FÖRSTAINSTANSRÄTTENS DOM (femte avdelningen)
den 22 november 2001 *

I mål T-139/98,

Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato (AAMS), företrädd av statsadvokaterna P.G. Ferri och D. Del Gaizo, med delgivningsadress i Luxemburg,

sökande,

mot

Europeiska gemenskapernas kommission, företrädd av G. Marenco och L. Pignataro, båda i egenskap av ombud, med delgivningsadress i Luxemburg,

svarande,

med stöd av

Rothmans International Europe BV, Amsterdam (Nederländerna), företrätt av advokaten S. Crosby, med delgivningsadress i Luxemburg,

* Rättegångsspråk: italienska.

och

JT International BV, tidigare R.J. Reynolds International BV, Hilversum (Nederländerna), företrätt av advokaterna O.W. Brouwer, F.P. Louis och T. Janssens, med delgivningsadress i Luxemburg,

intervenienter,

angående en talan om, i första hand, ogiltigförklaring av kommissionens beslut 98/538/EG av den 17 juni 1998 om ett förfarande enligt artikel 86 i EG-fördraget (IV/36.010-F3 — Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato) (EGT L 252, s. 47), och, i andra hand, nedsättning av det ålagda bötesbeloppet,

meddelar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (femte avdelningen)

sammansatt av ordföranden P. Lindh samt domarna R. García-Valdecasas och J.D. Cooke,

justitiesekreterare: rättssekreteraren E. Sheehan,

med hänsyn till det skriftliga förfarandet och efter det muntliga förfarandet den 20 mars 2001,

följande

Dom

Bakgrund till tvisten

1 Förevarande talan avser ogiltigförklaring av kommissionens beslut 98/538/EG av den 17 juni 1998 om ett förfarande enligt artikel 86 i EG-fördraget (IV/36.010-F3 — Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato) (EGT L 252, s. 47, nedan kallat det omtvistade beslutet). AAMS är ett organ som ingår i den statliga italienska finansförvaltningen och som bland annat bedriver verksamhet med tillverkning, import och export av samt partihandel med tobaksvaror. AAMS verksamhet och organisation är fastställda och regleras i den italienska kungliga förordningen nr 2258 av den 8 december 1927.

2 Till följd av tre ansökningar enligt artikel 3 i rådets förordning nr 17 av den 6 februari 1962, Första förordningen om tillämpning av fördragets artiklar 85 och 86 (EGT L 13, s. 204; svensk specialutgåva, område 8, volym 1, s. 8), som ingivits av företagen R.J. Reynolds Tobacco GmbH och R.J. Reynolds Tobacco Company SAE (i maj 1996), av företaget Rothmans International BV (i september 1996) och av företaget International Tobacco Company (i juni 1997) (nedan kallade klagandena) sände kommissionen genom skrivelse SG (97) D/1583 av den 28 februari 1997 ett meddelande om anmärkningar till AAMS avseende frågan huruvida vissa ageranden från AAMS sida inom cigarettbranschen i Italien var förenliga med artikel 86 i fördraget. Detta meddelande om anmärkningar sändes också till vissa andra företag. Genom skrivelse av den 19 maj 1997 yttrade sig AAMS över kommissionens anmärkningar. R.J. Reynolds International BV och Rothmans International BV ingav också skriftliga yttranden, som kommissionen översände till AAMS den 13 juni 1997.

3 Efter att den 11 juli 1997 ha hållit förhör med AAMS och tredje parter i enlighet med artikel 19.1 i förordning nr 17 och kommissionens förordning nr 99/63/EEG av den 25 juli 1963 om sådana förhör som avses i artikel 19.1 och 19.2 i rådets förordning nr 17 (EGT 127, s. 2268; svensk specialutgåva, område 8, volym 1, s. 32) och efter att ha mottagit ett skriftligt yttrande från AAMS av den 25 juli 1997 avseende detta förhör, fattade kommissionen det omtvistade beslutet.

Det omtvistade beslutet

4 Kommissionen konstaterade att enligt artikel 45 i lag nr 907 av den 17 juli 1942 (GURI nr 199 av den 28 maj 1942) hade AAMS ensamrätt att tillverka tobaksvaror inom Italiens territorium. Kommissionen konstaterade att när det omtvistade beslutet fattades tillverkade AAMS inte endast cigaretter under egna varumärken utan även sådana som bar företaget Philip Morris varumärken. Kommissionen noterade även att under de senaste decennierna hade AAMS tecknat avtal om licenstillverkning med detta företag och att AAMS under år 1995 tillverkade cirka 54 miljoner kilogram cigaretter, varav 40 miljoner kilogram under egna varumärken och 14 miljoner kilogram under varumärken som tillhörde Philip Morris (punkt 2 i skälen i det omtvistade beslutet).

5 Kommissionen konstaterade att import till Italien av cigaretter med ursprung i andra medlemsstater och partihandel med dessa liberaliserades genom lag nr 724 av den 10 december 1975 (GURI nr 4 av den 7 januari 1976) och att import följaktligen kunde ske via andra distributionslager än dem som tillhörde AAMS. Kommissionen noterade att trots denna liberalisering fortsatte all import till Italien av cigaretter med ursprung i gemenskapen att ske genom AAMS, som också ombesörjde partidistributionen av dem enligt avtal som man ingått med de utländska tillverkare (nedan kallade de utländska företagen) som önskade sälja sina cigaretter inom Italiens territorium (punkt 5 i skälen i det omtvistade beslutet).

6 Kommissionen konstaterade att organisationen av distributionen och försäljningen av monopolvaror, däribland cigaretter, reglerades i lag nr 1293 av den 22 december 1957 (GURI nr 9 av den 13 januari 1958), och att dessa tjänster enligt denna lag tillhandahölls av:

a) tillsynsorgan för branschen, som utövade tillsyn över distributions- och försäljningstjänster,

b) primära distributionsorgan (nedan kallade varuupplagen), som hade till uppgift att ta emot, förvara och distribuera varor för försäljning; varuupplagen hade även till uppgift att inkassera skatten på försäljningar och betala in den till statskassan,

c) försäljningsavdelningar på varuupplagen, som mot betalning köpte in varor som lagrats på varuupplagen och sålde dem till licensierade försäljningsställen,

d) sekundära distributionsorgan (nedan kallade partihandelslagren), som förvärvade varor mot betalning från varuupplagen och försäljningsavdelningarna och sålde dem till licensierade försäljningsställen, och

e) försäljningsställen (punkt 6 i skälen i det omtvistade beslutet).

7 Kommissionen konstaterade att tillsynsorganen, varuupplagen och försäljningsavdelningarna på varuupplagen var en del av AAMS, att driften av partihandelslagren hade anförtrotts åt enskilda och att AAMS inte själv sålde sina cigaretter i

detaljistledet (punkterna 7—9 och 32 i skälen i det omtvistade beslutet). Kommissionen tillade att försäljning i detaljistledet av alla cigaretter i Italien var föremål för monopol, att förvaltningen av försäljningsställen reglerades i en förordning och särskilt av föreskrifter som utfärdades av AAMS och att utländska företag sedan den 1 januari 1993 hade möjlighet att anförtro partihandeln med cigaretterna till företag som innehade "skatteupplag" som användes för saluföring av andra punktskattepliktiga varor (punkterna 31 och 32 i skälen i det omtvistade beslutet).

8 För att bedöma om AAMS innehade en dominerande ställning i den mening som avses i artikel 86 i fördraget urskilde kommissionen tre marknader för varor och tjänster som kännetecknades av att de var beroende av varandra i hög grad, vilket innebar att ett agerande på en av dessa marknader kunde ge märkbara effekter på de andra. Den första marknaden var den för cigaretter som tillverkats i Italien eller i andra medlemsstater och som var avsedda att distribueras och säljas i Italien (nedan kallad cigarettmarknaden). Den andra marknaden var den för tjänster avseende distribution och försäljning av dessa cigaretter i partihandelsledet (nedan kallad partihandelsmarknaden). Den tredje marknaden var den för detaljhandel med cigaretterna (nedan kallad detaljhandelsmarknaden) (punkterna 22—27 i skälen i det omtvistade beslutet).

9 Kommissionen ansåg vidare att geografiskt sammanföll dessa olika marknader med det italienska territoriet av följande skäl:

a) De italienska rökarnas preferenser skilde sig från rökarnas i de andra medlemsstaterna.

b) Försäljningspriser för cigaretter i detaljhandeln skilde sig påtagligt från dessa priser i övriga medlemsstater.

c) För att uppfylla kraven i den gällande italienska lagstiftningen var varje utländsk tillverkare som ville saluföra sina produkter i Italien tvungen att förpacka cigaretterna i paket med obligatoriska varningstexter (till exempel "Rökning skadar din hälsa allvarligt") på italienska.

d) Det fanns ingen parallellimport av cigaretter i Italien (punkt 28 i skälen i det omtvistade beslutet).

10 Kommissionen drog mot bakgrund av dessa olika omständigheter slutsatsen att de marknader som skulle beaktas i det förevarande fallet var den italienska cigarettmarknaden, den italienska partihandelsmarknaden och den italienska detaljhandelsmarknaden (punkt 29 i skälen i det omtvistade beslutet).

11 Kommissionen bedömde därefter AAMS ställning på dessa marknader. När det för det första gällde den italienska cigarettmarknaden, konstaterade kommissionen att den kännetecknades av att det fanns ett duopol som bestod av Philip Morris och AAMS (som tillsammans hade cirka 94 procent av denna marknad), samtidigt som andra företag hade marknadsandelar som kunde betraktas som marginella (punkt 30 i skälen).

12 Vad för det andra gäller den italienska partihandelsmarknaden, ansåg kommissionen att AAMS innehade en dominerande ställning på denna. Trots liberaliseringen av verksamheterna med import och partidistribution av cigaretter föredrog tillverkarna att fortsätta att utnyttja AAMS distributionsnät för sina produkter i Italien. Enligt kommissionen var det nämligen ekonomiskt mycket svårt för de utländska företagen att skapa ett oberoende distributionsnät för partihandel med tillräcklig omfattning och finmaskighet. Kommissionen konstaterade i detta sammanhang att utländska företag genomgående hade valt att utnyttja AAMS för distributionen av sina cigaretter i Italien. Kommissionen betecknade även AAMS

som en "obligatorisk företagspartner" för de utländska företagen, eftersom den hade en faktisk monopolställning. Det var inte heller möjligt för dessa företag att anförtro partihandeln med cigaretterna till någon av de aktörer som innehade skatteupplag, eftersom dessa aktörer skulle ställas inför oöverstigliga ekonomiska hinder. För det första krävs det nämligen i den italienska lagstiftningen att tobaksvaror förvaras i lokaler som är åtskilda från dem som används för lagring av andra punktskattepliktiga varor, varför de berörda skulle tvingas göra betydande investeringar. För det andra skilde sig försäljningsställena betydligt från de kunder som köper andra punktskattepliktiga varor, varför det skulle ha varit nödvändigt att skapa en ny transport- och distributionsstruktur utan att någon samordningsvinst med den befintliga distributionsstrukturen hade kunnat uppstå. För det tredje var de utländska tillverkarnas marknadsandelar (med undantag av Philip Morris som är bundet till AAMS genom licensavtal) ytterst små (cirka 7 procent) och utgjorde därför inte tillräckliga ekonomiska incitament för företag som skulle vilja börja med sådan partihandel med tobaksvaror i konkurrens med AAMS. Vidare skulle försäljningsställena inte ha något intresse av att få sina leveranser från en annan grossist, om denne bara kunde leverera en liten del av de cigarettmärken som de behövde (punkt 31 i skälen i det omtvistade beslutet).

