RETSMØDERAPPORT
i de forenede sager 142 og 156/84 *

Indholdsfortegnelse

I — Parterne 4492

II — De faktiske omstændigheder 4492

1. 1981-aftalerne 4493

2. 1984-aftalerne 4494

3. Den administrative procedur 4497

III — Retsforhandlingerne 4505

IV — Parternes påstande 4506

V — Parternes anbringender og argumenter 4507

A — Formaliteten 4507

a) Rembrandt 4507

b) Kommissionen 4507

c) BAT 4508

d) R. J. Reynolds 4508

B — Realiteten 4509

Indledende bemærkninger 4509

1) Tilsidesættelse af Traktatens artikel 85, stk. 1, ... 4509

a) BAT 4509

b) R. J. Reynolds 4514

c) Kommissionen 4517

d) Rembrandt 4519

e) Philip Morris 4522

* Processprog: Engelsk.

2) Tilsidesættelse af Traktatens artikel 86 4525

a) BAT 4525

b) R. J. Reynolds 4527

c) Kommissionen 4528

d) Rembrandt 4529

e) Philip Morris 4530

3) Utilstrækkeligheden af de tilsagn, som Rembrandt og Philip Morris har afgivet over for Kommissionen 4530

a) BAT 4530

b) R. J. Reynolds 4531

c) Kommissionen 4532

d) Rembrandt 4532

e) Philip Morris 4533

4) Den utilstrækkelige begrundelse af beslutningen 4534

a) BAT 4534

b) R. J. Reynolds 4535

c) Kommissionen 4536

d) Rembrandt 4537

e) Philip Morris 4538

5) Princippet om god forvaltningsskik 4538

a) BAT 4538

b) R. J. Reynolds 4539

c) Kommissionen 4540

d) Rembrandt 4540

e) Philip Morris 4541

6) Tilsidesættelse af grundrettigheder 4541

a) BAT 4541

b) R. J. Reynolds 4542

c) Kommissionen 4542

d) Rembrandt 4543

e) Philip Morris 4543

I — Parterne

1. *Rembrandt Group Ltd* (herefter benævnt »Rembrandt«) er et sydafrikansk investeringsselskab. Gruppens vigtigste indtægtskilder hidrører fra dens verdensomspændende investeringer i tobaks- og alkoholindustrien. Omkring halvdelen af Rembrandt's indtægter stammer fra disse industrier. Rembrandt sælger ikke tobaksprodukter inden for EØF. Gruppen har også interesser inden for mange andre sektorer.

2. *Rothmans Tobacco (Holding) Ltd* (herefter benævnt »Rothmans Holdings«) er et 100% ejet datterselskab af Rembrandt, og har hjemsted i Det Forenede Kongerige. Selskabet er i hovedsagen et investeringsselskab, der har en meget betragtelig andel i Rothmans International plc.

3. *Rothmans International plc.* (herefter benævnt »Rothmans International«) er et aktieselskab med hjemsted i Det Forenede Kongerige. Sammen med sine datterselskaber udgør det en koncern, hvis væsentligste aktiviteter er fremstilling og salg af cigaretter og andre tobaksprodukter. Koncernens omsætning androg i 1981 ca. 2,4 mia UKL, hvoraf 90% stammede fra tobak; halvdelen af koncernens salg skete inden for EØF. Rothmans International's andel af cigaretmarkedet i EØF er 12-15%, men i Beneluxlandene er markedsandelen næsten på 50%.

4. *Philip Morris Inc.* (herefter benævnt »Philip Morris«) er et amerikansk selskab, der hovedsagelig fremstiller cigaretter, øl og alkoholfrie drikkevarer. Dets indtægter fra tobaksprodukter udgør omkring 65% af de samlede indkomster. Philip Morris' andel af EØF-cigaretmarkedet ligger på mellem 11 og 14% (noget mindre for Benelux-markedets vedkommende).

5. *R. J. Reynolds Industries Inc.* (herefter benævnt »R. J. Reynolds«) er et amerikansk selskab. Det fremstiller cigaretter, men driver også en lang række andre aktiviteter, herunder Kentucky Fried Chicken og Del Monte, der fremstiller konserverede frugter og grønsager. Dette selskabs andel af EØF-cigaretmarkedet er beskeden, omkring 3-4%, men dets markedsandel er omkring 10% i Nederlandene og i Forbundsrepublikken Tyskland.

6. *British-American Tobacco Ltd* (herefter benævnt »BAT«), den vestlige verdens største tobaksproducent, har hjemsted i Det Forenede Kongerige. Selskabet driver også en lang række andre kommercielle aktiviteter og er også aktiv inden for forsikring. Dens andel af cigaretmarkedet i EØF er omkring 10%, i Belgien og Luxembourg er andelen 10%, mens den i Forbundsrepublikken Tyskland og Nederlandene er omkring 25%.

II — De faktiske omstændigheder

Forud for de begivenheder, som nærværende sag drejer sig om, ejede Rembrandt hele kapitalen i Rothmans Holdings, der på sin side ejede 43,8% af den tegnede aktiekapital i Rothmans International. Aktierne, som Rothmans International havde, gav selskabet 58,3% af stemmerettighederne i Rothmans International, men dets stemmeret var begrænset af vedtægterne i Rothmans International til halvdelen af stemmerne minus en. De aktier i Rothmans International, der ikke var ejet af Rothmans Holding, var spredt i offentligheden, således at Rothmans Holding i realiteten udøvede kontrol over Rothmans International. Endvidere besad selskabet samtlige kumulative præferenceaktier i Rothmans International, hvilket gav selskabet en dominerende indfly-

delse på stemmeretten med hensyn til vedtagelser af særlig vigtighed.

1. *1981-aftalerne*

Efter forgæves at have forhandlet med sagsøgerne om salg af en aktiepost i Rothmans International, indgik Rembrandt med Philip Morris i april og maj 1981 en række aftaler, hvorved Philip Morris blev ejer af halvdelen af aktiekapitalen i Rothmans Holdings og halvdelen af de konvertible obligationer i Rothmans International, som Rembrandt ejede. Philip Morris fik endvidere en række varemærkerettigheder i Nord- og Sydamerika og i Sydafrika. Resten af aktierne i Rothmans International forblev på Rembrandt's hænder. Philip Morris betalte Rembrandt 350 mio USD for rettighederne ifølge disse aftaler.

Hver part gav endvidere den anden en »forkøbsret«, der kunne udøves i tilfælde af, at en af parterne i god tro og på sædvanlige markedsvilkår agtede at sælge sin interesse i Rothmans Holding eller sine aktier eller obligationer i Rothmans International enten helt eller delvist til tredjemand. I tilfælde af yderligere erhvervelser af aktier eller obligationer i Rothmans International fra nogen af parternes side, var denne part forpligtet til at drage omsorg for, at den anden part kunne erhverve en lige så stor andel.

Aftalerne gav endvidere Rembrandt og Philip Morris ret til at udpege tre medlemmer af den seks mand store direktion i Rothmans Holdings, hvis præsident blev opstillet og valgt efter fælles aftale mellem parterne, uden at dennes stemme havde større vægt end de andres.

Ved aftalerne blev der bestemt, at eftersom Rothmans International og Philip Morris-koncernerne fortsat skulle konkurrere på en række væsentlige markeder og begge parter skulle respektere alle aktionærers interesser, måtte oplysninger vedrørende Rothmans International forretningsforhold, der blev stillet til Philip Morris' rådighed, ikke omfatte konkurrencefølsomme oplysninger.

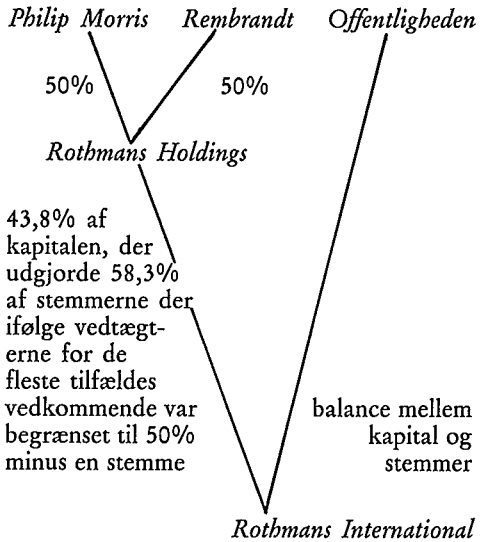
Endvidere bibeholdt Rembrandt de ledelsesfunktioner, som selskabet indtil da havde udøvet, for så vidt angik Rothmans International's forretningsdispositioner.

Imidlertid indeholdt aftalerne en hensigtserklæring om, at Philip Morris og Rothmans International skulle samarbejde, hvilket fremgik af følgende bestemmelse:

»Parterne vil bestræbe sig på at udnytte de potentielle fordele i forbindelse med et samarbejde inden for områderne fælles distribution, fælles fremstilling, udveksling af teknisk knowhow og forskningsresultater, etc. Sælgeren vil foranledige, at Rothmans International deltager i sådanne samarbejdsbestræbelser.«

Denne hensigt kommer også til udtryk i en separat »samarbejds-aftale«, der var gældende mellem september 1981 og april 1983.

Philip Morris erhvervede således i henhold til aftalerne en indirekte andel på 21,9% af overskuddet i den konkurrerende virksomhed Rothmans International, hvorefter Rembrandt's og Philip Morris' kapitalandele i Rothmans International var følgende:



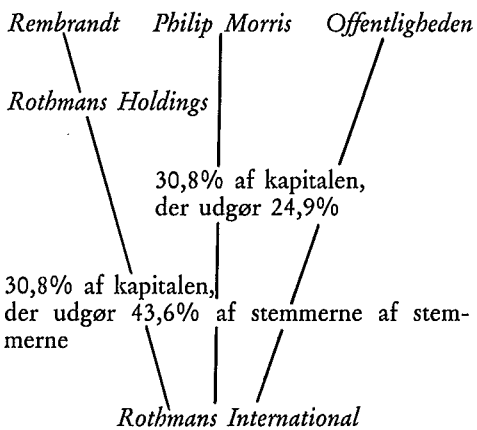
2. *1984-aftalerne*

Som følge af klager, der bl. a. var blevet indgivet af sagsøgerne, rettede Kommissionen en meddelelse om klagepunkter til Philip Morris og Rembrandt og gjorde herunder gældende, at 1981-aftalerne både stred mod Traktatens artikel 85 og artikel 86.

Efter at Kommissionen havde tilbudt Philip Morris og Rembrandt, at de kunne foreslå ændringer, der kunne ryde årsagen til Kommissionens klager af vejen, enedes de om at ændre deres 1981-aftaler.

Efter de nye aftaler, der blev endelig indgået i 1984, opgav Philip Morris halvdelen af sin interesse i Rothmans Holding mod en direkte aktiepost i Rothmans International. Aktieposten er på 30,8%, der udgør 24,9% af stemmerne, mens den andel, som Rembrandt har gennem Rothmans Holdings, nu også — efter at konverteringsretten ifølge nogle konvertible obligationer er blevet udøvet — også udgør 30,8%, men repræsenterer 43,6% af stemmerne.

Endvidere har Philip Morris, der stadig besidder nogle konvertible obligationer, indvilget i at undlade at forøge sin aktieandel i Rothmans International på en sådan måde, at selskabets stemmeret når 25% eller mere. Herefter er fordelingen af Rothmans International's aktier og stemmer følgende:



Aftalerne rummer også følgende bestemmelser, der giver hver af parterne forkøbsret, dersom den anden afstår sin aktiepost:

— Rembrandt kan kun sælge sin aktieandel i dennes helhed, efter at have givet Philip Morris forkøbsret og detaljerede oplysninger om den mulige køber. Hvis Philip Morris ikke accepterer tilbudet, kan Rembrandt kun sælge sin andel til én uafhængig køber eller til ti eller flere købere, der er uafhængige af hinanden og af Rembrandt, forudsat ingen sådan

køber derved erhverver mere end 10% af stemmeretten i Rothmans International.

— Dersom Rembrandt har til hensigt at sælge sin aktieandel til en enkelt køber, skal Rembrandt foranledige, at køberen fremsætter et identisk tilbud om køb af Philip Morris' aktieandel.

— Forud for ethvert salg fra Rembrandt's side af dets kapitalandel, skal Rembrandt tilbyde Philip Morris at ombytte halvdelen af dets (Rembrandt's) ordinære (fire stemmer) aktier med et lignende antal ordinære »B« aktier (en stemme). Alternativt skal Rembrandt efter Philip Morris' anmodning prøve at foranledige Rothmans International til at konvertere alle aktier, der giver fire stemmer, til aktier med en stemme pr. aktie.

— Philip Morris kan kun afhænde sin aktiepost i dens helhed og efter at have givet Rembrandt forkøbsret og detaljerede oplysninger om den mulige køber og købet. Dersom Rembrandt ikke accepterer dette tilbud, kan Philip Morris kun afsætte sin aktiepost til (a) én uafhængig køber eller (b) til ti eller flere købere, der er uafhængige af hinanden og af Philip Morris, forudsat ingen sådan køber derved erhverver mere end 10% af stemmeretten i Rothmans International.

— Dersom Rembrandt ikke udøver sin forkøbsret i tilfælde af, at Philip Morris sælger, kan Philip Morris udpege en person til at købe et antal aktier med en stemme i Rothmans International der er mindst lig med halvdelen af antallet af Rembrandt's aktier med fire stemmer, og som skal have ret til at udøve tre fjerdedele af de stemmer, der tilkommer den ene halvdel af Rembrandt's aktier med fire stemmer, bortset fra spørgsmål om udnævnelse eller afskedigelse af direktører i Rothmans International. Denne person og hans efterfølgere indtræder i Philip Morris' rettigheder som anført ovenfor.

Samtidig påtog Philip Morris og Rembrandt sig følgende forpligtelser over for Kommissionen:

— Philip Morris forpligter sig til at informere Kommissionen om og fremlægge en kopi af ethvert tillæg, ændring eller supplement til aftalerne i umiddelbar tilknytning til, at et sådant tillæg, ændring eller supplement træder i kraft.

— Philip Morris påtager sig ligeledes at give Kommissionen meddelelse inden for 48 timer, dersom selskabet eller dets datterselskaber på noget tidspunkt forøger deres aktieandel i Rothmans International eller på anden måde erhverver stemmerettigheder på en sådan måde, at koncernens samlede andel udgør 25% eller mere af de samlede stemmer i Rothmans International, således at Kommissionen sættes i stand til om fornødent at efterprøve konkurrencesituationen inden for tobaksindustrien i Det Europæiske Fællesskab som et resultat af denne situation og at fremsætte de betragtninger, som Kommissionen måtte have i denne anledning. Dersom Kommissionen på grundlag af en sådan oplysning anmoder Philip Morris herom, vil Philip Morris i en periode på tre måneder efter en sådan forøgelse gennemføre en passende »isolations«-aftale med hensyn til Rothmans International's og Philip Morris' tobaksinteresser inden for Det Europæiske Fællesskab, der kan

sikre opretholdelsen af status quo, således at Kommissionen inden for dette tidsrum kan afgøre, hvorvidt andre — om overhovedet — foranstaltninger måtte være påkrævet.

— Philip Morris forpligter sig til ikke at have nogen repræsentant i bestyrelsen eller i noget direktionsorgan hos Rothmans International eller hos noget medlem af Rothmans International-koncernen, der har interesser i tobaksmarkedet inden for De Europæiske Fællesskaber.

— Philip Morris forpligter sig også til hverken at indhente eller modtage oplysninger fra Rothmans International eller Rembrandt vedrørende Rothmans International-koncernen, der kan påvirke konkurrencedispositionerne hos noget selskab inden for Philip Morris-koncernen inden for Det Europæiske Fællesskab, eller som på anden måde kan påvirke Philip Morris-koncernens konkurrencedispositioner over for Rothmans International-koncernen eller konkurrenceforhold mellem Philip Morris-koncernen og Rothmans International-koncernen inden for Det Europæiske Fællesskab.

— Philip Morris kan på et hvilket som helst tidspunkt — men ikke oftere end én gang om året — rette henvendelse til Kommissionen for at få den til at undersøge situationen med henblik på inden for 90 dage at afgøre, hvorvidt forpligtelserne stadig er påkrævet for at sikre opretholdelsen af konkurrencen inden for tobaksindustrien i EØF. Under alle omstændigheder gælder det, at salg eller anden afhændelse fra Philip Morris' eller dets datterselskabers side af deres samlede andel i Rothmans International aktierne bringer disse forpligtelser til ophør.

— Rembrandt forpligter sig til ikke at tilskynde Rothmans International til at give Philip Morris nogen som helst oplysninger, som Philip Morris ifølge sine påtagne forpligtelser ikke må søge indhentet eller modtage fra Rothmans International.

»Isolations«-aftalen, som Philip Morris påtog sig at indføre under visse omstændigheder frembyder følgende kendetegn:

— Aftalen skal vare i tre måneder fra den dato, hvor den ovenfor anførte forøgelse af stemmeretten sker.

— I dette tidsrum skal Philip Morris undlade at fusionere eller tage skridt til fusion af selskabets tobaksinteresser inden for Det Europæiske Fællesskab med Rothmans International-koncernens tobaksinteresser inden for Det Europæiske Fællesskab.

— Philip Morris skal i dette tidsrum undlade at tage direkte eller indirekte skridt med henblik på at reducere Rothmans International-koncernens evne til effektivt at konkurrere som en levedygtig og uafhængig virksomhed på tobaksmarkedet inden for Det Europæiske Økonomiske Fællesskab.

— Philip Morris påtager sig i denne periode at bevare og beskytte alle de aktiver, som Rothmans International-koncernen har på tobaksmarkedet inden for Det Europæiske Fællesskab, ligesom selskabet afstår fra enhver handling, der kan formindske disse aktivers værdi og undlader at afsætte sådanne aktiver i forbindelse med selskabets ordinære drift.

— I dette tidsrum skal Rothmans International-koncernens markedsføring af tobaksvarer inden for Det Europæiske Fællesskab holdes adskilt fra Philip Morris-koncernens. Særligt må der ikke ske fusion af salgsorganisationerne, ligesom alle marketingsafdelinger skal holdes adskilt; reklamebudgetterne må ikke sammenlægges og eksisterende aftaler med reklamebureauer skal fortsætte.

— Philip Morris påtager sig i denne periode ikke at søge at indføre stratetiske ændringer med hensyn til noget aspekt i forbindelse med salg af tobaksprodukter inden for Det Europæiske Fællesskab fra Rothmans International-koncernens side.

— Philip Morris skal i dette tidsrum undlade at udskifte noget direktionsmedlem eller nogen administrerende direktør for selskaberne under Rothmans International-koncernen, der sælger tobaksprodukter inden for Det Europæiske Fællesskab.

— Philip Morris skal i dette tidsrum undlade at deltage direkte eller indirekte i rådslagninger eller afgørelser, der træffes af Rothmans International's bestyrelse eller noget andet ledende organ inden for Rothmans International vedrørende Rothmans International's optræden på tobaksmarkedet i Det Europæiske Fællesskab.

— Philip Morris forpligter sig til i nævnte tidsrum at afstå fra enhver udveksling af oplysninger, der vedrører eller påvirker konkurrencen på EØF-tobaksmarkedet, mellem Rothmans International-koncernens og den del af Philip Morris-koncernens ledelse, der står for tobaksafsætningen inden for Det Europæiske Fællesskab.

3. *Den administrative procedure*

Den 4. maj 1981 indgav R. J. Reynolds en klage til Kommissionen rettet mod 1981-aftalerne og påstod herunder, at de var blevet indgået mellem Philip Morris og Rembrandt i strid med såvel Traktatens artikel 85 som artikel 86.

Den 20. januar 1982 indgav BAT en lignende klage.

Den 26. maj 1981 blev aftalerne mellem Philip Morris og Rembrandt anmeldt til Kommissionen med henblik på at få negativattest eller fritagelse.

Kommissionen, der fandt, at 1981-aftalerne indebar en tilsidesættelse både af Traktatens artikel 85 og 86, indledte procedure i henhold til artikel 3, stk. 1, i forordning nr. 17 og fremsendte sin meddelelse af klagepunkter til Philip Morris og Rembrandt, hvoraf en kopi blev sendt til sagsøgerne, efter at der var sket udstregning af de dele, som Philip Morris og Rembrandt hævdede var af fortrolig karakter. *Det væsentlige indhold i meddelelsen af klagepunkter var følgende*:

Kommissionen anførte indledningsvis, at Philip Morris' erhvervelse af aktier og obligationer i Rothmans International anbragte Philip Morris i en absolut jævnbyrdig stilling med Rembrandt. Kommissionen anførte videre, at fra 1976 til 1980 var *cigaretmarkedet i Fællesskabet* mængdemæssigt stagnerende og oligopolistisk; da der ikke forelå nogen væsentlig priskonkurrence eller gennembrud inden for produktudviklingen, var annoncering og virksomhedserhvervelse blevet de vigtigste måder at forøge markedsandelen på. Adskillige undersøgelser fra de senere år viste, at reklame, snarere end at forøge det samlede cigaretsalg og -forbrug, alene tjente til at bevare eller forøge en markedsandel.

Eftersom markedet var domineret af store virksomheder med betragtelige ressourcer og ekspertise, og da reklamering var af afgørende betydning, var det meget vanskeligt at trænge ind på markedet.

Med hensyn til Philip Morris' erhvervelse af aktierne i Rothmans Holding, nåede Kommissionen til det resultat, at aftalen havde til virkning at begrænse konkurrencen, jfr. Traktatens *artikel 85, stk. 1.* Philip Morris og Rothmans International-koncernerne var sædvanligvis konkurrenter på cigaretmarkedet i EF forud for de begivenheder, der har givet anledning til sagen. Når situationen var den, at to faktiske eller potentielle konkurrenter på grundlag af en aftale sammen ejede et datterselskab, der solgte sine produkter på det samme marked, måtte den omstændighed, at det stred mod hver af moderselskabernes økonomiske interesser at konkurrere med deres datterselskab (og derfor også at konkurrerere med hinanden) være en følge af konkurrenceaftalen, jfr. Traktatens artikel 85, stk. 1.

Endvidere gav Rothmans Holding's aktiepost, der udgør 43,8% af aktiekapitalen i Rothmans International og 58,3% af stemmerne i Rothmans International, selskabet effektiv kontrol over Rothmans International's dispositioner, trods den særlige regel, hvorefter selskabet ikke kunne have nogen automatisk majoritet.

