DOMSTOLEN DOM (sjätte avdelningen)
av den 17 november 1987*

Förenade målen 142 och 156/84

British-American Tobacco Company Ltd, London, företrätt av advokaten P. V. F. Bos, tidigare Amsterdam, därefter Rotterdam, Nolst Trenité, med kontor i Bryssel, på uppdrag av Coudert Brothers, attorneys at law, New York, med kontor i Bryssel och delgivningsadress i Luxemburg hos advokaten J. Loesch, 2, rue Goethe,

och

R. J. Reynolds Industries Inc., Winston Salem, North Carolina, Amerikas Förenta Stater, genom vice styrelseordföranden Joseph F. Abely Jr., företrädd av J. F. Lever, QC, och R. J. Buxton, QC, Gray's Inn Chambers, Gray's Inn, London på uppdrag av A. J. C. Paines och J. Reynolds, advokatbyrån Allen and Overy, London och Bryssel, med delgivningsadress i Luxemburg hos advokaten J. Loesch, 2, rue Goethe,

sökande,

mot

Europeiska gemenskapernas kommission, företrädd av juridiske rådgivaren A. McClellan och K. Banks, rättstjänsten, båda i egenskap av ombud, med delgivningsadress i Luxemburg hos G. Kremlis, rättstjänsten, båtiment Jean Monnet, Kirchberg,

svarande,

med stöd av

* Rättegångsspråk: engelska.

Philip Morris Incorporated, New York, företrätt av advokaten M. Siragusa, Rom och advokaten M. Waelbroeck, Bryssel, med delgivningsadress i Luxemburg hos advokaten E. Arendt, Centre Louvigny, 34 B, rue Philippe-II,

och

Rembrandt Group Limited, Stellenbosch, Sydafrikanska republiken, företrätt av C. Bellamy och K. B. Parker, Gray's Inn, London, på uppdrag av Malcolm G. C. Nicholson, solicitor, Slaughter and May, London, med delgivningsadress i Luxemburg hos advokaterna Elvinger och Hoss, 15, Côte d'Eich,

intervenienter.

Talan avser ogiltigförklaring av det beslut som framgår av kommissionens skrivelse nr SG(84) D/3946 av den 22 mars 1984 angående målen nr IV/30.342 och nr IV/30.926, i vilket kommissionen avslog de ansökningar som sökandena framställt i enlighet med artikel 3.2 i rådets förordning nr 17 av den 6 februari 1962 (EGT 1962, s. 204, fransk version; svensk specialutgåva, del 08, volym 01). I beslutet konstaterades att vissa avtal som slutits mellan intervenienterna inte utgjorde överträdelser av artiklarna 85 och 86 i EEG-fördraget.

DOMSTOLEN (sjätte avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden O. Due samt domarna G. C. Rodríguez Iglesias, T. Koopmans, K. Bahlmann och C. Kakouris.

generaladvokat: G. F. Mancini,
justitiesekreterare: byrådirektören B. Pastor,

som beaktat förhandlingsrapporten kompletterad med vad som förekommit vid den muntliga förhandlingen den 12 november 1986, och

som hört generaladvokatens förslag till avgörande vid sammanträde den 17 mars 1987,

meddelar följande

dom

1 Genom ansökningar som inkom till domstolens kansli den 4 och 20 juni 1984, har såväl British-American Company Ltd, med säte i London som R. J. Reynolds Industries Inc., i Winston Salem, North Carolina, Amerikas Förenta Stater, väckt talan i enlighet med andra stycket i artikel 173 i EEG-fördraget om ogiltigförklaring av det beslut, som framgår av kommissionens skrivelse nr SG(84) D/3946 av den 22 mars 1984 angående målen nr IV/30.342 och nr IV/30.926, i vilket kommissionen avslog sökandenas ansökningar som framställts i enlighet med artikel 3.2 i rådets förordning nr 17 av den 6 februari 1962 (EGT 1962, s. 204, fransk version; svensk specialutgåva del 08, volym 01) och uttalade att vissa avtal som slutits mellan Philip Morris Incorporated (härefter, "Philip Morris") i New York och Rembrandt Group Limited (härefter, "Rembrandt") i Stellenbosch, Sydafrikanska republiken inte utgjorde överträdelser av artiklarna 85 och 86 i EEG-fördraget. Sökandena har vidare yrkat att domstolen beordrar kommissionen att i fråga om nämnda ansökningar ändra sin inställning för att följa domstolens dom.

2 Genom beslut av den 28 november 1984 gav domstolen Philip Morris och Rembrandt tillstånd att intervenera till stöd för kommissionens talan. Genom beslut av den 26 september 1984 förordnade domstolen att målen skulle förenas under den muntliga förhandlingen och avgöras i en gemensam dom.

3 De ansökningar som framställts av sökandena med tillämpning av artikel 3.2 i förordning nr 17, riktades mot de avtal mellan Philip Morris och Rembrandt som gick ut på att det förra bolaget av det senare, till ett pris av 350 miljoner USD, köpte 50 % av aktierna i Rothmans Tobacco (Holding) Ltd (härefter benämnt "Rothmans Holding"), ett investmentbolag som till 100 % ägdes av Rembrandt och som hade ett tillräckligt stort aktieinnehav i Rothmans International plc (härefter benämnt "Rothmans International") för att kunna kontrollera det senare bolaget, en betydande cigarettillverkare på den gemensamma marknaden, särskilt i Benelux-länderna. Genom dessa avtal erhöll Philip Morris indirekt en andel som uppgick till 21,9 % av vinsten i konkurrenten Rothmans International.

