FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT G. REISCHL FREMSAT DEN 3. JULI 1980 [1]

Høje Domstol.

Genstanden for de otte sager, som jeg i dag skal udtale mig om, og som ved Domstolens kendelse af 26. oktober 1978 er blevet forenet med henblik på retsforhandlingerne og domsafsigelsen, er en beslutning truffet af Kommissionen den 20. juli 1978 i henhold til EØF-traktatens af Kommissionen den 20. juli 1978 i henhold til EØF-traktatens artikel 85. Beslutningen vedrører foranstaltninger, som gjaldt og stadig gælder for det belgiske marked for tobaksvarer.

Ved gennemgangen af foranstaltningerne må der sondres mellem perioden før og efter den 1. december 1975.

I den førstnævnte periode var der tale om foranstaltninger, der — ifølge beskrivelsen i Kommissionens beslutning — drejede sig om følgende forhold:

— godkendelse af tobaksvaregerossister og -detailhandlere af Fédération belgo-luxembourgeoise des industries du tabac (»Fedetab, en i 1946 oprettet sammenslutning af næsten alle belgiske og luxembourgske tobaksvareproducenter), samt indplacering af dem i forskellige kategorier og tildeling af forskellige avancesatser,

— grossisternes og detailhandlernes overholdelse af de af producenterne fastsatte videresalgspriser, for hvilke nogle aftaler, som Fedetab indgik med Fédération nationale du commerce de gros en produits manufacturés du tabacs (»FNCG«), skal have været afgørende,

— Fedetab's begrænsning af tilgangen til visse grossistkategorier,

— forbudet mod, at grossister videresolgte til andre grossister og nærmere bestemte detailhandlere,

— anvendelse af ensartede betalingsfrister ved levering til grossister og detailhandlere, og

— detailhandlernes overholdelse af forpligtelsen til at føre et vist mindstesortiment.

Den 1. december 1975 — og hermed kommer jeg til den anden periode — trådte en henstilling fra Fedetab's bestyrelse om salg af cigaretter på det belgiske marked i kraft; de syv tobaksvareproducenter, der nu optræder som sagsøgere, havde erklæret at ville følge henstillingen, der vedrører:

— inddeling af de belgiske og detailhandlere i forskellige kategorier og tildeling af forskellige maksimale anvancesatser til disse kategorier,

— anvendelse af ensartede betalingsfrister ved levering til grossister og detailhandlere, og

— udbetaling af en årsrabat til grossister og detailhandlere.

1 — Oversat fra tysk.

Kommissionen fik allerede i begyndelsen af 1971 et indgående kendskab til de første af disse foranstaltninger — jeg vil herefter for at skelne dem fra de lige nævnte omtale dem som de »tidligere foranstaltninger« — efter at den på grundlag af en klage fra en belgisk virksomhed havde fremsat en begæring om oplysninger til Fedetab.

Den 2. april 1974 henvendte GB-Entreprises SA (senere GB-Inno-BM), som allerede er bekendt fra sag 13/77 (GB-Inno-BM mod Vereniging van de Kleinhandelaars in Tabak, dom af 13. 10. 1977, Sml. 1977, s. 2115), og som driver en række stormagasiner, sig til Kommissionen med en anmodning om, at den indledte en procedure med henblik på at fastslå, at de nævnte »tidligere foranstaltninger« var i strid med EØF-traktentens artikler 85 og 86. Kommissionen efterkom anmodningen ved en beslutning af 29. juli 1979. Under proceduren blev der i overensstemmelse med artikel 2 i Kommissionens forordning nr. 99/63 den 18. juli 1975 fremsat klagepunkter over for Fedetab og dens medlemmer, hvortil alle sagsøgerne i denne sag hører.

Ved skrivelse af 10. og 13. oktober 1975 erklærende yderligere to belgiske virksomheder, firmaet Mestdagh Frères & Cie., som sælger levnedsmidler gennem en række supermarkeder og filialer, samt firmaet Eugène Huyghebaert, der er leverandør til detailhandlere, over for Kommissionen, at de havde til hensigt at tilslutte sig klagen fra GB-Inno-BM. Dette skete derpå ved en skrivelse af 17. oktober 1975, som åbenbart indgik til Kommissionen den 21. oktober 1975. Inden for rammerne af den procedure, der var indledt ved beslutningen af 29. juli 1974, afholdtes der den 22. oktober 1975 i Kommissionen en høring, hvori Fedetab, forskellige af dens medlemmer og GB-Inno-BM deltog. Den ligeledes indkaldte repræsentant for firmaet Huyghebaert blev efter anmodning fra sagsøgerne udelukket fra høringen. Kort efter, nemlig den 13. november 1975, blev den af Mestdagh og Huyghebaert indbragte klage sendt til sagsøgerne til udtalelse. Sagsøgernes udtalelser indgik til Kommissionen i slutningen af 1975 hhv. begyndelsen af 1976, liegesom sagsøgerne derefter også i juli 1976 udtalte sig om de bemærkninger, der af Mestdagh og Huyghebaert var fremsat til sagsøgernes førstnævnte udtalelser.

Den af Fedetab vedtagne *henstilling* blev anmeldt til Kommissionen den 1. december 1975. I denne forbindelse erklærede alle sagsøgerne, at de havde til hensigt at efterkomme henstillingen. Efter at Kommissionen ved beslutning af 10. maj 1976 havde udvidet den verserende procedure til også at omfatte henstillingen, blev der den 17. maj 1976 foretaget en yderligere meddelelse om klagepunkter, og den 22. september 1977 fandt der en ny mundlig høring af sagsøgerne sted.

Alt dette førte den 20. juli 1978 til vedtagelsen af den allerede nævnte kommissionsbeslutning, der blev rettet til Fedetab og til de tobaksvareproducerende virksomheder Cinta SA, Éts. Gosset SA, Jubilé SA, Vander Elst SA, Weltab SA, BAT Benelux SA — alle med hjemsted i Belgien — og til Heintz van Landewyck sàrl, en produktionsvirksomhed med hjemsted i Luxembourg.

I beslutningens artikel 1 blev det fastslået, at de nævnte tidligere foranstaltninger vedrørende organisationen af afsætningen af tobaksvarer i Belgien måtte anses som vedtagelser inden for

virksomhedssamenslutningen Fedetab og som aftaler mellem syv produktionsvirksomheder — sagsøgerne i de foreliggende sager — og at de i perioden fra 13. marts 1962, hvor forordning nr. 17 trådte i kraft, og indtil 1. december 1975 havde udgjort overtrædelser af EØF-traktetens artikel 85, stk. 1.

Efter beslutningens artikel 2 udgør også den af Fedetab og de syv produktionsvirksomheder vedtagne henstilling, som blev anmeldt til Kommissionen, og som trådte i kraft den 1. december 1975, en overtrædelse af EØF-traktetens artikel 85, stk. 1. Det blev endvidere tilkendegivet, at der ikke kunne gives dispensation til henstillingen i henhold til EØF-traktetens artikel 85, stk. 3.

I beslutningens artikel 3 bestemmes det endelig, at adressaterne uopholdeligt skal bringe de i artikel 2 konstaterede overtrædelser til ophør og for fremtiden undlade enhver handling, som har samme formål som henstillingen af 1. december 1975.

Den 28. og 29. september 1978 indbragte adressaterne beslutningen for Domstolen.

De har (sag 209/78) nedlagt påstand om annullation af beslutningens artikler 1 og 2 samt artikel 3, stk. 1, eller (de øvrige sagsøgere) om annullation af hele beslutningen.

I stævningen i sag 214/78 er der endvidere subsidiært nedlagt påstand om, at sagen hjemvises til Kommissionen til prøvelse af muligheden for fritagelse efter EØF-traktetens artikel 85, stk. 3, såvel for de tidligere foranstaltninger som for henstillingen.

I sag 215/78 er der desuden subsidiært nedlagt påstand om annullation af beslutningens artikel 2, for så vidt det deri bestemmes, at der ikke er grundlag for at bringe artikel 85, stk. 3, i anvendelse på Fedetab's henstilling, og som konsekvens heraf også om annullation af beslutningens artikel 3, stk. 1.

Endelig er der i sag 218/78 subsidiært nedlagt påstand om ophævelse af beslutningens artikel 2 og artikel 3, stk. 1, og envidere om, at der forholdes som subsidiært påstået i sag 215/78.

Inden jeg tager nærmere stilling til disse påstande, over for hvilke Kommissionen har nedlagt påstand om frifindelse, må det også nævnes, at flere intervenienter har fået tilladelse til at indtræde i sagen.

Til støtte for sagsøgerne drejer det sig om:

— Association des détaillants en tabac asbl (Atab), en i 1966 oprettet sammenslutning af — nu — 360 detailhandlere,

— Association nationale des grossistes en produits manufacturés du tabac (Agrotab), en sammenslutning, der blev stiftet i 1976 til afløsning af den i 1976 opløste Association nationale des grossites itinérants en produits manufacturés du tabac (ANGIPMT); sidstnævnte var i 1974 sammen med Nationale Vereniding van Familiale Tabakgroothandelsondernemingen — NVFG — trådt i stedet for den i 1957 oprettede Fédération nationale du commerce de gros en produits manufacturés du tabac, FNGG,

— Fédération nationale des négociants en journaux, publications, librairie et articles connexes (FNJ).

Til støtte for Kommissionen er følgende indrådt som intervenienter:

— de allerede nævnte virksomheder GB-Inno-BM, Mestdagh og Huyghe-

baert, som over for Kommissionen optrådte som klagere, og

— Fédération belge du commerce alimentaire (FBCA).

Under gennemgangen af dette ret omfangsrige processtof vil jeg gå frem på følgende måde:

Først vil jeg tage stilling til de søgsmålsgrunde, der vedrørende den administrative procedures forløb i Kommissionens regie. Derefter vil jeg undersøge, hvorvidt Kommissionen har ret i sin antagelse af, at foranstaltningerne vedrørende organiseringen af afsætningen af tobaksvarer i Belgien var omfattet af EØF-traktatens artikel 85, stk. 1, dvs. at de måtte anses som aftaler mellem virksomheder, vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder eller samordnet praksis, som har til formål at begrænse konkurrencen inden for fællesmarkedet og kan påvirke samhandelen mellem medlemsstater. Derefter må der i givet fald tages stilling til, hvorvidt en fritagelse i medfør af artikel 85, stk. 3, er blevet afslået med rette.

I — Den af Kommissionen gennemførte administrative procedure

Sagsøgerne er af den opfattelse, at den administrative procedure i Kommissionen i forskellige henseender ikke er forløbet på korrekt måde. Deres ret til kontradiktion skal således være blevet begrænset ved, at de ikke har fået tilstrækkelig indsigt i Kommissionen sagsakter. Kommissionen skal endvidere med urette have undladt at høre visse virksomhedssammenslutninger. Det hævdes endvidere, at den også har støttet sin beslutning på klagerne fra Mestdagh og Huyghebaert, uden at den gennemførte en korrekt konkurrenceretlig procedure vedrørende disse klager, og uden at den underrettede de berørte parter om, at sagen blev behandlet sammen med de andre. Kommissionen hævdes desuden at have røbet forhold, der var forretningshemmeligheder for sagsøgerne. Endvidere skal ikke alle de ansvarlige tjenestemænd have været til stede hele tiden under den mundtlige høring i Kommissionen. Endelig rejses der også indsigelse mod, at det i meddelelsen om klagepunkterne kun under henvisning til én af de fire betingelser i artikel 85, stk. 3, udtaltes, at der ikke var mulighed for fritagelse og at der i den anfægtede beslutning også tages stilling til, om der foreligger andre fritagelsesgrunde, uden at sagsøgerne havde kunnet tage stilling hertil. Alt dette må ifølge sagsøgerne desuden anses som en krænkelse af artikel 6 i Menneskerettighedskonventionen.

1. Anbringendet om utilstrækkelig indsigt i Kommissionens sagsakter

I denne forbindelse må der sondres mellem forskellige aspekter.

a) For så vidt der i tre af sagerne (209, 210 og 218/78) er tale om, at Kommissionen skal have afslået en anmodning fra sagsøgerne om indsigt i sagsakterne, som blev fremsat i august 1978, altså *efter vedtagelsen af den anfægtede beslutning,* fremgår det allerede klart af selve stævningerne i sagerne 209 og 218, at dette ikke skal betragtes som annullationsgrund, men kun skal tjene som begrundelse for en anmodning om bevisoptagelse (i sag 218/78) eller (i sag 209/78) som begrundelse for et forbehold om i givet fald at kunne supplere stævningen. Tilsvarende er det også i sag

210/78, om end først i replikken, præciseret, at påstanden om annullation af den anfægtede beslutning ikke støttes på dette forhold.

Det er ikke påkrævet overhovedet at kommentere rigtigheden af denne opfattelse. Rent faktisk er der tale om en adfærd fra Kommissionens side, som er udvist efter afslutningen af den administrative procedure, der har ført til vedtagelsen af den anfægtede beslutning, altså om en adfærd, som ikke kunne have nogen indvirkning på beslutningens indhold. Der er derfor heller ikke grund til at behandle det forholdsvis udførligt drøftede spørgsmål, om Kommissionen reaktion på de nævnte anmodninger — der var under sagen tale om mundtlige og skriftlige svar — var fyldestgørende og var den rette. Undersøgelsen kan derimod begrænses til andre aspekter af denne søgsmålsgrund.

b) Hvad angår sagsøgernes anmodninger *under* den administrative procedure, har Kommissionen anført, at der over for den på intet tidspunkt blev fremsat krav om, at sagsøgerne fik adgang til alle sagsakterne. Som Kommissionen med rette har fremhævet, ses en sådan anmodning især ikke at fremgå af visse formuleringer, der findes på s. 18 og 19 i protokollatet af den anden høring i september 1976.

På den anden side har Kommissionen på overbevisende måde godtgjort, at den i tilstrækkeligt omfang har efterkommet kravet om indsigt i bestemte dokumenter. Da der i forbindelse med den første høring rejstes indsigelse om, at sagsøgerne ikke var bekendt med klagerne fra Mestdagh og Huyghebaert — hvilket kan betragtes som en anmodning på dette punkt — blev klageskrivelserne straks meddelt sagsøgerne. Også den skrivelse fra landssammenslutningen af rejsende tobaksvaregrossister af 2. marts 1976 (og ikke, som fejlagtigt angivet, af 13. 2. 1976), som Fedetab i en skrivelse af 21. maj 1976 især anmodede om at blive gjort bekendt med (omtalt på s. 27 i duplikken), blev rent faktisk tilstillet Fedetab. For så vidt der imidlertid i Fedetab's skrivelse af 21. maj 1976 også tales om tilsendelse af alle andre dokumenter, må man ikke overse den sammenhæng, som anmodningen indgår i. Der sigtes nemlig til dokumenter, som Kommissionen kunne påberåbe sig under høringen. Som det ubestridt er blevet gjort gældende, blev dette imidlertid ikke aktuelt, da Kommissionen overhovedet ikke påberåbte sig dokumenter under høringen. Det er desuden af interesse i denne forbindelse, at sagsøgerne ikke forud for vedtagelsen af den anfægtede beslutning tydeligt reagerede mod den efter deres opfattelse utilstrækkelige måde, hvorpå dokumenter blev meddelt dem.

c) Sagsøgernes anbringende om, at Kommissionen, da de berørte parter ikke kunne kende sagsakternes præcise sammensætning, uden hensyn til de fremsatte anmodninger var forpligtet til at meddele alle dokumenter, hvori der måtte findes oplysninger om forhold, som den lagde til grund — idet den jo kun måtte støtte sig på forhold, som de berørte parter havde kunnet udtale sig om — og at det navnligt måtte påtales, at sagsøgerne ikke var blevet gjort bekendt med den udtalelse, som Det rådgivende Udvalg for kartel- og monopolspørgsmål havde afgivet om deres sag, giver mig anledning til følgende bemærkninger:

— Hvad angår det sidstnævnte punkt har Kommissionen vel med rette henvist til, at Det rådgivende Udvalgs udtalelse i henhold til artikel 10 i forordning nr. 17 ikke offentliggøres; den er desuden kun beregnet til brug for Kommissionen og ikke for de berørte parter. Udtalelsen kan som følge heraf heller ikke forlanges fremlagt under den judicielle procedure, uden at særlige omstændigheder taler derfor, alene med den begrundelse, at det kun på denne måde vil være muligt for Domstolen at efterprøve, om Det rådgivende Udvalg på forskriftsmæssig måde har deltaget i sagens behandling.

— For så vidt angår sagsøgernes øvrige argumenter, skal jeg henvise til, at det i ældre retspraksis (sagerne 56 og 58/64, Consten GmbH og Grundig-Verkaufs-GmbH mod Kommissionen, dom af 13. 7. 1966, Sml. 1965-1968, s. 245) udtrykkeligt blev fremhævet, at det dog ikke er nødvendigt at tilstille de implicerede i en konkurrencesag »samtlige sagens akter«; afgørende er blot, at de berørte skal have meddelelse om de væsentligste begivenheder, som danner grundlag for klagepunkterne (jf. dom af 14. 7. 1972 i sag 49/69, Badische Anilin- und Soda-Fabrik AG mod Komissionen, Sml. 1972, s. 217). Sagsøgerne kunne i denne sammenhæng ikke afkræfte Kommissionens anbringende om, at de havde fået meddelelse om alle faktiske forhold, som dannede grundlag for den anfægtede beslutning, og at de ikke havde kunnet nævne noget betydningsfuldt faktisk forhold eller nogen betydningsfuld omstændighed, som de ikke havde kunnet udtale sig om under den administrative procedure.

For så vidt sagsøgerne derimod har henvist til dommen i sag 85/76 (Hoffmann-La Roche & Co. AG mod Kommissionen, dom af 13. 2. 1979, Sml. 1979, s. 512), ifølge hvis præmis 11 retten til kontradiktion kræver, at den pågældende virksomhed under den administrative procedure sættes i stand til at tage stilling dels til, om de fremførte faktiske forhold og andre omstændigheder virkeligt foreligger og hvilken betydning, de da har, dels til de dokumenter, som Kommissionen påberåber sig til støtte for, at der foreligger en overtrædelse af traktatens artikel 86, er det vanskeligt at se, at denne dom skulle være udtryk for en ændret praksis, der går i retning af sagsøgernes opfattelse. Den citerede udtalelse fra Domstolen må efter min opfattelse snarere forstås således, at der kun skal gives aktindsigt med henblik på stillingtagen til bestemte faktiske forhold, når dette — f.eks. hvis der er strid om et dokuments bevisværdi — er nødvendigt for fornuftigvis at kunne tage stilling til de faktiske forhold, der berettes om i dokumentet. Dette kan imidlertid vanskeligt hævdes med hensyn til de i beslutningens nr. 101, 102, 127 og 130 omhandlede omstændigheder, hvortil der blev henvist så ofte under den mundtlige forhandling. Her drejer det sig om producenternes oplysninger om de anvendte betalingsfrister og avancer og om påstanden om, at kriterierne for inddelingen af forhandlerne i forskellige kategorier ikke alene var blevet kritiseret af de firmaer, der havde klaget til Kommissionen, men også af den vigtigste grossistsammenslutning, og endelig om, at forhandlerne ikke skulle have mulighed for at vælge, hvilke cigaretmærker de ønskede at sælge, og for at begrænse antallet af mærker i forhold til efterspørgslen. I denne forbindelse skal jeg blot henvise til Kommissionens indsigelse om, at producenternes svar vedrørende efterlevelsen af henstillingen ikke har haft afgørende betydning for beslutningen, samt til, at det i Kommissionens beslutning er samordningsprincippet og ikke, hvorledes kriterierne for indde-

lingen blev fastlagt, der står i forgrunden. Lige så lidt ses det, at sagsøgerne først efter at have fået indsigt i de dokumenter, som Kommissionen benyttede i forbindelse med beslutningen, havde kunnet tage stilling til udviklingen i cigaretsalget i Belgien, til det belgiske afgiftssystems særlige karakter og dets konsekvenser, til antallet af detailhandlere i andre medlemsstater og til sammenligningen af de ydelser, som de forskellige forhandlere yder i forbindelse med distributionen, i det omfang der her virkeligt er tale om synspunkter, der er relevante for beslutningen, hvilket ikke kan hævdes om alle disse forhold.

d) Den administrative procedure kan således ikke anfægtes med den begrundelse, at sagsøgerne ikke har fået den aktindsigt, som havde været nødvendig for at kunne tage fornuftig stilling til de klagepunkter, der blev fremført over for dem, og som, hvis de havde fået den, havde været af væsentlig betydning for procedurens forløb og dens resultat.

