CONCLUSIE VAN DE ADVOCAAT-GENERAAL J.-P. WARNER VAN 12 MAART 1980 [1]

Inhoud

Inleiding 2267

De gebeurtenissen voor de beschikking van de Commissie van 20 december 1977 2270

De beschikking van 20 december 1977 2278

De reactie van DCL op de beschikking van 20 december 1977 2279

Het onderwerp van dit geding 2279

DCL's verzuim de prijsregelingen te melden 2280

De merites van DCL's verzoek om vrijstelling op grond van artikel 85, lid 3 2282

Procedurekwesties 2290

Conclusie 2298

Mijnheer de President
mijne heren Rechters,

Inleiding

Dit beroep is krachtens artikel 173 EEG-Verdrag ingesteld door Distillers Company Limited („DCL") tegen een beschikking van de Commissie van 20 december 1977 (78/163/EEG; PB L 50 van 1978, blz. 16). In die beschikking stelt de Commissie vast dat zekere beperkingen, door DCL ingesteld voor de export van haar produkten (Schotse whisky, gin, wodka en Pimm's) uit het Verenigd Koninkrijk naar andere Lid-Staten van de Europese Gemeenschap, inbreuk maken op artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag en niet in aanmerking komen voor vrijstelling op grond van artikel 85, lid 3.

DCL ontstond in 1877 uit een fusie van zes Schotse whiskystokers. Zij telt thans meer dan 70 dochterondernemingen en gelieerde maatschappijen, waarvan de bedrijvigheid zich ook buiten de sector van de gedistilleerde dranken uitstrekt: de produktie en distributie van alcoholische dranken maakt evenwel nog steeds het grootste gedeelte van de werkzaamheden van de groep uit.

38 Dochterondernemingen van DCL produceren gedistilleerde dranken in het Verenigd Koninkrijk; 32 daarvan vervaardigen Schotse whisky, vijf gin, één produceert Pimm's. De totale omzet van de DCL-groep gedurende het boekjaar eindigend op 31 maart 1977, bedroeg UKL 847 172 000, de omzet in de drankensector UKL 732 053 000 (exclusief belastingen UKL 507 473 000).

De dochterondernemingen van DCL, die Schotse whisky produceren, zijn te zamen eigenaar van meer dan 50 verschil-

1 — Vertaald uit het Engels.

lende merken. Daaronder zijn gewone whiskysoorten, waarvan Johnnie Walker Red Label, Black & White, Haig White Label, Dewars, White Horse en Vat 69 de bekendste en belangrijkste zijn, en exclusieve merken als Johnnie Walker Black Label, Haig Dimple en Antiquary; verder zijn er nog malt whisky's. Van DCL's totale verkoop van Schotse whisky wordt ongeveer 15 % op de markt van het Verenigd Koninkrijk afgezet, ongeveer 15 % in andere Lid-Staten van de EEG, terwijl het saldo wordt uitgevoerd naar de rest van de wereld.

Volgens de Commissie bedroeg het marktaandeel van DCL voor Schotse whisky in het Verenigd Koninkrijk in de jaren 1973—1977 40 tot 50 %. DCL betwist dit. Volgens een tabel op blz. 11 van DCL's repliek vertoonde haar marktaandeel tijdens die periode een dalende tendens van aanvankelijk ongeveer 50 % tot uiteindelijk iets meer dan 30 %. In de andere Lid-Staten van de EEG was het marktaandeel van DCL in 1975: 54 % in België en Luxemburg, 47 % in Denemarken, 35 % in Frankrijk, 33 % in Italië en Duitsland, 32 % in Ierland en 29 % in Nederland.

De belangrijkste concurrenten van DCL's Schotse whisky in het Verenigd Koninkrijk, en de meest verkochte merken aldaar, zijn Bell's (van Arthur Bell & Sons Limited, een onafhankelijke vennootschap) en Teacher's (eigendom van een dochteronderneming van Allied Breweries Limited). In de continentale EEG-landen is Johnnie Walker Red Label het meest verkochte merk en zijn de naaste concurrenten daarvan Ballantine's (van Hiram Walker & Co. Limited, een Amerikaans/Canadese multinational) en J & B (van de brouwerij- en hotelcombinatie Grand Metropolitan Hotels Limited).

Wat gin betreft, zijn de belangrijkste door dochterondernemingen van DCL geproduceerde merken Gordon's, Booth's en High and Dry. In de periode 1973—1975 hadden deze dochterondernemingen in de Britse ginmarkt een aandeel van ongeveer 70 %. In de andere EEG-landen wordt hun marktaandeel geschat op 44 % in België en Luxemburg en in Denemarken, 30 % in Nederland, 27 % in Duitsland, 20 % in Frankrijk en Italië, en 10 % in Ierland.

De dochteronderneming van DCL die wodka produceert, is eigenaar van het merk Cossack, dat in het Verenigd Koninkrijk op één na de hoogste verkoop haalt, en ongeveer een kwart van de wodkamarkt aldaar vertegenwoordigt; dit komt overeen met ongeveer 2 % van de totale markt van gedistilleerd. De verkoop van merkwodka in andere landen van de EEG lijkt beperkt te blijven tot Ierland en Nederland, waar volgens de cijfers van DCL, die door de Commissie niet worden bestreden, de omzet 0,43 % respectievelijk 0,02 % van de totale markt van gedistilleerd vertegenwoordigt.

Pimm's is een uniek produkt, dat enkel door Pimm's Limited, een dochteronderneming van DCL, wordt verkocht. Volgens DCL bedraagt het aandeel van Pimm's in de totale Britse markt van gedistilleerd slechts 0,133 % en is het erg moeilijk het produkt in andere markten van de EEG ingang te doen vinden. DCL noemt een marktaandeel van 0,077 % voor Frankrijk (waar een speciale samenstelling moest worden ontwikkeld, omdat het soort frisdrank waarmee Pimm's normaal wordt gemixt, daar niet verkrijgbaar is), 0,061 % voor Ierland, 0,031 % voor België, Luxemburg en Nederland, 0,008 % voor Italië, 0,006 % voor Duitsland en 0,005 % voor Denemarken. De Commissie heeft ook deze cijfers niet

betwist, doch voorzichtig de mening geopperd dat Pimm's misschien niet eens als gedistilleerd moet worden beschouwd.

Elk van de 38 dochterondenemingen van DCL is verantwoordelijk voor de verkoop van haar eigen merkdrank of merkdranken. Het distributiestelsel in het Verenigd Koninkrijk verschilt van dat in de andere Lid-Staten van de Gemeenschap.

In het Verenigd Koninkrijk stellen de dochterondernemingen van DCL gewoonlijk geen distributeurs aan, maar verkopen rechtstreeks aan ongeveer 1 000 groothandelaars. De groothandel zelf is verdeeld in een „gebonden" sector, voornamelijk bestaande uit brouwerijgroepen met hun eigen detaillisten (zowel winkels als dranklokalen) en een „vrije" sector, waar brouwerijen en andere groothandelaars leveren aan diverse categorieën van detaillisten, zoals zelfstandige winkels, warenhuizen, hotels enzovoorts. De gebonden sector en de vrije sector vertegenwoordigen elk ongeveer de helft van de markt.

In de rest van de Gemeenschap is het gebruikelijk dat elke dochterondeneming van DCL voor elk land een alleenvertegenwoordiger voor haar merkdranken aanstelt. Deze alleenvertegenwoordigers — ongeveer 200 in de gehele Gemeenschap — verkopen gewoonlijk aan groothandelaars. De vertegenwoordigers van de verschillende DCL-merken staan met elkaar in concurrentie. Meestal bieden zij ook een hele reeks andere wijnen en dranken aan.

De wijze waarop de dochterondernemingen van DCL hun prijzen voor levering aan groothandelaars in het Verenigd Koninkrijk vaststellen, dateert van lang voor de toetreding van het Verenigd Koninkrijk tot de Gemeenschappen in 1973 (zie circulaire van 31 juli 1970 betreffende „Home Trade Scotch Whisky Prices" en de overeenkomstige circulaire van 16 september 1972 betreffende „Home Trade Gin Prices", die bij de repliek zijn gevoegd). De methode betaat hierin, dat een brutoprijs wordt vastgesteld en dat daarvan naar gelang van de omstandigheden een reeks provisies, kortingen en rabatten wordt afgetrokken. Zo werden onder meer de volgende kortingen toegepast:

— de „groothandelsprovisie", verleend aan klanten die een minimumhoeveelheid afnemen,

— de „gecumuleerde hoeveelsheidskorting", die wordt verleend naar gelang van de hoeveelheid gedistilleerd die gedurende een bepaald jaar van DCL-dochtermaatschappijen wordt afgenomen;

— de „uitgestelde speciale provisie" (niet meer toegepast sinds 31 maart 1978), die in feite een getrouwheidskorting is;

— de „prestatiebonus-korting", die alleen werd toegestaan voor aankopen van Scotch whisky over het jaar van maart 1977 tot maart 1978, wanneer de aankopen van DCL-merken in dat jaar ten minste 95 % bedroegen van het totaal van het voorgaande jaar;

— korting voor contante betaling, die wordt verleend voor gedistilleerd

waarover rechten zijn betaald, aan klanten die meteen bij hun bestelling betalen;

— de reclameprovisie, die door individuele DCL-dochtermaatschappijen wordt verleend als bijdragen in reclamecampagnes voor hun merk.

Bij de vaststelling van de prijzen die worden berekend aan de alleenvertegenwoordigers van DCL-dranken in andere Lid-Staten van de EEG, wordt een vergelijkbare methode gevolgd. Voor elk soort drank bestaat een uniforme groothandelsprijs waarvan de groothandelaarskorting en eventueel de korting voor contante betaling worden afgetrokken. In sommige gevallen geven de dochterondernemingen van DCL ook een tegemoetkoming in de door de alleenvertegenwoordiger gedragen kosten voor reclame of verkoopbevordering van de merkdranken.

Alvorens te komen tot de gebeurtenissen die tot de beschikking van de Commissie van 20 december 1977 hebben geleid, moet ik nog twee feiten vermelden in verband met de situatie in het Verenigd Koninkrijk.

Het eerste is, dat tot zeer onlangs alle prijzen van in het Verenigd Koninkrijk op de markt gebrachte gedistilleerde dranken onder toezicht stonden van een prijzencommissie, ingesteld bij de „Counter-Inflation Act 1973". Voor exportprijzen gold dat toezicht niet.

Het tweede is dat in het Verenigd Koninkrijk de accijnzen moeten worden betaald wanneer de gedistilleerde dranken uit entrepot worden uitgeslagen. Gedistilleerd bestemd voor export, circuleert in entrepot tot het door de douane gaat. Er bestaat geen regeling voor terugbetaling van accijnzen betaald over uit entrepot genomen gedistilleerd, dat vervolgens wordt geëxporteerd.

De gebeurtenissen voor de beschikking van de Commissie van 20 december 1977

De overeenkomsten die DCL-dochtermaatschappijen met respectievelijk hun afnemers in het Verenigd Koninkrijk en hun alleenverkopers in andere Lid-Staten sluiten, vormden het onderwerp van afzonderlijke procedures voor de Commissie.

De procedures betreffende de overeenkomsten met alleenverkopers zijn voor de onderhavige zaak slechts van marginaal belang. De procedure is al een hele tijd aan de gang. Op 31 januari 1963 al deed DCL bij de Commissie aanmelding van een standaard-alleenverkoopovereenkomst. Blijkbaar dient sinds 1965 de overeenkomst tussen White Horse Distillers Ltd. en haar alleenverkoper in Frankrijk (thans Corima SA) als model voor de andere overeenkomsten. De Commissie heeft een reeks wijzigingen in de overeenkomst voorgesteld, die door DCL zijn aanvaard. DCL heeft er zich bij de Commissie herhaaldelijk over beklaagd dat de procedure maar niet werd afgesloten. Blijkbaar is DCL in augustus 1976 te verstaan gegeven dat de goedkeuring van de overeenkomst afhing van het oordeel van de Commissie over de prijsregeling in het Verenigd Koninkrijk, die intussen aan een onderzoek was onderworpen. De jongste stappen in de procedure-White Horse t. Corima zijn de mededeling van punten van bezwaar van de Commissie van 7 juli 1977 en het schriftelijk antwoord daarop van DCL van 2 augustus 1977.

Thans kom ik tot de overeenkomsten tussen DCL-dochtermaatschappijen en hun wederverkopers in het Verenigd Koninkrijk.

Op 30 juni 1973 deed DCL namens haar dochterondernemingen bij de Commissie aanmelding van de tekst van haar „Verkoopvoorwaarden" en verzocht daarbij om een vrijstelling op grond van artikel 85, lid 3. Het ging om een formele aanmelding op „Formulier A/B", gelijk voorgeschreven bij verordening nr. 1133/68 van de Commissie. De verkoopvoorwaarden bepaalden onder 5, sub b, dat de waren, indien zij in flessen werden verkocht voor levering in Groot-Brittannië, niet voor levering buiten Groot-Brittannië mochten worden doorverkocht. Deze voorwaarde diende bij alle doorverkopen te worden overgenomen. Het is duidelijk dat deze clausule in feite een uitdrukkelijk exportverbod is, dat onder meer voor de EEG-Lid-Staten geldt. Het verbod werd aangevuld door bepaling 6, luidende dat de koper waren die in entrepot waren verkocht, niet mocht doorverkopen of op andere wijze overdragen dan uit entrepot en na betaling van accijnzen tegen het volle tarief dat gold voor goederen bestemd voor verbruik in het Verenigd Koninkrijk. Het in het Verenigd Koninkrijk geldende tarief van accijnzen was zo hoog, dat door een verbod op de verkoop van goederen in entrepot de export ervan volstrekt onrendabel werd.