Ifølge Kommissionen blev Rothmans International's dispositoner på markedet påvirket af de aftaler, der har givet anledning til sagen, ligesom Philip Morris ikke længere havde nogen interesse i at konkurrere med Rothmans International. Rembrandt havde ingen interesse i at konkurrere mod Rothmans International, ligesom selskabet havde sikret sig, at Philip Morris, der tidligere var en vigtig konkurrent, som et direkte resultat af aftalen heller ikke ville gå ind i nogen konkurrence. Gennem de forhold, der blev skabt af de berørte virksomheder, var det usandsynligt, at deres dispositioner på Fællesskabets tobaksmarked ville være de samme som før erhvervelsen af aktierne, eller som disse dispositioner ville havde været, hvis erhvervelsen ikke havde fundet sted.

Kommissionen anførte, at Philip Morris og Rothmans International ville få talløse muligheder og tilskyndelser til at samordne deres markedsdispositioner. Det nye samarbejde medførte, at det ville stride mod både deres fælles og isolerede interesser, dersom de ikke samarbejdede om planlægning og gennemførelsen af markedsstrategier vedrørende nye mærker, reklamekampagner, udvidelse eller konsolidering inden for et bestemt område, eller samordnede deres pris- og markedsstrategier, hvilket ville føre til en opdeling af markedet. Selv ensidige foranstaltninger fra en virksomheds side ville under alle omstændigheder blive truffet under hensyntagen til den anden parts interesser og planer. Det resultat, man således klart måtte forudse, var, at dette samarbejde ville medføre en begrænsning af konkurrencen.

Selv bortset fra de øvrige træk ved den samlede transaktion, der behandles nedenfor, medfører en virksomheds erhvervelse af en stor andel i et holdingselskab, der kontrollerer en konkurrerende virksomhed, sandsyndligvis en begrænsning af konkurrencen. Mens virksomhederne tidligere stod i et sædvanligt konkurrenceforhold til hinanden, kan de ikke længere antages at ville konkur-

rere så konsekvent, at de derved forsætligt skader hinandens interesser.

En virksomhed med en stor, direkte eller indirekte investering i en anden virksomhed vil således givetvis afholde sig fra enhver dispostion, der kan have skadet denne virksomhed, for ikke at bringe investeringen i fare. Virksomheden, der foretager denne investering, vil endvidere få indflydelse på ledelsen og dispositionerne i denne virksomhed, som den har investeret i, hvorved den vil blive sat i stand til at sikre sig, at dens egne forretningsinteresser ikke bliver skadet af dispositionerne i sidstnævnte virksomhed. Ligeledes er den virksomhed, som en sådan investering bliver foretaget i, nødt til at tilpasse sine dispositioner og planer og herved tage hensyn til denne investors interesser, ligesom den tidligere aktiemajoritet i selskabet ikke vil kunne udøve sine resterende rettigheder og beføjelser uden at tage hensyn til erhververens interesser og stratetiske mål.

Som et resultat af selskabets 50% andel i Rothmans Holding, der på sin side kontrollerede Rothmans International, var Philip Morris nødt til i betragtelig omfang at samordne sine forretningsaktiviteter på Fællesskabets tobaksmarked med Rothmans International. Selv om det med Philip Morris' aktieerhvervelse var hensigten at foretage en passiv investering står den kendsgerning dog tilbage, at dens *virkning* nødvendigvis måtte blive en begrænsning af konkurrencen.

Kommissionen har endvidere fastslået, at Philip Morris' og Rembrandt's fælles kontrol over de to virksomheder blev forstærket af aftalen vedrørende udnævnelse af bestyreles- og direktionsmedlemmer og gennem det forhold, at der ikke tilkommer formandens stemme større vægt ved stemmelighed, hvilket sikrede, at ingen bestyrelsesbeslutning kunne træffes uden, at begge selskaber tiltrådte den. På baggrund af Rothmans Holdings' kontrol med Rothmans International, tjente beføjelsen til at udnævne direktionen til at styrke den konkurrencebegrænsende virkning af aktieerhvervelsen. Bestemmelserne om forkøbsret blev udformet for at opretholde pariteten i Philip Morris' og Rembrandt's interesse i Rothmans Holdings, hvorved man afskar, at nogen større foranstaltning kunne gennemføres uden samråd med den anden part.

Kommissionen drog på grundlag af bestemmelserne vedrørende aktieerhvervelsen den konklusion, at Philip Morris og Rembrandt og Rothmans International var nødt til at koordinere deres dispositioner på Fællesskabets cigaretmarked, og at hver af dem var nødt til uden undtagelse at tage hensyn til de øvrige parters forhold og aktiviteter, hvis man ikke ville skade egne interesser. Denne konsekvens havde en konkurrencebegrænsende virkning, der med rimelighed kunne forudses af parterne, hvilket støtter det resultat, at bestemmelserne havde en begrænsning af konkurrencen til *formål.*

Hvad angår samarbejdsaftalen mellem Philip Morris og Rembrandt, har Kommissionen anført, at Rembrandt under sit fortsatte arbejde i ledelsen af Rothmans International måtte tage hensyn til Philip Morris' interesser på baggrund af selskabets kontraktsforhold til Philip Morris. Forholdet mellem Philip Morris og Rothmans International var af en sådan beskaffenhed, at selskaberne i egen interesse måtte tage hensyn til hinandens synspunkter og hensigter. Ligeledes gælder det, at dersom en række af de ud-

trykkelige bestemmelser i samarbejdsaftalen, skal forstås efter ordenes sædvanlige betydning, må information om Rothmans International, der må formodes at være af interesse for en konkurrent, nødvendigvis blive meddelt Philip Morris.

Kommissionen konkluderede, idet den også henviste til kontraktsbestemmelsen vedrørende udnyttelsen af de mulige fordele af samarbejde mellem parterne, at samarbejdsaftalen klart sigtede mod at tilvejebringe en samordning af de to virksomheders aktiviteter på Fællesskabets cigaretmarked. Aftalens *formål* var derfor at begrænse konkurrencen og styrke de ovenfor nævnte restitutioner.

Endelig anførte Kommissionen, at adskillige datterselskaber under Philip Morris og Rothmans International drev virksomhed på det fælles marked, og at denne virksomhed derfor i betragtelig grad ville blive påvirket af aftalerne.

Med hensyn til Traktatens *artikel 85, stk. 3,* så Kommissionen ingen grund til at fastslå, at aftalerne bidrog til at forbedre produktionen eller fordelingen af cigaretterne eller til at fremme den tekniske eller økonomiske udvikling, eller at de sikrede forbrugerne en rimelig andel af den mulige fordel herved.

Kommissionen anførte således, at der på det nuværende tidspunkt ikke var grundlag for at meddele en fritagelse i henhold til artikel 85, stk. 3, med hensyn til de påviste begrænsninger, der såvel hver for sig som i forening udgjorde en tilsidesættelse af artikel 85.

Med hensyn til *artikel 86* var Kommissionen af den opfattelse, at Rothmans International, hvis 1980-markedsandel var på 47,8% i Belgien og Luxembourg og 49% i Nederlandene, havde en dominerende stilling på to væsentlige dele af Fællesmarkedet.

På baggrund af den omstændighed, at Rothmans International-koncernens markedsandele i Benelux-landene nød godt af de bagved liggende ressourcer og koncernens styrke, hvis markedsandel i Fællesmarkedet som helhed betragtet var større end konkurrenternes, var koncernen i stand til at optræde med en betragtelig grad af uafhængighed i forhold til konkurrenter og kunder.

Kommissionen anførte, at forud for indgåelsen af de pågældende aftaler kontrollerede Rembrandt Rothmans International gennem Rothmans Holdings. Rothmans International's dominerende stilling kunne derfor henregnes til Rembrandt. Sidstnævnte misbrugte sin dominerende stilling ved at indgå de pågældende aftaler med Philip Morris, hvilket medførte en yderlige styrkelse af Rothmans International's dominerende stilling. Rembrandt havde sikret sig, at Philip Morris, der i 1980 havde markedsandele i 1980 på 8,7% i Belgien og Luxembourg og 7% i Nederlandene, ville blive nødt til at samordne sine forretningsdispositioner med Rothmans International i betragteligt omfang. Rembrandt fik derved uskadeliggjort Philip Morris som en konkurrent i forhold til Rothmans International. Som eksempel henviste Kommissionen til dom af 21. februar 1973 (sag 6/72, Euroemballage og Continental Can mod Kommissionen, Sml. s. 215) og dom af 13. februar 1979 (sag 85/76, Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, Sml. s. 461), hvori Domstolen fastslog, at en virksomhed misbruger sin dominerende stilling, dersom den styrker den på en sådan måde, at den opnår en dominans,

der i væsentlig grad hæmmer konkurrencen eller forringer den effektive konkurrencestruktur i Fællesmarkedet. I nærværende tilfælde begrænsede Rothmans International's dominerende stilling på to relevante markeder og styrkelsen gennem samordningen med Philip Morris's styrke og ressourcer, i væsentlig grad den tiloversblevne konkurrence. Konkurrencestrukturen på to væsentlige dele af Fællesmarkedet blev således yderligere svækket.

De to virksomheders samlede styrke, der blev sat ind på en konkurrencestridig samordning, satte dem således i stand til at handle med en betragtelig grad af uafhængighed af deres konkurrenter og kunder. Philip Morris og Rembrandt var således tilsammen dominerende på to væsentlige dele af Fællesmarkedet. Philip Morris misbrugte selskabets dominerende stilling ved at købe Rothmans International-aktierne, hvorved man fremkaldte en samarbejdsaftalen og intensiverede samarbejdsstrategien med Rothmans International på relevante markeder. Styrkelsen af den fælles dominerende stilling medførte således en væsentlig begrænsning i konkurrencen.

De to aftaleparters misbrug påvirkede samhandelen mellem medlemsstater og var derfor uforenelig med Fællesmarkedet.

I den skrivelse, der ledsagede meddelelsen af klagepunkter oplyste Kommissionen Rembrandt og Philip Morris om, at der således var holdepunkter for, at de havde tilsidesat bestemmelserne i Traktatens artikler 85 og 86, og at den, med forbehold af de indvendinger, som parterne måtte fremkomme med, var sindet at udstede en beslutning om, at parterne skulle bringe tilsidesættelserne til ophør, jfr. artikel 3 i forordning nr. 17.

I medfør af artikel 3 i Kommissionens forordning nr. 99/63/EØF af 25. juli 1983 om udtalelse i henhold til artikel 19, stk. 1 og 2, i Rådets forordning nr. 17 (EFT 1963-1964, s. 42), gav Kommissionen Rembrandt og Philip Morris lejlighed til skriftligt at fremsætte deres udtalelser vedrørende de klagepunkter, der var rejst imod dem, og gav dem ligeledes lejlighed til at afgive mundtlig forklaring i henhold til artikel 7 i forordning nr. 99/63.

I september 1982 svarede Philip Morris og Rembrandt skriftlig på meddelelsen af klagepunkter. Efter at have modtaget skriftlige indlæg fra R. J. Reynolds vedrørende de svar, der var afgivet af Philip Morris og Rembrandt, indkaldte Kommissionen til høring den 5. og 6. oktober 1982, som sagsøgerne overværede.

Efter høringen indgav R. J. Reynolds et indlæg til Kommissionen den 28. oktober 1982. I november modtog man et dokument fra Philip Morris med bemærkninger vedrørende de spørgsmål, der var blevet drøftet under høringen; i december modtog Kommissionen yderligere en skrivelse fra R. J. Reynolds.

I maj 1983 meddelte Kommissionen sagsøgerne, at Philip Morris og Rembrandt havde ændret 1981-aftalerne. BAT, der troede, at Philip Morris havde fået politisk pression over for Kommissionen i stand, sendte adskillige protestskrivelser til Kommissionen. Efter anmodning fra R. J. Reynolds blev der holdt et møde i juli 1983; et nyt møde blev afholdt den 15. september 1983.

I henhold til artikel 6 i forordning nr. 99/63 meddelte Kommissionen ved skrivelse af 16. december 1983 sagsøgerne, at der ikke længere var grundlag for at imødekomme deres begæringer og opfordrede dem til skriftligt at indgive de yderligere bemærkninger, de måtte have. Under henvisning til den tidligere korrespondance og høringen i oktober

1982 oplyste Kommissionen sagsøgerne om, at Philip Morris og Rembrandt havde opgivet eller i væsentligt omfang ændret aftalerne. Kommissionen tilføjede, at i henhold til de nye aftaler, som Philip Morris agtede at indgå med Rembrandt, og hvoraf kopier blev vedlagt, ville Philip Morris eje aktier i Rothmans International, der repræsenterede 24,9% af stemmerne på generalforsamlingen.

Efter at have redegjort for indholdet af de nye aftaler anførte Kommissionen, at Philip Morris og Rembrandt ikke længere havde mulighed for at koordinere deres dispositioner vedrørende Rothmans International-koncernen, og at Philip Morris' stilling som minoritetsaktionær — uden tilknytning til nogen anden aktionær — i Rothmans International, tilsyneladende ikke syntes at give anledning til at nære bekymring for en mærkbar konkurrencebegrænsende virkning på selskabets eller Rothmans Internationals dispositioner på fællesskabscigaretmarkedet. Det blev særligt fremhævet, at Philip Morris og Rembrandt havde opgivet deres samarbejdsaftale og reglerne om fælles kontrol, der gav Philip Morris indflydelse i Rothmans International. Der forelå således ikke længere nogen begrænsning af konkurrencen i henhold til Traktatens artikel 85 eller noget misbrug af dominerende stilling i henhold til Traktatens artikel 86.

Kommissionen anførte også, at de aftaler, der skulle indgås, indeholdt bestemmelser om afhændelser og erhvervelse af aktier i Rothmans International, men at Kommissionen havde oplyst Philip Morris om, at gennemførelsen af disse aftaler var uforenelige med konkurrencereglerne under de omstændigheder, der for tiden måtte påregnes. Kommissionen anførte, at parterne havde påtaget sig forpligtelser, der satte Kommissionen i stand til i givet fald omgående at træffe egnede foranstaltninger, dersom nogen fremtidig ændring i ejerstrukturen i Rothmans International fandt sted.

Som svar på Kommissionens skrivelse i henhold til artikel 6 anførte *sagsøgerne*, at det forhold, at Kommissionen havde undladt at give en passende begrundelse på afslaget overfor sagsøgerne afgav grundlag for annullation af skrivelsen og / eller udgjorde et brud på en væsentlig processuel garanti, der i sig selv medførte ugyldighed af enhver senere beslutning, hvorved Kommissionen måtte fastholde det resulat, der var indeholdt i skrivelsen.

Kommissionens opfattelse var uforenelig med de synspunkter, der var blevet fremsat i Kommissionens egen meddelelse om klagepunkter, eftersom de forhold, som Kommissionen have anset for kritisable i de oprindelige aftaler også var indeholdt i de nye aftaler.

Klagerne var for det første af den opfattelse, at det forhold, at Rothmans Internationals aktier var blevet ombyttet med aktierne i Philip Morris' aktier i Rothmans Holdings gav anledning til nøjagtig samme indsigelser, som Kommissionen allerede havde rejst imod de oprindelige aftaler. Philip Morris' indirekte interesse på 22% i Rothmans International ville herefter blive til en direkte interesse på 30,8%. Enhver indvending imod det forhold, at Philip Morris havde en interesse i overskuddet i en konkurrerende virksomhed, måtte derfor med så megen større styrke melde sig med hensyn til de nye aftaler. Erhvervelsen fra en virksomheds side af en stor andel i en konkurrerende virksomhed var i sig selv egnet til at begrænse konkurrencen. I de tilfælde, hvor de omtalte virksomheder, der tidligere havde stået i et normalt konkurrencefor-

hold, fortsat opererede på markedet, ville de ikke længere konkurrere så konsekvent, at de derved forsætligt ville skade hinandens interesser.

Sagsøgerne har for det andet bemærket, at Kommissionen ikke havde godtgjort, at Philip Morris' og Rothmans Internationals hensigt om at samarbejde var blevet bragt af vejen. Tværtimod blev samarbejdet allerede udbygget på utallige områder uden for EØF. Personale med ledelsesfunktioner blev hyppigt forflyttet fra et land til et andet i løbet af deres karriere, og det var illusorisk at forvente, at de samarbejdsvaner, man havde tillagt til sig i årene uden for EØF, pludselig ville blive omdannet til, at man konkurrerede og nægtede at give hinanden forretningsoplysninger, så snart de samme mennesker blev placeret inden for EØF.

For det tredje blev det gjort gældende, at forkøbsrettighederne og andre særlige arrangementer vedrørende fremtidige handler med aktier og konvertible obligationer, der er blevet aftalt mellem Philip Morris og Rembrandt, bekræftede den gensidige kontrol og medførte, at Rembrandt's frihed blev alvorlig begrænset. Særlig gælder det, at en aftale, der gav Philip Morris mulighed for retsstridigt at erhverve yderligere aktier i Rothmans International på et senere tidspunkt indebærer en tilsidesættelse af Traktatens artikler 85 og 86.

Sagsøgerne har endelig gjort gældende, at de tilsagn, som Kommissionen har fået, var utilstrækkelige: disse tilsagn kan ikke forhindre en tilsidesættelse af fælleskabsretten, fordi de alene finder anvendelse, såfremt der foreligger en retsstridig akt, såsom eksempelvis en forøgelse fra Philip Morris' side af selskabets aktier i Rothmans International.

Ved skrivelser af 22. marts 1984, angiveligt »beslutninger«, meddelte Kommissionen under henvisning til artikel 6-skrivelserne og sagsøgernes svar på disse skrivelser sagsøgerne, at deres klager i henhold til artikel 3, stk. 2, i forordning nr. 17 var blevet afslået, og at Kommissionen afsluttede sagen i så henseende. Kommissionen anførte endvidere:

»Artikel 85

21. Det har ikke vist sig muligt at godtgøre, at aftalerne, har til formål eller til følge at fordreje konkurrencen inden for Fællesmarkedet, når de ses i deres retlige og faktiske sammenhæng og økonomiske perspektiv.

22. Mens de oprindelige aftaler gav Philip Morris en vetoret overfor en faktisk aktiemajoritet i Rothmans International i kraft af holdingselskabets opbygning, er Philip Morris ifølge de nye aftaler kun minoritetsaktionær.

23. Adskillige bestemmelser i de nye aftaler er udformet for at sætte Philip Morris i stand til enten (i) eventuelt at skaffe sig kontrol over Rothmans International, eller (ii) igen at bringe sig i en stilling, hvor der er paritet med Rembrandt, såfremt Rembrandt sælger til en eller flere tredjemænd, eller (iii) at sælge aktier med en værdi af 34,5% af stemmerne i Rothmans International til en på forhånd udpeget tredjemand.

24. Selv om disse bestemmelser giver Philip Morris mulighed for i fremtiden at ændre sin status som minoritetsaktionær for at skaffe sig kontrol med Rothmans International, har de for nærværende ikke til følge

at fordreje konkurrencen, jfr. Traktatens artikel 85.

25. Rembrandt bliver efter de nye aftaler i stand til at bruge sin betragtelige stemmeandel i Rothmans International uden hensyntagen til Philip Morris' synspunkt og er i praksis i stand til at kontrollere Rothmans International gennem sin aktiepost på 43,6% af stemmerne og sine traditionelle forbindelser til direktionen i selskabet. Der er ingen grund til at antage, at Rembrandt ikke skulle være interesseret i at søge at gøre Rothmans International til et så fremgangsrigt og rentabelt selskab som muligt.

26. Selv om Philip Morris i princippet ikke ville have nogen interesse i at bringe værdien af selskabets nuværende investeringer i Rothmans International i fare, har selskabet dog under sagens særlige omstændigheder en betragtelig interesse i gennem sine egne industrielle og kommercielle bestræbelser at kontrollere enhver fremgang i Rothmans Internationals markedsandel i Fællesmarkedet. Årsagen hertil er givetvis den, at Philip Morris ønsker at stå i den bedst mulige økonomiske position for at udøve sin ret til at købe yderligere aktier i Rothmans International, dersom Kommissionen i fremtiden ikke gør indvendinger imod udøvelsen af denne forkøbsret i forbindelse med en ændret markedssituation.

27. Kommissionen har endvidere fået tilsagn om den fremtidige adfærd, der er anført nedenfor under punkt 30, og som vil sætte den i stand til at træffe ethvert nødvendigt skridt, dersom gennemførelsen af de omhandlede bestemmelser medfører tilsidesættelser af fællesskabsretten. Da Kommissionen således allerede har taget de første skridt og sendt parterne den ovenfor nævnte meddelelse af klagepunkter, er det klart, at dersom parterne måtte vende tilbage til en stilling som den, der blev protesteret imod i meddelelse af klagepunkter, vil Kommissionen træffe de nødvendige skridt for at sikre, at parterne bringer mulige overtrædelser til ophør.

28. Under disse omstændigheder er der ikke grundlag for at antage, at de nye aftaler indebærer nogen tilsidesættelse af konkurrencereglerne.

Artikel 86

29. Misbrug af en dominerende stilling, jfr. artikel 86, kan ikke siges at have fundet sted, når det investerende selskab er ude af stand til at udøve kontrol over dispositionerne i det selskab, som det har investeret i. Således gælder det af de grunde, der er anført ovenfor, at Philip Morris, i henhold de nye aftaler ikke har kontrol over Rothmans Internationals forretningsdispositioner, og at der følgelig ikke foreligger nogen overtrædelse af artikel 86.«

Tilsagnene

»30. ...«

Konklusion

»31. Som Domstolen for nylig har anført det i sin dom af 17. januar 1984 i de forenede sager 43 og 63/82 (VBVB og VBBB mod Kommissionen, Sml. s. 19, punkt 52) giver Kommissionens administrative procedure de berørte virksomheder lejlighed til at bringe deres aftaler og praksis i overensstemmelse med EØF-Traktatens konkurrenceregler.

32. I det foreliggende tilfælde har Philip Morris og Rembrandt indgået en aftale om i væsentlig omfang at ændre deres tidligere dispositioner og at fjerne den mekanisme, der satte Philip Morris i stand til at udøve afgørende indflydelse på Rothmans International. Philip Morris er som et resultat heraf blot blevet til en uafhængig minoritetsaktionær i Rothmans international.