4 Dessa avtal (härefter benämnda "1981 års avtal") innehöll även klausuler som syftade till att upprätthålla en inbördes jämvikt mellan parterna i fråga om deras direkta eller indirekta aktieinnehav i Rothmans International och gav vardera parten "förköpsrätt" om den andra skulle vilja avyttra sina aktier i Rothmans Holdings.

5 När det gällde företagets ledning gav 1981 års avtal de båda parterna rätt att utse ett lika stort antal ledamöter vardera i Rothmans Holdings styrelse. Avtalen föreskrev att Rothmans skulle behålla ledningsfunktionerna som företaget hittills hade utövat i förhållande till Rothmans Internationals affärsverksamhet och att uppgifter som var av intresse i konkurrenshänseende inte fick vidarebefordras till Philip Morris, men de innehöll också bestämmelser om ett samarbete mellan Philip Morris och Rothmans International beträffande distribution och tillverkning, tekniskt kunnande och forskning etc.

6 Sedan talan väckts bl.a. av sökandena sände kommissionen ett meddelande till Philip Morris och Rembrandt där det anmärktes att 1981 års avtal stred både mot artikel 85 och artikel 86 i fördraget. Efter att förhandlingar ägt rum med kommissionen ersatte Philip Morris och Rembrandt slutligen avtalen med nya som avsåg att tillgodose kommissionens anmärkningar. Det är dessa senare avtal (härefter benämnda "1984 års avtal") som åsyftas i kommissionens omtvistade beslut eftersom denna inte ansåg att det var lämpligt att fatta ett beslut rörande de ursprungliga avtalen från 1981 som ju hade upphört att gälla och ersatts av 1984 års avtal.

7 Genom 1984 års avtal lämnade Philip Morris tillbaka sina aktier i Rothmans Holdings och erhöll i gengäld ett direkt aktieinnehav i Rothmans International. Detta aktieinnehav utgör 30,8 % men motsvarar endast 24,9 % av röstetalet medan Rembrandts andel som likaså utgör 30,8 % av aktierna, motsvarar 43,6 % av röstetalet.

8 I likhet med 1981 års avtal ger de nya avtalen den andra parten förköpsrätt vid en överlåtelse av aktier. Dessutom kan endast ena partens totala aktieinnehav överlåtas till tredje man och endast till en oberoende köpare eller minst tio oberoende köpare. Om Rembrandts aktieinnehav säljs till en enda köpare skall denne ge ett identiskt anbud för Philip Morris andelar. Slutligen ger avtalen vid en överlåtelse av endera partens aktieinnehav en möjlighet till likadelning av röstetalet i Rothmans International.

9 1984 års avtal kompletteras av vissa förpliktelser från parternas sida i förhållande till kommissionen. Dessa förpliktelser går särskilt ut på att säkerställa att inte Philip Morris är representerat i Rothman Internationals ledande organ och att Philip Morris inte delges upplysningar rörande Rothmans Internationalkoncernen som skulle kunna påverka Philip Morriskoncernens agerande i konkurrenssituationer inom gemenskapen mellan de båda koncernerna. Dessutom har Philip Morris förbundit sig att informera kommissionen om alla ändringar i avtalen och om varje ökning av sin aktieportfölj i Rothmans

International och om den eventualiteten att Philip Morris skulle få 25 % eller mer av röstetalet i Rothmans International. I de båda senare fallen kan kommissionen kräva att en delning äger rum mellan Rothmans International och Philip Morris respektive intressen för att säkerställa bevarandet av status quo under en period om tre månader, en period under vilken kommissionen kan fatta beslut om nya åtgärder som den finner lämpliga.

10 För en utförligare redogörelse för omständigheterna i målen, rättegångens förlopp och de till domstolen ingivna yttrandena hänvisas till förhandlingsrapporten. Handlingarna i målen i dessa delar återges i det följande endast i den mån domstolens argumentation kräver det.

1 — Talans upptagande till sakprövning

11 Rembrandt, en av intervenienterna, har hävdat att talan inte kan tas upp till sakprövning med motiveringen att kommissionens skrivelse av den 22 mars inte utgjorde ett beslut i den mening som avses i andra stycket i artikel 173 i fördraget samt att sökandena inte är direkt och personligen berörda i den mening som avses i nämnda artikel. Kommissionen har för sin del gjort gällande att om sökandena yrkar att domstolen skall förpliktiga kommissionen att anta ett bestämt beslut, skall talan avvisas.

12 Vad beträffar begäran om ogiltigförklaring kan konstateras att kommissionen på sökandenas begäran avfattade och adresserade sina skrivelser av den 22 mars 1984 till sökandena i form av ett "beslut". Dessa skrivelser har för övrigt ett besluts innehåll och rättsverkningar, såtillvida som de avslutar utredningen, innebär att en bedömning görs av ifrågavarande avtal och hindrar sökandena från att kräva att utredningen tas upp på nytt såvida de inte inkommer med nya sakomständigheter. Utan att det är nödvändigt att avgöra om en intervenient kan framställa en invändning om rättegångshinder, är det anförda tillräckligt för att kommissionens skrivelser av den 22 mars 1984 skall betraktas som till sökandena ställda beslut i den mening som avses i andra stycket i artikel 173 och den framställda invändningen kan således inte godtas.

13 Talan kan däremot inte upptas till sakprövning avseende sökandenas begäran att domstolen förpliktigar kommissionen att anta en rättsakt som ersätter den angripna rättsakten eftersom domstolen inte kan ge en sådan föreskrift inom ramen för det lagprövningsförfarande varom stadgas i artikel 173.

