# FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT G. FEDERICO MANCINI
fremsat den 17. marts 1987 *

*Høje Domstol.*

1. Ved to sager, anlagt i juni 1984, har British American Tobacco Company Ltd (herefter benævnt »BAT«) og Reynolds Industries Incorporated (herefter benævnt »Reynolds«) nedlagt påstand om annullation af en beslutning truffet den 22. marts 1984 af Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber. Denne beslutning indebar et afslag på klager, der var indgivet af sagsøgerne i henhold til artikel 3, stk. 2, i forordning nr. 17 af 6. februar 1962 (EFT 1959-1962, s. 81) i anledning af aftaler indgået mellem Philip Morris Incorporated (herefter benævnt »Philip Morris«) og Rembrandt Group Ltd (herefter benævnt »Rembrandt«). Kommissionen var nemlig af den opfattelse, at disse aftaler ikke stred mod EØF-Traktatens artikler 85 og 86.

Sagens baggrund er Fællesskabets cigaretmarked, hvor disse virksomheder driver handel under oligopolistiske forhold. De faktiske omstændigheder skriver sig tilbage til april 1981. Efter at have afslået tilbud fra BAT og Reynolds, solgte Rembrandt til Philip Morris for en pris af 350 mio USD halvdelen af aktiekapitalen i et af Rembrandt's selskaber, Rothmans Tobacco (Holding) Ltd (herefter benævnt »Tobacco Holding«), der på sin side havde majoriteten i Rothmans International (herefter benævnt »Rothmans«). Det var også i kontrakten bestemt, at det sidstnævnte selskab — der er markedsførende inden for en væsentlig del af Europa — skulle ledes i fællesskab.

Men parternes tilfredshed med den indgåede aftale skulle blive af kort varighed. Den 4. maj 1981 indgav Reynolds en klage over aftalen til Generaldirektoratet for Konkurrence: idet Philip Morris som et resultat af aktieandelen på 50% i Tobacco Holding — anførtes det af Reynolds — var i stand til at udøve en dominerende indflydelse på Rothmans, der er dette selskabs direkte og stærke konkurrent. Reynolds mente derfor, at artikel 85, stk. 1, vedrørende aftaler, vedtagelser og samordnet praksis og artikel 86 vedrørende misbrug af en dominerende stilling var blevet tilsidesat.

Dette var baggrunden, og den blev nogle måneder senere fulgt op af BAT's parallelle klage (20. januar 1982) »l'affaire des cigarettes«. Kommissionen optrådte beslutsomt i sagen, idet den den 19. maj tilsendte Rembrandt og Philip Morris — der havde givet meddelelse om aftalen i håb om at få en fritagelse som hjemlet ved artikel 85, stk. 3, — en formel meddelelse af klagepunkter, hvori den bebrejdede selskaberne, at de ikke havde overholdt de forbud, der er hjemlet ved Traktaten. De to selskaber udfærdigede, hvad der skulle være et forsvar herimod, men indså snart, at dersom de ikke ønskede en afgørelse, der gik dem imod, måtte de foretage vidtrækkende ændringer i den måde, deres samarbejde fandt sted på.

Herefter fulgte indviklede forhandlinger, der blev afsluttet i 1983. Philip Morris påtog sig, omend nødtvungent, at tilbageoverdrage sine aktier i Tobacco Holding og i stedet

* Oversat fra italiensk.

blive direkte aktionær i Rothmans, men med en aktiepost, hvortil var knyttet 24,9% af stemmerne. Rembrandt, der igen var blevet eneejer af holding-selskabet, fik på ny kontrol med Rothmans uhindret af nogen indflydelse fra Philip Morris' side. De tidligere bestemmelser om samarbejde blev fjernet, mens et antal vilkår, der allerede optrådte i 1981-aftalerne vedrørende overtagelse fra tredjemands side af kapitalen i Rothmans blev styrket. Parterne forpligtede sig endvidere over for Kommissionen til at konkurrere med hinanden og betids give meddelelse om enhver påtænkt foranstaltning, der kunne ændre *status quo*. Kort sagt, af den aftale, der var blevet indgået tre år tidligere, var kun prisen uændret tilbage.

Dette nye grundlag gav tilsyneladende Kommissionen mulighed for en effektiv overvågning; i hvert fald var det i overensstemmelse med fællesskabsreglerne. Kommissionen meddelte derfor den 16. december 1983 BAT og Reynolds de væsentligste omstændigheder i forbindelse med de nye aftaler og grundene for, at den mente at måtte forkaste deres klager, idet den gav dem en frist til at fremsætte deres bemærkninger, jfr. artikel 6 i forordning nr. 99 af 25. juli 1963 (EFT 1963-1964, s. 42).

De to virksomheder svarede inden for fristens udløb. De anførte, at aftalen havde ændret form, men ikke indhold. Den burde derfor erklæres for retsstridig. Kommissionen lod sig dog ikke rokke, og den 22. marts 1984 — dvs. dagen efter underskrivelsen af den nye aftale mellem Rembrandt og Philip Morris — meddelte den BAT og Reynolds, at den havde forkastet deres klager. Dette gav stødet til de sagsanlæg, som Domstolen skal træffe afgørelse i.

2. Ved kendelser af 26. september og 28. november 1984 har Domstolen forenet de to sager (142/84, BAT, og 156/84, Reynolds), ligesom den har tilladt Philip Morris og Rembrandt at indtræde som intervenienter til støtte for Kommissionen.

Rembrandt har *straks* nedlagt påstand om afvisning, idet Rembrandt har henhold sig til Domstolens tidligere afgørelser vedrørende de subjektive og objektive betingelser for sådanne sagsanlæg. Rembrandt har især hævdet, at et firma, der har anmodet Kommissionen om at fastslå, at der foreligger en tilsidesættelse af konkurrencereglerne, ikke er »berettiget til at kræve, at Kommissionen træffer en endelig beslutning vedrørende den procedure, som [Kommissionen] har indledt som følge af den pågældendes klage« (dom af 18. oktober 1979 i sag 125/78, GEMA mod Kommissionen, Sml. s. 3173, præmis 18). Dette betyder ikke, at der ikke i henhold til Traktatens artikel 173, stk. 2, kan anlægges sag i anledning af skrivelsen med meddelelse om afslutningen af sagen, der blev fremsendt til sagsøgerne i henhold til artikel 6 i forordning nr. 99/63. Imidlertid gælder det, at for at sag kan anlægges, skal denne retsakt frembringe »bindende virkninger, som kan berøre sagsøgerens interesser gennem en væsentlig ændring af hans retsstilling« (dom afsagt den 11. november 1981 i sag 60/81, IBM mod Kommissionen, Sml. s. 2639, præmis 9).

Ganske vist, hedder det videre i Rembrandt's indlæg, er det ikke den eneste regel, som Domstolen har fastslået på området. I en sag vedrørende fritagelse har Domstolen kendt for ret, at af hensyn såvel til »retssikkerheden samt til en korrekt anven-

delse af artiklerne 85 og 86« skal klagere enten helt eller delvis »gives en klageadgang til beskyttelse af deres berettigede interesser« af den grund, at selv om de er tredjemænd for så vidt angår den omhandlede foranstaltning, opfylder de den betingelse, der er fastsat i sidste del af artikel 173, stk. 2 (dom af 25. oktober 1977 i sag 26/76, Metro mod Kommissionen, Sml. s. 1875, præmis 13). Visse hævder, har Rembrandt anført, at de to domme er modstridende. De principper, der er fastlagt ved dem, komplementerer hinanden: for at kunne anlægge sag i anledning af et klageafslag, skal klageren godtgøre, at akten berører ham »direkte og umiddelbart« (Metro-dommen) derved, at den skader hans konkrete interesser (IBM-dommen), selv om den ikke udgør en beslutning.

