forbindelse med situationen i Det forenede Kongerige.

Det ene er, at alle priser på spiritusvarer, der blev leveret til markedet i Det forenede Kongerige, indtil for ganske nyligt blev kontrolleret af Prisnævnet (Price Commission), som blev oprettet i henhold til lov af 1973 om bekæmpelse af inflation *(Counter-Inflation Act)*. Eksportpriser var ikke undergivet denne kontrol.

Det andet forhold er, at forbrugsafgift i Det forenede Kongerige skal betales på det tidspunkt, hvor varerne fraføres toldoplag. Spiritus, der er bestemt til eksport, omsættes som oplagte varer, indtil de fraføres toldoplaget. Der er ikke nogen ordning med tilbagebetaling af afgift ved fraførelse fra toldoplag, hvis varerne derefter eksporteres.

Begivenhederne, der første til Kommissionens beslutning af 20. december 1977

De aftaler, som DCL-datterselskaberne indgår med henholdsvis deres kunder i Det forenede Kongerige og deres eneforhandlere i andre medlemsstater, har været genstand for særskilte procedurer for Kommissionen.

Procedurerne i forbindelse med aftalerne med eneforhandlerne er kun af marginal betydning i den foreliggende sag. De har verseret i lang tid. En standardforhandleraftale blev anmeldt af DCL til Kommissionen så tidligt som 31. januar 1963. Siden 1965 synes det, som om aftalen mellem White Horse Distillers Limited og dets forhandler i Frankrig (nu Corima SA) er blevet betragtet som repræsentativ for de andre aftaler. En række ændringer i aftalen er blevet foreslået af Kommissionen og accepteret af DCL. Der har været gentagne klager fra DCL over for Kommissionen i anledning af den manglende afslutning af proceduren. Det blev tilsyneladende i august 1976 antydet over for DCL, at godkendelsen af aftalen var afhængig af den opfattelse, som Kommissionen måtte nå til i forbindelse med Prisbetingelserne i Det forenede Kongerige, som man da var begyndt at undersøge. De seneste skridt i White Horse/Corima proceduren har været Kommissionens fremsendelse af en meddelelse af klagepunkter af 7. juli 1977 og DCL's afgivelse af et skriftligt »svar« af 2. august 1977 på denne meddelelse.

Jeg går herefter over til aftalerne mellem DCL-datterselskaberne og deres kunder i Det forenede Kongerige.

Den 30. juni 1973 anmeldte DCL på sine datterselskabers vegne til Kommissionen et sæt type-»Salgsbetingelser«, idet det begærede fritagelse i hehold til artikel 85, stk. 3. Dette var en formel anmeldelse foretaget på skema A/B, som foreskrevet i *Kommissionens forordning (EØF) nr. 1133/68.* Betingelserne omfattede en klausul 5 (b), hvorefter varerne, hvis de blev solgt i flasker til levering i Storbritannien, ikke måtte videresælges til levering uden for Storbritannien. Klausulen skulle medtages i forbindelse med alle videresalg. Dette var selvsagt et udtrykkeligt eksportforbud, bl.a. gældende for EØF-landene. Det blev suppleret af klausul 6, som bestemte, at de af varerne, som blev solgt i uberigtiget stand fra toldoplag, ikke måtte videresælges eller på anden måde overdrages af køberen, før varen var fraført toldoplag, og efter at den fulde afgift gældende for varer til forbrug i Det forenede Kongerige var blevet betalt af køberen. Den i Det forenede Kongerige gældende afgiftssats var og er så høj, at forbudet mod at videresælge varer i uberigtiget stand fra toldoplag gjorde eksporten af dem håbløs urentabel.

Anmeldelsen nævnte intet om fremgangsmåden ved fastsættelse af hjemmemarkedspriserne. Som svar på spørgsmal III (1) i skema A/B, som af betydning for den foreliggende sag bestemmer: »Oplys om og i hvilket omfang aftalen ... vedrører ... overholdelsen af bestemte indkøbs- eller salgspriser, rabatter eller forretningsbetingelser i øvrigt«, erklærede DCL: »betingelserne vedrører ingen af disse forhold med undtagelse af det, som er nævnt som svar på afsnit II (3) (d) ovenfor«. Som svart på spørgsmål II (3) (d) havde DCL erklæret:

»Formålene med betingelserne er at fastlægge de vilkår, på grundlag af hvilke salg af varerne finder sted i Det forenede Kongerige. Visse af disse vilkår tilsigter at supplere selskabets regler vedrørende forhandlingen af varerne på andre markeder og således at gøre det muligt for forhandlerne at anvende de mest økonomiske og effektive midler for distribution og på samme tid at imødekomme kundernes krav og at konkurrere med de mange andre mærker af alkoholholdige drikkevarer.«

DCL anførte for Domstolen, at fremgangsmåden ved fastsættelsen af hjemmemarkedspriserne på det tidspunkt ikke blev betragtet som relevant med henblik på artikel 85, idet den kun blev anvendt på salg i Det forenede Kongerige, og idet Salgsbetingelserne udelukkede, at kunder, der købte til disse priser, kunne eksportere fra Det forenede Kongerige.

Kommissionens modtagelse af anmeldelsen blev fulgt op ved brevveksling mellem DCL og Kommissionen og ved møder mellem repræsentanter for hver af dem. Detaljerne er ikke betydningsfulde.

Den 24. juni 1975 tilstillede DCL sine datterselskabers kunder i Det forenede Kongerige en rundskrivelse, hvis overskrift var »Betingelser for salg på hjemmemarkedet samt Prisbetingelser«. Brevet er så betydningsfuldt, at jeg må læse det op næsten i dets fulde omfang. I brevet udtaler DCL:

»Efter fællessmarkeds-folkeafstemningen skal vi herved på vore datterselskabers vegne skrive til Dem for at underrette Dem om ændringen af Salgsbetingelserne vedrørende disse selskabers salg af spiritus til Dem og de andre hjemmemar-

kedskunder og også for at klargøre og bekræfte det grundlag, på hvilket de forskellige godtgørelser, rabatter og nedslag tilbydes Dem og koncernens selskabers øvrige kunder.

Salgsbetingelser

De salgsbetingelser, som har været gældende for hjemmemarkedet fra før Det forenede Kongerige tiltrådte fællesmarkedet, indeholder et forbud mod eksport. Betingelserne, herunder dette forbud, blev anmeldt for EØF-myndighederne i Bruxelles ...

Efter folkeafstemningen ændrer vi nu Salgsbetingelserne for at tillade kunderne på hjemmemarkedet at eksportere til andre fællesmarkedslande. Det bør imidlertid bemærkes, at eksport kun er tilladt til forbrug inden for fællesmarkedet: eksport til lande uden for fællesmarkedet er stadig forbudt.

Vedlagt (som bilag I) er en kopi af de ændrede Salgsbetingelser, som fra nu af og indtil yderligere meddelelse skal anvendes på alle hjemmemarkedssalg til Dem ...

Prisbetingelser

Vi må gøre det klart, at, selv om de ændrede Salgsbetingelser tillader eksport til forbrug i andre fællesmarkedslande, så er formålet med de forskellige godtgørelser, rabatter og nedslag at imødekomme de særlige behov på hjemmemarkedet, og vore kunder er berettiget til disse, hvis varerne faktisk forbruges i Det forenede Kongerige.

Hvis De derfor ønsker at købe med henblik på eksport til andre fællesmarkedslande, bør De angive dette i Deres ordre, og køb kan kun foretages til bruttopris.

Vi håber, at alle kunder vil samarbejde med henblik på at få et enkelt og hensigtsmæssigt system til at fungere. Hvis en kunde imidlertid opnår eller gør fordring på hjemmemarkedsgodtgørelser, rabatter eller nedslag for varer, som vedkommende har købt, og nogle af disse varer kommer i handelen på markedet i noget land uden for Det forenede Kongerige, er alle selskaber i DCL-koncernen berettiget til herefter kun at sælge til en sådan kunde til bruttopris.

Vedlagt (som bilag II) findes et notat vedrørende visse kontraktmæssige bestemmelser, som på autoritativ måde fastsætter og uddyber de forannævnte principper: og som indtil senere meddelelse vil være den del af enhver kontrakt, der herefter indgås mellem noget selskab i DCL-koncernen og nogen hjemmemarkedskunde (som Dem selv) vedrørende sidstnævntes køb af spiritusvarer.«

Som angivet i skrivelsen, var der vedlagt 2 bilag.

Bilag I indeholdt de »ændrede Salgsbetingelser«. I den ændrede version var forbudet i klausul 5 (b) begrænset til eksport uden for EØF og den tidligere klausul 6 vedrørende salg af varer i uberigtiget stand fra toldoplag var ophævet.

Bilag II havde overskriften »Visse kontraktmæssige bestemmelser (vedrørende priser) til supplering af Salgsbetingelserne«. Efter at have erindret om, at DCL ikke selv handlede med varer, definerede bilaget begrebet »sælger« som omfattende ethvert DCL-datterselskab og begrebet »køber« som omfattende enhver kunde hos et af datterselskaberne. Bilaget fortsatte:

»(2) Alle godtgørelser, nedslag og rabatter, af en hvilken som helst art

(både umiddelbare og udsatte), ydet eller betalt af sælger eller på sælgers vegne til køber ved hjælp af nedsættelse af bruttoprisen på varer, der er omfattet af en kontrakt mellem køber og sælger (sådanne godtgørelser, nedslag og rabatter omtales i det følgende samlet som 'prisgodtgørelser') har til formål at tage hensyn til de særlige markedsforhold i Det forenede Kongerige. Hvis sælger måtte have en rimeligt begrundet formodning om, at noget kvantum af en sådan vare er blevet eller vil blive forbrugt uden for Det forenede Kongerige, skal sælger have ret til (uden at foregribe andre rettigheder) at forlange, at køber betaler bruttoprisen uden nedsættelse i prisen med nogen prisgodtgørelse for enhver mængde vare, der leveres af sælger til køber (hvadenten det sker i henhold til forannævnte kontrakt eller til en senere kontrakt), indtil det tidspunkt og i det omfang køber på en for sælger tilfredsstillende måde kan godtgøre, at den omtalte mængde vil blive forbrugt i Det forenede Kongerige, DOG SÅLEDES at sælgeren, når dette godtgøres, skal sikre, at køber snarest modtager de pågældende prisgodtgørelser samt rimelige renter, beregnet i forhold til de respektive perioder, i hvilke køber (hvis de foregående bestemmelser i dette afsnit 2 ikke havde eksisteret) ville have været berettiget til de pågældende prisgodtgørelser.«

Afsnit (3) definerede det bevis, der i forbindelse med afsnit (2) ville være grundlag for »en rimelig begrundet formodning hos sælger« om, at et parti varer ville blive forbrugt uden for Det forenede Kongerige.

Endelig fastslog afsnit (4): »De foregående bestemmelser udgør tillæg til Salgsbetingelserne (genstanden for bilag I).«

Indholdet af bilag II er under retsforhandlingerne blevet omtalt som »Prisbetingelserne«. Som Domstolen vil se, indførte de et dobbeltstrenget prissystem, hvorefter kunder i Det forenede Kongerige skulle betale lavere priser, hvis de spiritusvarer, som de købte, var bestemt til forbrug i Det forenede Kongerige, end hvis de var bestemt til eksport.