2. Undladelse af at høre bestemte sammenslutninger under den administrative procedure, hvilket skal have medført en utilstrækkelig oplysning af sagen

I denne forbindelse må man sondre mellem to forskellige forhold.

For det første drejer det sig om de anmodninger om at måtte deltage i høringen vedrørende henstillingen, som blev fremsat af sammenslutningerne selv. Sådanne anmodninger blev fremsat

— den 9. juni 1976 af Association des grossistes itinérants en produits manufacturés du tabac, en af de sammenslutninger, som blev stiftet efter opløsningen af FNCG, og som selv blev efterfulgt af Agrotab i 1977,

— den 1. juli 1976 af Atab, og

— den 17. september 1976 af Association des grossistes »Groupe Tabac«, en »association de fait« (et rent faktisk samvirke uden status som juridisk person) bestående af de vigtigste grossister, som tidligere var medlemmer af ANGIPMT, og som endnu er medlemmer af Agrotab.

For det andet drejer det sig om Fedetab's anmodning af 30. juni 1976 om at inddrage to sammenslutninger i høringen, nemlig dels den lige nævnte »Groupe Tabac«, dels den i indledningen nævnte NVFG, en af de to sammenslutninger, der efter opløsningen af ANGIPMT i 1976 blev etableret som »association de fait«.

a) Hvad først angår de anmodninger, der blev fremsat af sammenslutningerne selv, indeholder artikel 19, stk. 2, i forordning nr. 17 følgende bestemmelse:

»I den udstrækning, Kommissionen eller medlemsstaternes kompetente myndigheder anser det for påkrævet, kan der også indhentes udtalelser fra andre fysiske eller juridiske personer. I tilfælde af, at fysiske eller juridiske personer fremsætter anmodning om at måtte udtale sig i sagen, skal en sådan anmodning imødekommes, hvis de pågældende godtgør at have tilstrækkelig interesse heri.«

I artikel 5 i Kommissionens forordning nr. 99/63 bestemmes det endvidere:

»Såfremt fysiske eller juridiske personer i henhold til artikel 19, stk. 2, i forordning nr. 17 fremsætter begæring om at måtte udtale sig og godtgør at have tilstrækkelig interesse deri, skal Kommissionen give dem lejlighed til at udtale sig skriftligt inden for en af Kommissionen fastsat frist.«

I samme forordnings artikel 7 bestemmes det videre:

»1. Kommissionen skal give personer, der i deres skriftlige bemærkninger har begæret dette, lejlighed til at afgive mundtlig forklaring, såfremt de pågældende godtgør at have tilstrækkelig interesse deri, eller hvis Kommissionen agter at pålægge dem en bøde eller tvangsbøde.

2. Kommissionen kan i øvrigt give enhver anden person lejlighed til mundtligt at fremføre sine synspunkter.«

Om de høringer, som Kommissionen afholder, bestemmes det endelig i artikel 9, stk. 3, i forordning nr. 99/63:

»Møderne er ikke offentlige. Personerne høres alene eller i andre indkaldtes nærværelse. . . .«

Det fremgår af disse bestemmelser, at der, for så vidt angår høringer, er indrømmet Kommissionen et vist skøn. Der kan kun gøres krav på at blive hørt, såfremt der kan godtgøres en tilstrækkelig interesse deri, og selv i så fald er der som udgangspunkt alene tale om en skriftlig høring. Der skal kun foranstaltes mundtlige høringer, såfremt der godtgøres en tilstrækkelig interesse netop heri, eller hvis Kommissionen har til hensigt at pålægge den pågældende en bøde eller tvangsbøde. Det er endvidere klart — således må artikel 9 i forordning nr. 99/63 forstås — at kontradiktorisk procedure ikke er reglen. Jeg kan i øvrigt heller ikke se, at det kan betvivles, at forordning nr. 99/63 er forenelig med Rådets forordning nr. 17, hvilket sagsøgerne, navnlig for så vidt angår kravet om kontradiktion, har gjort gældende under den mundtlige forhandling. I denne forbindelse kan det nemlig udledes af dommen i sag 8/71 (Deutscher Komponistenverband mod Kommissionen, dom af 13. 7. 1971, Sml. 1971, s. 163), at det i forbindelse med anmodninger fra tredjemand om at måtte udtale sig er tilstrækkeligt, såfremt der i overensstemmelse med artikel 5 i forordning nr. 99/63 gives lejlighed til at fremsætte en skriftlig udtalelse.

Under den her omhandlede administrative procedure blev der — efter hvad Kommissionen uimodsagt har anført — afgivet skriftlige udtalelser af Atab den 21. oktober 1974 og den 10. september 1976 samt af »Groupe Tabac« den 17. september 1976, og disse udtalelser drejede sig navnlig om klagen fra GB-Inno-BM og om klagepunkterne af maj 1976. Der blev endvidere den 5. marts 1975, den 7. oktober 1975 og den 2. marts 1976 afgivet skriftlige udtalelser fra ANGIPMT, som medlemmerne af Groupe Tabac var tilsluttet. Desuden skal der have været ført officielle samtaler mellem tjenestemænd i Kommissionen og repræsentanter for sammenslutningerne Atab, ANGIPMT og NVFG, nemlig den 8. juli 1974, den 13. november 1974 og den 18. marts 1976 med repræsentanter for Atab, den 23. september 1974 og den 26. februar 1976 med repræsentanter for ANGIPMT samt den 29. oktober 1974 med repræsentanter for NVFG. Endvidere skal nævnes skriftlige udtalelser fra Europäische Tabakwaren-Großhandelsverband (ETV) af 21. februar 1975 og 7. oktober 1975 samt fra Confédération européenne des détaillants en tabac (CEDT) af 11. december 1974 og 4. november 1976, med hvis repræsentanter der desuden skal være ført samtaler den 13. november 1974 (CEDT) og den 18. februar 1975 (ETV).

Når der allerede som følge heraf vanskeligt kan være tale om tilsidesættelse af disse sammenslutningers ret til at udtale sig og til at gøre handelens særlige inter-

esser gældende, må det — for så vidt angår Kommissionens afslag på at lade repræsentanter for sammenslutningerne deltage i den mundtlige høring — ikke alene tages i betragtning, at Atab på ingen måde repræsenterer alle specialiserede detailhandlere, men blot nogle hundreder af dem. Det er også af væsentlig betydning, at ingen sammenslutning efter Kommissionens afsluttende svar og efter senere skrivelser fra Kommissionen — f.eks. af oktober 1976 — har fastholdt påstanden om ikke at være blevet hørt. Desuden forekommer det i betragtning af den foreliggende retspraksis absolut berettiget, at der ikke antoges at foreligge en tilstrækkelig interesse i en supplerende *mundtlig* høring, hvilket begrundedes med, at forhandlerne ikke havde tilsluttet sig henstillingen, hvorfor klagepunkterne herom da heller ikke var blevet fremført over for dem. Jeg skal der henvise til dommen i sagerne 56 og 58/64 (Consten Sàrl og Grundig-Verkaufs-GmbH mod Kommissionen, dom af 13. 7. 1966, Sml. 1965-1968, s. 245), hvor det udtrykkeligt blev fremhævet, at virksomheder, som ikke deltager i en aftale, ikke har krav på at blive hørt under den sag, som Kommissionen indleder med henblik på sådanne aftaler.

b) Hvad på den anden side angår den af Fedetab fremsatte anmodning — som også er relevant i denne sammenhæng — om høring af visse sammenslutninger, er artikel 3, stk. 3, i forordning nr. 99/63 afgørende. Denne bestemmelse er sålydende:

»Til dokumentation af de påberåbte omstændigheder kan de [dvs. de virksomheder og sammenslutninger af virksomheder, der som parter har fået meddelelse om klagepunkter] vedlægge de hertil fornødne bilag. De kan ligeledes foreslå, at Kommissionen hører personer, som kan bekræfte de påberåbte forhold.«

Endvidere må samme forordnings artikel 7, stk. 2, tages i betragtning, hvorefter Kommissionen også i andre tilfælde kan give personer lejlighed til mundtligt at fremføre deres synspunkter.

En pligt til at imødekomme anmodninger om høring kan herefter — idet man helt åbenbart kan se bort fra artikel 7, stk. 2, med det deri indeholdte skøn — højst støttes på artikel 3, stk. 3, og kan vel kun antages at foreligge i tilfælde, hvor bestemte personer på samme måde som vidner kan udpeges til at bekræfte bestemte forhold.

Når henses til samtlige relevante omstændigheder i denne sag, ses et sådant tilfælde imidlertid ikke at foreligge efter Fedetab's skrivelse af 30. juni 1976 (jf. bilag 3 til Kommissionens processkrift vedrørende Agrotab's processkrift. I skrivelsen erklæres det i anledning af en forespørgsel fra Kommissionen først, at Fedetab ikke har noget at indvende imod, at repræsentanter for Association nationale des grossistes itinérants deltager i høringen. Derefter tilføjes det kun: »La Fedetab souhaite cependant pour que la Commission soit complètement éclairée de convoquer également les associations suivantes« [1] (nemlig NVFG og GT). Dermed er der imidlertid — ikke alene fordi der ikke henvises til artikel 3 i forordning nr. 99/63, men også fordi de forhold, der søges bekræftet, ikke nævnes — ikke i tilstrækkeligt omfang godtgjort en interesse i en høring af de omtalte sammenslutninger, hvilket i øvrigt heller ikke skete under selve høringen. Desuden er det — som begrundelse for, at undladelsen af at imødekomme anmodningen om høring

1 — »For at Kommissionen kan få sagen fuldstændigt oplyst, ønsker Fedetab imidlertid ligeledes at indkalde følgende sammenslutninger«.

ikke kan anses som en tilsidesættelse af retten til kontradiktion — ikke blot af betydning, at Fedetab selv har betegnet NVFG som en betydningsløs forening, som på ingen måde er fremtrædende; det er også af interesse, at der efter afvisningen af anmodningen åbenbart ikke fremkom nogen afgørende reaktion hverken fra Fedetab eller fra de nævnte sammenslutninger.

c) Den administrative procedure kan herefter givetvis ikke anses for at være behæftet med fejl med den begrundelse, at der skulle være sket en overtrædelse af reglerne om høring af tredjemand i forordning nr. 17 og forordning nr. 99/63.

3. Klagerne fra Mestdagh og Huyghebaert og den som følge deraf indledte administrative procedure

I oktober 1975 tilsluttede to belgiske virksomheder, firmaet Mestdagh Frères & Cie og firmaet Huyghebaert, sig klagen fra GB-INNO-BM, hvilket i Kommissionen blev registreret under et særskilt journalnummer. Sagsøgerne er — navnlig med henblik på sidstnævnte synspunkt — af den opfattelse, at der dermed blev indledt en yderligere, selvstændig sag. Ud fra denne betragtning har de rejst indsigelse mod, at de aldrig har fået meddelt beslutningen om at forene denne sag med andre for Kommissionen verserende sager om distributionssystemet for tobaksvarer, og at de derfor ikke har kunnet udtale sig vedrørende begrundelsen derfor. De har endvidere rejst indsigelse mod, at der i den sag, som indledtes på grundlag af deres klager, og som de måtte anse som en selvstændig sag, på intet tidspunkt efter en formel indledning af proceduren — som i øvrigt heller ikke fandt sted — blev fremført klagepunkter mod dem, og at der heller ikke på noget tidspunkt fandt en høring sted. Dette fører efter deres opfattelse nødvendigvis til den konklusion, at Kommissionen ved vedtagelsen af beslutningen ikke måtte have taget hensyn til klagerne fra Mestdagh og Huyghebaert, dvs., at det må anses som ukorrekt, at tre procedurer blev afsluttet med en enkelt beslutning.

a) Over for denne gruppe af indsigelser har Kommissionen — efter min opfattelse med rette — for det første henvist til, at dens sagsbehandling ikke er formaliseret på den af sagsøgerne anførte måde. Ikke alle klager over adfærd, som hævdes at være i strid med konkurrencereglerne, og som af administrative grunde gives et selvstændigt journalnummer, fører nødvendigvis til, at der indledes en selvstændig procedure, heller ikke selv om de måtte vedrøre sagsforhold, som på grundlag af en tilsvarende klage allerede er genstand for en konkurrenceretlig procedure. I sådanne tilfælde indledes der ikke en ny procedure, men den allerede iværksatte procedure udvides ganske enkelt til også at omfatte den nye klage, hvilket i dette tilfælde skete ved Kommissionens beslutning af 10. maj 1976. Det var altså ikke nødvendigt at træffe en formel beslutning om at forene sagerne; en sådan skulle have været begrundet og have været meddelt de berørte parter til udtalelse. Det skulle blot fremgå tilstrækkeligt klart, at den nye klage af Kommissionen blev inddraget i undersøgelsen af det allerede foreliggende sagsforhold, og de berørte parter skulle have lejlighed til også at tage stilling til den nye klage.

I det foreliggende tilfælde er det imidlertid klart og ubestrideligt, at Mestdagh's og Huyghebaert's klager, som blev indgivet i tilslutning til klagen fra GB-Inno, i hvert fald delvis vedrørte samme forhold — de drejede sig også om de såkaldte tidligere foranstaltninger vedrørende afsætningen af tobaksvarer i Belgien og de konkurrencebegrænsende virkninger heraf — og at begrundelsen for klagerne i det væsentlige var den samme. Rent faktisk rejser Mestdagh og Huyghebaert — også selv om fortrinsbehandlingen af bestemte forhandlere for dem står i forgrunden — dog indsigelse om, at hele den kollektive fastsættelse af forretningsbetingelser gennem Fedetab's medlemmer er retsstridig. Det er endvidere af betydning, ikke blot at Fedetab's advokat allerede i september 1975 fik kendskab til, at dette var hensigten — hvilket Mestdagh's og Huyghebaert's advokat henviste til under høringen i 1975 — men også at sammenkædningen af de tre klager og det forhold, at Mestdagh skulle inddrages i høringen, blev omtalt i en skrivelse af 20. oktober 1975 fra Kommissionen til Fedetab, som Fedetab's medlemmer skulle have underretning om.

Herudover findes der også forskellige andre indicier for, at sagsøgerne fuldstændig var klar over den nære sammenhæng mellem klagerne. Således erklærede Fedetab's advokat under høringen i 1975, at det ikke var ønskeligt at indlede en ny procedure i anledning af klagerne fra Mestdagh og Hyghebaert, men at forholdet derimod skulle behandles samlet. Endvidere angik såvel Fedetab's svar på klagerne fra Mestdagh og Huyghebaert som svarene fra Jubilé og Vander Elst på klagerne samt Fedetab's anden udtalelse om klagerne helt klart den procedure, der blev indledt som følge af klagen fra GB-Inno. Desuden blev den snævre forbindelse mellem klagen fra Mestdagh og Huyghebaert og de i Fedetab-henstillingen behandlede problemer fremhævet i skrivelser af 9. juni 1976 til Kommissionen fra advokaten for to af sagsøgerne, og det blev betonet, at der ville blive taget hensyn hertil ved besvarelsen af den anden række klagepunkter. Ikke mindst erklærede også andre sagsøgerne, at der ved besvarelsen vedrørende den anden række klagepunkter var taget hensyn til klagerne fra Mestdagh og Huyghebaert, og de erkendte dermed sammenhængen med Fedetab-henstillingen.

Hvorledes man herefter kan karakterisere det som en fejl i sagsbehandlingen, at Kommissionen har undladt at foretage foreningen af Mestdagh og Huyghebaert-procedurerne med GB-Inno-proceduren i en begrundet, formel beslutning efter at have indhentet en særlig udtalelse herom fra sagsøgerne, kan jeg ikke indse.

b) Når man i øvrigt har rejst det spørgsmål, om de berørte parters ret til kontradiktion blev krænket på grund af Kommissionens fremgangsmåde, og det derfor må anses som ukorrekt, at Mestdagh og Huyghebaert-proceduren blev afsluttet ved den anfægtede beslutning, kan heller ikke svaret herpå falde ud, som anført af sagsøgerne.

I denne forbindelse skal det straks anføres, at der i henhold til retspraksis

(de forenede sager 40 etc./73, Suiker Unie m.fl. mod Kommissionen, dom af 16. december 1975, Sml. 1975, s. 1954) klart er mulighed for at træffe afgørelse vedrørende flere overtrædelser af konkurrencereglerne i en enkelt beslutning; det skal blot påses, at der ikke i beslutningen tages klagepunkter i betragtning, som de berørte parter ikke har fået lejlighed til at udtale sig om.

Det forekommer mig således ikke at være afgørende, at der ikke som følge af klagerne fra Mestdagh og Huyghebaert blev fremført særlige klagepunkter mod sagsøgerne. Det afgørende der derimod, at klagerne blev meddelt alle sagsøgerne (også — som det erkendes i replikken — sagsøgeren i sag 209/78), og at de tog stilling til dem i skrivelser af 17. december 1975, 22. december 1975, 5. januar 1976, 7. januar 1976, 20. januar 1976 og 21. januar 1976. Det er også vigtigt, at der fra Mestdagh og Huyghebaert indgik svar herpå, som i øvrigt også angik henstillingen, og at sagsøgerne reagerede derpå ved skrivelser af 27. juli 1976, 28. juli 1976, 29. juli 1976 og 30. juli 1976. Desuden vedrørte klagepunkterne fra 1976, som sagsøgerne fik lejlighed til at udtale sig om, også det spørgsmål om den påståede forskelsbehandling af forhandlerne, som særlig blev fremhævet i klagerne fra Mestdagh og Huyghebaert.