Imidlertid har BAT og Reynolds ikke bevist, at de har lidt nogen skade, hvorimod der er enighed om, at man med skrivelsen af 22. marts 1984 tilsigtede at bringe en afslutning på »l'affaire des cigarettes« ved at sanktionere retmæssigheden af en aftale, der alene angik Rembrandt og Philip Morris. Sagsøgerne har derfor ikke søgsmålsadgang, hvilket bekræftes af dommen af 10. juni 1982 i sag 246/81 (Lord Bethell mod Kommissionen, Sml. s. 2277), hvor der skete afvisning af en sag anlagt under omstændigheder, der på mange punkter minder om nærværende sag.

Førend der sker nogen undersøgelse af de således resumerede argumenter, er der grund til at forudskikke en bemærkning, der måske er en smule overrumplende, men velanbragt og — som englænderne siger det — »sobering«. Der er skrevet side op og side ned af Domstolen og juridiske forfattere om sager i henhold til Traktatens artikel 173, stk. 2. Det er imidlertid ikke lykkedes disse at formulere entydige, systematisk opstillede og umiddelbart forståelige regler. Den nødvendige klarhed foreligger derfor ikke med hensyn til et yderst delikat fællesskabsretligt problem, og nærværende sag giver et meget talende bevis for de vanskeligheder, der kan opstå i en sådan situation.

Bestemmelsen sondrer som bekendt mellem to klasser af personer, der har ret til at anlægge sag: personer, der er adressater for en foranstaltninger truffet af en fællesskabsinstitution, og personer, der — forudsat de ikke omfattes af denne kategori — skal bevise, at foranstaltningen er af en sådan art, at den »direkte og umiddelbart« berører dem. BAT og Reynolds — hvis søgsmål vedrører en »beslutning i form af en skrivelse«, hvorunder Kommissionen meddelte dem, at den forkastede deres respektive klager — henhører utvivlsomt under den første klasse. Imidlertid er den indvending blevet gjort gældende, at skrivelsen konstaterer eller bringer den kendsgerning til udtryk, at de nye aftaler mellem Rembrandt og Philip Morris anses som retmæssige, og at skrivelsen under dette synspunkt ikke berører sagsøgerne direkte. Hermed bevæger vi os fra den første kategori til den anden, der reguleres af mere indviklede og i hvert fald forskellige principper.

Hvilken kategori skal vælges? Efter min opfattelse er det umuligt at løse dette dilemma, så længe man fortsat udleder bindende regler af Domstolens praksis. Tværtimod må sagsøgernes præcise stilling afgøres under hensyn til den anfægtede foranstaltning og de regler, som den hviler på. Formålet med disse regler og særligt med Traktatens artikler 85 og 86 er velkendt: de er udformet for at sikre, at handelen afvikles på en loyal måde i fællesmarkedet mellem virksomheder og brugerne. I den sammenhæng be-

myndiger den første gennemførelsesordning (nr. 17/62) »personer, som kan godtgøre en berettiget interesse« (men det skal dog bemærkes, at den berørte interesse ikke kun omfatter klagerens i det omfang, hvor den tillige dækker den retlige beskyttelsesinteresse) til at anmode Kommissionen om at fastslå, hvorvidt der foreligger en overtrædelse af antitrust-bestemmelserne og således sikre, at det formål, som jeg har omtalt, bliver virkeliggjort.

For udøvelsen af denne pligt er det imidlertid nødvendigt: a) at Kommissionen har et vist skøn med hensyn til det tekniske spørgsmål, om der er grundlag for at indlede en undersøgelse, samt hvorvidt betingelserne for at pålægge forbudene som hjemlet ved Traktaten er opfyldt; b) at Kommissionen udøver dette skøn retmæssigt, dvs. i overensstemmelse med formålene bag dem og reglerne, der regulerer dem. Heraf følger, at de enkelte borgere skal have retsmidler til deres rådighed — nærmere bestemt søgsmålsadgang — hvorunder Domstolen skal afgøre, hvorvidt den kontrollerende myndighed, som de har rettet henvendelse til, har vurderet den situation, som dens opmærksomhed er blevet henledt på, i lyset af de formål og i overensstemmelse med de kriterier, der er fastsat i de relevante retsregler.

Det forekommer mig derfor, at retsstillingen for en person, der anfægter et klageafslag, ikke er forskellig fra retsstillingen for en person, der anlægger sag vedrørende en negativattest eller en fritagelse, med andre ord til efterprøvelse af foranstaltninger, der, skønt de formelt ikke vedkommer ham, men — og dette er det afgørende — ikke desto mindre går ud på at forkaste hans anmodning. Det skal imidlertid bemærkes, at Domstolen i det første tilfælde har begrænset sig til at tale om »søgsmålsret« eller »søgsmålsinteresse« [således eksempelvis dom af 4. oktober 1983 i sag 191/82 (Fediol mod Kommissionen, Sml. s. 2913, præmisserne 28-31), og, mindre explicit, dom af 11. oktober 1983 i sag 210/81 (Demo-Studio Schmidt mod Kommissionen, Sml. s. 3045, præmis 12), dom af 28. marts 1985 i sag 298/83 (CICCE mod Kommissionen, Sml. s. 1105, præmis 18)]. I det andet tilfælde har Domstolen derimod altid lagt vægt på, om den anfægtede foranstaltning berørte klageren direkte og umiddelbart [jfr. dom af 28. januar 1986 i sag 169/84 (Cofaz m. fl. mod Kommissionen, Sml. s. 391, præmis 22 ff.), og dom af 22. oktober 1986 i sag 75/84 (Metro mod Kommissionen, Sml. s. 3021, præmis 19 ff.)].

Lægges disse afgørelser til grund i nærværende sag, kan man kun nå til det resultat, at sagsøgerne gennem selve det forhold, at de har indgivet en klage i henhold til artikel 3, stk. 2, litra b), i forordning nr. 17/62, tillige er berettiget til at anlægge sag til efterprøvelse af afslaget herpå. På den anden side er det sådan, at dersom Rembrandt og Philip Morris havde fået negativattest eller en fritagelse, ville BAT og Reynolds trods det forhold, at de havde indgivet en tilsvarende klage, alene have haft ret til at anfægte disse foranstaltninger, såfremt de opfyldte de betingelser, der er fastlagt i sidste del af artikel 173, stk. 2. En sådan uoverensstemmelse er efter min opfattelse uden grundlag. Jeg kan ikke indse hvorfor en klage er tilstrækkelig til at give søgsmålsadgang vedrørende de af myndigheden trufne afslag, ligesom jeg ikke i den forbindelse kan se, at der skal lægges afgørende vægt på den mere eller mindre aktive rolle, som virksomheden har spillet under proceduren forud for sagsanlægget ved Domstolen (konf. dom af 20. marts 1985 i sag 264/82,

Timex mod Rådet og Kommissionen, Sml. s. 849, præmisserne 14 og 15).

Dertil kommer, at der mellem den situation, der kan foranledige en enkeltperson til at indgive en klage (berettiget forventning), og den situation, der medfører sagens henlæggelse (søgsmålsinteresse), ikke altid er det sammenfald, der er forudsat i den første Metro-dom. F. eks. klager van Dijk, en tobakshandler, til Kommissionen over en stigning i cigaretpriserne, som han henregner til monopolistiske dispositioner fra en række fabrikanters side. Uden at undersøge sagen når Kommissionen til det resultat, at stigningen skyldes indførelsen af nye skatter og nægter derfor at foreholde fabrikanterne, at deres adfærd er uforenelig med fællesskabsretten. Kan van Dijk anlægge sag imod et sådant svar? Svaret er nej, medmindre — men denne mulighed er praktisk taget udelukket — det lykkes ham at godtgøre under sagen, at hans vitale interesser er blevet tilsidesat derved, at der ikke er blevet gennemført en »antitrust-foranstaltning«.