Brevvekslingen mellem DCL og Kommissionen fortsatte. Den 3. juli 1975 og igen den 8. juli 1975 skrev DCL til Kommissionen som svar på de af Kommissionen rejste klagepunkter. I det sidste brev henviste DCL til de ændrede Salgsbetingelser. Det udtalte:

»En ændring af disse betingelser for at bringe dem i overensstemmelse med artikel 85 i Rom-traktaten har været overvejet i nogen tid. Efter den nylige folkeafstemning om fællesmarkedsmedlemskabet har DCL-datterselskabernes kunder i Det forenede Kongerige fået meddelelse om ændrede salgsbetingelser, som i fremtiden skal anvendes på alle salg til sådanne kunder. Vi vedlægger som bilag til dette brev en kopi af de ændrede salgsbetingelser, hvoraf De vil se, at forbudet mod eksport fra Det forenede Kongerige til andre lande inden for EØF er blevet fjernet. Vi mener, at de ændrede betingelser er i fuld overensstemmelse med artikel 85.«

Bilaget til brevet indeholdt teksten af bilag I til DCL's rundskrivelse af 24. juni 1975. DCL gav ikke Kommissionen nogen antydning af eksistensen af rundskrivelsen eller af bilag II til denne.

I mellemtiden var der imidlertid den 27. juni 1975 offentliggjort en artikel i Financial Times med overskriften »'Unofficial' whisky exports scotched« (»'uofficiel' eksport af whisky stoppet«), som henviste til rundskrivelsen, og som i store træk beskrev det dobbeltstrengede prissystem, der var indført.

Denne artikel gjorde Kommissionen opmærksom på problemet; den skrev den 4. juli 1975 til DCL et brev, som under postforsendelsen synes at have krydset DCL's brev af 8. juli 1975. Kommissionen henledte DCL's opmærksomhed på artiklen og udbad sig kommentarer, oplysninger og dokumenter. Det blev nævnt, at begæringen blev fremsat i henhold til artikel 11 i *forordning nr. 17.*

DCL svarede i et brev af 11. juli 1975, hvori det vedlagde den fulde tekst af rundskrivelsen og af de to bilag. Det af DCL fremførte synspunkt, som det har opretholdt under retsforhandlingerne, var, at der ikke var sket ændringer i forbindelse med de forskellige nedslag, som dets datterselskaber tilbød kunderne i Det forenede Kongerige. Det skrev:

»Det, som er sket ved brevet af 24. juni til disse kunder, er en klargøring og bekræftelse af det grundlag, på hvilket disse nedslag tidligere er blevet tilbudt, nemlig at de anvendes på skotsk whisky solgt til forbrug i Det forenede Kongerige«.

I sin anerkendelse af DCL's brev af 11. juli 1975, hvilket skete ved brev af 19. august 1975, skrev Kommissionen: »Vil De venligst anvende journalnummer IV/ 28.282 i forbindelse med enhver fremtidig brevveksling vedrørende Deres Salgsbetingelser«. Derefter, og idet den henviste til de »nye bestemmelser i Deres Salgsbetingelser af 24. juni 1975 vedrørende ydelse af godtgørelser, nedslag og rabatter,« skrev Kommissionen, at disse syntes at have til formål at hindre paralleleksport til andre EØF-lande og i dette omfang at være i strid med artikel 85, stk. 1, i traktaten; Kommissionen anmodede om yderligere oplysninger i henhold til artikel 11 i *forordning nr. 17.*

Et af de spørgsmål, som retten må afgøre, er, om DCL under disse omstændigheder kan kræve fritagelse i henhold til artikel 85, stk. 3, for så vidt angår Prisbetingelserne, uanset eksistensen af bestemmelserne i artiklerne 4, stk. 1, og 6, stk. 1, i *forordning nr. 17* vedrørende anmeldelse og bestemmelserne i *forordning nr. 1133/68* vedrørende formen for disse anmeldelser.

Den 18. maj 1976 modtog Kommissionen en klage i henhold til artikel 3, stk. 2, litra b), i *forordning nr. 17* fra en gruppe forhandlere af skotsk whisky i Glasgow-området, det bestod af et ikkeregistreret familieselskab, A. Bulloch & Co., og fire aktieselskaber, A. Bulloch (Agencies) Ltd., John Grant (Blenders) Ltd., Inland Fisheries Ltd. og Classic Wines Ltd., ejet og i det væsentlige ledet af medlemmerne af den samme familie. (Jeg skal herefter omtale dem kollektivt som »Bulloch«. De har interveneret, som Domstolen vil erindre, i den foreliggende sag). Klagen gjorde gældende, at DCL's Prisbetingelser var en overtrædelse af artiklerne 85 og 86 i traktaten, og at Bulloch's virksomhed derigennem var blevet skadet.

I brev af 26. maj 1976 oplyste Kommissionen DCL om eksistensen af klagen.

En ændring i Prisbetingelserne blev meddelt af DCL til dets datterselskabers kunder i Det forenede Kongerige ved brev af 23. februar 1977. Prisen for whisky, der var bestemt til forbrug i andre EØF-medlemsstater, skulle i fremtiden være den af eneforhandlerne i disse lande betalte bruttopris (»EØF-bruttoeksportprisen«) og ikke hjemmemarkedsbruttoprisen. DCL oplyste (blandt mange andre ting) Kommissionen om ændringen i brev af 25. februar 1977.

Det kan være nyttigt, hvis jeg her stopper op for at angive, hvad der på daværende tidspunkt var den gældende prisstruktur for DCL standardmærker af skotsk whisky. Jeg har taget tallene fra Kommissionens resultater, således som de er nedfældet i dens beslutning. (Disse resultater vedrørte udtrykkeligt Johnnie Walker Red Label, men sagen er blevet ført ud fra det synspunkt, at disse resultater var typiske). Hjemmemarkedsbruttoprisen (eksklusive forbrugsafgift og moms) var 13,61 UKL pr. kasse med 12 flasker. Prisgodtgørelser for salg til grossister på markedet i Det forenede Kongerige var gennemsnitlig 5,41 UKL pr. kasse, hvilket førte til en gennemsnitsnettopris på 8,20 UKL. EØF-bruttoeksportprisen var 13,51 UKL pr. kasse, hvori en eneforhandler ville modtage en forhandlergodtgørelse på 4,62 UKL og kunne modtage et kontantnedslag på 54 pence. Hvis han modtog begge, ville nettoprisen for ham derfor være 8,35 UKL. Gennemsnitlig tjente DCL derfor 15 pence pr. kasse mindre på sit salg på markedet i Det forenede Kongerige, end det tjente på sit salg til eneforhandlere i andre medlemsstater. Hvad der er af størst betydning for den foreliggende sag, er imidlertid, at en grossist i Det forenede Kongerige, der ønskede at eksportere til andre medlemsstater, måtte betale omkring 5,16 UKL mere pr. kasse end en eneforhandler i disse stater (dvs. forskellen mellem 8,35 UKL og 13,51 UKL).

Den 7. marts 1977 modtog Kommissionen fra et London-firma ved navn Madison, Benson & Carter Ltd. en yderligere klage i henhold til artikel 3, stk. 2, litra b), i *forordning nr. 17*, der vedrørte vanskeligheden med at erhverve DCL-skotsk whisky til eksport.

Den omfattende brevveksling, som var fortsat mellem DCL og Kommissionen, kulminerede, da Kommissionen den 22. april 1977 tilsendte DCL en meddelelse af klagepunkter vedrørende dets Salgs- og Prisbetingelser. Meddelelsen af klagepunkter angav, at Kommissionen havde til hensigt:

(a) at fastslå, at forbudet mod eksport og forbudet mod videresalg af varer i uberigtiget stand fra toldoplag, der blev anvendt indtil den 24. juni 1975 i henhold til klausul 5 (b) og 6 i Salgsbetingelserne, var en overtrædelse af artikel 85, stk. 1, og ikke opfyldte betingelserne for en fritagelse i henhold til artikel 85, stk. 3;

(b) at fastslå, at forbudet mod eksport til lande uden for EØF var i strid med artikel 85, stk. 1, og ikke opfyldte betingelserne for en fritagelse;

(c) at fastslå, at Prisbetingelserne var i strid med artikel 85, stk. 1, og at kræve, at DCL bragte denne overtrædelse til ophør.

Hvad angår DCL's krav om fritagelse for Prisbetingelserne i henhold til artikel 85, stk. 3, fastslog meddelelsen af klagepunkter som Kommissionens opfattelse, at dette spørgsmål ikke behøvede at blive undersøgt, da Prisbetingelserne ikke var blevet anmeldt i overensstemmelse med bestemmelserne i *forordning nr. 17,* men tilføjede, at Prisbetingelserne alligevel under ingen omstændigheder opfyldte betingelserne for fritagelse i henhold til artikel 85, stk. 3.

Kopier af de klager, som Kommissionen havde modtaget fra Bulloch og fra Madison, Benson & Carter Ltd., blev af Kommissionen fremsendt til DCL den 13. maj 1977. For så vidt angår Bullochklagen blev næsten 19 sider ud af et samlet antal på 35 udeladt. DCL, der accepterede, at det var retmæssigt af Kommissionen af fjerne afsnit vedrørende Bulloch's egne forretningshemmeligheder, insisterede dog på at få en mere fuldstændig tekst. Dette krav blev afvist af Kommissionen af grunde, som den præciserede på følgende måde i et telex til DCL af 27. maj 1977:

»... mens Kommissionen er forpligtet til at informere indklagede fuldt ud om de forhold, som sandsynligvis vil være relevante for en beslutning, har den ingen forpligtelse udover dette til at fremlægge kopier af klager, hverken fuldstændigt eller delvist. Kommissionens vurdering af denne sag er fuldt ud baseret på oplysninger, som blev fremlagt af DCL, og udelukkende på de fakta, som der er redegjort for i meddelelsen af klagepunkter. Da klagerne syntes at bekræfte Kommissionens synspunkt, hvorefter whiskyforhandlere skades af DCL's handlemåde, og for at oplyse Dem om dette, blev de relevante udskrifter af klagerne fremsendt til Dem. De udeladte sider indeholder oplysninger, som enten er fortrolige eller uden betydning for en forståelse af sagen. Alt det materiale, som Kommissionen støtter sig på, eller som kan have indflydelse på dens opfattelse, er blevet meddelt Dem . . .«.

Den 16. juni 1977 sendte DCL til Kommissionen, hvad den kaldte sin »replik« til meddelelsen af klagepunkter. For at undgå forveksling med den replik, som er en del af skriftvekslingen for Domstolen, (og i overensstemmelse med sprogbrugen i artikel 3, stk. 2, i *Kommissionens forordning nr. 99/63/EØF),* vil jeg omtale dette dokument som DCL's »skriftlige bemærkninger«. Dokumentet blev uddybet i de følgende uger og måneder ved fremlæggelse af seks tillæg.

DCL forsøger ikke at forsvare forbudet i de tidligere klausuler 5 (b) og 6 i Salgsbetingelserne. Det anerkendes navnlig, at disse forbud ikke var »nødvendige« (i traktatens art. 85, stk. 3, litra a)'s forstand) for at nå målet vedrørende forbedringen af forhandlingen af dets varer. DCL bestred derimod anvendelsen af artikel 85, stk. 1, på forbudet mod eksport til lande uden for EØF.