II — Saken

14 De grunder som sökandena anfört till stöd för sin talan rör det administrativa förfarandet, kommissionens bedömning av avtalen och motiveringen för dess beslut.

A — *Det administrativa förfarandet*

15 Sökandena har särskilt gjort gällande att de i sin egenskap av taleberättigade i enlighet med artikel 3.2 i förordning nr 17, inte i tillräckligt hög grad fick delta i den av kommissionen ledda utredningen om de tvistiga avtalen.

16 Det framgår av handlingarna i målen att med förbehåll för de avsnitt som Philip Morris och Rembrandt ansåg innehålla affärshemligheter, översände kommissionen den 19 maj 1982 till svarandena kopior av sitt meddelande med anmärkningar, i vilket det förklarades att 1981 års avtal stred mot artiklarna 85 och 86 i fördraget. Sökandena fick även tillfälle att kommentera Philip Morris och Rembrandts svar på meddelandet om anmärkningar och de deltog i det sammanträde som ägde rum 5–7 oktober 1882. Efter sammanträdet fick sökandena motta sammanträdesprotokollet och de gavs möjlighet att kommentera de kompletterande skriftliga yttranden som Philip Morris inkom med efter sammanträdet.

17 I maj 1983 informerade kommissionen sökandena om att Philip Morris och Rembrandt hade infört vissa ändringar i 1981 års avtal och brevväxling liksom möten ägde rum mellan sökandena och kommissionen med anledning härav. Sedan Philip Morris och Rembrandt slutligen hade bestämt sig för att ersätta 1981 års avtal med 1984 års nya avtal blev sökandena i enlighet med artikel 6 i kommissionens förordning nr 99/63 av den 25 juli 1963 om sådana förhör som avses i artikel 19.1 och 19.2 i rådets förordning nr 17 (EGT s. 2268, fransk version; svensk specialutgåva, del 08, volym 01) i skrivelserna av den 16 december 1983, upplysta om att kommissionen ansåg att det inte längre fanns anledning att bifalla deras ansökningar och de erbjöds att inkomma med ytterligare skriftliga synpunkter. I samband härmed informerades sökandena om innehållet i de nya avtalen och de förpliktelser som Philip Morris och Rembrandt åtagit sig. Det var inte förrän efter det att kommissionen mottagit sökandenas yttranden angående de nya avtalen och nämnda förpliktelser som den fattade de omtvistade besluten.

18 Sökandena har medgett att de aktivt deltog i den av kommissionen ledda utredningen ända fram till förhandlingarna om ändringar i de ursprungliga avtalen, men de har hävdat att kommissionen gav termen "affärshemlighet" en alltför vid tolkning, såtillvida att den underlät att delge sökandena vissa handlingar eller delar av handlingar. De har även hävdat att de borde ha fått delta i nämnda förhandlingar eller att de åtminstone regelbundet borde ha blivit informerade om förhandlingarnas fortskridande via förhandlingsprotokollen. Sökandena har påstått att kommissionen här har gjort sig skyldig till ett förfarandefel som består i en kränkning av rätten till försvar såsom denna har slagits fast i domstolens rättspraxis.

19 Det bör noteras att den rättspraxis som åberopas av svarandena rör rätten till försvar för företag vars verksamhet är föremål för kommissionens utredning. En sådan utredning utgör dock inte en kontradiktorisk process mellan berörda företag utan ett förfarande som kommissionen inleder på eget initiativ eller efter ansökan under sitt uppdrag att övervaka att konkurrensreglerna iakttas. Härav följer att de företag mot vilka ett förfarande har inletts och de som har framställt en ansökan enligt artikel 3 i förordning nr 17 samt visar att de har ett berättigat intresse av att en påstådd överträdelse upphör, inte befinner sig i samma processrättsliga situation och att de senare inte kan göra gällande rätten till försvar i den mening som avses i åberopad rättspraxis.

20 Däremot skall, såsom särskilt framgår av dom av den 28 mars 1985 i mål 298/83 CICCE mot kommissionen (Rec. 1985, s. 1105), dessa klagande få möjlighet att tillvarata sina legitima rättigheter inom ramen för det administrativa förfarandet och kommissionen är skyldig att ta ställning till alla faktiska och rättsliga omständigheter som klagandena framför. Klagandenas processuella rättigheter är emellertid inte lika vidsträckta som den rätt till försvar som tillkommer de företag vars verksamhet kommissionen utreder. I vart fall begränsas de i den mån de inkräktar på dessa företags rätt till försvar.

21 I sin dom av 24 juni 1986 i mål 53/85 AKZO Chemie BV och AKZO Chemie UK Ltd mot kommissionen, (Rec. 1986, s. 1965) medgav domstolen att principen om tystnadsplikt, såsom den uttrycks i artikel 214 i fördraget och artikel 20.2 i förordning nr 17, kan mildras till förmån för klagandena och att kommissionen kan ge dem viss information som omfattas av tystnadsplikt såvida denna information är nödvändig för utredningens bedrivande. I samma dom betonade dock domstolen att en klagande inte under några omständigheter kan få ta del av handlingar som innehåller affärshemligheter

och den preciserade på vilka grunder ett företag som är föremål för utredning kan motsätta sig detta.

22 I förevarande mål har inte sökandena anfört några omständigheter som ger anledning anta att kommissionen skulle ha underlåtit att låta dem ta del av handlingar som den skulle ha kunnat vidarebefordra utan att avslöja affärshemligheter. Följaktligen kan den första av sökandenas anförda grunder inte godtas.