Kort sagt gælder det, at der altid skal foreligge en søgsmålsinteresse. Dette betyder ikke — og det er på dette punkt, at Rembrandt tager fejl — at omstændighederne bag klageafslaget skal berøre sagsøgeren direkte og umiddelbart, idet den omstændighed, at der indgives en klage, altid i sig selv er tilstrækkeligt til at sikre, at beslutningen berører klageren. Til gengæld forudsætter en søgsmålsinteresse, at det skal godtgøres, at virkningerne af foranstaltningen medfører *mulige* indgreb (men ikke derfor en *konkret* virkning, således som IBM-dommen siger det) i den pågældendes retstilling. Med andre ord har den, der indgiver en klage i henhold til artikel 3, alene ret til at anlægge sag til efterprøvelse af et udtrykkeligt eller stiltiende afslag på klagen, dersom han gør gældende, at det med rimelighed må antages, at foranstaltningen vil medføre tab for ham.

Dette er lige præcist situationen i nærværende sag. Der er enighed om, at de nye aftaler mellem Rembrandt og Philip Morris i det mindste har en vis virkning på Fællesskabets cigaretmarked. På den anden side har BAT og Reynolds en vigtig stilling på dette marked. Endvidere er disse selskaber vigtige konkurrenter for Philip Morris og Rothmans, som Rembrandt indirekte kontrollerer. Disse omstændigheder foranlediger selskaberne til i deres klager at anføre, at Kommissionens accept af aftalerne har medført skade for dem. Dette er tilstrækkeligt til, at man må nå til det resultat, at sagerne må antages til realitetsbehandling.

3. Rembrandt's afvisningspåstand kan således ikke følges. Det må dog til dens ros siges, at den har sat et problem i relief, der ikke er blevet tilstrækkeligt undersøgt, og som er af betragtelig betydning for den afgørelse, der skal træffes i sagen: hvilke rettigheder har klagere, og hvilke forpligtelser påhviler der Kommissionen, når den afslår en klage?

Som bekendt var det fællesskabslovgivers hensigt med forordning nr. 17/62 a) at sikre, at »tredjemand, hvis interesser kan blive berørt af en beslutning, [får] lejlighed til *på forhånd* at fremsætte sine bemærkninger«; b) at sikre »en omfattende offentliggørelse af de trufne beslutninger«; og c) at sikre, at »*alle* beslutninger, [som Kommissionen] træffer i henhold til denne forordning, er... underkastet Domstolens kontrol« (ellevte og tolvte betragtning, mine understregninger). I den senere forordning nr. 99/63 bekræftes og uddybes det første af

disse formål. I den femte betragtning til forordningen er det anført, at det er ønskeligt »at give [klagere] ... mulighed for at udtale sig, hvis Kommissionen er af den opfattelse, at de tilvejebragte oplysninger ikke giver grundlag for at tage begæringen til følge«; artikel 6 bestemmer, at Kommissionen under sådanne omstændigheder »underretter... ansøgerne om begrundelsen herfor [for opfattelsen] og fastsætter en frist, inden for hvilken de pågældende skriftligt kan fremsætte deres eventuelle bemærkninger«.

Ved den første fortolkning af denne bestemmelse (i ovennævnte dom i GEMA-sagen) nåede Domstolen til det resultat, at underretningen ifølge bestemmelsen alene går ud på at give en oplysning. Således gælder det om foranstaltningen, at »den indebærer, at sagen henlægges, uden at Kommissionen derfor er afskåret fra at genoptage den, såfremt den finder det hensigtsmæssigt, navnlig såfremt sagsøgeren inden for [fristen], der er indrømmet ham... fremkommer med nye oplysninger af retlig eller faktisk art. [Den] opfattelse, hvorefter den, der har fremsat en begæring i henhold til artikel 3, stk. 2, i forordning nr. 17/62, har krav på, at Kommissionen udsteder en [endelig] beslutning... om, hvorvidt den påståede overtrædelse foreligger, er derfor ikke korrekt« (præmis 17).

Lad det være sagt straks, at også denne udtalelse forvirrer mig. Som vi har set, tilsigtede Rådet at give berørte parter en mulighed for at fremsætte deres synspunkter, *før* Kommissionen afslutter undersøgelsen. Hensigten med underretningen i henhold til artikel 6 kan derfor ikke alene være at give klageren meddelelse om grundene til, at undersøgelsen er blevet indstillet, når der *allerede* er blevet truffet beslutning herom; tværtimod skal underretningen sætte klagerne i stand til at »fremsætte deres bemærkninger« vedrørende grundene til, at Kommissionen *agter* at forkaste klagen. Ellers ville det også være meningsløst at fastsætte en *tidsfrist* for deres svar. Tidsfrister pålægges, hvor det er nødvendigt for at nå et bestemt resultat hurtigt; og erfaringen viser, at genoptagelsen af en undersøgelse, der netop er blevet afsluttet, ikke eller kun sjældent kan være en hastesag.

Endvidere tjener pligten til at give underretning om grundene efter min opfattelse to interesser i en sag som den foreliggende: den sætter adressaten i stand til at undersøge, hvorvidt de forhold, som han har klaget over, er blevet korrekt vurderet, og den sætter Kommissionen i stand til at afgøre, hvorvidt »de tilvejebragte oplysninger« på grundlag af de bemærkninger, der er blevet fremsat over for den, er tilstrækkelige til at begrunde, at undersøgelsen indstilles. Dersom disse formål begrænses, således som det er tilfældet i GEMA-dommen, bliver artikel 6 i ikke ringe omfang berøvet sin virkning. Jeg skal endelig tilføje, at det synspunkt, som jeg har gjort mig til talsmand for, er i overensstemmelse med bestemmelserne i artikel 19, stk. 3, i forordning nr. 17/62, med hensyn til de andre tilfælde, hvor Kommissionen finder, at den ikke er forpligtet til at nedlægge de forbud, der er hjemlet ved artiklerne 85 og 86.

Vi kommer nu til den konkrete sag. I sin Ellevte Beretning om Konkurrencepolitikken (1981) har Kommissionen anført, at en sådan meddelelse »ikke [er] en beslutning i den forstand... der er omfattet af Traktaten, og der er således ingen søgsmålsret«. Ganske vist er klager tidligere blevet formelt forkastet — det var den fremgangsmåde, der blev fulgt i sagen Demo-Studio Schmidt — men disse tilfælde var af generel interesse, fordi de rejste nye retlige spørgsmål og ikke indebar, at Kommissionen anerkendte, at enkeltpersoner »har en ret til at forpligte Kommissionen til at skride ind«. I de sager, vi her står over for, har sagsøgte på det kraftigste understreget disse principper og på grundlag af dem anført, at sagerne skal

afvises i det omfang, hvor de opfordrer Domstolen til at træffe en afgørelse, der tvinger Kommissionen til at gennemføre en foranstaltning, der er i overensstemmelse med sagsøgernes interesser.

Denne indvending er givetvis gyldig. Domstolen er under sin legalitetskontrol af fællesskabsforanstaltningerne ikke berettiget til at udstede påbud. Derimod er det den institution, hvis retsakt er blevet erklæret ugyldig, der i medfør af artikel 176 skal »gennemføre de til dommens opfyldelse nødvendige foranstaltninger« (som anført i dom af 24. juni 1986 i sag 53/85, Akzo mod Kommissionen, Sml. s. 1965, præmis 23). Når dette er medgivet, må det dog straks tilføjes, at den praksis, som Kommissionen hævder at følge, uden tvivl er urigtig, eftersom den strider mod formålene bag »antitrust«-bestemmelserne og ikke stemmer overens med princippet om god forvaltningsskik. Dette fremgår klart af en kort gennemgang af den procedure, som Kommissionen — idet den har fulgt mønsteret fra Demo-Studio Schmidt-sagen — har anvendt i nærværende sag.