DCL anerkendte, at Prisbetingelserne var omfattet af artikel 85, stk. 1, men hævdede, at de skulle fritages i henhold til artikel 85, stk. 3. Det gjorde gældende, at manglen på en formel anmeldelse af betingelserne ikke havde betydning. Materielt set var kernen i DCL's sag, ligesom det har været for Domstolen, at markedsbetingelserne i Det forenede Kongerige og i de kontinentale medlemsstater er så forskellige,

at de kræver forskellige forhandlingsmetoder. I Det forenede Kongerige er der, fordi skotsk whisky er et veletableret produkt, og fordi bryggerierne kontrollerer en stor del af detailhandelen, en intens priskonkurrence. I de kontinentale lande på den anden side har whisky en meget mindre del af spiritusmarkedet, og kan af forskellige grunde ikke konkurrere prismæssigt med lokale spiritusvarer. Salg af whisky må derfor aktivt fremmes. Dette indebærer udgifter for eneforhandlerne. Eneforhandlerne ville ikke have råd til at afholde denne udgift, hvis deres priser kunne underbydes af paralleleksportører, som ikke behøvede at afholde den. Det samme mærke skotsk whisky kan derfor ikke effektivt forhandles i Det forenede Kongerige og i de kontinentale medlemsstater, medmindre paralleleksportører betaler en forhøjet pris, der afspejler eneforhandlerens udgifter til salgsfremme. DCL fremhævede, at denne udgift ikke var begrænset til at avertere gennem medierne. Den omfattede markedsundersøgelser, ansættelse af sælgere, levering af »salgsstedsmaterialer« (»optics« osv.), uddannelse af bartendere, behandling af kundeklager, og naturligvis lageradministration. Den omfattede også beskyttelse af mærket mod forfalskning, hvilket notorisk er vidt udbredt på whiskymarkedet, og som antager mange forskellige former, som f.eks. genfyldning af flasker med ægte spiritusvarer, brug af forfalskede etiketter, samt mere almindelige former for varemærkeovertrædelser.

En mundtlig høring blev afholdt af Kommissionen den 23. juni 1977, ved hvilken Bulloch og DCL var repræsenteret. En kopi af det første tillæg til DCL's skriftlige bemærkninger, bestående af en »økonomisk vurdering« af Lady Hall, en fremtrædende økonom fra Oxford, blev overgivet af DCL til Kommissionen den nævnte dato.

Det andet tillæg fulgte den 28. juni 1977 og det tredje den 26. juli 1977.

Det fremgår, at man under den mundtlige høring og igen under et uformelt møde den 19. juli 1977 mellem repræsentanter fra DCL og Kommissionen, rejste spørgsmålet, om forskellen i priserne, som DCL krævede af paralleleksportører på den ene side og af dets eneforhandlere på den anden, rent faktisk afspejlede de sidstnævntes ekstra omkostninger. DCL foretog derefter en detaljeret undersøgelse af sine eneforhandleres omkostninger. (Det anførtes for Domstolen, på DCL's vegne, at det næsten sikkert ikke havde kunnet sikre sig sine eneforhandleres samarbejde i en sådan undersøgelse på et tidligere tidspunkt, dvs. uden det pres, der var lagt på eneforhandlerne som følge af eksistensen af Kommissionens meddelelse af klagepunkter).

Den 21. september 1977 tilskrev DCL Kommissionen og bekræftede, at resultaterne af dets undersøgelse af disse omkostninger ville blive overgivet til Kommissionen den 21. oktober.

DCL blev derefter meddelt, at dets sag måske ville blive behandlet af Det rådgivende Udvalg i henhold til artikel 10 i *forordning nr. 17* på et møde den 19. - 21. oktober 1977. Den 11. oktober 1977 skrev DCL igen til Kommissionen og udtrykte sin beklagelse over udsigten til, at Det rådgivende Udvalg skulle

behandle et udkast til beslutning uden at have resultaterne af undersøgelsen foran sig, da de forhandleromkostninger, der ikke blev båret af parallelimportører, var »så afgørende for problemet«.

Resultaterne af undersøgelsen for så vidt angår forhandlerne af skotsk whisky var indeholdt i det fjerde tillæg til DCL's skriftlige bemærkninger. Dette viste, at deres ekstraomkostninger i gennemsnit var 5,07 UKL pr. kasse.

Det fjerde og femte tillæg, begge daterede den 20. oktober 1977, nåede faktisk frem til Kommissionen om morgenen den 21. oktober. Den samme dag mødtes Det rådgivende Udvalg og udarbejdede sin rapport om sagen. Kommissionen (svarskrift afsnit 172-174) har anført, at udvalget under mødet, og inden det traf beslutning, blev informeret om, at det fjerde tillæg var kommet frem og støttede de tal, som DCL havde fremsat i sine skriftlige bemærkninger; at udvalget på samme måde var blevet informeret om modtagelsen af det femte tillæg og om dets indhold; men at udvalget besluttede ikke at udsætte sagen for at studere disse tillæg yderligere. (Det femte tillæg indeholdt DCL's begrundede svar på spørgsmål rejst af Kommissionens tjenestemænd under og efter den mundtlige høring vedrørende DCL's muligheder for at ændre dets prissystem).

Det er også af betydning, at referatet af den mundtlige høring ikke forelå, heller ikke i udkast, på dagen for mødet i Det rådgivende Udvalg. Udkast til referat blev sendt til parterne den 25. oktober 1977, og ændringer, af Kommissionen beskrevet som »mindre«, blev modtaget fra DCL den 15. november 1977.

Den 24. november 1977 blev det sjette (og sidste) tillæg overgivet af DCL til Kommissionen. Det indeholdt resultaterne af DCL's undersøgelse af omkostningerne for eneforhandlerne af gin.

Beslutningen af 20. december 1977

Lidt under en måned senere, den 20. december 1977, vedtog Kommissionen den beslutning, som er genstand for den foreliggende sag. I beslutningen fastslog Kommissionen:

(a) At forbudet mod eksport og mod videresalg i uberigtiget stand fra toldoplag, som var indeholdt i DCL's Salgsbetingelser indtil den 24. juni 1975, var en overtrædelse af artikel 85, stk. 1, og ikke kunne opnå fritagelse i henhold til artikel 85, stk. 3;

(b) at Prisbetingelserne var en overtrædelse af artikel 85, stk. 1, og ikke kunne opnå fritagelse i henhold til artikel 85, stk. 3, både på grund af undladelsen af at anmelde dem, og fordi de ikke opfyldte betingelserne i artikel 85, stk. 3;

(c) pålagde DCL og dets datterselskaber at afstå fra at anvende Prisbetingelserne for så vidt de begrænsede eksport fra Det forenede Kongerige til andre EØF-lande.

Kommissionen fandt ikke, at Salgsbetingelserne var en overtrædelse af traktaten, for så vidt de forbød eksport til ikke-EØF lande. Den pålagde heller ikke DCL en bøde.

DCL's reaktion på beslutningen af 20. december 1977

DCL reagerede på beslutningen ved at bekendtgøre, at det straks ophørte med at anvende det dobbeltstrengede prissystem, samtidig med at det tog visse yderligere forholdsregler, der, efter hvad det forklarede, var dikteret af overbevisningen om, at det ikke i fremtiden ville være muligt for det samme mærke skotsk whisky både at konkurrere effektivt i Det forenede Kongerige og i det kontinentale EØF at modtage den grad af salgsfremme, som var nødvendig for dér at kunne konkurrere effektivt. Disse forholdsregler bestod i, at man i Det forenede Kongerige indstillede salget af et standardwhiskymærke, Johnnie Walker Red Label, og et luksusmærke, Haig Dimple, og i at man anmodede Prisnævnet i Det forenede Kongerige om tilladelse til at forøge priserne på fire andre standardmærker, Black & White, Vat 69, Dewars og White Horse, med 5,94 UKL pr. kasse og prisen på to luksusmærker, The Antiquary og Johnnie Walker Black Label, med 3,00 UKL pr. kasse. Haig White Label skulle fortsat sælges i Det forenede Kongerige til sin gældende pris. Prisnævnet gav DCL den ansøgte tilladelse, undtagen for så vidt angår Dewars, for hvilken prisforhøjelsen blev begrænset til 3,00 UKL pr. kasse, og for så vidt angår White Horse, for hvilken man ikke tillod nogen prisforhøjelse overhovedet. Et af DCL-datterselskaberne har introduceret et nyt standardmærke af skotsk whisky ved navn »John Barr«, som sælges i den karakteristiske firkantede flaske, der forbindes med Johnnie Walker. DCL tog ikke tilsvarende skridt for så vidt angår andre spiritusvarer.

Kommissionen har erklæret, at man ikke må opfatte situationen således, at den skulle have accepteret, at disse af DCL trufne foranstaltninger var en retmæssig opfyldelse af dens beslutning. Dette er en sag, som Kommissionen må tage op med DCL, afhængig af resultatet af den foreliggende sag. Spørgsmålet kan ikke have nogen relevans for resultatet af denne sag.

De omtvistede punkter i den foreliggende sag

Under den foreliggende sag søger DCL at opnå, at det fastslås, at hele beslutningen af 20. december 1977 er ugyldig, og subsidiært at det fastslås, at beslutningen er ugyldig for så vidt som den angår anvendelsen af artikel 85, stk. 3, på Prisbetingelserne.

Det blev imidlertid på DCL's vegne gjort klart for Domstolen, at påstanden vedrørende hele beslutningen kun var baseret på eksistensen af væsentlige formelle mangler under den procedure, der førte til beslutningen. Disse var:

(a) At et antal vigtige dokumenter ikke tilstrækkeligt var blevet taget i betragtning, eller slet ikke var blevet taget i betragtning, af Det rådgivende Udvalg, nemlig:

(i) Lady Hall's »økonomiske vurdering«, som, hvad der fremgik af Kommissionens duplik (afsnit 66), ikke var blandt »de vigtigste dokumenter«, som var opført af Kommissionen, da den under-

rettede om mødet i udvalget i henhold til artikel 10, stk. 5, i *forordning nr. 17;*

(ii) det fjerde og det femte tillæg til DCL's skriftlige bemærkninger, som man vil erindre først nåede frem om morgenen den dag, da udvalget mødtes;

(iii) det sjette tillæg og møderefe-ratet fra mødet den 23. juni 1977, som ikke var disponible før efter ovennævnte dato.

(b) At Kommissionen havde givet DCL en kopi af Bulloch-klagen, som var blevet censureret i et utilladeligt omfang.

(c) At Kommissionens beslutning hvad angår Pimm's var baseret på »utilstrækkelige og/eller modsigende grunde«.

DCL bestrider ikke den materielle rigtighed af Kommissionens beslutning, for så vidt beslutningen fastslog, at forbudet mod eksport og mod videresalg i uberigtiget stand fra toldoplag, der var indeholdt i DCL's oprindelige Salgsbetingelser, var en overtrædelse af artikel 85, stk. 1, og ikke kunne opnå fritagelse i henhold til artikel 85, stk. 3; eller for så vidt den fastslog, at det dobbeltstrengede prissystem, der var gældende fra den 24. juni 1975, var omfattet af artikel 85, stk. 1. DCL's eneste materielle indsigelse er, at Kommissionen ikke burde have afslået at fritage Prisbetingelserne i henhold til artikel 85, stk. 3.

De vigtigste omtvistede punkter i den foreliggende sag er derfor:

(i) Om, og i hvilket omfang, beslutningen kan være blevet gjort ugyldig ved mangler under den administrative procedure;

(ii) om manglen på en formel anmeldelse af Prisbetingelserne hindrede, at de kunne fritages i henhold til artikel 85, stk. 3; og

(iii) om i benægtende fald, Kommissionens beslutning, hvorefter Prisbetingelserne ikke opfyldte betingelserne for fritagelse i henhold til artikel 85, stk. 3, kan opretholdes.

Jeg vil lade spørgsmålene vedrørende den fulgte procedure vente til sidst og begynde med at undersøge det omtvistede problem vedrørende anmeldelsen.

DCL's undladelse af at anmelde Prisbetingelserne

DCL accepterer, at Prisbetingelserne »teknisk set« ikke blev anmeldt i overensstemmelse med de relevante bestemmelser i *forordning nr. 17* og *forordning nr. 1133/68.*

I et forsøg på at undgå konsekvenserne af denne undladelse fremførte det, hvad der må anses for i det væsentlige fire argumenter.

Det første var, at anmeldelsen af Salgsbetingelserne omfattede Prisbetingelserne, fordi Prisbetingelsernes formål var det samme som eksportforbudets formål, dvs. beskyttelse af eneforhandlerne i de kontinentale medlemsstater mod paralleleksport til de priser, der praktiseredes i Det forenede Kongerige. Prisbetingelserne, gjorde DCL gældende, var et mindre drastisk middel til at nå dette formål.