33. Efter sagens omstændigheder og af de ovenfor anførte grunde har Kommissionen besluttet, at de nye aftaler ikke tilsidesætter EØF-Traktatens artikel 85 eller artikel 86. Endvidere har man ikke skønnet det nødvendigt at træffe nogen beslutning vedrørende de oprindelige aftaler, der er blevet væsentligt ændret.

...«.

III — Forhandlinger for Domstolen

BAT har den 4. juni 1984 anlagt til efterprøvelse af Kommissionens beslutning af 22. marts 1984 (sag 142/84).

R. J. Reynolds har den 20. juni 1984 anlagt sag vedrørende den samme beslutning (sag 156/84).

Da sagerne 142/84 og 156/84 angår samme genstand, har Domstolen den 26. september 1984 i medfør af artikel 43 i procesreglementet og efter anmodning fra Kommissionen, bestemt at sagerne skulle forenes under den mundtlige forhandling og have en fælles afgørelse.

Ved kendelser af 28. november 1984 tillod Domstolen Rembrandt og Philip Morris at indtræde til støtte for Kommissionen.

Ved kendelse af 18. juni 1986 forkastede Domstolen en begæring fra sagsøgerne om en kendelse, hvorefter Kommissionen skulle fremlægge en række dokumenter og dele af dokumenter, som Kommissionen mener er dækket af forretningshemmeligheden, og som den slettede, før end den gav klagerne oplysning om dokumenterne i øvrigt.

Domstolen fandt, at alle dokumenterne og delene heraf, som sagsøgeren ønskede fremlagt, vedrørte 1981-aftalerne. Efter Domstolens opfattelse var disse aftaler kun relevant i det omfang, hvor de gav oplysning om aftaleparternes oprindelige hensigter, ligesom de for Domstolen fremlagte dokumenter i sig selv indeholdt tilstrækkelig oplysning i den henseende.

Ved samme kendelse forkastede Domstolen også R. J. Reynolds's begæring, der i det væsentlige gik ud på, at Kommissionen skulle opfordres til for Domstolen at fremlægge samtlige dokumenter i dens besiddelse, der kunne kaste lys over de grunde, der var anledning til, at den formelt forbød 1981-aftalerne, og som førte frem til den afgørelse, at 1984-aftalerne ikke var omfattet af forbudet i Traktatens artikel 85, stk. 1.

Som begrundelse anførte Domstolen, at en sådan undersøgelse var et bevismiddel af usædvanlig karakter, og at et sådant skridt forudsatte, at omstændighederne ved den omhandlede beslutning gav anledning til alvorlig tvivl om de egentlige bevæggrunde og navnlig til mistanke om, at bevæggrundene var fællesskabsrettens målsætninger uvedkommende og således udtryk for magtfordrejning.

Domstolen fremførte, at ingen af sagsøgerne havde gjort magtfordrejning gældende. Hertil kom, at det af R. J. Reynolds til støtte for begæringen anførte ikke indeholdt noget holdepunkt herfor. Det hedder videre i kendelsen, at ifølge Domstolens tidligere afgørelser er meddelelsen af klagepunkter en akt af sagsforberedende karakter, rettet udelukkende til de virksomheder, mod hvilken proceduren er indledt, for at sikre disse en effektiv udøvelse af retten til forsvar. Derfor udgjorde sagsøgerens påstand om, at der var en øjensynlig modsigelse imellem Kommissionens bedømmelse af 1981-aftalerne i meddelelsen af klagepunkter og bedømmelsen af 1984-aftalerne i den omtvistede beslutning, og om at denne modsigelse ikke på gyldig måde er blevet forklaret af Kommissionen i beslutningens begrundelse, således ikke noget grundlag for en mistanke om skjulte og fællesskabsretten uvedkommende bevæggrunde. Den blotte omstændighed, at Kommissionen har afholdt særskilte møder med aftaleparterne afgav heller ikke tilstrækkelig grund til at foranstalte en gennemgang af Kommissionens interne dokumenter for at undersøge baggrunden for Kommissionens afvisning af sagsøgernes klager.

På grundlag af den refererende dommers rapport og efter at have hørt generaladvokaten har Domstolen besluttet at indlede den mundtlige forhandling uden forudgående bevisførelse.

Ved afgørelse af 18. juni 1986 har Domstolen henvist sagerne til Sjette Afdeling.

IV — Parternes påstande

1. *I sag 142/84*, har *sagsøgeren, BAT*, nedlagt følgende påstande:

— sagen antages til realitetsbehandling;

— Kommissionens beslutning af 22. marts 1984 annulleres;

— det pålægges Kommissionen at ændre sin stilling med hensyn til sagsøgerens klage under hensyn til den af Domstolen trufne afgørelse;

— Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

2. I *sag 156/84* har *sagsøgeren, R. J. Reynolds*, nedlagt følgende påstande:

— Kommissionens beslutning af 22. marts 1984 annulleres;

— Kommissionen pålægges at gennemføre de til dommens opfyldelse nødvendige foranstaltninger;

— Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger;

— ex tuto at gennemføre sådanne andre foranstaltninger eller pålæg, som Domstolen måtte finde rimelige eller nødvendige.

3. *Kommissionen* har nedlagt følgende påstande:

— frifindelse;

— sagsøgerne tilpligtes at betale sagens omkostninger.

4. *Rembrandt Group Limited*, der som intervenient er indtrådt til støtte for Kommissionen, har nedlagt følgende påstande:

— afvisning;

— frifindelse;

— sagsøgerne tilpligtes at betale sagens omkostninger.

5. *Philip Morris Incorporated*, der ligeledes som intervenient er indtrådt til støtte for Kommissionen, har nedlagt følgende påstande:

— frifindes;

— sagsøgerne tilpligtes at afholde de omkostninger, der er afholdt af Philip Morris som intervenient.

V — Parternes anbringender og argumenter

A — *Formaliteten*

a) *Rembrandt* har anført, at selskabet kan påstå sagen afvist (jfr. dom af 22. marts 1961, Snupat mod Den Høje Myndighed, Sml. 1954-1964, s. 247). Rembrandt har anført, at der må ske afvisning i begge sager. Subsidiært har Rembrandt anmodet om, at Domstolen ex officio behandler formalitetsspørgsmålet.

Rembrandt har anført, at ganske vist er skrivelsen af 22. marts 1984 rettet til sagsøgerne, men den udgør ikke i forhold til dem en beslutning i henhold til Traktatens artikel 173, stk. 2, fordi den ingen retsvirkning har i forhold til sagsøgerne og ikke hidfører nogen ændring i deres retsstilling. Rembrandt bestrider, at en sagsøger skulle erhverve *søgsmålskompetence* i henhold til Traktatens artikel 173, stk. 2, blot fordi Kommissionen har sendt vedkommende et endeligt afslag uden hensyn til brevets form. Den »berettigede interesse«, hvilket udtryk Domstolen har anvendt i sin dom af 25. oktober 1977 (sag 26/76, Metro mod Kommissionen, Sml. s. 1875) i dom af 11. oktober 1983 (sag 210/81, Demo-Studio Schmidt mod Kommissionen, Sml. s. 3045) og i dom af 4. oktober 1983 (sag 191/82, Fediol mod Kommissionen, Sml. s. 2913) bør derfor fortolkes som begrebet »berører... umiddelbart og individuelt« i Traktatens artikel 173, stk. 2, hvorfor sagsøgeren skal godtgøre, at han er umiddelbart og individuelt berørt af Kommissionens beslutning om at afslutte den administrative procedure. Imidlertid har hverken BAT eller R. J. Reynolds godtgjort, at Philip Morris' minoritetsaktiepost i Rothmans International berører dem umiddelbart og individuelt, heller ikke selv om der til aktieposten knytter sig en forkøbsret, hvorfor situationen klart er adskilt fra en leveringsnægtelse til klageren, hvilket var situationen i de oven for nævnte sager Metro og Demo-Studio Schmidt. Den blotte omstændighed, at der består et konkurrenceforhold mellem to virksomheder, er utilstrækkeligt til at skabe et forhold, der »berører... direkte og individuelt« (se dom af 10. december 1969 i de forenede sager 10 og 18/68, Eridania mod Kommissionen, Sml. 1969, s. 117).

Der bør ikke slækkes på formalitetsreglerne af følgende grund: R. J. Reynolds har medgivet, at selskabet ikke er ringere stillet, ligesom heller ikke BAT's situation er forskellig fra tidligere; Kommissionen er beføjet til på ny at genoptage sagen, dersom der indkommer en ny klage; forlig skal så vidt muligt indgås, og intervenienter har ret til retsbeskyttelse.

b) *Kommissionen* har anerkendt, at skrivelsen af 22. marts 1984 fik form af en »endelig beslutning« vedrørende sagsøgernes klager. Den vil ikke modsætte sig, at sagsøgerne indbringer sagen for Domstolen, men har dog anført, at det ved dom af 18. oktober 1979 (sag 125/78, GEMA mod Kommissionen, Sml. s. 3173) er blevet fastslået, at artikel 3 i forordning nr. 17 ikke berettiger en klager til at kræve, at Kommissionen

træffer en endelig beslutning om, hvorvidt den påståede overtrædelse foreligger.

Det følger ikke som et resultat af den valgte fremgangsmåde, at sagsøgerne er berettiget til at søge at forpligte Kommissionen til at træffe en anden beslutning af et bestemt indhold. I det omfang, hvor det med søgsmålet er hensigten at foranledige Domstolen til at pålægge Kommissionen at gennemføre en beslutning, der bedre ville tjene deres interesser, må sagerne afvises.

c) *BAT* har fastholdt, at virksomheden i forhold til Philip Morris og Rothmans International er en direkte konkurrent inden for Fællesskabet, og dernæst anført, at skrivelsen, der hævdes at være en »beslutning«, blev sendt til selskabet som svar på en klage, der blev indgivet i medfør af artikel 3, stk. 2, i forordning nr. 17, hvori BAT bad Kommissionen om i nærværende sag at anvende samme fremgangsmåde som den, der blev anvendt i den ovennnævnte Demo-Studio Schmidt sag, og at den beslutning, der skulle træffes, skulle kunne påklages. Retsvirkningen af Kommissionens beslutning var at berøve BAT den ret, som selskabet har ifølge forordning nr. 17, til at indgive klager over de aftaler, der er indgået mellem Philip Morris og Rembrandt.

Selv om Domstolen måtte nå til det resultat, skrivelsen af 22. marts 1984 ikke var en »beslutning rettet til« BAT, men tog sigte på Philip Morris og Rembrandt i forbindelse med, at Kommissionen afsluttede klagesagen, berører beslutningen sagsøgerne umiddelbart og individuelt, jfr. Traktatens artikel 173.

Præmisserne til dom af 15. juli 1963 (sag 25/62, Plaumann mod Kommissionen, Sml. 1954-1964, s. 411) kan direkte anvendes på nærværende sag, idet BAT og R. J. Reynolds er de to »andre« blandt fire betydningsfulde konkurrenter på et snævert oligopolistisk marked, og fik de pågældende aktier tilbudt forud for salget til Philip Morris. BAT er af den opfattelse, at dets interesser ikke i tilstrækkelig omfang er beskyttet af Kommissionens beføjelse til at genoptage sagen. Denne påstand stemmer ikke overens med de grunde, der har formået Rembrandt til at acceptere en beslutning rettet til Philip Morris og selskabet selv, nemlig »estoppel«-virkningen i skrivelsen af 22. marts 1984.

Efter BAT's opfattelse må man afvise Kommissionens anbringender vedrørende formaliteten bortset fra de anbringende angående annullationspåstanden, eftersom sådanne søgsmål fuldt ud er i overensstemmelse med artikel 3 i forordning nr. 17 og tankegangen bag Domstolens dom af 18. oktober 1979 (GEMA, ovenfor). BAT søger ikke på nogen måde at få en »anden beslutning af et bestemt indhold«, men anmoder Domstolen om at pålægge Kommissionen at ændre sin stillingtagen under hensyn til Domstolens afgørelse.

d) *R. J. Reynolds* deler BAT's opfattelse. Med hensyn til Kommissionens påstand, hvorefter sagsøgerne ikke har ret til en anden beslutning af et bestemt indhold, har R. J. Reynolds anført, at Kommissionen ikke har præciseret hvilke led i R. J. Reynolds's påstande, der efter Kommissionens opfattelse skal afvises.

R. J. Reynolds har tilføjet, at Kommissionen i form af en beslutning ledsaget af grunde har afgivet sin endelige stillingtagen, således som det også var tilfældet i førnævnte Demo-Studio Schmidt-sagen. Under disse omstændigheder og henset til, at sagsøgerne er de eneste adressater for den på-

gældende beslutning, må søgsmålene utvivlsomt antages til realitetsbehandling. R. J. Reynolds har i den forbindelse henvist til dom af 25. oktober 1987 (Metro, ovenfor anført).

R. J. Reynolds har for så vidt angår formaliteten nedlagt påstand om, at Rembrandt under alle omstændigheder tilpligtes at betale selskabets omkostninger.

B — *Realiteten*

Indledende bemærkninger

BAT, sagsøger i sag 142/84, støtter sit søgsmål på seks forskellige anbringender. Den følgende fremstilling følger dette mønster. Eftersom de to sagsøgeres argumentation praktisk taget er de samme, tilføjes de synspunkter, der er fremsat af R. J. Reynolds, der er sagsøger i sag 156/84, kun i de tilfælde, hvor disse tjener til at uddybe anbringenderne.

De synspunkter, der er fremsat af Rembrandt og Philip Morris, der som intervenient er indtrådt til støtte for Kommissionen, er stort set sammenfaldende med Kommissionens. Følgelig anføres Rembrandt's og Philip Morris' synspunkter kun i tilfælde, hvor de fremdrager nye holdepunkter.

BAT har gjort følgende anbringender gældende:

1) Tilsidesættelse af EØF-Traktatens artikel 85, stk. 1, i det omfang, hvor Kommissionen fastslog, at 1984-aftalerne ikke stred mod bestemmelsen, selv om betingelserne for anvendelsen af den var opfyldt.

2) Tilsidesættelse af artikel 86 under samme omstændigheder.

3) Åbenbar vildfarelse i det omfang, hvor Kommissionen fandt, at de forpligtelser, som Rembrandt og Philip Morris havde påtaget sig var tilstrækkelige til at forhindre overtrædelser eller fremtidige overtrædelser af fællesskabsretten.

4) Tilsidesættelse af artikel 190, idet de grunde, som beslutningen hviler på, er utilstrækkelige.

5) Tilsidesættelse af god forvaltningsskik såvel som væsentlige formforskrifter, idet den fremgangsmåde, der er blevet fulgt af Kommissionen, ikke sikrede en rimelig objektiv behandling af de enkelte klagepunkter.

6) Tilsidesættelse af grundrettigheder, idet beslutningerne blev truffet på grundlag af vurderinger og grunde, som sagsøgerne ikke fik lejlighed til at tage stilling til.

Kommissionen og intervenienterne er af den opfattelse af samtlige de anførte anbringender imod beslutningen savner grundlag.

1) *Tilsidesættelse af Traktatens artikel 85, stk. 1*

a) *BAT* har anført, at Kommissionen ikke i sin beslutning har fastslået, at artikel 85 ikke finder anvendelse på de nye aftaler, men alene med urette har anført, at eftersom disse ikke begrænser konkurrencen, er artikel 85 ikke blevet tilsidesat. I et memorandum fra 1966 »koncentrationer i Fællesmarkedet« har Kommissionen anført, at erhvervelse af aktier kun er forbudt, dersom dette medfører en overdreven markedsindflydelse, medens aftaler mellem virksomheder normalt kan forbydes, blot konkurrencen påvirkes mærkbart. Selv under disse omstændigheder falder det forhold, at man erhverver en betydelig aktiepost i en større konkurrents virksomhed inden for en industri, der

må siges at være i høj grad oligopolistisk, under forbudet i artikel 85. Trods industriens oligopolistiske karakter, har den indtil dato været i høj grad konkurrencepræget som et resultat af den eksisterende balance, der vil blive tilintetgjort ved erhvervelsen af de pågældende aktier og den udvikling, som dette logisk indebærer.

BAT har også anført, at de problemer med anvendelsen af artikel 85, der opstår, når aktieerhvervelser eksempelvis sker ved opkøb på børsen, altså uden at der foreligger en aftale eller nogen samordnet praksis, bestemt ikke foreligger i nærværende tilfælde, eftersom aftalerne mellem Rembrandt og Philip Morris tre gange er blevet ændret og begrænsningen i overdrageligheden af aktierne reelt er det forhold, der giver Philip Morris indflydelse i Rothmans International, og som forårsager begrænsninger i konkurrencen mellem Rothmans International og Philip Morris i forhold til tredjemand. En regel, der i sig selv udelukker aktieerhvervelse fra anvendelsesområdet for artikel 85, er aldrig blevet anvendt af Kommissionen i denne sag, selv om intervenienterne under forvaltningssagen gjorde sig til talsmand for, at Kommissionen burde gøre dette.

Det er BAT's opfattelse, at Philip Morris' køb af en direkte aktieandel på 30,8% i Rothmans International med 24,9% af stemmerne, ændrer konkurrencestrukturen derved, at der skabes forbindelser mellem to vigtige erhvervsdrivende på markedet, og enhver anden erhvervsdrivende på dette marked forhindres i at erhverve kontrol over Rothmans International. Sammenknytningen af de to største cigaretproducenter i Fællesmarkedet tilintetgør således tilstanden af omtrentlig ligevægt på et oligopolistisk marked. Erhvervelsen fordrejer også konkurrencen gennem de virkninger, som den har på de berørte virksomheders dispositioner og deres personale gennem de muligheder, som den skaber for en samordning af deres dispositioner.

Efter BAT's opfattelse må virkningen af, at man har en væsentlig interesse i en konkurrende virksomhed, *uundgåelig medføre en begrænsning i konkurrencen* uden hensyn til om den erhvervede interesse medfører en a) retlig eller de facto kontrol med selskabet, hvori interessen er erhvervet; b) investors repræsentation i selskabets direktion; eller c) direkte adgang til konkurrencefølsom information vedrørende selskabets dispositioner. Som et resultat af denne interesse, vil investoren af det selskab, som investeringen er gjort i, ikke længere konkurrere så konsekvent, at de forsætligt skader hinandens interesser.

Kommissionen har ifølge tidligere praksis omkring joint venture (se f. eks. Kommissionens beslutning af 23. november 1977 vedrørende »GEC-Weir Sodium circulators«, EFT L 327 af 20.12.1977, s. 26) hvor Kommissionen har anført, at moderselskaberne i almindelighed ikke vil konkurrere med de selskaber, hvori de har betydelige interesser, heller ikke selv om det kontraktmæssigt står dem frit for at gøre det. Kommissionens konklusioner med hensyn til de konkurrencebegrænsende virkninger af aktieposten var

helt uafhængig af dens konklusioner vedrørende virkningerne af den fælles kontrol, bestyrelsesrepræsentation eller adgang konkurrencefølsomme oplysninger.

I sin meddelelse af klagepunkter undersøgte Kommissionen virkningerne af 1981-aftalerne og nåede til det resultat, at de begrænsede konkurrencen på det pågældende marked. Den understregede i den forbindelse, at selv om man så bort fra de øvrige omstændigheder i forbindelse med den undersøgte transaktion, ville en virksomheds erhvervelse af en stor andel i det holdingselskab, der kontrollerer en konkurrerende virksomhed, sandsynligvis begrænse konkurrencen. BAT har henledt opmærksomheden på, at Philip Morris' indirekte deltagelse i selskabskapitalen i Rothmans International i henhold til 1981-aftalerne udgjorde 22%, og at dets direkte aktieandel i henhold til de nye aftaler i Rothmans International udgør 30,8% og 24,9% af stemmerne. Efter BAT's opfattelse må Kommissionens resultat med hensyn til 1981-aftalerne så meget mere finde anvendelse på de nye aftaler.

BAT er ganske enig med Kommissionens konklusioner i meddelelsen af klagepunkter og i beslutningen, hvorefter Philip Morris sædvanligvis ikke ville ønske at bringe værdien af sin investering i Rothmans International i fare. Philip Morris' direktion ville forsømme deres pligt over for aktionærerne, dersom de ikke fandt det ønskeligt for Rothmans International at forrente en investering på over 350 mio USD bedst muligt eller i det mindste at opnå et acceptabelt afkast. Virkningen af Philip Morris' aktieandel i Rothmans International er derfor, at Philip Morris ønsker, at Rothmans International skal have fremgang, ligesom Philip Morris søger at beskytte sin investering. Philip Morris' markedsbeslutninger vil givet vis blive truffet under indflydelse af denne investering. Kommissionens argument den anfægtede beslutning, hvorefter Philip Morris fortsat har en interesse i at »have kontrol med fremgangen« i Rothmans International's markedsandel med henblik på at udøve retten til at købe yderligere andele under de gunstigst mulige økonomiske omstændigheder, er således ufuldstændig og ulogisk, samt endvidere i strid med de udtalelser, der er afgivet af Philip Morris under forvaltningssagen. Den omstændighed, at Philip Morris' aktivitet næsten udelukkende vedrører markedet for amerikanske cigarettyper, mens Rothmans International driver virksomhed på markedet for Virginia-tobakker, særlig i Benelux-landene, indebærer, at virksomhederne kan samarbejde, og at Philip Morris kan trænge igennem på markeder i lande, hvor selskabet ikke for tiden er aktiv, i kraft af muligheden af senere at erhverve økonomisk kontrol over Rothmans International. Det er utænkeligt, at Philip Morris og Rothmans International, der begge er verdensomspændende multinationale selskaber, skulle kunne koordinere deres strategier uden for Fællesskabet og give hinanden salgsrettigheder for vigtige mærker i tredjelande, således som de har gjort det og stadig gør det, uden at dette skulle have nogen indflydelse på deres konkurrenceadfærd på Fællesmarkedet. Kommissionen har ikke godtgjort, at Philip Morris' ledelsesstruktur tilgodeser nødvendigheden af at foretage en sådan opdeling af ledelsen.

Kommissionen har også undladt at tage hensyn til, at dersom Philip Morris skulle miste omsætning, vil selskabet foretrække hellere at afstå markedsandele til Rothmans

International end til nogen anden konkurrent.