De aanmelding bevatte geen gegevens over de wijze waarop de binnenlandse verkoopprijzen werden vastgesteld. Op vraag III (1) in formulier A/B, die, voor zover hier van belang, als volgt luidt: „Aangegeven moet worden in hoeverre de overeenkomst ... betrekking heeft op de toepassing van bepaalde inkoop- of verkoopprijzen, kortingen of andere verkoopvoorwaarden", antwoordde DCL: „Afgezien van hetgeen hierboven als antwoord op vraag II (3), sub d, is vermeld, hebben de verkoopvoorwaarden betrekking op geen enkele van deze punten". Het antwoord op vraag II (3), sub d, luidde als volgt:

„De verkoopvoorwaarden hebben ten doel de voorwaarden voor de verkoop van goederen in het Verenigd Koninkrijk te regelen. Sommige van de voorwaarden zijn evenwel gedacht als een aanvulling op de regeling van de vennootschap voor de verkoop op andere markten; zij moeten de alleenverkopers in staat stellen de meest economische en doeltreffende verkoopmethodes aan te wenden en tegelijkertijd tegemoet te komen aan de behoeften van de verbruikers en te concurreren met andere merken gedistilleerd".

DCL heeft ons daarbij als verklaring gegeven, dat op dat tijdstip de wijze waarop de binnenlandse verkoopprijzen werden vastgesteld, niet relevant werd geacht in verband met artikel 85, aangezien zij enkel betrekking had op verkopen in het Verenigd Koninkrijk en de verkoopvoorwaarden voor klanten die tegen deze prijzen kochten, een verbod inhielden om uit het Verenigd Koninkrijk te exporteren.

Nadat de Commissie de ontvangst van de aanmelding had bevestigd, volgde enige briefwisseling tussen DCL en de Commissie en besprekingen tussen vertegenwoordigers van beide partijen. De details daarvan doen niet terzake.

Op 24 juni 1975 zond DCL aan haar klanten in het Verenigd Koninkrijk een circulaire, getiteld „Binnenlandse verkoopvoorwaarden en prijsregelingen". Deze circulaire is zo belangrijk, dat ik ze nagenoeg volledig moet citeren. DCL schreef daarin:

„Na het referendum betreffende de Gemeenschappelijke Markt schrijven wij u namens onze dochtermaatschappijen om u in kennis te stellen van de wijziging van de verkoopvoorwaarden die gelden voor verkopen van gedistilleerd van deze maatschappijen aan uzelf en aan andere

binnenlandse klanten, en teneinde de grondslag te verduidelijken en te bevestigen waarop de maatschappijen van onze groep u en andere klanten de verschillende provisies, kortingen en rabatten aanbieden.

Verkoopvoorwaarden

De binnenlandse verkoopvoorwaarden die al van kracht waren voordat het Verenigd Koninkrijk tot de Gemeenschappelijke Markt toetrad, houden een exportverbod in. De voorwaarden werden, met inbegrip van dit verbod, bij de EEG-autoriteiten te Brussel aangemeld ...

Na het referendum wijzigen wij nu de verkoopvoorwaarden in dier voege, dat export door binnenlandse klanten naar andere EEG-landen is toegestaan. U gelieve er evenwel rekening mee te houden, dat export enkel is toegestaan voor verbruik binnen de Gemeenschappelijke Markt; export buiten de Gemeenschappelijke Markt is nog steeds verboden.

Hieraan gehecht (als bijlage I) gaat een exemplaar van de gewijzigde verkoopvoorwaarden die vanaf heden en tot nader bericht gelden voor alle binnenlandse verkopen aan u ...

Prijsregelingen

Wij wensen te beklemtonen dat, hoewel de gewijzigde verkoopvoorwaarden export voor verbruik in andere EEG-landen toestaan, de verschillende provisies, kortingen en rabatten ten doel hebben te voldoen aan de bijzondere vereisten van de binnenlandse handel, en dat de klanten er alleen recht op hebben wanneer de waren werkelijk binnen het Verenigd Koninkrijk worden geconsumeerd.

Derhalve moet u, indien u wilt kopen voor export naar andere EEG-landen, dit in uw bestelling aangeven en moet de aankoop tegen groothandelsprijs plaatsvinden.

Het is te hopen dat alle klanten zullen willen medewerken, zodat er een eenvoudig en gemakkelijk systeem kan worden toegepast. Indien een klant echter binnenlandse handelsprovisies, kortingen of rabatten verkrijgt of verlangt voor door hem gekochte waren en deze waren duiken op in een land buiten het VK, dan hebben alle vennootschappen van de DCL-groep het recht om aan zulk een klant voortaan alleen tegen de groothandelsprijs te verkopen.

Hieraan gehecht (als bijlage II) treft men een nota aan bevattende bepaalde contractuele voorwaarden waarin de bovengenoemde beginselen officieel worden vastgelegd en toegelicht: zij zullen tot nadere aankondiging deel uitmaken van iedere overeenkomst die hierna tussen enige vennootschap van de DCL-groep en enige binnenlandse klant (zoals u zelf) voor de aankoop van gedistilleerd door de laastgenoemde zal worden gesloten".

Zoals in de brief was aangekondigd, waren er twee bijlagen bijgevoegd.

Bijlage I bevatte de „Gewijzigde verkoopvoorwaarden". In de gewijzigde tekst werd het verbod van bepaling 5, sub b, beperkt tot export buiten de EEG en was de vroegere bepaling 6 betreffende verkoop in entrepot, geschrapt.

Bijlage II droeg de titel „Enkele contractuele bepalingen (inzake prijzen) toegevoegd aan de verkoopvoorwaarden". De tekst herinnerde er allereerst aan, dat DCL niet zelf de goederen verkocht, en gaf vervolgens een definitie van „verkoper" (alle DCL-dochtermaatschappijen) en van „koper" (de klanten van deze dochtermaatschappijen). De tekst vervolgde:

„(2) Alle provisies, rabatten en kortingen (zowel contante als uitgestelde), ver-

leend of betaald door of namens de verkoper aan de koper als vermindering op de groothandelsprijs van goederen die het onderwerp vormen van een overeenkomst tussen koper en verkoper (voornoemde provisies, rabatten en kortingen worden hierna gezamenlijk met de term „Provisies" aangeduid), zijn bedoeld om tegemoet te komen aan de speciale marktomstandigheden die in het Verenigd Koninkrijk gelden. Wanneer de verkoper redelijkerwijze mag geloven dat een zekere hoeveelheid van de waren is of zal worden gebruikt buiten het Verenigd Koninkrijk, heeft de verkoper het recht (onverminderd de toepassing van andere rechten zijnerzijds) de koper voor enige hoeveelheid door de verkoper aan de koper te leveren waren (ongeacht of de levering geschiedt krachtens voornoemd contract dan wel krachtens een latere overeenkomst) de groothandelsprijs daarvan te berekenen zonder aftrek van enige provisie, tenzij, totdat en voor zover de koper ten genoegen van de verkoper aantoont dat deze hoeveelheden binnen het Verenigd Koninkrijk zullen worden gebruikt; en zulks met dien verstande dat de koper, zodra voornoemd bewijs is geleverd aanstonds de betrokken provisies ontvangt, te zamen met een redelijke interest daarop, berekend over de periode tijdens welke de koper (indien de voorafgaande bepalingen van deze paragraaf geen toepassing hadden gevonden) de bedoelde provisies zou hebben genoten".

In paragraaf (3) werden de gronden omschreven waarop overeenkomstig paragraaf (2), de verkoper redelijkerwijze mag geloven dat een hoeveelheid van de waar buiten het Verenigd Koninkrijk zou worden verbruikt.

In paragraaf (4) ten slotte werd gesteld: „De voornoemde bepalingen horen bij de verkoopvoorwaarden (omschreven in bijlage II)".

In de onderhavige procedure wordt de inhoud van bijlage II met de term „Prijsregelingen" aangeduid. Zoals u ziet, is daarbij een tweeledig prijzenstelsel ingevoerd, waarbij aan klanten in het Verenigd Koninkrijk een lagere prijs wordt berekend wanneer het door hen gekochte gedistilleerd bestemd is voor verbruik in het Verenigd Koninkrijk dan wanneer het voor export is bestemd.

Inmiddels ging de correspondentie tussen DCL en de Commissie verder. Bij brieven van 3 en 8 juli 1975 antwoordde DCL op door de Commissie naar voren gebrachte punten. In laatstgenoemde brief bracht DCL de gewijzigde verkoopvoorwaarden ter sprake. Zij schreef daarover:

„Een wijziging van de verkoopvoorwaarden teneinde deze in overeenstemming te brengen met artikel 85 van het Verdrag van Rome, werd al geruime tijd overwogen. Na het recente EEG-referendum zijn de Britse klanten van de DCL dochtermaatschappijen in kennis gesteld van gewijzigde verkoopvoorwaarden, die in de toekomst van toepasing zullen zijn op alle verkopen aan deze klanten. In bijlage bij deze brief gaat een exemplaar van de gewijzigde verkoopvoorwaarden, waaruit u kunt opmaken dat het verbod van de export uit het Verenigd Koninkrijk naar andere EEG-landen is geschrapt. Wij zijn ervan overtuigd dat de gewijzigde voorwaarden geheel stroken met artikel 85".

De bijlage bij de brief bevatte de tekst van bijlage I bij DCL's circulaire van 24 juni 1975. DCL repte met geen woord over het bestaan van de circulaire zelf, noch van de daarbij horende bijlage II.

Inmiddels was evenwel in de Financial Times van 27 juni 1975 een artikel verschenen onder de titel „Unofficial' whisky exports scotched", waarin werd gerefereerd aan de circulaire en het daarbij ingestelde tweeledige prijzenstelsel in grote trekken werden beschreven.

Door het artikel gewaarschuwd, schreef de Commissie DCL op 4 juli 1975 een brief die blijkbaar DCL's brief van 8 juli 1975 heeft gekruist. De Commissie vestigde de aandacht van DCL op het artikel en verzocht om opmerkingen, inlichtingen en bescheiden. Het verzoek werd uitdrukkelijk gedaan krachtens artikel 11 van verordening nr. 17.

DCL antwoordde hierop in een brief van 11 juli 1975, waarbij de volledige tekst van de circulaire en de beide bijlagen was gevoegd. DCL bracht daarin de stelling naar voren die zij tijdens de onderhavige procedure is blijven verdedigen, namelijk dat niets was veranderd met betrekking tot de verschillende provisies die aan de Britse afnemers van haar dochterondernemingen werden aangeboden. DCL schreeft:

„In de brief van 24 juni aan deze klanten is in feite enkel de grondslag verduidelijkt en bevestigd waarop de provisies voorheen al werden verleend, namelijk het feit dat zij enkel betrekking hadden op Schotse whisky die bestemd is voor verbruik binnen het Verenigd Koninkrijk".

In haar brief van 19 augustus 1975, waarin zij de ontvangst van DCL's brief van 11 juli 1975 bevestigde, schreef de Commissie: „Wilt u voortaan bij verdere briefwisseling betreffende de verkoopvoorwaarden referentie nr. IV/28 282 vermelden". Doelend op de „nieuwe bepalingen van uw verkoopvoorwaarden van 24 juni 1975 met betrekking tot het toekennen van provisies, kortingen en rabatten" zei de Commissie nog dat deze provisies blijkbaar gedacht waren om nevenexport naar andere EEG-landen te verhinderen en dat zij deswege inbreuk maakten op artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag; krachtens artikel 11 van verordening nr. 17 verzocht de Commissie om aanvullende inlichtingen.

Een van de punten waarop het Hof heeft te beslissen, is of DCL in deze omstandigheden en gelet op de bepalingen van artikel 4, lid 1, en 6, lid 1, van verordening nr. 17 betreffende de vorm van deze aanmelding, voor haar prijsregelingen nog kan verzoeken om een vrijstelling op grond van artikel 85, lid 3.

Op 18 mei 1976 ontving de Commissie een verzoek krachtens artikel 3, lid 2, sub b, van verordening nr. 17 van een groep Schotse whiskyhandelaars in de streek van Glasgow, een familieonderneming zonder rechtspersoonlijkheid, A. Bulloch & Co., en vier naamloze vennootschappen, A. Bulloch (Agencies) Ltd., John Grant (Blenders) Ltd., Inland Fisheries Ltd. en Classic Wines Ltd., die alle grotendeels eigendom zijn van en beheerd worden door leden van dezelfde familie (ik zal alle te zamen aanduiden als „Bulloch"; zoals bekend hebben zij geïntervenieerd in het onderhavige geding). In het verzoek werd gesteld dat de prijsregelingen van DCL inbreuk maakten op de artikelen 85 en 86 EEG-Verdrag en dat de zaken van Bulloch daardoor schade hadden geleden.

Bij brief van 26 mei 1976 deelde de Commissie DCL mee dat een klacht was ingediend.