Efter min mening holder dette argument ikke for en nøjere undersøgelse. Det er for denne sag irrelevant, om Prisbetingelserne var eller ikke var et mindre drastisk middel til at nå formålet (et spørgsmål

om hvilket DCL og Kommissionen var uenige). Det er ikke formål, men (i den her foreliggende forbindelse) »aftaler«, som skal anmeldes i henhold til artikel 4, stk. 1, i *forordning nr. 17.* Man kan ikke på grundlag af en rimelig læsning af DCL's anmeldelse af 30. juni 1973 på skema A/B betragte denne som en anmeldelse af DCL's prisfastsættelsesmetode overfor dets kunder i Det forenede Kongerige. Tværtimod, svarene i anmeldelsen til spørgsmålene II (3) (d) og III (1), som jeg har læst op, var affattet på en sådan måde, at man undgik at afsløre metoden. DCL kan have ret, når det anfører, at det af de af mig tidligere omtalte grunde ikke på daværende tidspunkt var forpligtet til at afsløre metoden, men det kan ikke nu gøre gældende, at det med denne anmeldelse afslørede den.

For det andet hævdede DCL, at en særskilt anmeldelse af Prisbetingelserne i 1975 var unødvendig, fordi de altid var blevet anvendt på salg i Det forenede Kongerige. Dette argument må også efter min mening afvises. Selv om DCL har ret, når det anfører, at Prisbetingelserne ikke skulle anmeldes i 1973, fik de dog en anden betydning i 1975, da eksportforbudet blev fjernet, og de blev DCL's eneste middel til at begrænse paralleleksport. Jeg vil tilføje, at ordlyden i rundskrivelsen af 24. juni 1975 og i bilag II til den efter min mening viser, at DCL var klar over ændringen i den rolle, Prisbetingelserne skulle have. Hvis der ikke var sket en sådan ændring, var det næppe nødvendigt at opfordre kunderne til »at samarbejde for at få et enkelt og hensigtsmæssigt system til at fungere«, eller at introducere detaljerede nye klausuler for at straffe kunderne, hvis der var en »rimeligt begrundet formodning« om, at de af dem til hjemmemarkedspriser købte varer var dukket op i udlandet, eller at udtale, at disse nye klausuler supplerede Salgsbetingelserne.

For det tredje anførte DCL, at det, når Kommissionen først havde modtaget dets brev af 11. juli 1975 vedlagt den fulde tekst af rundskrivelsen af 24. juni og af de dertil hørende bilag, ville have været uden mening for DCL at gennemføre den »tomme formalitet« med en anmeldelse af Prisbetingelserne på skema A/B; Kommissionen ville intet have vundet derved. Dette er ved et første blik et tillokkende argument. Men det er dog stadig således, at Kommissionen første gang erfarede eksistensen af Prisbetingelserne gennem en avisartikel, og at den kom i besiddelse af deres ordlyd ved hjælp af en begæring om oplysninger i henhold til artikel 11 i *forordning nr. 17.* Dette er selvsagt ikke den slags »anmeldelse«, som forfatterne til *forordning nr. 17* havde i tankerne. De medtog i præamblen til denne forordning følgende betragtninger:

»De nærmere bestemmelser for anvendelsen af artikel 85, stk. 3, må fastlægges under hensyntagen til nødvendigheden af på den ene side at sikre et effektivt tilsyn og på den anden side af forenkle den administrative kontrol mest muligt;

det skønnes derfor nødvendigt i princippet at pålægge de virksomheder, som ønsker at påberåbe sig bestemmelserne i artikel 85, stk. 3, pligt til at anmelde

deres aftaler, vedtagelser og samordnede praksis til Kommissionen«.

Det ville næppe være i overensstemmelse med de dér udtrykte mål at antage, at en virksomhed, som ikke havde overholdt forordningen, var berettiget til samme behandling som én, der havde. Hvad mere er, så indebærer — rent bortset fra at gøre den pågældende aftale kendt for Kommissionen — den formelle anmeldelse tre ting: den fastslår, at man, hvis aftalen skulle være omfattet af artikel 85, stk. 1, søger om fritagelse i henhold til artikel 85, stk. 3; den identificerer de grunde, i henhold til hvilke en sådan fritagelse søges; og den fastsætter i overensstemmelse med artikel 6, stk. 1, i *forordning nr. 17* den tidligste dato, fra hvilken fritagelsen kan få virkning.

Man har ikke rejst det spørgsmål, om en deltager i en aftale, i tilfælde hvor Kommissionen gennem aviserne og ved hjælp af en udøvelse af sine beføjelser i henhold til artikel 11 i *forordning nr. 17* får kendskab til en aftale, der er en overtrædelse af artikel 85, stk. 1, stadig kan kræve fritagelse i henhold til artikel 85, stk. 3, ved efterfølgende at udfylde skema A/B. Dette spørgsmål opstår da heller ikke på grundlag af de faktiske omstændigheder i denne sag. Så jeg skal lade det henstå.

DCL's fjerde argument står tilbage: nemlig at Kommissionen her gav afkald på formel anmeldelse, og derfor har afskåret sig fra at insistere på det. På Kommissionens vegne blev det gjort gældende, at et sådant afkald ikke lå inden for dens beføjelser. Jeg mener ikke, at det er nødvendigt at udtrykke en opfattelse vedrørende rigtigheden heraf, fordi jeg ikke mener, at Kommissionen kan anses for at have givet afkald på anmeldelse i den foreliggende sag. DCL's advokat henviste til Kommissionens skrivelse af 19. august 1975, i hvilken Kommissionen henstillede, at der i fremtidig brevveksling skulle bruges samme journalnummer vedrørende Salgsbetingelserne og Prisbetingelserne, og han henviste til det faktum, at Kommissionen derefter under de administrative procedurer behandlede Salgsbetingelserne og Prisbetingelserne under ét. Jeg mener ikke, at dette proceduremæssige valg fra Kommissionens side indebar et afkald på formel anmeldelse af Prisbetingelserne. I meddelelsen af klagepunkter lagde Kommissionen klart til grund, at Prisbetingelserne aldrig var blevet anmeldt på korrekt vis; og denne indsigelse har Kommissionen aldrig opgivet.

Jeg finder derfor, at der ikke kan gives DCL medhold vedrørende tvisten om anmeldelsesspørgsmålet.

Dette er tilstrækkeligt til at afgøre sagen. Men jeg skal dog også, hvis Domstolen skulle have en anden opfattelse af dette spørgsmål, behandle realiteten i DCL's krav om fritagelse i henhold til artikel 85, stk. 3.

Realiteten i DCL's begæring om fritagelse i henhold til artikel 85, stk. 3

Traktatens artikel 85, stk. 3, indeholder fire betingelser, to positive og to negative, for at en aftale kan opnå fritagelse fra forbudet i artikel 85, stk. 1:

(i) Aftalen skal (af betydning for denne sag) bidrage til at forbedre fordelingen af varerne;

(ii) den skal sikre forbrugerne en rimelig andel af fordelen herved;

(iii) den må ikke pålægge de pågældende virksomheder begrænsninger, som ikke er nødvendige for at nå disse mål;

og

(iv) den må ikke give disse virksomheder mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer.

Kommissionen behandlede ikke i sin beslutning i den foreliggende sag betingelserne (ii) og (iv). Den behandlede kun betingelserne (i) og (iii).

For så vidt angår betingelse (i) afviste Kommissionen DCL's anbringende om, at eksistensen af Prisbetingelserne bidrog til at forbedre fordelingen af DCL-varerne, på grundlag af en begrundelse, der kun kan beskrives som kunstig. Denne var, at forbedringen i fordelingen, som DCL støttede sig på, ikke fulgte direkte af de med grossisterne i Det forenede Kongerige indgåede aftaler, som Prisbetingelserne var en del af, men af et særskilt sæt aftaler, nemlig dem med eneforhandlerne i andre medlemsstater. Dette synspunkt blev uddybet af Kommissionen under retsforhandlingerne for Domstolen. Efter Kommissionens opfattelse var det faktum, at en aftale, som accepteredes at være omfattet af artikel 85, stk. 1, kunne bidrage til gennemførelsen af en anden (og muligvis gunstig) aftale i fordelingsleddet, utilstrækkelig til at gøre det muligt for den første aftale at opnå fritagelse i henhold til artikel 85, stk. 3. Kommissionen gjorde sit synspunkt gældende på en anden måde ved at udtale, at Prisbetingelserne og eneforhandleraftalerne i det foreliggende tilfælde vedrørte forskellige varer.

Efter min mening er denne begrundelse uholdbar. Der er intet i artikel 85, stk. 3, der indebærer, at den fordel, som der henvises til, skal følge direkte af vilkårene i den pågældende aftale, og ikke må følge af virkningen af aftalen i dens økonomiske og retlige sammenhæng. Denne sammenhæng er klart relevant, når man undersøger, om aftalen overhovedet falder ind under artikel 85 (jf. sag 23/67, *Brasserie de Haecht* mod *Wilkin*, Sml. 1965-1968, s. 421), og at finde den irrelevant i forbindelse med artikel 85, stk. 3, ville gøre artikel 85 i dens helhed til en mærkelig haltende bestemmelse. Hvad mere er, hvis DCL's dattervselskaber i deres aftaler med eneforhandlerne udtrykkeligt havde påtaget sig at yde beskyttelse ved hjælp af dobbeltstrengede priser, så ville gyldigheden af denne forpligtelse have været afhængig af nøjagtig de samme overvejelser som dem, der er anvendelige på Prisbetingelserne.

Herefter når jeg frem til sagens kerne. Vedrørende denne udtrykte Kommissionen sig således i sin beslutning (afsnit III.2.2.2.c):

»Selv om Prisbetingelserne betragtes som et led i det eneforhandlingssystem, som DCL har oprettet, ville de ikke kunne opnå dispensation.

Kommissionen erkender, at visse fordele ofte kan fremkomme ved, at der i EØF-lande udpeges eneforhandlere, der har til opgave at fremme afsætningen for en producent, som er hjemmehørende i et andet EØF-land. For så vidt angår eneforhandlingsaftalerne mellem DCL-

datterselskaberne og forhandlere i andre EØF-lande end Det forenede Kongerige, havde Kommissionen meddelt, at den var indstillet på at træffe en positiv beslutning ...

Selv om det erkendes, at DCL's udpegning af eneforhandlere fører til en bedre distribution, kan det imidlertid ikke godtgøres, at Prisbetingelserne udgør en begrænsning, som er nødvendig for at nå dette mål.«

Spørgsmålet er således, om Kommissionen med rimelighed kunne have den opfattelse, at Prisbetingelserne ikke var nødvendige for opnåelsen af den forbedring i distributionen, der fulgte af DCL's eneforhandlersystem. Jeg er efter, hvad jeg må tilstå, nogen tøven i begyndelsen, kommet til det resultat, at det kunne Kommissionen ikke.

DCL's analyse af forskellen mellem markedsbetingelserne i Det forenede Kongerige og i andre medlemsstater var alt i alt overbevisende.