En korrekt analyse i lyset af artikel 85, stk. 1, må føre Kommissionen frem til den løsning, at Philip Morris' erhvervelse af 30,8% af aktierne og 24,9% af stemmerne i Rothmans International vil have en mærkbar virkning på *Philip Morris' egne dispositioner* med hensyn til Rothmans International. Philip Morris' interesse i at konkurrere med Rothmans International er i væsentlig omfang forandret. På grund af de økonomiske forbindelser, der er skabt mellem de to selskaber, er det usandsynligt, at Philip Morris' dispositioner vil være de samme som før købet af aktierne eller som de ville have været, dersom investeringen ikke havde fundet sted.

I beslutningen af 22. marts 1984 har Kommissionen, i modsætning til meddelelse af klagepunkter, undladt så meget som at behandle virkningen af Philip Morris' aktieerhvervelse på *Rothmans International's dispositioner.* Philip Morris er takket være de nye aftaler stadig i stand til at forhindre, at andre konkurrenter overtager Rothmans International, og er i en meget stærk position, når det gælder om retligt eller faktisk at skaffe sig kontrol over selskabet. Direktionen og personalet i Rothmans International vil således tilpasse deres dispositioner for at tage hensyn til denne situation.

Det er naivt af Kommissionen at forudsætte, at Rembrandt ikke vil tage hensyn til Philip Morris' interesser i forbindelse med selskabets varetagelse af dets indflydelse på Rothmans International. Efter BAT's opfattelse har Rembrandt, der har 44% andel af stemmerne i Rothmans International og i mange situationer den faktiske kontrol over Rothmans International, ikke desto mindre behov for stemmerne fra den anden store aktionær, når det gælder beslutninger af væsentlig rækkevidde, på grund af den store spredning af Rothmans International-aktierne. Rembrandt må således have et ønske om at kunne sikre sig Philip Morris' støtte. Således støtter Rembrandt sig fortsat på Philip Morris for at udøve kontrol over Rothmans International.

Det siger sig selv, at der vil opstå lejligheder, hvor Philip Morris' interesser vil komme i konflikt med strategien inden for Rothmans International. I sådanne tilfælde har Philip Morris som sit yderste magtmiddel en trussel, som selskabet kan bruge til at udøve indflydelse på Rembrandt, særligt hvis konflikten er af afgørende betydning for Philip Morris. I henhold til de nye aftaler har Philip Morris ret til at afhænde hele sin aktiepost. Selv om denne ret er underkastet Rembrandt's forkøbsret, kan den i realiteten anvendes af Philip Morris til at udøve indflydelse over Rembrandt. Dersom Rembrandt ikke udøver sin forkøbsret, er Philip Morris i henhold til de nye aftaler berettiget til at vælge køberen og sikre, at denne opnår samme stemmeretsindflydelse som Rembrandt.

Kommissionen har ikke tillagt den omstændighed nogen vægt, at både Philip Morris og Rembrandt til hver en tid kan sælge aktiebeholdningen, dersom en af parterne måtte undlade at varetage den anden parts interesse i forbindelse med forretningsstrategien. Dersom Rembrandt sælger sine aktier, vil Philip Morris rent faktisk være i stand til at sikre sig kontrol over Rothmans International ved at true med at udøve sin forkøbsret ved salg til en enkelt køber og således tvinge Rembrandt til at sælge aktierne til ti

eller flere aktionærer. De forpligtelser, der er afgivet over for Kommissionen, dækker ikke en sådan en situation. I henhold til de nye aftaler vil både Philip Morris og Rembrandt kunne skaffe sig kontrol over Rothmans International i forbindelse med salg af aktier.

Philip Morris' erhvervelse af en aktieminoritet i Rothmans International og bestemmelserne i de nye aftaler om salg og erhvervelse af aktier afskærer rent faktisk nogen konkurrent inden for tobaksindustrien i at øge sin markedsandel ved at skaffe sig kontrol over Rothmans International. Kommissionen har i sin meddelelse af klagepunkter bemærket, at på cigaretmarkedet er reklame og virksomhedsovertagelse de vigtigste måder at øge markedsandelen på. Aftalerne mellem markedets to hovedleverandører udelukker derfor en af de to muligheder for at konkurrere på dette marked.

BAT har tilføjet, at det er meningsløst, hvis en stor markedsdeltager på et oligopolistisk marked køber en vigtig kapitalandel i en vigtig konkurrents virksomhed alene med det formål at skaffe sig en andel i konkurrentens overskud. Philip Morris har tre formål: at få sin investering bedst muligt forrentet, at koordinere sin strategi med Rembrandt og Rothmans International og at forhindre andre konkurrenter i at erhverve økonomisk kontrol over Rothmans International, idet Philip Morris har sørget for, at selskabet har en fortrinsstilling til at gøre dette på et senere tidspunkt. Det forhold, at man fra aftalerne har fjernet klausulen vedrørende samarbejdet mellem Philip Morris og Rembrandt fjerner ikke parternes hensigt om at samarbejde, ligesom der i aftalen ikke er noget holdepunkt for, at parterne har ændret deres oprindelige hensigt i denne henseende. Philip Morris er ikke på nogen måde afskåret fra at søge at øve indflydelse på den fremtidige industrielle og kommercielle strategi, der føres af Rothmans International. Dersom der, således som Philip Morris har anført det, ikke vil ske noget samarbejde eller nogen koordination, nu hvor Philip Morris har en direkte investering i Rothmans International, er det efter BAT's opfattelse overraskende, at Philip Morris har betalt så høj en pris, og at købsprisen ikke blev nedsat i 1984 i forhold til den i 1981 aftalte købesum.

BAT har anført, at den konklusion, som Kommissionen har draget i punkt 24 i sin beslutning, hvorefter det forhold, at de bestemmelser, der sætter Philip Morris i stand til enten at få faktisk kontrol med Rothmans International eller at sælge aktier med en stemmeret på 34,5% i Rothmans International til en på forhånd udpeget tredjepart, ikke for tiden har nogen konkurrencefordrejende virkning, jfr. artikel 85, er behæftet med mangelfuld begrundelse, retsvildfarelser og fejlagtige vurderinger af faktum. Gennem det forhold, at Kommissionen hverken i punkt 24 eller under noget andet punkt har anført grunde til støtte for sin konklusion, har Kommissionen tilsidesat sine forpligtelser i henhold til Traktatens artikel 190.

Under alle omstændigheder hviler Kommissionens påstand om, at bestemmelserne ved-

rørende erhvervelse og salg af aktierne ikke for tiden har nogen konkurrencefordrejende virkning, på den fejlagtige antagelse, at det er en nødvendig forudsætning for, at forholdet kan være omfattet af forbudet i henhold til artikel 85, stk. 1, at der er en aktuel virkning på konkurrencen. Dette følger af den omstændighed, at Kommissionen ikke har henvist til dette forhold eller til den sandsynlige virkning af disse bestemmelser for konkurrencen.

Anvendelsen af artikel 85 afhænger af den faktiske økonomiske situation; den har ikke ændret sig, for så vidt angår 1981-aftalerne og de konklusioner, som Kommissionen har draget i sin meddelelse af klagepunkter. Kommissionen har selv anført, at gennemførelsen af disse aftalepunkter under de omstændigheder, man kan forudse, er uforenelige med Traktatens konkurrenceregler. Det fremgår af dom af 13. juli 1966 (de forenede sager 56 og 58/64, Consten og Grundig mod Kommissionen, Sml. 1965-1988, s. 245) at aftaler, der har et retsstridigt formål, selv er retsstridige, hvadenten det tilsigtede resultat rent faktisk er blevet opnået eller ej.

Kommissionen har også foretaget en fejlagtig bedømmelse af sagens faktiske omstændigheder, idet den har anført, at disse aftalepunkter ikke har nogen aktuelle virkninger. Efter BAT's opfattelse styrker bestemmelserne om aktieoverdragelse de konkurrencestridige virkninger af aktiepostens erhvervelse som ovenfor anført.

BAT har endelig anført, at Kommissionen i sin meddelelse af klagepunkter nåede til det resultat, at 1981-aftalerne kunne påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne, hvorfor de ikke kunne fritages i henhold til artikel 85, stk. 3. Der er intet i beslutningen af 22. marts 1984, der afgiver holdepunkt for, at Kommissionen har ændret sin mening med hensyn til de nye aftaler, og det følger heraf, at Kommissionen ikke er berettiget til at imødegå de grunde og de resultater, der er anført i meddelelsen af klagepunkter.

BAT's konklusion er derfor den, at de nye aftaler er omfattet af forbudet i artikel 85, og at den anfægtede beslutning derved bliver ugyldig i det omfang, hvor den vedrører denne bestemmelse.

b) *R. J. Reynolds* har helt generelt anført, at Kommissionen i sin meddelelse af klagepunkter nåede til en række retlige og faktiske konklusioner på grundlag af 1981-aftalerne, og at beslutningen af 22. marts 1984 skal læses på den baggrund, at disse resultater, som Kommissionen var nået til, var korrekte og ikke kan anfægtes under nærværende sag. Hverken i artikel 6-skrivelsen eller i beslutningen har Kommissionen antydet, at den har ændret sin opfattelse vedrørende de almindelige fællesskabsretsprincipper, som meddelelsen af klagepunkter hviler på, eller vedrørende nogen anden del af de faktiske omstændigheder, der er anført heri.

R. J. Reynolds har videre anført, at Kommissionen knap gør noget forsøg i beslutningen på at analysere de enkelte punkter i de nye aftaler, og at den derfor ikke har bragt den væsentlige konkurrencestridige virkning af disse bestemmelser for dagen. Man kan ikke nå til den rette forståelse af sagen, medmindre man foretager en sådan analyse.

R. J. Reynolds har i den forbindelse for det første anført, at Philip Morris har ret til på et hvilket som helst tidspunkt at konvertere obligationer, som selskabet har købt, til ak-

tier i Rothmans International, hvorved selskabet vil øge sin andel i Rothmans International til imellem 30,1% af 37,2% og sikrer sig en stigning fra 25,7% til 30,6% af stemmerne i Rothmans International.

Med hensyn til Philip Morris' forkøbsret har R. J. Reynolds anført, at udøvelsen af denne ret vil give Philip Morris *retlig* kontrol med Rothmans International i kraft af, at Rembrandt's 44% af stemmerne kan lægges sammen med Philip Morris' 24,9% af stemmerne.

R. J. Reynolds er af den opfattelse, at dersom Rembrandt sælger sine aktier, vil Philip Morris under alle omstændigheder få *faktisk* kontrol over Rothmans International på grundlag af de betingelser, der er fastlagt i aftalerne vedrørende forkøbsret. Ethvert salg fra Rembrandt side af dets aktier i Rothmans International til Philip Morris er undergivet en forkøbsret for Philip Morris; før Rembrandt foretager noget salg overhovedet, skal selskabet tilbyde at udveksle halvdelen af Rembrandt's aktier med fire stemmer i Rothmans International med Philip Morris' aktier med én stemme i Rothmans International eller godkende, at alle Rembrandts aktier konverteres til aktier med én stemme, således at Philip Morris vil være den eneste køber, der er sikker på at få alle Rembrandt's stemmer. Medmindre Philip Morris indvilger, kan Rembrandt ikke frit sælge mindre end sin samlede aktiepost i Rothmans International, dvs. Rembrandt er forhindret i gradvis at skaffe sig af med sin aktiepost. Enhver aftale, hvorved Rembrandt sælger sine aktier til en enkelt aktionær, er ikke alene underkastet den betingelse, at Philip Morris ikke udøver sin forkøbsret over disse aktier, men tillige et løfte gående ud på, at køberen skal tilbyde at købe Philip Morris' aktier i Rothmans International til den samme pris, som køberen betaler for Rembrandt's aktier i Rothmans International. Den samlede virkning i alle disse bestemmelser er at gøre købet af Rembrandts aktier aldeles uinteressant for enhver anden end Philip Morris. Hvis Rembrandt efter de nye aftaler ville afsætte sine aktier til flere købere, vil Philip Morris stadig sidde tilbage med 24,9% af stemmerne, mens ingen anden aktionær ville sidde med mere end 10% af stemmerne, hvorved Philip Morris ville have faktisk kontrol over Rothmans International, endog uden at udøve retten til konvertering ifølge Rothmans International's obligationer og uden at omveksle sine aktier med én stemme til de aktier med fire stemmer, der ejes af Rembrandt, eller udvirke konvertering af Rembrandt's aktier med fire stemmer til aktier med én stemme. Philip Morris ville således rent faktisk få kontrol over Rothmans International selv uden at opfylde de tilsagn, som selskabet har givet Kommissionen. Endvidere kan der umuligt foreligge nogen økonomisk eller praktisk grund til at optage sådanne bestemmelser i aftalerne, dersom transaktionerne ganske enkelt var en passiv investering. Den egentlige praktiske virkning af bestemmelserne er i vidt omfang at øge den indflydelse, som Philip Morris udøver over Rothmans International.

R. J. Reynolds har henvist til beslutningens konklusion, hvorefter Philip Morris efter indgåelsen af de nye aftaler i kraft af sin ret til at erhverve yderligere aktier i Rothmans

International har en betydelig interesse i selv at have indsigt i enhver fremgang i Rothmans International's markedsandel i fællesmarkedet. R. J. Reynolds har anført, at denne påstand — trods indførelsen af ordet »navnlig« — er det eneste, der er anført i beslutningen til støtte for den konklusion, der afviger så radikalt fra meddelelsen af klagepunkter, og at denne påstand direkte modsiges af Philip Morris' udsagn under forvaltningssagen og er et helt nyt punkt, som der end ikke fandtes antydninger af i artikel 6-skrivelsen. Den nye påstand, der er blevet fremsat af Kommissionen i svarskriftet og, hvorefter Philip Morris' udsagn under forvaltningssagen godtgjorde, at Philip Morris' kommercielle interesse i overskuddene i selskabets egne forretningsdispositioner under alle omstændigheder ville sikre, at konkurrencen aldeles ikke ville blive fordrejet på grund af den interesse på 30,8% som selskabet har i overskuddet i Rothmans International, var overhovedet ikke nævnt i beslutningen, og lod sig heller ikke forene med det foreliggende bevismateriale og med Kommissionens påstande vedrørende retsstridigheden af 1981-aftalerne. Endvidere kan man gendrive Kommissionens konklusion ved et simpelt regnestykke, der viser, at selv om der måtte ske et senere køb af nøjagtigt det samme antal aktier som det antal, Philip Morris allerede har, ville det stadig være mere fordelagtigt for Philip Morris at betale en højere pris for disse aktier i et selskab (Rothmans International), hvis indtjening var steget, end at betale en lavere pris for disse aktier i et selskab, hvis indtjening var faldet; endelig er Kommissionens resultat baseret på den rent teoretiske antagelse, at Rembrandt er indstillet på at sælge sin aktiepost og Kommissionen at ændre sine synspunkter med hensyn til retmæssigheden af et senere køb fra Philip Morris' side af aktier i Rothmans International.

Endvidere har Kommissionen ikke behandlet den virkning, som Philip Morris' aktiepost har på den adfærd, som direktionen for Rothmans International lægger for dagen. Philip Morris og Rembrandt har under forvaltningssagen understreget, at »folk« er meget vigtige i cigaretindustrien. Imidlertid er der intet i de nye aftaler eller de tilsagn, der er afgivet over for Kommissionen, der forebygger sådanne samarbejdsforhold, der er sædvanlige mellem en betydningsfuld aktionær og ledelsen i et selskab, og som kan have en afgørende indflydelse på særlig udvalgte ansattes karriere.

Kommissionen har også undladt at tage hensyn til den tilskyndelse, som Rembrandt har til at samarbejde med Philip Morris og imødekomme dets synspunkter. I betragtning af de meget detaljerede bestemmelser om, hvorledes Philip Morris og Rembrandt kan varetage deres interesser i fremtiden, har Rembrandt al mulig grund til at samarbejde med Philip Morris og imødekomme Philip Morris' synspunkter i alle tilfælde, hvor Rembrandt kan gøre dette uden væsentlig skade for selskabets egne særskilte interesser.

Hvad angår det forhold, at man i de nye aftaler har fjernet de dele i 1981-aftalerne, der angik samarbejdet, er R. J. Reynolds af den opfattelse, at der ikke er nogen grund til at antage, at Philip Morris og Rembrandt simpelthen har opgivet deres hensigter om at samarbejde, selv om de ikke har bragt denne hensigt til udtryk i de nye aftaler; hverken artikel 6-skrivelsen eller beslutnin-

gen udtaler — og der er heller ikke noget vidnedsbyrd herom — at Philip Morris og Rembrandt har gjort dette. Endvidere har Philip Morris og Rothmans International forhandlet om samarbejde i Indonesien, Malaysia og Philippinerne. Heraf slutter R. J. Reynolds, at Philip Morris og Rothmans International vil fortsætte deres forhandlinger om samarbejde, også inden for Fællesskabet.

R. J. Reynolds er af den opfattelse, at den omstændighed, at Kommissionen ikke agter at træffe nogen foranstaltning med hensyn til bestemmelserne i de nye aftaler, om hvilke det gælder, at Kommissionen i sin artikel 6-skrivelse har anført, at deres gennemførelse ville stride mod fællesskabsretten, i sig selv udgør en tilsidesættelse af Kommissionens forpligtelser i henhold til Traktaten. Parterne gennemførte disse bestemmelser, så snart de nye aftaler var underskrevet, idet begge parter afstod fra at varetage deres interesser i Rothmans International på nogen måde, der var forbudt i henhold til de forskellige aftaler.

Endvidere gælder det, at beslutningen allerede for en overfladisk betragtning frembyder en åbenbar fejl, eftersom den undlader at fordømme aftaler, der tager sigte på at fremkalde virkninger, der i selve beslutningen er beskrevet som retsstridige. Kommissionens behandling af de nye aftaler i punkt 23 i beslutningen viser, at de er udformet for at sætte Philip Morris i stand til enten at skaffe sig faktisk kontrol med Rothmans International eller at gøre Philip Morris i stand til på ny at indtage en paritetsstilling med Rembrandt i tilfælde af Rembrandt's salg til en eller flere tredjemænd; disse resultater havde Kommissionen fundet retsstridige. Aftaler, der er udformet med henblik på at fordreje konkurrencen, er retsstridige også inden det tidspunkt, hvor de får denne virkning.

Kommissionen har endvidere undladt at overveje muligheden af, at Rembrandt sælger sin interesse i Rothmans International til forskellige tredjemænd, hvilket vil medføre, at Philip Morris bliver langt den største aktionær i Rothmans International.

c) *Kommissionen* har anført, at dens beslutning af 22. marts 1984 på ingen måde strider mod dens tidligere stillingtagen til koncentration og joint ventures. 1966-undersøgelsen om koncentration, den foreslåede 1973-forordning om kontrol med koncentrationer samt Kommissionens praksis vedrørende joint ventures hviler alle på kriteriet om kontrol med de involverede virksomheder. Ifølge 1984-aftalerne erhvervede Philip Morris ikke kontrol med Rothmans International; selskabet købte simpelthen en minoritetsinteresse i det. Forkøbsretten udgør klart ikke for nærværende nogen koncentration. I betragtning af forholdet mellem Philip Morris' stemmer og Rembrandts stemmer og Philip Morris' tilsagn over for Kommissionen om ikke at lade sig repræsentere i direktionen i Rothman's International og ikke at modtage konkurrencefølsomme oplysninger vedrørende Rothmans International, er det heller ikke muligt at påstå, at Rothmans International er blevet underkastet en kontrol, der udøves af Philip Morris og Rembrandt i forening.

Efter Kommissionens opfattelse er det afgørende spørgsmål, hvorvidt Kommissionen

havde tilstrækkelig grundlag for det resultat, at de *nye aftaler* ikke indebar en tilsidesættelse af artikel 85, stk. 1, eftersom samtlige bestemmelser i de gamle aftaler og i samarbejdsaftalen eller i hensigtsaftalerne om samarbejde, ikke længere er i kraft. Det er vildledende af sagsøgerne at rive udtalelser ud af deres sammenhæng, der alene vedrører de gamle aftaler, og søge at knytte dem til den nye situation. Kommissionens bemærkninger i meddelelse af klagegrunde vedrørende Philip Morris' 50%'s aktieandel i holdingselskabet, Rothmans Holdings, kan således ikke finde anvendelse på den foreliggende situation, eftersom Philip Morris ikke har nogen andel i Rothmans Holding, ligesom den økonomiske realitet nu er den, at der foreligger en minoritetsaktiepost i forbindelse med de nye aftaler, forpligtelserne afgivet over for Kommissionen og »isolations«-ordningen.

Det første spørgsmål, der er blevet rejst af sagsøgerne er derfor, hvorvidt en minoritetsaktiepost begrænser konkurrencen. Stævningerne synes ikke at give belæg for sådan et resultat. Tværtimod viser de, at aftaleparterne stadig har en tilskyndelse til at konkurrere med hinanden.

Kommissionens retlige bedømmelse af de nye aftaler gik ud på, at aftalerne ikke rummede nogen krænkelse af Traktatens konkurrenceregler.

De gamle aftaler gav Philip Morris en veto-ret imod et egentligt flertal af aktionærstemmer i Rothmans National gennem den særlige selskabskonstruktion i form af et holdingsselskab. Kommissionen greb ind, idet den fremsendte meddelelse af klagepunkter, afholdt en høring og gav de berørte virksomheder lejlighed til at bringe deres aftaler og fremgangsmåder i overensstemmelse med Traktatens konkurrenceregler. Philip Morris og Rembrandt ændrede derpå deres tidligere aftaler, idet de fjernede den mekanisme, der gjorde det muligt for Philip Morris at udøve afgørende indflydelse på Rothmans International, idet Philip Morris i henhold til de nye aftaler blot er en minoritetsaktionær i Rothmans International. Det har ikke vist sig muligt at godtgøre, at de nye aftaler, når de ses i deres retlige og økonomiske sammenhæng, har til formål eller til følge at fordreje konkurrencen inden for Fællesmarkedet. Det siger sig selv, at dersom parterne på ny bringer sig i samme situation som den, der blev gjort indvending imod i en meddelelse af klagepunkter, vil Kommissionen træffe de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at parterne bringer mulige overtrædelser til ophør.