Kommissionen har først anført, at den fremsendte skrivelsen med »beslutningen« af 22. marts 1984 alene af den grund, at BAT og Reynolds havde bedt den om det. Heraf kan man slutte, at dersom der ikke havde foreligget nogen anmodning fra de to selskaber, ville Kommissionen alene have sendt en underretning i henhold til artikel 6. Som det senere vil fremgå, lader det sig ikke nægte, at forholdene omkring aftalerne mellem Rembrandt og Philip Morris var af en sådan art, at de rejste problemer helt uden fortilfælde, der givetvis måtte være af almindelig interesse. Kommissionen er ikke enig heri: i svarskriftet (se afsnit XIV, s. 25) har den anført, at indholdet af den anfægtede skrivelse er i overensstemmelse med den praksis, som den tidligere har fulgt. Men kan man heroverfor hævde, at dersom dette var tilfældet, hvorfor så over for BAT og Reynolds anvende den fremgangsmåde, der blev fulgt i »Demo«-sagen?

Der foreligger således en række modsigelser, ligesom omstændighederne omkring baggrunden er dybt foruroligende. De væsentlige træk lader sig nemt beskrive: betingelserne vedrørende afslutning af sager, der vedrører »antitrust«-undersøgelser, og muligheden for en efterfølgende verifikation fra Domstolens side af retmæssigheden heraf er i fuldt omfang overladt til Kommissionens skøn. Med andre ord kan foranstaltningen anfægtes eller ikke anfægtes alt efter, hvilket navn Kommissionen giver den. Foranstaltningen kan anfægtes, dersom Kommissionen gør brug af det magiske ord »beslutning«, men den kan ikke anfægtes, dersom dette ord ikke bruges. Situationen er *kort sagt* i sin helhed fjernt fra det formål at beskytte tredjemænd og sikre »den videst mulige offentliggørelse«, således som det kommer til udtryk i betragtningerne til de forordninger, som jeg har nævnt.

Lad os heroverfor se nærmere på de regler, der burde danne baggrunden for behandlingen af dette problem, for at sikre, at hensigten ikke forfejles. Det første princip er, at søgsmålsretten ikke kan gøres betinget af, at der i formen foreligger en afvisning af klagen, eftersom den udspringer af formålet med konkurrencereglerne. Det andet princip udsiger, at selv om Kommissionen ikke er forpligtet til at træffe en endelig beslutning vedrørende spørgsmålet om, hvorvidt der foreligger en overtrædelse, kan Kommissionen ikke efter forgodtbefindende indstille en undersøgelse, som den selv har iværksat. Tværtimod fremgår det klart af reglerne i de omtalte forordninger (særligt artikel 9, stk. 3, og artikel 19 i forordning nr. 17/62, og artikel 6 i forordning nr. 99/63), at når Kommissionen agter at afslutte en undersøgelse, er den forpligtet til: a) at give klageren meddelelse om grundene bag dens hensigt; b) at give klageren en rimelig tidsfrist

til at fremsætte sine bemærkninger; og c) at træffe en endelig beslutning, ikke med hensyn til tilsidesættelsen, men derimod med hensyn til klagen.

Et tredje princip finder anvendelse. På samme måde, som det er tilfældet for en negativattests vedkommende, er afslutningen af undersøgelsen kun bindende for Kommissionen i det omfang, hvor den faktiske tingenes tilstand, der har givet anledning til afgørelsen, ikke ændres. Endvidere gælder det, at eftersom den er adresseret til klageren, har foranstaltningen ingen virkninger i forhold til tredjemænd, bortset fra den at bekræfte medlemsstaternes adgang til at anvende artiklerne 85 og 86 (artikel 9, stk. 3, i forordning nr. 17/62). De konklusioner, som disse bemærkninger fører frem til, er åbenbare: eftersom den endelige afgørelse af klagen garanterer retssikkerheden i forholdet parterne imellem, vil klageren være i stand til at udøve sin søgsmålsret med kendskab til Kommissionens svar på klagerens bemærkninger, ligesom Domstolen vil være i stand til i fuldt omfang at efterprøve lovligheden af den i forhold til klageren gennemførte foranstaltning (jfr. i denne retning dommen i den førnævnte CICCE-sag).

Sammenfattende og på grundlag af de resultater, jeg er nået til under punkt 2 og 3, er jeg derfor af den opfattelse, at Kommissionen var forpligtet til at forkaste BAT's og Reynolds' klager ved en endelig foranstaltning, og at de sager, der er anlagt til efterprøvelse af afgørelsen af 22. marts 1984 kun kan antages til realitetsbehandling i det omfang, hvor de går ud på at få fastslået, at denne afgørelse er ugyldig.

4. BAT og Reynolds har til støtte for deres søgsmål fremsat nærmest en uendelig række argumenter. De lader sig dog med lidt god vilje rubricere i fire grupper, der bringer fire overordnede kritikpunkter til udtryk. Desuden er der i vidt omfang sammenfald mellem Kommissionens anbringender og de intervenierende selskabers indlæg, hvorfor jeg kan behandle dem under ét i så og sige alle tilfælde.

Sagsøgerne har gjort følgende anbringender gældende:

1) tilsidesættelse af Traktatens artikel 85, stk. 1, og artikel 86 derved, at der hævdes at foreligge en åbenbar vildfarelse i det omfang, hvor Kommissionen har fastslået, at 1984-aftalerne er forenelige med de nævnte bestemmelser, og at de tilsagn, som parterne har afgivet, er tilstrækkelige til at undgå nutidige eller fremtidige tilsidesættelser af fællesskabsretten;

2) tilsidesættelse af Traktatens artikel 190 på grund af utilstrækkelig begrundelse;

3) tilsidesættelse af princippet om god forvaltningsskik og væsentlige formforskrifter i det omfang, hvor den undersøgelse, som Kommissionen har gennemført, ikke muliggjorde en objektiv og rimelig bedømmelse af klagerne;

4) tilsidesættelse af grundrettigheder i det omfang, hvor afgørelsen blev truffet på grundlag af overvejelser, som sagsøgerne ikke fik nogen mulighed for at fremsætte deres bemærkninger til.

5. På grund af den sammenhæng, der er mellem det anbringende, der er blevet behandlet i del 3 af nærværende forslag til afgørelse, skal jeg behandle de to sidste kritikpunkter først. Hvad det fjerde angår, har BAT og Reynolds bemærket, at »adressaterne for offentlige myndigheders beslutninger, der føleligt berører disse adressaters interesser, [skal] i rette tid have lejlighed til at fremføre deres synspunkter« (dom af 23. oktober 1974 i sag 17/74, Transocean Marine Paint Association mod Kommission, Sml. s. 1063, præmis 15). Kommissionen undlod at give de to selskaber meddelelse om en række særdeles væsentlige oplysninger, der var indeholdt i meddelelse af klagepunkter af 1981-aftalerne, idet den som be-

grundelse herfor har henholdt sig til behovet for at beskytte forretningshemmeligheden som krævet af Philip Morris og Rembrandt. Endvidere indeholder beslutningen grunde, der ikke var indeholdt i skrivelsen af 16. december 1983, med det resultat, at adressaterne ikke var i stand til at fremsætte deres bemærkninger til dem.

Jeg vender mig nu til spørgsmålet om god forvaltningsskik og væsentlige formforskrifter. Kommissionen hævdes at have brudt disse principper derved, at den har afsluttet undersøgelsen på grundlag af faktorer, der er irrelevante for sagen, og efter at have holdt møder med repræsentanter for Philip Morris, uden at der er ført protokol herover. Dette hævdes bl. a. at være årsagen til det overraskende omslag fra strenghed i 1981 til eftergivenhed i 1983. I den forbindelse skal det huskes, at sagsøgerne for Domstolen har krævet, at sagsøgte skal fremlægge: a) 1981-aftalerne, meddelelse af klagepunkter og de dokumenter, som Kommissionen med urette har anset for at være dækket af forretningshemmeligheden; b) alle dokumenter, hvoraf de virkelige grunde til Kommissionens kovending fremgår.