Hvad derimod angår spørgsmålet om den mundtlige høring vedrørende klagerne fra Mestdagh og Huyghebaert, kan der henvises til, at den kunne have fundet sted allerede den 20. oktober 1975 — som Kommissionen havde planlagt — hvis ikke sagsøgerne havde modsat sig, at Mestdagh's repræsentant var til stede ved dette møde, hvor han kunne have givet nærmere oplysninger om Mestdagh's klage, som på dette tidspunkt endnu ikke var tilstillet sagsøgerne. Desuden fandt der jo den 22. september 1976 en yderligere høring om Fedetab-henstillingen sted. Forud for denne høring havde Mestdagh og Huyghebaert udtalt sig, herunder også om henstillingen, og det kan derfor uden videre antages, at sagsøgerne ved den lejlighed havde tilstrækkelig mulighed for også at udtale sig om Mestdagh's og Huyghebaert's synspunkter.

c) Klagerne fra Mestdagh og Huyghebaert blev følgelig ikke under den administrative procedure behandlet på en måde, som gjorde indgreb i sagsøgernes ret til kontradiktion i medfør af forordning nr. 17 og forordning nr. 99/63, og som måtte give grundlag for at annullere Kommissionens beslutning i det omfang, den også udgjorde afslutningen på den procedure, der blev indledt som følge af klagerne fra Mestdagh og Huyghebaert.

4. Krænkelse af tavshedspligten

Som det blev oplyst under sagen, blev Fedetab's udtalelse af 22. november 1975 med bilag tilstillet klageren, GB-Inno; bilagene indeholdt nærmere oplysninger om salgsudviklingen for 160 cigaretmærker i Belgien gennem de forudgående fem år, om de cigaretindkøb, der var foretaget af de vigtigste rejsende specialgrossister, om om de betalingsfrister, som de vigtigste belgiske cigaretproducenters 25 største kunder havde overholdt. Dette var efter sagsøgernes opfattelse i strid med artikel 20 i forordning nr. 17, idet det naturligivs drejede sig om forretningshemmeligheder, hvilket der tydeligt var gjort opmærksom på ved anvendelse af betegnelsen »fortroligt«.

Da klageren på denne måde fik mulighed for at udtale sig om forhold, som selskabet ikke selv havde adgang til at få kendskab til, fik den administrative procedure et andet forløb, hvilket efter sagsøgernes opfattelse nødvendigvis må medføre, at den beslutning, som derpå blev truffet, må annulleres.

Kommissionen har derimod gjort gældende, at indholdet af de nævnte bilag — hvoraf i øvrigt kun to, og ikke bilaget vedrørende salget af 160 cigaretmærker, var betegnet som fortrolige — reelt ikke kan anses som hemmeligt. Selv om dette imidlertid skulle være tilfældet, havde sagsøgernes interesse i hemmeligholdelsen måttet vige for Kommissionens interesse i at opnå fuldstændige oplysninger og i at få sagen tilstrækkeligt belyst. Under alle omstændigheder finder Kommissionen ikke, at den administrative procedure derved er blevet behæftet med fejl på en måde, der kan have betydning for, om den anfægtede beslutning skal stå ved magt.

a) Her rejser der sig først det spørgsmål, om inholdet af de nævnte bilag rent faktisk måtte betegnes som hemmeligt.

Det kan ikke antages at være afgørende, at nogle af bilagene var betegnet som fortrolige og andre ikke. Heller ikke af artikel 20, stk. 3, forordning nr. 17, hvori det hedder:

»Bestemmelserne i stk. 1 og 2 er ikke til hinder for offentliggørelse af oversigter eller redegørelser, som ikke indeholder oplysning om enkelte virksomheder eller sammenslutninger af virksomheder«

kan det med sikkerhed udledes, at alt andet skal behandles som hemmeligt og ikke må røbes. Desuden kan man i denne sammenhæng — hvilket tager sigte på Kommissionen — ikke argumentere under henvisning til den belgiske Arrêté Royal af 8. oktober 1976, hvorefter virksomhederne er forpligtet til at offentliggøre deres omsætning. Helt bortset fra, at denne bestemmelse først trådte i kraft i 1976 og derfor ikke kan gælde for forhold i 1975, er det klart, at der dermed ikke nødvendigvis sker en offentliggørelse af oplysninger af den her omhandlede karakter. Jeg anser det heller ikke for afgørende, at Kommissionen har henvist til, at oplysningerne er meddelt af Fedetab, og at de derfor ikke kunne anses som hemmelige for *producenterne*, eftersom alle producenterne enten gennem deres repræsentanter i bestyrelsen eller i forbindelse med den til salgssystemet knyttede kontrolordning med hensyn til betalingsfristerne og årsrabatten havde adgang til Fedetab-materiale. Selv hvis alle producenter er bekendt med visse forhold eller har let adgang til at få kendskab dertil, udelukker det nemlig ikke, at der kan være en interesse i hemmeligholdelse over for producenternes *aftagere*.

Hvis man imidlertid ser på *indholdet* af de pågældende bilag, må man, selv uden at støtte sig på EØF-traktatens artikel 214, dog erkende, at der rent faktisk er tale om oplysninger, som givetvis ikke i alle detaljer måtte udbredes til producenternes kunder. Efter min opfattelse kan man derfor her — i overensstemmelse med sagsøgernes standpunkt — gå ud fra, at Kommissionen principielt var forpligtet til ikke at gøre de pågældende bilag tilgængelige for andre.

b) Med udgangspunkt heri må det dernæst overvejes, hvorvidt Kommissionens bestræbelser på i videst muligt omfang at få sagen oplyst kan anføres

som begrundelse. I denne henseende har Kommissionen påberåbt sig artikel 20, stk. 2, i forodning nr. 17, hvori det hedder:

»Med forbehold af bestemmelserne i artiklerne 19 og 21 er Kommissionen og medlemsstaternes kompetente myndigheder samt deres tjenestemænd og øvrige ansatte forpligtede til ikke at give oplysninger om forhold, som de i medfør af denne forordning får kendskab til, og som ifølge deres natur er undergivet tavshedspligt.«

Den omstændighed, at artikel 19 — artikel 21 er uden interesse i denne sammenhæng — gælder uændret, kan efter Kommissionens opfattelse kun betyde, at den i forbindelse med indhentelse af de udtalelser fra andre (fysiske eller juridiske) og personer efter artikel 19, stk. 2, som den anser for nødvendige, kan sætte sig ud over tavshedspligten.

Efter min opfattelse er det imidlertid ikke nødvendigt i denne sammenhæng endeligt at afgøre, hvorledes der nærmere skal forholdes i forbindelse med afvejningen af interesserne i hemmeligholdelsen og det hensyn til en fulstændig oplysning af sagen, som det rent faktisk påhviler Kommissionen at varetage i medfør af forordning nr. 17; blandt andet dette spørgsmål behandles i dommen af 13. februar 1979 i sag 85/76 (Hoffmann-La Roche, Sml. 1979, s. 512), hvor det fastslås, at pligten i henhold til artikel 20, stk. 2, skal fortolkes således, at retten til kontradiktion respekteres. Det er nemlig ikke klart godtgjort, at klageren, GB-Inno, kun kunne tage behøring stilling til sagsøgernes svar på Kommissionens klagepunkter efter at have fået fuldstændigt kendskab til den nævnte skrivelse fra Fedetab med alle bilag. I det omfang meddelelse herom overhovedet måtte forekomme berettiget, hvilket i hvert fald kan betvivles, for så vidt angår salgsudviklingen for 160 cigaretmærker i Belgien, ville det sikkert også have været tilstrækkeligt, såfremt ikke alle detaljer, f.eks. vedrørende individuelle betalingsfrister og navnlig de pågældende virksomheders identitet, var blevet meddelt klageren. Det kan derfor antages, at Kommissionen ikke i det foreliggende tilfælde kan begrunde sin tilsidesættelse af tavshedspligten under henvisning til bestræbelserne på ved klagerens hjælp at få sagen belyst så grundigt som muligt.

c) Hermed er det ganske vist ikke, som antaget af sagsøgerne, sagt, at dette nødvendigvis indebærer, at Kommissionens beslutning skal annulleres. I denne henseende er det derimod af betydning — herom kan der f.eks. henvises til dommen af 14. februar 1978 i sag 27/76 (United Brands Company og United Brands Continental BV mod Kommissionen, Sml. 1978, s. 308) — om procedurens forløb er blevet påvirket på afgørende måde af den fejl, Kommissionen har begået, og om det kan antages, at proceduren, hvis den var forløbet korrekt, var blevet afsluttet med et andet resultat. I betragtning af karakteren af de oplysninger, der blev videregivet, og af klagerens stillingtagen hertil, kan dette imidlertid rent faktisk ikke antages at ville have været tilfældet. Heroverfor har sagsøgerne — efter min opfattelse med urette — henvist til dommen i sag 85/76 (Hoffmann-La Roche, Sml. 1979, s. 512 f.), hvor det omtales, at Kommissionen ikke kan påberåbe sig faktiske forhold, andre omstændigheder eller dokumenter, som den ikke mener at kunne afsløre over de pågældende virksomheder. Her er det ganske enkelt vigtigt at bemærke

sig, at Fedetab med rette blev afkrævet de omhandlede dokumenter, og at Kommissionen anså sig for berettiget til at videregive dem til klageren, hvilket sikkert også var korrekt, for så vidt angik hovedindholdet af dokumenterne.

Den med rette kritiserede overtrædelse af pligten til ikke at udbrede forretningshemmeligheder er dermed sluttelig uden betydning for den foreliggende sag. Om den eventuelt kan føre til et erstatningsansvar for Fællesskabet — i hvilken forbindelse også andre betingelser som bekendt skal være opfyldt — skal ikke undersøges videre her.

5. Den hævdede ukorrekte gennemførelse af den mundtlige høring

Efter sagsøgernes opfattelse må det endvidere påtales, at ikke alle de af Kommissionens tjenestemænd, som behandlede Fedetab-sagen, var til stede i et bestemt tidsrum under høringen den 22. oktober 1975, hvilket fremgår af protokollatet af høringen (s. 58). Dette er ifølge sagsøgerne i strid med artikel 9 i forordning nr. 99/63, hvori det bestemmes, at »Afhøringerne foretages af de af Kommissionen dertil bemyndigede personer«. Det måtte ifølge sagsøgerne af hensyn til en korrekt oplysning af sagen faktisk anses som nødvendigt, at de tjenestemænd, som behandlede sagen, og som også havde til opgave at forberede beslutningen, dannede sig deres indtryk umiddelbart ud fra høringen, navnlig når der, som i det pågældende tidsrum, behandledes et vigtigt punkt, nemlig fastsættelsen af betalingsfristerne, således at de ikke måtte nøjes med optegnelserne om de mundtlige redegørelser.

Det var imidlertid kun direktør Thompson, der kunne anses som *bemyndiget* i artikel 9's forstand; som sådan præsenterede han sig da også, og han blev omtalt som sådan i protokollen. Desuden omtaltes dette i et notat, der før afhøringen blev tilsendt parterne; ifølge dette notat skulle kun ordføreren anses som bemyndiget, og de øvrige tjenestemænd skulle kun anses for at *bistå* ham. Da det imidlertid er ubestridt, at direktør Thompson, som også har underskrevet protokollatet af høringen, var til stede hele tiden, må høringen anses som forløbet på korrekt måde, og det kan i hvert fald ikke opfattes som en alvorlig fejl, at tjenestemænd, som bistod ham, en overgang ikke var til stede, også selv om de stillede spørgsmål under høringen og havde til opgave at forberede Kommissionens beslutning som referenter.

Heroverfor kan der efter min opfattelse ikke henvises til de af sagsøgerne anførte belgiske regler, hvorefter det åbenbart gælder, at såfremt et kollegialt forvaltningsorgan vedtager en beslutning, skal samtlige medlemmer af kollegiet være til stede under alle drøftelser. Det er derimod snarere af betydning, at alle forklaringer, der afgives under høringen, bliver protokolleret, og at protokollatet bliver stillet til rådighed for alle de tjenestemænd, som behandler sagen. Det forekommer mig også at være af betydning, at det i retspraksis — f.eks. i dommen af 15. juli 1970 i sag 44/69 (Buchler & Co. mod Kommissionen, Sml. 1970, s. 151) — allerede er blevet fastslået, at det i forbindelse med en konkurrenceprocedure er tilstrækkeligt, såfremt Kommissionens medlemmer er blevet orienteret af den person, som har haft bemyndigelse til at gennemføre en høring, ved hjælp af protokollater og båndoptagelser, og at sagens akter har foreligget for dem. Hvis dette er tilstræk-

keligt for de personer, som skal træffe en beslutning, kan der vanskeligt antages at skulle gælde en anden regel for tjenestemænd, som kun forbereder en beslutning, når deres overordnede — som i det foreliggende tilfælde faktisk uafbrudt var til stede under høringen — bærer ansvaret for beslutningsudkastet.

Beslutningen kan således heller ikke ophæves på grund af den hævdede ukorrekte gennemførelse af høringsproceduren, en søgsmålsgrund som i øvrigt kun vedrører den del af beslutningen, der angår de tidligere foranstaltninger.

6. Anbringendet vedrørende ufuldstændige klagepunkter for så vidt angår henstillingen af 1. december 1975

Sagsøgerne har endvidere gjort gældende, at der i meddelelsen om klagepunkterne angående henstillingen, der trådte i kraft den 1. december 1975 — i forbindelse med afslaget på at meddele fritagelse i henhold til EØF-trktatens artikel 85, stk. 3 — kun omtaltes *en* af de deri angivne betingelser, nemlig betingelsen om, at forholdet »bidrager til at forbedre produktionen eller fordelingen af varerne eller til at fremme den tekniske eller økonomiske udvikling«. Sagsøgerne havde derfor kun taget skriftlig stilling og mundtlig udtalt sig om dette under høringen i Kommissionen. I den anfægtede beslutning taltes der imidlertid også om, at en fritagelse ikke kom i betragtning, fordi heller ikke andre betingelser i artikel 85, stk. 3, var opfyldt. Beslutningen byggede altså på forhold, som sagsøgerne ikke havde kunnet tage stilling til, og dette er ifølge sagsøgerne en krænkelse af deres rettigheder i henhold til artiklerne 2 og 4 i forordning nr. 99/63.

Heroverfor har Kommissionen gjort gældende, at der i de første klagepunkter fra 1975, som vedrørte de »tidligere foranstaltninger«, også var tale om »forbrugernes rimelige andel af fordelen herved«. De klagepunkter, der derefter blev meddelt, var i denne forbindelse kun supplerende, eftersom Kommissionen ikke havde ladet de tidligere bemærkninger falde bort. Det var desuden af betydning, ikke alene at sagsøgerne under høringen i 1976 også udtalte sig om den netop nævnte betingelse, men også at flertallet af sagsøgerne i deres bemærkninger i forbindelse med de første klagepunkter og under høringen i 1975 udtalte sig om alle betingelserne i artikel 85, stk. 3, ligesom der også i anmeldelsen af henstillingen blev fremført bemærkninger om alle disse betingelser. Der kan derfor efter Kommissionens opfattelse ikke være tale om en begrænsning af sagsøgernes ret til kontradiktion.

På baggrund af denne uenighed må man spørge, om det i meddelelsen om klagepunkterne rent faktisk er påkrævet at omtale artikel 85, stk. 3, om det er tilstrækkeligt, at der kun i den første meddelelse om klagepunkter blev taget stilling til en yderligere betingelse i artikel 85, stk. 3, og endelig om det er tilstrækkeligt, at sagsøgerne af sig selv i forbindelse med indledningen af proceduren og anmeldelsen af henstillingen har udtalt sig indgående om artikel 85, stk. 3.

Imidlertid bliver disse spørgsmål — da det er ubestridt, at spørgsmålet om forbedringen af produktionen og fordelingen af varerne (der også spiller en rolle i beslutningen) blev behandlet i den anden meddelelse om klagepunkter — kun relevante, såfremt det viser sig, at den del af beslutningen, som vedrører artikel 85, stk. 3, overhovedet skal efterprøves, og såfremt afslaget på at meddele fritagelse under henvisning til den netop nævnte betingelse ikke skulle vise sig berettiget, således at de andre betingelser i artikel 85, stk. 3, som er omhandlet i den anden meddelelse om klagepunkter,

faktisk bliver af betydning. Under disse omstændigheder og i betragtning af det overordentligt omfangsrige processtof forekommer det mig rimeligt indtil videre ikke at behandle sagsøgernes anbringende i denne henseende og i givet fald tage stilling dertil, såfremt der overhovedet skal siges noget om afslaget på at meddele fritagelse.

7. Overtrædelse af Menneskerettighedskonventionens artikel 6

I replikken har nogle af sagsøgerne endvidere gjort gældende, at alle de overtrædelser i forbindelse med den påståede ukorrekte afvikling af den administrative procedure, som allerede er omtalt, også må anses som en tilsidesættelse af den ret til at forsvare sig, som fremgår af Menneskerettighedskonventionens artikel 6. Efter Den europæiske Menneskerettighedsdomstols praksis finder denne bestemmelse anvendelse, når der er tvist om rettigheder eller pligter, som henhører under civilretten. Herunder falder også anvendelse af EØF-traktatens artikel 85. Efter Menneskerettighedskonventionens artikel 6 må det navnlig kræves, at der — hvilket hævdes ikke at være tilfældet i den foreliggende sag — i alle faser er tale om en kontradiktorisk procedure, og i betragtning heraf skulle det navnlig anses som en overtrædelse af reglerne, hvis en anmodning om afhøring af vidner i den anmodende parts interesse bliver afslået, hvorved der særlig sigtes til afslaget på at lade de af sagsøgerne nævnte sammenslutninger deltage i høringen.

I forbindelse med dette anbringende kunne man for det første rejse spørgsmålet, om ikke det overhovedet må lades ude af betragtning som fremsat for sent efter procesreglementets artikel 42. Dette vil jeg imidlertid ikke gå nærmere ind på, dels fordi der kan være tvivl om, hvorvidt der faktisk er tale om en helt ny, selvstændig søgsmålsgrund — i realiteten er der blot tale om, at der foretages en yderligere juridisk kvalifikation af anbringender, som allerede er fremført i stævningerne — men også fordi det er forekommet i retspraksis, at søgsmålsgrunde af særlig vægt er blevet behandlet ex officio, hvorved procesreglementets artikel 42 mister en del af sin betydning.

Hvad i øvrigt angår bedømmelsen af anbringendet kan det — for så vidt angår spørgsmålet om ufuldstændigheden af klagepunkterne med hensyn til fritagelsesbetingelserne i artikel 85, stk. 3 — forblive ved de allerede fremsatte bemærkninger herom. Vedrørende undladelsen af at inddrage de af Fedetab nævnte sammenslutninger i høringen, er det tilstrækkeligt at erindre om, at der i forbindelse med den allerede nævnte skrivelse fra Fedetab om dette spørgsmål er betydelig tvivl om, hvorvidt der virkelig var tale om vidner, der i Fedetab's interesse kunne bekræfte bestemte faktiske forhold. Derudover må det — også selv om man, som Kommissionen anser det for rigtigt, går ud fra, at fællesskabsinstitutionerne er forpligtet til at respektere fælles opfattelse af grundrettighederne og til at overholde Menneskerettighedskonventionen — ikke overses, at Menneskerettighedskonventionens artikel 6 kun foreskriver, at enhver har krav på en retfærdig rettergang for en uafhængig domstol. Der kan altså ikke deraf udledes noget krav med hensyn til en *administrativ* sagsbehandling fra Kommissionen side; det forekommer mig heller ikke, at man — som det blev forsøgt under den mundlige

forhandling — kan udlede deraf, at der under en sådan administrativ procedure, netop fordi Kommissionen ikke er en uafhængig og upartisk instans, skal lægges så meget større vægt på Menneskerettighedskonventionens artikel 6. Da det imidlertid har vist sig, at Kommissionen ikke har overtådt fællesskabsbestemmelserne, som disse er fastsat i forordning nr. 17 og forordning nr. 99/63, og da det heller ikke kunne godtgøres, at disse bestemmelser ikke skulle være i overensstemmelse med Menneskerettighedskonventionen, eller at Kommissionen uafhængig deraf skulle have overtrådt Menneskerettighedskonventionen, må det også her sluttelig fastslås, at heller ikke disse anbringender kan begrunde en ophævelse af den anfægtede beslutning.