13 Kommissionen konstaterade för det tredje att AAMS inte var närvarande på detaljhandelsmarknaden för cigaretter (punkt 32 i skälen i det omtvistade beslutet).

14 Kommissionen ansåg att AAMS hade missbrukat sin dominerande ställning på partihandelsmarknaden för cigaretter. Kommissionen urskilde två sorters agerande från AAMS sida:

— Ingående av standarddistributionsavtal med vissa cigarettillverkare, enligt vilket dessa ger AAMS i uppdrag att i Italien införa och i partihandelsledet distribuera cigaretter som dessa tillverkade i en annan medlemsstat, och

— vissa ensidiga åtgärder från AAMS sida i fråga om cigaretter som tillverkats i ett annat medlemsland och därefter införts till Italien (punkt 12 i skälen i det omtvistade beslutet).

Klausuler i distributionsavtalet

15 Kommissionen konstaterade att AAMS hade fastställt ett standardavtal för distributionen i partihandelsledet i Italien (nedan kallat distributionsavtalet) av cigaretter som tillverkats i en annan medlemsstat av ett utländskt företag. Den senaste versionen av detta avtal var från år 1993 och avtalstiden var fem år (punkt 13 i skälen i det omtvistade beslutet).

16 Kommissionen noterade att distributionsavtalets ordalydelse hade fastställts ensidigt av AAMS och att de utländska företagen varken hade någon möjlighet att förhandla om de olika klausulerna eller att föreslå ändringar så att hänsyn togs till deras synpunkter eller deras särskilda intressen. Enligt kommissionen hade dessa ett mycket starkt beroendeförhållande till AAMS och tvingades acceptera de klausuler som AAMS förelade dem, vilket gjorde det möjligt för AAMS att kontrollera och eventuellt hindra de utländska företagens initiativ i konkurrenssyfte för att på så sätt skydda sin egen försäljning (punkt 14 i skälen i det omtvistade beslutet).

— Klausulen om en begränsning i tiden för introduktionen av nya cigarettmärken på marknaden

17 Kommissionen konstaterade att enligt artikel 1 tredje stycket i distributionsavtalet kan AAMS endast två gånger om året tillåta att de utländska företagen introducerar nya cigarettmärken och hävdade att denna klausul följaktligen begränsade dessa företags möjligheter att lansera nya cigarettmärken på den

italienska marknaden vid den tidpunkt som de finner vara lämpligast (punkt 35 i skälen i det omtvistade beslutet).

— Klausulen om maximikvantiteter vid introduktionen av nya cigarettmärken på marknaden

18 Kommissionen konstaterade att enligt femte stycket i bilaga B till distributionsavtalet fick kvantiteterna nya cigarettmärken som introducerades på marknaden inte överstiga 5 000 kilogram och att enligt sjätte stycket i denna bilaga skulle under det första året AAMS beställningar motsvara beställningen för den föregående månaden. Kommissionen ansåg att genom dessa avtalsbestämmelser berövades de utländska företagen möjligheten att fritt bestämma villkoren och formerna för lanseringen av en ny produkt, vilket också inbegrep omfattningen av de kvantiteter som skulle introduceras på marknaden vid denna lansering. Kommissionen tillade att den fastställda kvantiteten var helt otillräcklig i förhållande till de krav som ställs vid lanseringen av en ny produkt på den italienska marknaden. Kommissionen betonade att denna maximigräns inte gällde för AAMS cigaretter eller för de licenstillverkade och att de utländska tillverkarnas cigaretter därför diskriminerades oberättigat i förhållande till dem som tillverkades av AAMS (punkterna 36 och 37 i skälen i det omtvistade beslutet).

— Klausulen om maximikvantiteter per månad för de cigaretter som släpps ut på marknaden

19 Kommissionen ansåg att klausulen i andra stycket i bilaga B till distributionsavtalet, en klausul enligt vilken de kvantiteter cigaretter från ett utländskt företag som skall släppas ut på den italienska marknaden skulle stå i proportion till de kvantiteter som sålts under den föregående månaden, innebar en begränsning av detta företags frihet att fastställa vilka kvantiteter av produkterna som skulle saluföras. Kommissionen anförde att denna klausul inte var motiverad av några objektiva krav på skydd av AAMS eventuella legitima ekonomiska eller

affärsmässiga intressen. Kommissionen anförde i detta avseende att AAMS förfogade över ett överdimensionerat distributionsnät som gjorde det möjligt för AAMS att positivt besvara eventuella önskemål från utländska företag om ökningar av de kvantiteter som skulle distribueras utan att distributionsstrukturerna för den skull behövde förstärkas. AAMS distributionskapacitet var nämligen cirka 102 miljoner kilogram cigaretter per år, medan den faktiska efterfrågan på den italienska marknaden var cirka 90 miljoner kilogram. Kommissionen konstaterade dessutom att den ifrågavarande klausulen inte heller föreföll vara motiverad av nödvändigheten av att säkerställa ett rimligt förhållande mellan de kvantiteter utländska cigaretter som tas in i AAMS distributionsnät och det faktiska "suget" från marknaden. Ett utländskt företag hade inte något intresse av att tillföra detta distributionsnät större kvantiteter cigaretter än vad som kunde tas upp av marknaden, eftersom det var skyldigt att efter en viss tid på egen bekostnad ta tillbaka alla lager av cigaretter som inte sålts och som förvarats i AAMS varuupplag. Dessutom var företaget, om cigaretterna blivit kvar för länge i lagren, skyldigt att ersätta dem med andra som tillverkats mer nyligen. Slutligen framhöll kommissionen att någon liknande begränsning inte gällde för cigaretter som tillverkas av AAMS, under egna märken eller på licens, och att dessa därför hade påtagliga konkurrensfördelar jämfört med de utlandstillverkade cigaretterna (punkterna 38—40 i skälen i det omtvistade beslutet).

— Klausulen om ökningen av maximikvantiteten för den månatliga saluföringen av cigaretter

20 Kommissionen anförde att enligt artikel 2 femte stycket i distributionsavtalet kunde ett utländskt företag hos AAMS begära en ökning av de kvantiteter cigaretter som skulle släppas ut på den italienska marknaden, men att det fanns tre begränsningar för denna möjlighet, vilka allvarligt begränsade konkurrensfriheten för utländska företag. För det första krävdes det att AAMS lämnade sitt medgivande till ökningen. För det andra kunde ökningen tillåtas endast med 30 procent av den "tillåtna månatliga beställningen". För det tredje medförde en medgiven ökning att det utländska företaget blev skyldigt att betala ett tillägg till distributionsavgiften, som inte beräknades på de "ytterligare" kvantiteterna utan på samtliga sålda cigaretter. Enligt kommissionen innebar begränsningen för ökningarna till 30 procent av den "tillåtna månatliga beställningen" en allvarlig försämring för det utländska företagets konkurrensmöjligheter genom att det förhindrades att fullt ut anpassa sig till efterfrågan på den italienska marknaden,

och effekterna av begränsningen var särskilt allvarliga för cigaretter för vilka försäljningen var märkbart säsongsberoende. Vidare var skyldigheten att vid en ökning betala en tilläggsavgift till AAMS, beräknad på hela den sålda kvantiteten, inte motiverad, eftersom distributionsavgiften beräknades så att en ökning av de sålda kvantiteterna medförde en gradvis minskning av avgiften (punkterna 41—44 i skälen i det omtvistade beslutet).

— Klausulen om märkning av cigaretterna och om kontrollen av dem

21 Kommissionen konstaterade att enligt artikel 4.1 i distributionsavtalet var ett utländskt företag skyldigt att låta trycka namnet Monital (förkortning av Monopoli italiani) på varje cigarett som skall säljas på den italienska marknaden. Kommissionen ansåg att denna skyldighet inte föreföll kunna motiveras av nödvändigheten av att särskilja cigaretter på den legala marknaden från sådana som säljs svart, utan innebar en form av marknadsföring av AAMS, som genomförs med hjälp av en konkurrents produkter, och kunde skapa tveksamhet hos konsumenterna om vem som var tillverkare av de aktuella cigaretterna. Kommissionen ansåg också att de kontroller som föreskrevs i artikel 5 i avtalet inte kunde betraktas som nödvändiga för att säkerställa att gällande regler iakttogs, att de följaktligen inte var motiverade och att AAMS inte kunde kräva att det utländska företaget som ersättning för dessa kontroller skulle betala ett schablonbelopp för varje förpackning av varje märke. Dessa kontroller hade till följd att lanseringen av nya utländska cigarettmärken på den italienska marknaden försenades i oskälig grad (punkterna 45 och 46 i skälen i det omtvistade beslutet).

Förfaranden som innebär missbruk

22 Kommissionen noterade att AAMS vid upprepade tillfällen hade vägrat att bevilja utländska företag de ökningar av maximikvantiteterna för saluföring av importerade cigaretter som dessa företag begärde i enlighet med artikel 2.5 i

distributionsavtalet och att detta beteende hade medfört att företagen förhindrats att på den italienska marknaden släppa ut de kvantiteter cigaretter som de bedömde lämpliga och att deras konkurrenspositioner således hade försvagats (punkt 47 i skälen i det omtvistade beslutet).

23 Kommissionen konstaterade också att AAMS inspektörer, som kontrollerade partihandelslagrens verksamhet, hade vidtagit åtgärder som varken föreskrevs i den gällande lagstiftningen eller i en avtalbestämmelse och som syftade till att gynna inhemska cigaretter och begränsa försäljningen av importerade cigaretter. Den begränsande verkan av dessa åtgärder var särskilt betydande i de fall då AAMS hade ålagt partihandelslagren att iaktta försäljningskvoter för cigaretter från AAMS och från utländska företag. Dessutom hade AAMS inspektörer gentemot försäljningsställena vidtagit åtgärder som varken föreskrevs i den gällande lagstiftningen eller i någon avtalsbestämmelse, åtgärder som syftade till att gynna AAMS cigaretter och begränsa försäljningen av importerade cigaretter (punkterna 48—53 i skälen i det omtvistade beslutet).