23 Vad beträffar anmärkningen som rör förhandlingarna mellan Philip Morris och Rembrandt å ena sidan och kommissionen å den andra, vilka förts i syfte att modifiera de ursprungliga avtalen, skall erinras om att det administrativa förfarandet bl.a. utgör ett tillfälle för de berörda företagen att anpassa lagstridiga avtal eller metoder så att de blir förenliga med fördragets regler. Denna möjlighet förutsätter att företagen och kommissionen har rätt att påbörja konfidentiella förhandlingar för att avgöra vilka ändringar som behövs för att avhjälpa den senares anmärkningar.

24 Rätten till konfidentiella förhandlingar skulle äventyras om klagandena skulle närvara eller ständigt informerades om hur arbetet fortskrider så att de skall kunna yttra sig om förslag från den ena eller den andra partens sida. Klagandenas legitima intressen skyddas helt och hållet när de blir informerade om resultatet av förhandlingarna på vilket kommissionen stöder sig när den tar ställning till klagomålet. I detta avseende fick dock sökandena alla relevanta upplysningar i de skrivelser som kommissionen sände till dem i enlighet med artikel 6 i förordning nr 99/63. Följaktligen kan inte heller den andra grunden godtas.

25 I detta sammanhang har sökandena hävdat att under förhandlingarna mellan Philip Morris och kommissionen utövades påtryckningar på kommissionen bl.a. av en av dess tidigare ledamöter. Här är det tillräckligt att konstatera att sökandena inte har anfört några omständigheter till stöd för detta påstående.

26 Slutligen har sökandena gjort gällande att kommissionen i de omtvistade besluten lade till argument som var nya i förhållande till de skrivelser som åsyftas i artikel 6 i förordning nr 99/63 och som sökandena inte tidigare haft tillfälle att uttala sig om.

27 Även detta argument skall ogillas. Sökandena har i egenskap av klagande haft tillfälle att ta ställning till de i nämnda skrivelser framlagda argumenten. Den omständigheten att sökandenas påpekanden givit upphov till ytterligare

övervägaganden från kommissionens sida och att denna därför trott sig föranlåten att lägga till kompletterande argument i de slutgiltiga besluten medför inte någon skyldighet för kommissionen att höra dem på nytt innan de fattade dessa beslut.

28 Det följer av alla föregående övervägaganden att vad sökanden anfört rörande det administrativa förfarandet i sin helhet saknar grund och inte kan godtas.

B — *Kommissionens bedömning av avtalen*

29 Sökandena har gjort gällande att kommissionen i de omtvistade besluten tillämpat artiklarna 85 och 86 i fördraget felaktigt och att den begick ett uppenbart misstag när den antog att de av Philip Morris och Rembrandt åtagna förpliktelserna var tillräckliga för att undvika en överträdelse av dessa artiklar.

30 Det skall först och främst slås fast att de omtvistade besluten enbart berör 1984 års avtal och inte 1981 års avtal vilka är av intresse endast i den mån de avslöjar parternas ursprungliga intentioner. I de aktuella målen ställs således väsentligen frågan huruvida och under vilka omständigheter förvärv av en minoritetsandel av ett konkurrerande företags aktiekapital kan utgöra en överträdelse av artiklarna 85 och 86 i fördraget.

31 Eftersom aktieförvärvet i Rothmans International är förbundet med avtal som slutits mellan företag vilka efter att avtalen trätt i kraft förblir oberoende, skall frågan i första hand studeras mot bakgrund av artikel 85.

Tillämpningen av artikel 85

32 Sökandena har i huvudsak gjort gällande att man får utgå från att en viss konkurrensbegränsande verkan blir följden av att ett företag förvärvar en betydande andel av ett konkurrerande företags aktier, även om det gäller ett minoritetsförvärv. Ett sådant aktieförvärv får nödvändigtvis en inverkan på de inblandade företagens affärsmässiga agerande, i synnerhet på en stagnerande och i hög grad oligopolistisk marknad som cigarettmarknaden där varje försök från ett företags sida att erövra marknadsandelar sker på bekostnad av

de konkurrerande företagen. Om det på en sådan marknad skapas band mellan de två viktigaste aktörerna rubbas den konkurrensmässiga jämvikten.

33 Den aktuella transaktionen får enligt sökandena inte bara till resultat utan har också till syfte att begränsa konkurrensen. Detta faktum kan enligt dem härledas ur förhållandet mellan de omtvistade avtalen och de ursprungliga 1981 års avtal som förutsåg att ett affärssamarbete skulle ske mellan parterna. Det var enligt sökandena i kraft av de rättigheter som erhållits genom de ursprungliga avtalen som Philip Morris kunde skaffa sig ett direkt aktieinnehav i Rothmans International och ingenting tyder på att idén om ett affärssamarbete skulle ha övergetts, särskilt som det pris Philip Morris betalade, fortfarande är detsamma. Avsikten att samarbeta på den gemensamma marknaden bekräftas för övrigt av att det existerar samarbetsavtal mellan Philip Morris och Rothmans International i Indonesien, Malaysia och på Filippinerna.

34 Sökandena har vidare gjort gällande att de omtvistade avtalens konkurrensbegränsande resultat och syfte förstärks genom klausulerna om förköpsrätt för det fall där ena parten önskar avyttra sitt aktieinnehav i Rothmans International. Dessa klausuler syftar enligt dem till att förbehålla Philip Morris möjligheten att ta kontroll över Rothmans International och visar att aktieförvärvet inte blott är en passiv investering. Det faktum att användningen av dessa klausuler strider mot artikel 85 är i sig tillräckligt för att fastställa att avtalet har ett konkurrensbegränsande syfte.