II — Anvendelsen af EØF-traktatens artikel 85, stk. 1

Jeg kommer nu til spørgsmålet, om salgssystemet for tobaksvarer i Belgien — som organiseret ved hjælp af bestemte aftaler og ved hjælp af vedtagelser truffet af Fedetab i tiden mellem den 13. marts 1962 og den 1. december 1975 samt den henstilling vedrørende salget af cigaretter på det belgiske marked, som trådte i kraft den 1. december 1975 — er i strid med traktatens artikel 85, stk. 1.

De talrige argumenter, der er fremført om dette spørgsmål, gør det nærliggende at forsøge en vis systematisering. Jeg vil således først tage stilling til de søgsmålsgrunde, som særligt vedrører de *tidligere* foranstaltninger. Derefter vil jeg behandle de særlige anbringender, som vedrører henstillingen. Endelig må der så tages stilling til de argumenter, som i det store og hele på samme måde gælder begge forhold.

A — De særlige søgsmålsgrunde vedrørende den del af beslutningen, der angår de tidligere foranstaltninger

1. I denne sammenhæng er det navnlig det af sagsøgeren Heintz van Landewyck anførte om, at selskabet kun undertegnede skrivelsen af 23. december 1971 om fastlæggelse af maksimale betalingsfrister, men ikke andre aftaler eller foranstaltninger, der er af interesse. Som følge heraf skulle kun denne skrivelse kunne tilregnes selskabet, og det har desuden hævdet, at der ikke kan være tale om konkurrence-aftaler eller samordnet praksis i forbindelse med selskabet, idet det, hvad angår de andre foranstaltninger, der er omhandlet i beslutningen, kun har tilpasset sig de øvrige producenters adfærd, fordi det var tvunget til det på grund af markedsforholdene. Til disse søgsmålsgrunde hører også Fedetab's anbringende om, at sammenslutningens medlemmer kun kan være ansvarlige for foranstaltninger og beslutninger, som de udtrykkeligt har samtykket i. I denne sammenhæng må der desuden tages stilling til det anbringende, som Agrotab har fremsat i sin begæring om tilladelse til at intervenere, og som går ud på, at den netop nævnte skrivelse af 23. december 1971 ikke blev undertegnet af det sagsøgende selskab Weltab, hvorimod tre andre selskaber, som havde underskrevet den, ikke blev inddraget i sagen af Kommissionen.

a) Hvad først angår anbringendet fra Heintz van Landewyck, er der gode grunde til at betvivle, at selskabet, bortset fra skrivelsen af 23. december 1971, skulle have bragt alle de andre tidligere foranstaltninger i anvendelse, alene fordi det var tvunget dertil af markedsforholdene, og at det derfor for så vidt skulle være forkert at tale om en kollektiv foranstaltning og samordnet adfærd. Vedrørende dette har Kommis-

sionen nemlig anført — og sagsøgeren har blot bestridt det generelt, uden nogen nærmere begrundelse — at visse importører, som opererede på det belgiske marked, havde markedsført tobaksvarer fuldstændig uden at tage hensyn til de distributionsregler, som Kommissionen har anfægtet. Det er desuden ikke blevet nærmere godtgjort, hvorfor netop sagsøgeren Heintz van Landewyck på grund af markedskræfterne skulle være blevet tvunget til at forholde sig på en måde, som svarede til de belgiske producenters adfærd. Henvisningen til en påstået markedsandel på 3 % — efter Kommissionens skøn skal der derimod være tale om en andel på mellem 5 og 6 % — kan vanskeligt anses som tilstrækkelig begrundelse herfor.

I øvrigt er det ikke påkrævet at undersøge dette nærmere. Firmaet Heintz van Landewyck har nemlig været medlem af Fedetab siden 1947 og har dermed været med til at vedtage de tidligere foranstaltninger. I henhold til artikel 9 Fedetab's vedtægter er medlemmerne forpligtet til at tilslutte sig alle beslutninger, der træffes i overensstemmelse med vedtægterne, og til at overholde alle de forpligtelser, som følger deraf. Endvidere er de vedtagelser, som er af interesse i denne sammenhæng, truffet af Fedetab i producenten *navn*, og det fremgår af de formuleringer, der er valgt i denne forbindelse, at der er taget sigte på forpligtelser for virksomhederne. Under disse omstændigheder kan det rent praktisk ikke lægges Kommissionen til last, at den er gået ud fra, at producenterne blev forpligtet som følge af de af Fedetab trufne vedtagelser og beslutninger, og at den derfor har fundet, at Heintz van Landewyck gjorde sig skyldig i konkurrenceretsstridig adfærd ikke alene med henblik på fastlæggelsen af maksimale betalingsfrister, men også med hensyn til de øvrige tidligere foranstaltninger.

b) Dermed er der i det væsentlige også taget stilling til Fedetab's generelle anbringende om, at producenterne kun kan tilregnes de af Fedetab's foranstaltninger, som de udtrykkeligt har tiltrådt. I denne henseende er det imidlertid også af betydning — og dette støtter rigtigheden af Kommissionens antagelse af, at der i forbindelse med alle de tidligere foranstaltninger var tale om kollektive foranstaltninger og samordnet praksis — at virksomhederne på ingen måde tog afstand fra Fedetab's foranstaltninger og gennem deres adfærd gav udtryk for, at de afviste dem, hvorimod de — i hvert fald i det store og hele — fuldt ud efterlevede dem.

c) Til det særlige anbringende fra Agrotab skal det desuden anføres, at Fedetab vedrørende skrivelsen af 23. december 1971 om de maksimale betalingsfrister selv har erklæret, at det drejede sig om en kollektiv foranstaltning, og at de største producenter alene havde underskrevet skrivelsen for at give foranstaltningen større vægt, skønt dette — må det vel sluttes deraf — ikke ubetinget var påkrævet. Desuden har Kommissionen ubestridt anført, at sagsøgeren Weltab faktisk undertegnede den nævnte skrivelse, og at den omstændighed, at der manglede en underskrift fra BAT, kun kan forklares ved, at denne virksomhed på daværende tidspunkt endnu ikke havde opnået kontrol over virksomheden Odon Warland. Hvad imidlertid angår den i sig selv nu betydningsløse omstændighed, at Kommissionens beslutning ikke også blev rettet til selskaberne Laurens, Odon Warland og Tabalux, som havde undertegnet skrivelsen af 23. december 1971, skulle det være tilstrækkeligt at anføre, at disse virksomheder er kommet under kontrol

af de koncerner, hvortil også sagsøgerne hører.

2. En række andre anbringender, som der skal tages stilling til i forbindelse med de tidligere foranstaltninger, angår dernæst spørgsmålene, om der rent faktisk kan antages at foreligge en samordning, om Fedetab's skrivelse af 21. december 1970 (Politique de distribution cigarettes — tabac à partir du 1. 1. 1971) indeholdt bindende bestemmelser, og om, hvorledes det forholder sig med, at visse vedtagelser ikke skulle være anvendt. Desuden skal nogle af de skrivelser, som omtales i beslutningen, stamme fra grossistsammenslutningen FNCG, og skal derfor ikke kunne tilregnes producenterne.

a) I denne forbindelse skal for det første nævnes, at en den 22. maj 1967 mellem Fedetab og FNCG indgået standardaftale, som skulle gælde for ét år, og som vedrørte grossisternes overholdelse af de af producenterne angivne priser, hævdes aldrig at være blevet anvendt og at være ophævet ved en beslutning truffet af Fedetab i januar 1968. Hertil kommer påstanden om, at tillægsaftalen af 5. oktober 1967, ifølge hvilken grossisterne ikke måtte levere til detailhandlere, som ikke overholdt banderolpriserne, aldrig har haft nogen virkning i praksis. Endvidere må nævnes anbringendet om, at den standardaftale, som Fedetab havde indgået med de fleste grossister den 30. juni 1972, og som indeholt en forpligtelse for grossisterne til at overholde de af producenterne angivne priser samt et forbud mod at levere til bestemte forhandlere, aldrig blev anvendt og ophørte allerede i 1973. I denne forbindelse har Agrotab som belæg for, at den ikke blev ført ud i livet, henvist til, at FNCG allerede fra 1972 så at sige lå for døden.

Heroverfor og over for den i denne sammenhæng vigtige henvisning fra Agrotab's side til en skrivelse af 8. maj 1970 fra FNCG, som — fordi tidligere aftaler bringes i erindring — beviser, at disse ikke skal være blevet anvendt, har Kommissionen for det første med rette fremhævet, at det ikke er en betingelse for anvendelsen af artikel 85, stk. 1, at en aftale er blevet anvendt. I forbindelse med artikel 85, stk. 1, er det derimod tilstrækkeligt, at der er *tilstræbt* en konkurrencebegrænsning, og herom kan der ud fra indholdet af de omhandlede aftaler ikke være nogen tvivl.

Af samme grund er det dernæst heller ikke afgørende, om der er blevet anvendt sanktioner med henblik på gennemførelsen af aftalerne. I denne henseende kunne Kommissionen — helt bortset fra, at allerede en trussel om sanktioner kan være tilstrækkelig, når der er tale om store sammenslutninger — imidlertid henvise til en skrivelse af 3. oktober 1967 fra Fedetab, i hvilken grossisterne opfordredes til at undlade at levere til bestemte forhandlere, som ikke overholdt priserne og avancesatserne. Desuden kunne den henvise til, at det i en tillægsoverenskomst af 29. december 1970 mellem Fedetab og FNCG blev aftalt, at anvendelsen af aftalerne skulle kontrolleres nøje, og at der kun skulle udbetales årsrabat til de grossister, som overholdt forpligtelserne ifølge aftalen af 22. maj 1967.

Desuden har Kommissionen med rette fremhævet, at gyldighedstiden for aftalerne ikke er relevant i det foreliggende tilfælde. Dette er rigtigt, fordi det i beslutningen alene fastslås, at artikel 85,

stk. 1, er overtrådt, hvorimod der ikke pålægges sanktioner, for hvilke konkurrencebegrænsningernes varighed og virkninger er af betydning.

b) Herefter må der tages stilling til anbringendet om, at nogle af de skrivelser, der omtales i beslutningen, stammede fra FNCG og derfor ikke kunne lægges Fedetab og dens medlemmer til last.

Det drejer sig i første række om en skrivelse af 26. oktober 1967, i hvilken det meddeltes, at cigaretproducenterne ikke længere leverede til grossister, som forsynede forhandlere, der gav kvantumsrabatter. Det drejer sig endvidere om en skrivelse af 8. maj 1970, i hvilken der erindredes om pligten til at overholde de af producenterne fastsatte priser, om pligten til kun at indrømme de af Fedetab godkendte detailhandlere de salgsbetingelser, der var fastsat for disse forhandlere, samt til ikke at sælge til andre grossister. For det tredje drejer det sig om skrivelsen af 22. marts 1972, hvori forbudet mod levering af tobaksvarer til bestemte grossister omtaltes.

Også på dette punkt kan man imidlertid være enig med Kommissionen i, at dette er uden betydning for bedømmelsen af beslutningen, først og fremmest fordi skrivelserne ikke i beslutningen vurderes som selvstændige, konkurrenceretligt relevante aktstykker. Det bør rent faktisk ikke overses, at den førstnævnte skrivelse angår en af *producenterne* planlagt aktion. Denne aktion stod i sammenhæng med det forbud mod at yde rabatter, som må tilregnes producenterne, og formålet med den var at håndhæve forbudet. Af interesse i denne forbindelse er også skrivelsen af 3. oktober 1967 fra Fedetab, i hvilken grossisterne opfordredes til ikke at levere til bestemte forhandlere, som ikke overholdt de fastsatte priser og avancesatser. I den anden af de nævnte skrivelser erindres der om pligterne ifølge en aftale, som producenterne i hvert fald via Fedetab var deltagere i. Hvad angår den tredje af de nævnte skrivelser, er det for det første af betydning, at der deri refereres til den med Fedetab den 29. december 1970 indgåede tillægsaftale, ifølge hvilken en øget indflydelse fra levnedsmiddelbranchens side på tobaksvareområdet skulle undgås. For det andet må man ikke overse sammenhængen med den standardaftale, som Fedetab den 30. juni 1972 indgik med næsten alle grossisterne, og som indeholder et forbud mod at levere til bestemte forhandlere; denne tillægsaftale kan i det hele betragtes som en konsekvens af skrivelsen fra FNCG.

På denne baggrund kan det rent faktisk ikke hævdes, at der i beslutningen med urette tilregnes producenterne handlinger, som i virkeligheden er udgået fra den nævnte grossistsammenslutning.

c) Hvad dernæst angår det argument, som er fremført af Agrotab i begrundelsen for interventionsbegæringen, nemlig at FNCG's skrivelse af 26. oktober 1967 netop henviser til, at der ikke forelå en samordning på dette område, må det ganske vist medgives, at det af skrivelsen kan udledes, at visse detailhandlere ikke havde overholdt rabatforbudet, og at visse grossister ikke havde overholdt forbudet mod at levere til sådanne detailhandlere. Det kan dog uden tvivl ikke på denne måde dokumenteres, at distributionsordningen i vidt omfang ikke fungerede. Desuden angår den anfægtede beslutning, som jo kun er

rettet til producenterne og disses sammenslutning, alene den af dem udviste adfærd. Af det forhold, at der forekom nogle afvigelser fra reglerne i de efterfølgende omsætningsled, kan der imidlertid ikke drages slutninger om deres indstilling; man kan endog netop, fordi der i skrivelsen henvises til, at producenterne agtede at fastsætte sanktioner, gå ud fra, at de havde til hensigt at gennemføre salgssystemt i fuld udstrækning. Dette gør imidlertid i virkeligheden den nævnte skrivelse til et belæg for rigtigheden af den af Kommissionen anlagte vurdering.

d) Endelig må der i denne sammenhæng knyttes følgende kommentar til Fedetab's anbringende om, at sammenslutningens dokument af 21. december 1970 med titlen »Politique de distribution cigarettes — tabac á partir du 1. 1. 1971« ikke blev betragtet som et bindende arbejdsinstrument, men at hver enkelt producent benyttede det på sin måde alt efter den pågældendes salgspolitik:

Allerede ordlyden taler klart imod en sådan opfattelse. Når det i dokumentets første sætning hedder: »Les fabricants de cigarettes, membres de Fedetab, se sont engagés vis-à-vis des grossistes spécialisés en produits manufacturés en tabac à respecter les règles ci-après,[1] så tyder dette på, at de anførte regler skulle være en bindende rettesnor. Til støtte herfor kan der også henvises til de kontrolmekanismer, der er omtalt i beslutningen, og til de deri anfægtede sanktioner. Da det desuden er ubestridt, at dokumentet i væsentlig grad har påvirket producenternes adfærd, og at de i det store og hele har anvendt bestemmelserne, kan der vanskeligt rejses indvending mod, at Kommissionen i denne henseende har talt om en beslutning, der er truffet af en sammenslutning af virksomheder, og om en samordnet adfærd, som principielt er i strid med artikel 85, stk. 1.

3. En yderligere gruppe anbringender, der må behandles særskilt, vedrører ligeledes i det væsentlige den del af beslutningen, som omhandler de tidligere foranstaltninger, og angår den deri indeholdte bedømmelse af rabatforbudet, af fastlæggelsen af ensartede betalingsfrister, af fastsættelse af et mindstesortiment og af forbudet mod, at bestemte grossister modtog leverancer fra andre grossister.

a) Vedrørende forbudet mod at yde vareraabatter er det således gjort gældende, at noget sådant kun skulle kunne praktiseres, såfremt der forelå store avancer, hvilket der imidlertid ikke er tale om i handelen med tobaksvarer. Desuden skulle dette forbud have været nødvendigt for at beskytte de specialforhandlere, hvis eksistens ellers ville blive bragt i fare.

Jeg er imidlertid enig med Kommissionen i, at det ikke med en sådan argumentation lader sig påvise, at artikel 85, stk. 1, i EØF-traktaten skulle være blevet anvendt med urette på foranstaltninger, hvis principielle konkurrencebegrænsende karakter — de vedrører priskonkurrencen mellem forhandlere, vanskeligt kan bestrides.

Det bør for det første ikke glemmes, at det ikke alene drejede sig om, at der ikke måtte ydes *store* rabatter, der eventuelt måtte karakteriseres som illoyal, ruinerende konkurrence men derimod om enhver rabat. For det andet er det heller ikke godtgjort, at avancerne på daværende tidspunkt var så begrænsede, at de ikke tillod selv små rabatter. I denne forbindelse behøver man slet ikke i så høj grad lægge vægt på de store forhandleres, som GB-Inno's, forretningspraksis, som der blev talt indgående

1 — »De cigaretproducenter, der er medlemmer af Fedetab, har forpligtet sig til over for de specialiserede tobaksvaregrossister at overholde følgende regler«.

om under sagen; disse virksomheder kan — fordi de varetager såvel grossist- som detailhandelsfunktioner — kumulere avancerne. Af interesse er snarere den ubestridte oplysning fra intervenienten Fédération nationale des négociants en journaux, publications, librarie et articles connexes om, at grossister, der leverer til sådanne detailhandlere, rent faktisk — og åbenbart stadig væk — konkurrerer på prisafslag. Dette viser desuden, at en sådan praksis — i hvert fald når den holdes inden for passende rammer — på ingen måde medfører risiko for, at specialforhandlerne forsvinder.

b) Hvad angår spørgsmålet om fastlæggelse af ensartede betalingsfrister for producenternes aftagere (jf. skrivelsen af 23. 12. 1971), er det dernæst blevet anført, at dette var berettiget ud fra nødværgesynspunkter. Visse store forhandlere havde iværksat en aktion for at opnå længere betalingsfrister, og da andre købere forlangte samme fordele, var der opstået fare for, at dette ville medføre alvorlige følger for priserne, hvilket ville forringe markedet. Tilsvarende synspunkter blev også gjort gældende, for så vidt angår kravet om, at bestemte forhandlere skulle føre et mindstesortiment. Det er i denne forbindelse værd at bemærke, at visse store forhandlere som repressalie over for afslaget på at yde længere betalingsfrister nedsatte deres sortiment til mindre end 60 mærker, nemlig ved at boykotte sagsøgerne Weltab og Jubilé, som antoges at være de mest sårbare. Dette imødegik man — hvilket ligeledes måtte anses som nødværge — med en leveringsstandsning, der alene tog sigte på at få ophævet boykotten og ikke på at sikre overholdelsen af en bestemt sortimentsforpligtelse.

aa) Til dette anbringende må det for det første bemærkes, at det forekommer overordentligt tvivlsomt, om det er i overensstemmelse med konkurrencereglerne over for en angiveligt utilladelig pression fra stærke aftagere at reagere med overtrædelse af konkurrencereglerne. Det kunne man højst overveje, såfremt ingen andre midler overhovedet kunne komme i betragtning, hvilket dog ikke er godtgjort.