Kommissionen har medgivet, at en række bestemmelser i de nye aftaler er udformet med henblik på at sætte Philip Morris i stand til enten (1) at skaffe sig faktisk kontrol over Rothmans International eller (2) at bringe sig selv i en stilling, hvor selskabet har paritet med Rembrandt i tilfælde af Rembrandt's salg til en eller flere tredjemænd, eller (3) at sælge aktier, der repræsenterer 34,5% af stemmerne i Rothmans International til en bestemt tredjemand. Disse bestemmelser giver Philip Morris en direkte og indirekte forkøbsret; denne forkøbsret er underkastet effektiv kontrol fra Kommissionens side, der skal sikre, at gennemførelsen af aftalerne ikke hindrer, begrænser eller fordrejer konkurrencen inden for Fællesmarkedet, jfr. artikel 85, stk. 1. De nye aftaler giver alene Philip Morris en for-

trinsstilling til at erhverve kontrol over Rothmans International i kraft af selskabets førstekøbsret ved Rembrandt's salg af aktier i Rothmans International. Selv om selskabet ikke udøver sin førstekøbsret, gør de nye aftaler konkurrenters køb af aktier i Rothmans International aldeles uinteressant. En konkurrerende køber til aktierne i Rothmans International skal tilbyde at købe de aktier, som Philip Morris har, og vil i et vist tidsrum ikke vide, hvorvidt (1) Philip Morris vil købe Rembrandt's andel til den pris, der er tilbudt eller om 2) Philip Morris simpelthen vil undlade at gøre noget og således gøre det muligt for den pågældende tredjemand at købe Rembrandt's andel, eller om (3) Philip Morris vil tilbyde at sælge sine aktier til den tredjemand, der har meldt sig som køber, og således i realiteten fordoble størrelsen og omkostningen ved investeringen.

Mens disse bestemmelser giver Philip Morris mulighed for i fremtiden at ændre sin status som minoritetsaktionær og herved skaffe sig kontrol med Rothmans International har bestemmelserne ikke for nærværende til virkning at fordreje konkurrencen, jfr. artikel 85.

På den anden side er der ingen grund til at antage, at Rembrandt og ledelsen i Rothmans International ikke har nogen tilskyndelse til at søge at gøre Rothmans International så fremgangsrigt og lønsomt et selskab som muligt, og Rembrandt er i praksis i stand til at kontrollere Rothmans International gennem sin post på 43,6% af stemmerne og selskabets traditionelle ledelsesforbindelser med selskabet. På den anden side gælder det, at mens Philip Morris under normale omstændigheder ikke vil ønske at bringe værdien af sin investering i Rothmans International i fare, har selskabet ikke desto mindre en betydelig interesse i at kontrollere enhver fremgang i Rothmans International's markedsandel gennem sine egne industrielle og kommercielle bestræbelser. Herved forøger selskabet sin egen lønsomhed og markedsandel, hvorved Rothmans International-aktierne ville blive billigere i tilfælde af, at Philip Morris senere erhverver dem. Eftersom Philip Morris' direkte investering i Fællesmarkedet langt overstiger selskabets investering i Rothmans International-aktierne, er det højst usandsyndligt, at Philip Morris ville foretrække at fremme Rothmans International's interesser til skade for sine egne selskabers.

Sagsøgerne har endvidere ikke godtgjort, at Philip Morris' holdning og adfærd i konkurrencemæssig henseende er blevet ændret som et resultat af dets investering i Rothmans International. Der er under disse omstændigheder intet grundlag for at nå til det resultat, at de nye aftaler indebærer en tilsidesættelse af konkurrencereglerne.

Det andet spørgsmål, der er blevet rejst af sagsøgerne, er hvorvidt Kommissionen i henhold til fællesskabsretten er beføjet til at kræve de forpligtelser gennemført, som selskaberne har påtaget sig, og træffe alle nødvendige midlertidige eller permanente foranstaltninger i »isolations«-perioden. Kommissionen har anført, at denne beføjelse foreligger og har karakteriseret sagsøgernes indlæg om som »ubeføjede og grundløse«.

d) *Rembrandt* har indlednings anført, at Kommissionen har et vidt skønsmæssigt spillerum i retning af at afslutte forvaltningssager, og at Domstolen må begrænse sin opgave til at sikre, at Kommissionens af-

slutning af sagen »hverken hviler på åbenbart urigtige faktiske omstændigheder eller er behæftet med et åbenbart fejlskøn« (dom af 11. oktober 1983, Demo-Studio Schmidt mod Kommissionen, sag 210/81, Sml. s. 3045), og at det tilkommer Kommissionen at vurdere de mange indviklede økonomiske faktorer i sagen (dom af 13. juli 1966 i de forenede sager 56 og 58/64, Consten og Grundig mod Kommissionen, Sml. 1965-1968, s. 245). Det påhviler sagsøgerne at bevise, at der foreligger en materielt urigtig vurdering af de faktiske omstændigheder eller en åbenbar fejl ved skønnet. Når sagsøgerne i denne forbindelse hovedsagelig henholder sig til meddelelsen af klagepunkter, har de undladt at tage hensyn til dette dokuments midlertidige beskaffenhed og den omstændighed, at situationen er ændret radikalt siden dokumentet blev fremsendt.

Rembrandt har bestridt, at artikel 85, stk. 1, automatisk finder anvendelse, dersom aktieerhvervelsen måtte vise sig at fordreje konkurrencen. Selskabet har anført, at de nye aftaler alene angår Philip Morris' aktiepost i Rothmans International og selsskabets mulige fremtidige aktieerhvervelser. Artikel 85, stk. 1, finder ikke anvendelse på aktieerhvervelser som sådanne af følgende grunde: de stratetiske spørgsmål i forbindelse med adgangen til frit at overdrage aktier og andre selskabsandele er alt for indviklede og de foreslåede løsninger for upræcise til at kunne indebære, at det automatiske forbud, der er indeholdt i artikel 85, stk. 1, finder anvendelse på sådanne transaktioner; artikel 85, stk. 2, er en uforholdsmæssig sanktion at bringe i anvendelse over for overdragelse af ejerrettigheder; artikel 85, stk. 3, egner sig slet ikke til at finde anvendelse på sådanne transaktioner; endelig er der ikke er nogen logisk skillelinje mellem aftaler om at købe aktier over børsen, som artikel 85, stk. 1, ikke kan finde anvendelse på, og andre måder at erhverve aktier på. Dersom artikel 85, stk. 1, ikke finder anvendelse på aktieerhvervelse, følger det heraf, at den heller ikke finder anvendelse på en forkøbsret.

Efter Rembrandts opfattelse begik Kommissionen således ikke på nogen måde en åbenbar fejl i forbindelse med det resultat, den er nået til, og hvorefter Philip Morris' aktieerhvervelse i henhold til de nye aftaler ikke indebærer nogen tilsidesættelse af artikel 85, stk. 1. Ethvert andet resultat ville have været uforenelig med Kommissionens memorandum om koncentrationer af 1966, Kommissionens egen hidtidige praksis, princippet om beskyttelse af den berettigede forventning og fællesskabsretten.

Kommissionens afgørelser i joint venture-sager er ikke relevant, fordi de angår aftaler om samarbejde, der er helt forskellige fra de nye aftaler, ligesom disse beslutninger ikke indeholder principper af generel rækkevidde.

Endvidere favoriserer meddelelsen af klagepunkter ikke på nogen måde BAT, eftersom meddelelsens bemærkninger særligt vedrører en kapitaldeltagelse på 50% i et holdingselskab, der her kontrol over et konkurrerende selskab, hvorimod de nye aftaler giver Philip Morris en direkte deltagelse i det sidstnævnte selskabs kapital, om end der også er tale om en minoritetsandel, uden fælles kontrol over noget selskab.

Selv om artikel 85, stk. 1, måtte finde anvendelse, hvilket Rembrandt afviser, skal de økonomiske virkninger af hver transaktion analyseres i det konkrete tilfælde med henblik på at afgøre, hvorvidt konkurrencen ud fra en konkret bedømmelse begrænses eller

fordrejes i mærkbart omfang. Så vidt Rembrandt ved, foreligger der ikke nogen konkurrenceretlig lære, hvorefter en aktieerhvervelse i konkurrerende virksomheder i sig selv er forbudt.

Hvad angår Philip Morris' investering i Rothmans International, har Rembrandt angørt, at de nye aftaler krævede en undersøgelse fra Kommissionens side, og at Kommissionen på ny nåede til det resultat, at Philip Morris ikke i væsentligt omfang kunne påvirke Rothmans International eller at Rothmans International kunne blive påvirket af Philip Morris. Philip Morris har godtgjort, at selskabet i det væsentlige ønsker at optimere lønsomheden inden for dets egen tobaksproduktion, hvori det har en interesse på 100%, og ikke at beskytte dets 30,8% aktieandel i Rothmans International. Dette overordnede mål kræver, at der foreligger fuldstændig fri konkurrence over for Rothmans International. På et marked som cigaretmarkedet gælder det endvidere, at enhver eftergivenhed i selskabets bestræbelser til fordel for en enkelt konkurrent nødvendigvis må medføre fordele for andre konkurrenter.

Af lignende grunde er det usandsynligt, selv i henhold til 1981-aftalerne, at Rothmans International skulle slække på sine bestræbelser på at imødekomme Philip Morris. Muligheden for, at Rothmans International måtte tage hensyn til Philip Morris' interesser, fortoner sig endnu mere i det uvisse efter indgåelsen af de nye aftaler. Som Kommissionen har anført, er Philip Morris alene en minoritetsaktionær og har ikke længere i forening med andre kontrol over Rothmans Holding's, det selskab, der har den effektive stemmekontrol over Rothmans International. Endvidere har Philip Morris givet tilsagn om ikke at lade sig repræsentere i ledelsesorganerne i Rothmans International, således at enhver mulighed for at udøve pres på Rothmans International's ledelse er blevet fjernet. Philip Morris har også afgivet tilsagn om, at det ikke vil modtage konkurrencefølsomme oplysninger om Rothmans International's dispositioner, og der er intet, der taler for, at Philip Morris ville søge »uformelle tilnærmelser« til ledelsen for Rothmans International. Det stiller sig som en usandsynlig mulighed, at Rothmans International's ledelse skulle lade sig påvirke af den uvisse mulighed af, at Philip Morris kan erhverve kontrol med Rothmans International i fremtiden, og — selv om en sådan mulighed virkelig var sandsynlig — det er langt mere sandsynligt, at denne ledelse vil konkurrere aggressivt imod Philip Morris for at skaffe sig ry hos Philip Morris som en effektiv markedsdeltager. Rembrandt har ingen hensigt om at fremme Rothmans International's samarbejde med Philip Morris.

I modsætning til, hvad BAT har hævdet, har Rembrandt anført, at Rembrandt ikke vil tage hensyn til Philip Morris' interesser under udøvelsen af dets aktierettigheder eller ledelsesfunktion i Rothmans International. Rembrandt har en interesse i, at Rothmans International er lønsomt og har fremgang: det har fælles interesser med almindelige aktionærer og Rothmans International selv. Rembrandt har ingen interesse i Philip Morris' virksomhed i Europa eller andre steder, og der er intet, der kan påvirke Rembrandt til at tage hensyn til Philip Morris' interesser i forbindelse med selskabets egne ledelsesfunktioner. I praksis kan Rembrandt sikre vedtagelsen af almindelige beslutninger under udøvelse af sin 44% store andel af stemmerettighederne. Særlige beslutninger er

kun blevet gennemført få gange i selskabernes levetid, og andre trusler, som Philip Morris efter BAT's mening kan gøre brug af, er hypotetiske og ikke bindende.

Rembrandt har endelig gennemgået sagsøgernes argumenter vedrørende forkøbsretten og er nået til det resultat, at de ikke er overbevisende. Efter Rembrandts opfattelse vil der ikke være nogen vanskelighed forbundet med at finde en enkelt køber til dets andel i Rothmans International. Den omstændighed, at Philip Morris ifølge de nye aftaler har en kontraktsmæssig rettighed til at kræve af en sådan køber, at han tilbyder tillige at købe Philip Morris'aktiepost, skaber ikke nogen ny forpligtelse i henhold til børsreglerne i London om virksomhedsovertagelser. Der er derfor efter Rembrandt's opfattelse ikke nogen væsentlig hindring for at føre forhandlinger med en mulig køber. Rembrandt vil heller ikke have nogen vanskelighed med at skaffe sig af med sin aktieandel over markedet, hvilket er den almindelige måde at afsætte store aktieposter på; heller ikke i dette tilfælde ville Philip Morris' forkøbsret skabe nogen væsentlig hindring for gennemførelsen af en sådan placering. Det er endvidere usandsynligt, at Philip Morris ville søge at skabe vanskeligheder for Rembrandts afsætning af dets aktiepost i Rothmans International. I hvert fald gælder det, at denne usandsynlige mulighed ikke vil påvirke Rembrandt langt stærkere interesse i på bedst mulig måde at fremme Rothmans International's interesser uden hensyntagen til Philip Morris. Forkøbsretten har derfor ikke for nærværende til virkning at fordreje konkurrencen. Det er heller ikke formålet med den.

Det er heller ikke blevet godtgjort, at Kommissionen ikke har overvejet muligheden af et salg fra Rembrandt's side til tredjemænd, der ville gøre Philip Morris til den største aktionær i Rothmans International, og BAT's anbringende vedrørende denne mulighed er uden betydning, eftersom denne mulighed næppe vil opstå. Skulle dette ske, vil Kommissionen overveje, hvorvidt de ændrede faktiske omstændigheder var af væsentlig betydning, samt i bekræftende fald, hvorvidt Philip Morris' aktiepost under disse omstændigheder ville stride mod Traktatens aktikler 85 eller 86. Philip Morris ville for sin del fortsat være bundet af de forpligtelser, som selskabet har påtaget sig over for Kommissionen om ikke at have nogen repræsentant i ledelsen for Rothmans International og ikke at søge at få konkurrencefølsomme oplysninger vedrørende Rothmans International. Philip Morris ville hverken have kontrol over Rothmans International eller mulighed for i væsentlig grad at øve indflydelse på Rothmans International.

e) *Philip Morris* har gennemgået sagsøgernes anbringender og herved anført, at artikel 85 aldrig er blevet anvendt af Kommissionen eller Domstolen i forbindelse med aktieerhvervelse. Beslutningen af 22. marts 1984 rejste ikke i sig selv spørgsmålet om, hvorvidt denne artikel omfatter aktieerhvervelser. Inden for området af joint ventures hviler anvendelsen af artikel 85, stk. 1, på, om der foreligger en aftale mellem to faktiske eller potentielle konkurrenter, der beslutter at gøre noget i forening i stedet for under konkurrence. Den omstændighed, at hver part som et led i aftalen om samarbejde erhverver aktier i et joint venture-selskab indebærer ikke, at artikel 85 kan finde anvendelse på en ensidig aktieerhvervelse, idet det er aftalen om samarbejde, der danner grundlag for anvendelsen af artikel 85, stk. 1. Kommissionen har ikke hidtil anset erhvervelse af aktier som værende omfattet af

artikel 85, stk. 1, når der ikke foreligger nogen aftale om samarbejde.

Fællesskabsretten giver på sit nuværende udviklingstrin kun begrænset mulighed for kontrol med transaktioner vedrørende aktieerhvervelser, bortset fra joint venture- eller samarbejdsaftaler mellem faktiske eller potentielle konkurrenter. Kun i tilfælde af, at et af de involverede selskaber har en dominerende stilling i henhold til artikel 86, kan erhvervelsen under visse omstændigheder anses som værende i strid med konkurrencereglerne. Under alle omstændigheder er der mange tilfælde inden for forretningsverdenen, hvor selskaber, herunder store selskaber, ejer minoritetsaktieposter i konkurrerende selskaber.

Philip Morris er af den opfattelse, at den udtalelse i meddelelsen af klagepunkter, som sagsøgerne har støttet sig til, ikke har den generelle rækkevidde, som de tillægger den, og at sagsøgerne selv ikke har støttet sig på en så bred fortolkning af artikel 85 i deres klager til Kommissionen.

En bred anvendelse af artikel 85 på erhvervelser af aktieposter i konkurrerende firmaer, som sagsøgerne har gjort sig til talsmand for, ville nødvendigvis indebære, at en lang række situationer, der sædvanligvis er blevet anset for aldeles lovlige, ville kunne imødegås af Kommissionen eller af interesserede private parter i henhold til artikel 85. Under alle omstændigheder er det ikke blevet fastslået, at der aktuelt foreligger nogen konkurrencebegrænsende virkning.

Hvad angår den påståede fortsættelse af samarbejdet, er der intet holdepunkt herfor i de nye aftaler, eftersom bestemmelserne om samarbejde eller hensigten om et samarbejde blev fjernet, da samarbejdsnotatet så tidligt som i 1983 blev fjernet. Endvidere har Philip Morris ikke længere nogen vetoret, og Rembrandt er i stand til at udøve sin ledelsesopgave i Rothmans International uden endog teoretisk at behøve at søge Philip Morris' støtte. Efter Philip Morris' opfattelse kan man efter en rimelig fortolkning af de nye aftaler og beslutningen ikke nå til noget andet resultat, end at Philip Morris og Rembrandt hverken udtrykkeligt eller stiltiende har til hensigt at samarbejde om produktion og afsætning af tobaksvarer inden for EØF. I nærværende tilfælde påhviler det sagsøgerne at bevise, at et samarbejde i strid med artikel 85, stk. 1, fandt sted eller vil finde sted, og dette har de ikke gjort. Sagsøgerne har heller ikke i enkeltheder gjort rede for de virkninger inden for Fællesmarkedet, der vil kunne opstå som følge af det eksisterende samarbejde mellem Philip Morris og Rembrandt eller Rothmans International uden for EØF. Philip Morris har anført, at enhver aftale, der foreligger mellem Philip Morris og Rothmans International uden for EØF, herunder også retten for en af parterne til at bruge visse af den anden parts varemærker i visse tredjelande, ikke har nogen indflydelse på deres dispositioner inden for Fællesskabet. Alle sådanne eksisterende aftaler udgør helt normale licens- og forretningsaftaler, der på enhver måde er i overensstemmelse både med praksis inden for industrien og den fri konkurrence; i øvrigt gør også sagsøgerne brug af sådanne arrangementer.

Hvad angår bestemmelserne vedrørende forkøbsret til Rothmans International-aktierne fra Philip Morris' og Rembrandt's side, har Philip Morris anført, at sagsøgerne

har fremstillet dette punkt på en måde, der er vildledende og kunstig, og som fordrejer den egentlige beskaffenhed af virkningen af disse bestemmelser.

Disse bestemmelser tjener to formål: 1) i videst muligt omfang at give forkøbsret i tilfælde af, at Philip Morris eller Rembrandt beslutter sig for at afhænde aktierne i Rothmans International; 2) i tilfælde af et sådant salg at gøre det muligt, at hver af parterne får en passende pris for deres aktier. Det er ganske normalt for parter, der gør relativt store investeringer, at bekymre sig om købet eller salget af deres egne eller andres aktier: forkøbsretten er derfor et ganske almindeligt træk ved mange handelstransaktioner. Sådanne bestemmelser, hvis eneste formål er at beskytte værdien af den foretagne investering, udgør ikke nogen alvorlig hindring for den tredjemandskøber, der har besluttet at foretage en større investering i et større aktieselskab som Rothmans International.

Philip Morris havde endelig gjort gældende, at selskabet ikke har magt til at bevæge Rembrandt til at sælge sine aktier og således skaffe sig faktisk kontrol over Rothmans International. Det er ikke realistisk at hævde, at Philip Morris er i stand til at tvinge Rembrandt til at sprede sine aktier over flere købere, eftersom en sådan afhændelse ikke bringer Rembrandt's afkast i vejret. Den eneste måde, hvorpå Philip Morris kan forhindre en enkelt køber i at købe Rembrandt's aktiepost er at udøve sin forkøbsret og betale Rembrandt den pris, som den mulige køber er villig til at betale, og i så fald er der ingen grund til, at Rembrandt skulle foretrække at sprede sine aktier. Kravet om mindst ti købere tjener det formål at definere den situation, hvori parterne ophører med at have nogen forkøbsret i forhold til andre købere. Under alle omstændigheder gælder det, at dersom det usandsynlige tilfælde skulle indtræde, at Philip Morris blev den største aktionær i Rothmans International med 24,9% af stemmerne, ville Kommissionen have mulighed for at overvåge situationen og træffe egnede foranstaltninger. Endvidere ville Philip Morris stadig være bundet af de tilsagn, som selskabet har afgivet over for Kommissionen.

Det fremgår heraf, at de omtalte bestemmelser er udtryk for en sund kommerciel strategi, der på praktisk måde løser de spørgsmål, der opstod i forbindelse med omstruktureringen i 1984. Bestemmelserne giver parterne rettigheder, hvis virkninger kun kan fastslås, dersom og såfremt disse rettigheder bliver udøvet på basis af de omstændigheder, der foreligger til den tid. Hvis Philip Morris således på et senere tidspunkt ønsker at skaffe sig kontrol over Rothmans International som et resultat af, at selskabet udøver disse rettigheder, ville dette ikke nødvendigvis medføre en tilsidesættelse af Fællesskabets konkurrenceregler. Rothmans International er en stor og diversificeret koncern med mange aktiviteter, der driver virksomhed forskellige steder på kloden og inden for en række forskellige industrier. Strukturen i Rothmans International-koncernen, dens aktivitet i forskellige dele af verden og inden for forskellige industrier kan udvikle sig forskelligt, ligesom også strukturen på de markeder, hvor koncernen driver virksomhed, kan ændre sig. Philip Morris' erhvervelse af kontrol over Rothmans International kunne — om nogensinde — finde sted på et tidspunkt eller i en situation, hvor man ikke ville kunne foreholde selskabet, at en sådan erhvervelse medførte nogen virkning, der er forbudt i henhold til Fællesskabets konkurrenceregler.

Det var derfor med rette, at Kommissionen nåede til det resultat, at der ikke opstår nogen skadelige virkninger for konkurrencen gennem Philip Morris' aktiepost i Rothmans International. Den omstændighed, at konkurrencen har fortsat med samme intensitet efter indgåelsen af 1981-aftalerne kan fastslås på grundlag af det statistiske materiale om markedsudvilkingerne inden for EØF.

2) *Tilsidesættelse af Traktatens artikel 86*

a) *BAT* har indledningsvist undersøgt i beslutningens punkt 29 og henledt opmærksomheden på, at det ikke i beslutningen gøres klart, hvad Kommissionen helt præcist mener med »kontrol«, men at der tilsyneladende henvises til punkt 22 i beslutningen, hvorefter Philip Morris ikke længere har »vetoret over for en faktisk aktiemajoritet i Rothmans International« og nu »kun [er] minoritetsaktionær«. Artikel 86 kan derfor efter Kommissionens opfattelse ikke finde anvendelse på en overdragelse, hvorved et selskab erhverver en minoritetsaktiepost i et konkurrerende selskab, selv om overdragelsen har til formål og til følge at fordreje konkurrencen. Kommissionens opfattelse hviler på en fejlagtig fortolkning af begrebet misbrug i artikel 86.