De Britse klanten van de dochterondernemingen van DCL werden bij brief van 23 februari 1977 in kennis gesteld van een wijziging in de prijsregelingen. Voortaan zou de prijs voor whisky bestemd voor verbruik in alle Lid-Staten van de Gemeenschap, de groothandelsprijs zijn die werd berekend an de alleenverkopers in die landen „de EEG-export-groothandelsprijs"), en niet langer de binnenlandse groothandelsprijs. Bij brief van 25 februari 1977 deelde DCL deze wijziging (naast een hele reeks andere gegevens) aan de Commissie mee.

Het lijkt mij nuttig thans even nader in te gaan op de prijsstructuur die op dat ogenblik voor de gewone merken Schotse whisky van DCL. De cijfers zijn ontleend aan de in de beschikking vermelde bevindingen van de Commissie (deze cijfers hebben bepaaldelijk betrekking op Johnnie Walker Red Label, maar in het betoog van de Commissie wordt ervan uitgegaan dat dit merk als voorbeeld voor de hele categorie kan dienen). De binnenlandse groothandelsprijs (exclusief accijnzen en BTW) bedroeg UKL 13,61 per krat van 12 flessen. De provisies bij verkoop aan groothandelaars op de Britse markt bedroegen gemiddeld UKL 5,41 per krat, zodat de gemiddelde nettoprijs uitkwam op UKL 8,20. De groothandelsprijs voor EEG-export bedroeg UKL 13,51 per krat, waarop de alleenverkoper een groothandelaarskorting kreeg van UKL 4,62 en eventueel een korting voor contante betaling van 54 pence. Wanneer hij beide kortingen kreeg, bedroeg de hem berekende nettoprijs mitsdien UKL 8,35. Gemiddeld verdiende DCL dientengevolge 15 pence per krat minder op verkopen in het Verenigd Koninkrijk dan op verkopen aan alleenverkopers in andere Lid-Staten. Belangrijker is hier evenwel dat een groothandelaar in het Verenigd Koninkrijk, die wilde exporteren naar andere Lid-Staten, ongeveer UKL 5,16 per krat meer moest betalen dan een alleenverkoper in een van deze Lid-Staten (namelijk het verschil tussen UKL 8,35 en UKL 13,51).

Op 7 maart 1977 ontving de Commissie een nieuwe klacht van een Londense firma, Madison, Benson & Carter Ltd., betreffende moeilijkheden bij de bevoorrading met Schotse whisky bestemd voor export.

De omvangrijke correspondentie die intussen tussen DCL en de Commissie was gevoerd, leidde uiteindelijk tot een mededeling van punten van bezwaar betreffende de verkoopswaarden en de prijsregelingen, die de Commissie op 22 april 1977 aan DCL zond. In deze mededeling verklaarde de Commissie van oordeel te zijn dat:

a) het verbod op de export en de wederverkoop in entrepot dat krachtens de bepalingen 5, sub b, en 6 van de verkoopvoorwaarden tot 24 juni 1975 van kracht was geweest, inbreuk maakte op artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag en niet in aanmerking kwam voor vrijstelling op grond van artikel 85, lid 3;

b) het verbod op export naar landen buiten de Gemeenschap inbreuk maakte op artikel 85, lid 1, en niet in aanmerking kwam voor vrijstelling;

c) de prijsregelingen een inbreuk maakten op artikel 85, lid 1; zij verzocht DCL een einde te maken aan deze inbreuk.

Met betrekking tot DCL's verzoek om vrijstelling van de prijsregeling op grond van artikel 85, lid 3, stelde de Commissie in haar mededelingen van punten van bezwaar, dat zij dit verzoek niet behoefde te onderzoeken aangezien de prijsregelingen niet waren aangemeld overeenkomstig de bepalingen van verordening nr. 17, en dat de prijsregelingen hoe dan ook niet beantwoordden aan de voorwaarden voor vrijstelling op grond van artikel 85, lid 3.

Op 13 mei 1977 zond de Commissie DCL de tekst van de verzoeken die zij van Bulloch en van Madison, Benson & Carter Ltd. had ontvangen. Uit het verzoek van Bulloch werden van de totaal 35 bladzijden bijna 19 bladzijden weggelaten. DCL erkende dat de Commissie het recht had zekere passages betreffende zakengeheimen van Bulloch te schrappen, maar drong toch aan op een volledige tekst. De Commissie verwierp dit verzoek op grond van de volgende redenen, vermeld in een op 27 mei 1977 aan DCL gezonden telexbericht:

„... de Commissie is weliswaar gehouden, degenen tegen wie een onderzoek gaande is, volledig op de hoogte te houden van punten die relevant kunnen zijn voor haar beschikking, doch is daarbuiten niet verplicht afschriften van verzoeken, geheel op gedeeltelijk, bekend te maken. De beoordeling van de Commissie in de onderhavige zaak berust geheel op door DCL verstrekte inlichtingen, en uitsluitend op de feiten die vermeld staan in de Mededeling van punten van bezwaar. Daar de verzoeken de Commissie kennelijk steunden in haar overtuiging dat whiskyhandelaars nadeel ondervonden van de praktijken van DCL, en teneinde u hiervan in kennis te stellen, werden de desbetreffende passages uit de verzoeken u toegezonden. De weggelaten bladzijden bevatten confidentiële of voor een begrip van de zaak overbodige gegevens. U bent in kennis gesteld van alle gegevens waarop de Commissie steunt of die haar oordeel kunnen beïnvloeden".

Op 16 juni 1977 zond DCL de Commissie haar „antwoord" op de mededeling van punten van bezwaar. Overeenkomstig de terminologie van artikel 3, lid 2, van verordening nr. 99/63 van de Commissie zal ik dit antwoord hierna „schriftelijke opmerkingen" noemen. In de loop van de daarop volgende weken en maanden werden de Commissie zes aanvullingen op dit document toegezonden.

DCL poogde niet de verboden vervat in de vroegere bepalingen 5, sub b, en 6 van de verkoopvoorwaarden te rechtvaardigen. Zij erkende met name dat deze bepalingen niet „onmisbaar" waren in de zin van artikel 85, lid 3, sub a, EEG-Verdrag voor het beoogde doel, de verbetering van de verdeling van haar produkten. DCL betwistte evenwel dat artikel 85, lid 1, van toepassing zou zijn op het exportverbod naar landen buiten de Gemeenschap.

DCL erkende dat de prijsregelingen onder artikel 85, lid 1, vielen, doch betoogde dat zij moesten worden vrijgesteld op grond van artikel 85, lid 3. Zij stelde dat het ontbreken van een formele aanmelding niet van belang was. Met betrekking tot de hoofdzaak kwam het betoog van DCL toen, en ook nu voor het Hof, hierop neer, dat de marktomstandigheden in het Verenigd Koninkrijk en in de andere Lid-Staten van de Gemeenschap zo sterk van elkaar verschillen dat

verschillende distributiemethodes noodzakelijk zijn. Omdat Schotse whisky in het Verenigd Koninrkrijk een traditioneel produkt is en de brouwerijen een groot gedeelte van de kleinhandel beheersen, bestaat daar een sterke prijsconcurrentie. In de overige EEG-landen daarentegen vertegenwoordigt whisky een veel kleiner gedeelte van de markt voor gedistilleerd en kan hij om tal van redenen op het stuk van prijzen niet concurreren met plaatselijk gedistilleerd. Daarom is een actieve verkoopbevordering noodzakelijk. Dit brengt voor de alleenverkopers onkosten met zich mee, die zij zich niet zouden kunnen veroorloven wanneer nevenimporteurs, die deze kosten niet behoeven te dragen, tegen lagere prijzen zouden verkopen. Een bepaald merk Schotse whisky kan mitsdien enkel dan doeltreffend worden gedistribueerd in het Verenigd Koninkrijk en in de andere EEG-Lid-Staten, wanneer nevenexporteurs een hogere prijs betalen waarin de reclame-uitgaven van de alleenverkopers zijn doorberekend. DCL beklemtoont dat deze uitgaven niet beperkt blijven tot advertenties in de media; zij omvatten verder nog marktonderzoek, kosten voor het verkoopteam, de levering van winkelreclame, de opleidingskosten van barkeepers, klachtenservice en vanzelfsprekend de kosten van voorraadadministratie. Deze kosten hebben voorts nog betrekking op de bescherming van het merk tegen vervalsingen, die, zoals, bekend, in de whiskymarkt sterk verbreid zijn en tal van vormen kunnen aannemen, zoals het opnieuw vullen van de flessen met valse whisky en het gebruik van nagemaakte etiketten, afgezien nog van meer banale inbreuken op het merkenrecht.

Op 23 juni 1977 hield de Commissie een hoorzitting waarop zowel DCL als Bulloch waren vertegenwoordigd. Op dezelfde dag legde DCL de Commissie een kopie over van de eerste aanvulling bij haar schriftelijke opmerkingen, die bestond in een „economische beoordeling" van Lady Hall, een eminente economiste uit Oxford.

De tweede aanvulling werd ingediend op 28 juni 1977 en de derde op 26 juli 1977.

Blijkbaar werd tijdens de hoorzitting, en nogmaals tijdens een informele bijeenkomst van vertegenwoordigers van DCL en van de Commissie op 19 juli 1977, de vraag behandeld of het verschil tussen de prijs die DCL de nevenimporteurs berekende, en de prijs die gold voor alleenverkopers, inderdaad de door deze laatsten gedragen bijkomende kosten vertegenwoordigde. Daarop stelde DCL een gedetailleerd onderzoek in naar de kosten van de alleenverkopers, (volgens DCL had zij vrijwel zeker niet op medewerking van de alleenverkopers kunnen rekenen, indien het onderzoek eerder had plaatsgehad, dat wil zeggen vóórdat de alleenverkopers onder druk waren gezet door de mededeling van punten van bezwaar van de Commissie).

Op 21 september 1977 schreef DCL de Commissie een brief waarin zij bevestigde dat deze op 21 oktober over de resultaten van het onderzoek naar de kosten zou kunnen beschikken.

DCL vernam vervolgens dat de zaak wellicht, krachtens artikel 10 van verordening nr. 17, op 19 tot 21 oktober 1977 zou worden besproken door het Adviescomité. Op 11 oktober 1977 schreef DCL de Commissie opnieuw en drukte haar spijt erover uit, dat het Adviesco-

mité een voorontwerp van beschikking zou moeten behandelen zonder te beschikken over de resultaten van het onderzoek, aangezien zij de kosten van de alleenverkopers, die niet door nevenimporteurs moesten worden gedragen, als „terzake beslissend" beschouwde.

De resultaten van het onderzoek, voor zover die betrekking hadden op alleenverkopers van Schotse whisky, waren vervat in de vierde aanvulling bij DCL's schriftelijke opmerkingen. Daaruit bleek dat de door hen gedragen blijkomende kosten gemiddeld UKL 5,07 per krat bedroegen.

De vierde en de vijfde aanvulling, beide gedateerd op 20 oktober 1977, bereikten de Commissie in feite in de voormiddag van 21 oktober. Het Adviescomité vergaderde dezelfde dag en bracht advies uit over de zaak. Volgens de Commissie (verweerschrift, paragrafen 172/174) werd het comité in de loop van zijn vergadering en alvorens het tot een besluit was gekomen, ervan in kennis gesteld dat de vierde aanvulling blijkbaar de cijfers in DCL's schriftelijke opmerkingen bevestigde; het comité werd verder in kennis gesteld van de ontvangst van de vijfde aanvulling en van de inhoud daarvan, doch het besloot niet tot een verdaging van de vergadering teneinde deze aanvullingen nader te bestuderen (de vijfde aanvulling bevatte de gemotiveerde antwoorden van DCL op vragen die haar tijdens of na de hoorzitting door ambtenaren van de Commissie waren gesteld met betrekking tot de wijze waarop zij haar prijsregelingen zou kunnen wijzigen).

Van belang is voorts dat op de dag van de bijeenkomst van het Adviescomité zelfs geen ontwerp-tekst beschikbaar was van het proces-verbaal van de hoorzitting. Het ontwerp-proces-verbaal werd op 25 oktober 1977 aan de partijen toegezonden en op 15 november 1977 ontving de Commissie DCL's verbeteringen daarop, die zij als „minder belangrijk" bestempelde.

Op 24 november 1977 diende DCL bij de Commissie de zesde (en laatste) aanvulling in, waarin de resultaten van DCL's onderzoek naar door alleenverkopers van gin gedragen kosten waren vervat.

De beschikking van 20 december 1977

Iets minder dan een maand later, op 20 december 1977, vaardigde de Commissie de beschikking uit die het onderwerp vormt van het onderhavige geding. In de beschikking stelde de Commissie vast:

a) dat het exportverbod en het verbod in entrepot door te verkopen als vervat in de tot 24 juni 1975 geldende verkoopvoorwaarden, inbreuk maakten op artikel 85, lid 1, en niet in aanmerking kwamen voor vrijstelling op grond van artikel 85, lid 3;

b) dat de prijsregelingen inbreuk maakten op artikel 85, lid 1, en niet in aanmerking kwamen voor vrijstelling op grond van artikel 85, lid 3, aangezien zij niet waren aangemeld en niet voldeden aan de vereisten van artikel 85, lid 3;

c) dat DCL en haar dochterondernemingen zich dienden te onthouden van prijsregelingen waardoor de export uit het Verenigd Koninkrijk naar andere EEG-landen zou worden beperkt.