Derudover er det ikke kun værd at bemærke — som Kommissionen med rette har fremhævet — at den af Fedetab på s. 30 i stævningen citerede skrivelse vanskeligt kan anses for at give belæg for, at der i forbindelse med boykotten af de to producenter var tale om en fælles aktion fra flere store forhandleres side, det vil sige en foranstaltning, som kun kunne imødegås ved en samlet aktion fra alle producenter. Det må endvidere helt generelt anses for usandsynligt, at alle de producenter, der deltog i aktionen, befandt sig i en svag position over for de omtalte forhandlere. En række af dem tilhører nemlig stærke internationale koncerner, mens på den anden side f.eks. GB-Inno, den største blandt de pågældende forhandlere, kun har en andel på ca. 6 % af cigaretmarkedet.

Den anfægtede adfærd kan derfor vanskeligt retfærdiggøres ud fra nødværgesynspunkter.

bb) Vedrørende opretholdelsen af et bestemt mindstesortiment af cigaretter må det i øvrigt fremhæves, at der på dette punkt på ingen måde alene var tale om en reaktion over for en delvis boykot fra store forhandlere. Hvis jeg har forstået Fedetab-dokumentet »Politique de distribution cigarettes — tabac à partir du 1. 1. 1971« rigtigt, havde forpligtelsen til at opretholde et mindstesortiment derimod den almindelige betydning, at den var en forudsætning

for at opnå bestemte leveringsbetingelser. Som sådan blev den, vel principielt med rette, i beslutningen anset som en konkurrencebegrænsning, fordi den kan begrænse forhandlernes valgfrihed og også medfører en kapitalbinding i det omfang, det drejer sig om mindre gangbare mærker. Dette kan heller ikke uden videre begrundes med, at konkurrencen mellem mærkerne bliver fremmet på denne måde, idet en sådan kompensation af begrænsninger i forhandlernes konkurrencemuligheder med en stimulering af konkurrencen på producentniveauet vanskeligt kan accepteres. Det kan dog være tvivlsomt, om der i betragtning af allerede forekommende handelssædvaner af denne art kan tales om en mærkbar konkurrencebegrænsning. Dette vender jeg tilbage til senere.

Endelig har nogle af sagsøgerne, for så vidt angår det i beslutningen omhandlede forbud mod, at andre grossister leverede til bestemte grossister, endvidere gjort gældende, at en sådan bestemmelse må betegnes som absurd. I forvejen køber en grossist ikke hos en anden grossist, idet der derved opnås en mindre avance. Desuden må det — helt bortset fra, at varehuse og lignende forhandlere ikke kan anses som grossister — tages i betragtning, at efterspørgslen fra levnedsmiddelgrossister og ikke-specialiserede grossister er for stor til, at den kan imødekommes af specialiserede grossister uden tungtvejende økonomiske risici.

Heller ikke på dette punkt vil man kunne give sagsøgerne medhold. Helt bortset fra, at man ved anvendelsen af artikel 85, i tilfælde hvor der er *tilstrækbt* en konkurrencebegrænsning, som allerede nævnt kan undlade at tage stilling til spørgsmålet om virkningerne på markedet, må der erindres om, at de omhandlede klausuler åbenbart tog sigte på grossister, som ikke forsynedes af producenterne, eller på forhandlere, som kun modtog begrænsede leverancer. I det omfang sådanne grossister stadig ønskede at drive forretning i tilfredsstillende omfang, var de i realiteten henvist til andre grossister som forsyningskilder. Sådanne leverancer fandt åbenbart også leijlighedsvis sted, hvilket kan udledes af udtalelserne af 22. marts 1972 fra FNCG. I denne forbindelse må der desuden erindres om, at der også fandt visse effektive leveringsstandsninger sted over for store forhandlere, der som erhvervsdrivende udøver såvel grossist- som detailhandelsfunktioner, og netop herfor havde den nævnte klausul betydning; jeg henviser herved til de foranstaltninger af oktober 1967, maj 1970 og marts 1971, som er omtalt på s. 6 i GB-Inno's indlæg.

d) Som foreløbigt resultat kan det således fastslås, at ingen af de hidtil behandlede særlige anbringender kan begrunde en annullation af den del af beslutningen, som vedrører de tidligere foranstaltninger.

B — Jeg kommer herefter til nogle særlige anbringender, der vedrører artikel 2 i den anfægtede beslutning, altså Fedetab-henstillingen vedrørende cigaretdistributionen i Belgien.

1. På dette punkt har nogle af sagsøgerne rejst indvending mod, at henstillingen i beslutningen betegnes som en *aftale* mellem de virksomheder, som havde samtykket deri og erklæret, at de ville følge den. Korrekt fortolket skal der

efter deres opfattelse ved aftaler, som omhandlet i artikel 85, stk. 1, i EØF-traktaten, kun forstås aftaler, som defineret i henhold til national ret. Sådanne overenskomster skal der imidlertid ikke være tale om i den foreliggende sag, eftersom der ikke forelå nogen bindende virkning, og der var ikke fastsat noget, der kunne sikre overholdelsen deraf. Til støtte herfor har de bl.a. henvist til dommen i sag 48/69 (Imperial Chemical Industries Ltd. mod Kommissionen, dom af 14. 7. 1972, Sml. 1972, s. 161), hvori det udtales:

»Når artikel 85 sondrer mellem begrebet »samordnet praksis« og begreberne »aftaler mellem virksomheder« og »vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder«, er det for med forbudene i denne artikel at ramme en form for koordinering mellem virksomheder, som uden at være udmøntet i den egentlig aftale, bevidst erstatter konkurrencerisikoen med et praktisk samarbejde.«

Mit indtryk er imidlertid, at netop denne dom gør det tydeligt, at dette punkt i grunden angår et ubetydeligt kvalifikationsproblem. Sagen har nemlig vist, at der i hvert fald kan antages at foreligge samordnet praksis, som omhandlet i artikel 85, stk. 1, netop en »koordinering, der giver sig udslag i deltagernes adfærd«. Det er ganske ubestridt, at distributionsreglerne ikke alene blev udarbejdet i fællesskab, men at de også blev og bliver anvendt. Jeg skal herved henvise til Fedetab's udtalelser, hvori der dog tales om en smidig anvendelse. Der kan endvidere henvises til oplysningerne fra næsten alle sagsøgerne under den mundtlige forhandling om, at de overholdt avancesatserne i henstillingen.

Dertil kommer, at man også kan forfægte det standpunkt, at begrebet »aftale« i artikel 85, stk. 1, er videre end det civilretlige aftalebegreb. I denne henseende er dommen i sag 44/69 (Buchler & Co. mod Kommissionen, dom af 15. 7. 1970, Sm. 1970, s. 151) om såkaldte »gentlemen's agreements« af interesse. De blev faktisk betragtet som aftaler, fordi det efter Domstolens opfattelse er tilstrækkeligt, at forskellige virksomheder indbyrdes erklærer sig rede til at forholde sig på en bestemt måde, og at flere virksomheders fælles vilje til at udvise en bestemt adfærd på fællesmarkedet realiseres i nøje overensstemmelse dermed. Dette kan uden videre overføres på den foreliggende sag, i hvilken sagsøgernes repræsentanter — som allerede nævnt — medvirkede ved udarbejdelsen af distributionshenstillingen. Når de derefter endog udtrykkeligt giver deres samtykke og giver udtryk for at ville efterkomme henstillingen, kan dette vel bedømmes som parternes fælles vilje, som omhandlet i den nævnte dom og dermed som en aftale i artikel 85, stk. 1's forstand.

2. Der er endvidere blevet rejst den indvending, at henstillingen i beslutningen blev betegnet som en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder, som omhandlet i artikel 85, stk. 1. I denne forbindelse har intervenienten Agrotab henvist til, at Fedetab er en sammenslutning, som ikke arbejder med gevinst for øje, og som sådan ikke driver erhvervsmæssig virksomhed.

Også på dette punkt må jeg være enig med Kommissionen i, at den sidstnævnte

omstændighed er uden betydning. I denne henseende er det ikke alene af betydning, at Fedetab er en juridisk person, som altså kan optræde i retsforhold. Der kan også henvises til den allerede nævnte omstændighed, at Fedetab's beslutninger — som det fremgår af artiklerne 8 og 9 i sammenslutningens vedtægter — har bindende virkning for medlemmerne. Man må desuden gøre sig klart, at artikel 85, hvis man skulle forstå den på anden måde, let ville kunne omgås, idet virksomhederne da blot, i stedet for at træffe aftaler indbyrdes, behøvede at udvirke en tilsvarende foreningsbeslutning, der ofte vil have samme vægt, for dermed at undgå anvendelsesområdet for artikel 85. Derfor er det også i retspraksis (sag 71/74, Nederlandse Vereniging voor Fruit en Groentenimporthandel og Nederlandse Bond van Grossiers in Zuidvruchten en ander geimporteerd Fruit mod Kommissionen, dom af 15. 5. 1975, Sml. 1975, s. 582) udtrykkeligt blevet fremhævet, at artikel 85, stk. 1, også finder anvendelse på sammenslutninger, i det omfang deres egen aktivitet eller den, der udøves af de virksomheder, der er tilsluttet dem, tilsigter at fremkalde de virkninger, som den omhandler.

Fedetab-vedtagelsen som sådan, hvis virkning skulle forstærkes ved, at enkelte producenter udtrykkeligt erklærede, at de tiltrådte den, er derfor klart konkurrenceretligt relevant, dvs., at den som sådan, som antaget af Kommissionen, er omfattet af artikel 85.

3. Heroverfor kan det heller ikke indvendes, at henstillingen skulle være uforpligtende, og at den navnlig i nr. 61 i den anfægtede beslutning med urette skulle være omtalt som en reel forpligtelse for alle virksomhederne i branchen.

Kommissionen har i denne sammenhæng med rette henvist til, at allerede fastsættelse af vejledende priser efter retspraksis (sag 8/72, Vereniging van Cementhandelaren mod Kommissionen, dom af 17. 10. 1972, Sml. 1972, s. 251) må anses som en konkurrencebegrænsning, idet samtlige deltagere derved får mulighed for med en rimelig grad af sikkerhed at forudsige, hvilken prispolitik deres konkurrenter vil følge. Kommissionen har desuden, på baggrund af dommen i sag 73/74 (Groupement des fabricants de papiers peints de Belgique m.fl. mod Kommissionen, dom af 26. 11. 1975, Sml. 1975, s. 1491), henvist til, at tilsvarende må gælde klausuler om andre forretningsbetingelser, når hovedbestanddele af prisen fastsættes som vejledende, hvilket er tilfældet med de godtgørelser, som producenterne i den her foreliggende sag yder deres aftagere. Desuden må det ikke overses, at en række af producenterne har tiltrådt henstillingen og ved den således tilkendegivne viljesoverensstemmelse i det mindste har skabt grundlag for en vis forbindende virkning.

For så vidt der imidlertid i beslutningens nr. 61 tales om en forpligtelse for tredjemand, sigtes helt åbenbart ikke til en retlig forpligtelse for andre virksomheder i branchen, men kun til en økonomisk tvang. En sådan turde vel også vanskeligt kunne betvivles i betragtning af, at de syv virksomheder, som har tiltrådt henstillingen, kontrollerer omkring 80 % af cigaretsalget i Belgien og dermed givet har en betydelig indflydelse på markedsforholdene.

4. Endelig må man i denne sammenhæng også nævne anbringendet om, at

Kommissionen med urette skal have anset henstillingen for blot at være en fortsættelse af det tidligere gældende distributionssystem. Det er her anført, at der i realiteten er tydelige forskelle i virkningerne. Henstillingen skal således intet indeholde om udtrykkelig og særlig anerkendelse af forhandlere i bestemte kategorier, ligesom den heller ikke skal indeholde nogen begrænsning af tilgangen til engroshandelen. Den skal ikke indeholde forbud mod levering af varer til andre i samme omsætningsled og ingen kollektive foranstaltninger specielt med henblik på gennemtvingelse af betalingsfristerne. Den hævdes endvidere at være begrænset til fastsættelse af *maksimale avancesatser* og at overlade producenterne fuld frihed med hensyn til andre godtgørelser. Det hævdes ikke mindst at være væsentligt, at den kun gælder for forholdet mellem producenten og de direkte aftagere, at der altså ingen regler skulle være fastsat for forhandlerne med henblik på videresalgsbetingelser, hvorfor det er ukorrekt at tale om vertikale konkurrencebegrænsninger. Da Kommissionen ikke har taget hensyn til dette, hævdes beslutningens bedømmelse af henstillingen at hvile på urigtige forudsætninger og at være fejlagtig.

Vedrørende dette anbringende må det først fastslås, at det ikke ses at kunne lægges til grund, for så vidt det er baseret på den opfattelse, at henstillingen alene skulle gælde for forholdet mellem producenten og dennes direkte kunder. At det ikke forholder sig således, og at henstillingen derimod også tager sigte på forholdet mellem grossister og detailhandlere, har Kommissionen efter min opfattelse på overbevisende måde påvist på s. 80-90 i duplikken. Til støtte herfor kan der bl.a. — opregningen er ikke udtømmende — henvises til, at der i anmeldelsen af henstillingen også er tale om maksimale rabatsatser for *forhandlere.* Det er her af interesse, at der også fastsættes avancesatser for detailhandlerne, den talmæssigt største gruppe kunder (flere titusinder), og at det samtidig fremhæves, at disse næsten alle får deres leverancer direkte fra grossister. Der kan også henvises til Fedetab's skriftlige svar af 29. juli 1976 på Mestdagh's og Huygebaert's udtalelser, hvori der tales om, at der ved leverancer fra grossister til levnedsmiddelforretninger ydes den for ikke-specialiserede detailhandlere sædvanlige sats på 7,25 %.

På den anden side må det ganske vist erkendes, at henstillingen klart ikke medfører konsekvenser for forholdet grossist-detailhandler af samme intensitet som det tidligere system, under hvilket der var tale om egentlige aftaler mellem producenterne og grossisterne. Dette forklarer også, hvorfor grossisterne åbenbart ikke i alle tilfælde overholder henstillingen. Det kan i hvert fald ikke betvivles — dette har repræsentanten for Fédération nationale des négociants en journaux, publications, librairie et articles connexes også oplyst — at grossisterne absolut konkurrerer i forbindelse med fastsættelsen af salgspriserne.

Man må imidlertid få det indtryk, at Kommissionen klart har været opmærksom på denne forskel og på andre punkter, hvor henstillingen afviger fra de tidligere foranstaltninger. Det må rent faktisk fastslås, at beslutningen først omtaler de tidligere foranstaltninger i alle detaljer og dernæst, adskilt derfra, indholdet af henstillingen. Den retlige vurdering sker på samme måde. Selv om det da måtte forekomme, at der på det ene eller andet punkt henvises til bedømmelsen af de tidligere foranstaltninger, kan der vanskeligt rejses indvendinger

herimod. I denne forbindelse er det ikke alene af betydning, at sagsøgerne ved anmeldelsen af henstillingen, som blev udarbejdet efter meddelelsen om klagepunkter vedrørende de tidligere foranstaltninger, har erklæret, at henstillingen skulle *erstatte* de tidligere foranstaltninger. Det er vel også ubestrideligt, at foranstaltningernes formål i vidt omfang er det samme, og at de, netop fordi hovedelementerne bibeholdtes, og sagsøgerne i det store og hele faktisk har anvendt de tidligere foranstaltninger og efterkommet henstillingen, havde lignende indvirkninger på markedet og på konkurrenceforholdene på markedet.

Der kan således vanskeligt fremføres afgørende kritik af beslutningen vedrørende Fedetab-henstillingen med den begrundelse, at henstillingen skulle være blevet bedømt ukorrekt i forhold til de tidligere foranstaltninger.

C — Efter denne for sagsøgerne resultatløse gennemgang af de særlige anbringender vedrørende beslutningens artikel 2 skal der nu tages stilling til den kritik, som — hvad angår artikel 85, stk. 1 — vedrører hele beslutningens, dvs. i det store og hele refererer sig såvel til den del, der angår de tidligere foranstaltninger, som til den del, hvori henstillingen bedømmes.

1. Af betydning er her i første række sagsøgernes anbringende om, at det må tages i betragtning, at formålet med de anfægtede foranstaltninger var at opretholde den traditionelle distribution gennem et tæt net af salgssteder, der også giver små, lidet kendte mærker, som medvirker til at forstærke konkurrencen, en chance. Med henblik herpå kunne man ikke undvære specialiserede grossister, der — såfremt deres indsats ikke blev særligt honoreret ved opretholdelsen af et bestemt prisniveau — ikke ville kunne holde stand overfor andre store forhandlere, hvis omsætning viser en stigende tendens. I denne sammenhæng har sagsøgerne særligt henvist til dommen i sag 26/76 (Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG mod Kommissionen, dom af 25. 10. 1977, Sml. 1977, s. 1896 ff.). Ifølge denne dom skal priskonkurrencen ikke have absolut forrang. Navnlig skal en adskillelse af dels engroshandels-, dels detailhandelsfunktionerne være i overensstemmelse med konkurrenceretten, såfremt den udelukkende er baseret på objektive kriterier. Desuden fremhæves det — stadig ifølge sagsøgerne — ikke blot i dommen, at et selektivt salgssystem er foreneligt med artikel 85, stk. 1, men også, at betræbelser på at opretholde et bestemt prisniveau for specialhandelen og på at sikre dette distributionssystems fortsatte bestående ikke nødvendigvis er i strid med artikel 85, stk. 1. Ved bedømmelsen af det distributionssystem, der i Belgien gælder for tobaksvarer, har Kommissionen efter sagsøgernes opfattelse ikke taget disse omstændigheder i betragtning på korrekt måde.

Til disse argumenter må det efter min opfattelse for det første bemærkes, at Kommissionen ikke har noget at indvende mod inddelingen af forhandlerne i forskellige kategorier, såfremt den sker efter objektive, ligeligt anvendte kriterier, og at den heller ikke har rejst indsigelse mod fastsættelsen af forskellige avancesatser for disse kategorier. Det er altså ikke korrekt, at den insisterer på en konkurrence mellem specialiserede grossister og andre store forhandlere på lige vilkår, hvilket nødvendigvis ville føre til, at de specialiserede grossister, dvs. en traditionel distributionskanal, som de mindre producenter i særlig grad er henvist til at benytte, ville forsvinde. Hvad det

derimod drejer sig om i beslutningen er, at de mest betydningsfulde producenter med henblik herpå handler på koordineret måde og inbyrdes udelukker konkurrence i denne henseende.