Efter BAT's opfattelse omfatter begrebet misbrug enhver adfærd, herunder en aftale, hvorved et selskab erhverver en minoritetsaktiepost i en konkurrerende virksomhed, der begrænser eller fordrejer konkurrencen (se Domstolens dom af 13. februar 1979 i sag 85/76, Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, Sml. s. 461). På grundlag af denne dom slutter BAT, at det ikke er graden af den dominerende stilling, men den adfærd, som det dominerende selskab eller dominerende koncern lægger for dagen, og som skal have virkning for konkurrencen for, at et misbrug foreligger; denne adfærd behøver ikke at hæmme konkurrencen »i væsentligt omfang«, men skal blot have en »mærkbar« virkning på konkurrencen og samhandelen mellem medlemsstater, for at der foreligger et misbrug af en dominerende stilling i henhold til artikel 86.

Artikel 86, litra b), der forbyder begrænsning af produktion, afsætning eller teknisk udvikling, er blevet fortolket således, at den omfatter enhver adfærd, der begrænser mulighederne for andre selskaber end den virksomhed, der har en dominerende stilling, jfr. Hoffmann-La Roche-sagen (se ovenfor) og dom af 14. februar 1978 i sagen United Brands mod Kommissionen (sag 27/76, Sml. s. 207), dom af 16. december 1975 i sagen Suiker Unie m. fl. mod Kommissionen (de forenede sager 40-48, 50, 54-56, 111, 113 og 114/73, Sml. s. 1663) og i dom af 6. marts 1974 i sagen Commercial Solvents mod Kommissionen (de forenede sager 6 og 7/73, Sml. s. 223). En transaktion, hvorved en minoritetsaktiepost erhverves i en konkurrende virksomhed er forskellig fra de metoder, der regulerer den normale konkurrence og har en klar virkning på markedsstrukturen. Den skaber en vigtig forbindelse mellem to konkurrenter på markedet, begrænser eller udelukker muligheden af, at andre konkurrenter nogen sinde kan forøge deres markedsandele ved at erhverve en kontrollerende interesse i netop denne konkurrent og anbringer investoren i en favorabel stilling eller endog en prioritetsstilling, dersom denne senere ønsker at erhverve kontrol med sin konkurrent. Endvidere fordrejer den konkurrencen mellem investoren og det selskab, som den pågældende har investeret i.

Den begrænsede betydning, som Kommissionen tillægger begrebet misbrug, er endvidere klart i konflikt med Traktatens artikel 3, litra f), som ifølge Domstolen har betydning for fortolkningen af artiklerne 85 og 86.

Heraf følger det, at Kommissionen har befundet sig i en retsvildfarelse, når den har støttet sit resultat på det synspunkt, at et misbrug forudsætter kontrol over dispositionerne i det selskab, hvori investeringen er blevet foretaget.

Kommissionen har for første gang i sit svarskrift hævdet, at et »konglomerat's erhvervelse« af en andel af overskuddet i et andet »konglomerat« blot er en af de metoder, der regulerer almindelig markedskonkurrence og øver indflydelse på markedsstrukturen. Brugen af udtryk »konglomorat« er under alle omstændigheder vildledende, når det anvendes på Rothmans International (tobaksprodukter udgjorde 85% af koncernens salg i 1983) og Philip Morris (tobaksprodukter udgjorde 67% af koncernens salg i 1982).

BAT er af den opfattelse, at indgåelsen af de nye aftaler udgjorde et misbrug af en dominerende stilling, som Rembrandt og Philip Morris havde i forening på beneluxmarkedet på grundlag af 1981-aftalerne.

BAT har anført, at der i artikel 6-skrivelsen eller beslutningen ikke var noget, der tydede på, at Kommissionen havde ændret sin opfattelse med hensyn til de almindelige principper, grunde og resultater, der var blevet fastslået og anvendt i meddelelsen af klagepunkter, hvori Kommissionen havde fastslået, at aftalerne mellem Philip Morris og Rembrandt udgjorde en tilsidesættelse af artikel 86, dersom Philip Morris sammen med Rembrandt havde fælles kontrol eller opnåede enekontrol over Rothmans International. Kommissionen kan derfor ikke under nærværende sag opgive det synspunkt, den havde lagt til grund i meddelelsen af klagepunkter.

I betragtning af de økonomiske bånd, der bestod mellem Philip Morris, Rembrandt og Rothmans Holding, og det udstrakte samarbejde, der blev etableret ved 1981-aftalerne, havde Kommissionen endvidere grundlag for at mene, at Philip Morris og Rembrandt i forening havde en dominerende stilling som et resultat af disse aftaler. Efter BAT's opfattelse udgør de nye aftaler, selv set ud fra det snævre kriterium, som Kommissionen har anvendt, et misbrug af en dominerende stilling; som et resultat af erhvervelsen af Rothmans International-aktierne og de konvertible obligationer, forkøbsretten og de forskellige særlige arrangementer i forbindelse med fremtidige handler, befinder Philip Morris sig nemlig i en stilling, hvor selskabet kan kontrollere Rothmans International's aktiviteter i forening med Rembrandt.

Vedrørende den korrekte anvendelse af begrebet misbrug, har BAT anført, at således som Domstolen har fortolket begrebet i ovennævnte dom i Hoffmann-La Roche-sagen, er et misbrug enhver adfærd, der involverer andre metoder end de, der betinger normal konkurrence, og som påvirker markedsstrukturen og fordrejer eksisterende konkurrence eller forhindrer, at konkurrence udvikler sig. En transaktion, hvorved et selskab erhverver sig en væsentlig aktiepost i en betydningsfuld konkurrence, kan ikke siges at være en metode, der betinger normal konkurrence. Den påvirker mar-

kedsstrukturen, særligt hvor markedet er stærkt oligopolistisk. I nærværende sag forhindrer aftalerne endog enhver anden konkurrent i at erhverve en kontrollerende indflydelse i Rothmans International, således at Philip Morris befinder sig i en fortrinsstilling, dersom selskabet senere vil erhverve kontrollen.

Heraf følger det, at når Kommissionen i beslutningen har fastslået, at de nye aftaler ikke indebærer en tilsidesættelse af artikel 86, har den begået en fejl, enten ved at lægge et for snævert syn på begrebet misbrug til grund eller ved at afvise, at Philip Morris har kontrol over Rothmans International.

Efter BAT's opfattelse er denne traktatbestemmelse også blevet tilsidesat af en anden grund, der ikke kun omfatter Benelux-landene, men også hele Fællesmarkedets område. De fire grupper, Rothmans International, Philip Morris, BAT og Imperial Tobacco, udgør tilsammen et oligopol, der i fællesskab har en dominerende stilling (48,9% af markedet) inden for Fællesmarkedet. Det er misbrug af en dominerende stilling, som et oligopol har, dersom nogle oligopolistiske virksomheder alene eller en forening optræder således, at de derved intensiverer den oligopolistiske struktur, der kendetegner det pågældende marked.

b) *R. J. Reynolds* har anført, at Kommissionen i punkt 14 i sin beslutning har anerkendt, at Rembrandt gennem Rothmans International har en dominerende stilling, jfr. Traktatens artikel 86, i Belgien og Luxembourg og i Nederlandene. Selskabet har anført, at Kommissionen som den eneste grund til at forkaste R. J. Reynolds's klage i sin beslutning har anført, at »... af de ovenfor anførte grunde befinder Philip Morris sig i henhold til de nye aftaler ikke i en stilling, hvor selskabet har kontrol med Rothmans International's dispositioner...«. Der er intet oplyst om, hvilke disse grunde er, men det fremgår af punkt 22, at udtryk »kontrol« simpelthen betyder kontrol — der kan håndhæves retligt — over et flertal af aktierne i selskabet, hvori investeringen er gjort. Denne snævre, begrænsede og tekniske opfattelse af begrebet misbrug strider mod Traktatens artikel 3, litra f), og lader sig heller ikke forene med Domstolens opfattelse i den ovenfor nævnte dom i Hoffmann-La Roche-sagen. For at Kommissionen kunne nå sit resultat, har den således måttet henholde sig til en opfattelse af begrebet »misbrug«, jfr. Traktatens artikel 86, der er retligt fejlagtigt. Beslutningen hviler derfor, for så vidt angår artikel 86, på en retsvildfarelse og bør følgelig annulleres.

De nye aftaler udgør en fortsættelse og en forlængelse af 1981-aftalerne, som meddelelsen af klagepunkter blev fremsat i anledning af, ligesom de udgør en fortsættelse og skærpelse af de af disse aftaler flydende virkninger, der kan rettes indvendinger imod. De nye og de gamle aftaler er tæt forbundne med hinanden, fordi Philip Morris i henhold til 1984-aftalerne har erhvervet 30,8% af aktiekapitalen (24,9% af stemmerne) i Rothmans International og fået indgående kontraktmæssige rettigheder som modydelse for den interesse, som Philip Morris retsstridigt erhvervede i Rothmans

Holdings i henhold til 1981-aftalerne, ligesom selskabet bevarer sin post af Rothmans International-obligationer i henhold til disse aftaler.

c) *Kommissionen* har først henvist til sin rapport om virkningerne af yderligere harmonisering af skatterne på forarbejdet tobak. Ifølge denne rapport voksede cigaretmarkedet inden for Fællesskabet mellem 1970 og 1980, men cigaretindustrien måtte alligevel acceptere en nedgang på grund af 1) det almindelige økonomiske klima og den høje arbejdsløshed; 2) de voldsomme antirygningskampagner, der blev gennemført i mange lande; 3) voksende skattebyrde og 4) det forhold, at mere moderne udstyr blev taget i brug. Endvidere har Kommissionen i sin meddelelse af klagepunkter understreget, at omkostningerne, særligt reklameomkostningerne, er særdeles høje, hvorfor indtrængen på markedet eller markedsekspansion på bekostning af de indarbejdede stillinger, som store internationale koncerner såsom Rothmans International har, takket være værdifulde lokale og internationale varemærker, er meget vanskelig. Kommissionen har imidlertid tilføjet, at Benelux-landene, hvor Rothmans International har en dominerende stilling, kun repræsenterer 8% af Fællesskabets cigaretforbrug, hvilket deles mellem mere end 40 virksomheder og over 800 mærker, og at salgene over landegrænserne og overgang fra færdigfremstillede cigaretter til »rul selv« cigaretter illustrerer bevægeligheden på cigaretmarkedet og de forandringer, der kan indtræde i enhver styrkeposition, som den enkelte producent måtte have.

Kommissionen har henvist til Domstolens dom af 21. februar 1973 (sag 6/72, Continental Can Company Inc. mod Kommissionen, Sml. s. 215) og den ovenfor anførte dom i Hoffmann-La Roche-sagen, hvori Domstolen fandt, at en virksomhed misbruger sin dominerende stilling, dersom den styrker den på en sådan måde, at den konsolideres i en grad, der i væsentlig omfang hæmmer konkurrencen eller forringer den faktiske konkurrencestruktur i Fællesmarkedet (i sin replik har Kommissionen anført, at når den bruger ordet »i væsentlig omfang« ønsker den ikke hermed at hævde andet og mere, end at der var tale om en »mærkbar« virkning). Således kan en koncentration, der begrebsmæssigt involverer erhvervelse af kontrol, udgøre et misbrug af en dominerende stilling, der rummer en tilsidesættelse af artikel 85. Et aktiekøb kan derfor udgøre et misbrug, dersom det medfører koncentration. Kommissionen har citeret fra dommen i Hoffmann-La Roche-sagen: »Misbrugsbegrebet er et objektivt begreb, som omfatter en af en markedsdominerende virksomhed udvist adfærd, som efter sin art kan påvirke strukturen på et marked, hvor konkurrencen netop som følge af den pågældende virksomheds tilstedeværelse allerede er afsvækket, og som bevirker, at der lægges hindringer i vejen for at opretholde den endnu bestående konkurrence på markedet eller udviklingen af denne konkurrence som følge af, at der tages andre midler i brug end i den normale konkurrence om afsætning af varer og tjenesteydelser, der udspiller sig på grundlag af de erhvervsdrivendes ydelser.«

Denne definition er blevet bekræftet ved dom af 11. februar 1980 (Sag 31/80, L'Oréal, Sml. s. 3775) og dom af 9. november 1983 (sag 322/81, Michelin mod Kommissionen, Sml. s. 3461).

Dersom en virksomhed, der udøver sine aktiviteter på en lang række forskellige markeder, således som det er tilfældet med Philip Morris, opnår en del af overskuddet i en virksomhed, hvori det har investeret, er der ingen grund til som et resultat heraf at

hævde, at erhvervelsen fra et »konglomerats« side af en minoritetsaktiepost i et andet »konglomerat« kan siges at udgøre »andre midler end de der indgår i den normale konkurrence«, og som må formodes at »påvirke strukturen på et marked«.

Kommissionen har afvist, at de nye aftaler i det væsentlige udgør en fortsættelse af de gamle aftaler, der ganske åbenbart var uforenelige med Traktatens konkurrenceregler. Den har tilføjet, at forvaltningssagen giver de berørte virksomheder mulighed for at bringe deres aftaler og praksis i overensstemmelse med disse regler. Ændringerne i aftalerne var så væsentlige, at Kommissionen nåede til det resultat, at de nye aftaler var helt selvstændige, idet Philip Morris nu blot er en uafhængig mindretalsaktionær i Rothmans International; Kommissionens indvendinger i henhold til artikel 86 er ligeledes blevet imødekommet, eftersom der ikke længere er nogen sandsynlighed for, at der bliver lagt »væsentlige hindringer i vejen«, eller at den »faktiske konkurrencestruktur på Fællesmarkedet« bliver svækket. Domstolen har bl. a. i ovennævnte dom i Hoffmann-La Roche-sagen anført, at en adfærd, der begrænser mulighederne for andre virksomheder end den, der har den dominerende stilling, er forbudt. En transaktion, hvorved en virksomhed erhverver en minoritetsaktiepost i en konkurrerende virksomhed, udelukker ikke nødvendigvis muligheden af, at andre konkurrenter kan forøge deres markedsandele, heller ikke selv om denne aktiepost skaber en forbindelse mellem disse virksomheder på markedet.

Med hensyn til forkøbsretten, har Kommissionen anført, at denne ret er underkastet en effektiv kontrol fra Kommissionens side. Kommissionen har gentaget, at Philip Morris blot er en minoritetsaktionær, og at selskabet i henhold til de nye aftaler ikke har en stilling, hvorved det kan kontrollere Rothmans International's ledelse. Følgelig er der intet grundlag for sagsøgernes anbringender om de vildfarelser, som Kommissionen skulle have svævet i under sine overvejelser om anvendelsen af artikel 86 på de nye aftaler. Sagsøgerne har ikke godtgjort, at Rothmans International har optrådt på en sådan måde, at »den endnu bestående konkurrence på cigaretmarkedet« i Benelux, hvor Rothmans International har en dominerende stilling, svækkes af de nye aftaler.

d) *Rembrandt* er af den opfattelse, at Kommissionen med rette er nået til det resultat, at artikel 86 ikke finder anvendelse på de nye aftaler. Det fremgår således af punkt 21 i skrivelsen af 22. marts 1984, at de pågældende aftaler ikke hindrer opretholdelsen af en effektive konkurrence, således som begrebet er blevet fastlagt ved Domstolens dom i ovennævnte Hoffmann-La Roche sag.

Rembrandt har endvidere anført, at Rothmans International ikke har nogen dominerende stilling på fællesskabsmarkedet som helhed eller på markedet i Benelux, og selv om dette måtte være tilfældet, kan Rembrandt's salg af aktier ikke anses som et misbrug af en dominerende stilling.

Rembrandt har endelig afvist R. J. Reynolds's anbringende om, at de nye aftaler indebar en fortsættelse af de retsstridige elementer i 1981-aftalerne. Rembrandt har hævdet, at den virkelige prøve for retmæssigheden af de nye aftaler, er, hvorvidt de retsstridige elementer i 1981-aftalerne er blevet fjernet ved de nye aftaler.

e) *Philip Morris* har anført, at det siger sig selv, at en aftale, der ikke har nogen virkning på konkurrencen, ikke kan anses som et misbrug, jfr. artikel 86. Philip Morris har endvidere hævdet, at anvendelsen af artikel 86 på erhvervelsen af en minoritetsaktiepost ville indebære en højst usædvanlig og ganske ny fortolkning af denne artikel, der ville have resulteret i, at en helt ny regel ville være opstået. Det er mildt sagt usædvanligt at beskrive salget fra et dominerende selskabs side af dets egne aktier, hvorved det gør et andet selskab til minoritetsaktionær, som et misbrug af en dominerende stilling. Selv om det medgives, at Rembrandt og Philip Morris i henhold til 1981-aftalerne havde fælles kontrol over Rothmans International, ville det stadig være usædvanligt at anse de nye aftaler, der fjerner denne fælles kontrol, som et misbrug af kontrollen.

Philip Morris har anført, at det relevante geografiske marked for vurderingen af Rothmans International's markedsstilling og virkningerne af Philip Morris' investering i Rothmans International, er fællesskabsmarkedet i dets helhed. Det er forkert kun at vurdere virkningen for en del af EØF. Det lader sig ikke nægte, at selv om Rothmans International's datterselskaber er de største producenter i Benelux-landene, er de udsat for en intensiv konkurrence, ikke kun fra andre selskaber, der driver virksomhed i disse lande, men også fra alle andre producenter i de andre medlemsstater. Dette bekræftes af markedstallene, der godtgør, at Rothmans International siden 1981 har tabt markedsandel i EØF som helhed og ganske særligt i Benelux. Hvert Rothmans International datterselskab skal, når det fastlægger sin strategi, tage hensyn til den strategi, der følges af andre cigaretproducenter i de andre medlemsstater.

Hvad angår produktet, omfatter markedet for »rul selv« cigaretter 40% af det totale forbrug i Nederlandene og 18% af det totale forbrug i Belgien. Der er en væsentlig grad af krydselasticitet i efterspørgslen efter »rul selv« cigaretter og færdigfremstillede cigaretter.

Ved afgørelsen af, hvorvidt Rothmans International har en dominerende stilling, skal der tages hensyn til markedsstrukturen og beskaffenheden af konkurrencen; markedsstrukturen og beskaffenheden af konkurrencen er således, at det ikke kan godtgøres, at Rothmans International har den grad af uafhængighed af sine konkurrenter og aftagere, der er nødvendige for, at der foreligger en dominerende stilling, uden hensyn til hvilken definition af markedet der vælges. Nye mærker lanceres til stadighed, og alle producenter i EØF er med i sådanne lanceringer eller er i det mindste i stand hertil i konkurrence med hinanden.

3) *Utilstrækkeligheden af de tilsagn, som Rembrandt og Philip Morris har afgivet over for Kommissionen*

a) *BAT* er af den opfattelse, at de tilsagn, der her er tale om, var af afgørende betydning for Kommissionens beslutning om ikke at skride ind over for de nye aftaler, eftersom Kommissionen har henvist hertil i punkt 27 i beslutningen umiddelbart forud for konklusionen, der er punkt 28.

Hvad angår de tilsagn, der tager sigte på at undgå konkurrencestridige virkninger af den rolle, som Philip Morris direkte kunne spille inden for Rothmans International, har

BAT anført, at Kommissionen i meddelelsen af klagepunkter tidligere havde antaget, at en større aktiepost i en konkurrerende virksomhed medfører konkurrencebegrænsende virkninger uden hensyn til, om der foreligger nogen retlig konstruktion, der giver investoren en formel rolle i ledelsen af det selskab, som investeringen er foretaget i. Denne kapitaldeltagelse har konkurrencebegrænsende virkninger med hensyn til den optræden, der lægges for dagen af Philip Morris, Rothmans International og andre konkurrenter, selv om Philip Morris ikke har nogen repræsentation i bestyrelsen i Rothmans International.

Endvidere vil Philip Morris' stilling som større aktionær medføre, at der opstår muligheder og tilskyndelser til samarbejde mellem Philip Morris og Rothmans International, der i det mindste kan ske gennem de kontakter til ledelsen, der er helt almindelige og sædvanlige, når talen er om en større aktionær. Kommissionen har ikke formået parterne til at forpligte sig til at fjerne disse virkninger eller give afkald på de hensigter om samarbejde, der kom til udtryk i 1981-aftalerne.

Hvad angår information vedrørende Rothmans International's dispositioner, har BAT anført, at Philip Morris' forpligtelser ikke afskærer Philip Morris fra at handle på grundlag af selskabsrygter, der er i omløb inden for forretningsverdenen, og som stammer fra andre kilder end Rembrandt eller Rothmans International, vedrørende Rothmans International's fremtidige markedshensigter. Endvidere er Kommissionens mulighed for at føre tilsyn med og håndhæve disse forpligtelser givetvis meget begrænsede. I øvrigt vedrører de kun Rothmans International's konkurrenceprægede aktiviteter inden for EØF. Ifølge BAT må der sættes spørgsmåltegn ved, om Philip Morris, Rembrandt og Rothmans International i praksis kan adskille deres aktiviteter vedrørende EØF fra aktiviteterne i andre lande.

Hvad angår tilsagnene vedrørende fremtidige ændringer i aktieandelene, er det meningen, at de skal sætte Kommissionen i stand til at træffe passende foranstaltninger, dersom den fastslår, at der foreligger en overtrædelse af fællesskabsretten, men de gør det kun muligt for Kommissionen at skride ind, efter at begivenheden er indtrådt, ligesom »isolations«-arrangementet kun har en varighed af tre måneder, hvorefter Philip Morris kan drage fuld nytte af væksten i stemmerettighederne, indtil Kommissionens endelige beslutning er truffet.

b) Efter *R. J. Reynolds's* opfattelse er tilsagnet vedrørende bestyrelsesrepræsentation et rent formelt aspekt af forholdene mellem Philip Morris og Rothmans International; Philip Morris har ikke påtaget sig nogen forpligtelse til at undgå uformelle kontakter med Rothmans International i ledelsesspørgsmål. Forpligtelsen vedrørende indhentning af oplysninger er svag og subjektiv efter ordlyden og umulig at kontrollere.