De Commissie was niet van oordeel dat de verkoopvoorwaarden inbreuk maakten op het EEG-Verdrag voor zover zij een verbod bevatten van export naar landen buiten de Gemeenschap. Zij legde DCL evenmin een boete op.

De reactie van DCL op de beschikking van 20 december 1977

Als reactie op de beschikking kondigde DCL een onmiddellijke opheffing van het tweeledige prijsstelsel aan en nam zij zekere maatregelen die, volgens haar, waren ingegeven door de overtuiging dat voortaan een zelfde merk Schotse whisky onmogelijk daadwerkelijk kon concurreren in het Verenigd Koninkrijk en tegelijkertijd de vereiste promotie kon krijgen om daadwerkelijk te concurreren in de continentale EEG-landen. De maatregelen bestonden hierin, dat een standaardmerk whisky, Johnnie Walker Red Label, en een luxe-merk, Haigh Dimple, in het Verenigd Koninkrijk uit de verkoop werden genomen, en dat DCL de Britse prijzencommissie verzocht om vergunning voor een prijsverhoging van UKL 5,94 per krat voor vier andere standaardmerken, Black & White, Vat 69, Dewars en White Horse, en van UKL 3,00 per krat voor twee luxemerken, the Antiquary en Johnnie Walker Black Label. Haig White Label zou verder tegen de oude prijs worden verkocht in het Verenigd Koninkrijk. De prijzencommissie keurde de aanvraag van DCL goed, behalve voor Dewars, waarvoor de prijsstijging werd beperkt tot UKL 3,00 per krat, en voor White Horse, waarvoor geen prijsverhoging werd toegestaan. Een van de dochtermaatschappijen van DCL bracht een nieuwe standaardmerking Schotse whisky op de markt onder de benaming „John Barr", dat wordt verkocht in de voor Johnnie Walker kende vierkante fles. Met betrekking tot andere soorten gedistilleerd nam DCL dergelijke maatregelen niet.

De Commissie heeft verklaard dat zij niet zonder meer erkent dat DCL met deze maatregelen de beschikking naar behoren is nagekomen. Doch dit is een punt dat de Commissie eventueel, afhankelijk van de beslissing in het onderhavige geding, met DCL kan bespreken, en dat voor deze beslissing niet van belang is.

Het onderwerp van dit geding

In het onderhavige geding verzoekt DCL het Hof om nietigverklaring van de gehele beschikking van 20 december 1977 en, subsidiair, om nietigverklaring van de beschikking voor zover deze betrekking heeft op de toepassing van artikel 85, lid 3, op de prijsregelingen.

DCL heeft daarbij gepreciseerd dat het beroep tegen de gehele beschikking enkel berust op schending van wezenlijke vormvoorschriften, die volgens haar is begaan in de procedure die tot de beschikking heeft geleid, en met name:

a) dat het adviescomité onvoldoende of in het geheel geen acht heeft geslagen op een aantal belangrijke documenten, te weten:

   (i) de „Economische beoordeling" van Lady Hall, die, zoals is gebleken uit de dupliek van de Commissie (par. 66), ontbrak in de „opgave van de voornaamste stukken", die krachtens artikel

10, lid 5, van verordening nr. 17 bij de convocatie voor de bijeenkomst van het comité moet worden gevoegd;

(ii) de vierde en vijfde aanvulling bij de schriftelijke opmerkingen van DCL, die, zoals gezegd, eerst in de voormiddag van de dag waarop het comité bijeenkwam, waren ontvangen;

(iii) de zesde aanvulling en het proces-verbaal van de hoorzitting van 23 juni 1977, die eerst na die dag beschikbaar waren.

b) dat de Commissie DCL een op ontoelaatbare wijze gecensureerd afschrift van Bulloch's verzoek heeft toegezonden;

c) dat de beschikking van de Commissie, wat Pimm's betreft, is gebaseerd op „ontoereikende en/of tegenstrijdige redenen".

DCL betwist niet dat de beschikking van de Commissie in hoofdzaak juist was voor zover daarin wordt vastgesteld dat het in de oorspronkelijke verkoopvoorwaarden van DCL vervatte verbod van export en wederverkoop in entrepot inbreuk maakte op artikel 85, lid 1, en niet in aanmerking kwam voor vrijstelling op grond van artikel 85, lid 3, noch voor zover daarin wordt vastgesteld dat het tweeledige prijsstelsel dat sinds 24 juni 1975 van kracht was, onder het verbod van artikel 85, lid 1, viel. Primair voert DCL slechts één verweermiddel aan, namelijk dat de Commissie de vrijstelling van de prijsregelingen op grond van artikel 85, lid 3, niet had mogen weigeren.

De belangrijkste geschilpunten in het onderhavige geding zijn mitsdien:

(i) of, en in welke mate, de beschikking nietig is wegens gebreken in de administratieve procedure;

(ii) of het feit dat de prijsregelingen niet waren aangemeld, in de weg stond aan een vrijstelling op grond van artikel 85, lid 3; en

(iii) zo neen, of de conclusie van de Commissie, dat de prijsregelingen niet voldeden aan de vereisten voor vrijstelling op grond van artikel 85, lid 3, gerechtvaardigd is.

Ik zal de procedurale vraagstukken als laatste punt behandelen en beginnen met het vraagstuk van de aanmelding.

DCL's verzuim de prijsregelingen aan te melden

DCL erkent dat „louter formeel bezien" de prijsregelingen niet overeenkomstig de desbetreffende bepalingen van verordening nr. 17 en van verordening nr. 1133/68 zijn aangemeld.

DCL's betoog om aan de gevolgen van dit verzuim te ontkomen, omvat in wezen vier argumenten.

Het eerste argument luidt, dat de aanmelding van de verkoopvoorwaarden ook de prijsregelingen omvatte, aangezien de doelstelling van de prijsregelingen dezelfde was als die van het exportverbod, namelijk de bescherming van alleenverkopers in de continentale Lid-Staten van de Gemeenschap tegen nevenexport tegen Britse prijzen. Volgens DCL vormden de prijsregelingen een minder ingrijpend middel om hetzelfde doel te bereiken.

Ik meen dat dit argument bij nader onderzoek geen stand houdt. De vraag of de prijsregelingen een minder ingrijpend middel zijn om hetzelfde doel te bereiken (waarover DCL en de Commissie

van mening verschillen), is in casu niet ter zake. Niet doelstellingen, doch (wat deze zaak betreft) „overeenkomsten" moeten krachtens artikel 4, lid 1, van verordening nr. 17 worden aangemeld. De aanmelding op formulier A/B door DCL op 30 juni 1973 kan logischerwijze onmogelijk worden opgevat als een aanmelding van de wijze waarop DCL haar prijzen aan klanten in het Verenigd Koninkrijk berekent. De door mij geciteerde antwoorden op de vragen II, 3, sub d, en III, 1, van het aanmeldingsformulier waren juist geformuleerd op een wijze die moest verhinderen dat de prijsregelingen bekend zouden worden. Wellicht kan DCL met recht zeggen dat zij, om de redenen die ik eerder noemde, op dat tijdstip niet gehouden was de berekeningswijze bekend te maken, doch zij kan thans niet staande houden dat zij in haar aanmelding de Commissie ook van de prijsregelingen in kennis heeft gesteld.

In de tweede plaats stelt DCL dat in 1975 een afzonderlijke aanmelding van de prijsregelingen overbodig was omdat deze regelingen altijd al van toepassing waren geweest op verkopen in het Verenigd Koninkrijk. Ook dat argument moet mijns inziens worden verworpen. Al aangenomen dat, zoals DCL stelt, de prijsregeling in 1973 niet behoefde te worden aangemeld, dan kregen deze regelingen in 1975 een geheel andere betekenis, toen het exportverbod was opgeheven en zij het enige middel werden waarover DCL beschikte om nevenexporten te verhinderen. Ik zou daaraan willen toevoegen dat naar mijn mening uit de bewoordingen van de circulaire van 24 juni 1975 en van bijlage II daarbij duidelijk blijkt, dat DCL zich terdege bewust was van de gewijzigde functie van de prijsregelingen. Zonder zo'n wijziging was het immers niet nodig de klanten te verzoeken „te willen meewerken, zodat een eenvoudig en gemakkelijk systeem kan worden toegepast", noch om nieuwe en ingewikkelde bepalingen in te voeren waarbij klanten werden beboet wanneer men „redelijkerwijze mocht geloven" dat waren die zij tegen binnenlandse prijzen hadden gekocht, in het buitenland op de markt werden gebracht, noch om te verklaren dat deze nieuwe bepalingen aan de verkoopvoorwaarden werden toegevoegd.

DCL voert in de derde plaats aan dat, aangezien de Commissie haar brief van 11 juli 1975 met de volledige tekst van de circulaire van 24 juni en de daarbij horende bijlage had ontvangen, het overbodig was de „loutere formaliteiten" van een aanmelding van de prijsregelingen op formulier A/B te vervullen; de Commissie zou daarmee niets gewonnen hebben. Op het eerste gezicht lijkt dit een aantrekkelijk argument. Doch het neemt niet weg, dat de Commissie pas door een krantenartikel kennis kreeg van het bestaan van de prijsregelingen en dat zij de tekst daarvan verkreeg na een verzoek om inlichtingen krachtens artikel 11 van verordening nr. 17. Dit is uiteraard niet het soort „aanmelding" dat de opstellers van verordening nr. 17 voor ogen heeft gestaan. In de considerans van de verordening namen zij immers de volgende alinea's op:

„Overwegende dat de wijze van toepassing van artikel 85, lid 3, vastgesteld moet worden met inachtneming van de noodzaak van een doeltreffend toezicht, gepaard aan een zo eenvoudig mogelijke administratieve controle;

(. . .) dat het derhalve noodzakelijk is gebleken de ondernemingen die een beroep willen doen op artikel 85, lid 3, in beginsel te verplichten hun overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feite-

lijke gedragingen bij de Commissie aan te melden."

Het valt dan ook niet te rijmen met de daar uitgedrukte doelstellingen, dat een onderneming die zich niet aan de verordening heeft gehouden, aanspraak zou kunnen maken op dezelfde behandeling als een onderneming die dat wel heeft gedaan. Bovendien heeft een formele aanmelding, naast die van kennisgeving aan de Commissie van de betrokken overeenkomst, nog drie andere functies: zij vormt, voor het geval de overeenkomst onder artikel 85, lid 1 zou vallen, een verzoek om vrijstelling op grond van artikel 85, lid 3; zij noemt de redenen waarom om deze vrijstelling wordt verzocht; zij stelt de vroegst mogelijke datum vast waarop overeenkomstig artikel 6, lid 1, van verordening nr. 17 de vrijstelling in werking kan treden.

Tijdens de procedure is onbesproken gebleven de vraag of een partij bij een overeenkomst die inbreuk maakt op artikel 85, lid 1, en waarvan de Commissie kennis krijgt via de pers of door krachtens artikel 11 van verordening nr. 17 om inlichtingen te vragen, alsnog om vrijstelling op grond van artikel 85, lid 3, kan verzoeken door achteraf formulier A/B in te vullen. Ook de feiten van de onderhavige zaak maken een onderzoek van deze vraag niet noodzakelijk; ik zal er dan ook niet op ingaan.

Blijft nog het vierde argument van DCL, namelijk dat de Commissie ervan heeft afgezien formele aanmelding te verlangen, en dit daarom nu niet meer kan eisen. De Commissie heeft daartegen ingebracht dat zij niet bevoegd is die eis te laten vallen. Het lijkt mij niet nodig op dit punt in te gaan, want ik geloof dat de Commissie in casu niet kan worden geacht het vereiste van de formele aanmelding te hebben laten vallen. DCL beriep zich op de brief van de Commissie van 19 augustus 1975, waarin deze DCL verzocht voortaan eenzelfde refertenummer te gebruiken in brieven betreffende de verkoopvoorwaarden en in die met betrekking tot de prijsregelingen, en op het feit dat de Commissie later in de administratieve procedure de verkoopvoorwaarden en de prijsregelingen te zamen behandelde. Ik geloof niet dat het feit dat de Commissie deze procedure koos, betekent dat zij een formele aanmelding van de prijsregelingen niet meer nodig achtte. In haar mededeling van punten van bezwaar ging de Commissie er duidelijk van uit, dat de prijsregelingen nooit naar behoren waren aangemeld, en dit bezwaar heeft de Commissie nimmer ingetrokken.

Ik meen mitsdien dat DCL met betrekking tot het vraagstuk van de aanmelding in het ongelijk moet worden gesteld.

Hiermee is de gehele zaak eigenlijk beslist. Voor het geval het Hof evenwel op dit punt een andere mening zou huldigen, ga ik thans over tot inhoudelijke merites van DCL's verzoek om vrijstelling op grond van artikel 85, lid 3.

De merites van DCL's verzoek om vrijstelling op grond van artikel 85, lid 3

In artikel 85, lid 3, EEG-Verdrag worden aan een overeenkomst in feite vier voorwaarden — twee positieve en twee negatieve — gesteld, wil zij in aanmerking komen voor vrijstelling van het verbod van artikel 85, lid 1:

(i) de overeenkomst moet (voor zover in casu relevant) bijdragen tot verbetering van de verdeling van de produkten;

(ii) een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen moet de verbruikers ten goede komen;

(iii) de overeenkomst mag de betrokken ondernemingen geen beperkingen opleggen die voor het bereiken van deze doelstellingen niet onmisbaar zijn;

en

(iv) zij mag de betrokken ondernemingen niet de mogelijkheid geven, voor een wezenlijk deel van de betrokken produkten, de mededinging uit te schakelen.