Det forekommer mig endvidere også at være klart, at der i den foreliggende sag, navnlig for så vidt angår det sidstnævnte synspunkt, ikke kan hentes nogen støtte i dommen i sag 26/76 (Metro) for sagøgernes opfattelse. Det må ganske vist indrømmes, at dommen indeholder udtalelser om foreneligheden af et selektivt salgssystem med artikel 85, stk. 1. Her er det imidlertid for det første af betydning, at der dermed sigtedes til et selektivt salgssystem for højtudviklede forbrugsgoder, i hvilken forbindelse der var tale om udvælgelse af bestemte forhandlere efter kvalitative synspunkter. Man kan derfor med rette rejse det spørgsmål, om dette uden videre kan overføres til distributionen af tobaksvarer, hvor der ikke er tale om sådanne særlige omstændigheder, og hvor der slet ikke finder nogen udvælgelse sted efter kvalitative synspunkter. Det er endvidere af betydning, at der i sag 26/76 (Metro) var tale om en *enkelt* producents individuelle salgssystem. Der var ikke tale om horisontale aftaler, der var derimod stadig konkurrence over for andre salgsformer fra andre producenters side. I modsætning til den foreliggende sag forblev forhandlernes handlefrihed uberørt, dvs. der var ikke inden for rammerne af det selektive salgsnet tale om nogen ensartet prisdannelse, der var tværtimod konkurrence på dette punkt. Det bør desuden ikke overses, at den kommissionsbeslutning, der på daværende tidspunkt skulle bedømmes, i vidt omfang byggede på EØF-traktatens artikel 85, stk. 3, som tillader bestemte begrænsninger af konkurrencen, såfremt dette forekommer nødvendigt for at realisere visse beskyttelsesværdige mål. I denne forbindelse blev det i den pågældende dom udtrykkeligt tilkendegivet Kommissionen, at den skal drage omsorg for, at »denne struktur ikke yderligere stivner, hvilket vil kunne ske, såfremt antallet af selektive distributionsnet til afsætning af den samme vare vokser«. Dermed sigtedes der åbenbart til en ensretning af konkurrencevilkårene mellem forskellige producenter som den, der utvivlsomt er tale om i det foreliggende tilfælde.

I betragtning af de særlige omstændigheder i den foreliggende sag forekommer der mig herefter sikkert ikke at være mulighed for — under henvisning til Metro-dommen — at forsvare det standpunkt, at Kommissionen med urette har talt om en konkurrencebegrænsning i artikel 85, stk. 1's forstand.

2. Dertil knytter sig det yderligere spørgsmål, om Kommissionen *bedømmelsen af salgssystemet for tobaksvarer i Belgien* faktisk har taget alle omstændigheder i betragtning på tilstrækkelig og korrekt måde og derefter med rette har fundet, at der var tale om en mærkbar konkurrencebegrænsning i artikel 85, stk. 1's forstand.

I denne henseende har sagsøgerne som bekendt henvist til den særlige konkurrencesituation, der kendetegner markedet for tobaksvarer. Det afgørende er, at der opkræves en høj, proportional afgift, som beregnes af den af producenten eller importøren fastsatte detailsalgspris, i hvilken henseende konkurrencen begrænses i nedadgående retning af en mindsteafgift. Endvidere medfører de i Belgien gældende priskontrolregler, at der ikke uden videre kan foretages prisforhøjelser, og for tobaksvarer gælder fastprisreglen i artikel 58 i den belgiske lov af 3. juli 1969, som tillige har spillet en rolle i sag 13/77 (GB-Inno-BM mod Vereniging van de Klein-

handelaars in Tabak, dom af 16. 11. 1977, Sml. 1977, s. 2115 ff.). Det skal desuden tages i betragtning, at det i henhold til belgisk ret ikke er muligt at få forskellige afgiftsbanderoler for et og samme cigaretmærke, og at også sundhedsmæssige bestemmelser påvirker konkurrencen. Dette har Kommissionen efter sagsøgerens opfattelse ikke eller ikke på rette måde taget i betragtning. Den skal ved bedømmelsen af konkurrencebegrænsningens mærkbarhed særlig have undladt at tage i betragtning, at spillerummet for konkurrencen allerede var begrænset væsentligt på grund af de nævnte regler — nogle af sagsøgerne mener endog, at den praktisk talt var udelukket — og at de offentligretligt betingede konkurrencefordrejninger, som udelukker en »workable competition«, måtte imødegås med markedsregulerende foranstaltninger fra de berørte virksomheders side.

a) Efter min opfattelse vil det være hensigtsmæssigt at indlede gennemgangen af dette punkt, som — selv om det i princippet vedrører alle foranstaltningerne med henblik på reguleringen af distribution af tobaksvarer — dog afslutningsvis gør nogle særlige bemærkninger om »de tidligere foranstaltninger« nødvendige, med en kort fremstilling af Kommissionens konkurrenceretlige bedømmelse af disse foranstaltninger i beslutningen.

aa) Vedrørende de tidligere foranstaltninger

— Hvad først angår inddelingen af forhandlerne i kategorier og fastlæggelsen af bestemte avancesatser for disse, finder Kommissionen, at dette for det første er en begrænsning af konkurrencen mellem producenterne, hvad angår de avancer, som de kan yde. Den finder for det andet, at der er tale om en begrænsning af grossisternes konkurrencemuligheder. Dette beror på, at der — da kriterierne for inddelingen ikke tog de øvrige ydelser og tjenester, som forhandlerne individuelt måtte erlægge, i betragtning — herefter ikke kunne blive tale om konkurrence hvad angår den service, der ydes producenterne, og på, at grossisterne ikke konkurrerede indbyrdes vad fastlæggelsen af videresalgspriserne.

— Kommissionen finder dernæst, at den foreskrevne overholdelse af de af producenterne fastsatte salgspriser for grossisterne og af detailhandlernes videresalgspriser udgør en begrænsning af den priskonkurrence, som ellers ville være mulig for samme mærke.

— I det omfang der var foreskrevet en kvantitativ begrænsning af godkendelsen af grossister i bestemte kategorier, taler Kommission endvidere om en begrænsning af muligheden for at få adgang til markedet for ikke-godkendte grossister.

— Hvad angår forbudet mod, at de godkendte grossister leverer til andre grossister og bestemte detailhandlere, finder Kommissionen, at disse forhandlere dermed blev frataget muligheden for at foretage bestemte salg og for at forbedre deres markedsstilling; endvidere blev køberne forhindret i at købe større kvanta og på gunstigere vilkår.

— For så vidt angår fastsættelsen af maksimale betalingsfrister for grossisterne, fremhæver Kommissionen, at dette har indvirket på producenternes og forhandlernes fortjenstmargen.

— Hvad endelig angår detailhandlernes pligt til at føre et bestemt mindstesortiment, anfører Kommissionen, at dette

har forhindret dem i særligt at fremme salget af ét mærke og har tvunget dem til at føre mærker, der var vanskelige at sælge, og dermed til en urentabel binding af driftskapitalen.

bb) På samme måde har Kommissionen bedømt *de foranstaltninger, som blev truffet ved henstillingen,* og som er af tilsvarende karakter.

— For så vidt angår inddelingen af forhandlerne i kategorier og fastlæggelsen af avancesatser for hver af disse, taler Kommissionen ligeledes om en begrænsning af konkurrencen såvel mellem producenterne som mellem forhandlerne. I det omfang antallet af førte cigaretmærker er af betydning for inddelingen — og der altså består en vis forpligtelse til at føre et bestemt sortiment — tales der også her som for de tidligere foranstaltningers vedkommende om en begrænsning af konkurrencen for disse forhandlere.

— Hvad angår reglerne om rabat i forbindelse med årsafslutningen går Kommissionen ud fra, at konkurrencen mellem producenterne på dette punkt begrænses. Den fremhæver endvidere, at en forhandlers særlige bestræbelser for at opnå yderligere fordele hos en producent og købernes bestræbelser for at samle omsætningen på en enkelt producent på denne måde — fordi rabatten afhænger af den samlede omsætning med alle producenter — bliver uden betydning, helt bortset fra at dette system er en belastning for producenter, der er nye på markedet, dvs. en vanskeliggørelse af adgangen til markedet.

— Vedrørende den ensartede fastlæggelse af maksimale betalingsfrister fastlås det endelig, at dette, ligesom de tilsvarende foranstaltninger under det tidligere system, forhindrer konkurrencen på dette område.

b) Da visse offentligretlige bestemmelser og administrativ praksis i forbindelse dermed, som har hindflydelse på markedet, efter sagsøgernes opfattelse — heller ikke Kommissionen har principielt afvist dette — skal være af betydning for bedømmelsen af disse konkurrencebegrænsninger — producenterne taler endog om tvang for markedsdeltagerne — forekommer det endvidere hensigtsmæssigt straks at redegøre nærmere herfor og at forsøge at bedømme virkningerne ud fra de oplysninger, der er fremkommet under sagen.

aa) Det belgiske afgiftssystem

Det belgiske afgiftssystem for tobaksvarer er kendetegnet ved en høj proportionalafgift, der beregnes på grundlag af den af producenten eller importøren — de afgiftspligtige — fastsatte detailpris. Således har det — som det blev oplyst under den mundtlige forhandling — altid været. Der er heller ikke sket ændringer heri efter udstedelsen af Rådets direktiv af 19. december 1972 om forbrugsbeskatning af forarbejdet tobak bortset fra omsætningsafgift (JO L 303 af 31. 12. 1972, s. 1) [1]. I henhold til dette direktiv gælder det for den første harmoniseringsfase, at det specifikke element ikke må udgøre under 5 %, hvilket Belgien har overholdt; i anden fase gælder samme procentsats, men nu beregnet i forhold til afgifterne inklusive merværdiafgift. Det ser heller ikke ud til, at der inden for en overskuelig fremtid vil ske en stærkere forrykkelse af forholdet mellem proportionalafgiften og den specifikke afgift til fordel for sidstnævnte. Jeg henviser herved til direktiv 77/805, hvorved anden harmoniseringstape blev påbegyndt den 1. juli 1978, og til redegørelserne under den mundtlige forhandling om den forudselige videre udvikling vedrørende dette spørgsmål.

1 — O.a.: Her citeret fra den uofficielle danske oversættelse i Karnovs EF-samling, 2. udg., 1978, s. 570.

En sådan beskatningsmådes afgørende virkning består i, at enhver ændring i andre omkostningselementer end forbrugsafgiften og merværdiafgiften, som også er proportional, indvirker på detailsalsprisen med flere gange dens egen størrelse; dette medfører — som sagsøgerne har tilkendegivet — at effekten af enhver konkurrencehandling bliver multipliceret. I denne henseende taler man normalt om en »multiplikator«. Efter det belgiske system ligger den på mellem 4 og 5, og den viste — som det blev påvist — heller ikke på nogen måde en aftagende tendens i tiden mellem 1972 og 1978, hvilket ville være i overensstemmelse med formålet med harmoniseringen, men snarere en tiltagende. Hvorledes dette virker i detaljer i det økonomiske livs virkelighed, blev på en måde, der gjorde indtryk, demonstreret af sagsøgerne — men også af Kommissionen under den mundtlige forhandling — ved hjælp af eksempler. En forhøjelse af *et* omkostningselement, producentandelen eller forhandleravancen, fører således til en uforholdsmæssig stærk stigning i detailsalgsprisen, hvilket f.eks. ved en differentiering af avancerne og en tilsvarende differentieret fastlæggelse af detailsalgsprisen vil medføre en meget stor konkurrencemæssig fordel for mindre omkostningskrævende distributionsformer. Omvendt medfører en formindskelse af omkostningselementer en uforholdsmæssig stor nedsættelse af detailsalgsprisen, fordi producentens eller forhandlerens afkald på en del af sin fortjenste bliver multipliceret med afgiften. Dette gør det berettigt at tale om en konkurrencefordrejende effekt til skade for omkostningskrævende produkter — nye mærker, små mærker, små producenters mærker — og til skade for mere omkostningskrævende distributionsformer. Dette anerkendes i øvrigt udtrykkeligt i præamblen til direktiv 72/464, hvor der tales om, at den for tiden bestående forbrugsbeskatning på forarbejdet tobak ikke er konkurrenceneutral, idet den kan virke fordrejende på konkurrencevilkårene såvel nationalt som på fællesskabsplan. Det økonomiske og sociale Udvalg udtalte sig i samme retning i sin udtalelse om forslaget til Rådets femte direktiv om forbrugsbeskatning for forarabejdet tobak bortset fra omsætningsafgift (EFT C 204 af 30. 8. 1976, s. 1). Konkurrencefordrejningen forstærkes endog på en vis måde ved, at der efter artikel 10 i direktiv 72/464 skal indføres en mindsteforbrugsafgift — hvilket er sket i Belgien — som ikke kan være højere end 90 % af det samlede beløb for den proportionale og den specifikke forbrugsafgift, som opkræves af de mest efterspurgte cigaretter. Dermed udelukkes det klart, at multiplikatoreffekten i fuldt omfang kan spille ind i nedadgående retning til fordel for billigere produkter.

Under sådanne omstændigheder er det — på grund af lagrene i omsætningsleddene — praktisk talt umuligt for producenterne at foretage prisnedsættelser. Lagrene måtte nemlig — på producentens bekostning — fordi forhandlerne ikke vil give afkald på deres avance, nedsættes mere end forholdsmæssigt, nemlig med flere gange den af producenten ydede prisnedsættelse, eller producenten måtte — hvilket ville være for bekosteligt — tage varerne tilbage med henblik på afgiftsrefusion og forsyning med nye banderoler.

Under sådanne omstændigheder, hvor produkter med høje omkostninger har væsentligt forringede chancer på markedet på grund af multiplikatoreffektens fordyrende virkning, indtræder der

åbenbart også en anden konsekvens heraf, nemlig en nivellerings- eller komprimeringseffekt med hensyn til producentandelen og salgsomkostningerne. Dette støttes af den kendsgerning, at 80 % af de i Belgien solgte cigaretter ligger i eller under den mest solgte prisklasse; denne var på et givet tidspunkt 41 belgiske francs, mens de billigste cigaretter kostede 38 belgiske francs. Til støtte herfor kan der også henvises til den tabel, der findes på s. 81 i Kommissionens duplik, hvorefter den andel af salgsprisen for cigaretter, der tilfalder industrien og omsætningsleddene, blandt alle medlemsstaterne med undtagelse af Luxembourg er lavest i Belgien. Der kan desuden i denne forbindelse henvises til uddrag af en beretning fra den engelske Price Commission, som er gengivet på s. 18 i replikken i sag 215/78; det fremgår heraf, at multiplikatoreffekten af en høj proportionalafgift — i beretningen omtales kun en afgift på 30 % — gør det nødvendigt at holde omkostningerne på det lavest mulige niveau.

Herefter kan man vel tage udgangspunkt i, at et forbrugsafgiftssystem med en meget høj proportionalafgiftsandel i betydelig grad indsnævrer markedsdeltagernes konkurrencemuligheder og også medfører konkurrencefordrejninger, som man ikke kan se bort fra i forbindelse med en anvendelse af artikel 85, stk. 1.

bb) De belgiske regler om priskontrol

I henhold til Arrêté ministériel af 22. december 1971 skal prisforhøjelser anmeldes til økonomiministeriet to måneder før ikrafttrædelsen. Ministeriet fremsætter en henstilling derom med den virkning, at prisforhøjelsen må udsættes, såfremt den overstiger det i henstillingen angivne omfang. Med henblik på denne ordning, hvis bremsende effekt ikke kan betvivles, og med henblik på vurderingen af dens virkning er der to forhold, som er af særlig betydning inden for tobakssektoren. Bestemmelserne håndhæves åbenbart minutiøst og strengt, fordi de har betydning for pristallet, som spiller en stor rolle på mange områder. Under forhandlingerne inden for tobakssektoren deltager også finansministeriet — med ret afgørende indflydelse — fordi der efter omstændighederne skal fremstilles nye banderoler og fastsættes en ny mindsteafgift, men også fordi der kan opstå konsekvenser for afgiftsprovenuet. I denne forbindelse bestræber finansministeriet — navnlig i de senere år, hvor der er sket en væsentlig stigning i afgiften — sig på at sikre statens andel af prisforhøjelsen — i visse tilfælde på bekostning af de øvrige parter. Finansministeriet søger desuden at forhindre for store prisstigninger, fordi de kunne medføre en nedgang i forbruget og dermed i afgiftsprovenuet.

Disse omstændigheder medfører for det første, at alle priselementer, også de forskellig avancer, undersøges grundigt. Det kan således udledes af dokumenter, der er forelagt Domstolen — en skrivelse og en beslutning af 1976 truffet af priskommissionen — at man godkendte en ganske bestemt forhøjelse af avancen, endog specielt avancen for grossisterne. Det blev endvidere påvist, at staten i forbindelse med en prisforhøjelse på 5 francs i 1977 fik den største andel, mens detailhandlerne kun fik en lille brøkdel deraf. Det er også af betydning, at prismyndighederne i 1978 opretholdt et niveau, der lå langt under det, de pågæl-

dende parter forlangte — producenterne fik i stedet for 28 francs kun 20 francs og omsætningsleddene 8 francs i stedet for 12 francs — hvilket medførte en pocentvis formindskelse af avancerne.

De omtalte særlige omstændigheder ved håndhævelsen af priskontrollen, navnlig finansministeriets medvirken, medfører, at myndighederne — selv om individuelle anmeldelser fra enkelte virksomheder og individuelle prisforanstaltninger i sig selv er mulige — lægger vægt på kollektive forhandlinger med erhvervssammenslutninger, dvs. på en vis samordning. I denne henseende er det eksempel, som sagsøgeren BAT har anført, og som vedrører introduktionen af et nye mærke til en bestemt lavere pris, betegnende, idet det åbenbart — hvad angår detaljerne henvises der til redegørelserne under den mundtlige forhandling — efter en generel prisforhøjelse i 1977 kun på grund af særligt pres og kun i kort tid lykkedes at fastholde det lavere prisniveau, som producenten ønskede.

Det kan altså fastslås, at håndhævelsen af priskontrolbestemmelserne fremmer kollektiv adfærd ved fastsættelsen af priserne og de enkelte priselementer. På den anden side kan det også, fordi håndhævelsen af reglerne fører til en betydelig komprimering af producentandelen og avancerne — for eksempel fordi det fald i salget, som skyldtes afgiftsforhøjelsen i 1979, måtte udlignes — siges, at ordningen medfører en væsentlig indsnævring af konkurrencemulighederne.

cc) Den belgiske afgiftspolitik

I denne sammenhæng har sagsøgerne tillige fremsat nogle særlige betragtninger vedrørende den belgiske afgiftspolitik. Tobaksafgiften udgør en vigtig afgiftskilde; afgiftsprovenuet, der indgår som led i statsbudgettet, må kunne forudses med sikkerhed. Der er endelig en tendens til at øge provenuet, hvilket fremgår af den kendsgerning, at afgiften er femdoblet i løbet af ti år.

Det kan rent faktisk ikke bestrides — hvilket allerede er fremgået i forbindelse med afsnittet om priskontrollen — at også afgiftspolitikken medvirker til at begrænse virksomhedernes aktionsområde mærkbart. Jeg skal i denne forbindelse endnu en gang henlede opmærksomheden på, hvad der er oplyst vedrørende sagsøgeren BAT's bestræbelser for at opretholde et bestemt prisniveau for et nyintroduceret mærke. Det er endvidere af betydning, hvad den belgiske regering har oplyst i forbindelse med en sag, der er indledt mod den i medfør af EØF-traktatens artikel 169. Det fremgår deraf, at finansministeriet i tilfælde af, at detailsalgsprisen skulle falde, — f.eks. på grund af en konkurrenceindsats fra forhandlere, der specielt søger at fremme salget af ét mærke og bliver honoreret derfor — ikke vil acceptere en formindskelse af afgiftsprovenuet af denne årsag, men ville forsøge at udligne provenutabet, f.eks. ved hjælp af en høj specialafgift.