Tilsagnet vedrørende forøgelser i Philip Morris' aktiepost eller stemmeret i Rothmans International er værdiløst, fordi det er utilstrækkelig til at forhindre brud på fællesskabsretten. I øvrigt vil Philip Morris i praksis ikke kunne forøge sin aktiepost i Rothmans International, uden at dette bliver klart for enhver og derfor også for Kommissionen. Den eneste forpligtelse, der ville have været betydningsfuld, ville have været

den, at Philip Morris forpligtede sig til at give Kommissionen meddelelse inden den forøgede sin aktiepost i Rothmans International. Hvad angår »isolations«-forpligtelsen, er den generel og vag i sin ordlyd; det er således klart, at der endnu ikke er indgået kontraktligt bindende bestemmelser. Det er endog muligt, at den faktiske aftale først skal udfærdiges efter, at Philip Morris har erhvervet yderligere aktier, hvilket vil bevirke, at Philip Morris så godt som ingen tilskyndelse har til at gå ind på betingelserne. Ifølge R. J. Reynolds er det også et spørgsmål, hvilken Domstol der er kompetent til at træffe afgørelse i sager vedrørende anvendelsen af aftalen og hvilket retssystem, der skal finde anvendelse.

Sagt i bredere almindelighed går tilsagnene i det væsentlige ud på, at når Philip Morris og Rembrandt har truffet yderligere og formodentlig retsstridige skridt, vil Philip Morris under visse omstændigheder meddele Kommissionen, at dette er tilfældet, og selskabet vil derpå, såfremt Kommissionen anmoder om det, træffe visse ubestemte og måske ubestemmelige foranstaltninger. Selv om forpligtelserne måtte blive iagttaget eller håndhævet, ville de ikke være så effektive, at de formål, som Kommissionen forfølger, derved ville blive varetaget.

c) *Kommissionen* mener ikke, at tilsagnene er en forudsætning for, at aftalerne er forenelige med artikel 85, stk. 1. Udgangspunktet for de nye aftaler er en ny økonomisk situation mellem Philip Morris og Rothmans International, idet Philip Morris er blevet en minoritetsaktionær i Rothmans International, hvorved de to virksomheder har ændret bestemmelsen i den gamle aftale, der satte Philip Morris i stand til at udøve en afgørende indflydelse på Rothmans International. Forpligtelserne havde til formål at styrke konkurrenceelementet i de nye aftaler og gøre det muligt for Kommissionen at følge enhver ændring i situationen.

Kommissionen har fået tilsagn, der som supplement til dens sædvanlige beføjelser på konkurrenceområdet sætter den i stand til hurtigt at træffe enhver passende foranstaltning, enten i »isolations«-perioden, eller på ethvert andet tidspunkt, dersom de nye aftaler bliver anvendt på en måde, der strider mod fællesskabsretten. Kommissionen har myndighed til at håndhæve disse forpligtelser og at træffe midlertidige eller permanente foranstaltninger, der er nødvendige i »isolations«-perioden. »Isolations«-arrangementet, som Philip Morris har påtaget sig, og som dækker et tidsrum på tre måneder, er udformet således, at Kommissionen får den nødvendige tid til at træffe foranstaltning, dersom den opdager nogen tilsidesættelse af fællesskabsretten. Ifølge tidligere afgørelser truffet af Domstolen har Kommissionen i sådanne tilfælde beføjelse til at træffe hastende midlertidige foranstaltninger, og Kommissionen har i praksis vist, at den er rede til at udøve denne beføjelse.

d) *Rembrandt* har støttet Kommissionens antagelse af, at tilsagnene sætter den i stand til at følge situationen og skride ind over for ethvert muligt brud på fællesskabsretten. Kommissionen begik ikke nogen åbenbar fejltagelse under udøvelsen af sit skøn med hensyn til de tilsagn, der her er tale om.

Hvad angår det tilsagn, der vedrører Philip Morris' repræsentation i bestyrelsen for Rothmans International, omfatter den alle ledelsesorganer inden for Rothmans International. Sagsøgerne har i øvrigt ikke givet noget bevis for, at Philip Morris bestræber sig på at etablere kontakter med henblik på at øve indflydelse på Rothmans International.

Rembrandt har endelig benægtet, at tilsagnene vedrørende aktieposten og stemmerettighederne er utilstrækkelige derved, at en forøgelse i Philip Morris' aktiepost vil kunne give selskabet indflydelse over Rothmans International, ligesom Kommissionen først vil blive underrettet efterfølgende. Denne indvending er uden vægt. Under de opstillede hypotetiske omstændigheder vil Kommissionen være berettiget til omgående at kræve af Philip Morris, at det etablerede »isolations«-arrangementet og således opretholdt status quo med hensyn til Philip Morris' mulighed for at øve indflydelse på Rothmans International. Vilkårene omkring dette arrangement er klare og effektive med hensyn til det tilsigtede formål.

e) *Philip Morris* har anført, at tilsagnene vedrørende bestyrelsesrepræsentation og adgang til konkurrencefølsomme oplysninger alene skal lette Kommissionens tilsyn med de nye aftaler. De udgør et supplement til de udstrakte beføjelser, som Kommissionen har i henhold til forordning nr. 17 til at granske de dispositioner, som Philip Morris og Rothmans International måtte træffe.

Tilsagnene skal ikke fjerne nogen begrænsende virkning hidrørende fra de nye aftaler. Som Kommissionen har anført i sin beslutning, er Philip Morris i henhold til de nye aftaler alene mindretalsaktionær i Rothmans International, som en anden aktionær, nemlig Rembrandt, i praksis er i stand til at kontrollere gennem sin 43,6%'s store andel af stemmerne og selskabets traditionelle ledelsesforbindelser til dette selskab. Det er derfor unødvendigt at overveje, hvorvidt tilsagnene er »tilstrækkelige«.

Hvad angår tilsagnene vedrørende ændringer i affattelsen af aftalerne og forhøjelser i Philip Morris' aktiepost eller stemmeret, herunder (»isolations«-arrangementet, er Philip Morris af den opfattelse, at de udgør effektive overvågningsforanstaltninger, det gør det muligt at følge Philip Morris' og Rembrandt's fremtidige adfærd.

Philip Morris har anført, at fællesskabsreglerne for konkurrence ikke hviler på en forebyggelse af tilsidesættelser, men derimod på Kommissionens beføjelser til at bringe tilsidesættelser til ophør. Denne ordning medfører heller ikke nogen forpligtelse til at give meddelelse om aftaler, beslutninger eller samordnet praksis. På den baggrund forbedrer og letter forpligtelserne derfor Kommissionens overvågning af situationen.

Hvad angår Philip Morris' tilsagn om at give Kommissionen meddelelse inden for 48 timer om enhver ændring i vilkårene ifølge de nye aftaler og enhver forøgelse af Philip Morris' aktiepost eller stemmeandel, har Philip Morris for det første anført, at det er højst usandsynligt, at selskabet inden for 48 timer træffer foranstaltninger, der ikke kan omgøres, vedrørende Rothmans International's dispositioner på tobaksområdet inden for Fællesskabet. For det andet, hvilket er nok så vigtigt, kan Kommissionen inden for 48 timer efter en forøgelse af investeringen pålægge Philip Morris at iværksætte det

»isolations«-arrangement, der pålægger Philip Morris særskilte forpligtelser og imødekommer det af Kommissionen forfulgte formål. Dette løber i et tidsrum af tre måneder fra den dag, hvor forøgelsen i stemmeretten finder sted, og Philip Morris vil i dette tidsrum blive pålagt en række vidtrækkende forpligtelser, der rent effektivt ville afskære enhver væsentlig ændring i tingenes tilstand.

4) *Den utilstrækkelige begrundelse af beslutningen*

a) *BAT* har anført, at ifølge Domstolens dom af 4. juli 1963 (sag 24/62, Forbundsrepublikken Tyskland mod Kommissionen, Sml. 1954-1964, s. 407) gælder det, at Traktatens artikel 190, pålægger Kommissionen en pligt til at begrunde sine beslutninger, idet parterne skal have mulighed for at forsvare deres rettigheder og Domstolen adgang til at udøve sin kontrol, hvorfor en beslutning ifølge samme dom skal anføre de retlige og faktiske spørgsmål, som den hviler på, og som er nødvendige for at forstå baggrunden for, at Kommissionen har truffet den. Domstolen nåede i øvrigt til det resultat, at spørgsmålet om, hvor langt begrundelsespligten går for den konkrete beslutnings vedkommende, afhænger af beskaffenheden af foranstaltningen, omstændighederne, hvorunder beslutningen er blevet truffet og dens følger, ligesom Domstolen i dom af 26. november 1975 (sag 73/74, Papiers peints m. fl. mod Kommissionen, Sml. s. 1491) fastslog, at når en beslutning går væsentlig længere end de forudgående beslutninger, skal Kommissionen udførligt gøre rede for sin argumentation. Domstolen har også fundet, at en klager, der henholder sig til artikel 3, stk. 2, litra b), i forordning nr. 17, af hensyn til en effektiv domstolskontrol og en rigtig anvendelse af artiklerne 85 og 86 skal have adgang til at anlægge sag, dersom klagen helt eller delvis afslås. For at det overhovedet skal have nogen mening at anlægge en sådan sag, må Kommissionen give Domstolen passende lejlighed til at efterprøve lovligheden af beslutningen derved, at Kommissionen opfylder sin begrundelsespligt. I den anfægtede beslutning har Kommissionen anført to nye principper, nemlig at artikel 85 ikke finder anvendelse på en aftale, hvorefter en betydningsfuld konkurrent på det relevante marked erhverver en minoritetsaktiepost i en anden betydende konkurrente virksomhed, og at et misbrug i henhold til artikel 86 ikke kan foreligge i et tilfælde, hvor en investor ikke erhverver kontrol over det selskab, som han har investeret i. Kommissionen var derfor forpligtet til at give en fuldstændig redegørelse for sine grunde for, at den opstillede og anvendte de ovennævnte principper.

Efter BAT's opfattelse er beslutningen i sin helhed behæftet med mangler og er ugyldig på grund af den summariske måde, hvorpå Kommissionen har behandlet de mange indviklede og detaljerede spørgsmål, der til gengæld blev behandlet in extenso i meddelelsen af klagepunkter. Den konklusion, der optræder i punkt 26, er mangelfuld, eftersom Kommissionen har undladt at anføre, hvorledes den nåede til dette resultat, ligesom den heller ikke har anført, hvorfor der blev set bort fra de oplysninger, der er blevet afgivet af Philip Morris, og som stred mod det grundlag, som afgørelsen hviler på. Selv om Kommissionen i meddelelsen af klagepunkter nåede til det resultat og bekræftede det i sin beslutning, at 1981-aftalerne både havde til formål og til følge at fordreje konkurrencen, har Kommissionen intetsteds i beslutningen forklaret, hvad der

er grundlag for dens resultat i punkt 21, hvorefter de nye aftaler ikke har til formål at fordreje konkurrencen.

I sit indlæg vedrørende intervenienternes anbringender har BAT som eksempel behandlet spørgsmålet om begrænsninger i handlen med Rothmans International-aktier og sammenlignet Kommissionens ræsonnement med de følgeslutninger, som Philip Morris og Rembrandt er nået frem til.

Det er alene i afsnit 26, at Kommissionen rent faktisk har givet nogen grund til, at de nye aftaler ikke begrænser konkurrencen. Den begrænser sig til at anføre, at Philip Morris vil gøre, hvad selskabet kan for at være i den bedst mulige stilling, når det gælder om at købe yderligere aktier i Rothmans International, dersom Kommissionen måtte ændre mening. Den eneste grund, som Kommissionen således har anført til støtte for, at Philip Morris i fuldt omfang skulle konkurrere med Rothmans International, er, at Philip Morris ønsker at være i en god position, når det gælder om at gøre det, som selskabet har lovet ikke at gøre, og som Kommissionen har sagt vil være forbudt. Mens Rembrandt i det mindste søger at støtte den eneste grund, der er fremført af Kommissionen, ved at anføre, at Philip Morris' væsentligste hensyn kræver, at der konkurreres uindskrænket over for Rothmans International, har Philip Morris blot gentaget de fleste af Kommissionens grundløse påstande, der er anført i punkt 21-25 i beslutningen. I den eneste udtalelse, der udtrykkeligt handler om beslutningens punkt 26, har Philip Morris udeladt en del af teksten. Philip Morris har udeladt netop den del af teksten, der behandler baggrunden for hensigten om at erhverve yderligere aktier, et forhold, som Philip Morris naturligvis under sagen hårdnakket må fragå. Herved har selskabet imidlertid fremhævet, at punkt 26 i beslutningen mangler sammenhæng.

BAT er nået til det resultat, at de ovenfor anførte argumenter er ugyldige, ligesom det argument, der er fremført af Philip Morris vedrørende forkøbsretten, også er det. Formålet med denne ret er ikke at sætte parterne i stand til at få en passende godtgørelse i tilfælde af salg. Den egentlige værdi af Philip Morris' aktier i Rothmans International ville blive fastsat af markedet, dersom der ikke var nogen begrænsninger i deres omsættelighed. I tilfælde af, at Rembrandt som ventet sælger sin andel i Rothmans International, kan Philip Morris opnå faktisk kontrol over Rothmans International enten ved at udøve sin forkøbsret eller ved ikke at udøve forkøbsretten og i stedet kræve, at Rembrandt enten sælger til en enkelt køber, der blot vil få en lige så stor andel som Philip Morris som et resultat af justeringen af stemmerettighederne, eller at sælge til ti eller flere købere. Efter BAT's opfattelse er dette det egentlige formål med forkøbsretten, som Kommissionen aldeles tier om i sin beslutning.

b) *R. J. Reynolds* har henvist til Domstolens ovennævnte dom af 26. november 1975 (Papiers Peints) hvorefter det gælder, at når en beslutning indebærer en fornyelse eller går imod tendensen i tidligere afgørelser, kræves der en mere detaljeret begrundelse end ellers. Dette princip er blevet fastslået af Domstolen ikke blot i forbindelse med udvidelser eller udviklinger i gældende ret, men også for så vidt angår beslutninger, der er usædvanlige, uventede eller i strid med tidligere afgørelser truffet af Kommissionen. R. J. Reynolds har også henvist til de forenede sager 19 og 20/84, Kali und Salz AG mod

Kommissionen, Sml. 1975, s. 499, 527, og sag 158/80 (Rewe mod Hauptzollamt Kiel, Sml. 1981, s. 1805). R. J. Reynolds er derfor af den opfattelse, at Kommissionen burde have givet en fyldestgørende forklaring på, hvorfor den mente, at den analyse, den havde foretaget i meddelelsen af klagepunkter med hensyn til 1981-aftalerne, ikke lod sig anvende på de nye aftaler, og hvorfor den ændrede synspunkt om forskellige spørgsmål efter at have fremsendt artikel 6-skrivelsen. Beslutningen giver ingen plausible grunde til ikke på de nye aftaler at anvende konklusionerne i meddelelsen af klagepunkter vedrørende den konkurrencebegrænsende beskaffenhed der følger af at have en væsentlig interesse i overskuddene i en konkurrerende virksomhed, og den indflydelse på denne konkurrerende virksomhed, som en sådan aktiepost giver den pågældende investor. Kommissionen har heller ikke i sin beslutning analyseret punkterne i de nye aftaler om aktieoverdragelser, ligesom den heller ikke har behandlet parternes hensigt om at samarbejde med hinanden, som den kom til udtryk i de gamle aftaler. Kommissionen har ikke givet nogen grunde til ikke at træffe foranstaltning med hensyn til bestemmelserne i de nye aftaler, der hvis de gennemføres — som Kommissionen anførte det i artikel 6-skrivelsen — vil udgøre en tilsidesættelse af Traktaten, ligesom den heller ikke har fremsat bemærkninger til de talløse spørgsmål, der er blevet rejst af R. J. Reynolds i selskabets svar på artikel 6-skrivelsen.

R. J. Reynolds har også henholdt sig til, at beslutningen i væsentlig omfang indeholder ræsonnementer og faktiske antagelser, der ikke var med i artikel 6-skrivelsen, og som derfor ikke blev forelagt R. J. Reynolds forud for gennemførelsen af beslutningen.

c) *Kommissionen* er af den opfattelse, at der for det første må drages en sondring mellem de forskellige kategorier af beslutninger, som der er hjemmel for i fællesskabsreglerne om konkurrence, for herved at se beslutningen i dens rette sammenhæng, før man behandler spørgsmålet om, hvorvidt beslutningen opfylder fællesskabsrettens begrundelsespligt.

Artikel 19, stk. 1, i forordning nr. 17 forpligter Kommissionen til, forinden der træffes beslutning i henhold til artiklerne 2, 3, 6, 7, 8, 15 og 16 at give de deltagende virksomheder lejlighed til at udtale sig. Endvidere skal Kommissionen i henhold til artikel 19, stk. 2, indhente udtalelser fra andre fysiske eller juridiske personer, såfremt de har tilstrækkelig interesse heri. Ingen af disse bestemmelser eller bestemmelserne i forordning nr. 99/63 forpligter Kommissionen til at drøfte alle de bemærkninger, der er blevet fremsat af virksomhederne vedrørende samtlige klagepunkter, der er indeholdt i den begrundelse, som den senere beslutning hviler på, hvis disse grunde i sig selv kan begrunde den konklusion, som Kommissionen er nået frem til (se dom af 2. marts 1983 i sag 7/82, GVL mod Kommissionen, Sml. s. 483). Endvidere henhører den beslutning, der her er tale om, ikke under de ovenfor opregnede.

Omfanget af den begrundelse, der kræves af en beslutning, afhænger af arten af beslutningen, således som Domstolen eksempelvis har fastslået i dom af 14. januar 1981 (Sag 819/79, Forbundsrepublikken Tyskland mod Kommissionen, Sml. s. 21). Mens en beslutning, hvorved der fastslås, at der foreligger en tilsidesættelse af konkurrencebestemmelserne, i enkeltheder skal anføre grundene for, at Kommissionen anser disse bestemmelser for at være blevet overtrådt, gælder det samme ikke en beslutning, der er rettet til en klager, der har stilling som en sagsøger, og hvori det anføres, at der ikke er grundlag for at træffe foranstaltning i anledning af de transaktioner, som klagen vedrører. En sådan beslutning må nødvendigvis være undergivet et krav om mindre de-

taljeret begrundelse, og det kan ikke kræves af Kommissionen, at den fører bevis for, at der ingen overtrædelse foreligger. Kommissionen mener, at på fællesskabsrettens nuværende trin er den ikke forpligtet til overhovedet at træffe nogen formel beslutning.

Hvad angår henvisningen til ovennævnte dom af 26. november 1975 (Papiers peints), har Kommissionen anført, at ingen af sagsøgerne har antydet, at den hævdede mangel på tilstrækkelig begrundelse i beslutningen overhovedet lader sig sammenligne med beslutningen i ovenfor anførte sag. På grundlag af de anførte sager søger sagsøgerne at uddrage et generelt princip, hvorefter Kommissionen er forpligtet af sine foreløbige bemærkninger i meddelelse af klagepunkter — selv om omstændighederne har ændret sig — og at den i tilfælde af, at den ved afslutningen af forvaltningssagen når til et andet resultat end det, som klageren har håbet på, i enkeltheder skal begrunde dette resultat på samme måde som når talen er om en beslutning, der udgør en nyskabelse. Kommissionen er ikke forpligtet til at give grunde for, at den opgiver et synspunkt, som den rent foreløbig har fremsat i meddelelse af klagepunkter; den beslutning, der her er tale om, er på ingen måde en nyskabelse.

Der gælder heller ikke noget krav om, at Kommissionen i sin beslutning skal gendrive alle de argumenter, der er blevet fremsat under forvaltningssagen. Kommissionen har i den forbindelse henvist til Domstolens dom af 29. oktober 1980 (de forenede sager 209-215 og 218/78, Van Landewyck m. fl. mod Kommissionen, Sml. s. 3125) og dom af 17. januar 1984 (de forenede sager 43 og 63/82, VBVB og VBBB mod Kommissionen, Sml. s. 19).

Det fremgår klart af punkt 21 i beslutningen, at Kommissionen ud fra samtlige sagens omstændigheder ikke havde tilstrækkelige grunde til at nå til det resultat, at Philip Morris som et resultat af sin investering i Rothmans International ikke ville konkurrere på sædvanlig måde. Da anbringenderne vedrørende virkningerne af en konkurrents økonomiske deltagelse i en medkonkurrents virksomhed er blevet behandlet grundigt under forvaltningssagen, både af klagerne og de sagsøgte virksomheder, kan sagsøgerne ved læsningen af beslutningen ikke have undgået at indse, at deres argumenter ikke har kunnet imødegå dem, der er blevet fremsat af Philip Morris i forbindelse med de nye aftaler. Eftersom det var åbenbart, at sagsøgernes argumenter ikke havde gjort nogen forskel i Kommissionens analyse, var det ikke nødvendigt for Kommissionen at gøre nærmere rede herfor end tilfældet var i beslutningens punkt 26. Det er urimeligt af sagsøgerne at antage, at Kommissionens eneste grund til at antage, at Philip Morris vil konkurrere mod Rothmans International skulle afhænge af en situation, der muligvis aldrig ville opstå, nemlig købet af fremtidige aktier. En mere realistisk holdning ville have gjort det klart for sagsøgerne, at en umiddelbart mere sandsynlig konstellation af omstændigheder må have foresvævet Kommissionen, hvilket turde fremgå af bruget af ordet »navnlig«.

d) *Rembrandt* er af den opfattelse, at uden hensyn til, hvorvidt skrivelsen af 22. marts er en »beslutning«, jfr. Traktatens artikel 189, var Kommissionen forpligtet til at anføre de generelle grunde til, at den havde afslået klagen. En formel beslutning rettet til en virksomhed af Kommissionen i henhold til artikel 3 i forordning nr. 17, hvorved en tilsidesættelse af Traktatens artikel 85, stk. 1, eller artikel 86 bliver fastslået, bør indeholde fulde og detaljerede grunde, hvorimod en meddelelse til en klager med afslag

på en klage ikke kan sidestilles med en sådan beslutning, idet begrundelsen ikke behøver være så indgående, idet det er tilstrækkeligt, at Kommissionen anfører de væsentlige grunde for afslaget. Afslaget på en klage fører i reglen ikke til konsekvenser, der er så alvorlige som de, der følger af beslutninger om at anvende artikel 85, stk. 1, eller artikel 86; i tilfælde, hvor en af disse artikler er blevet tilsidesat, bliver den virksomhed, der har tilsidesat dem, næsten altid pålagt at ændre sin forretningsstrategi på væsentlige områder, og i visse tilfælde bliver den pålagt alvorlige økonomiske sanktioner. På den baggrund er de grunde, som den anfægtede beslutning henviser til, tilstrækkelig.

e) *Philip Morris* er af den opfattelse, at på baggrund af den ovennævnte dom af 2. februar 1973 (Continental Can Company Inc.) indebærer begrundelsespligten ikke, at Kommissionen behøver at imødegå alle de argumenter, der er blevet fremsat under forvaltningssagen. Philip Morris har i den forbindelse tillige henvist til dom af 13. juli 1966 (de forenede sager 56 og 58/64, Consten og Grundig mod Kommissionen, Sml. 1965-1968, s. 245) hvor Domstolen fandt, at i forvaltningssager af denne art, er Kommissionen ikke forpligtet til at begrunde, hvorfor den tilsidesætter parternes anbringender, og til dom af 14. juli 1972 (sag 48/69, ICI, Sml. 1972, s. 151), hvori Domstolen anførte, at Kommissionen ikke er forpligtet til i sine beslutninger at medtage alle de argumenter, den senere kan gøre brug af som svar på de indsigelser om retsstridighed, der måtte blive rejst imod dens foranstaltninger. Domstolen har også fastslået, at i tilfælde, hvor sagsøgeren har været inddraget i forarbejdet til den indklagede beslutning og således må have kendt grundlaget for den, gør Kommissionens pligt til i beslutningen at anføre grundene sig ikke gældende med den samme styrke, som hvis beslutningen er rettet til en part, der intet har med forarbejdet at gøre (se Domstolens dom af 11. januar 1973 i sag 13/72, Nederlandene mod Kommissionen, Sml. s. 27; dom af 11. december 1980 i sag 1252/79, Lucchini mod Kommissionen, Sml. s. 3753, samt ovennævnte dom af 14. januar 1981 i sag 817/79, Forbundsrepublikken Tyskland mod Kommissionen).