Lad os betragte skotsk whisky. Den udgøre mere end 50 % af de spiritusvarer, der sælges i Det forenede Kongerige. Markedet i Det forenede Kongerige var derfor, mener jeg, med rette beskrevet som havende nået »modenhedsstadiet«, hvor priskonkurrencen får altoverskyggende betydning. Bevis for prisfølsomheden på dette marked blev givet i det femte tillæg til DCL's skriftlige bemærkninger. Det fremgår for eksempel, at DCL, da Bell's og Teacher's forhøjede deres priser med 60 pence pr. kasse (eller 5 pence pr. flaske) i april 1970, oplevede en forøgelse i sin markedsandel til 73 % i de seks måneder til 1. oktober, da dets egne priser blev forhøjet, i forhold til dets andel på 51 % i de tolv måneder, der sluttede 31. marts 1970. Tilsvarende bragte en prisforhøjelse på 45 pence pr. kasse (mindre end 4 pence pr. flaske) fra DCL's side den 1. oktober 1975, som ikke straks blev fulgt af Bell's og Teacher's, et fald i dets markedsandel til 32 % i de seks måneder til den 31. marts 1976 i forhold til 51 % i de tolv måneder, der sluttede den 30. september 1975. Dette bevis blev ikke bestridt. Hvis bekræftelse var nødvendig, kunne den findes i det næsten totale tab af markedet, som Black & White og Vat 69 oplevede som et resultat af den prisforhøjelse, der fulgte Kommissionens beslutning, og tabet af totredjedele af dets marked, som Dewar's oplevede.

DCL fremlagde også beviser for den markedsstyrke, som de store bryggerivirksomheder har i Det forenede Kongerige som købere af skotsk whisky. Den styrke, som følger af bryggeriernes kontrol med detailudsalgssteder, er vel underbygget gennem (blandt andre bevismidler) rapporten fra Det forenede Kongeriges Monopolnævn, der er vedlagt DCL's skriftlige bemærkninger. Pression fra bryggerierne, som fører deres egne »husmærker« af skotsk whisky, hjælper til at forklare det lave niveau for grossistpriser på markedet i Det forenede Kongerige.

I alle de andre medlemslande undtagen, mener jeg, Belgien må skotsk whisky konkurrere med traditionelle og populære lokale varer. Det kan den ikke gøre på grundlag af priser.

I fem af disse medlemslande har den kun en begrænset andel af spiritusmarkedet:

3,5 % i Tyskland, 5,3 % i Danmark, 5,5 % i Frankrig, 8,2 % i Italien og 8,9 % i Nederlandene. Her er markedet stadig i dets »ekspansive« stade, hvor store udgifter til salgsfremme er normalt.

Stillingen er forskellig i Belgien, hvor skotsk whisky har 36,6 % af markedet for spiritusvarer. Markedet for skotsk whisky i dette land kan måske betragtes som nærmende sig modenhedsstadiet.

Om det irske marked fik vi kun lidt at vide. Det indtager formentlig en stilling midt imellem stillingen for markederne i Det forenede Kongerige og i resten af Fællesskabet. Men skotsk whisky må naturligvis i Irland endnu mere end på andre markeder konkurrere med irsk whisky.

DCL understregede de yderligere vanskeligheder, som man mødte i forbindelse med markedsføringen af skotsk whisky i Tyskland som følge af de diskriminerende forholdsregler fra det statsmonopol, som Domstolen fandt ulovligt i sag *91/78 Hansen* mod *HZA Flensburg,* Sml., 1979, s. 935, og i Danmark, Frankrig og Italien som følge af den diskriminerende beskatning, som Domstolen for nylig fandt ulovlig i *»spiritusvare«*-sagerne (sag 168/78, *Kommissionen* mod *Frankrig,* sag 169/78, *Kommissionen* mod *Italien,* sag 171/78, *Kommissionen* mod *Danmark* og sag 68/79, *Just* mod *Ministeren for Skatter og Afgifter).* Dette var efter min mening ikke DCL's bedste argument. *Hansen-* og *Just*-sagerne viser de retsmidler, der er til rådighed for handlende, som er ofre for en sådan diskrimination.

Mere overbevisende var et argument, som DCL gjorde gældende i sine skriftlige bemærkninger for at vise, at det samme mærke ikke kan konkurrere effektivt i både Det forenede Kongerige og i resten af Fællesskabet undtagen på grundlag af et differentieret prissystem. Dette argument var, at mens salget af DCL's førende mærker var ligeligt fordelt over Det forenede Kongerige og resten af Fællesskabet, så havde deres hovedkonkurrenter i Det forenede Kongerige, Bell's og Teacher's, kun ringe salg i andre medlemsstater, samtidig med at deres hovedkonkurrenter i de kontinentale medlemsstater, Ballantines og J. & B., kun havde små salg i Det forenede Kongerige.

DCL sammenfattede sin argumentation med at anføre, at der i det væsentlige var tre spørgsmål, som det havde godtgjort, hver for sig måtte besvares bekræftende. Spørgsmålene var:

»— Er det rigtigt, at der gennemsnitlig må bruges omkring 5 UKL af eneforhandlerne på hver kasse skotsk whisky, som de sælger, for at gøre det muligt for dem at konkurrere med held med andre spiritusvarer på kontinentale EØF-markeder?

— Er det rigtigt, at det er umuligt for skotsk whisky at konkurrere med held i Det forenede Kongerige til en pris, der afspejler de salgsfremmende omkostninger, som de kontinentale eneforhandlere bærer?

— Er det rigtigt, at det følgelig er umuligt for et mærke af skotsk whisky at konkurrere både i Det

forenede Kongerige og i det kontinentale EØF uden, at der eksisterer et dobbeltstrenget prissystem?«

Den argumentation, der på Kommissionens vegne blev fremført, forekom mig derimod svag.

I selve beslutningen gav Kommissionen to grunde for sin opfattelse. Den første var, at »DCL's spiritus er imidlertid ikke nye produkter, der kræver introduktion og udfoldelse af ekstraordinære salgsfremmende anstrengelser. Markedsbetingelserne i [andre EØF-lande end Det forenede Kongerige] gør det ikke påkrævet at beskytte disse markeder mod konkurrence fra grossister, der køber DCL-spiritus i Det forenede Kongerige«.

Rent bortset fra henvisningen til DCL-spiritusvarer som ikke værende »nye produkter« er citatet en meddelelse af en konklusion snarere end en meddelelse af en begrundelse. Der er intet hverken i artikel 85, stk. 3, eller i nogen afgørelse fra Domstolen, der lader formode, at en restriktion ikke kan være nødvendig for at forbedre fordelingen af varerne med undtagelse af tilfælde med nye produkter. Der er heller ikke nogen principiel grund til, at det skulle være således. Det eneste relevante spørgsmål i henhold til artikel 85, stk. 3, er, om den pågældende restriktion, hvad enten det drejer sig om traditionelle eller nye varer, ud fra de faktiske omstændigheder er nødvendig for at forbedre deres fordeling.

Kommissionen henviste til en række præjudikater fra Domstolen. I nogen af disse opstod der intet spørgsmål om fortolkning eller anvendelse af artikel 85, stk. 3, og jeg behøver ikke at bruge Domstolens tid til at diskutere dem. Af præjudikaterne vedrørende artikel 85, stk. 3, var det, som Kommissionen især støttede sig på, dommen i sagerne 56 og 58/64, *Consten og Grundig* mod *Kommissionen,* Sml. 1965—1968, s. 245.

Faktum i dette præjudikat er forskelligt af to grunde. For det første var den restriktion, som der blev begæret fritagelse for, et absolut forbud mod paralleleksport. I den foreliggende sag bliver det ganske vist hævdet på Kommissionens og Bulloch's vegne, at det dobbeltstrengede prissystem rent faktisk, om ikke formelt, gjorde parallelimport umulig, men dette anbringende blev modbevist ved det faktum, at DCL's datterselskaber i 1977 solgte 340 000 kasser skotsk whisky til EØF-bruttoeksportprisen, en mængde, der efter DCL's oplysninger for Domstolen udgjorde omkring $^{1}/_{10}$ af totaleksporten af DCL-mærker af skotsk whisky til andre medlemsstater det år. For det andet havde de begrundelser, på grundlag af hvilke der blev søgt om fritagelse i *Consten og Grundig*-sagen, ingen lighed med dem, som DCL støttede sig på.

Hvad angår de principper, der blev lagt til grund i *Consten og Grundig*-sagen, er efter min mening to punkter vigtige. Det første er, at Domstolen dér understregede nødvendigheden af, at Kommissionen, når fritagelse i henhold til artikel 85, stk. 3, begæres, foretager en grundig vurdering af fakta. Det er over en undladelse fra Kommissionens side af at foretage en sådan vurdering i den foreliggende sag, at DCL, og efter min mening med nogen rette, i det væsentlige klager. For det andet støtter Kommissionen sig på *Consten og Grundig*-sagen i forbindelse med sit anbringende om, at

Domstolens beføjelse til at gribe ind over for Kommissionens bedømmelse er begrænset i tilfælde, hvor Kommissionen skal foretage en kompleks vurdering af økonomiske faktorer. Således er det utvivlsomt også, men Kommissionen fortsatte sin argumentation, som om Domstolens beføjelse under sådanne omstændigheder var praktisk taget ikke-eksisterende. Dommen i *Consten og Grundig*-sagen er klart ikke noget præjudikat for en sådan påstand. Det samme gælder dommene i de senere sager, som Kommissionen henviser til. Af betydning for den foreliggende sag fastslog dommen i sag 17/74, *Transocean Marine Paint* mod *Kommissionen*, Sml. 1974, s. 1063, blot i almindelige vendinger, at Kommissionen havde en vid skønsfrihed, når den fastsatte betingelser for indrømmelse af fritagelse i henhold til artikel 85, stk. 3; sag 71/74, *Frubo* mod *Kommissionen*, Sml. 1975, s. 563, var en sag, hvor det var klart på grundlag af sagens faktum, at Kommissionen kunne træffe beslutning, således som den gjorde; og sag 26/76, *Metro* mod *Kommissionen*, Sml. 1977, s. 2, illustrerer, hvor langt Domstolen vil gå, når den kontrollerer Kommissionens udøvelse af dens beføjelser.

Den anden grund, som Kommissionen gav i sin beslutning for sit synspunkt vedrørende denne del af sagen, var, at DCL er »i stand til ved andre midler end ved at hindre paralleleksport at sikre, at koncernens eneforhandlere udfører deres funktioner på effektiv vis«. Kommissionen gav derefter to eksempler på måder, på hvilken den mente, at DCL kunne gøre dette:

(a) »DCL kunne«, udtalte Kommissionen, »selv påtage sig salgsarbejdet i andre EØF-lande, som koncernen gør det på markedet i Det forenede Kongerige«; eller

(b) DCL kunne »fratrække de omkostninger, der skyldes eneforhandlernes salgsarbejde, i de priser, der forlanges af eneforhandlerne«.

Kommissionen fastslog endvidere: »Det er ikke blevet godtgjort, at de af DCL beskrevne markedsforhold ikke gør det muligt at anvende andre prisordninger, som ikke ville medføre en begrænsning af konkurrencen«. Det fremgår ikke klart af selve beslutningen, om dette er en konklusion nået på grundlag af det foregående, eller om det er en tredje måde, på hvilken Kommissionen antyder, at DCL kunne klare vanskeligheden. På baggrund af argumentationen for Domstolen på Kommissionens vegne synes det, som om det sidste er det korrekte svar.

Som løsning duer DCL's egen overtagelse af ansvaret for at fremme salg i de andre EØF-markeder klart ikke.

For det første tager forslaget ikke hensyn til beviserne (indeholdt i bilag 5 til DCL's skriftlige bemærkninger) vedrørende de resultatløse forsøg på direkte markedsføring af skotsk whisky på kontinentet, som blev foretaget af DCL selv og af Wm. Teacher & Sons Limited (markedet i Teacher's tilfælde var Schweiz). Kommissionen søgte at imødegå disse beviser ved (i sit svarskrift) at henvise til Martini & Rossi's metode ved indtrængningen på markedet i Det forenede Kongerige og til Arthur Guinness Son and Company Limited's metode ved indtrængning på markederne i »fællesskabslandene bortset fra Frankrig og Belgien«. DCL påviste overbevisende

(se siderne 39-42 i dets replik), at henvisningen til Martini & Rossi af flere grunde var malplaceret. Hvad angår Guinness udtalte DCL især, at det kun kendte lidt til forholdet, og at det navnlig ikke vidste, hvor succesrig Guinness havde været på de pågældende markeder. Kommissionen gav (i sin duplik) op vedrørende dette punkt, idet den indrømmede, at den ikke havde haft til hensigt at antyde, at Martini & Rossi's virksomhed var »identisk med DCL's«, og idet den syntes at indrømme, at alt hvad den vidste om Arthur Guinness Son and Company Limited var, at det fremgik af selskabets årsrapport fra 1977, at det »for nylig havde oprettet datterselskaber i Tyskland og Italien«.