24 Kommissionen fattade mot bakgrund av dessa konstateranden det omtvistade beslutet, vars artiklar har följande lydelse:

"Artikel 1

Med utnyttjande av sin dominerande ställning på den italienska marknaden för partihandel med cigaretter har [AAMS] verkställt förfaranden som utgör missbruk i syfte att skydda sin position på den italienska cigarettmarknaden i strid med artikel 86 i EG-fördraget; det har skett i form av klausuler som ålagts i distributionsavtalen och som anges i artikel 2, och i form av ensidiga förfaranden, som anges i artikel 3.

Artikel 2

Följande klausuler som innebär missbruk har genomdrivits av AAMS i distributionsavtalen:

a) Bestämmelsen om en begränsning i tiden för introduktionen av nya cigarettmärken på marknaden (artikel 1, tredje stycket).

b) Bestämmelsen om maximikvantiteter per månad för nya cigaretter som introduceras på marknaden (bilaga B, femte och sjätte stycket).

c) Bestämmelsen om maximikvantiteter per månad för de cigaretter som släpps ut på marknaden (bilaga B, andra stycket).

d) Bestämmelsen om ökning av de kvantiteter cigaretter som släpps ut på marknaden per månad (artikel 2, femte och sjätte stycket).

e) Bestämmelsen om påtrycket Monital på cigaretterna (artikel 4).

f) Bestämmelsen om kontroll av cigaretterna (artikel 5).

Artikel 3

Följande ensidiga förfaranden som innebär missbruk har verkställts av AAMS:

a) Vägran att godkänna kvantitetsökningar per månad av importerade cigaretter som begärts av utländska företag och som kunnat tillåtas enligt distributionsavtalen.

b) Förfaranden som gäller partihandelslagren och försäljningsställena och som syftat till att gynna de inhemska cigaretterna och begränsa försäljningen av importerade cigaretter.

Artikel 4

AAMS åläggs att omedelbart upphöra med de överträdelser som anges i artiklarna 2 och 3... om så inte redan skett. AAMS åläggs särskilt att ändra de ännu gällande klausuler i distributionsavtalen som avses i artikel 2 så att de inslag i dessa som innebär missbruk och som anges i detta beslut undanröjs. De nya distributionsavtalen skall översändas till kommissionen.

Artikel 5

AAMS skall avhålla sig från att fortsätta eller upprepa de förfaranden som redovisas i artiklarna 2 och 3 och från varje förfarande med motsvarande verkan.

AAMS skall med anledning av denna bestämmelse under en tid av tre år från delgivningen av detta beslut senast två månader efter slutet av varje kalenderår till kommissionen överlämna en redogörelse med uppgift om de kvantiteter utländska cigaretter som distribuerats av AAMS under det föregående kalenderåret samt om eventuella fall då man helt eller delvis har vägrat att distribuera sådana cigaretter.

Artikel 6

För de förfaranden som anges i artiklarna 2 och 3 åläggs AAMS ett bötesbelopp på 6 000 000 ecu.

..."

Förfarandet

25 Sökanden väckte förevarande talan genom ansökan som inkom till förstainstansrättens kansli den 7 september 1998.

26 Genom handling som inkom till förstainstansrättens kansli den 15 februari 1999 ansökte Rothmans International Europe BV om att få intervenera i målet till stöd för svarandens yrkanden.

27 Genom handling som inkom till förstainstansrättens kansli den 23 februari 1999 ansökte även JT International BV om att få intervenera i målet till stöd för svarandens yrkanden.

28 Genom beslut av ordföranden för förstainstansrättens femte avdelning av den 6 juli 1999 tilläts dessa två företag att intervenera i målet till stöd för svarandenas yrkanden.

29 Förstainstansrätten (femte avdelningen) beslutade på grundval av referentens rapport att inleda det muntliga förfarandet. Som processledningsåtgärder anmodade förstainstansrätten parterna att förete handlingar och att skriftligen besvara vissa frågor före förhandlingen i målet. Parterna efterkom denna begäran.

30 Parterna utvecklade sin talan och besvarade förstainstansrättens muntliga frågor vid förhandling den 20 mars 2001.

Parternas yrkanden

31 AAMS har yrkat att förstainstansrätten skall

— i första hand ogiltigförklara det omtvistade beslutet,

— i andra hand sätta ned bötesbeloppet, och

— förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

32 Kommissionen har yrkat att förstainstansrätten skall

— ogilla talan, och

— förplikta AAMS att ersätta rättegångskostnaderna.

33 Rothmans International Europe BV, som har intervenerat i målet, har yrkat att förstainstansrätten skall

— ogilla talan och

— förplikta AAMS att ersätta de rättegångskostnader som följer av interventionen.

34 JT International BV, som har intervenerat i målet, har yrkat att förstainstansrätten skall

— ogilla talan,

— höja bötesbeloppet avsevärt och

— förplikta AAMS att ersätta rättegångskostnaderna, inklusive interventernas.

Förstahandsyrkandet om ogiltigförklaring av det omtvistade beslutet

35 AAMS har till stöd för sitt yrkande om ogiltigförklaring åberopat en enda grund bestående i åsidosättande av artikel 86 i fördraget och uppenbart oriktig bedömning i fråga om

— bestämningen av den relevanta geografiska marknaden,

— förekomsten av en dominerande ställning på den italienska marknaden för partihandel med cigaretter,

— den begränsande verkan av vissa klausuler i distributionsavtalet, och

— ensidiga förfaranden som innebär missbruk.

Den första delgrunden: En påstått oriktig bedömning av den relevanta geografiska marknaden

Parternas argument

36 AAMS har bestritt riktigheten av den definition av den relevanta geografiska marknaden som har gjorts i det omtvistade beslutet. För det första är de omständigheter som kommissionen beaktade för att avgränsa den italienska marknaden från den övriga europeiska marknaden otillräckliga och alltför generella. Konsumenternas olika vanor på grund av traditioner, smak och nationella seder utgör ett relativt allmänt fenomen och är inte kännetecknande för tobaksprodukter. Det är därför svårt att på grundval av dessa omständigheter hitta marknader i Europa som är större än de nationella territorierna. Sökanden är för det andra förvånad över att de bestämmelser om märkning som föreskrivs i ett gemenskapsdirektiv "definierar den nationella marknaden och följaktligen [har] till följd att kännetecknа den europeiska marknaden". De argument som kommissionen har åberopat strider således mot själva begreppet gemensam marknad och mot det harmoniseringssyfte som eftersträvas genom rådets direktiv 89/622/EEG av den 13 november 1989 om tillnärmning av medlemsstaternas lagar och andra författningar om märkning av tobaksvaror (EGT L 359, s. 1; svensk specialutgåva, område 15, volym 9, s. 141).

37 Kommissionen och intervenienterna har hävdat att AAMS argument inte är sådana att riktigheten av definitionen av den väsentliga geografiska marknaden kan ifrågasättas. De har påpekat att AAMS inte har bestritt konstaterandena i beslutet avseende de faktiska omständigheterna.

Förstainstansrättens bedömning

38 Det skall först konstateras att i det omtvistade beslutet definieras de berörda varu- och tjänstemarknaderna som marknaden för cigaretter som tillverkats i Italien eller i andra medlemsstater och marknaden för tjänster avseende parti- och detaljhandel med dessa cigaretter, och att sökanden inte har bestritt riktigheten av dessa definitioner.

39 När det vidare gäller den berörda geografiska marknaden framgår det av fast rättspraxis att denna skall avgränsas för att fastställa om det berörda företaget innehar en dominerande ställning inom gemenskapen eller inom en väsentlig del av denna. Avgränsningen av den geografiska marknaden, liksom av produktmarknaden, skall därför göras utifrån en ekonomisk bedömning. Den geografiska marknaden kan således definieras som det område där konkurrensförhållandena för samtliga ekonomiska aktörer är lika i fråga om just de berörda produkterna. Det är inte alls nödvändigt att de objektiva konkurrensvillkoren mellan aktörerna är fullständigt enhetliga. Det räcker att de är lika eller tillräckligt enhetliga (domstolens dom av den 14 februari 1978 i mål 27/76, United Brands mot kommissionen, REG 1978, s. 207, punkterna 44 och 53, svensk specialutgåva, volym 4, s. 9, och förstainstansrättens dom av den 6 oktober 1994 i mål T-83/91, Tetra Pak mot kommissionen, REG 1994, s. II-755, punkt 91, svensk specialutgåva, volym 16, s. 755). Denna marknad kan dessutom vara begränsad till en enda medlemsstat (domstolens dom av den 9 november 1983 i mål 322/81, Michelin mot kommissionen, REG 1983, s. 3461, punkt 28; svensk specialutgåva, volym 7, s. 351).

40 Enligt punkt 28 i skälen i det omtvistade beslutet sammanfaller de tre marknaderna för varor och tjänster (se punkt 36 ovan) geografiskt med det italienska territoriet. Det framgår av såväl det omtvistade beslutet som av handlingarna i målet att AAMS har tillhandahållit de tjänster som föreskrivs i distributionsavtalet endast i Italien och att AAMS inte var närvarande vare sig såsom tillverkare eller distributör av cigaretter på marknader i andra medlemsstater. Vidare har AAMS inte bestritt att den, när det omtvistade beslutet fattades, var den enda aktören på den italienska marknaden för partihandel med cigaretter och att den sedan flera år tillbaka hade ett faktiskt monopol på denna marknad. Dessa omständigheter är i sig tillräckliga för att bekräfta kommissionens analys i

det omtvistade beslutet avseende definitionen av den geografiska marknaden och för att avfärda AAMS argument i detta avseende.

41 Vidare bekräftas den definition av den geografiska marknaden som gjordes i det omtvistade beslutet av ett visst antal andra icke bestridda omständigheter som framgår av detta beslut och av vilka denna marknads särskilda karaktär framgår. Dessa omständigheter är i synnerhet följande:

— Förekomsten i Italien av en lagstiftning i vilken samtliga delar i cigarettverksamheten, bland annat tillverkning, import, lagring, märkning, partihandel och detaljhandel, regleras,

— en märkbar skillnad gentemot övriga medlemsstater i fråga om detaljhandelspriset för cigaretter i Italien,

— avsaknaden av parallellimport av cigaretter till Italien,

— förekomsten av preferenser hos de italienska konsumenterna,

— en i Italien mycket hög andel cigaretter av AAMS varumärke, cigaretter som i praktiken inte finns i andra medlemsstater, och

— den högre andelen för Philip Morris cigarettmärken i Italien än i andra medlemsstater.