Philip Morris har anført, at beslutningen ikke er mere vidtrækkende end de tidligere udtalelser fra Kommissionen, og at Kommissionen på baggrund af, at beslutningen stemmer overens med administrativ praksis, ikke var forpligtet til at give nogen særlig udførlig begrundelse til støtte for, at den fortsat henholdt sig til denne praksis. De udtalelser, der er fremsat af Kommissionen i dens meddelelse af klagepunkter, har ikke den generelle rækkevidde, som sagsøgerne vil give dem. Selv om de måtte have det, var Kommissionen ikke forpligtet til at forklare sine grunde til, at den opgav de foreløbige synspunkter, som den havde fremsat under forvaltningssagen. Philip Morris er af den opfattelse, at beslutningen, særligt dens afsnit 21-25, 27, 32 og 33, omhandler alle væsentlige spørgsmål, der er blevet rejst under forvaltningssagen, og giver mere end tilstrækkelige grunde til støtte for Kommissionens resultater.

5) *Prinicppet om god forvaltningsskik*

a) *BAT* er af den opfattelse, at Kommissionen, idet den har støttet sin beslutning på faktorer, der er vilkårlige og ikke lader sig efterprøve, har tilsidesat princippet om god forvaltningsskik samt væsentlige formforskrifter. Domstolen har fastslået, at Kommissionen altid skal iagttage dette princip, og at der ikke må være vilkårlige elementer i Kommissionens beslutninger (jfr. dom af 15. juli 1960 i de forenede sager 43, 45 og

48/59, Lachmüller m. fl. mod Kommissionen, Sml. 1954-1964, s. 199). Efter BAT's opfattelse er det forhold, at Kommissionen har taget hensyn til mundtlige udsagn og argumenter, der ikke er ført til protokols, og indlæg, der er afgivet uden for de procedurer, der er fastsat ved forordningerne nr. 17 og 99/63, for så vidt angår nærværende sag, i strid både med bogstavet og ånden bag disse forordninger og princippet om god forvaltningsskik.

Om end Kommissionen så vidt BAT ved det, har iagttaget procesgarantierne både før og under mødet, der blev holdt fra den 5. til den 7. oktober 1982, blev Kommissionen kontaktet af og modtog lobbyister, der optrådte på Philip Morris' vegne, herunder en forhenværende næstformand for Kommissionen. Ingen af de procesgarantier, der er indeholdt i fællesskabsretten, blev iagttaget ved disse uformelle møder. Indholdet af de redegørelser, der blev afgivet af de fremmødte personer, blev aldrig ført til protokols, således som det kræves ved artikel 9, stk. 4, i forordning nr. 99/63 (EFT 1963-1964, s. 42). Disse omstændigheder skaber en stærk formodning for, at de argumenter, der blev fremført under disse møder, ikke havde saglig sammenhæng med den sag, som Kommissionen skulle behandle.

BAT har på dette grundlag konkluderet, at Kommissionens beslutning blev truffet helt eller delvis på grundlag af forhold af vilkårlig og fortrolig natur, der ikke havde nogen saglig sammenhæng med sagen, og at de blev fremlagt ved møder, der fandt sted uden for de fastlagte procedurer. Denne tilsidesættelse af princippet om god forvaltningsskik og krænkelse af fællesskabsrettens procesgarantier afgiver yderligere et holdepunkt for, at Domstolen bør annullere beslutningen.

b) *R. J. Reynolds* er overbevist om, at beslutningen blev truffet af Kommissionen efter, at der var afgivet omfattende nye indlæg af Philip Morris og af en eller flere lobbyister på Philip Morris' vegne uden for den lovformelige forvaltningssag. Ingen af disse indlæg er af Kommissionen blevet gjort tilgængelige for sagsøgerne. De har tilsyneladende været udslagsgivende, eftersom de har medført, at Kommissionen betragter forhold som retmæssige, som den tidligere og i forbindelse med den lovformelige forvaltningssag mente var retsstridige. Endvidere blev disse nye indlæg afgivet umiddelbart inden Kommissionen afgørende skiftede mening. Kommissionen burde derfor have meddelt sagsøgerne indholdet heraf, førend den besluttede at lægge dem til grund, og bør nu give Domstolen en fuld redegørelse for de indlæg, som den har modtaget uden for den lovformelige forvaltningssag, således at Domstolen bliver i stand til at efterprøve dette spørgsmål. R. J. Reynolds har tilføjet, at Kommissionens påstand om, at den ikke behøver at fremlægge indlæg, der er blevet afgivet uden for den lovformelige forvaltningssag, illustrerer omfanget af det skøn, der vil blive tillagt den, dersom Domstolen måtte acceptere dens anbringende om, at en klager ikke har ret til at blive hørt i forbindelse med, at Kommissionen træffer sin beslutning.

Dersom Kommissionen måtte påstå, at der ikke bestod nogen årsagssammenhæng mellem den lobbyvirksomhed, der blev udfoldet på vegne af Philip Morris, og ændringen i Kommissionens opfattelse, må den efter R. J. Reynolds's opfattelse over for Domstolen fremlægge alle dokumenter i dens besid-

delse, der er relevante i forbindelse med spørgsmålet om lobbyvirksomhed, og som kan belyse, hvorvidt der forelå nogen sådan årsagssammenhæng.

c) *Kommissionen* har anført, at den i sin meddelelse af klagepunkter indtog et foreløbigt synspunkt på grundlag af situationen, således som den dengang forelå. Den hørte de berørte virksomheder, herunder også sagsøgerne, og gav de berørte virksomheder lejlighed til at ændre deres aftaler. Den nåede derefter til det resultat, at på grundlag af situationen, som den dengang forelå, dvs. efter at Philip Morris og Rembrandt havde ændret deres aftaler, var der ikke længere noget grundlag for at bringe Traktatens artikel 85 eller 86 i anvendelse. Kommissionen udøvede i den forbindelse sit skøn på redelig vis og ikke som et resultat af lobbyaktiviteter.

Kommissionen har anført, at den »lobbyaktivitet« som BAT har henvist til, vedrørte de forhandlinger, der fandt sted mellem Kommissionen og repræsentanterne for Philip Morris med henblik på at fastslå de ændringer, der var nødvendige for at bringe Kommissionens indvendinger imod de gamle aftaler ud af verden. Forvaltningssagen giver den påklagede virksomhed lejlighed til at bringe de fremgangsmåder, der påtales, i overensstemmelse med Traktatens bestemmelser. Dette indebærer, at uformelle samtaler kan finde sted med henblik herpå mellem repræsentanter for den påklagede virksomhed og Kommissionen. I det foreliggende tilfælde blev resultatet af disse drøftelser, at Kommissionens invendinger faldt bort derved, at de gamle aftaler blev afløst af de nye aftaler. Indholdet af de nye aftaler blev meddelt sagsøgerne, og de fik lejlighed til at udtale sig om dem, inden der blev truffet endelige beslutning om at afvise klagerne.

Kommissionen er nået til det resultat, at sagsøgernes anbringender hviler på aldeles ubeviste påstande vedrørende den måde, hvorpå Kommissionen traf sin beslutning, og på en misforståelse af klagernes rettigheder.

d) *Rembrandt* har henvist til, at Domstolen i sin dom af 8. november 1983 (de forenede sager 96-102, 104, 105, 108 og 110/82, IAZ mod Kommissionen, Sml. s. 3369), fastslog, at den administrative procedure skal give de berørte virksomheder lejlighed til at tilpasse en anfægtet praksis til Traktatens regler. Med henblik herpå er det nødvendigt, at uformelle kontakter finder sted mellem repræsentanter for de sagsøgte og Kommissionen.

Efter Rembrandt's opfattelse var Kommissionen ikke forpligtet til at holde BAT informeret om, hvorledes drøftelserne med Philip Morris og Rembrandt udviklede sig. Det lader sig vanskeligt indse, hvorledes sådanne drøftelser skulle kunne finde sted, medmindre både Kommissionen og parterne var i stand til at fremsætte udkast og forslag til en løsning på et uforpligtende og fortroligt grundlag.

Hvad endelig angår BAT's påstand om, at beslutningen er tilblevet på grundlag af vilkårlige og fortrolige forhold, der var uden saglig sammenhæng med sagen, har Rembrandt anført, at dette ganske savner grundlag. Så vidt Rembrandt ved, skyldes Kommissionens villighed til at afslutte sagen alene parternes vilje til at opgive deres tidligere aftaler og indgå de nye aftaler i forbindelse med de afgivne tilsagn. Sagsøgerne havde rigelig lejlighed til at fremsætte deres kommentarer i den forbindelse.

e) *Philip Morris* har anført, at i modsætning til, hvad sagsøgernes henvisning til en »lovformelig« forvaltningssag indebærer, er der intet »retsstridigt« eller forkasteligt i at afholde drøftelser med Kommissionen for at finde udveje for at fjerne Kommissionens indvendinger. Sagsøgerne har således selv henvist til kontakter, som de selv har haft med Kommissionsmedlemmet med ansvar for konkurrence og med Generaldirektøren for Konkurrence. Philip Morris har i forbindelse med nærværende sag konsulteret rådgivere af mange slags, bl. a. den person, som sagsøgeren har henvist til, der tillige er professor i økonomi ved Det Frie Universitet i Bruxelles. En række af disse rådgivere havde fuldmagt fra Philip Morris til at føre drøftelser om sagen med Kommissionen. Det siger sig selv, at ingen af dem var i stand til at udøve nogen indflydelse på Kommissionen.

6) *Tilsidesættelse af grundrettigheder*

a) *BAT* har anført, at Kommissionen har tilsidesat selskabets principielle ret til at blive hørt vedrørende de indlæg og de vidnesbyrd, som Kommissionene støttede sin beslutning på, inden denne beslutning blev truffet. Kommissionen har accepteret — og hverken Philip Morris eller Rembrandt har bestridt den omstændighed — at BAT havde en tilstrækkelig interesse i at indgive skriftlige indlæg og blive hørt mundtligt i henhold til artikel 19, stk. 2, i forordning nr. 17 og artiklerne 5 og 7 i forordning nr. 99/63. Under disse omstændigheder var sagsøgerne berettiget til at henholde sig til dom af 23. oktober 1974(17/74, Sadolin & Holmblad A / S som medlem af Transocean Marine Paint Association mod Kommissionen, Sml. s. 1063) hvorefter det gælder, at »adressaterne for offentlige myndigheders beslutninger, der føleligt berører disse adressaters interesser, i rette tid skal have lejlighed til at fremføre deres synspunkter«. Kommissionen har imidlertid nægtet at oplyse sagsøgerne om væsentlige dele af meddelelsen om klagepunkter og om de aftaler, som meddelelsen om klagepunkter angik, med den begrundelse, at Philip Morris og Rembrandt havde krav på, at de blev holdt fortrolige. Kravet om fortrolighed for dette materiale var ubegrundet, og BAT blev med urette afskåret fra at kommentere dem i selskabets skriftlige og mundtlige indlæg i henhold til de ovennævnte forordninger. BAT har derfor anmodet Domstolen om at pålægge Kommissionen at fremlægge forskellige dokumenter, der er opregnet af selskabet, som et led i bevisførelsen i henhold til artikel 45, stk. 2, litra b), i Procesreglementet for Domstolen for at kunne afgøre, hvorvidt der er grundlag for kravet om hemmeligholdelse.

Da de indlæg, der blev afgivet af Philip Morris ved de uformelle møder aldrig blev meddelt BAT, har selskabet endvidere aldrig haft lejlighed til at kommentere dem, selv om de tilsyneladende har været af afgørende betydning for Kommissionens endelige beslutning.

Endelig rummer den anfægtede beslutning en række ræsonnementer og konklusioner, der ikke var anført i artikel 6 i skrivelsen i henhold til forordning nr. 99/63 eller på anden måde meddelt BAT, hvorfor sidstnævnte aldrig har haft lejlighed til at kommentere dem forud for vedtagelsen af beslutningen. Disse spørgsmål er i første række indeholdt i punkt 26 og 29 i beslutningen og i de forpligtelser, der blev givet Kommissionen.

BAT er af den opfattelse, at der hverken er grundlag for eller logik bag Kommissionens påstand om, at den grundlæggende ret til at blive hørt kun vedrører den, som Kommissionens undersøgelse er rettet imod. Der er eksempler på situationer, hvor en forvalt-

ningsmyndighed kan udøve lovbestemt magt til skade for tredjemand ved at give sin godkendelse til en adfærd fra en eller flere parters side, og hvor berørte parter får lejlighed til at fremkomme med deres synspunkter. Kommissionen er således selv ved artikel 19 i forordning nr. 17 forpligtet til at give tredjemand lejlighed til at udtale sig, før end den giver negativattest eller træffer beslutning om fritagelse.

b) *R. J. Reynolds* har i den forbindelse anført, at det hele tiden har været anerkendt, at selskabet har en tilstrækkelig interesse i at indgive en klage i henhold til artikel 3, stk. 2, b) i forordning nr. 17/62 og til at blive hørt mundtligt i henhold til artikel 19, stk. 2, i denne forordning og artiklerne 5 og 7 i forordning nr. 99/63. Endvidere finder det almindelige princip, der er opstillet af Domstolen i ovennævnte dom af 25. oktober 1974 (Transocean Marine Paint) anvendelse på enhver person, der har en retlig interesse i eller påvirkes af en beslutning, der træffes af en fællesskabsinstitution. Ikke desto mindre blev R. J. Reynolds forhindret i at fremsætte kommentarer til talrige spørgsmål, fordi Kommissionen undlod at meddele disse til selskabet under sagen. Disse spørgsmål er i det væsentlige de samme som de, der er blevet nævnt af BAT.

Hvad særlig angår de dokumenter, som Kommissionen har hævdet er omfattet af forretningshemmeligheden, har R. J. Reynolds anmodet Domstolen om som led i bevisførelsen i henhold til artikel 45, stk. 2, litra b), i procesreglementet at fordre alle dokumenter og dele af dokumenter fremlagt, der er opregnet af R. J. Reynolds, således at Domstolen kan afgøre, hvorvidt Kommissionen gjorde sig skyldig i en retsvildfarelse eller en fejlvurdering af de faktiske omstændigheder i forbindelse med, at den undlod at meddele dem til R. J. Reynolds, og således at Domstolen om fornødent kan træffe afgørelse om, at disse dokumenter omgående skal meddeles R. J. Reynolds. Kun i så fald vil R. J. Reynolds være i stand til at afgive indlæg til Domstolen vedrørende de retlige og de praktiske virkninger af, at de pågældende dokumenter er blevet tilbageholdt.

c) *Kommissionen* har som svar på sagsøgernes henvisning til ovennævnte dom i sagen Transocean Marine Paint Association anført, at sagsøgerne søger at henholde sig til den dom for hermed at godtgøre, at Kommissionen er forpligtet til at høre klagere vedrørende ethvert anbringende, som den modtager fra anden side, i det mindste hvor sådanne anbringender svækker deres argumenter.

Sagsøgerne har herved begået to fejl: 1) de går ud fra, at retten til forsvar er lig med de rettigheder, der tilkommer klagere i en konkurrencesag; 2) de tror øjensynlig, at en klager skal anses som en part i forbindelse med tilblivelse af en beslutning og skal involveres på ethvert trin under tilblivelsen. Der består imidlertid ingen ligevægt mellem på den ene side adressaten for en undersøgelse, der har ret til at blive hørt vedrørende alle spørgsmål i forbindelse med sagen mod virksomheden om alle foranstaltninger, som Kommissionen agter at træffe over for dem, og om de betingelser, som Kommissionen agter at knytte til en fritagelse i henhold til artikel 85, stk. 3, og på den anden side en klager, der blot er en af mange virksomheder, der kan være interesseret i, at en undersøgelse gennemføres af Kommissionen. Den ovenfor nævnte dom skal ses i sammenhæng med den konkrete sag, der angik retten til forsvar. Sagsøgernes argumenter går ud på

at hævde klageres rettigheder på bekostning af retten til forsvar.

Hvad angår forholdet mellem den endelige beslutning om at afslutte sagen og den tidligere artikel 6-skrivelse, har Kommissionen henvist til dom af 18. oktober 1979 (sag 125/78, GEMA mod Kommissionen, Sml. s. 3173) og har hævdet, at den ikke på nogen måde er forpligtet til at høre klagerne om det foreslåede indhold af den endelige beslutning, hvilket også gælder i tilfælde af, at den afviger fra artikel 6-skrivelsen.

I nærværende tilfælde har Kommissionen ganske klart givet sagsøgerne lejlighed til at gøre deres synspunkter gældende. Sagsøgerne fik med forbehold af tavshedsreglerne kopier af alle væsentlige dokumenter, herunder artikel 6-skrivelsen, og fik lejlighed til at gøre deres synspunkter gældende skriftligt og mundtligt. De dokumenter, som sagsøgerne begærer fremlagt trods deres fortrolige natur, som Kommissionen respekterede under iagttagelse af ovennævnte dom af 29. oktober 1980 (Van Landewijck), vedrørte 1981-aftalerne og Kommissionens invendinger mod disse aftaler. De er derfor ikke længere af betydning for nærværende sag.

d) *Rembrandt* er af den opfattelse, at der ikke er grundlag for, at Domstolen som led i bevisførelsen i henhold til procesreglementets artikel 45, stk. 2, litra b), skal træffe bestemmelse om fremlæggelse af dokumenterne eller dele af dokumenterne, der er opregnet af BAT.

Rembrandt har fremhævet følgende forhold: 1) det var ikke urimeligt af Philip Morris og Rembrandt at gøre forretningshemmeligheden gældende; 2) BAT havde rigelig information om 1981-aftalerne til støtte for sin klage og til at føre sit bevis og indgive sine indlæg under forvaltningssagen; 3) det hemmeligholdte materiale vedrørende samarbejdsnotatet udgør ikke en del af de nye aftaler, som skrivelsen af 22. marts 1984 omhandlede.

Hvad angår det almindelige princip, der blev knæsat af Domstolen i den foran anførte dom af 23. oktober 1984 (Transocean Marine Paint Association) har Rembrandt anført, at princippet ikke kræver, at Kommissionen under forvaltningssagen informerer klageren om enhver faktisk omstændighed, hvorpå den støtter sit afslag af klagen, eller i artikel 6-skrivelsen punkt for punkt at anføre et hvilket som helst spørgsmål, som den måtte henholde sig til i en senere skrivelse med definitivt afslag på klagen.

Endvidere er argumenterne vedrørende de skridt, der er truffet af Philip Morris under drøftelserne med Kommissionen, og som sagsøgerne har henvist til både i deres femte og sjette anbringende, uden grundlag. Kommissionen anså ikke tidligere de nye aftaler for retsstridige. Ifølge Rembrandt kunne der ikke være tale om, at Kommissionen på afgørende vis skiftede synspunkt med hensyn til de nye aftaler, som den ikke forinden havde undersøgt. Den afgørende ændring i opfattelsen skyldtes parternes vilje til at indgå de nye aftaler. Artikel 6-skrivelsen gav sagsøgerne fuld oplysning om de nye aftaler og om Kommissionens grunde til at afslå deres klage.

e) *Philip Morris* er af den opfattelse, at sagsøgerne ikke har godtgjort, at deres rettig-

heder er blevet skadet og at samarbejdsnotatet af 1981 ikke er blevet fremlagt. De vidste jo meget godt, at der forelå et samarbejde, eftersom deres klager til Kommissionen hvilede på påstanden om, at et sådant samarbejde var i strid med Traktaten. Det er svært at forstå, hvilke yderligere argumenter, de ville have kunnet gøre gældende, dersom de havde kendt samarbejdsnotatet i detaljer. Endvidere ophørte de dokumenter, der blev henvist til, med at være i kraft fra 1983.

Hvad angår de resultater, der er indeholdt i beslutningen, og som ikke er omtalt i artikel 6-skrivelserne, viser en sammenligning af disse skrivelser med beslutningen, at de grunde, der var indeholdt i artikel 6-skrivelserne, ikke er »helt forskellige« fra de, som beslutningen hviler på, i modsætning til, hvad der er blevet anført af sagsøgerne. Under alle omstændigheder kan Kommissionen ændre sine foreløbige grunde for at tage hensyn til klagernes bemærkninger.

O. Due

Refererende dommer