Hovedindsigelsen mod dette forslag er imidlertid, at det reelt er et forslag om, at DCL skulle integrere sit forhandlersystem vertikalt, fordi »salgsfremme« i den foreliggende sammenhæng ikke kun betyder annoncering. DCL måtte overtage sine forhandleres lagervirksomhed og salgsorganisationer, eller skabe sine egne. At erstatte omkring 200 forhandlere med en enkelt monolitisk kæde drevet af producenten selv må være skadeligt for konkurrencen. Det ville navnlig betyde ophøret af konkurrence mellem DCL-mærker.

Kommissionens andet forslag om, at DCL skulle fratrække de omkostninger, der skyldtes eneforhandlernes salgsarbejde, i de priser, der forlangtes af eneforhandlerne, blev imødegået at DCL med den indsigelse, at det så havde måttet sælge til eneforhandlerne med tab. Kommissionen svarede, at dette ikke var nødvendigt, fordi DCL kunne forhøje alle sine priser, herunder priserne i Det forenede Kongerige. Dette kunne DCL ud fra de foreliggende oplysninger ikke gøre i tilstrækkeligt omfang uden derved at udelukke sig selv fra markedet i Det forenede Kongerige. Kommissionens manglende forståelse af disse oplysninger godtgøres af det faktum, at den i svarskriftet nævnte den omstændighed, at DCL havde forhøjet nogle af sine priser i Det forenede Kongerige som en reaktion på beslutningen som en godtgørelse af, at der intet var, der hindrede DCL i at forhøje disse priser. Kommissionen udtalte derefter:

»Det er op til DCL at afgøre, om det mener, at den mulige senere kommercielle belønning kan retfærdiggøre forsøg på at trænge ind i det kontinentale EØF. Hvis DCL mener, at den potentielle belønning ikke retfærdiggør risikoen, så vil DCL formentlig beslutte sig til ikke at sælge i det kontinentale EØF. Hvis på den anden side den fremtidige belønning er tilstrækkelig, så vil DCL formentlig være villig til at påtage sig de oprindelige udgifter og gøre den indsats, der måtte være nødvendig for at opnå denne belønning. Det, som et betydningsfuldt selskab som DCL med et gammelt og veletableret produkt som skotsk whisky, ikke er berettiget til at gøre efter Fællesskabets konkurrencepolitik er, ved at hindre parallelimport og ved at opdele markedet i EØF, at søge at beskytte sig selv og derved at blive i stand til at kræve høje priser samtidig med, at det trænger ind på markedet.«

I dette afsnit synes Kommissionen at sige, at den ikke lægger vægt på, om DCL's produkter forhandles i de konti-

nentale medlemsstater; at overholdelse af dens egen politik vedrørende parallelimport er vigtigere. At dette var Kommissionens holdning, en holdning som efter min mening er i strid med en rigtig udøvelse af Kommissionens skøn i henhold i artikel 85, stk. 3, synes bekræftet af følgende sætning i duplikken:

»Hvis DCL ud fra sin kommercielle vurdering beslutter, at det ikke kan virke på en tilstrækkelig rentabel måde til at retfærdiggøre de finansielle og andre forbundne udgifter, så ville det formentlig trække sig tilbage og overlade markedet til andre virksomheder.«

Jeg skal nu behandle Kommissionens tredje synspunkt, nemlig at DCL ikke har godtgjort, at de af det beskrevne markedsbetingelser ikke tillod anvendelsen af andre prisordninger, som ikke ville føre til en begrænsning af konkurrencen. Kommissionen støttede for Domstolen denne påstand på tallene for forhandleromkostningerne, som er givet i det fjerde og sjette tillæg til DCL's skriftlige bemærkninger. Disse tal godtgør efter min mening ikke — således som Kommissionen antyder, at de gør — at DCL's grundlæggende argument er uholdbart. Men de viser, at forskellen mellem de priser, som DCL-datterselskaberne forlangte af deres eneforhandlere, og af deres paralleleksportører, ikke i alle tilfælde var rimelige. Dette er navnlig tilfældet for så vidt angår gin, hvor forskellen i gennemsnit var 5,25 UKL pr. kasse, mens eneforhandlerens tillægsomkostninger i gennemsnit kun var 4,21 UKL pr. kasse. For så vidt angår whisky var tallene på henholdsvis 5,16 UKL og 5,07 UKL, således at man måske kan betragte forskellen som værende »de minimis« og faktisk acceptere DCL's påstand om, at dets kendskab til markedet, selv før det havde undersøgt dets eneforhandleres omkostninger i detaljer, havde gjort det i stand til at vurdere disse omkostninger ret nøjagtigt.

Kommissionen påpegede imidlertid, at tallet 5,07 UKL kun var et gennemsnit, og at nogle forhandleres omkostninger var lavere, i nogle tilfælde meget lavere. Dette er naturligvis sandt. Det er ligeledes sandt, at nogle forhandleromkostninger var højere, i nogle tilfælde meget højere. Det virkelige spørgsmål er, om man ved at benytte et helhedsgennemsnit havde anvendt et for grovkornet middel. DCL havde, tror jeg, ret, når det udtalte, at det ikke kunne variere tallet fra land til land. Bortset fra den praktiske vanskelighed for DCL ved at vide, til hvilket land en ordre til EØF-bruttoeksportprisen var bestemt, ville det have betydet en opdeling af fællesmarkedet i endnu højere grad. Den eneste opdeling efter DCL's system var i det mindste mellem Det forenede Kongerige og resten af Fællesskabet. Jeg er derimod ikke overbevist om, at DCL ikke skulle have gjort forskel mellem mærkerne. Tallene synes at vise, at gennemsnitsomkostningerne i forbindelse med salgsfremme af nogle mærker er væsentlig højere end omkostningerne ved salgsfremme af andre.

Det forhold, at denne kritik kan anføres over for DCL's prisdifferentieringer, betyder imidlertid ikke, at Kommissionens beslutning kan opretholdes, for beslutningen var ikke baseret på nogen kritik af tallene, men på en fordømmelse af det dobbeltstrengede prissystem som sådan. Da DCL anmodede om et møde med Kommissionen for at drøfte resultaterne af undersøgelsen vedrørende eneforhandleromkostningerne, udtrykte Kommissionen faktisk sit synspunkt i et telex af 24. oktober 1977, i hvilket den, samtidig med at den samtykkede i et møde den 15. november 1977 eller senere, udtalte, at der ikke var »en sådan forbindelse mellem detaljerne i Deres distributionsomkostninger og de verserende procedurer, der i mindste måde ville retfærdiggøre en langsommere gennemførelse af procedurne«, og den tilføjede: »det må derfor klart forstås, at vort næste møde alene vil vedrøre Deres fremtidige prispolitik«. Det er af betydning, at beslutningen, mens den indeholder detaljerede fakta og tal vedrørende mange andre punkter, intet siger om eneforhandlernes faktiske omkostninger.

Således når jeg endelig til de proceduremæssige spørgsmål.

De proceduremæssige spørgsmål

Herved skal jeg først behandle DCL's anbringende om, at hele Kommissionens beslutning, såfremt der foreligger væsentlige formelle mangler, må erklæres ugyldig, uden at det er nødvendigt for DCL at godtgøre, at manglerne har påvirket procedurens resultat. Den eneste autoritet, som man på DCL's vegne henviste til til støtte for dette anbringende, var en lærebog i fransk forvaltningsret (Laferriere's Traité de la juridiction administrative, anden udgave, bind II, s. 522-523). Men som jeg tillod mig at påpege i sag 90/74, *Deboeck* mod *Kommissionen,* Sml. 1975, s. 1123, på s. 1140-1142, er fællesskabsretten i denne henseende forskellig fra fransk ret. Efter fællesskabsretten kan en person, der anfægter gyldigheden af en forvaltningsbeslutning, ikke støtte sig på en mangel i den procedure, der fører til beslutningen, medmindre han kan godtgøre i det mindste en mulighed for, at beslutningen ville have været forskellig, hvis mangelen ikke havde foreligget. Denne regel er blevet anvendt både i konkurrencesager og i tjenestemandssager (jf. for så vidt angår konkurrencesagerne »*Kinin*«-sagerne, sag 41/69, *ACF Chemiefarma* mod *Kommissionen,* Sml. 1970, s. 107, dommens præmisser 47-53, sag 44/69, *Buchler* mod *Kommissionen,* Recueil 1970 s. 733, præmisserne 15, 35 og 36, og sag 45/69, *Boehringer Mannheim* mod *Kommissionen,* Recueil 1970, s. 769, præmisserne 15, 39 og 40; for så vidt angår tjenestemandssagerne henviste jeg til de tidligere præjudikater i *Deboeck* mod *Kommissionen,* efter hvilket tidspunkt reglen er blevet bekræftet i nævnte sag, præmisserne 11-15 i dommen, i sag 9/76, *Morello* mod *Kommissionen,* Sml. 1976, s. 1415, præmis 11, og i sag 25/77, *De Roubaix* mod *Kommissionen,* Sml. 1978, s. 1081, præmis 22). En overtrædelse af et væsentligt formelt krav fra Kommissionens eller fra Det rådgivende Udvalgs side kan således i denne sag kun medføre ugyldighed af så meget af Kommissionens beslutning, som vedrører anvendelsen af artikel 85, stk. 3, på Prisbetingelserne, fordi DCL ikke under den administrative procedure bestred

Kommissionens synspunkt vedrørende noget andet relevant punkt, således at beslutningen ikke kunne have været forskellig på noget sådant punkt. Det ville faktisk være meget mærkeligt, hvis Domstolen for eksempel nu skulle finde, at beslutningen var ugyldig, for så vidt som den statuerede, at Prisbetingelserne var omfattet af artikel 85, stk. 1, når DCL under den administrative procedure (med fuld rette efter min mening) accepterede, at de var.

Her må også behandles et spørgsmål, som opstår vedrørende fortolkningen af artikel 42, stk. 2, i Domstolens procesreglement. Det opstår, fordi to af DCL's anbringender hverken blev fremført i stævningen eller i replikken, men først i et dokument med overskriften »Tillæg til replikken«, som DCL indleverede efter duplikken. Disse var DCL's anbringender vedrørende lady Hall's »økonomiske vurdering« og vedrørende Bullochklagen. Grunden til, at DCL ikke havde fremført det første anbringende tidligere, var, at det først var i duplikken, at DCL erfarede, at lady Hall's rapport ikke havde været blandt »de vigtigste dokumenter« opført på listen af Kommissionen til Det rådgivende Udvalg. Grunden til, at DCL ikke havde fremført det andet anbringende tidligere, er, at det først blev klar over det fulde indhold af Bulloch-klagen, da det fik forkyndt Bulloch's anmodning om at måtte intervenere, som var vedlagt klagens fulde tekst. Denne anmodning blev indgivet efter replikken. Først da, siger DCL, fandt det ud af, at kopien af klagen, som var blevet overgivet det af Kommissionen, var blevet censureret i et utilladeligt omfang. DCL støtter sig på første afsnit af artikel 42, stk. 2, som underforstår, at det er muligt at fremføre »nye søgsmålsgrunde og indsigelser« under sagens behandling, hvis »disse støttes på retlige eller faktiske omstændigheder, som er kommet frem under den skriftlige forhandling«. Disse ord synes at passe på den foreliggende sag, men Kommissionen gjorde indsigelse vedrørende admitteringen af tillægget. I medfør af andet og tredje afsnit i artikel 42, stk. 2, gav Domstolens præsident de andre parter en mulighed for at svare på de søgsmålsgrunde og indsigelser, der blev gjort gældende i tillægget, og beslutningen vedrørende deres admittering blev forbeholdt Domstolens endelige afgørelse.