Begge anbringender savner grundlag. Det sidstnævnte gendrives af kendelse af 18. juni 1986, hvorved Domstolen forkastede de begæringer, jeg netop har omtalt. Domstolen udtalte, at dersom man imødekom begæringerne, ville dette udgøre et bevismiddel af usædvanlig karakter, hvilket måtte forudsætte, at Kommissionens grunde gav anledning til alvorlig tvivl og mistanke om, at der kunne foreligge magtfordrejning. Men dette er ikke tilfældet i nærværende sag. Især gælder det, at den såkaldte kovending i 1983 fuldt ud var retmæssig i lyset af de fortilfælde, hvorefter meddelelse af klagepunkter er en forberedende foranstaltning, der rummer vurderinger, som Kommissionen er forpligtet til at overveje på ny, dersom de oplysninger, som den får af de selskaber, den er adresseret til, eller ændringer, der er foretaget af dem i de anfægtede aftaler, giver grundlag for en sådan fornyet overvejelse. Og Domstolen tilføjede, at den omstændighed, at Kommissionen har afholdt særskilte møder med Philip Morris ikke er kritisabel. Sådanne møder har i øvrigt ligeledes fundet sted med de klagende selskaber, og der var i øvrigt ikke noget grundlag for en mistanke om skjulte og fællesskabsretten uvedkommende bevæggrunde (præmisserne 11-17).

Disse betragtninger kan der ikke rejses indvendinger imod, og de kræver heller ikke nogen kommentar. Imidlertid giver det problem, som de angår, mig lejlighed til at fremføre en bemærkning, der ikke er uden relevans, vedrørende parternes rettigheder under den administrative procedure som udviklet ovenfor under 3 i nærværende forslag til afgørelse. BAT's og Reynolds' anmodninger havde som baggrund den opfattelse, at klagerne skal have de samme oplysninger og retssikkerhedsgarantier som står til rådighed for den undersøgende myndighed og de selskaber, som en undersøgelse er rettet imod. Imidlertid er der intet grundlag for denne antagelse. Allerede i forordning nr. 17/62 opstillede forordningsgiver en sondring mellem de, der omfattes af en undersøgelse, og som har en »ret« til at blive hørt og berørte tredjemænd, der blot skal have »lejlighed« til at fremsætte deres bemærkninger (betragtning nr. 11). Forskellen i retsstillingen bekræftes derpå i artikel 19 og i de procedureregler, der er indeholdt i den senere forordning nr. 99/63.

Hertil kommer, at hvis sagsøgernes synspunkt blev lagt til grund, ville dette ændre undersøgelsen til en art direkte konfronta-

tion mellem enkeltpersoner, der fremsætter beskyldninger, og enkeltpersoner, der søger at forsvare sig selv. Heroverfor er Traktatens artikel 89 udformet for at sikre, at kun Kommissionen undersøger sager om påståede overtrædelser af konkurrencereglerne. Kommissionen er derfor den, der leder proceduren, og alt, hvad klagerne kan foretage sig, er at samarbejde med den. Ganske vist er retten til at få oplysning om grundene til, at klagerne forkastes, et egentligt retskrav; men denne ret, der tillægges klagere, fordi de har en interesse, der er sammenfaldende med retsordenens, og som adskiller dem fra tredjemænd, som Kommissionen giver høringsret, udgør også den yderste grænse for deres deltagelse i undersøgelsen.

En kort bemærkning skal gøres vedrørende den påståede tilsidesættelse af væsentlige formforskrifter. Den omstændighed, at den anfægtede foranstaltning indeholder oplysninger, der ikke er givet i meddelelsen i henhold til artikel 6, er irrelevant, fordi de pågældende forhold vedrører kritikpunkter, der er fremsat af BAT i selskabets svar som en replik til de grunde, der allerede var fremsat af Kommissionen. Dette beviser, at Kommissionen anførte de væsentligste grunde, der foranledigede den til at afslutte undersøgelsen, og at adressaten havde haft lejlighed til at fremsætte sine synspunkter. Endelig behøver det næppe at fremhæves, at henvisningen til Transocean-dommen udtrykkelig angår foranstaltninger, der blev gennemført over for selskaber, som der var rettet en klage imod. I stedet for at støtte BAT's og Reynolds' synspunkter, bekræfter det således, at virksomheder, der gøres til genstand for en undersøgelse, er berettiget til en særlig beskyttelse, der ikke kan udstrækkes til tredjemænd.

6. Da procedureproblemerne, spørgsmålet om overholdelse af formelle krav og iagttagelsen af grundrettigheder således er blevet løst, er det nu på tide at gå ind i sagens kærne. I den forbindelse er det dog på sin plads at jeg foretager en gennemgang — mere detaljeret, end jeg havde mulighed for det i indledningen — af de væsentligste træk ved de selskaber, der her er tale om, og deres marked (A), 1981-aftalerne (B), 1984-aftalerne (C), samt de forskellige trin i den lange og indviklede procedure, der gik forud for, at sagen blev anlagt (D).

(A) Alle sagens parter er i hovedsagen beskæftiget med fremstilling og salg af cigaretter. BAT er den vestlige verdens største producent af tobaksvarer og har sit hjemsted i Storbritannien. Reynolds er et amerikansk selskab, hvis interesser også omfatter levnedsmiddelindustrien. Rembrandt er et sydafrikansk selskab med investeringer inden for forskellige erhvervsområder. Philip Morris er den største amerikanske cigareteksportør og muligvis det ledende multinationale selskab inden for industrien. Endelig er de to selskaber, som aftalen vedrører, britiske: investeringsselskabet Tobacco Holding, der er 100% ejet af Rembrandt, og dets datterselskab Rothmans, der næsten udelukkende driver virksomhed med fremstilling og salg af cigaretter, hvoraf 50% afsættes i Europa.

Hvad angår markedet, er det på sin plads for det første at nævne en rapport, som Kommissionen har forelagt Parlamentet i februar 1982 [KOM (82) 61, endelig udg., s. 7]. Det hedder heri, at der »til trods for afskaffelsen af toldafgifter... og gennemførelsen af to afgiftsharmoniseringer, ikke er

noget egentligt EF-marked for cigaretter... Der er almindelig enighed om, at denne situation skyldes mange forskellige faktorer... såsom... eksistensen af såvel statslige som private producenter, forskellige reklamepolitikker og forskellige former for sundhedspolitikker«. I lyset af denne udtalelse opstår spørgsmålet om, hvilken markedsandel de forskellige selskaber på det relevante tidspunkt havde i Fællesskabet som helhed og i Benelux-landene — i det sidstnævnte tilfælde er markederne i høj grad homogene og Rothmans har en dominerende stilling. Svaret fremgår af følgende tabel:

a) *Fællesmarkedet for cigaretter: årene 1976-1982 (i %)*

| | 1976 | 1977 | 1978 | 1979 | 1980 | 1981 | 1982 |
|---|---|---|---|---|---|---|---|
| Philip Morris | *6,0* | 6,7 | 8,0 | 9,9 | 11,8 | 10,9 | *13,1* |
| Rothmans International | | | | | | | |
| R. J. Reynolds | *13,5* | 13,7 | 14,6 | 15,3 | 15,4 | 14,8 | 15,0 |
| BAT | 2,2 | 2,5 | 2,8 | 3,3 | 3,3 | 3,3 | 3,6 |
| | *9,8* | 9,8 | 10,7 | 10,5 | 10,7 | 11,1 | *10,4* |

b) *Det belgisk-luxembourgske og nederlandske marked: årene 1980-1982 (i %)*

| | B-L | | | NL | | |
|---|---|---|---|---|---|---|
| | 1980 | 1981 | 1982 | 1980 | 1981 | 1982 |
| Philip Morris | 8,7 | 10,3 | * | 7,0 | 8,8 | 10,0 |
| Rothmans International | 47,8 | 47,4 | * | 49,0 | 48,9 | 47,2 |
| R. J. Reynolds | | | | 10,0 | 10,0 | 10,2 |
| BAT | 10,2 | 10,1 | * | 23,0 | 24,1 | 24,5 |

Disse enkeltheder viser efter Kommissionens opfattelse, at Fællesmarkedet er »stagnerende og oligopolistisk«; dette gælder i en sådan grad, at »eftersom der ikke foreligger nogen priskonkurrence eller forskningsfremskridt, *[er] reklamering og virksomhedsovertagelse de vigtigste midler til at forøge markedsandelen*« (meddelelse af klagepunkter, punkt 8, s. 14 — min understregning). I slutningen af det tidsrum, der her er tale om, kunne Philip Morris således alene anses for at have gjort en strålende indsats, medens de andre virksomheder stadig mere eller mindre befandt sig på udgangspunktet. I betragteligt omfang lader de samme bemærkninger sig anvende på Benelux-markederne.