In haar beschikking heeft de Commissie niet de voorwaarden onder (ii) en (iv), doch enkel die onder (i) en (iii) behandeld.

Met betrekking tot de eerste voorwaarde verwierp de Commissie de bewering van DCL, dat de prijsregelingen bijdragen tot een betere verdeling van de produkten, maar de gronden die de Commissie hiervoor aanvoerde, kan men niet anders dan kunstmatig noemen. Zij stelde namelijk dat de verbetering in de verdeling waarop DCL zich beriep, niet rechtstreeks voortvloeide uit overeenkomsten met groothandelaars in het Verenigd Koninkrijk, waarvan de prijsregelingen deel uitmaakten, doch uit een andere reeks overeenkomsten, namelijk met de alleenverkopers in andere Lid-Staten. De Commissie heeft dit punt ter terechtzitting nader toegelicht. Voor een vrijstelling op grond van artikel 85, lid 3, van een overeenkomst, die kennelijk onder artikel 85, lid 1 valt, volstaat het volgens de Commissie niet dat die overeenkomst zou kunnen bijdragen tot de nakoming van een andere distributie-overeenkomst waarvan kan worden gezegd dat zij gunstige gevolgen heeft. De Commissie formuleerde haar bezwaar nog op een andere wijze, namelijk door te stellen dat in casu de prijsregelingen en de overeenkomsten met de alleenverkopers betrekking hadden op verschillende waren.

Dit argument houdt naar mijn mening geen steek. Niets in artikel 85, lid 3, biedt steun voor de opvatting dat de daarin genoemde voordelen rechtstreeks moeten voortvloeien uit de bepalingen van de betrokken overeenkomst en dat het niet voldoende is dat zij het gevolg zijn van de toepassing ervan in haar gehele economische en juridische context. Het spreekt vanzelf dat deze context relevant is voor de vraag of artikel 85 hoe dan ook van toepassing is (zie zaak 23/67, Brouwerij van Haecht, Jurispr. 1967, blz. 511). Door te stellen dat hij voor de toepassing van artikel 85, lid 3, niet relevant is, maakt men van artikel 85 in zijn geheel bezien een zonderlinge, kreupele bepaling. Indien de dochtermaatschappijen van DCL in overeenkomsten met de alleenverkopers de uitdrukkelijke verbintenis hadden aangegaan prijsbescherming te bieden door middel van een tweeledig prijsstelsel, zou overigens de geldigheid van deze overeenkomsten afhangen van precies dezelfde overwegingen als die welke gelden voor de prijsregelingen.

En daarmee kom ik tot de kern van de zaak, die de Commissie in haar beschikking (par. III, 2.2.2.c.) als volgt omschrijft:

„Overwegende dat de ‚Prijsregelingen' zelfs indien zij in het kader van het alleenverkoopstelsel van DCL worden beschouwd, niet vrijgesteld kunnen worden.

Overwegende dat de Commissie erkent dat in de EEG-landen vaak bepaalde voordelen kunnen voortvloeien uit de inschakeling van alleenverkopers, die de verkoopbevordering ten behoeve van een in een ander EEG-land gevestigde producent op zich nemen; dat inzake de alleenverkoopovereenkomsten die DCL-

dochterondernemingen met alleenverkopers in landen buiten het Verenigd Koninkrijk hebben gesloten de Commissie haar voornemen een gunstige beschikking te geven heeft bekendgemaakt (. . .);

Overwegende dat indien erkend wordt dat de inschakeling van alleenverkopers door DCL leidt tot een verbetering van de verdeling van de produkten, de ‚Prijsregelingen' echter niet een beperking betekenen die voor het bereiken van dit doel onmisbaar is".

De vraag luidt met andere woorden of de Commissie redelijkerwijze kon menen dat de prijsregelingen niet onmisbaar waren voor het bereiken van de verbetering in de verdeling, die zou voortvloeien uit DCL's stelsel van alleenverkopers. Ik ben — toegegeven, eerst na enige twijfel — tot de conclusie gekomen dat deze vraag ontkennend moet worden beantwoord.

De uiteenzetting van DCL over het grote verschil tussen de marktsituatie in het Verenigd Koninkrijk en in de andere Lid-Staten was, alles bijeengenomen, overtuigend.

Neem bij voorbeeld Schotse whisky. Deze vertegenwoordigt meer dan 50 % van de markt van gedistilleerd in het Verenigd Koninkrijk. DCL heeft de Britse markt, mijns inziens terecht, beschreven als een verzadigde markt, waar de prijsconcurrentie een allerbelangrijkse rol speelt. Hoe prijsgevoelig deze markt is, blijkt wel uit de vijfde aanvulling bij de schriftelijke opmerkingen van DCL. Toen bij voorbeeld Bell's and Teacher's in april 1970 hun prijzen verhoogden met 60 pence per krat (dat is 5 pence per fles), zag DCL haar marktaandeel stijgen tot 73 %, en dit gedurende een periode van zes maanden, tot 1 oktober, toen DCL zelf haar prijzen verhoogde. Ter vergelijking: dat marktaandeel bedroeg 51 % in de periode van twaalf maanden eindigend op 31 maart 1970. Een gelijkaardige ontwikkeling deed zich voor toen een prijsverhoging door DCL van 45 pence per krat (minder dan 4 pence per fles) op 1 oktober 1975 niet onmiddellijk werd gevolgd door Bell's and Teacher's; dit leidde in de periode van zes maanden eindigend op 31 maart 1976 tot een daling van DCL's marktaandeel tot 32 % tegen 51 % in de periode van twaalf maanden eindigend op 30 september 1975. Deze gegevens zijn door de Commissie niet betwist. Voor zover nog bevestiging noodzakelijk zou zijn, kan deze worden gevonden in het feit dat Black & White en Vat 69 hun marktaandeel bijna geheel verloren ingevolge de prijsverhoging na de beschikking en dat ook Dewars tweederde van zijn marktaandeel moest prijsgeven.

DCL heeft ook gegevens verstrekt over de sterke machtspositie die de grote brouwerijondernemingen in het Verenigd Koninkrijk als kopers van Schotse whisky op de markt innemen. Hun macht vloeit voort uit hun controle op de kleinhandel en blijkt overduidelijk (onder meer) uit het verslag van de United Kingdom Monopolies Commission, dat als bijlage bij de schriftelijke opmerkingen van DCL is gevoegd. De druk van de brouwerijen, die hun eigen „huismerken" Schotse whisky verkopen, verklaart mede de lage groothandelsprijs op de Britse markt.

In alle andere Lid-Staten — behalve in België, meen ik — moet Schotse whisky concurreren met traditionele en populaire plaatselijke produkten. Prijsconcurrentie is daarbij uitgesloten.

In vijf van deze Lid-Staten heeft whisky slechts een gering aandeel in de markt

van gedistilleerd: 3,5 % in Duitsland, 5,3 % in Denemarken, 5,5 % in Frankrijk, 8,2 % in Italië en 8,9 % in Nederland. De markt verkeert daar nog in de groeifase, zodat hoge uitgaven voor reclame normaal zijn.

De situatie is anders in België, waar Schotse whisky 36 % van de markt van gedistilleerd vertegenwoordigt. De whiskymarkt in dat land kan wellicht zelfs als verzadigd worden beschouwd.

Over de Ierse markt is ons weinig verteld. Waarschijnlijk houdt zij het midden tussen de Britse markt en die in de rest van de Gemeenschap. Doch Schotse whisky moet in Ierland vanzelfsprekend meer dan in andere landen concurreren met Ierse whisky.

DCL wijst op de extra hinder die de verkoop van Schotse whisky in Duitsland ondervindt van de discriminatoire praktijken van het nationale monopolie, die het Hof in zaak 91/78 (Hansen, Jurispr. 1979, blz. 935) onrechtmatig heeft verklaard, en in Denemarken, Frankrijk en Italië van de discriminatoire belasting, door het Hof onlangs onrechtmatig verklaard in de „alcoholzaken" (zaak 168/78, Commissie t. Frankrijk, zaak 169/78, Commissie t. Italië, zaak 171/78, Commissie t. Denemarken, en zaak 68/79, Just, Jurispr. 1980, blz. 357-534). Dit is, vrees ik, niet DCL's sterkste argument. Uit de zaken-Hansen en Just blijkt juist welke rechtsmiddelen openstaan voor handelaars die slachtoffer zijn van een dergelijke discriminatie.

Meer overtuigend was een argument dat DCL in haar schriftelijke opmerkingen aanvoerde om aan te tonen dat een zelfde merk niet tegelijkertijd in het Verenigd Koninkrijk en in de andere landen van de Gemeenschap doeltreffend kan concurreren tenzij op grond van een gedifferentieerd prijzenstelsel. Het argument luidde, dat de verkoop van DCL's belangrijkste merken gelijk verdeeld was over het Verenigd Koninkrijk en de rest van de Gemeenschap, doch dat de belangrijkste concurrenten van DCL in het Verenigd Koninkrijk, Bell's Teacher's slechts een geringe afzet hadden in de andere Lid-Staten, terwijl DCL's belangrijkste concurrenten in de andere Lid-Staten van de Gemeenschap, Ballantines en J. & B., slechts weinig verkochten in het Verenigd Koninkrijk.

Haar betoog samenvattend stelde DCL dat er in wezen drie vragen waren die stuk voor stuk, gelijk zij had aangetoond, bevestigend moeten worden beantwoord. Die vragen luiden:

„— Is het juist dat, om met succes te kunnen concurreren tegen andere gedistilleerde dranken in de continentale Lid-Staten van de EEG, de alleenverkopers gemiddeld ongeveer UKL 5 per krat Schotse whisky moeten uitgeven?

— Is het juist dat Schotse whisky in het Verenigd Koninkrijk onmogelijk met succes kan concurreren tegen een prijs waarin de door de continentale alleenverkopers gedragen reclame-uitgaven zijn begrepen?

— Is het juist dat dientengevolge een merk Schotse whisky onmogelijk tegelijkertijd in het Verenigd Koninkrijk

rijk en in de andere Lid-Staten van de EEG kan concurreren zonder een tweeledig prijzenstelsel?"

Het betoog van de Commissie daarentegen lijkt mij eerder zwak.

In haar beschikking staaft de Commissie haar opvatting met twee argumenten. De eerste is, dat „DCL-gedistilleerd geen nieuwe te introduceren produkten zijn waarvoor een buitengewone inspanning voor verkoopbevordering nodig is. De marktomstandigheden (in de andere EEG-Lid-Staten dan het Verenigd Koninkrijk) vereisen geen bescherming van deze markten tegen de mededinging vanwege handelaren die DCL-gedistilleerd in het Verenigd Koninkrijk aankopen".

Afgezien van het argument dat DCL-gedistilleerd geen „nieuwe produkten" zijn, is deze bewering veeleer een conclusie dan een motivering. Er is niets in artikel 85, lid 3, noch in enige uitspraak van het Hof waaruit kan worden afgeleid dat een beperking enkel voor nieuwe produkten onontbeerlijk kan zijn ter verbetering van de verdeling van de waren. Daarvoor valt evenmin enige principiële reden te bedenken. De enige relevante vraag bij artikel 85, lid 3, is of, gelet op de feitelijke omstandigheden en ongeacht of de goederen nieuw dan wel traditioneel zijn, de bedoelde beperking onmisbaar is voor de verbetering van de verdeling daarvan.

De Commissie heeft gerefereerd aan een aantal arresten van het Hof. In sommige daarvan gaat het noch om de uitlegging noch om de toepassing van artikel 85, lid 3, en het lijkt mij dan ook tijdverspilling ze hier te bespreken. Van de arresten die wel betrekking hebben op artikel 85, lid 3, beroept de Commissie zich voornamelijk op dat in de gevoegde zaken 56 en 58/64 (Consten en Grundig, Jurispr. 1966, blz. 449).

De feiten in deze zaak verschillen in twee opzichten van de onderhavige. Op de eerste plaats was de beperking waarvoor vrijstelling werd gevraagd, een absoluut verbod van nevenexport. In het onderhavige geval evenwel wordt de bewering van de Commissie en van Bulloch, dat het tweeledige prijzenstelsel nevenexport, zo al niet in theorie dan toch in praktijk, onmogelijk maakt, tegengesproken door het feit dat dochterondernemingen van DCL in 1977 340 000 kratten Schotse whisky tegen de EEG-groothandelsprijs hebben verkocht, een hoeveelheid die volgens DCL ongeveer een tiende vertegenwoordigt van de totale export van DCL-merken Schotse whisky naar andere Lid-Staten in de loop van dat jaar. In de tweede plaats vertonen de argumenten op grond waarvan in de zaak-Consten en Grundig vrijstelling werd gevraagd, geen gelijkenis met die welke DCL in het onderhavige geval aanvoert.