Efter min mening er det uden videre klart, at sådanne perspektiver virker lammende på konklurrencebestræbelserne, og at der må tages hensyn dertil ved anvendelsen af artikel 85.

dd) Den belgiske fastprisordning

I henhold til den belgiske merværdiafgiftslovs artikel 58, som trådte i kraft den 1. januar 1971, og som allerede er os bekendt fra sag 13/77, består der en

forpligtelse der en forpligtelse til at overholde den pris, som er angivet på afgiftsbanderolerne.

Dette betyder selvsagt, at det for en forhandler, som udfolder en særlig konkurrenceindsats for et bestemt mærke, ikke alene er vanskeligt, men udelukket at gøre dette via en nedsættelse af detailsalgsprisen. Reglerne medfører altså, at konkurrencen i detailhandelen for et og samme mærke udelukkes, og dette kan heller ikke — hvad Kommissionen fejlagtigt mener — omgås ved uddeling af gratis cigaretter, eftersom artikel 5 i den bekendtgørelse, som Kommissionen sigter til, og som er udstedt som tillæg til den belgiske bekendtgørelse af 22. januar 1948, i virkeligheden kun omfatter overdragelser til lavere priser til producenternes og importørernes personale. Tværtimod må dette også tages i betragtning ved bedømmelsen af den konkurrencemæssige adfærd, der udvises af de virksomheder, der opererer på markedet for tobaksvarer.

Dette kan efter min opfattelse ikke imødegås under henvisning til dommen i sag 13/77 (Sml. 1977, s. 2115 ff.), hvor den nævnte artikel 58 skulle undersøges i relation til begrænsningen af handelen mellem medlemsstaterne. I dommen udtales det alene, at det er den nationale ret, som forelægger sagen, der må tage stilling til, om et system med faste detailsalgspriser er foreneligt med fællesskabsretten, og at den især »under hensyntagen til de hindringer af afgiftsmæssig art, der består for den pågældende varesektor, [må]... undersøge, om en sådan ordning med bindende priser i sig selv er egnet til direkte eller indirekte, aktuelt eller potentielt at hindre indførslerne mellem medlemsstaterne«. Som følge heraf kan man på ingen måde — hvilket jeg forsøgte at påvise i mit forslag til afgørelse i den nævnte sag — gå ud fra, at den omtalte artikel 58 som uforenelig med fællesskabsretten ikke kan anvendes.

Jeg vil i denne sammenhæng — og hermed tænkes på det tilfælde, at man måtte anse artikel 58 for uanvendelig eller dog måtte anse det som muligt, at forhandlere ved at udfolde særlige anstrengelser skulle være i stand til indirekte at medvirke til fastsættelse af lavere detailsalgspriser — tilføje, at selv i et sådant tilfælde forekommer det vanskeligt at forestille sig nogen nævneværdig konkurrence på detailsalgsprisen for ét og samme mærke. Det kan for så vidt ikke afvises, at producenterne vil være lidet tilbøjelige til at betale afgifter af en højere pris end den, forbrugerne skal betale, og at de altså — hvilket markedets gennemskuelighed også medvirker til — vil bestræbe sig på at foretage en generel prisudligning i nedadgående retning, hvis varen sælges under banderoleprisen. Man må desuden tage det tidligere fremførte vedrørende afgiftspolitikken i betragtning, nemlig at afgiftsmyndighederne i et sådant tilfælde vil bestræbe sig på at udligne provenutabet, således at en eventuel konkurrenceindsats kun i kort tid vil medføre en fordel for forbrugerne.

ee) Forbudet mod udlevering af forskellige afgiftsbanderoler for samme cigaretmærke

Det er under sagen endvidere blevet oplyst — jeg henviser herved til en skrivelse af 25. juni 1979 fra den belgiske finansminister og til den belgiske regerings svar på et spørgsmål fra Domstolen — at det ikke er tilladt producenter og importører at markedsføre cigaretter af samme mærke, samme kvalitet og i

samme emballage til forskellige banderolepriser. Der gælder altså — bortset fra de allerede nævnte fordele for de ansatte hos producenter og importører — et princip om samme beskatning. En vigtig begrundelse herfor er åbenbart, at man ellers ikke på forhånd med tilstrækkelig sikkerhed kunne danne sig et skøn over afgiftsprovenuet. Til støtte herfor har den belgiske regering da også siden udstedelsen af Rådets direktiv 72/464 — som man må indrømme med plausibel begrundelse — påberåbt sig direktivets artikel 4, hvorefter den proportionale forbrugsafgift beregnes af den maksimale detailsalgspris, hvoraf der vel kun kan forekomme én enkelt.

Også dette udgør utvivlsomt en begrænsning af konkurrencemulighederne, som der må tages hensyn til. Som følge heraf er det reelt ikke muligt for forhandlerne i omsætningsleddet efter producenterne — f.eks. virksomheder med lave salgsomkostninger — at lade en nedsættelse af deres egen avance, som kunne tænkes på grund af særlige salgsbestræbelser, komme til udtryk i en særlig banderole og lade forbrugerne få fordel deraf.

ff) Sundhedsmæssige bestemmelser

Der skal endelig tages stilling til visse bebyrdende forhold, der som fremført af sagsøgerne skal følge af sundhedsmæssige forskrifter i Belgien. I denne forbindelse er nævnt den — salgshæmmende — forpligtelse til at forsyne cigaretpakningerne med en henvisning til de sundhedsfarlige virkninger af rygning, samt visse foranstaltninger, der især vedrører reklamen, som efter sagsøgernes oplysninger er det vigtigste aktionsområde for konkurrencen på cigaretmarkedet.

Jeg har dog det indtryk, at disse forhold ikke seriøst kan tages i betragtning med henblik på den konkurrenceretlige bedømmelse.

Det kan nemlig for det første alvorligt betvivles, om den omtalte pligt til at påtrykke advarsler — helt bortset fra, at den gælder ens for alle produkterne — hæmmer salget i væsentligt omfang og altså påvirker markedsforholdende i afgørende grad ved en formindsket købelyst.

Hvad imidlertid angår andre foranstaltninger, navnlig reklamebegrænsningerne, kunne det ikke påvises, at der i tidsrummet frem til udstedelsen af den anfægtede beslutning skulle gælde offentligretlige bestemmelser med denne virkning. Den af sagsøgerne i replikken omtalte selvbegrænsning i reklamemæssig henseende, som i øvrigt ifølge Kommissionens uimodsagte oplysninger ikke udelukkede reklame, kan, selv om ministeren har accepteret ordningen, vanskeligt tages i betragtning. De regler, der først trådte i kraft efter det nævnte tidspunkt — en lov af 24. januar 1977, ifølge hvilken ministeren kan træffe restriktive foranstaltninger, og især de bekendtgørelser af december 1979 og marts 1980, som blev omtalt under den mundtlige forhandling, af hvilke kun den sidstnævnte vedrører reklame — må utvivlsomt lades ude af betragtning i den foreliggende sag.

c) Når vi herefter ser på spørgsmålet, om Kommissionens konkurrenceretlige bedømmelse af det belgiske distributionssystem for tobaksvarer er korrekt eller kan anfægtes, er der fremført en række anskuelser, som der må tages stilling til.

aa) For det første har sagsøgerne gjort gældende, at beslutningen indeholder nogle fejl, og de har forsøgt at påvise, at Kommissionen til dels er gået ud fra urigtige faktiske forhold og omstændigheder, som har haft betydning for dens bedømmelse af sagen.

I den første betragtning i beslutningens præambel tales der om, at cigaretsalget er i stød stigning, mens sandheden er, at det kun steg fra 1967 til 1973 og siden da — hvilket kan påvises statistisk — er faldet. I beslutningens nr. 11 tales der om, at tobaksvarer i Belgien belægges med en »ad valorem«-afgift, som opkræves i stedet for merværdiafgiften, mens det i virkeligheden forholder sig således, at merværdiafgiften opkræves *ved siden af* forbrugsafgiften. Det fremhævens endvidere i nr. 88, at ikke *alene* tokabsvarer er belagt med en høj afgift. Dermed sigtes der åbenbart — hvilket også klart er fremgået under retssagen — til beskatningen af mineralolie, alkohol og alkoholholdige drikkevarer, men det er ikke taget i betragtning, at der for disse produkters vedkommende kun er tale om en specifik afgift, som ikke indebærer nogen multiplikatorvirkning. Sidst, men ikke mindst — og hermed sigtes der til udtalelserne i beslutningens nr. 81 — havde grossisterne absolut mulighed for at konkurrere indbyrdes, for så vidt angår de tjenester, de ydede producenterne, fordi producenterne kunne reagere herpå i form af andre fordele end de — helt harmoniserede — avancesatser.

Vedrørende dette anbringende må det givetvis indrømmes, at det naturligvis er af betydning for bedømmelsen af markedsforholdene og konkurrencesituationen, om der er tale om et ekspanderende marked — hvilket Kommissionen generelt antager om cigaretmarkedet — eller om den samlede afsætning er faldende, og det dermed bliver vanskeligt at opretholde og udvide markedsandelene. Det er for bedømmelsen af konkurrencesituationen endvidere af betydning — hermed sigtes til sidste del af sagsøgernes anbringende — om der udover forhandleravancerne er tale om andre fordele fra producenternes side, som der konkurreres på, fordi konkurrencebegrænsningen ikke vedrører disse forhold. Dette skal — som det udtrykkeligt er fremført under sagen — være tilfældet, og der er i denne forbindelse henvist til leveringshyppighed og -hurtighed, introduktionsaktioner med særlige præmier, støtte til udstyr og til reklame, gratis prøver og ydelse af juridisk rådgivning samt hjælp i tilfælde af forbigående vanskeligheder. Konkurrencen skal derfor — og her erindrer jeg endnu en gang om udtalelserne fra sammenslutningen af tidsskriftforhandlere — være absolut livlig mellem grossisterne, også mellem grossister i samme kategori, nemlig i forbindelse med fastsættelse af salgsprisen, ydelse af kreditter, leveringshyppighed, sortimentsopbygning, rådgivning bl.a. i forbindelse med bogføring eller tilbagetagelse af usolgte varer. Dette kommer — hvilket også visse argumenter i bemærkningerne til de første klagepunkter taler til støtte for — til udtryk i, at der blandt grossisterne sker betydelige ændringer, netop for så vidt angår omsætningsudviklingen.

Det kan desuden ikke afvises, at sagsøgerne med rette har angrebet konstateringerne i beslutningen vedrørende beskatningen af tobaksvarer. Dette gælder for det første nr. 88 i beslutningen. Når Kommissionen, hvad der

synes at fremgår deraf, anser beskatningen af alkohol og råolie for sammenlignelig med beskatningen af tobaksvarer, har den åbenbart ikke taget den væsentlige forskel mellem specifikke afgifter og proportionale — sidstnævnte gælder kun for tobaksvarer — i betragtning, dvs., at den har overset multiplikatoreffekten, der faktisk fordrejer konkurrenceforholdene i betydelig grad. Tilsvarende gælder beslutningens nr. 11. Efter indholdet af dette nummer at dømme har Kommissionen åbenbart ikke taget hensyn til, merværdiafgiften opkræves *ved siden af* forbrugsafgiften, og der dermed, fordi også merværdiafgiften er en proportional afgift, sker en forøgelse af multiplikatoreffekten. Efter min opfattelse er disse punkter uden tvivl af betydning for bedømmelsen af beslutningen, også selv om de vel vanskeligt i sig selv kan siges at være tilstrækkelige til i alvorlig grad at rokke ved den.

bb) Sagsøgerne har dernæst gjort gældende, at Kommissionen ved undersøgelsen af sagen ikke har taget hensyn til visse særlige omstændigheder ved det belgiske tobaksmarked, som måtte føre til den konstatering, at konkurrencen, for så vidt angår avancerne, på grund af de tidligere omtalte bestemmelser i praksis er udelukket, eller at konkurrencemulighederne i det mindste er så begrænsede, at de omtvistede foranstaltninger ikke kan anses som en *mærkbar* konkurrencebegrænsning. De har fremhævet, at Kommissionen ved den konkurrenceretlige bedømmelse af foranstaltningerne principielt har taget et forkert udgangspunkt, idet konstateringen i beslutningen nr. 88, i hvilket det hedder:

»Hvis nationale love eller forordninger eventuelt medfører en konkurrencebegrænsning, er [virkningerne af dertil kommende] private konkurrencebegrænsninger endnu mere mærkbare«

ikke er i overensstemmelse med retspraksis.

Sagsøgerne har desuden fremhævet, at det ikke er holdbart, når Kommissionen i beslutningens nr. 83, hvor der tales om det belgiske fastprissystem, henviser til udtalelser i dommen i sag 13/77 for at godtgøre, at artikel 85, stk. 1, også finder anvendelse, når nationale lovbestemmelser *fremmer* en begrænsning af konkurrencen.

Hertil må der efter min opfattelse knyttes følgende bemærkninger:

— På baggrund af præamblen til beslutningen kan man faktisk ikke blot få det indtryk, at Kommissionens undersøgelser har været utilstrækkelige, fordi der nemlig i nr. 88 kun tales om afgifternes størrelse og om anmeldelsessystemet for forhøjelser af avancesatser og videresalgspriser, men derimod ikke om andre, tidligere omtalte og ligeledes relevante særlige forhold vedrørende det belgiske tobaksmarked. På baggrund af betragtningerne i beslutningen kan man med rette rejse det spørgsmål, om det overhovedet er blevet undersøgt, hvilke konkurrencemuligheder de virksomheder, der opererer på markedet, råder over i betragtning af de oplyste særlige forhold på det belgiske marked. I denne henseende er formuleringen »Hvis nationale love eller forordninger *eventuelt* medfører en konkurrencebegrænsning ...« betegnende. Kommissionens holdning forklares af den tese, der fremgår af den følgende del af sætningen, hvorefter »[dertil kommende] private konkurrencebegrænsninger [bliver] endnu mere mærkbare«, hvis konkurrencen begrænses af offentligretlige bestemmelser, dvs. åbenbart bliver omfattet af

artikel 85, stk. 1, i alle tilfælde. Heraf fremgår der en alvorlig fejltagelse. Efter retspraktsis (sag 26/76, Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG mod Kommissionen, dom af 25. 10. 1977, Sml. 1977, s. 1875 ff.) forudsætter artikel 85 nemlig, at der hersker effektiv konkurrence på markedet (workable competition). Det må herefter, når flere forskellige slags retsforskrifter begrænser konkurrencemulighederne i væsentligt omfang, undersøges ganske nøje, i hvilket omfang dette gælder, og hvorvidt der alligevel er plads for en effektiv konkurrence, som begrænses mærkbart ved hjælb af private foranstaltninger.

— Man må også kritisere den principielle opfattelse, som Kommissionen åbenbart har taget som udgangspunkt for spørgsmålet, om der foreligger en mærkbar konkurrencebegrænsning. Jeg erindrer i denne forbindelse om den allerede citerede formulering i beslutningens nr. 88, ifølge hvilken virkningerne af dertil kommende private konkurrencebegrænsninger bliver så meget mærkbare, når nationale retsforskrifter medfører en begrænsning af konkurrencen. Jeg erindrer endvidere om Kommissionens udtalelser i svarskriftet, ifølge hvilke de pågældendes markedsstilling, altså deres markedsandele, efter retspraksis er af afgørende betydning. I denne henseende hævdes det imidlertid at være af betydning, at Fedetab's medlemmer, hvortil næsten alle de belgiske producenter hører, har en meget stor markedsandel — ti af sagsøgernes mærker dækker to tredjedele af salget i Belgien — og det skal også være af betydning, at de fleste belgiske producenter beherskes af multinationale selskaber, og at syv af sagsøgerne indgår i fire store internationale koncerner.

Heroverfor påberåber sagsøgerne sig den bekendte afgørelse i sukkersagerne (sagerne 40 etc./73, Coöperative vereniging »Suiker Unie« m.fl. mod Kommissionen, dom af 16. 12. 1975, Sml. 1975, s. 1904 ff.). I disse sager var der blandt andet tale om beskyttelse af det italienske sukkermarked og om samordnet praksis med henblik på kontrol med sukkerleverancerne til Italien. Det blev i denne forbindelse fastslået, at den fælles markedsordning for sukker med dens kvotaordning kun overlader konkurrencen et snævert spillerum. Det blev endvidere fremhævet, at italienske regler og foranstaltninger truffet af de italienske myndigheder yderligere havde bevirket en begrænsning af konkurrencen. Som følge heraf var anvendelsesområdet for konkurrencereglerne blevet indsnævret i en sådan grad, at den af Kommissionen anfægtede adfærd ikke havde kunnet begrænse konkurrencen mærkbart.

Nu må det ganske vist indrømmes, at denne afgørelse ikke uden videre kan overføres til den foreliggende sag. *Et* væsentligt element kan der dog uddrages deraf med henblik på den retlige bedømmelse af konkurrenceovertrædelser under omstændigheder som de foreliggende. Markedsstillingen kan efter denne praksis ikke alene være afgørende; de italienske sukkerproducenter havde nemlig en betydelig markedsandel, og de virksomheder, som deltog i den samordnende praksis, tegnede sig for tre fjerdedele af den italienske import. Det afgørende er, at det omhyggeligt må undersøges, hvor stort et spillerum for konkurrencen de offentlige forskrifter lader tilbage, og at bedømmelsen af, om der foreligger en mærkbar konkurrencebegrænsning, retter sig efter dette forhold.

Dette er ikke sket på tilfredsstillende måde i den foreliggende sag. På den anden side er det, efter alt hvad der foreligger oplyst, ikke udelukket, at de særlige forhold på det belgiske marked fører til en ganske betydelig indsnævring

af konkurrencemulighederne også for producenterne inden for det område, der omhandles i beslutningen. Som følge heraf — og navnlig fordi de nødvendige konstateringer under retssagen, hvorunder der desuden stadig har været strid på mange punkter, kun har kunnet træffes i utilstrækkeligt omfang — må man give sagsøgerne medhold i anbringendet om, at Kommissionens beslutning er behæftet med en alvorlig fejl, idet spørgsmålet, om de anfægtede foranstaltninger har bevirket en *mærkbar* begrænsning af konkurrencen, ikke er blevet undersøgt eller i det mindste ikke er blevet tilstrækkeligt grundigt undersøgt.

— I denne sammenhæng kan det også lægges Kommissionen til last — og hermed sigtes der til nr. 83 i den anfægtede beslutning — at den med urette har lagt udtalelsen i dommen i sag 13/77 (Sml. 1977, s. 2139 ff.) om, at artikel 86 også finder anvendelse, selv om misbrug fremmes på grund af national lovgivning, til grund for beslutningen. Kommissionen har over for dette anført, at sagsøgerne på ingen måde har godtgjort, at de forhold, der omhandles i Fedetabhen-stillingen, er fastlagt i offentligretlige regler, eller at de omtalte belgiske regler skulle fremme de forskellige kritiserede konkurrencebegrænsninger. Selv hvis dette skulle være tilfældet, kunne en sådan virkning ikke med støtte i udtalelserne i Inno-dommen føre til, at artikel 85 ikke kunne finde anvendelse.