To nyligt afgjorte sager, under hvilke artikel 42, stk. 2, uden held blev påberåbt, blev med rette af DCL's advokat afvist som præjudikater: sag 232/78, *Kommissionen* mod *Frankrig* (25. 9. 1979, endnu ikke udgivet) og sag 125/78, *GEMA* mod *Kommissionen* (18. 10. 1979, endnu ikke udgivet). I begge disse sager søgte man at anvende artikel 42, stk. 2, som et middel til at udstrække søgsmålets rækkevidde.

Jeg tillader mig at dele den opfattelse, generaladvokat Capotorti udtrykte i sag 112/78, *Kobor* mod *Kommissionen,* Sml. 1979, s. 1573, på s. 1581, en opfattelse, som stiltiende blev accepteret af Domstolen i den sag. Han udtalte, at »en alt for snæver fortolkning af artikel 42, stk. 2, [forekommer] ikke berettiget; det må fastslås, om den part, som den nye søgsmålsgrund er blevet gjort gældende mod, er blevet skadet i sit forsvar ved

den anden parts adfærd under sagsbehandlingen«. Her var både Kommissionen og Bulloch i stand til at fremsætte kommentarer skriftligt og under den mundtlige forhandling til tillægget. Endvidere er de argumenter, som Kommissionen fremførte mod admitteringen af tillægget (i et langt brev til justitssekretæren af 23. 11. 1978), alle efter min opfattelse misforståede, selv på grundlag af en snæver fortolkning af artikel 42, stk. 2. Jeg mener derfor, at tillægget kan admitteres.

Jeg skal derefter behandle den første af de formelle mangler, som DCL gør gældende, nemlig at et antal vigtige dokumenter ikke tilstrækkeligt blev taget med i betragtning af Det rådgivende Udvalg.

I »*Kinin*«-sagerne udtalte generaladvokat Gand, idet han navnlig havde Det rådgivende Udvalg i tankerne, at »der i bestemte tilfælde kan foreligge en krænkelse af væsentlige formkrav, der gør beslutningen retsstridig, når en forskrift, der fastsætter en proceduremæssig formforskrift eller høring af en institution før beslutning vedtages, ikke bliver fulgt« (jf. Sml. 1970, s. 135). Jeg skal tilføje, at jeg for min del ser på proceduren i forbindelse med Det rådgivende Udvalg med en vis usikkerhed på grund af procedurens hemmelighed. De berørte virksomheder er ganske uvidende om, hvad udvalget får at vide eller ikke får at vide af Kommissionen, og hvad angår indholdet af udvalgets rapport. De har ingen mulighed for at henvende sig til udvalget. Spørgsmålet, om en sådan procedure er i overensstemmelse med de grundlæggende principper i fællesskabsretten, som Domstolen har pligt til at sikre overholdelsen af, er ikke blevet rejst eller blevet drøftet i denne sag. Idet jeg imidlertid går ud fra, at bestemmelserne i artikel 10 i *forordning nr. 17*, der foreskriver proceduren, er gyldige, så gør risikoen for de uretfærdige resultater, som den indebærer, det efter min mening bydende nødvendigt, at proceduren gennemføres med den størst mulige omhu.

Men jeg skal ikke bebrejde Kommissionen, at den undlod at lade lady Hall's rapport indgå blandt »de vigtigste dokumenter«. Det forekommer mig ikke, at rapporten tilføjede noget væsentligt til DCL's skriftlige bemærkninger, og jeg mener, at beslutningen om at udelade den ligger vel inden for området for Kommissionens skøn i henhold til artikel 10, stk. 5.

Hvad angår det fjerde og femte tillæg til DCL's skriftlige bemærkninger, er jeg mere i tvivl. De blev helt klart betragtet af DCL som vigtige, og jeg mener, at de var det. Det fjerde tillæg indeholdt, som Domstolen ved, resultaterne af DCL's undersøgelse af omkostningerne for dets eneforhandlere af skotsk whisky, mens det femte indeholdt DCL's begrundedede svar på to synspunkter fra Kommissionens tjenestemænd under den mundtlige høring, for det første det synspunkt, at en løsning på DCL's problem kunne ligge i en forhøjelse af dets priser over for grossister i Det forenede Kongerige og en formindskelse af dets priser over for de kontinentale eneforhandlere, og for det andet det synspunkt, at DCL måske burde kræve forskellige priser af eneforhandlerne i forskellige

lande under hensyn til deres forskellige omkostninger. Kommissionen erkender naturligvis, at Det rådgivende Udvalg ikke havde det fjorten-dages varsel vedrørende eksistensen af disse dokumenter, som er krævet efter artikel 10, stk. 5. Kommissionen anfører heller ikke, at den ikke betragtede dokumenterne som vigtige. Dens forsvar er, at udvalget fik meddelelse om deres indhold på mødet og besluttede ikke at udsætte dette til yderligere at studere dem. »Dette« siger Kommissionen, »var en beslutning, som ganske lå inden for udvalgets skønsmæssige afgørelse, og det var ikke et spørgsmål, i hvilket Kommissionen havde nogen ret eller pligt til at gribe ind: ved at informere udvalget om eksistensen af disse dokumenter havde Kommissionen fuldt ud overholdt sine forpligtelser. Den følgende handling fra Det rådgivende Udvalgs side giver intet grundlag for at annullere Kommissionens beslutning.« (Svarskrift, afsnit 174). Men efter min opfattelse er formelle mangler begået af udvalget fuldt så vel egnede til at gøre Kommissionens beslutning ugyldig som formelle mangler begået af Kommissionen selv.

DCL foreslog, at Domstolen, hvis den skulle nære nogen tvivl om dette spørgsmål, skulle pålægge Kommissionen at stille »referatet af mødet i Det rådgivende Udvalg« til rådighed. Domstolen anmodede faktisk om at blive forsynet med en kopi af den udtalelse, der udarbejdes i henhold til artikel 10, stk. 6, i *forordning nr. 17.* Kommissionen efterkom anmodningen, men bad om yderligere at måtte blive hørt vedrørende spørgsmålet om fortroligheden af denne udtalelse, hvis Domstolen havde til hensigt at fremlægge den for DCL. Kommissionen havde utvivlsomt den procedure i tankerne, som blev fulgt i sag 110/75, *Mills* mod *EIB,* Sml. 1976, s. 1613 (se navnlig s. 1634-1635). Hvis jeg havde ment, at det foreliggende spørgsmål kunne være afgørende i sagen, ville jeg have opfordret Domstolen til at høre parterne vedrørende dette spørgsmål. Men da jeg ikke mente, og stadig ikke mener det, skal jeg ikke forfølge spørgsmålet videre.

Vedrørende det sjette tillæg, der indeholdt resultaterne af DCL's undersøgelse af omkostningerne for dets eneforhandlere af gin, var Kommissionens forsvar, rent faktisk, om end den ikke udtrykkeligt udtalte det, at det ikke var et af »de vigtigste dokumenter«. Det blev ikke bestridt af DCL.

Jeg skal herefter behandle spørgsmålet om mødereferatet fra den mundtlige høring.

DCL's indsigelse var her, at mødereferatet ikke blot savnedes på listen over de vigtigste dokumenter, som Kommissionen sendte til Det rådgivende Udvalg, men slet ikke eksisterede, selv ikke i udkast den 21. oktober 1977, da mødet i udvalget fandt sted. Domstolen ved, at artikel 9, stk. 4, i *Kommissionens forordning nr. 99/63/EØF* kræver, at et sådant mødereferat skulle udarbejdes og godkendes af de personer, der deltog i mødet. Man kan undres over, hvorfor intet skridt var blevet taget for at opfylde dette krav næsten fire måneder efter mødet.

Det blev gjort gældende på DCL's vegne, at Det rådgivende Udvalg ikke

gyldigt kunne drøfte sagen, medmindre mødereferatet fra den mundtlige høring var til rådighed. Kommissionen påpegede, at der ikke er noget udtrykkeligt krav i nogle af de relevante forordninger om, at mødereferatet skulle være til udvalgets disposition.

I *Buchler*-sagen blev det gjort gældende, at både Det rådgivende Udvalg og Kommissionen havde handlet på grundlag af et udkast til mødereferat, som ikke havde taget hensyn til ændringer foreslået af ansøgeren. Domstolen fandt, at gyldigheden af beslutningen i den pågældende sag kun ville have været påvirket, hvis udgaven af mødereferatet havde været vildledende i en eller anden væsentlig henseende. Dette var ikke tilfældet, da de foreslåede ændringer alle vedrørte uvæsentlige spørgsmål. Udkastet var derfor »egnet til at forsyne Det rådgivende Udvalg og Kommissionen med fuldstændig oplysning om det væsentlige indhold af de erklæringer, der var fremsat under mødet« (jf. præmis 16 og 17 i dommen). En lignende indsigelse i sag 48/69, *ICI* mod *Kommissionen,* Sml. 1972, s. 151, fik et lignende svar (jf. præmis 27-33 i dommen). Disse sager er præjudikater for påstanden om, at der kan foreligge en væsentlig formel mangel, hvis Det rådgivende Udvalg forelægges udkast til mødereferat, som er så ufuldstændige eller unøjagtige, at de er egnede til at vildlede det. De vedrører ikke en situation, hvor der ikke er noget udkast til mødereferat overhovedet.

Det forekommer mig imidlertid forudsætningsvist foreskrevet i *forordning nr. 99/63* set i dens helhed, og i lyset af artikel 10 i *forordning nr. 17,* at mødereferatet skal være til rådighed for Det rådgivende Udvalg. Jeg tænker navnlig på artikel 1 i *forordning nr. 99/63,* som kræver, at Kommissionen skal have afholdt mødet, før den hører Det rådgivende Udvalg. Det kan næppe have været tilsigtet, at medlemmerne af udvalget da kunne tvinges til at fastslå, hvad der var blevet sagt på mødet ved hjælp af andre midler end det i artikel 9, stk. 4, i samme forordning foreskrevne mødereferat. Jeg kan heller ikke se, hvordan Kommissionen på rette måde kunne udarbejde de dokumenter, som kræves i medfør af artikel 10, stk. 5, i *forordning nr. 17,* nemlig sagsfremstillingen, listen over de vigtigste dokumenter og det foreløbige forslag til beslutning, uden at have i det mindste et udkast til dette referat foran sig.

Jeg mener derfor, at mangelen på mødereferatet umiddelbart udgjorde en væsentlig formel mangel. Jeg siger »umiddelbart«, fordi Kommissionen gjorde gældende, at DCL, selv om det måtte være således, ikke havde lidt nogen skade, idet »DCL's vidner og rådgivere på mødet blot gentog anbringender, som i det væsentlige var indeholdt i de tidligere dokumenter«. Jeg mener ikke, at det, de sagde, blot udgjorde gentagelser. På den anden side hælder jeg mest til at mene, at det ikke var så nyt eller forskelligt fra, hvad der var blevet anført i DCL's skriftlige bemærkninger og i det andet eller tredje tillæg til disse, at det ville have ændret resultatet af sagen. Det nye materiale, som er gengivet i mødereferatet, bestod i hovedsagen af en vigtig argumentation på Bulloch's vegne. Men her er det på ny

efter min mening umuligt at nå til en endelig stillingtagen uden at hense til indholdet af Det rådgivende Udvalgs udtalelse, som er blevet nægtet udleveret til DCL. Jeg ville således igen — hvis jeg havde ment, at dette spørgsmål kunne være afgørende for sagen — have opfordret Domstolen til at høre parterne, om aftalen kunne hemmeligholdes under retsforhandlingerne.