(B) Jeg skal nu behandle 1981-aftalerne. Mod betaling af 350 mio USD overdrog Rembrandt Philip Morris halvdelen af aktie-

kapitalen i Tobacco Holding og — indirekte — en andel på 21,9% i overskuddet i den konkurrerende virksomhed Rothmans. Af kontraktsvilkårene er punkt 3 af særlig betydning. Ifølge denne garanterede parterne hinanden forkøbsret i tilfælde af salg af deres respektive andele, ligesom de påtog sig at sikre — selv i tilfælde, at der blev skredet ind imod dem af antitrust-myndighederne — at enhver tredjemandskøber blev pålagt den samme betingelse.

At sådanne aftaler og særligt den heraf følgende overdragelse af aktier er uforenelige med fællesskabsretten er efter min opfattelse klart. Som Kommissionen med tilstrækkelig tydelighed udtrykte det i sin meddelelse af klagepunkter, må erhvervelsen for virksomhed X's vedkommende af en væsentlig post i det holding-selskab, der kontrollerer den konkurrerende virksomhed Y, »formodes at begrænse konkurrencen«. Det er klart, at dersom de to virksomheder fortsætter med at drive virksomhed på markedet, »vil de ikke længere konkurrere så grundigt, at de søger at skade hinandens interesser« (s. 16). Disse virksomheder vil blive »nødt til at samordne... [deres respektive] forretningsdispositioner«, hvilket særligt gælder Philip Morris og Rothmans, eftersom førstnævnte selskab ejer 50% af Tobacco Holding og sidstnævnte kontrolleres af dette selskab.

De således beskrevne virkninger rækker endnu videre på grund af kontraktsvilkårene til gennemførelse af de grundlæggende forpligtelser. Dette gælder især de forpligtelser, der er påtaget under punkt 3, og grunden hertil er klar. I det omfang, hvor kontraktsbestemmelserne kræver, at enhver tredjemands køber skal indvillige i at være bundet af betingelsen om forkøbsret, som parterne er bundet af, er i sig selv »begrænsninger i konkurrencen, eftersom de støtter og konsoliderer andre restriktive bestemmelser og efter deres beskaffenhed er uden begrænsninger, idet de ikke tager hensyn til størrelsen, markedsstyrken eller de konkurrencehensigter, som erhververen måtte have« (s. 18).

På grundlag af disse faktorer og under hensyn til markedets oligopolistiske natur har Kommissionen endelig foreløbigt erklæret, at aftalerne var i strid med det forbud, der er indeholdt i artikel 85, stk. 1. Der forelå tillige en tilsidesættelse af artikel 86: Aftalen medvirkede til at svække Philip Morris' konkurrencemotiverede dispositioner derved, at den retsstridigt styrkede den dominerende stilling, som Rembrandt gennem Rothmans's datterselskaberne har på den vigtige Benelux-sektor inden for Fællesmarkedet.

(C) Som bekendt ændrede 1984-aftalerne i væsentlig grad forholdet mellem Rembrandt og Philip Morris. Sidstnævnte selskab gav afkald på sin 50%'s store aktieandel i Tobacco Holding og erhvervede i stedet en direkte andel på 24,9% af stemmerettighederne i Rothmans. Rembrandt på sin side fik på ny 43,6% af disse stemmerettigheder, mens resten af selskabets kapital fortsat var ejet af de små aktionærer. Følgende er de mest betydningsfulde kontraktsvilkår, som parterne påtog sig:

1) Philip Morris' kapitalandel i Rothmans må under ingen omstændigheder overstige 25% af stemmerettighederne;

2) Rembrandt kan kun overdrage Rothmans-aktierne, dersom selskabet sælger hele andelen »for cash payable on closing« til en enkelt køber eller til mindst 10 købere, der er uafhængige af hinanden, og som alle er uafhængige af Rembrandt, forudsat ingen af dem har mere end 10% af stemmerettighederne i Rothmans. Før noget salg gennemføres, kan Rembrandt tilbyde Philip Morris eller en tredjemand, der er udnævnt af Philip Morris, en forkøbsret og herunder opstille de netop nævnte betingelser;

3) disse regler finder ligeledes anvendelse på Philips Morris;

4) a) dersom Rembrandt har til hensigt at sælge sine Rothmans-aktier til en enkelt køber, skal Rembrandt foranledige denne køber til at tilbyde at købe hele Philip Morris' post af aktier i Rothmans til den samme gennemsnitlige kontantpris pr. aktie, der er betalt i forbindelse med Rembrandt's salg;

b) dersom Rembrandt ikke udøver sin førstekøbsret, kan Philip Morris udpege en tredjemand til at købe et antal Rothmans-aktier med én stemme (ordinære »B«-aktier), der er lig med mindst halvdelen af de aktier, der er tillagt fire stemmer (ordinære »A«-aktier), og således blive i stand til at udøve tre fjerdedele af stemmerettighederne ifølge de ordinære »A«-aktier, hvilket dog ikke gælder i spørgsmål om udnævnelse eller afskedigelse af direktører i Rothmans.

Endelig afgav Philip Morris følgende tilsagn over for Kommissionen:

a) at give den oplysninger om og forelægge den kopi af ethvert tillæg til eller ændring i aftalerne, så snart de trådte i kraft;

b) inden for otteogfyre timer at give Kommissionen meddelelse om enhver forøgelse af selskabets aktiepost i Rothmans eller nogen anden erhvervelse af stemmerettighederne, hvorved grænsen på 25% blev overskredet. Kommissionen vil i lyset af sådanne meddelelser undersøge konkurrencesituationen på Fællesskabets tobaksmarked og gennemføre de foranstaltninger, som den finder nødvendige. Philip Morris vil efter anmodning fra Kommissionen i tre måneder fra datoen for fornyelsen eller erhvervelsen gennemføre et isolations-arrangement vedrørende selskabets og Rothmans respektive interesser, således at *status quo* på markedet opretholdes;

c) ikke at have nogen repræsentant i direktionen eller noget andet organ i Rothmans;

d) hverken at indhente eller modtage oplysninger, fra Rothmans eller Rembrandt, der kan påvirke de dispositioner, der træffes af selskaberne inden for Philip Morris-koncernen.

(D) I maj 1983 fremsendte Kommissionen de nye aftaler til klagerne, ligesom den den 16. december 1983 gav dem oplysning om, at der ikke længere var tilstrækkeligt grund-

lag for at imødekomme deres anmodninger, hvorfor den opfordrede dem til at fremsætte de bemærkninger, de måtte have. Efter en beskrivelse af de ændringer, som aftalepartnerne havde gennemført, anførte Kommissionen i skrivelsen, at aftalen »rummer bestemmelser vedrørende rådigheden over og erhvervelsen af aktier i Rothmans. Philip Morris er blevet oplyst om, at gennemførelsen af disse kontraktbestemmelser efter Kommissionens nuværende opfattelse er uforenelige med konkurrencereglerne... De forpligtelser, som aftalepartnerne har påtaget sig over for Kommissionen, vil sikre, at passende foranstaltninger træffes, om fornødent hastende, i tilfælde af nogen fremtidig ændring i ejerstrukturen over Rothmans...« (s. 2 *in fine*).