Efter min opfattelse kan det allerede alvorligt betvivles, om udtalelserne i Inno-dommen vedrørende artikel 86 uden videre kan overføres til artikel 85. Det må nemlig ikke overses, at mærkbarhedsspørgsmålet i forbindelse med artikel 86 ikke, eller dog ikke på samme måde som i forbindelse med artikel 85, spiller nogen rolle, idet konkurrencen, når der foreligger en dominerende stilling, allerede praktisk talt er elimineret. Endnu vigtigere er det imidlertid, at sagsøgerne slet ikke har gjort gældende, at der skulle foreligge en sådan situation, hvor konkurrencebegrænsningerne *fremmes*. De påberåber sig derimod, at de omhandlede belgiske bestemmelser, især den høje proportionalafgift med dens multiplikatorvirkning, som endog siden 1973 kan støttes på fællesskabsretten — direktiv 72/464 — medfører en alvorlig *fordrejning* af konkurrencevilkårene. De har anført, at der for at imødegå dette er udstedt visse nationale bestemmelser med henblik på overholdelse af banderolepriserne og med henblik på at forbyde udlevering af forskellige banderoler for ét og samme mærke, og at disse foranstaltninger således også må betragtes som en følge af den konkurrencefordrejning, der skyldes proportionalafgiften. At modvirke dette, at mindske en forvridning af omkostningsforskellene og at sikre en vis standardisering af forhandlerrabatterne skal da også have været hovedformålet med de foranstaltninger, Kommissionen har angrebet.

Efter min opfattelse kan man vanskeligt se bort fra sådanne synspunkters berettigelse, lige så lidt som fra sagsøgernes anbringende om, at man, når der inden for fællesskabsretten opstår en konflikt mellem på den ene side konkurrencereglerne og på den anden side afgiftspolitikken, ved anvendelsen af konkurrencereglerne, som ikke har forrang frem for andre områder, der er reguleret i traktaten, må tage hensyn til, om og hvorvidt foranstaltninger, som måtte kunne betegnes som konkurrenceretsstridige, kun er rettet mod konkurrencefordrejninger, som skyldes afgiftsreglerne. Dette underbygger klart den opfattelse, at dette forhold har betydning i forbindelse med

bedømmelsen af, om konkurrencebegrænsninger er mærkbare, og at det må anses som en fejl fra Kommissionens side, at den ikke har taget hensyn hertil.

— Herefter er det nærliggende at drage den slutning, der — som det straks vil blive påvist — dog ikke kan være definitiv med hensyn til den del af beslutningen, der angår de tidligere foranstaltninger, at Kommissions bedømmelse vedrørende anvendelsen af artikel 85 på den belgiske distributionsordning for tobaksvarer må anses for anfægtelig.

cc) Herefter er det egentlig ikke påkrævet at gå nærmere ind på sagsøgernes særlige kritik af bedømmelsen af de enkelte elementer i ordningen. Gør man imidlertid dette på trods af Kommissionens opfattelse, hvorefter ordningen må betragtes i sin helhed — fordi man nemlig ikke uden videre kan gå ud fra, at dele af ordningen under ingen omstændigheder vil blive opretholdt, selv om enkelte bestanddele anses som stridende mod konkurrenceretten — fører det til følgende bemærkninger:

— *Fastsættelse af maksimale betalingsfrister*

Sagsøgerne bestrider i denne sammenhæng for det første, at betalingsfristerne — som antaget i beslutningen — forkortes mere og mere, og at de aldrig skulle være længere end 14 dage. I virkeligheden anvendes de uensartet og elastisk — nogle af sagsøgerne hævder, at de principielt kun sælger mod kontant betaling — og der konkurreres altså absolut på dette område. For det andet skal de fælles bestræbelser på at undgå for lange betalingsfrister, som navnlig de store aftagere lægger vægt på — i betragtning af den hurtige omsætning af cigaretter og den kendsgerning, at mere end 70 % af prisen i Belgien består af afgifter, som producenterne og importørerne må betale forlods — i første række ses som et modtræk mod konkurrencevildskud og som en påmindelse om den risiko, som en sådan praksis ville indebære, navnlig på grund af de stærkt stegne bankrenter.

Der er for så vidt ikke grund til at gå nærmere ind på Kommissionens bemærkninger om *anvendelsen* af disse foranstaltninger. Hvad sagsøgerne har anført om den omstændighed, at afgiftsandelen af prisen ikke er et egentligt konkurrenceparameter, og hvad de ved hjælp af eksempler har anført om virkningerne af længere betalingsfrister på detailsalgsprisen, forekommer mig at være overbevisende. Herefter vil det kunne anerkendes, at producenternes bestræbelser på dette område først og fremmest tilsigter af fjerne konkurrencefordrejninger, og at reglerne om betalingsfrister — i det omfang der ikke kan tales om en beskyttelsesværdig konkurrence — i det mindste ikke må anses som en mærkbar konkurrencebegrænsning.

— *Fastsættelse af et mindstesortiment som forudsætning for tilkendelse af bestemte fordele*

På dette punkt kan der med henblik på den konkurrenceretlige bedømmelse sikkert ikke lægges så stor vægt på det af sagsøgerne anførte om, at konkurrencen mellem producenterne, dvs. mellem de forskellige mærker, fremmes på denne måde, og at også små mærker, som ellers ville forsvinde fra markedet på grund af salgsomkostningerne, således får en salgschance. Det må imidlertid tages i betragtning, at den — indirekte — forpligtelse for detailhandlerne til at føre et bestemt sortiment kun har betydning for en lille brøkdel af forhandlerne,

2 000 ud af ca. 80 000 salgssteder. Det er desuden af betydning, at det ifølge oplysningerne fra repræsentanten for sammenslutningen af tidsskriftforhandlerne forholder sig således, at alle disse forhandlere, som dækker omkring 60 % af cigaretsalget i Belgien, på grund af kundernes ønsker i forvejen fører mere end 60 mærker, og at de store aftagere af cigaretter — hvilket fremgår af oplysningerne fra Mestdagh og Huyghebaert — uden videre kan nå op på at omsætte omkring 90 mærker. Da lagerføring af nogle få, mindre solgte mærker endvidere næppe binder kapital i nævneværdigt omfang og vanskeligt forhindrer bestræbelser på at fremme salget af et eller nogle mærker — i denne sammenhæng er det af betydning, at 17 mærker i Belgien har en markedsandel på ca. 70 % og at ca. 30 mærker dækker næsten det samlede forbrug — kan man absolut være af den opfattelse, at der på dette punkt ikke kan tales om en mærkbar konkurrencebegrænsning.

— *Årsrabatten*

Hvad dette punkt angår, finder jeg ganske vist ikke sagsøgernes anbringende om, at det på cigaretmarkedet er normalt, at forhandlerne ikke koncentrerer sig om en *enkelt* producent, og at der følgelig ikke fastsættes individuelle kvantumsrabatter, særlig vægtigt. Men det kan imidlertid ikke afvises, at det er berettiget at henvise til disse godtgørelsers forholdsvis ringe størrelse; de kan åbenbart maksimalt beløbe sig til en brøkdel af en procent af omsætningen. Hvis man holder sig dette for øje, er det vanskeligt at forestille sig, at adgangen til markedet vanskeliggøres for »newcomers« med egen rabatpolitik. Det må vel desuden indrømmes, at en sådan konsekvens snarere måtte befrygtes, hvis rabatten var afhængig af, hvor meget der købtes hos de enkelte producenter. Da det endvidere — som vi har set — ikke er udelukket, at producenterne yder særlige præstationsgodtgørelser, er det også her tvivlsomt, om der foreligger en mærkbar konkurrencebegrænsning.

3. Sagsøgernes anbringender vedrørende bedømmelsen af den belgiske distributionsordning for tobaksvarer har, for så vidt angår spørgsmålet, om betingelserne i artikel 85, stk. 1, er opfyldt, og for så vidt stævningerne ikke udtrykkeligt er begrænset til den del af beslutningen, der vedrører henstillingen, i det væsentlige refereret sig såvel til de tidligere foranstaltninger som til henstillingen. Ikke desto mindre må der fremsættes endnu nogle bemærkninger vedrørende spørgsmålet, om den hidtidige bedømmelse rent faktisk giver tilstrækkeligt grundlag for at ophæve ikke blot beslutningens artikel 2, men også dens artikel 1, for det første fordi det salgssystem, der belv skabt ved henstillingen, i nogen grad afviger fra den indtil da gældende ordning, for det andet med henblik på, at også den belgiske retstilstand, som er omtalt udførligt, er blevet ændret på visse punkter.

Jeg erindrer blot om, at de tidligere foranstaltninger ikke blot gik ud på, at forhandlerne inddeltes i forskellige kategorier med forskellige avancesatser, at der fastsattes maksimale betalingsfrister for grossister, og at der skulle føres et bestemt mindstesortiment af cigaretter. De vedrørte — hvad der efter henstillingen ikke længere var tilfældet — også overholdelsen af de af producenterne fastsatte salgspriser i grossistleddet og i bestemte tilfælde i detailleddet, en begrænsning af tilgangen af grossister til bestemte kategorier, samt forbud mod, at

de godkendte grossister leverede til visse andre grossister og til bestemte detailhandlere. Det må endvidere — da beslutningen for så vidt angår de tidligere foranstaltninger vedrører et tidsrum fra 1962 — ikke overses, at den belgiske fastprisordning (artikel 58 i merværdiafgiftsloven) trådte i kraft den 1. januar 1971, og at fællesskabsbestemmelserne (direktiv 72/464), som tillod en høj proportionalafgift, først trådte i kraft i 1973, mens der åbenbart allerede før den ministerielle bekendtgørelse af 22. december 1971, nemlig fra oktober 1959, fandtes bestemmelser om priskontrol.

a) Det er dog mit indtryk — lad mig med det samme røbe resultatet af mine overvejelser — at disse forhold ikke nødvendiggør nogen grundlæggende anderledes bedømmelse af den del af beslutningen, som vedrører de tidligere foranstaltninger.

— Det er nemlig af betydning, at konkurrencemulighederne på det belgiske marked for tobaksvarer hele tiden har været begrænset i betydeligt omfang, og at de konkurrencefordrejninger, der var tale om, ikke er af nyere dato.

Dette skyldes hovedsagelig den høje proportionalafgift, som man — som vi har hørt det under den mundtlige forhandling — hele tiden har haft i Belgien. Også afgiftspolitkken, som tager sigte på store indtægter fra forbruget af tobaksvarer, og som lægger vægt på, at det forudgående skøn over disse indtægter er så pålideligt som muligt, er af betydning i denne sammenhæng. Set i denne sammenhæng kan den omstændighed, at den høje proportionalafgift siden 1973 har kunnet støttes på fællesskabsbestemmelser, næppe være afgørende, eftersom den før påbegyndelsen af harmoniseringsbestræbelserne sikkert ikke kunne anfægtes ud fra et fællesskabsretligt synspunkt. Det må også erkendes, at målet med fastprisordningen fra 1971, at dæmme op for de konkurrencefordrejende virkninger af den høje proportionalafgift, forud derfor måtte forfølges med privatretlige midler, om hvilke det i øvrigt må siges, at de ikke kunne have samme effekt som offentlige forskrifter, der er belagt med sanktioner.

— Det lægges — bortset fra de vildfarelser, som sagsøgerne har påvist i beslutningen, og som i hvert fald delvis også vedrører de tidligere foranstaltninger — hovedsagelig Kommissionen til last, at den i forbindelse med spørgsmålet, om der foreligger mærkbar konkurrencebegrænsning, har taget udgangspunkt i en fejlagtig grundopfattelse. Dette kan påvises på grundlag af nr. 88 i beslutningen. Det kan herefter med rette gøres gældende over for Kommissionen, at den ikke har undersøgt nøjagtigt, hvilke konkurrencemuligheder på markedet for tobaksvarer i Belgien de nationale forskrifter lader bestå, og om der alligevel kan være tale om, at de anfægtede foranstaltninger havde mærkbare virkninger. Dette gælder imidlertid i samme omfang for henstillingen som for hovedbestanddelene af de tidligere foranstaltninger.

— For så vidt henstillingen om de tidligere foranstaltninger i det væsentlige omfatter samme elementer, kan det således efter min opfattelse antages, at også artikel 1 i Kommissionens beslutning kan kritiseres af de tidligere anførte grunde; for så vidt angår betalingsfristerne og sortimentsforpligtelsen, kan der henvises til de særlige bemærkninger derom, som allerede er fremsat.

b) Skulle man imidlertid — selv om Kommissionens utilstrækkelige undersøgelse hvad angår konkurrencebegrænsningens mærkbarhed åbenbart refererer sig til det samlede sagsforhold, der skal tages stilling til — være af den opfattelse, at de anførte overvejelser i hvert fald ikke kan begrunde en kritik af den konkurrenceretlige bedømmelse af den del af de tidligere foranstaltninger, der vedrører den kvantitative begrænsning af godkendelse af grossister i bestemte kategorier og forbudet mod grossisters videresalg til andre forhandlere, måtte det desuden undersøges, om den anden betingelse i artikel 85 er opfyldt, dvs. om forholdet kan påvirke handelen mellem medlemsstater; også her gælder der jo et krav om mærkbarhed (jf f.eks. dommen i sag 28/77, Tepea BV mod Kommissionen, dom af 20. 6. 1978, Sml. 1978, s. 1391).

I denne henseende henvises der i beslutningen (nr. 91) for det første til den omstændighed, at den største luxembourgske cigaretproducent, sagsøgeren Heintz van Landewyck, er medlem af Fedetab, og at alt, hvad denne producent sælger til Belgien, er underkastet de konkurrencebegrænsninger, der omtales i beslutningen. Det fremhæves endvidere, at en væsentlig del af den belgiske cigaret- og cigarimport foretages af producenter, som er medlemmer af Fedetab, og at salget af de importerede produkter sker på samme konkurrencebegrænsende vilkår som salget af egne, i Belgien fremstillede produkter. Desuden måtte udgangspunktet være, at de importører og producenter, som ikke havde tilsluttet sig de kritiserende salgsbestemmelser, alligevel var underkastet begrænsningerne, når de videresolgte til forhandlere, som overholdt salgsbestemmelserne; dette skal i betragtning af den stærke markedsstilling, som Fedetab's medlemmer og medlemmerne af grossistsammenslutningen indtog, have være hovedreglen.

Efter min opfattelse må man nære betydelig tvivl om, hvorvidt disse argumenter — forudsat at begge de nævnte klausuler må anses som mærkbare konkurrencebegrænsninger — er tilstrækkelige som grundlag for at antage, at de også var egnede til at påvirke handelen mellem medlemsstater mærkbart. Under sagen er der ikke blevet oplyst noget om, og heller ikke beslutningen indeholder tilstrækkelige oplysninger om det nærmere omfang af den anfægtede praksis med hensyn til den begrænsede adgang for forhandlere til at blive optaget i bestemte kategorier og den nærmere betydning af forbudet mod leverancer fra godkendte grossister til bestemte forhandlere. For at kunne antage, at den ovennævnte betingelse i artikel 85, stk. 1, var opfyldt, måtte det vel imidlertid være nødvendigt, at de internationale handelsstrømme i mærkbart omfang havde udviklet sig anderledes, hvis salgsvilkårene havde været anderledes udformet, dvs. hvis grossisterne blev godkendt i ubegrænset omfang, og hvis der ikke gjaldt et forbud mod horisontale leverancer.

Hvis man altså mener, at de tidligere anførte kritiske bemærkninger vedrørende konkurrencebegrænsningens mærkbarhed ikke kan gælde for alle de såkaldte tidligere foranstaltninger, må sagsøgernes kritik af Kommissionens beslutning for så vidt anerkendes som berettiget, fordi der ikke er tilstrækkeligt grundlag for at fastslå, at der foreligger en mærkbar begrænsning af samhandelen.

4. De fremførte anbringender imod anvendelsen af artikel 85, stk. 1, på den

belgiske distributionsordning for tobaksvarer må således, såvel for så vidt angår de såkaldte tidligere foranstaltninger som for så vidt angår henstillingen af 1. januar 1975, anses som holdbare, hvilket indebærer, at hele beslutningen — afslaget på at meddele fritagelse efter artikel 85, stk. 3, forudsætter jo, at artikel 85, stk. 1, overhovedet finder anvendelse — af disse grunde må annulleres.

III — Det øvrige processtof

Som De vil huske, gik tvisten mellem parterne langt ud over de punkter, der hidtil er taget stilling til. Det blev således diskuteret helt generelt, dvs. i relation til alle de foranstaltninger, der er anfægtet af Kommissionen, og ud fra mange slags synspunkter, om det rent faktisk kunne lægges til grund, at der var tale om en mærkbar konkurrencebegrænsning. Det blev endvidere hævdet, at Kommissionen ved anvendelsen af artikel 85, stk. 1, på det belgiske marked skulle have krænket princippet om ligebehandling af offentlige og private virksomheder, eftersom den ikke rettidigt og tilstrækkeligt effektivt har grebet ind over for graverende hindringer for udenlandske producenters adgang til at drive virksomhed i monopollandene Frankrig og Italien. Den skal heller ikke — hvormed der ligeledes sigtes til anvendelsen af artikel 85, stk. 1 — have taget hensyn til den belgiske lov af 27. juli 1961 om ensidig opsigelse af eneforhandlingsaftaler, som tilsigter at beskytte forhandleren, og som er forenelig med EØF-traktaten. Den skal heller ikke have taget i betragtning, at den distributionsordning, som den har angrebet, indebærer garantier for producenterne, hvis bortfald ville have negative konsekvenser for den fælles markedsordning for råtobak, fordi der i så fald nødvendigvis ville blive tale om fald i priserne for råtobak, om øgede interventioner og om forøget eksport ved hjælp af eksportrestitutioner.

Det er endelig gjort gældende, at Kommissionen med urette nægtede at meddele fritagelse efter artikel 85, stk. 3. Til støtte herfor er det, for så vidt angår de tidligere foranstaltninger, blevet anført, at Kommissionen overhovedet ikke har undersøgt muligheden for at meddele fritagelse, fordi den ikke har erkendt, at en skrivelse fra Fedetab af januar 1971 i virkeligheden skulle have været bedømt som en anmeldelse, og fordi den har overset, at der for de omhandlede foranstaltninger gjaldt en fritagelse fra anmeldelsespligten. Hvad angår henstillingen af 1. januar 1975, er det endvidere anført, at der ikke i klagepunkterne er taget stilling til alle betingelserne i stk. 3, at Kommissionen med urette har fundet, at de ikke var opfyldt, og at den vedrørende nogle af betingelserne ikke har givet en fyldestgørende begrundelse, navnlig fordi den ikke har taget stilling til alle de argumenter, som sagsøgerne fremførte.

I betragtning af omfanget af min hidtidige gennemgang af sagen og af det resultat, jeg er nået til vedrørende spørgsmålet om anveldelsen af artikel 85, stk. 1, vil jeg undlade også at gå nærmere ind på alle disse spørgsmål, som efter min overbevisning ikke længere er af afgørende betydning.

IV — Herefter skal jeg fremsætte følgende endelige *forslag til afgørelse:*

Der bør gives sagsøgerne medhold, og den anfægtede beslutning bør følgelig annulleres i sin helhed.

Kommissionen bør principielt tilpligtes at betale sagens omkostninger — herunder omkostningerne i forbindelse med proceduren vedrørende begæringen om foreløbige forholdsregler, hvor der ligeledes blev givet sagsøgerne medhold. Det bør desuden kendes for ret, at de intervenienter, der er indtrådt i sagen til støtte for Kommissionen, skal bære deres egne omkostninger samt den del af sagsøgernes omkostninger, der er forårsaget af interventionen.