Wat de in de zaak-Consten en Grundig neergelegde beginselen betreft, zijn, dunkt mij, twee punten van belang. Het eerste is dat het Hof toen beklemtoonde dat de Commissie, wanneer haar om vrijstelling op grond van arikel 85, lid 3, wordt verzocht, een grondig onderzoek naar de feiten dient te verrichten. Het is juist over het verzuim van de Commissie een dergelijk onderzoek te verrichten, dat DCL zich in casu, mijns inziens niet geheel ten onrechte, beklaagt. Het tweede beginsel uit de zaak-Consten en Grundig waarop de Commissie zich

beroept, is dat de bevoegdheid van het Hof om zich in de beoordeling van de Commissie te mengen, beperkt is wanneer de Commissie een ingewikkelde analyse van economische factoren dient te maken. Dat is ongetwijfeld juist, doch het betoog van de Commissie komt uiteindelijk hierop neer, dat de bevoegdheid van het Hof in deze omstandigheden bijna non-existent is. Voor een dergelijke opvatting biedt het arrest-Consten en Grundig kennelijk geen grond. Ook de arresten in de andere door de Commissie aangehaalde zaken bieden voor deze opvatting geen steun. In het arrest in zaak 17/74 (Transocean Marine Paint, Jurispr. 1974, blz. 1063) wordt enkel in algemene bewoordingen gesteld dat de Commissie over een ruime discretionaire bevoegdheid beschikt bij het vaststellen van voorwaarden voor het verlenen van vrijstelling op grond van artikel 85, lid 3; in zaak 71/74 (Frubo, Jurispr. 1975, blz. 563) bleek uit de feiten al dat de Commissie bevoegd was de door haar gegeven beschikking uit te vaardigen; en in zaak 26/76 (Metro, Jurispr. 1977, blz. 1875) wordt duidelijk aangetoond hoe ver het Hof kan gaan in zijn toezicht op de wijze waarop de Commissie haar bevoegdheden uitoefent.

Het tweede argument dat door de Commissie in haar beschikking ter staving van haar opvatting betreffende dit onderdeel van de zaak wordt aangevoerd, is dat DCL „in een positie verkeert waarin zij zeer wel via andere middelen dan de verhindering van nevenexport kan toezien op de doeltreffende taakvervulling door haar alleenverkopers". De Commissie gaf vervolgens twee voorbeelden van de manier waarop zij meende dat DCL dit kon doen:

a) „DCL zou", stelde de Commissie, „zoals zij op de markt van het Verenigd Koninkrijk doet, zelf op zich kunnen nemen de verkoop op andere EEG-markten te bevorderen"; of

b) DCL zou „de kosten van de verkoopbevordering voor alleenverkopers kunnen doorberekenen in de prijzen die zij hen vraagt".

De Commissie vervolgde dat „niet is aangetoond dat de marktomstandigheden die DCL heeft beschreven de toepassing van andere prijsregelingen, die niet zouden leiden tot een beperking van de mededinging, onmogelijk zouden maken". Uit de beschikking zelf blijkt niet duidelijk of dit een conclusie is waartoe de Commissie op grond van het vooraf gaande is gekomen, dan wel een derde manier waarop DCL volgens de Commissie de moeilijkheid kon oplossen. In het licht van de door de Commissie ter terechtzitting aangevoerde argumenten lijkt dit laatste het geval te zijn.

Het voorstel dat DCL zelf de verantwoordelijkheid voor de verkoopbevordering in andere EEG-landen op zich zou nemen, is kennelijk geen oplossing.

Het gaat in de eerste plaats voorbij aan de gegevens (in bijlage 5 bij de schriftelijke opmerkingen van DCL) betreffende de vruchteloze pogingen van DCL zelf en van Teacher & Sons Ltd. om rechtstreeks Schotse whisky op het continent te verkopen (in het geval van Teacher's ging het om de Zwitserse markt). De Commissie heeft gepoogd deze argumenten te weerleggen door (in haar verweerschrift) te verwijzen naar de wijze waarop Martini & Rossi op de markt van het Verenigd Koninkrijk is doorgedrongen, en naar de methode van Arthur Guinness Son and Company Ltd. bij de penetratie van markten in andere Lid-Staten dan Frankrijk en België. DCL heeft (blz. 39-42 van haar repliek) aange-

toond dat het voorbeeld van Martini & Rossi om verscheidene redenen niet terzake is. Met betrekking tot Guinness heeft DCL enkel gezegd dat zij daarover weinig wist en met name dat zij niet wist welke resultaten Guinness op de betrokken markten had behaald. In dupliek heeft de Commissie zich op dit punt gewonnen gegeven en erkend dat zij niet had willen suggereren dat de zaken van Martini Rossi „identiek waren aan die van DCL"; zij lijkt verder toe te geven dat zij over Arthur Guinness Son and Company Ltd. enkel kon zeggen dat uit het jaarverslag over 1977 van deze vennootschap was gebleken dat „onlangs dochtermaatschappijen waren opgericht in Duitsland en Italië".

Het belangrijkste bezwaar tegen de voorgestelde oplossing evenwel is dat deze erop neerkomt, dat DCL haar gehele distributiestelsel verticaal moet integreren, aangezien „verkoopbevordering" in deze context meer betekent dan enkel reclame. DCL zou dan het voorraadbeheer en de verkooporganisatie van de alleenverkopers moeten overnemen en eigen diensten moeten oprichten. De vervanging van ongeveer 200 alleenverkopers door een monolithische en door de fabrikant beheerde verkooporganisatie is onverzoenbaar met de mededingingsgedachte. Zij zou inzonderheid een einde maken aan de mededinging tussen DCL-merken.

De tweede door de Commissie voorgestelde oplossing, dat DCL de kosten van de alleenverkopers voor verkoopbevordering in de hun berekende prijzen zou verdisconteren, stuit op het bezwaar van DCL, dat zij dan met verlies zou moeten verkopen. De Commissie antwoordt hierop dat dit niet noodzakelijk is, aangezien DCL al haar prijzen, ook die in het Verenigd Koninkrijk, kan verhogen. Doch zoals is aangetoond, kan DCL dit niet in voldoende mate doen zonder zichzelf uit de Britse markt te prijzen. Dat de Commissie dit argument onvoldoende begrijpt, blijkt hieruit, dat zij er in haar verweerschrift op wijst dat DCL, als reactie op de beschikking, sommige van haar prijzen in het Verenigd Koninkrijk heeft verhoogd; dit toont volgens de Commissie aan, dat niets DCL belet haar prijzen te verhogen. De Commissie vervolgt:

„DCL moet zelf uitmaken of de mogelijke latere commerciële voordelen een poging tot doordringing op de markt van andere EEG-landen rechtvaardigen. Indien DCL meent dat de mogelijke voordelen niet opwegen tegen de risico's, zal zij waarschijnlijk besluiten niet te verkopen in de andere EEG-landen. Indien anderzijds de verwachte voordelen wel aantrekkelijk zijn, zal DCL waarschijnlijk bereid zijn de aanvankelijk noodzakelijke uitgaven te doen en inspanningen te leveren om deze voordelen te verkrijgen. Het is een grote maatschappij als DCL met een traditioneel produkt als Schotse whisky krachtens het communautair mededingingsbeleid evenwel niet geoorloofd door belemmeringen van nevenimport en door een opdeling van de EEG-markt, zichzelf te beschermen en dusdoende bij het doordringen op de markt toch hoge prijzen te kunnen berekenen".

In deze passage schijnt de Commissie te zeggen dat het haar onverschillig laat of DCL-produkten al dan niet in de conti-

nentale Lid-Staten worden verkocht, en dat de naleving van haar eigen beleid met betrekking tot nevenimport belangrijker is. Deze benadering van de Commissie, die mijns inziens onverenigbaar is met een juiste uitoefening van de krachtens artikel 85, lid 3, aan de Commissie toegekende discretionaire bevoegdheid, lijkt te worden bevestigd door de volgende zin in haar dupliek:

„Indien DCL vanuit commercieel oogpunkt oordeelt dat de operaties niet voldoende winstgevend zijn om de daarmee gepaard gaande financiële en andere inspanningen te rechtvaardigen, zal zij zich vermoedelijk terugtrekken en de markt aan andere ondernemingen overlaten".

Thans kom ik tot het derde punt van de Commissie, namelijk dat DCL niet heeft aangetoond dat de door haar beschreven marktomstandigheden de toepassing van andere prijsregelingen, die niet zouden leiden tot een beperking van de mededinging, onmogelijk zouden maken. Ter staving van deze bewering beroept de Commissie zich voor het Hof op de gegevens betreffende de kosten van de alleenverkopers, verstrekt in de vierde en zesde aanvulling bij de schriftelijke opmerkingen van DCL. Anders dan de Commissie betoogt, tonen die gegevens mijns inziens niet aan, dat het wezenlijke argument van DCL vals is. Zij tonen wel aan dat niet in alle gevallen een passend verschil is berekend tussen de prijzen die DCL-dochtermaatschappijen aan alleenverkopers berekenden en de prijzen die golden voor nevenexporteurs. Dit geldt bepaaldelijk voor gin, waar het verschil gemiddeld UKL 5,25 per krat bedraagt, terwijl de door de alleenverkopers gedragen extra kosten gemiddeld slechts UKL 4,21 per krat bedragen. Voor whisky zijn deze cijfers respectievelijk UKL 5,16 en UKL 5,07, zodat men het verschil als verwaarloosbaar kan beschouwen en inderdaad de stelling van DCL kan aanvaarden dat zij op grond van haar marktkennis, en alvorens zij de door de alleenverkopers gedragen kosten nauwgezet had onderzocht, in staat was geweest het bedrag van deze kosten vrij nauwkeurig te ramen.

De Commissie wijst er evenwel op, dat het cijfer van UKL 5,07 slechts een gemiddelde is en dat sommige alleenverkopers lagere en in enkele gevallen veel lagere kosten hebben te dragen. Dat is natuurlijk juist. Ook juist is dat sommige alleenverkopers hogere, en in enkele gevallen veel hogere kosten hebben te dragen. De werkelijke vraag is natuurlijk of een algemeen gemiddelde in casu al dan niet een te grove maatstaf is. DCL stelt mijns inziens terecht, dat zij geen cijfer voor elk land afzonderlijk kan berekenen. Nog afgezien van de praktische moeilijkheid dat DCL niet kan weten voor welk land een bestelling tegen de EEG-groothandelsprijs bestemd is, zou een dergelijke berekening een nog grotere opdeling van de gemeenschappelijke markt meebrengen. In het stelsel van DCL bestaat er ten slotte maar één opdeling, namelijk tussen het Verenigd Koninkrijk en de rest van de Gemeenschap. Onbevredigend anderzijds lijkt mij dat DCL geen onderscheid maakt tussen merken. De cijfers schijnen erop te wijzen dat de gemiddelde kosten voor de verkoopbevordering van sommige merken aanmerkelijk hoger ligt dan die voor andere merken.

Deze kritiek op de prijsverschillen bij DCL betekent evenwel niet dat de beschikking van de Commissie in stand moet worden gelaten, aangezien deze beschikking niet berust op kritiek op deze cijfers, doch op een veroordeling van het tweeledige prijsstelsel als dusdanig. Immers, toen DCL verzocht om een bijeenkomst met de Commissie teneinde de resultaten van haar onderzoek naar de kosten van de alleenverkopers te bespreken, stemde de Commissie in een telexbericht van 24 oktober 1977 wel in met een bijeenkomst op of na 15 november 1977, doch zij verklaarde dat er geen „dermate hecht verband bestaat tussen de analyse van uw distributiekosten en de lopende procedure, dat daardoor een vertraging van voornoemde procedure zou worden gerechtvaardigd"; zij voegde daaraan toe: „daarom moet duidelijk worden gesteld dat onze volgende bijeenkomst enkel betrekking kan hebben op uw toekomstig prijzenbeleid". Het is veelbetekenend dat de beschikking, waarin toch op sommige punten gedetailleerde feiten en cijfers worden vermeld, niets zegt over de werkelijke kosten van de alleenverkopers.

Ten slotte kom ik tot de procedurele kwesties.

Procedurekwesties

In dit verband moet ik om te beginnen de stelling van DCL behandelen, dat de beschikking in haar geheel nietig moet worden verklaard, wanneer zou komen vast te staan dat de Commissie enige wezenlijke procedurevereisten heeft geschonden, zonder dat van DCL bewijs kan worden verlangd dat deze schending invloed heeft gehad op het resultaat van de procedure. Ter staving van deze stelling voert DCL enkel een handboek aan van Frans administratierecht (Laferrière, Traité de la juridiction administrative, tweede druk, deel II, blz. 522-523). In mijn conclusie in zaak 90/74 (Deboeck, Jurispr. 1975, blz. 1123, en met name blz. 1140-1142) heb ik reeds opgemerkt dat het gemeenschapsrecht terzake verschilt van het Franse. Naar gemeenschapsrecht kan iemand die de geldigheid van een administratief besluit betwist, hierbij geen onregelmatigheid in de voorafgaande procedure aanvoeren, tenzij hij tenminste de mogelijkheid kan aantonen dat, zonder de onregelmatigheid, het besluit niet hetzelfde zou zijn geweest. Deze regel is reeds toegepast zowel in mededingingszaken als in ambtenarenzaken (voor de mededingingszaken zie de zogenaamde kinine-zaken, zaak 41/69, Chemiefarma, Jurispr. 1970, blz. 661, r.o. 47-53; zaak 44/69, Buchler, ibid. blz. 733, r.o. 15, 35 en 36; en zaak 45/69, Boehringer Mannheim, ibid. blz. 769, r.o. 15, 39 en 40; de oudere ambtenarenzaken noemde ik in mijn conclusie in de zaak-Deboeck, sedertdien werd de regel opnieuw bevestigd in voornoemde zaak-Deboeck, r.o. 11-15, zaak 9/76, Morello, Jurispr. 1976, blz. 1415, r.o. 11; en zaak 25/77, De Roubaix, Jurispr. 1978, blz. 1081, r.o. 22). Naar mijn mening kan mitsdien schending door de Commissie of door het Adviescomité van een wezenlijk procedurevereiste de beschikking van de Commissie in casu enkel ongeldig maken wat de toepassing van artikel 85, lid 3, op de prijsregelingen betreft, aangezien DCL tijdens de administratieve procedure het

standpunt van de Commissie op geen enkel relevant punt heeft betwist, zodat de beschikking op geen van deze punten anders had kunnen zijn dan zij is. Het zou immers erg vreemd zijn indien het Hof bij voorbeeld zou oordelen dat de beschikking nietig is voor zover daarin wordt gesteld dat de prijsregelingen onder de werkingssfeer van artikel 85, lid 1, vallen, terwijl DCL tijdens de administratieve procedure (mijns inziens terecht) erkende dat dat inderdaad het geval was.