35 Slutligen har sökandena anfört att de av kommissionen ålagda förpliktelserna på intet sätt är tillräckliga för att befria avtalet från dess konkurrensbegränsande karaktär. För det första hindrar inte förpliktelserna beträffande Rothmans Internationals ledning Philip Morris från att utöva ett informellt inflytande i egenskap av betydande aktieägare i Rothmans International. Vidare rör förpliktelserna i fråga om uppdelningen av Philip Morris och Rothmans Internationals intressen, ifall Philip Morris skulle använda sin förköpsrätt, en period som ligger senare i tiden än överträdelsen av artikel 85 och de skulle inte ens vara tillämpliga om Philip Morris fick effektiv kontroll över Rothmans International till följd av en försäljning av Rembrandts aktier till minst 10 av varandra och av Philip Morris oberoende köpare.

36 Det bör erinras om att ett avtal måste, för att falla under artikel 85, ha till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrida konkurrensen inom den gemensamma marknaden.

37 Om den omständigheten att ett företag förvärvar aktier i ett konkurrerande företag inte i sig utgör ett konkurrensbegränsande beteende kan inte desto mindre ett sådant aktieförvärv utgöra ett medel att påverka de ifrågavarande företagens affärsmässiga agerande på ett sådant sätt att konkurrensen begränsas eller snedvrids på den marknad där de två företagen bedriver sin affärsverksamhet.

38 Detta kan särskilt vara fallet om det investerande företaget genom aktieförvärvet eller genom tilläggsbestämmelser till avtalet uppnår juridisk eller faktisk kontroll över det andra företagets affärsmässiga agerande eller om avtalet föreskriver att ett affärssamarbete skall ske mellan parterna eller skapar strukturer för att främja ett sådant samarbete.

39 Detsamma kan också vara fallet om avtalet förbehåller det investerande företaget möjligheten att stärka sin position på ett senare stadium genom att överta den effektiva kontrollen över det andra företaget. Hänsyn skall tas inte endast till avtalets omedelbara verkningar utan även till dess potentiella verkningar och möjligheten att avtalet ingår i en långsiktig plan.

40 Varje avtal skall slutligen bedömas i sitt ekonomiska sammanhang och särskilt i ljuset av situationen på den relevanta marknaden. När de berörda företagen är multinationella bolag som utövar en världsomspännande verksamhet är det inte möjligt att bortse från deras kontakter utanför gemenskapen. Man måste särskilt räkna med möjligheten att ifrågavarande avtal ingår i en global samarbetsstrategi mellan de avtalsslutande parterna.

41 Det är mot bakgrund av alla dessa överväganden som det skall prövas om kommissionen när den bedömde 1984 års avtal hade fel när den konstaterade att det inte kunde visas att avtalen hade något konkurrensbegränsande syfte eller resultat.

42 Vad angår situationen på cigarettmarknaden, konstaterade kommissionen i sitt meddelande med anmärkningar, i fråga om 1981 års avtal, att marknadsvolymen stagnerade under den av kommissionen studerade tidsperioden 1976–1980. Kommissionen fann jämväl att med undantag av de franska och italienska marknaderna, där det finns statliga monopol, dominerar sex grupper av företag den gemensamma marknaden, bland dem sökandena och intervenienterna i förevarande mål.

43 Kommissionen har anfört att på den stagnerande och oligopolistiska cigarettmarknaden, i avsaknad av verklig konkurrens i fråga om pris och forskning, utgör reklam och företagsförvärv de viktigaste verktygen för en ekonomisk aktör som vill öka sin marknadsandel. Eftersom marknaden för övrigt domineras av stora företag som förfogar över betydande medel och tekniska kunskaper samt där reklam spelar en viktig roll är det mycket svårt för ett nytt företag att etablera sig på densamma.

44 Det skall medges att på dessa marknadsvillkor såsom de beskrivits av kommissionen och vilka inte på någon väsentlig punkt bestritts av övriga parter i målet, skulle varje företag som ville öka sin marknadsandel vara synnerligen lockad av att, för den händelse ett sådant tillfälle gavs, ta kontroll över ett konkurrerande företag. Det skall vidare tillstås att under nämnda omständigheter kan varje försök till övertagande och varje avtal som kan främja ett affärssamarbete mellan två eller flera av dessa dominerande företag, medföra en risk för konkurrensbegränsning.

45 I en sådan marknadssituation måste kommissionen visa prov på särskild vaksamhet. Den bör bl.a. undersöka om ett avtal som vid första anblicken endast avhandlar en passiv investering i ett konkurrerande företag inte i realiteten syftar till att eventuellt, vid ett senare tillfälle, ta kontroll över detta företag, eller till att inleda ett samarbete mellan två företag i avsikt att sinsemellan dela upp marknaden. Inte desto mindre måste kommissionen för att kunna fastställa en överträdelse av artikel 85, vara i stånd att visa att avtalet har till syfte eller resultat att påverka konkurrensbeteendet hos företagen på den aktuella marknaden.

46 Här skall konstateras att 1984 års avtal och de av Philip Morris och Rembrandt åtagna förpliktelserna gentemot kommissionen utesluter att Philip Morris är representerat i Rothman Internationals styrelse eller något annat av företagets ledningsorgan och begränsar Philip Morris aktieinnehav till 25 % av röstetalet. Däremot motsvarar Rembrandts andel 43,6 % av röstetalet, vilket på grund av spridningen av resten av rösterna och med hänsyn till Rembrandts representation i Rothmans Internationals ledningsorgan, gör att Rembrandt kan fortsätta att diktera Rothmans Internationals agerande på cigarettmarknaden.