BAT og Reynolds svarede, at disse bemærkninger ikke lod sig forene med, hvad der var anført i meddelelse af klagepunkter, eftersom næsten samtlige træk, som Kommissionen havde anset for at være i strid med Traktaten, var gentaget i de nye aftaler. Således var vilkårene vedrørende forkøbsretten og overdragelse af aktier i Rothmans omtrent uændrede. BAT fremhævede særlig, at begrænsningerne ifølge disse vilkår ville afholde enhver faktisk uafhængig tredjemand fra at erhverve nogen aktiepost. De var udformet med henblik på at opnå et ganske bestemt mål: at sikre, at enhver potentiel køber var underkastet Philip Morris' forudgående kontrol. »Philip Morris kan således sikre... at enhver køber af Rothmans-aktierne helt eller delvis er uden indflydelse eller — hvilket er vigtigere — er indstillet på at samarbejde med Philip Morris«. Set på baggrund af disse bestemmelser, har de svage og ufuldstændige forpligtelser, som der er blevet påtaget over for Kommissionen, kun ringe virkning, anføres det.

Denne administrative procedure blev afsluttet ved skrivelse af 22. marts 1984 med meddelelse om den »beslutning«, hvorved Kommissionen meddelte BAT og Reynolds, at deres klager ikke kunne fremmes, og at undersøgelsen måtte anses som afsluttet. Skrivelsen indeholdt følgende udtalelser af særlig betydning:

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

2) Mens 1981-aftalerne gav Philip Morris veto over for et flertal af aktierne i Rothmans gennem selskabets aktier i Tobacco Holding, er Philip Morris ifølge de nye aftaler blot at anse for en minoritetsaktionær (punkt 22).

3) En række bestemmelser i de nye aftaler sætter Philip Morris i stand til: a) at skaffe sig kontrol over Rothmans; b) på ny at skaffe sig paritetsstilling over for Rembrandt i tilfælde af Rembrandt's salg af aktierne; c) til en på forhånd udpeget tredjemand at sælge aktier, der repræsenterer 34,5% af stemmerettighederne i Rothmans (punkt 23).

4) Det er uden for enhver tvivl, at disse regler giver Philip Morris mulighed for at ændre sin status som minoritetsaktionær for herved at vinde kontrol over Rothmans; imidlertid har bestemmelserne i sig selv, da der blot er tale om fremtidsud-

sigter, ikke til følge at fordreje konkurrencen, jfr. Traktatens artikel 85 (punkt 24).

5) I henhold til de nye aftaler bliver Rembrandt i stand til at udøve sin stemmeret i Rothmans uden at tage hensyn til Philip Morris' forretningsstrategi. Der er derfor ingen grund til at antage, at det ikke skulle være i Rembrandt's interesse at søge at gøre Rothmans til en så blomstrende og lønsom virksomhed som muligt (punkt 25).

6) Selv om Philip Morris ikke måtte nære noget ønske om at bringe værdien af sin investering i Rothmans i fare, har selskabet dog en betragtelig interesse i at kontrollere enhver fremgang i Rothmans' markedsandele i Fællesmarkedet gennem sine egne industrielle og kommercielle bestræbelser. Kun gennem sådanne bestræbelser vil selskabet være i stand til at udøve sin forkøbsret med hensyn til Rothmans-aktierne på de gunstigst mulige købsvilkår, dersom Kommissionen ikke måtte gøre indvendinger imod udøvelsen af denne forkøbsret (punkt 26).

7) Misbrug af en dominerende stilling (Traktatens artikel 86) kan ikke siges at have fundet sted, eftersom Philip Morris af de ovenfor anførte grunde ifølge de nye aftaler ikke er i stand til at kontrollere Rothmans' kommercielle dispositioner (punkt 29).

7. Jeg vender mig nu på ny mod BAT's og Reynolds' anbringender. I forbindelse med behandlingen af de første — tilsidesættelse af Traktatens artikler 85 og 86 derved, at der foreligger en åbenbar vildfarelse ved skønnets udøvelse, og af Traktatens artikel 190 derved, at den foreliggende begrundelse er utilstrækkelig — skal jeg alene behandle de kritikpunkter, der vedrører indholdet af den anfægtede foranstaltning, nemlig 1984-aftalerne og de vilkår, der er opstillet i dem. Jeg finder det også overflødigt at give en fremstilling af de anbringender, som sagsøgerne støtter på den mulighed, som Philip Morris har for at ændre sin stilling inden for Rothmans, samt behandle de virkninger, en sådan ændring måtte få på konkurrenceforholdet mellem de to selskaber. Det er i den forbindelse tilstrækkeligt, at Philip Morris skal give Kommissionen meddelelse om ethvert initiativ, hvorved der kan ske nogen ændring af *status quo*, og at Kommissionen også kan gribe ind over for begivenheder, der ikke er båret af en sådan hensigt, men som kan påvirke den kommercielle konkurrence mellem dem.

Det betyder naturligvis ikke, at jeg ser bort fra den eksisterende debat om, hvorvidt artikel 85 finder anvendelse på *aftaler* om sammenslutning af selskaber, den tendens til at sige ja hertil, som en række juridiske forfattere indtager, den tvivl, som Kommissionen nærer i den forbindelse, den næsten almindelige enighed om behovet for, at området bliver reguleret ved konkrete retsregler, og den irritation i sagens anledning, som alle parter nærer over for Rådet, der vedblivende blokerer de forslag, som Kommissionen har forelagt den herom. Jeg antager også, at dersom dette spørgsmål blev forelagt Domstolen, ville den være tilbøjelig til at besvare spørgsmålet bekræftende. Der er indicier herfor i dom af 13. juli 1966 i sag 32/65, (Italien mod Rådet og Kommissionen, Sml. 1965-1968, s. 293, 300), hvorefter det gælder, at eftersom der ikke foreligger et regelsæt, der tillader undtagelser og forudsat, at de øvrige beskrevne betingelser er

opfyldt, »[medfører] ordlyden af artikel 85... at forbudet gælder for [*enhver*] *aftale*, der er indgået mellem flere virksomheder« (min understregning).

Der kan imidlertid ikke være tvivl om, at dette problem ikke foreligger i nærværende sag. Kommissionen benægter således ikke principielt, at artikel 85 finder anvendelse på 1984-aftalerne, men den har begrænset sig til dels på den ene side at hævde, at aftalerne ikke rummer forhold, der udgør en tilsidesættelse af bestemmelsen, og på den anden side, at selv om aftalerne muligvis kan føre frem til en fusion, giver de forpligtelser, som parterne har påtaget sig over for Kommissionen, den mulighed for at kontrollere og standse enhver manøvre, der tilsigter at føre frem til en fusion. Vedrørende det sidstnævnte punkt — dvs. vedrørende Kommissionens forventninger eller effektiviteten af de styringsinstrumenter, som den har skaffet sig — er der ikke meget, som Domstolen kan sige. Domstolen er alene interesseret i den første udtalelse, der ikke henviser til fremtiden, men til nutiden: dvs. til aftalerne med de virkninger, de har her og nu.