Jeg skal herefter behandle den anden formelle mangel, som DCL har gjort gældende, nemlig den vedrørende Kommissionens censur af Bulloch-klagen.

Her vedrører spørgsmålet omfanget af Kommissionens beføjelse til at foretage udeladelser fra en klage, der er modtaget fra en »fysisk eller juridisk person« i henhold til artikel 3 i *forordning nr. 17,* når klagen fremsendes til en virksomhed, mod hvilken den er indgivet. Den pågældende artikel bruger faktisk begrebet »begæring«, men jeg vil fortsætte med at henvise til en »klage«, da det er dette begreb, som er blevet anvendt under retsforhandlingerne. Jeg er ikke i tvivl om, og DCL bestrider det ikke, at Kommissionen har beføjelse, ja faktisk pligt til, at udelade afsnit fra en sådan klage, der afslører den klagendes forretningshemmeligheder. Der er efter min mening sandsynligvis også sager, hvor Kommissionen må undgå at afsløre klagerens identitet — hvilket endog kan nødvendiggøre en fuldstændig hemmeligholdelse af klagen — med henblik på at sikre klageren mod mulige repressalier; et sådant spørgsmål opstår dog ikke i denne sag. Spørgsmålet er, om Kommissionens beføjelse går videre end dette, og navnlig om, og i bekræftende fald i hvilket omfang, den gør det muligt for Kommissionen at udelade, hvad den betragter som irrelevant.

Det generelle princip er utvivlsomt. Enhver, som til sin skade kan berøres af en administrativ beslutning, der specifikt vedrører ham, har ret til at blive hørt, før beslutningen træffes, og med henblik herpå at få oplyst, hvad sagen mod ham drejer sig om. Her anvendes i fællesskabsretten princippet på ny både i konkurrencesager og i tjenestemandssager (hvad angår konkurrencesager, jf. »*Kinin*« sagerne (nævnt ovenfor), *Transocean*-sagen (nævnt ovenfor) og sag 85/76, *Hoffmann-La Roche* mod *Kommissionen,* Sml. 1979, s. 461; hvad angår tjenestemandssagerne, jf. sag 34/77, *Oslislok* mod *Kommissionen,* Sml. 1978, s. 1099, og de tidligere præjudikater, som jeg har nævnt i mit forslag til afgørelse i sidstnævnte sag, jf. s. 1124-1125).

Kommissionen anførte for Domstolen, at de klager, den modtager, ofte indeholder »ganske uvedkommende og irrelevante spørgsmål, herunder materiale henvisende til andre selskaber, som ikke er nævnt i meddelelsen af klagepunkter«. Kommissionen må utvivlsomt med rette udelade sådanne spørgsmål. Men hvad den udelod fra Bulloch-klagen, er ikke omfattet af denne beskrivelse. Når man ser bort fra afsnit, som DCL erkendte var blevet udeladt med rette (fordi de afslørede Bulloch's forretningshemmeligheder), omfattede den kapitler om produktion og salg af skotsk whisky i almindelighed, om DCL's stilling i industrien, om detail- og grossistmarkederne for whisky, om DCL's distributionspo-

litik, og om den »dominerende stilling«, som DCL indtog ifølge Bulloch. Kommissionen udtalte, at disse kapitler var irrelevante, fordi de eneste klagepunkter, DCL skulle imødegå, var dem, som Kommissionen havde fremsat i meddelelsen af klagepunkter, som kun havde sit grundlag i fakta, som DCL selv havde forsynet den med, og fordi den foreliggende sag ikke på nogen måde var baseret på traktatens artikel 86. Dette er efter min opfattelse at fortolke »relevant« på en overdreven snæver måde. Kommissionen forklarede heller ikke, hvorfor den, hvis den fandt de udeladte afsnit irrelevante, ikke også slettede dem fra den version af Bulloch-klagen, som den stillede til rådighed for Det rådgivende Udvalg som et af de »vigtigste dokumenter« i sagen.

DCL understregede en række måder, på hvilke det blev handicappet under sin læggelse af sagen for Kommissionen og gennem Kommissionen for Det rådgivende Udvalg, som følge af den omstændighed, at disse afsnit var blevet skjult for det. Jeg behøver ikke at bruge Domstolens tid til at diskutere dem alle. Jeg skal kun omtale to.

Den ene var, at DCL var blevet nægtet enhver mulighed for at gendrive fakta, som Bulloch fejlagtig har gjort gældende, og som efterlod det indtryk, at DCL var et multinationalt selskab, der ejede eller kontrollerede »datterselskaber eller tilknyttede selskaber i næsten 100 lande«, og som havde en dominerende stilling på markedet for skotsk whisky. Det er sandt, at Kommissionen ikke accepterede, at DCL indtog en dominerende stilling. Men man kan ikke være sikker på, hvilket indtryk disse uimodsagte anbringender, bevidst eller ubevidst efterlod i sindene hos de tjenestemænd ved Kommissionen, som havde med sagen at gøre, og derved farvede deres behandling af den. I denne forbindelse påpegede DCL en detalje. Referatet fra den mundtlige høring gengiver (på s. 63), at dr. Sauter, chefrepræsentanten for Bundeskartellamt, fremsatte fire bemærkninger, hvoraf en var, at »DCL ansøger om vel meget, når det begærer fritagelse for sit system med kvantitativ distribution, når det indtager en monopolstilling«. Dette indtryk kan ikke, så vidt jeg kan se, være opstået hos dr. Sauter fra nogen anden kilde end fra den version af Bulloch-klagen, i hvilken der ikke var foretaget udeladelser. Den ville heller ikke være opstået hos ham, hvis DCL var blevet givet mulighed for at gendrive Bulloch's påstande i god tid.

For det andet gjorde DCL gældende, at det, hvis det havde modtaget den fulde tekst af Bulloch-klagen (med kun Bulloch's forretningshemmeligheder udeladt), kunne have påpeget udtalelser fra Bulloch, som støttede DCL's egen sag. Blandt disse kan navnlig fremhæves Bulloch's forklaring af dets grunde for at ønske at eksportere DCL-mærker af skotsk whisky. Bulloch erklærede, at det i mange år havde produceret sine egne »blends« af skotsk whisky, »Glen Catrine« og »Scots Earl«, som var »standardwhiskyer af god kvalitet«, men ikke »velkendte mærker«. Bulloch udtalte, at det havde solgt noget Glen Catrine og Scots Earl i det kontinentale Europa, men at køberne her var tilbageholdende med at handle med en forhandler, som ikke kunne tilbyde »de større mærker«.

Det konkluderede: »I Bulloch's tilfælde kan dets eksportvirksomhed, da den eneste alternative måde for at eksportere dets egne whiskymærker ville være at indlede en annoncekampagne, som ligger over dets finansielle formåen, ikke fortsætte, medmindre Bulloch kan få en forsyning af DCL's mærker af whisky«. Dette, fastslog DCL, viste, at et whiskymærke i henhold til Bulloch's opfattelse ikke med held kunne distribueres i de kontinentale medlemsstater, medmindre penge blev brugt på salgsfremmende foranstaltninger. Kommissionen bagatelliserede dette spørgsmål, under henvisning til, at Bulloch's udtalelse intet føjede til »det argument«, som DCL »konstant havde fremført under disse procedurer«. Kommissionen havde efter min opfattelse ikke ret på dette punkt. Et argument vinder i styrke, når det støttes af beviser, der fremføres af en modpart.

Jeg finder det ikke muligt at sige, at Kommissionens beslutning, hvis Kommissionen havde sendt DCL den fulde tekst af Bulloch-klagen, og kun havde udeladt de afsnit, i hvilke Bulloch afslørede sine forretningshemmeligheder, uundgåeligt ville have været den samme. Det forekommer mig endvidere, at Kommissionen har overset, at »retfærdigheden ikke blot skal ske fyldest, men også klart skal kunne ses at ske fyldest«. Retfærdigheden ses ikke at ske fyldest, hvis man for en virksomhed uden nogen bydende grund skjuler en del af teksten til en klage mod den.

DCL's advokat udtrykte under den mundtlige forhandling frygt for, at Domstolen, selv om den nåede til den konklusion, at Kommissionen optrådte ulovligt ved således som sket at censurere teksten til Bulloch-klagen, på grundlag af sin dom i *Hoffmann-La Roche*-sagen (nævnt ovenfor) skulle finde, at mangelen var blevet helbredt gennem retsforhandlingerne for Domstolen selv, under hvilke den fulde tekst af klagen var blevet oplyst for DCL (jf. præmis 15-19 i denne dom). Advokaten gjorde gældende, at den relevante del af dommen i *Hoffmann-La Roche*-sagen var uforenelig med det, som Domstolen havde udtalt ugen før i sagerne 15 og 16/76, *Frankrig* mod *Kommissionen,* Sml. 1979, s. 321, og at man af disse to præjudikater skulle foretrække sidstnævnte. Jeg er enig heri. I *Frankrig* mod *Kommissionen* fastslog Domstolen, at:

»... lovligheden af en anfægtet retsakt under et annullationssøgsmål i henhold til traktatens artikel 173 skal bedømmes efter de faktiske og retlige omstændigheder på det tidspunkt, da retsakten blev udstedt;

en berigtigelse, der foretages efter dette tidspunkt, kan derfor ikke tages i betragtning ved en sådan bedømmelse.«

(Præmisserne 7 og 8 i dommen.)

Dette må efter min mening være rigtigt, om ikke af anden grund, så fordi Domstolens kompetence i henhold til artikel 173 er at prøve »lovligheden af Rådets og Kommissionens retsakter«, hvilket må betyde deres lovlighed på tidspunktet for deres vedtagelse. Afgørelsen i *Hoffmann-La Roche*-sagen er blevet kritiseret af lærde forfattere, og jeg mener med god grund. At finde, at

Kommissionens overtrædelse i en sag som den foreliggende af en virksomheds ret til at blive hørt ikke gør Kommissionens beslutning ugyldig, hvis virksomheden efterfølgende gives en fair høring for Domstolen, ville, forekommer det mig, betyde det samme som at sige, at Kommissionen ustraffet kan lade hånt om væsentlige formelle krav, enten fordi den berørte virksomhed ikke vil indbringe sagen for Domstolen, eller, hvis den gør det, mangelen kan ratihaberes under sagsbehandlingen for Domstolen.

Jeg mener derfor, at DCL's synspunkt vedrørende censuren af Bulloch-klagen er berettiget.

DCL's tredje proceduremæssige søgsmålsgrund var, at Kommissionens beslutning for så vidt angår Pimm's var baseret på »utilstrækkelige og/eller modstridende grunde«. Søgsmålsgrunden, som der ikke blev gjort meget ud af, var her, at en af de for beslutningen givne hovedgrunde var, at »DCL's spiritusvarer ikke er nye produkter«, hvorimod det er godtgjort, at i det mindste Pimm's var et nyt produkt i det kontinentale EØF. Efter min opfattelse er det en søgsmålsgrund vedrørende beslutningens materielle indhold snarere end vedrørende formen. Hvis jeg har ret i, hvad jeg har sagt om sagens materielle indhold, er den overflødig.

Konklusion

Skønt jeg mener, at Kommissionens beslutning lider af i det mindste en væsentlig formel mangel, og skønt jeg mener, at beslutningen ikke kan opretholdes materielt set, så er jeg dog nået til det resultat, at sagsøgte i den foreliggende sag, fordi DCL undlod at anmelde Prisbetingelserne, således som det skulle have gjort, må frifindes, og at DCL skal tilpligtes at betale omkostningerne, herunder Bulloch's omkostninger.