47 Det skall vidare konstateras att 1984 års avtal, till skillnad från 1981 års avtal, inte innehåller någon klausul om affärssamarbete, att de senare avtalen inte skapar någon grundval för att främja ett sådant samarbete mellan Philip Morris och Rothmans International samt att företagen har åtagit sig att inte

utbyta information som kan påverka deras konkurrensbeteende. Med undantag av de klausuler om en eventuell överlåtelse från endera partens sida av aktier i Rothmans International, vilka kommer att studeras senare, är bestämmelserna i 1984 års avtal, kompletterade med åtagandena gentemot kommissionen, inte tillräckliga för att det skall anses visat att detta avtal har till syfte eller resultat att det ena företaget får inflytande över det andras affärsmässiga agerande.

48 Vidare måste undersökas huruvida Philip Morris aktieinnehav i Rothmans International, under de aktuella omständigheterna, nödvändigtvis tvingar de inblandade företagen – som sökandena har gjort gällande – att ta hänsyn till den andra partens intressen när de utformar sin affärsstrategi.

49 Vad beträffar Rembrandt har kommissionen hävdat att företaget fortfarande har intresse av att dra största möjliga nytta av sin investering i Rothmans International och att Rembrandt tack vare sina röster och sina traditionella förbindelser med Rothmans Internationals ledning i praktiken är förmöget att kontrollera det senare företagets agerande utan att ta hänsyn till Philip Morris intressen. Även om Philip Morris röstetal är tillräckligt stort för att stoppa vissa beslut av extraordinär natur, är denna möjlighet till inflytande över Rembrandt i fråga om dess förvaltning av Rothmans International alltför hypotetisk för att utgöra ett reellt hot. Det finns enligt kommissionen ingen anledning att utgå från att Rothmans Internationals ledning och personal skulle sakna intresse av att göra företaget så vinstgivande som möjligt.

50 Även om Philip Morris, på grund av sin del i Rothmans Internationals vinst, har intresse av att företaget är framgångsrikt måste enligt kommissionen ändå det väsentliga för Philip Morris vara att öka de egna företagens marknadsandelar och intäkter. Philip Morris har således ett avsevärt intresse av att begränsa varje ökning av Rothmans Internationals marknadsandelar genom egna ansträngningar på det industriella och kommersiella området. Kommissionen anser således att Philip Morris minoritetsförvärv av aktier i Rothmans International inte i sig innebär att det skett en förändring av konkurrenssituationen på gemenskapens cigarettmarknad.

51 Det skall konstateras att det av omständigheterna i målet inte har framkommit något som motsäger kommissionens uppfattning. I synnerhet saknas underlag för att dra slutsatsen att aktieförvärvet skulle kunna leda till en uppdelning av marknaden i den meningen att Philip Morris, utan att själv förlora marknadsandelar, kunde koncentrera sig på en bestämd marknads-

sektor och på så sätt ge Rothmans International en möjlighet att öka sina aktiviteter inom en annan marknadssektor.

52 Det finns heller inte tillräckligt underlag för att dra slutsatsen att Philip Morris och Rothmans International samarbetar utanför den gemensamma marknaden på ett sätt som kan påverka förhållandet mellan de båda bolagen på denna marknad. Sökandena har endast gjort gällande att ett sådant samarbete förekommer på vissa geografiskt begränsade marknader och intervenienterna har försäkrat att detta samarbete endast går ut på att avtala om utnyttjandet av vissa varumärken tillhörande den andra parten. Detta förfarande är vanligt förekommande på det berörda området och används för övrigt även av sökandena. Av detta följer att man inte kan sluta sig till att de omtvistade avtalen skulle ingå i en global samarbetsstrategi mellan två multinationella företag på världsmarknaden för cigaretter.

53 Den omständigheten att de omtvistade avtalen innehåller bestämmelser om en eventuell försäljning av Rothmans Internationals aktier från den ena eller andra partens sida och att dessa bestämmelser, vid oförändrade förhållanden, skulle kunna medföra att dessa stred mot artikel 85, är inte i sig tillräckligt för att slå fast att avtalen har till syfte att begränsa konkurrensen. Visserligen ersätter 1984 års avtal de avtal som avsåg en uppdelning av inflytandet över Rothmans Holdings som i sin tur hade reell kontroll över Rothmans Internationals affärsmässiga agerande och utbytet av avtalen medförde ingen sänkning av det pris som Philip Morris skulle betala, men det bör erinras om att Philip Morris fick andra fördelar bl.a. den att kunna förhindra att ett annat konkurrerande företag tog kontroll över Rothmans International och att företaget erhöll en betydande ökning av sin del i Rothmans Internationals vinst. Trots att de omtvistade avtalens historik visar att Philip Morris hade för avsikt att genomföra en mer långtgående transaktion än en passiv investering, avser klausulerna i dessa avtal en rent hypotetisk situation som inte medger att det konstateras att minoritetsförvärvet av aktier utgör den första fasen i en plan syftande till att ta kontroll över Rothmans International.

54 Det bör emellertid undersökas om dessa klausuler numera har konkurrensbegränsande verkningar och om kommissionen i tillräckligt hög grad har tagit hänsyn till deras potentiella verkningar.