42 Det skall mot bakgrund av det ovan anförda konstateras att kommissionen med rätta kunde dra slutsatsen att de ifrågavarande marknaderna som definierades i det omtvistade beslutet motsvarar det italienska territoriet. Det skall dessutom understrykas att, såsom kommissionen har anfört, den omständigheten att den italienska lagstiftningen om märkning av tobak föreskrevs i ett gemenskapsdirektiv inte alls utgör något hinder för att beakta denna lagstiftning som en faktisk omständighet som är avgörande för definitionen av den väsentliga geografiska marknaden.

43 Av det ovan anförda följer att talan inte kan vinna bifall på den första delgrunden.

Den andra delgrunden: En påstått oriktig bedömning av AAMS dominerande ställning på den italienska marknaden för partihandel med cigaretter

Parternas argument

44 AAMS har anfört att kommissionen i det omtvistade beslutet har gjort sig skyldig till en oriktig bedömning i fråga om dess dominerande ställning på den väsentliga marknaden, eftersom kommissionen har överskattat de problem som är knutna till skapandet av ett alternativt distributionsnät. AAMS anser med hänvisning till domstolens dom av den 21 februari 1973 i mål 6/72, Europemballage och Continental Can mot kommissionen (REG 1973, s. 215; svensk specialutgåva, volym 2, s. 89), att kommissionen inte kunde komma till slutsatsen att AAMS hade en dominerande ställning på den italienska marknaden för partihandel med

cigaretter på grundval av konstaterandet att alla utländska företag hade fortsatt att använda sig av AAMS distributionsnät efter liberaliseringen av denna marknad år 1975. Dessa företag hade nämligen möjlighet att antingen upprätta ett eget distributionsnät eller använda sig av andra företag som är verksamma i distributionssektorn för liknande punktskattepliktiga varor. AAMS har påpekat att det finns åtskilliga godkända "skatteupplag" över hela Italien som kan användas för distribution av tobaksvaror genom enbart en utvidgning av licensen för förvaltningen av skatteupplagen.

45 AAMS anser att kommissionens argument att skatteupplagsinnehavarna inte utgör ett godtagbart alternativ inom området för partihandel med cigaretter inte kan godtas. För det första är nämligen kostnaderna för att anpassa lokalerna försumbara. För det andra, vad gäller förhållandet till kunderna, svarar AAMS inte för transporten av varor till olika tobaksåterförsäljare, utan dessa gör själva sina inköp hos AAMS försäljningsställen. Anlitandet av andra grossister skulle således inte förorsaka ett ändrat beteende och nya kostnader för tobaksförsäljningsställena. Dessutom skulle varuupplagen för andra punktskattepliktiga varor integreras i ett tätare distributionsnät än det för AAMS varuupplag och partihandelslager. AAMS har slutligen påpekat att cigarettåterförsäljare även driver försäljningsställen med restaurangverksamhet och har band med distributörer av punktskattepliktiga alkoholdrycker. För det tredje motsvarar AAMS distribution av cigaretter för andra företag inte 7 utan 46 procent av den sammanlagda cigarettkonsumtionen i Italien.

46 AAMS har även påpekat att dess distributionsavtal inte innehåller någon exklusiv klausul som hindrar tillverkarna från att använda sig av en annan distributionskanal. Vidare har inget av klagandebolagen försökt att använda det alternativa distributionsnät som finns. AAMS har konstaterat, vilket JT International BV enbart har påstått i sitt yttrande, att det sistnämnda bolaget vid åtskilliga tillfällen har bedömt möjligheten att använda sig av ett alternativt distributionssystem, men att det inte har förklarat i vad dessa försök har bestått eller redogjort för skälen till att det drog slutsatsen att detta alternativ inte var ekonomiskt lönsamt.

47 AAMS har slutligen dragit slutsatsen att det omtvistade beslutet har till verkan att AAMS i sin egenskap av aktör på marknaden för tobakstillverkning åläggs omåttliga bördor som vida överstiger skyldigheten att inte skapa hinder för andra tillverkare.

48 Kommissionen har anfört att AAMS inte bestrider att den har 100 procent av den italienska partihandelsmarknaden för cigaretter och har av detta dragit slutsatsen att AAMS har ett faktiskt monopol på denna marknad. Kommissionen har påpekat att enligt domstolens dom av den 13 februari 1979 i mål 85/76, Hoffmann-La Roche mot kommissionen (REG 1979, s. 461, punkt 41; svensk specialutgåva, volym 4, s. 315), utgör mycket stora marknadsandelar i sig, utom i undantagsfall, bevis för att det föreligger en dominerande ställning. AAMS har inte åberopat någon omständighet av undantagskaraktär som kan rättfärdiga en annan ståndpunkt än den som domstolen otvetydigt har fastslagit. Kommissionen har tillagt att det när det omtvistade beslutet fattades inte fanns potentiella konkurrenter på den italienska partihandelsmarknaden för cigaretter och att AAMS från ett ekonomiskt perspektiv framstod som en "obligatorisk partner" på denna marknad.

49 Kommissionen och intervenienterna har anfört att AAMS argument att importörer i Italien antingen kan använda sig av ett alternativt distributionsnät bestående i skatteupplag som föreskrivs för andra varor som, i likhet med tobak, är punktskattepliktiga, eller skapa sina egna distributionsnät, saknar grund av de skäl som det redogjorts för bland annat i det omtvistade beslutet. Kommissionen har påpekat att före den 1 januari 1993 hade utländska cigarettillverkare inte möjlighet att använda andra distributionsnät mot bakgrund av att den nationella förordningen nr 513/92 av den 31 december 1992 (omvandlad till lag nr 427 av den 29 oktober 1993), genom vilken rådets direktiv 92/12/EEG av den 25 februari 1992 om allmänna regler för punktskattepliktiga varor och om innehav, flyttning och övervakning av sådana varor (EGT L 76, s. 1; svensk specialutgåva, område 9, volym 2, s. 57) införlivades i italiensk rätt, trädde i kraft först detta datum. När det gäller möjligheten att använda sig av skatteupplag efter detta datum eller att skapa egna distributionsnät, var en sådan lösning inte praktiskt genomförbar, eftersom potentiella konkurrenter skulle stöta på oöverstigliga ekonomiska hinder. Kommissionen har avslutningsvis hävdat att AAMS endast har gjort gällande att det finns möjliga alternativa distributionsnät dock utan att konkret ha visat att distribution genom andra partihandelslager än dess egna inte medför en betydligt större ekonomisk börda för tillverkarna.

50 JT International BV har hävdat att det inte finns något realistiskt alternativ för partihandel med cigaretter i Italien och att AAMS är medveten om denna omständighet. JT International BV har i detta hänseende anfört att när AAMS i slutet av år 1997 ställdes inför önskemål från ett flertal utländska tillverkare om ändring av distributionsavtalen för att göra dem förenliga med gemenskapens konkurrensrätt och få slut på den mest uppenbara diskrimineringen, svarade AAMS dessa tillverkare att dessa avtal inte var förhandlingsbara och tillade att om de inte sändes tillbaka vederbörligt undertecknade inom några dagar skulle AAMS avbryta distributionen av deras cigaretter. Begreppet dominerande ställning såsom det har definierats i fast rättspraxis är möjligheten för ett företag att agera oberoende av sina leverantörer, konsumenterna eller konkurrenterna under en avsevärd tid (domen i det ovannämnda målet United Brands mot kommissionen och i det ovannämnda målet Michelin mot kommissionen). Genom AAMS agerande i förhållande till andra cigarettillverkare avslöjas dess möjlighet att helt strunta i önskemål från sina medkontrahenter, och det ostraffat.

Förstainstansrättens bedömning

51 Det framgår av fast rättspraxis att särskilt stora marknadsandelar i sig, utom i undantagsfall, utgör bevis för att det föreligger en dominerande ställning. Ett företag som har särskilt stora marknadsandelar under en längre tidsperiod befinner sig genom omfattningen av sin tillverkning och sitt utbud i en maktposition som gör det dominerande företaget till en oundgänglig handelspartner och som redan av denna anledning, åtminstone under relativt långa tidsperioder, ger företaget i fråga en för den dominerande ställningen karaktäristisk handlingsfrihet. Innehavarna av betydligt mindre andelar kan inte snabbt uppfylla en efterfrågan från dem som inte längre vill använda sig av företaget med den avsevärt större andelen (domen i det ovannämnda målet Hoffmann-La Roche mot kommissionen, punkt 41). Vidare är en dominerande ställning en situation där ett företag har sådan ekonomisk makt att det har möjlighet att förhindra en effektiv konkurrens på den relevanta marknaden, genom att detta företag i betydande omfattning kan agera oberoende i förhållande till konkurrenter, kunder och, i sista hand, konsumenter (domen i det ovannämnda målet United Brands mot kommissionen, punkt 65).

52 I förevarande fall har AAMS inte bestritt att dess andel på den italienska partihandelsmarknaden för cigaretter var 100 procent och att den har behållit denna andel intakt trots den rättsliga möjligheten för utländska företag att antingen skapa sitt eget distributionsnät eller anförtro partihandeln med deras cigaretter åt aktörer som har skatteupplag. AAMS argument att utländska företags skapande av egna distributionsnät var motiverat ur ett ekonomiskt perspektiv kan vidare inte godtas. Det måste anses att de ekonomiska svårigheterna som de utländska företagen — med undantag av Philip Morris, vars sammanlagda andel på den italienska cigarettmarknaden understiger 10 procent — skulle ha stött på vid skapandet av ett oberoende distributionsnät och AAMS möjlighet att inte godta dessa företags önskemål om ändring av distibutionsavtalet är omständigheter som med rätta kan beaktas för att konstatera att det föreligger en dominerande ställning. Dessutom har AAMS vid förhandlingen i målet inte förnekat den faktiska skyldigheten för försäljningsställena att under alla förhållanden göra sina inköp från AAMS varuupplags försäljningsavdelningar.

53 Av detta följer att kommissionen inte har gjort sig skyldig till en uppenbart oriktig bedömning genom att fastställa att AAMS har en dominerande ställning på den italienska partihandelsmarknaden för cigaretter.

54 Talan kan följaktligen inte vinna bifall på den andra delgrunden.

Den tredje delgrunden: En påstått oriktig bedömning av den begränsande verkan av vissa klausuler i distributionsavtalet

55 AAMS har hävdat att det distributionsavtal som ingåtts med de utländska företagen inte innehåller några klausuler som innebär missbruk och den har bestritt riktigheten av artikel 2 i det omtvistade beslutet i dess helhet. AAMS har särskilt bestritt kommissionens argument avseende klausulen om maximikvantiteter för nya cigarettmärken som kan introduceras på marknaden, klausulen om

maximikvantiteter per månad för de cigaretter som släpps ut på marknaden och klausulen om ökning av de kvantiteter cigaretter som släpps ut på marknaden per månad (artikel 2 b, 2 c och 2 d i det omtvistade beslutet) samt argumenten avseende klausulen om kontroll av cigaretterna (artikel 2 f i det omtvistade beslutet). AAMS har emellertid inte framfört något särskilt argument avseende riktigheten av artikel 2 a och 2 e i det omtvistade beslutet.