Verder moet ik nog een vraag behandelen met betrekking tot de uitlegging van artikel 42, paragraaf 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof. Deze vraag is gerezen doordat twee van DCL's argumenten niet in het verzoekschrift of in de repliek zijn aangevoerd, doch eerst in een document getiteld „Addendum bij de repliek", dat DCL na de dupliek heeft ingediend. Het gaat om de stellingen van DCL met betrekking tot de „economische beoordeling" van Lady Hall en het verzoek van Bulloch. De reden waarom DCL het eerste van deze argumenten niet eerder heeft aangevoerd, is dat de vennootschap eerst bij de dupliek ervan kennis kreeg dat het verslag van Lady Hall niet was vermeld bij de „voornaamste stukken van het dossier" die de Commissie aan het Adviescomité had opgegeven. De reden waarom DCL niet eerder het tweede argument heeft voorgedragen, is dat zij van de gehele tekst van Bullochs verzoek eerst kennis kreeg toen haar het verzoek tot tussenkomst van Bulloch werd betekend, waarbij de integrale tekst van het verzoek in bijlage was gevoegd. Het verzoek tot tussenkomst werd eerst na de repliek ingediend. DCL beweert dat zij eerst toen vaststelde dat het afschrift van het verzoek, dat haar door de Commissie was toegezonden, in ontoelaatbare mate was gecensureerd. DCL beroept zich op de eerste alinea van artikel 42, paragraaf 2, waaruit kan worden opgemaakt dat nieuwe middelen in de loop van het geding mogen worden voorgedragen, indien „zij steunen op gegevens, hetzij rechtens of feitelijk, waarvan eerst in de loop van de schriftelijke behandeling is gebleken". Deze bepaling lijkt op de onderhavige zaak van toepassing te zijn, doch de Commissie maakt bezwaar tegen de ontvankelijkheid van het addendum. Krachtens de tweede en derde alinea van artikel 42, paragraaf 2, heeft de president de andere partijen gelegenheid gegeven te antwoorden op de in het addendum naar voren gebrachte middelen, en is de beslissing nopens de ontvankelijkheid ervan aangehouden tot het eindarrest van het Hof.

DCL heeft terecht beklemtoond, dat twee recente zaken waarin zonder succes een beroep werd gedaan op artikel 42, paragraaf 2, van de onderhavige verschillen; het gaat om het arrest van 25 september 1979 (zaak 232/78, Commissie t. Frankrijk, Jurispr. 1979, blz. 232/78) en het arrest van 18 oktober 1979 (zaak 125/78, Gema, ibid. blz. 3173). In beide gevallen werd gepoogd om via artikel 42, paragraaf 2, het onderwerp van de vordering te verruimen.

Ik sluit mij gaarne aan bij de mening van advocaat-generaal Capotorti in zaak 112/78 (Kobor, Jurispr. 1979, blz. 1573, inzonderheid blz. 1581), welke door het Hof in die zaak impiciet werd overgenomen. Advocaat-generaal Capotorti zei dat „een restrictieve uitlegging van artikel 42, paragraaf 2, mitsdien niet juist lijkt: het gaat er maar om dat de verdediging van de partij tegen wie het nieuwe

middel is voorgedragen, geen onverwacht nadeel ondervindt van het optreden tijdens het proces van de tegenpartij". In de onderhavige zaak hebben zowel de Commissie als Bulloch de gelegenheid gekregen schriftelijk en ter terechtzitting te antwoorden op het addendum. Bovendien zijn de argumenten die de Commissie (in een lange brief aan de griffier van 23 november 1978) tegen de ontvankelijkheid van het addendum aanvoerde naar mijn mening alle onjuist, zelf als men artikel 42, paragraaf 2, beperkend uitlegt. Ik ben mitsdien van mening dat het addendum ontvankelijk is.

Thans kom ik tot de eerste van de door DCL aangevoerde procedurefouten, namelijk dat het Adviescomité een aantal belangrijke documenten niet of onvoldoende in aanmerking heeft genomen.

In de „kinine"-zaken, en bepaaldelijk doelende op het Adviescomité, zei advocaat-generaal Gand dat „het niet uitgesloten kan worden geacht dat in bepaalde gevallen, wanneer een voorschrift hetwelk een procedure-regel op de raadpleging van een orgaan voorziet, niet of niet behoorlijk in acht wordt genomen, sprake kan zijn van een schending van wezenlijke vormvoorschriften waardoor de te nemen beschikking ongeldig wordt" (zie Jurispr. 1970, blz. 713). Ik zou daaraan willen toevoegen dat ik persoonlijk enig wantrouwen koester ten aanzien van de procedure voor het Adviescomité, wegens de geheimhouding waarmee zij gepaard gaat. De betrokken ondernemingen worden in het ongewisse gelaten over wat de Commissie het comité meedeelt en wat niet, en over de inhoud van het verslag van het comité. Zij kunnen zich niet rechtstreeks tot het comité wenden. De vraag of een dergelijke procedure te rijmen valt met de fundamentele beginselen van het gemeenschapsrecht, waarvan het Hof de nakoming dient te verzekeren, is de onderhavige zaak niet opgeworpen of behandeld. Aangenomen evenwel dat de bepalingen van artikel 10 van verordening nr. 17, waarin deze procedure wordt beschreven, geldig zijn, vergt het risico van onbillijkheid dat daaruit voortvloeit, naar mijn mening dwingend dat de procedure nauwgezet en zorgvuldig wordt gevolgd.

Ik meen evenwel dat aan de Commissie niet kan worden tegengeworpen dat zij het verslag van Lady Hall niet heeft opgenomen bij de „voornaamste stukken van het dossier". Ik heb niet de indruk dat het verslag de schriftelijke opmerkingen van DCL op belangrijke punten aanvult, en ik meen dat de beslissing het verslag niet te vermelden, onder de door artikel 10, lid 5, aan de Commissie toegekende discretionaire bevoegdheid valt.

Over de vierde en vijfde aanvullingen bij de schriftelijke opmerkingen van DCL ben ik niet zo zeker. DCL beschouwt ze kennelijk als belangrijk en ik geloof dat ze dat ook zijn. Zoals gezegd, bevat de vierde aanvulling de resultaten van het onderzoek van DCL naar de kosten van haar alleenverkopers voor Schotse whisky; de vijfde aanvulling bevat de gemotiveerde antwoorden van DCL op twee door ambtenaren van de Commissie tijdens de hoorzitting aangevoerde punten: het eerste was dat een oplossing voor de problemen van DCL kon worden gevonden in een verhoging van de aan groothandelaars in het Verenigd Koninkrijk berekende prijzen en in een verlaging van de voor alleenverkopers in andere Lid-Staten geldende prijzen; het tweede punt was dat DCL, wegens het verschil in kosten, misschien verschillende prijzen behoorde te berekenen aan

alleenverkopers in verschillende landen. De Commissie erkent dat het Adviescomité niet, zoals artikel 10, lid 5, verlangt, twee weken vooraf kennis kreeg van het bestaan van deze documenten. Zij beweert evenmin dat zij de bescheiden niet als belangrijk beschouwde. Ter verweer betoogt de Commissie dat het Adviescomité tijdens de bijeenkomst in kennis is gesteld van de inhoud van de stukken en besloten had de zitting niet te verdagen om ze nader te bestuderen. „Dit was", aldus de Commissie, „een beslissing die geheel onder de discretionaire bevoegdheid van het comité viel en waarin de Commissie zich niet kon of moest mengen: door het comité het bestaan van de bescheiden ter kennis te brengen, was de Commissie haar verplichtingen geheel nagekomen. De verdere handelwijze van het Adviescomité biedt geen grond voor nietigverklaring van de beschikking van de Commissie" (verweerschrift, par. 174). Mij dunkt evenwel dat een schending door het comité, even goed als een schending door de Commissie zelf, ongeldigheid van de beschikking van de Commissie kan meebrengen.

DCL heeft het Hof voorgesteld, indien het op dit punt enige twijfel zou hebben, de Commissie te gelasten de „procesverbaal van de bijeenkomst van het adviescomité" over te leggen. Het Hof heeft ook inderdaad gevraagd dat een afschrift van het verslag opgesteld krachtens artikel 10, lid 6, van verordening nr. 17, zou worden overgelegd. De Commissie heeft aan dat verzoek voldaan, doch verzocht, voor het geval het Hof zou overwegen DCL inzage te geven van het verslag, nader te worden gehoord over de vertrouwelijkheid ervan. De Commissie doelde ongetwijfeld op de procedure die is gevolgd in zaak 110/75 (Mills, Jurispr. 1976, blz. 1613, inzonderheid blz. 1634-1635). Had ik gemeend dat dit punt in de onderhavige zaak beslissend kon zijn, dan zou ik bij het Hof hebben aangedrongen partijen terzake te horen. Doch aangezien ik dit niet geloofde noch geloof, laat ik dit onderwerp rusten.

Met betrekking tot de zesde aanvulling, bevattende de resultaten van DCL's onderzoek naar de kosten van de alleenverkopers voor gin, kwam het verweer van de Commissie zo al niet uitdrukkelijk, dan toch in feite hierop neer, dat dit niet een van de „voornaamste stukken van het dossier" was. DCL heeft dit niet betwist.

Thans kom ik tot het probleem van het proces-verbaal van de hoorzitting.

In dit verband beklaagt DCL zich erover, dat het proces-verbaal niet enkel ontbrak in de opgave van de voornaamste stukken die de Commissie aan het Adviescomité deed toekomen, doch dat daarvan op 21 oktober 1977, toen de bijeenkomst van het comité plaatsvond, zelfs geen ontwerp-tekst bestond. Daarbij dient men te bedenken dat overeenkomstig artikel 9, lid 4, van verordening nr. 99/63 van de Commissie, procesverbaal moet worden opgemaakt van de hoorzitting en moet worden ondertekend door degenen die daaraan hebben deelgenomen. Men kan zich afvragen waarom bijna vier maanden na de hoorzitting zelfs nog geen begin was gemaakt met de nakoming van dat vereiste.

DCL betoogt dat het Adviescomité niet geldig kan beraadslagen zonder te be-

schikken over het proces-verbaal van de hoorzitting. De Commissie wijst er evenwel op, dat in geen van de desbetreffende verordeningen uitdrukkelijk wordt vereist dat het comité over het proces-verbaal dient te beschikken.

In de zaak-Buchler werd de opmerking gemaakt, dat zowel het Adviescomité als de Commissie zich hadden gebaseerd op een ontwerp-tekst van het proces-verbaal, waarin de door verzoeker voorgestelde wijzigingen niet waren aangebracht. Het Hof oordeelde dat de betrokken beschikking daardoor enkel ongeldig zou zijn geweest indien deze versie van het proces-verbaal op essentiële punten misleidend was geweest. Dat was niet het geval, aangezien de voorgestelde wijzigingen alle betrekking hadden op niet-wezenlijke punten. Door de ontwerp-tekst konden mitsdien „het Adviescomité en de Commissie volledig worden ingelicht nopens de wezenlijke inhoud der ten verhore afgelegde verklaringen" (zie r.o. nrs. 16 en 17 van het arrest). In zaak 48/69 (ICI, Jurispr. 1972, blz. 619, inzonderheid r.o. 27-33 van het arrest) werd een gelijkaardige tegenwerping op overeenkomstige wijze afgewezen. Deze zaken bieden steun voor de stelling, dat er sprake kan zijn van schending van een wezenlijk procedurevereiste wanneer het Adviescomité een ontwerp-tekst van het proces-verbaal wordt overgelegd, die zo onvolledig en zo weinig nauwkeurig is, dat hij tot dwaling kan leiden. Zij hebben evenwel geen betrekking op de situatie waarin een ontwerp-tekst ten enenmale ontbreekt.

Mij dunkt evenwel dat uit verordening nr. 99/63 in zijn geheel genomen en gelezen in het licht van artikel 10 van verordening nr. 17, kan worden afgeleid dat het Adviescomité dient te beschikken over het proces-verbaal. Ik heb hierbij bepaaldelijk artikel 1 van verordening nr. 99/63 op het oog, waarin van de Commissie wordt verlangd dat zij de hoorzitting houdt alvorens het Adviescomité te raadplegen. Men kan zich bezwaarlijk indenken dat de leden van het comité dan gedwongen zouden zijn om op andere wijze dan uit het proces-verbaal bedoeld in artikel 9, lid 4, van dezelfde verordening, kennis te nemen van de tijdens de hoorzitting afgelegde verklaringen. Ik zie evenmin in, hoe de Commissie de door artikel 10, lid 5, van verordening nr. 17 vereiste bescheiden, te weten de uiteenzetting van de zaak, een opgave van de voornaamste stukken van het dossier en een voorontwerp van een beschikking, behoorlijk kan redigeren zonder te beschikken over ten minste een ontwerp-tekst van het proces-verbaal.