55 Kommissionen anser inte att nämnda klausuler för närvarande har något inflytande på parternas konkurrensbeteende. Om Rembrandt planerade att avhända sig aktieinnehavet i Rothmans International, skulle företaget ha allt intresse av att höja värdet på sin investering genom att försäkra sig om att

företaget konkurrerade på ett effektivt sätt. Philip Morris har å andra sidan intresse av att det pris som Rembrandt möjligen kan få vid en försäljning av sina aktier i Rothmans International inte blir för högt och har således ingen anledning att begränsa sina egna ansträngningar när det gäller att försäkra sig om ytterligare marknadsandelar. Dessutom borde möjligheten för Rothmans Internationals personal att på ett senare stadium bli anställd hos Philip Morris utgöra ett incitament att visa sitt yrkesmässiga kunnande. Kommissionen är inte heller av den uppfattningen att Philip Morris möjligheter att opponera sig mot Rembrandts eventuella försäljning av sina aktier i Rothmans International kan innebära ett hot om att utöva inflytande över Rembrandts och Rothmans Internationals normala affärsverksamhet.

56 Omständigheterna i målet ger inte domstolen anledning göra en annan bedömning än kommissionen. Det skall tilläggas att det hinder mot att ett tredje företag förvärvar en del av Rothmans International, som kan härledas ur de i målet relevanta bestämmelserna, inte under nuvarande förhållanden skall betraktas som en konkurrensbegränsning på cigarettmarknaden som strider mot artikel 85. För det första kan, i enlighet med vad intervenienterna har hävdat, bestämmelser av denna typ vara berättigade genom att avtalsparterna har ett legitimt intresse av att skydda sina betydande investeringar. För det andra kan under nuvarande förhållanden det faktum att Philip Morris, utan att själv ha tagit kontroll över Rothmans International, fått befogenhet att förhindra att denna kontroll övertas av ett tredje konkurrerande företag, inte i sig utgöra en konkurrensbegränsning.

57 Det skall medges att kommissionen – vad beträffar ifrågavarande klausulers potentiella verkningar – har vidtagit åtgärder för att förhindra att verkningar som strider mot artikel 85 i fördraget uppstår. Philip Morris har förpliktat sig att informera kommissionen om varje ändring i eller tillägg till avtalen och att inom 48 timmar meddela kommissionen om varje ökning av sin aktieportfölj i Rothmans International. Philip Morris har dessutom förpliktat sig att, efter ett sådant meddelande, på kommissionens begäran, låta överenskommelsen om en uppdelning av Philip Morris och Rothmans Internationals respektive intressen på den gemensamma marknaden för tobak börja gälla och på så sätt bevara status quo under en period av tre månader. Under denna period får kommission tillfälle att undersöka den nya situationen i förhållande till artiklarna 85 och 86 i fördraget.

58 Visserligen gäller dessa förpliktelser, som sökandena har understrukit, endast om Philip Morris får faktisk kontroll över Rothmans International utan någon ökning av antalet röster, nämligen vid en överlåtelse av andelarna i Rem-

brandt till åtminstone tio oberoende köpare. Dock skulle i en sådan situation, vilken förefaller vara den minst troliga av möjliga överlåtelser och som förutsätter att Philip Morris avstår från att göra gällande de rättigheter som klausulerna ger företaget, Philip Morris maktposition vara synnerligen bräcklig på grund av att företaget inte kan förhindra en senare koncentration av röster hos ett tredje företag. Det måste dock medges att kommissionen, genom de av Philip Morris och Rembrandt åtagna förpliktelserna, rent allmänt har förstärkt sina tillsyns- och kontrollmöjligheter så att avtalsvillkor om en senare överlåtelse av aktier i Rothmans International som innehas av avtalsparterna får verkningar som strider mot artikel 85 kan undvikas.

59 Det följer av ovanstående överväganden att prövningen av de anmärkningar som sökandena riktar mot bedömningen av de olika klausulerna i de omtvistade avtalen inte har visat att kommissionen hade fel när den konstaterade att avtalen saknade konkurrensbegränsande syfte eller resultat.

60 Sökandena har vidare hävdat att även om de olika bestämmelserna i de omtvistade avtalen var för sig inte skulle kunna anses strida mot artikel 85.1 är det fortfarande nödvändigt att undersöka om kombinationen av dessa olika bestämmelser inte skulle kunna framkalla konkurrensbegränsande resultat.

61 Här finns anledning påpeka att undersökningen av dessa avtals verkningar måste grundas på en bedömning av avtalen i deras helhet. Sökandena har inte påstått att kommissionen skulle ha underlåtit att företa en sådan bedömning, men de har bestritt den slutsats som kommissionen kommit fram till på denna punkt.

62 Eftersom det här är fråga om en komplicerad ekonomisk bedömning, bör erinras om att domstolen i sin dom av den 11 juli 1985 Remia, i mål 42/84 (Rec. 1985, s. 2566) slog fast att även om domstolen generellt gör en fullständig prövning av huruvida villkoren för tillämpning av artikel 85.1 i fördraget är uppfyllda är dess prövning av kommissionens komplicerade ekonomiska bedömningar nödvändigtvis begränsad till en granskning av att förfaranderegleрna iakttas, att motiveringen är tillräcklig, att de faktiska omständigheterna är materiellt korrekta, samt att det inte har förekommit något uppenbart misstag i bedömningen eller att maktmissbruk föreligger.