Klausulerna om maximigränser för nya cigarettmärken, om maximikvantiteter per månad för de cigaretter som släpps ut på marknaden och om ökning av de kvantiteter cigaretter som släpps ut på marknaden per månad

— Parternas argument

56 AAMS har anfört att sedan liberaliseringen av marknaden år 1975 är AAMS närvarande på partihandelsmarknaden för tredje mans räkning inom gränserna för sina lagringsmöjligheter, vilka överstiger vad som är nödvändigt för distributionen av dess egna produkter. AAMS har påpekat att den inte har något intresse av att utveckla sitt aktuella distributionsnät. AAMS är inte heller skyldig att göra detta, eftersom den inte har ett rättsligt monopol som skulle tvinga den att garantera en viss kvalitet för en service som med lätthet kan utföras av andra aktörer. AAMS har tillagt att dess vägran att förhandla om särskilda klausuler med en viss tillverkare var motiverad av en önskan att garantera likabehandling för alla som använder dess distributionssystem, med beaktande av systemets begränsningar. Vidare skall dess verkliga förmåga att verka på marknaden på grundval av de strukturer som den förfogar över beaktas. Den maximala lagringsmöjligheten i dess varuupplag motsvarar 10 500 000 kilogram tobaksvaror, och det finns inget överskott i förhållande till kraven på en normal försörjning av marknaden enligt de regler som fastställs i distributionsavtalet.

57 AAMS har anfört att även om det medgavs att den förfogade över en viss överskottslagringskapacitet, skulle de begränsande klausuler som förekommer i distributionsavtalet vara proportionerliga i förhållande till kravet att undvika den allvarliga risken att inte kunna tillmötesgå efterfrågan från andra tillverkare.

58 AAMS anser att även om det i teorin är riktigt att en tillverkare skall vara fri att fastställa de kvantiteter av dess produkter som skall släppas ut på marknaden och att ett utländskt företag inte har något intresse av att i distributionssystemet föra ut cigarettkvantiteter som överstiger de som kan tas upp av marknaden, är AAMS emellertid inte tvungen att tillhandahålla en tjänst utan att beakta den risk som den skulle innebära för dess ekonomiska intressen eller att åt andra aktörer anförtro en ekonomisk bedömning och ett beslut som äventyrar dess legitima intressen. Enligt domen i det ovannämnda målet United Brands mot kommissionen kan nämligen den omständigheten att någon har en dominerande ställning inte beröva det berörda företaget rätten att skydda sina egna affärsintressen.

59 AAMS har tillagt att domstolen i sin dom av den 26 november 1998 i mål C-7/97, Bronner (REG 1998, s. I-7791) särskilt behandlade frågan om, och inom vilka gränser, en tillverkare är skyldig att ställa sitt eget distributionsnät till en konkurrerande tillverkares förfogande. De skäl som klagandena har anfört i förevarande fall och som har återgivits i det omtvistade beslutet, särskilt avseende svårigheten att använda en alternativ distributionskanal, på grundval av vilka de kräver att AAMS skall förpliktas att helt uppfylla de konkurrerande tillverkarnas önskemål, godtogs inte av domstolen i dess dom i det ovannämnda målet Bronner.

60 Det skall även beaktas att den sammanlagda efterfrågan på cigaretter är mycket stabil och att en ökning av efterfrågan på ett märke följaktligen endast kan ske om efterfrågan på andra märken minskar. Med hänsyn till förbudet enligt lag mot reklam för cigaretter kan vid prognoser om cigarettkonsumtionen troliga effekter av reklamkampanjer till förmån för en ifrågavarande produkt inte beaktas.

61 För övrigt gör kommissionen en felaktig bedömning i sin argumentering beträffande säsongsvariationer i konsumtionen av vissa sorters cigaretter, eftersom det normala systemet för att förse varuupplagen med varor är tillräckligt anpassat till behovet att möta efterfrågeökningar. De utländska företagen kan således ha en anledning att begära ökningar av cigarettkvantiteterna endast under mycket speciella omständigheter. Genom distributionsavtalet säkerställs följaktligen i tillräcklig mån intresset för dessa företag att i AAMS distributionssystem inte stöta på några oberättigade hinder för saluföringen av sina produkter. De ifrågasatta klausulerna är nödvändiga när det gäller att uppfylla AAMS väsentliga krav, inte i dess egenskap av cigarettillverkare och konkurrent till utländska företag, utan såsom en del i en distributionstjänst.

62 När det närmare gäller klausulen om ökning av de kvantiteter cigaretter som släpps ut på marknaden per månad (artikel 2 d i det omtvistade beslutet och punkten 20 ovan), har AAMS anfört att den gräns på 30 procent som föreskrivs i artikel 2.5 i distributionsavtalet motsvarar ett absolut krav på överensstämmelse med lagringskapaciteten. AAMS har anfört att den måste beakta omständigheten att den skulle kunna ställas inför ett flertal önskemål utan att kunna garantera likabehandling av dessa. Dessutom förhandlas ökningar i enlighet med denna klausul med tillverkarna och kriterierna för ökningarna fastställs på ett objektivt och omdömesgillt sätt. I förevarande fall har AAMS tillämpat denna klausul på ett riktigt sätt, eftersom det endast har varit möjligt att lägga AAMS några fall av oberättigad vägran till last.

63 AAMS har anfört att betalningen av en tilläggsavgift vid ökning av de cigarettkvantiteter som släpps ut på marknaden, vilken också föreskrivs i artikel 2.5 i distributionsavtalet, syftar till att undvika dels att behöva betala belopp i förskott under en lång period, dels vissa negativa ekonomiska konsekvenser som följer av den omständigheten att cigaretter som inte har beställts av ett försäljningsställe stannar kvar för länge i varuupplagen. Denna avgift täcker till exempel utgifter för järnvägsstransport från den italienska gränsen till varuupplaget, för lossning av vagnar och för magasinering och förvaltning av lager. De omständigheter som kommissionen nämner i punkt 42 i skälen i det omtvistade beslutet och som syftar till att visa att AAMS i allmänhet

inte löper någon ekonomisk risk på grund av betalning av kvantiteter utländska cigaretter som överstiger marknadens krav är inte relevanta, eftersom de inte avser produkter vars lagringstid överstiger den normala. AAMS har slutligen ifrågasatt det omtvistade beslutet till den del kommissionen i punkt 43 i skälen i detta beslut förkastar riktigheten av det schablonmässiga fastställandet av de ovannämnda kostnaderna. Detta sätt att fastställa dessa kostnader motsvarar tvärtom ett exakt och helt lagligt intresse för AAMS att undvika ytterligare avdrag och bestridanden från utländska företag när det gäller storleken på de kostnader som de skall ersätta AAMS för.

64 När det närmare gäller klausulen om en begränsning av introduktionen av nya cigarettmärken på marknaden (artikel 2 b i det omtvistade beslutet och punkt 17 ovan) finns det ett allvarligt fel i det omtvistade beslutet, eftersom kommissionen i detta inte har beaktat den omständigheten att lager av nya märken utgör extra lager, i den meningen att de läggs till lagren av de märken som redan finns, vilka fastställs på grundval av den faktiska konsumtionen av de senare. Klausulen om begränsning av möjligheterna att introducera nya cigarettmärken på marknaden är således nödvändig för att säkerställa iakttagandet av lagringsmöjligheterna av skäl som helt överensstämmer med dem som det har redogjorts för i föregående punkt och utgör inte något hinder för en effektiv introduktion av ett nytt märke på marknaden.

65 Kommissionen och intervenienterna har inledningsvis bestritt riktigheten av AAMS argument att dess vägran att förhandla om särskilda klausuler med någon tillverkare är berättigad av behovet av att säkerställa likabehandling av dessa tillverkare. De har påpekat att det inte alls anges i beslutet att AAMS skall förhandla om klausulerna i distributionsavtalet med varje företag. Kommissionen lägger i det omtvistade beslutet AAMS till last att den har påtvingat utländska tillverkare distributionsavtal med klausuler som innebär missbruk och att AAMS inte lämnar dessa tillverkare något annat val än att antingen godta dessa avtal eller också avstå från AAMS tjänster för distribution av deras produkter i Italien. Kommissionen har också anfört att i Frankrike och Spanien — länder som har stora likheter med Italien när det gäller cigarettsektorn — förhandlar tillverkarna med distributörerna om klausulerna i distributionsavtalen.

66 Kommissionen har konstaterat att AAMS distribuerade 106,8 miljoner kilogram tobaksvaror år 1985 och 90,5 miljoner kilogram år 1997, det vill säga en minskning med 15 procent. Eftersom AAMS aldrig har hävdat att den har minskat sin distributionskapacitet, kan det anses att denna kapacitet har förblivit oförändrad och med 15 procent överstiger det verkliga distributionsbehovet. Kommissionen och intervenienterna har anfört att AAMS endast har betraktat det helt orealistiska fallet att åtskilliga utländska tillverkare av AAMS skulle kunna begära att få — samtidigt och trots de verkliga tendenserna på den italienska marknaden — "föra in ytterligare kvantiteter i distributionsnätet". En sådan ökning av cigarettvolymen, som visserligen är osannolik, skulle vidare lätt kunna tas upp av AAMS distributionsnät.

67 När det gäller tillämpningen av domen i det ovannämnda målet Bronner på förevarande fall, anser kommissionen att det finns en motsägelse i AAMS försvar. AAMS har alltid hävdat att den är distributör och inte tillverkare av cigaretter. Eftersom, vilket även AAMS anser, det resonemang som utvecklades i denna dom gäller förhållanden mellan konkurrerande tillverkare och inte mellan distributörer och tillverkare, strider AAMS argumentation mot påståendet att denna lösning är tillämplig i förevarande fall.

68 Under alla förhållanden kan domen i det ovannämnda målet Bronner inte tolkas utanför sitt eget sammanhang. I det målet berodde det ifrågavarande missbruket på att ett företag i dominerande ställning på marknaden för utgivning av dagstidningar nekade sina konkurrenter tillträde till marknaden för distribution av dagstidningar. AAMS nekar däremot inte tillträde till marknaden i fråga utan villkorar detta tillträde med att utländska företag skall godta klausuler som innebär missbruk i detta distributionsavtal.