Ik zou daarom menen dat het ontbreken van het proces-verbaal op het eerste gezicht een schending van een wezenlijk procedurevereiste is. Ik zei „op het eerste gezicht", omdat de Commissie betoogt dat, zelfs als dit zo was, DCL daarvan toch geen nadeel heeft ondervonden aangezien „tijdens de hoorzitting de getuigen en adviseurs van DCL enkel zaken hebben herhaald die in hoofdzaak al waren vervat in eerdere stukken". Ik geloof niet dat wat zij hebben gezegd, louter herhaling was. Anderzijds ben ik geneigd te geloven dat hun verklaringen niet zo nieuw waren of zo sterk afweken van wat in de schriftelijke opmerkingen van DCL en in de tweede en derde aanvulling daarbij was gezegd, dat zij de afloop van de zaak hadden kunnen beïnvloeden. Nieuw in het proces-verbaal was vooral het gespierde betoog van Bulloch. Doch ook hier is het mijns in-

ziens niet mogelijk tot een conclusie te komen zonder rekening te houden met de inhoud van het verslag van het Adviescomité, dat niet ter kennis van DCL is gebracht. Nogmaals, zo ik dit punt in de onderhavige zaak als mogelijk beslissend had beschouwd, dan had ik het Hof met klem verzocht de argumenten van partijen te horen over de vraag of dit verslag in de onderhavige procedure al dan niet onder geheimhouding valt.

Thans kom ik tot de tweede belangrijke door DCL aangevoerde procedurefout, namelijk de censurering van het verzoek van Bulloch door de Commissie. De vraag is in welke mate de Commissie bevoegd is om passages te schrappen, wanneer zij een verzoek krachtens artikel 3 van verordening nr. 17 van een „natuurlijke of rechtspersoon" ter kennis brengt van de onderneming waartegen het is gericht. (In bedoeld artikel wordt de term „verzoek" (application) gebruikt doch in de loop van de onderhavige procedure is steeds sprake geweest van „klacht" (complaint)). Er bestaat mijns inziens geen twijfel over, en DCL heeft ook niet betwist, dat de Commissie de bevoegdheid, en zelfs de plicht heeft in dergelijke verzoeken passages te schrappen waarin zakengeheimen van de verzoeker worden onthuld. Er zouden zich zelfs zaken kunnen voordoen waarin de Commissie moet voorkomen dat de identiteit van de verzoeker bekend raakt — zodat zelfs een algehele geheimhouding van het verzoek kan geboden zijn — en zulks om de verzoeker te beschermen tegen mogelijke vergelding. In de onderhavige zaak is evenwel deze vraag niet gerezen. De vraag is veeleer of de bevoegdheid van de Commissie verder gaat, en met name of, en zo ja, in welke mate, zij bevoegd is, weg te laten wat zij niet relevant acht.

Het algemene beginsel wordt niet betwist. Eenieder die door een bijzonder, hem betreffend administratief besluit kan worden bezwaard, heeft het recht te worden gehoord alvorens het besluit wordt genomen, en te dien einde in kennis te worden gesteld van de bezwaren die tegen hem worden aangevoerd. Ook hier geldt dit beginsel van gemeenschapsrecht zowel in mededingings- als in ambtenarenzaken (voor mededingingszaken zie de „kinine"-zaken en de zaak-Transocean, reeds geciteerd, en zaak 85/76, Hoffmann-La Roche, Jurispr. 1979, blz. 461; voor ambtenarenzaken zie zaak 34/77, Oslislok, Jurispr. 1978, blz. 1099, en de aangehaalde eerdere zaken in mijn conclusie in deze zaak, blz. 1124-1125).

De Commissie heeft ons meegedeeld dat de verzoeken die zij ontvangt, vaak „geheel aan de zaak vreemde en irrelevante gegevens bevatten, zelfs gegevens betreffende andere ondernemingen, die in de mededeling van punten van bezwaar niet worden genoemd". Het lijdt geen twijfel dat de Commissie dergelijke passages rustig mag weglaten. Doch de passages die zij in het verzoek van Bulloch heeft geschrapt, beantwoorden niet aan die beschrijving. Afgezien van de passages waarvan DCL erkent dat zij terecht waren weggelaten (omdat zij zakengeheimen van Bulloch onthulden) censureerde de Commissie onder meer hoofdstukken over de produktie en verkoop van Schotse whisky in het algemeen, over de positie van DCL in deze sector, over de kleinhandels- en groothandelsmarkt voor

whisky, over het distributiebeleid van DCL en over de „machtspositie" die DCL volgens Bulloch inneemt. De Commissie stelt dat deze hoofdstukken irrelevant waren omdat DCL zich enkel te verdedigen had tegen de door de Commissie in de mededelingen van punten van bezwaar aangevoerde argumenten, die zelf uitsluitend berustten op door DCL zelf verstrekte gegevens, en omdat de zaak in genen dele gebaseerd was op artikel 86 EEG-Verdrag. Naar mijn mening is dit een overdreven enge uitlegging van het begrip „relevantie". De Commissie verklaart verder niet waarom zij, zo zij de weggelaten passages irrelevant achtte, ze niet eveneens heeft weggelaten uit de versie van het verzoek van Bulloch die zij, als een van de voornaamste stukken van het dossier, ter beschikking stelde van het adviescomité.

DCL heeft duidelijk gemaakt hoe zij op verschillende punten was gehandicapt in haar verweer voor de Commissie en, via de Commissie, voor het Adviescomité door het feit dat deze passages voor haar verborgen waren gehouden. Het lijkt mij niet nodig al deze punten te behandelen; ik zal mij beperken tot twee ervan.

Het eerste luidt dat DCL niet de kans heeft gehad de door Bulloch vermelde onjuiste feiten te weerleggen, waaruit de indruk zou kunnen ontstaan dat DCL een multinationale onderneming is, die „dochterondernemingen of gelieerde maatschappijen in bijna 100 landen" bezit of controleert, en die op de markt van Schotse whisky een machtspositie inneemt. De Commissie heeft weliswaar niet gesteld dat DCL en machtspositie inneemt, doch het is moeilijk te achterhalen welke indruk deze niet weerlegde feiten bewust of onbewust hebben gehad op de ambtenaren van de Commissie die met de zaak waren belast, of in welke mate hun benadering daardoor is beïnvloed. DCL wijst in dit verband op een veelbetekenend detail. Uit het procesverbaal van de hoorzitting (blz. 63) blijkt dat dr. Sauter, hoofd van de vertegenwoordiging van het Bundeskartellamt, vier opmerkingen heeft gemaakt, waarvan er één was dat „DCL veel verlangt door te verzoeken om vrijstelling voor haar selectief distributiestelsel, terwijl zij toch een monopoliepositie bezit". Voor zover ik kan nagaan, kan dr. Sauter deze mening enkel uit de ongecensureerde versie van Bulloch verzoek hebben opgedaan. Hij zou niet tot deze overtuiging zijn gekomen indien DCL de kans had gekregen de beweringen van Bulloch tijdig te weerleggen.

In de tweede plaats merkt DCL op, dat zo haar de volledige tekst van het verzoek van Bulloch (met weglating van uitsluitend Bullochs zakengeheimen) was toegezonden, zij had kunnen wijzen op verklaringen van Bulloch die haar eigen stelling ondersteunden. Een van de belangrijkste daarvan was Bullochs uiteenzetting van de redenen waarom zij DCL-merken Schotse whisky wenste te exporteren. Bulloch verklaarde dat zij al sinds jaren haar eigen merken Schotse whisky „Glen Catrine" en „Scots Earl", produceert, die zij omschreef als „standaard whisky's van goede kwaliteit" doch geen „bekende merken". Daarvan had zij wel wat verkocht in continentaal Europa, doch de klanten waren niet genegen te handelen met een distributeur die geen van de „grote merken" kon aanbieden.

En aangezien Bulloch haar eigen whiskymerken alleen zou kunnen exporteren indien zij een kostbare, haar middelen te boven gaande reclamecampagne zou opzetten, zou zij haar exportactiviteiten enkel kunnen voortzetten wanneer haar de whiskymerken van DCL werden geleverd. Hieruit blijkt, aldus DCL, dat volgens Bulloch zelf een whiskymerk in de andere Lid-Staten niet met succes kan worden verkocht tenzij geld wordt besteed aan de verkoopbevordering ervan. De Commissie doet dit punt af met te zeggen dat de verklaring van Bulloch niets toevoegt aan „het argument dat DCL tijdens de gehele procedure voortdurend naar voren had gebracht". Mijns inziens was de Commissie hierin fout. Een argument wint aan overtuigingskracht wanneer het wordt gestaafd door gegevens aangedragen door de tegenpartij.

Ik meen dat men onmogelijk kan stellen dat de beschikking van de Commissie noodzakelijkerwijs dezelfde zou zijn geweest, indien zij DCL de volledige tekst van Bullochs verzoek, met weglating van de enkele passages die zakengeheimen van Bulloch bevatten, had toegezonden. De Commissie schijnt bovendien over het hoofd te hebben gezien dat „het niet voldoende is dat recht wordt gedaan, doch dat het ook duidelijk moet zijn dat recht wordt gedaan". Dat is niet het geval wanneer voor een onderneming, zonder dwingende noodzaak, een gedeelte van de tekst van een tegen haar gerichte klacht wordt verheimelijkt.

Ter terechtzitting heeft DCL uiting gegeven aan haar vrees dat het Hof weliswaar tot de conclusie zou komen dat de Commissie, door de tekst van Bullochs verzoek te censureren, onrechtmatig heeft gehandeld, doch, zich baserend op zijn arrest in de zaak-Hoffmann-La Roche (reeds aangehaald), zou oordelen dat deze onregelmatigheid is gedekt door de procedure voor het Hof, waarin DCL kennis heeft kunnen nemen van de volledige tekst van het verzoek (zie r.o. 15-19 van het arrest). DCL betoogt dat het desbetreffende gedeelte van het arrest in de zaak-Hoffmann-La Roche niet te rijmen valt met wat het Hof eerder had overwogen in de zaken 15 en 16/76 (Frankrijk t. Commissie, Jurispr. 1979, blz. 321), en dat van beide arresten voorrang moet worden verleend aan het laatstgenoemde. Ik ben het daarmee eens. In de zaak-Frankrijk t. Commissie overwoog het Hof dat

„in het kader van een verzoek tot nietigverklaring krachtens artikel 173 van het Verdrag de wettigheid van het betwiste besluit moet worden beoordeeld aan de hand van de feiten en de rechtstoestand die bestonden op de datum waarop het besluit werd genomen.

Een na die datum verrichte aanpassing aan de regeling kan derhalve bij een dergelijke beoordeling niet in aanmerking worden genomen". (r.o. 7 en 8 van het arrest).

Deze opvatting is mijns inziens de juiste, al was het maar omdat krachtens artikel 173 het Hof bevoegd is „de wettigheid van de handelingen van de Raad en van de Commissie na te gaan", waarmee kennelijk de wettigheid op het tijdstip van de vaststelling van die handelingen wordt bedoeld. Op de uitspraak in de zaak Hoffmann-La Roche hebben eminente auteurs mijns inziens terechte kritiek geoefend. De opvatting dat schending door de Commissie van het recht

van een onderneming om gehoord te worden in een zaak zoals de onderhavige, de beschikking van de Commissie niet ongeldig maakt indien de onderneming achteraf naar behoren wordt gehoord door het Hof, komt, meen ik, hierop neer, dat de Commissie wezenlijke procedurevereisten straffeloos mag verwaarlozen, omdat ofwel de betrokken onderneming geen beroep doet op het Hof ofwel, zo zij dat wel doet, de onregelmatigheid in de loop van de procedure kan worden hersteld.

Ik meen mitsdien dat het argument van DCL betreffende de weglatingen in het verzoek van Bulloch wel degelijk terzake is.

Het derde door DCL opgeworpen procedurepunt is, dat de beschikking van de Commissie met betrekking tot Pimm's berust op „ontoereikende en/of tegenstrijdige overwegingen". Het betoog is niet nader uitgewerkt, doch komt hierop neer, dat een van de belangrijkste redenen voor de beschikking was dat „DCL-gedistilleerd geen nieuwe produkten zijn", terwijl uit de feiten is gebleken dat althans Pimm's in de continentale Lid-Staten een nieuw produkt is. Dit is mijns inziens een probleem dat veeleer betrekking heeft op de inhoud van de beschikking dan op de procedure. Indien mijn opvatting over de hoofdzaak juist is, kan ik dit punt verder laten rusten.

Conclusie

Concluderende ben ik van mening dat, ofschoon mijns inziens de Commissie ten minste één wezenlijk vormvereiste heeft geschonden en hoewel ik meen dat de beschikking inhoudelijk niet in stand kan blijven, het beroep moet worden verworpen omdat DCL de verplichting de prijsregelingen aan te melden, niet is nagekomen, en dat DCL in de kosten, die van Bulloch daaronder begrepen, moet worden verwezen.