63 Domstolen finner att det av akten inte har framkommit att det föreligger något uppenbart misstag i fråga om bedömningen av de fakta som förelåg vid tidpunkten när de omstridda besluten fattades. När det gäller bedömningen av de omtvistade avtalens potentiella verkningar skall betonas att kommissionen

har delgivit sin avsikt att noggrant övervaka konkurrensutvecklingen mellan de berörda parterna och att sökandena för övrigt när som helst kan begära en ny prövning av avtalen när de är förmögna att inkomma med nya fakta.

64 Härav följer att argumentet om en felaktig bedömning av avtalen i deras helhet inte kan godtas. Följaktligen kan den av sökandena anförda grunden att artikel 85 skulle vara tillämplig inte godtas.

Tillämpningen av artikel 86

65 Beträffande artikel 86 i fördraget, är det inte längre nödvändigt att, efter de konstateranden som gjorts ovan, undersöka i vilken mån Rothmans International har en dominerande ställning på en väsentlig del av den gemensamma marknaden. Det skulle endast kunna vara fråga om ett missbruk av en sådan ställning om aktieinnehavet i fråga innebar att en effektiv kontroll utövades över det andra företaget, eller åtminstone resulterade i ett inflytande över dettas affärsstrategi. Det framgår av prövningen rörande en eventuell tillämpning av artikel 85 att en sådan verkan av 1984 års avtal inte har kunnat fastställas. Den av sökandena anförda grunden att artikel 86 skulle vara tillämplig kan således inte heller godtas.

C — *Motiveringen av de omtvistade besluten*

66 Sökandena har gjort gällande att de omtvistade besluten är ogiltiga därför att kommissionen inte har preciserat hur den har kommit fram till sin slutsats. Besluten går enligt sökandena betydligt längre än kommissionens föregående beslut och formulerar nya principer och det åligger därför kommissionen att utförligt redogöra för hur den har resonerat.

67 Sökanden har tillagt att det i ännu högre grad var kommissionens uppgift att motivera sina beslut på ett utförligt sätt i fråga om de moment i 1984 års avtal som övertogs från 1981 års avtal, eftersom kommissionen i de angripna besluten ändrade sin tidigare ståndpunkt beträffande 1981 års avtal, såsom denna framförts i meddelandet med anmärkningar.

68 Sökandena har slutligen hävdat att besluten, samtidigt som de har lagt till element som är nya i förhållande till de skrivelser som åsyftas i artikel 6 i förordning nr 99/63, inte har besvarat vissa av de påpekanden som framförts av sökandena som svar på dessa skrivelser.

69 I enlighet med domstolens fasta rättspraxis beror räckvidden av skyldigheten att motivera som uttrycks i artikel 190 i fördraget, på ifrågavarande rättsakts natur och det sammanhang i vilket den antogs.

70 Vad gäller avslag på en ansökan i enlighet med artikel 3 i förordning nr 17 räcker det att kommissionen utvecklar på vilka grunder den inte har ansett det vara möjligt att påvisa att det föreligger en överträdelse av konkurrensreglerna. Kommissionen är särskilt inte skyldig att förklara eventuella avvikelser från meddelandet med anmärkningar, vilket utgör ett förberedande dokument, vars bedömningar är av rent provisorisk karaktär och som har till uppgift att precisera syftet med det administrativa förfarandet i förhållande till de företag som är föremål för detta förfarande.

71 Det är sant att domstolen i sin dom av den 20 november 1975, i mål 73/74, Papiers Peints (Rec. 1975, s. 1491) klargjorde att om ett beslut inom ramen för beslutspraxis går betydligt längre än föregående beslut, åligger det kommissionen att utförligt redogöra för hur den har resonerat. Dock angår de omtvistade besluten en typ av avtal som inte behandlats i kommissionens tidigare administrativa praxis och de formulerar inte några principer som är nya i förhållande till denna praxis utan inskränker sig väsentligen till en prövning av särskilda aspekter av de ifrågavarande avtalen.

72 När det gäller den anmärkning som riktats mot underlåtenheten att besvara sökandenas argument, har domstolen i sin dom av den 17 januari 1984, i förenade målen 43 och 63/82 VBVB och VBBB mot kommissionen (Rec. 1984, s. 19) understrukit att även om kommissionen i enlighet med artikel 190 i fördraget är skyldig att tala om vilka faktiska omständigheter som ligger till grund för beslutet och de rättsliga överväganden som föranlett kommissionen att anta detsamma, kräver inte denna bestämmelse att kommissionen diskuterar alla faktiska och rättsliga spörsmål som behandlats under det administrativa förfarandet.

73 Det skulle alltså i det aktuella fallet räcka att kommissionen talar om vilka faktiska omständigheter och rättsliga betraktelser den har grundat sitt konstaterande på att det inte är möjligt att visa att 1984 års avtal utgör en över-

trädelse av konkurrensreglerna. Sedda ur denna aspekt, kan inte de omtvistade besluten betraktas som otillräckligt motiverade.

74 Den sist anförda grunden kan således inte godtas och följaktligen skall talan i sin helhet ogillas.

Rättegångskostnader

75 I enlighet med artikel 69.2 i rättegångsreglerna skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Sökandena har tappat målet och skall därför ersätta rättegångskostnaderna.

På dessa grunder beslutar

DOMSTOLEN (sjätte avdelningen)

följande dom:

1) **Talan ogillas.**

2) **Sökandena skall solidariskt bära rättegångskostnaderna, inklusive intervenienternas.**

Due Rodríguez Iglesias

Koopmans Bahlmann Kakouris

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 17 november 1987.

P. Heim
Justitiesekreterare

O. Due
Ordförande på sjätte avdelningen