69 När det gäller klausulen om ökning av de kvantiteter cigaretter som släpps ut på marknaden per månad och i synnerhet skyldigheten att erhålla samtycke från AAMS före varje ny saluföring av produkter, har kommissionen anfört att även om det är riktigt att innehavet av en dominerande ställning på marknaden inte kan beröva berörda företag rätten att skydda sina egna affärsintressen, skall man inte glömma att en distributör har allt att vinna på att följa anvisningar från sin

leverantör om målet för den senare är att försörja marknaden i tillräcklig mån. I förevarande fall har de utländska cigarettillverkarna inget intresse av att i distributionskedjan introducera cigarettkvantiteter överstigande dem som marknaden verkligen kan ta upp. AAMS påstående att det finns betydande felmarginaler i företagens bedömningar, eftersom, för det första, den totala efterfrågan på cigaretter har stabiliserats och, för det andra, det i den italienska lagstiftningen finns ett förbud mot reklam för cigaretter, skall inte godtas. Kommissionen har i detta hänseende anfört att AAMS förfogar över ett överdimensionerat distributionsnät, som gör det möjligt för AAMS att möta eventuella önskemål om ökningar av cigarettkvantiteter att distribuera. Under alla förhållanden skulle tillverkarna av andra märken vid ökningar av efterfrågan på ett visst cigarettmärke se sig nödsakade att av ekonomiska skäl minska de cigarettkvantiteter av deras märken som släpps ut på marknaden för att undvika varje risk för överskottslager i AAMS partihandelslager.

70 När det gäller begränsningarna av möjligheten för ett utländskt företag att öka de kvantiteter cigaretter som släpps ut på marknaden och särskilt det tak på 30 procent av den "tillåtna månatliga beställningen" som föreskrivs i distributionsavtalet, har kommissionen anfört att det är tillämpligt endast på importerade cigaretter och innebär att dessa cigaretter hamnar i ett mindre fördelaktigt läge än cigaretter som har tillverkats i Italien. Denna nackdel drabbar framför allt cigarettmärken av vilka försäljningen är mycket säsongsbetonad. Inte heller godkänns ökningen på 30 procent genomgående av AAMS, som förfogar över ett utrymme för skönsmässig bedömning och följaktligen kan vägra att öka kvantiteterna distribuerade cigaretter. Kommissionen har påpekat att AAMS inte har beskrivit de risker som den har åberopat i fråga om dess egna ekonomiska intressen och i synnerhet inte bestritt att bestämmelserna i distributionsavtalet avseende ökningen av de kvantiteter cigaretter som släpps ut på marknaden per månad innebär en allvarlig kränkning av konkurrensfriheten för det utländska företaget och endast föranleds av viljan att hindra detta företag från att, i den mån som marknaden kräver det, öka de kvantiteter som säljs på den italienska marknaden. AAMS skulle, för att säkerställa likabehandling mellan alla aktörer, ha kunnat bedöma — fall för fall och konkret — den kvantitet cigaretter som hade kunnat introduceras i dess distributionsnät med beaktande av den verkliga situationen i dess partihandelslager när det gäller lagringskapacitet, snarare än att godtyckligt fastställa en maximikvantitet motsvarande 30 procent av försäljningen under föregående månad.

71 När det gäller klausulen om betalning av en kompensationsavgift vid extra introduktion av cigaretter har AAMS inte bevisat att det finns en verklig risk för en för lång lagringstid som medför ekonomiska skador och som motiverar denna avgift. Under alla förhållanden är en sådan risk i allmänhet utesluten, eftersom det måste antas att de företag som driver lagren agerar rationellt och följaktligen gör sina inköp hos varuupplag utifrån verklig efterfrågan från försäljningsställena. Dessutom är de utländska tillverkarna vid utgången av en viss frist skyldiga att på egen bekostnad återta alla lager av osålda cigaretter som förvaras i AAMS varuupplag. Det är således det utländska företaget som bär en eventuell ekonomisk risk. Slutligen har AAMS inte alls lämnat en uppskattning av omfattningen av dessa kostnader.

72 När det gäller klausulen om maximikvantiteter för nya cigarettmärken som introduceras på marknaden, har kommissionen anfört att denna bestämmelse inte är berättigad, eftersom AAMS distributionskapacitet är tillräcklig för att säkerställa distributionen av utländska cigaretter, och varje ökning av försäljningen av ett cigarettmärke för ett företag medför en motsvarande minskning av försäljningen av andra märken. Dessutom är klausulen diskriminerande, eftersom det inte finns någon maximikvantitet för Philip Morris cigaretter som tillverkats av AAMS.

— Förstainstansrättens bedömning

73 Det skall inledningsvis påpekas att AAMS endast har gjort generella invändningar mot kommissionens bedömning av de tre ovannämnda klausulerna, med undantag av argumenten avseende den betalning av tilläggsavgift som föreskrivs i artikel 2.5 i distributionsavtalet.

74 Det skall under dessa förhållanden prövas om sökanden har styrkt att kommissionen gjorde sig skyldig till uppenbart oriktiga bedömningar när den

ansåg att införandet av de tre ifrågavarande klausulerna i detta avtal utgjorde missbruk av en dominerande ställning.

75 För det första är AAMS argumentation i fråga om dess vägran att förhandla om särskilda klausuler med de olika utländska företagen inte relevant. Kommissionen har i det omtvistade beslutet inte gjort någon invändning mot användningen av ett standardiserat distributionsavtal. Den har endast kritiserat den omständigheten att AAMS i detta avtal har infört sex särskilda klausuler som har räknats upp i artikel 2 i det omtvistade beslutet.

76 När det för det andra gäller AAMS argument avseende tillämpningen i förevarande fall av domstolens resonemang i domen i det ovannämnda målet Bronner, kan det konstateras att denna dom inte är relevant i förevarande fall. Kommissionen har inte lagt AAMS till last att AAMS har nekat vissa utländska företag tillträde till dess distributionsnät utan att AAMS har villkorat detta tillträde med att dessa företag skall godta klausuler som innebär missbruk i distributionsavtalet.

77 AAMS argument avseende dess lagrings- och distributionskapacitet kan inte heller godtas. För det första skall det konstateras att AAMS inte någonstans i sina skrivelser har nämnt att den har stött på konkreta svårigheter i detta avseende. Det kan vidare konstateras att AAMS inte har bestritt att den distribuerade 102 miljoner kilogram cigaretter år 1983, att 90 miljoner kilogram cigaretter såldes lagligt år 1995 i Italien och att AAMS inte minskade sin lagringskapacitet under tiden. Det skall slutligen konstateras att AAMS inte innan förevarande talan väcktes hade tillhandahållit några sifferuppgifter om sin verkliga lagringskapacitet eller konkreta exempel på lagringssvårigheter. Det framgår nämligen klart av de handlingar som getts in till förstainstansrätten att AAMS inte utnyttjade möjligheten att lägga fram någon bevisning i detta avseende under det administrativa förfarandet. I sitt yttrande av den 19 maj 1997 över meddelandet

om anmärkningar gjorde AAMS således gällande att bestämmelsen om maximikvantiteter för nya cigarettmärken som introduceras på marknaden var nödvändig av skäl hänförliga till lagringskapaciteten. AAMS påpekade att utländska företag introducerade 150 nya märken år 1997, vilket innebar en ökning med 750 000 kilogram cigaretter, som distribuerades genom dess nätverk. AAMS hänvisade dessutom vid förhandlingen inför förhörsombudet till tre konkreta fall i vilka den vägrade att tillåta en ökning av de maximikvantiteter för cigaretter som släpps ut på marknaden per månad (nämligen fallen med cigarettmärkena Lucky Strike, Amadis och Lord Extra). AAMS har gjort gällande att den inte gav tillstånd till ökningen av maximikvantiteten, eftersom dessa cigarettmärken inte motsvarade efterfrågan på marknaden och att lager, trots denna vägran, har förblivit osålda i partihandelslagren. AAMS gjorde emellertid inte gällande några problem i fråga om lagringskapacitet på detta stadium. AAMS argument i fråga om sin lagringskapacitet kan, sedan denna talan väckts, inte godtas av förstainstansrätten som bevis för en uppenbart oriktig bedömning från kommissionens sida när den fattade det omtvistade beslutet.

78 Vad gäller den i artikel 2.5 i standarddistributionsavtalet föreskrivna skyldigheten att betala en tilläggsavgift vid ökning av de cigarettkvantiteter som släpps ut på marknaden, har AAMS gjort gällande att denna skyldighet svarar mot behovet av att undvika vissa ekonomiska risker. Det är på detta stadium tillräckligt att konstatera att AAMS har nöjt sig med att upprepa de argument som den gjorde gällande i det administrativa förfarandet utan att lägga fram minsta bevis för att kommissionen gjorde sig skyldig till en uppenbart oriktig bedömning när den fattade det omtvistade beslutet.

79 Även om det är riktigt att ett företags innehav av en dominerande ställning på en viss marknad inte fråntar företaget rätten att skydda sina egna kommersiella intressen när dessa angrips och det är nödvändigt att i rimlig mån medge detta företag rätt att agera så som det anser lämpligt för att skydda sina intressen, har AAMS under alla förhållanden inte i rättsligt hänseende tillfredsställande bevisat att samtliga ovannämnda klausuler var nödvändiga för att skydda dess kommersiella intressen och för att undvika risken för överbelastning av dess distributionsnät och den ekonomiska risken av en för lång lagringstid i dess varuupplag för cigaretter som inte beställts av försäljningsställena.

80 Mot bakgrund av samtliga dessa omständigheter skall det konstateras att kommissionen med rätta kunde dra slutsatsen att den omständigheten att AAMS i sitt distributionsavtal påtvingade företagen de ifrågavarande klausulerna utgör missbruk av en dominerande ställning i den mening som avses i artikel 86 i fördraget.

Klausulen om kontroll av cigaretterna

— Parternas argument

81 AAMS har gjort gällande att den har rätt och skyldighet att företa de kontroller som föreskrivs i artikel 5 i distributionsavtalet av de produkter som den saluför, eftersom den ansvarar helt för att dessa produkter överensstämmer med den tillämpliga nationella lagstiftningen. AAMS har särskilt gjort gällande att enligt artikel 37 femte stycket i lag nr 142 av den 19 februari 1992 gäller att "den som för ut i handeln eller under alla omständigheter saluför cigaretter med en tjärhalt som är högre än den som föreskrivs i denna artikel döms till böter om högst 100 000 000 och till fängelse i högst 2 år". AAMS har också påpekat att kommissionen i det omtvistade beslutet hänvisade till en nationell lag, nämligen lag nr 224 av den 24 maj 1988, som AAMS inte alls hade åberopat som skäl för de ifrågavarande kontrollerna.

82 Kommissionen har hävdat att dessa kontroller har till effekt att på ett icke berättigat sätt försena lanseringen av nya utländska cigarettmärken på den italienska marknaden. AAMS argument, att den är skyldig att försäkra sig om att de bestämmelser som är tillämpliga på området iakttas, kan inte godtas, eftersom det åligger tillverkaren att säkerställa att en produkt överensstämmer med de bestämmelser som är i kraft i fråga om cigaretter. Denna klausul innebär vidare missbruk eftersom utländska tillverkare genom denna åläggs att betala ett årligt

schablonbelopp för varje förpackning av varje märke oavsett de kontroller som AAMS utför. Syftet med detta är egentligen att skapa ett ytterligare hinder för import av cigaretter.

— Förstainstansrättens bedömning

83 När det gäller AAMS påstådda ansvar för att cigaretter som den distribuerar skall överensstämma med den italienska lagstiftningen, skall det konstateras att det finns oenighet mellan AAMS och kommissionen i fråga om de relevanta italienska bestämmelserna i förevarande fall. Kommissionen har gjort gällande att lag nr 224 av den 24 maj 1988 om ansvar för produkter med säkerhetsbrister är tillämplig i förevarande fall. Det framgår klart av de bestämmelser i denna lag som kommissionen har redovisat (se punkt 29 ovan) att tillverkaren är ansvarig för den skada som orsakats av en säkerhetsbrist i dess produkt. Om tillverkaren av en produkt inte kan identifieras anses emellertid varje leverantör som tillverkare om de inte inom tre månader för den drabbade anger tillverkarens identitet eller identiteten på den som har tillhandahållit leverantören produkten. Det måste, med hänsyn till den mycket viktiga roll som AAMS spelar inom cigarettsektorn i Italien, anses som föga troligt att AAMS inte skulle kunna identifiera tillverkaren av bristfälliga cigaretter som distribueras genom dess nät för att undvika ansvar enligt lag nr 224 av den 24 maj 1988. När det gäller AAMS argument att den företog de kontroller som föreskrivs i artikel 5 i distributionsavtalet för att undvika överträdelser av den tillämpliga italienska lagstiftningen vad gäller cigaretter, särskilt artikel 37 femte stycket i lag nr 142 av den 19 februari 1992, och därigenom sanktionsåtgärder mot AAMS, skall det konstateras att i artikel 11 i distributionsavtalet åläggs de utländska företagen att tillhandahålla AAMS cigaretter som inte strider mot den gällande italienska lagstiftningen på området, att återta alla lager av cigaretter som inte är lagenliga och att ikläda sig allt ansvar för saluföringen av dessa produkter. Mot denna bakgrund skall det konstateras att dessa kontroller är oproportionerliga och överdrivna.

84 Av det ovan anförda följer att AAMS inte har lagt fram någon allvarligt menad bevisning som kan styrka att den analys som kommissionen har gjort av bestämmelsen i artikel 2 f i det omtvistade beslutet skulle vara grundad på en uppenbart oriktig bedömning.

85 Av detta följer att talan inte kan vinna bifall på den tredje delgrunden.

Den fjärde delgrunden: En påstått oriktig bedömning i fråga om ensidiga förfaranden som innebär missbruk

Parternas argument

86 När det gäller vägran att godkänna den ökning av de kvantiteter cigaretter som släpps ut på marknaden per månad som utländska företag begärt har AAMS påpekat att kommissionen endast har kunnat konstatera några fall av icke berättigad vägran under åren 1995 och 1996. AAMS har tillagt att kommissionen genom att grunda sin anmärkning på en icke berättigad vägran underförstått har medgett att det inte finns något fel med själva avtalsklausulen, i vilken föreskrivs en möjlighet till en sådan vägran. Felet skulle följaktligen endast vara en oriktig tillämpning av denna klausul, som under tio års tid har gett upphov till problem endast i några fall.

87 När det gäller AAMS agerande i förhållande till partihandelslagren och kommissionens argument i punkt 18 tredje stycket i skälen i det omtvistade beslutet att JT International BV vände sig till AAMS för att påpeka att flera varuupplag hade gjort upprepade nedskärningar i leveranserna av vissa cigarettmärken till partihandelslagren, är det omtvistade beslutet inte tillräckligt motiverat. Beslutet grundas nämligen endast på ett klagomål från JT International BV vars riktighet ännu inte har bevisats. Inte heller visar AAMS inspektörers agerande — enligt punkt 18 tredje stycket i skälen i det omtvistade beslutet i fråga om skrivelser som skickades till vissa partihandelslager, i vilka konstateras "lagermängder som var överdimensionerade i förhållande till efterfrågan på marknaden" och i vilka det lokala partihandelslagret gavs i uppgift att "genomföra en noggrann kontroll av alla leveransorder för att säkerställa bättre balans i lagerhållningen och en mer rationell förvaltning av [de

beviljade] varudepositionerna" — på någon olaglighet genom vilken utländska cigaretter missgynnas. Dessa skrivelser innehöll en upplysning om ett förfarande som syftade till att säkerställa tjänstens effektivitet och lagenlighet.

88 AAMS har bestritt kommissionens argument i punkt 19 i skälen i det omtvistade beslutet att AAMS utförde kontinuerlig kontroll av försäljningsställenas affärsverksamhet i syfte att gynna sin cigarettillverkning. AAMS har hävdat att den i sina relationer med försäljningsställena agerade i egenskap av myndighet. AAMS har påpekat att domstolen i dom av den 14 december 1995 i mål C-387/93, Banchero (REG 1995, s. I-4663), punkt 49, konstaterade att "AAMS verksamhet i fråga om detaljhandel, vilken i huvudsak består i att ge tillstånd till nya försäljningsställen för tobaksvaror och i att kontrollera deras antal och spridning i Italien, [framstår] som myndighetsutövning och inte som en rent ekonomisk verksamhet". AAMS anser att det följaktligen inte var möjligt att bedöma dess agerande i förhållande till försäljningsställena i ett förfarande enligt förordning nr 17 avseende dess verksamhet såsom företag. AAMS har tillagt att även om det är riktigt att artikel 86 i fördraget, jämförd med artikel 5 i EG-fördraget (nu artikel 10 EG), innebär att medlemsstaterna är skyldiga att inte vidta eller vidmakthålla åtgärder, inte ens i form av lag eller annan författning, som kan förta den ändamålsenliga verkan av konkurrensreglerna för företag (domstolens dom av den 18 juni 1998 i mål C-35/96, kommissionen mot Italien, REG 1998, s. I-3581, punkt 53) ligger behörigheten att fastställa sådana överträdelser på den nationella domstolen vid tillämpning av fördragets bestämmelser till förmån för enskilda eller på EG-domstolen vid en talan som väckts i enlighet med artiklarna 169 och 170 i EG-fördraget (nu artiklarna 226 EG och 227 EG).

89 Kommissionen har anfört att AAMS inte har bestritt att den har vägrat att godkänna att större kvantiteter cigaretter släpps ut på marknaden och att AAMS endast har understrukit att det är fråga om ett fåtal fall, utan att emellertid ange det minsta skäl för dessa fall av vägran.

90 När det gäller AAMS agerande i förhållande till partihandelslagren har AAMS inte bestritt att de omständigheter som nämns i telefaxet från JT International BV

(se bilaga 38 till klagomålet och bilaga C till ansökan) är riktiga. Vad gäller de exempel som nämns i punkt 18 tredje stycket i skälen i det omtvistade beslutet framgår det vid en bedömning av innehållet i de skrivelser som inspektörerna för sektorn översände (se bilagorna 17 och 18 i det klagomål som Rothmans inlämnade och bilaga C till ansökan) otvetydigt AAMS önskan att "kvotera" volymen utländska cigaretter. När det gäller AAMS agerande i förhållande till försäljningsställena (se punkt 19 i skälen i det omtvistade beslutet) bestod detta huvudsakligen i att med tillämpning av de kontrollbehörigheter som dess inspektörer tilldelats ha klandrat försäljningsställena för att ha beställt utländska cigaretter till kvantiteter jämförbara med den sammanlagda månatliga försäljningsvolymen för i praktiken hela sektorn eller i att fastställa en minimikvantitet av monopolvaror som alltid skulle finnas i lager. Kommissionen och intervenienterna har inte bestritt den behörighet att utöva tillsyn över dem som tilldelats koncession och över försäljningsställena som AAMS tillerkänts. Det ovannämnda agerandet syftade emellertid särskilt till att gynna AAMS cigaretter och till att begränsa försäljningen av importerade cigaretter. Under dessa förhållanden agerade AAMS inspektörer inte inom ramen för denna tillsynsbehörighet utan enbart i syfte att gynna just AAMS verksamhet, i dess egenskap av företag, till nackdel för dess konkurrenter. Den omständigheten att det ifrågavarande agerandet hade formen av en administrativ åtgärd påverkar således inte alls kommissionens slutsats att detta agerande hade till syfte att gynna AAMS såsom företag. Följaktligen var AAMS åtgärder jämförbara med ett sådant agerande från ett företags sida som kan prövas enligt artikel 85 i EG-fördraget (nu artikel 81 EG) och artikel 86 i fördraget, i enlighet med förfarandereglerna i förordning nr 17 (domstolens dom av den 20 mars 1985 i mål 41/83, Italien mot kommissionen, REG 1985, s. 873; svensk specialutgåva, volym 8, s. 131). Den konkurrensbegränsande verkan av ett sådant agerande var särskilt betydande och detta stred uppenbart mot principen om neutralitet i distributionssystemet.

91 JT International BV är förvånat över att AAMS har åberopat domen i det ovannämnda målet Banchero. I denna dom frågade domstolen den italienska regeringen särskilt huruvida bestämmelserna om distribution av cigaretter i Italien innefattade en bestämmelse som gynnade nationell tillverkning, och svaret var att "inköpsbesluten överlåtits till detaljisternas fria bedömning av efterfrågan på marknaden". I en förklaring till det italienska parlamentet i november 1995 medgav emellertid den tidigare verkställande direktören för AAMS att dess agerande gentemot försäljningsställena var rättsstridigt. Enligt JT International BV skulle domstolens dom ha blivit helt annorlunda om den hade fått riktiga uppgifter från de italienska myndigheterna.

Förstainstansrättens bedömning

92 Kommissionen har i det omtvistade beslutet gjort gällande att AAMS, genom att dra nytta av sin dominerande ställning på den italienska partihandelsmarknaden för cigaretter, i syfte att skydda och stärka sin ställning på den italienska cigarettmarknaden, på olika sätt har agerat på ett sätt som innebär missbruk.

93 För det första kan AAMS argumentation avseende vägran att godkänna ökning av de kvantiteter cigaretter som släpps ut på marknaden per månad inte godtas. AAMS har nämligen inte bestritt att den vid upprepade tillfällen, bland annat åren 1995 och 1996, vägrade att medge utländska företag ökningar av maximikvantiteterna för saluföring av cigaretter som de begärde med tillämpning av artikel 2.5 i distributionsavtalet. AAMS har endast försökt att bagatellisera betydelsen av denna icke berättigade vägran genom att göra gällande att kommissionen endast har kunnat konstatera några i tiden begränsade fall.

94 Inte heller när det för det andra gäller AAMS inspektörers agerande gentemot partihandelslagren och försäljningsställena kan AAMS argument godtas. Det skall konstateras att kommissionen i rättsligt hänseende tillfredsställande har bevisat att AAMS agerande hade till verkan att hindra utländska företag från att på den italienska marknaden släppa ut den cigarettvolym som de ansåg vara lämplig och därmed försvagade deras konkurrenssituation.

95 När det gäller AAMS inspektörers agerande i förhållande till partihandelslagren, har kommissionen i punkt 18 i skälen i det omtvistade beslutet angett åtta exempel som enligt kommissionen visar på en vilja hos AAMS att gynna nationella cigaretter och begränsa försäljningen av importerade cigaretter. Det skall konstateras att AAMS har gjort invändningar i fråga om relevansen av de omständigheter som angivits i de tre första exemplen i punkt 18 i skälen i det omtvistade beslutet, men att AAMS inte har bestritt omständigheterna i de fem

andra exemplen i samma punkt i skälen. Det framgår klart av dessa fem sista exempel att AAMS inspektörer vid upprepade tillfällen sände skrivelser till partihandelslagren och förelade dem bland annat att iaktta de försäljningskvoter som gällde för nationella cigaretter och för utländska cigaretter. I en av dessa skrivelser förekommer följande stycke: "Det är självklart att större försäljningskvoter för utländska märken bör bemötas med en proportionell ökning av försäljningen av de inhemska produkterna. Exceptionella försäljningssiffror för icke-inhemska produkter bör således kompenseras under den följande tvåmånadersperioden och så vidare..." (det fjärde exemplet i punkt 18 i skälen i det omtvistade beslutet). Det måste anses att AAMS inte tillfredsställande har visat att dess inspektörers agerande var berättigat i fråga om att säkerställa tjänstens effektivitet och lagenlighet eller att det föreskrevs i gällande lagstiftning eller i avtalsbestämmelser. Kommissionen har följaktligen tillfredsställande bevisat att AAMS inspektörers agerande utgjorde missbruk i den mening som avses i artikel 86 i fördraget. Det omtvistade beslutet är vidare i detta avseende tillräckligt motiverat i punkterna 48—50 i skälen.

96 Kommissionen konstaterade för övrigt i det omtvistade beslutet att AAMS inspektörer hade vidtagit åtgärder gentemot försäljningsställena som syftade till att gynna försäljningen av AAMS cigaretter och begränsa försäljningen av importerade cigaretter. Det ifrågavarande agerandet, som har beskrivits i punkt 19 i skälen i det omtvistade beslutet, bestod bland annat i att ange för försäljningsställena att det var nödvändigt att sälja en minimikvantitet av nationella cigaretter, vilket AAMS för övrigt inte har bestritt.

97 AAMS har emellertid gjort gällande att i sina relationer med försäljningsställena agerade AAMS såsom myndighet och att det inte var möjligt att pröva dessa relationer i ett förfarande enligt förordning nr 17. Förstainstansrätten har anmodat AAMS att ge mer detaljer om den lagstadgade behörighet som dess inspektörer utövade vid de fyra åtgärder som avses i punkt 19 i det omtvistade beslutet och förklara hur dessa inspektörers agerande omfattas av iakttagandet av syftena med den lagstiftning som är tillämplig i cigarettsektorn (se punkt 29 ovan).

98 AAMS har i sitt svar upprepat att dess inspektörer verkställde myndighetsutövning och förfogade över en lagstadgad behörighet att utöva tillsyn över distributörerna och försäljningsställena i cigarettsektorn i enlighet med artikel 2 i lag nr 1283/1957. AAMS har tillagt att dess inspektörer var skyldiga att, för att undvika bedrägeri i enlighet med den italienska lagen nr 1074/1958, kontrollera distributörernas och försäljningsställenas verksamhet med monopolvaror. AAMS har anfört att "onormala inköp från försäljningsställena kan vara en följd av eller ett symptom på fenomen såsom förbjuden reklam för produkterna eller olagliga försäljningar eller leveranser av produkter till tredje man". AAMS har gjort gällande att under alla förhållanden skulle agerandet i fråga, även om det inte överensstämde med syftet med de ifrågavarande bestämmelserna, endast kunna vara föremål för en fastställelse av behörighetsmissbruk.

99 Det skall konstateras att de åtgärder som avses i punkt 19 i skälen i det omtvistade beslutet vidtogs i syfte att gynna försäljningen av nationella cigaretter och att AAMS argument i fråga om behovet av att undvika bedrägeri och olaglig reklam är rent spekulativa och föga övertygande. Det skall följaktligen anses att AAMS inte har visat att kommissionen har gjort sig skyldig till ett uppenbart fel i sin bedömning av det ifrågavarande agerandet.

100 Under dessa förhållanden kan talan inte vinna bifall på den fjärde delgrunden.

Andrahandsyrkandet om nedsättning av det ålagda bötesbeloppet

Parternas argument

101 AAMS har hävdat att om förstainstansrätten godtar dess argumentation avseende den dominerande ställningen på den väsentliga marknaden, skall den ogiltig-

förklara det omtvistade beslutet i dess helhet, inklusive bestämmelsen om böter. Om förstainstansrätten endast godtar argumentationen avseende bestämmelserna i distributionsavtalet och de ensidiga förfarandena, skall den sätta ned bötesbeloppet. När det gäller överträdelsens varaktighet och i synnerhet AAMS påstådda vägran att godkänna en ökning av de kvantiteter importerade cigaretter som kan släppas ut på marknaden varje månad, hänvisas i det omtvistade beslutet endast till vissa händelser som ägde rum åren 1995 och 1996. Följaktligen skall överträdelsen anses vara av medellång och inte lång varaktighet, vilket har betydelse vid beräkningen av böterna (riktlinjer för beräkning av böter som döms ut enligt artikel 15.2 i förordning nr 17 och artikel 65.5 i EKSG-fördraget (EGT C 9, 1998, s. 3)). Dessutom har kommissionen endast påstått att de ifrågavarande distributionsavtalen fanns redan år 1985, utan att förklara varför och hur denna omständighet kan ha någon inverkan på överträdelsens allvar och varaktighet, när det inte är fråga om något agerande som särskilt syftar till att begränsa konkurrensen, och framför allt av vilken anledning kommissionen ensam kunde motivera det ådömda bötesbeloppet.

102 Kommissionen har avfärdat AAMS argument att de ensidiga förfarandena som innebar missbruk och som ifrågasatts i det omtvistade beslutet endast avser vissa omständigheter under åren 1995 och 1996 och upprepat att överträdelsen skall anses vara av lång varaktighet. Det är nämligen uppenbart att distributionsavtalen fanns redan vid slutet av år 1985, varför överträdelsen med rätta skall anses vara av lång varaktighet och bötesbeloppet följaktligen berättigat. Dessutom ingår AAMS överträdelser av artikel 86 i fördraget i ett system som särskilt syftar till att allvarligt och systematiskt hindra konkurrerande tillverkares tillträde till den italienska cigarettmarknaden och att begränsa deras möjligheter att expandera inom denna marknad. Kommissionen drar följaktligen slutsatsen att AAMS ifrågavarande agerande utgör en allvarlig överträdelse av artikel 86 i fördraget.

103 JT International BV anser mot bakgrund av varaktigheten och allvaret av den överträdelse som AAMS har gjort sig skyldig till och med hänsyn till att detta agerande som innebär missbruk har skett avsiktligt — trots domstolens klara rättspraxis i vilken skyldigheterna för ett företag med en dominerande ställning

fastställs och trots ett flertal försök från utländska företag att fästa AAMS uppmärksamhet på att dess agerande var rättsstridigt — att de av kommissionen ålagda böterna är för låga. JT International BV har därför anmodat förstainstansrätten att använda sig av sin obegränsade behörighet enligt artikel 172 i EG-fördraget (nu artikel 229 EG) och fastställa bötesbeloppet på en betydligt högre nivå än sex miljoner euro för att ge sanktionsåtgärden en lämpligt avskräckande verkan.

Förstainstansrättens bedömning

104 Mot bakgrund av sökandens argumentation i fråga om de omständigheter under vilka böterna skall ogiltigförklaras eller bötesbeloppet nedsättas, skall det inledningsvis konstateras att domstolen inte har bifallit AAMS förstahandsyrkande om ogiltigförklaring av det omtvistade beslutet, och bestämmelsen om böter i detta beslut skall därför inte ogiltigförklaras och inte heller skall beloppet för detta sättas ned.

105 Vidare kan AAMS inte med framgång åberopa omständigheten att det i det omtvistade beslutet endast hänvisades till vissa händelser som inträffade under åren 1995 och 1996 och att överträdelsen följaktligen skall anses vara av medellång och inte lång varaktighet. Även om det antas att kommissionen endast har kunnat konstatera några fall av vägran från AAMS sida att godkänna en ökning av maximikvantiteten för saluföring av importerade cigaretter under åren 1995 och 1996, skall dessa åtgärder inte betraktas en och en utan tillsammans, som om de utgör en serie av åtgärder från år 1990 till år 1996. Kommissionens bedömning av överträdelsens varaktighet är inte felaktig, eftersom det framgår av punkterna 16—19 i skälen i det omtvistade beslutet att de åtgärder som lagts AAMS till last i fråga om cigaretter i Italien sträcker sig över sju år, nämligen från år 1990 till år 1996. Under dessa omständigheter skall den slutsatsen dras att kommissionen tillfredsställande har visat att den överträdelse som lagts AAMS till last var av lång varaktighet.

106 Enligt artikel 37 fjärde stycket i EG-stadgan för domstolen får endast en av parternas yrkanden biträdas genom yrkanden i interventionsansökan. JT International BV har intervenerat i förevarande förfarande till stöd för kommissionens yrkanden. Det skall konstateras att dess begäran om en ökning av bötesbeloppet skall avvisas, eftersom kommissionen inte har yrkat en sådan ökning.

107 Av det ovan anförda framgår att AAMS och JT International BV:s yrkanden i fråga om giltigheten av och storleken på böterna skall ogillas respektive avvisas i sin helhet.

Rättegångskostnader

108 Enligt artikel 87.2 i rättegångsreglerna skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Kommissionen har yrkat att AAMS skall förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. AAMS har tappat målet och skall därför bära sina rättegångskostnader och ersätta kommissionens rättegångskostnader.

109 Vidare skall AAMS ersätta intervenienternas rättegångskostnader, eftersom detta har yrkats.

På dessa grunder beslutar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (femte avdelningen)

följande dom:

1) **Talan ogillas.**

2) **AAMS skall ersätta kommissionens och intervenienternas rättegångskostnader samt bära sina egna rättegångskostnader.**

Lindh García-Valdecasas Cooke

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 22 november 2001.

H. Jung

Justitiesekreterare

P. Lindh

Ordförande