Herefter skal jeg gennemgå de to anbringender. For så vidt angår tilsidesættelsen af bestemmelsen vedrørende aftaler har sagsøgerne anført, at trods markedets oligopolitiske natur er Fællesskabets cigaretmarked stadig konkurrencepræget som følge af adskillige faktorer: størrelsen af virksomhederne på markedet, virksomhedernes markedsandele, metoderne i forbindelse med markedsføringen af produktet osv. Imidlertid forstyrrede 1984-aftalerne denne hårfine balance, fordi de gav Philip Morris og Rothmans — dvs. to af de største selskaber inden for industrien — adgang til at koordinere deres aktiviteter. Kommissionen har selv i forbindelse med sin kritik af 1981-aftalerne anerkendt, at dersom en virksomhed foretager større investeringer i en konkurrents aktier, vil de to parter ifølge aftalen ikke længere »forsætligt skade hinandens interesser«. Forholdene har ikke ændret sig siden da. Ganske vist er besiddelsen af 25% af stemmerne i investeringsselskabet ikke i sig selv i strid med antitrust-reglerne; forholdet kan imidlertid ikke andet end indebære en overtrædelse af disse regler, dersom selskabet er en konkurrent, og hvad mere er, en markedsleder under oligopolistiske forhold.

Dette er ikke det hele. Som et resultat af de betingelser, der regulerer overførslen af Rothmans-aktier, har Philip Morris en privilegeret stilling, når det gælder om at kontrollere Rothmans. Samtidig er selskabet i stand til at forhindre andre fra at deltage i kappestriden med nogen som helst udsigt til succes, ligesom selskabet — hvis Rembrandt ikke udøver sin forkøbsret — har ret til at vælge den fremtidige køber. Disse begrænsninger er ganske klart også udformet for at opmuntre Philip Morris og Rembrandt til at samarbejde eller i det mindste til ikke at stille hinanden hindringer i vejen. Når dette er tilfældet, kan der ikke være nogen tvivl om, at Kommissionen har fejlbedømt aftalen derved, at den har set bort fra sandsynligheden for, at aftalen vil udelukke konflikter af enhver art mellem parterne.

Med hensyn til det forhold, at der ikke er sket anvendelse af artikel 86, har BAT og Reynolds anført, at »misbrugsbegrebet er et objektivt begreb«; begrebet omfatter en af

en »markedsdominerende virksomhed udvist adfærd, som efter sin art kan påvirke strukturen på et marked, hvor konkurrencen netop som følge af den pågældende virksomheds tilstedeværelse allerede er afsvækket« (dom af 13. februar 1979 i sag 85/76, Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, Sml. s. 461, præmis 91). Ved afgørelsen af, om der foreligger misbrug, er omfanget af den kontrol, der udøves af en virksomhed, uden betydning; afgørende er alene, hvorvidt virksomheden optræder på en sådan måde, at der sker en svækkelse af konkurrencen, der allerede er blevet forringet som et resultat af den stilling, som virksomheden har skaffet sig. Der gælder heller ikke noget krav om, at svækkelsen af konkurrencen skal være væsentlig; derimod er det afgørende, om virksomhedens adfærd mærkbart påvirker samhandelen mellem medlemsstater.

Kommissionen har derfor ikke ret, når den hævder, at dersom det investerende selskab ikke er i stand til at påvirke den virksomhed, som den har en kapitalandel i, foreligger der ikke noget misbrug. Selv om man teoretisk måtte dele dette synspunkt, må man dog stadig medgive, at der konkret foreligger en påvirkning. For at nå dette resultat behøver man blot at anskue Philip Morris' kapitalandel på 25% og den mulighed for konkurrencefordrejning dette indebærer i lyset af hele aftalen og herunder mærke sig forkøbsretten og mere generelt de betingelser, der regulerer overførslen af Rothmans-aktier.

Sagsøgerne har endelig til støtte for deres andet anbringende henvist til præmisserne 30 og 31 i Domstolens dom af 26. november 1975 i sag 73/74 (Papiers Peints mod Kommissionen, Sml. s. 1491). I præmis 30 hedder det, at »Kommissionen... ifølge Traktatens artikel 190 [har] pligt til at begrunde sine beslutninger og fremføre de faktiske momenter, hvoraf foranstaltningernes lovlighed afhænger, samt de betragtninger, som har foranlediget den til at træffe sin beslutning«, mens det i præmis 31 videre hedder, at selv om beslutninger kan begrundes kortfattet, påhviler det Kommissionen at gøre rede for sin argumentation, dersom den »går væsentlig længere end de forudgående beslutninger«.

I nærværende sag var Kommissionen for at tilbagevise BAT's og Reynolds' klager nødt til at anføre, at kontrollen med 25% af stemmerettighederne i et konkurrerende selskab med en dominerende stilling på et oligopolistisk marked ikke indebar et brud på de forbud, der er indeholdt i artiklerne 85 og 86. Retmæssigheden af dette princip er, for at sige det mildt, meget tvivlsomt; i hvert fald er der ingen tvivl om, at princippet har en så overordentlig stor betydning for forretningslivet, at det utvivlsomt må kræves, at det i lyset af den citerede dom gives en indgående og omfattende redegørelse for enhver side af det. Imidlertid er beslutningen lakonisk i en grad, der nærmer sig fortielse. Det bør tilføjes, at Kommissionen har anerkendt de betragtelige omgåelsesmuligheder, som Philip Morris har i henhold til de betingelser, der gælder for overdragelse af Rothmans-aktierne, men at den har undladt at forklare, hvorfor deres eksistens for nærværende ikke har til virkning at fordreje konkurrencen.

8. Hvad skal man sige til disse anbringender? De argumenter, der er fremsat i sammenhæng med det første, går efter min opfattelse for vidt; med andre ord kræves der hermed mere af Domstolen, end den er i stand til at give. Med de to søgsmål søges der, som det vil huskes, at få annulleret en foranstaltning om afvisning af klager i henhold til artikel 3, stk. 2, litra b), i forordning

nr. 17/62. Jeg mener ikke, at Domstolen i sådanne tilfælde er berettiget til at undersøge, hvorvidt *alle* betingelser, der udkræves for at artiklerne 85 og 86 kan finde anvendelse, er opfyldt; jeg støtter min opfattelse på det forhold, at to faktorer taler imod en sådan undersøgelse; på den ene side den omstændighed, at der foreligger en negativ forvaltningsakt, når talen er om foranstaltninger, hvorved en undersøgelse indstilles, og på den anden side den klart tekniske beskaffenhed af den vurdering, der skal foretages af forvaltningsmyndigheden. Inden for de grænser, der følger af disse faktorer, må den undersøgelse, der skal foretages af Domstolen, nødvendigvis føre frem til at man anerkender, at »beslutningen« af 22. marts 1984 tager hensyn til samtlige anfægtede omstændigheder og derfor ikke er behæftet med åbenbare vildfarelser.

Heroverfor kræver det andet anbringende en mere indgående drøftelse. Lad mig opsummere det i en enkelt sætning: sagsøgerne kritiserer, at sagsøgte har undladt at godtgøre, hvorledes det kan gå til, at en kapitaldeltagelse i et selskab, der er en direkte konkurrent og ledende på en væsentlig del af et oligopolistisk marked, ikke kan have negative virkninger for konkurrencen mellem parterne, selv når kapitalandelen udgør en fjerdedel af stemmerne.

Således formuleret må klagepunktet afvises. I beslutningens afsnit 25, 26 og 29, har Kommissionen udpeget og i tilstrækkeligt omfang forklaret grundene til, at Philip Morris nu har en interesse i at konkurrere med Rothmans og derfor til ikke at misbruge Rothmans' dominerende stilling. Jeg indrømmer dog, at forklaringen kunne have været mere oplysende. Vi må dog ikke glemme, at sagsøgerne tog aktivt del i hele den administrative procedure og dengang havde lejlighed til i enkeltheder at studere ethvert aspekt ved problemet. Endvidere gælder det, at artikel 190 »kræver... ikke, at Kommissionen behandler alle de nye faktiske og retlige spørgsmål, som er blevet behandlet under den administrative procedure«. Begrundelsen af en bebyrdende forvaltningsakt har i sidste ende alene et formål, nemlig at »give den berørte de oplysninger, der er nødvendige for at afgøre, om beslutningen er lovlig« (dom af 11. juli 1982 i sag 42/84, Remia mod Kommissionen, Sml. s. 2545, præmis 26).

Under denne synsvinkel er beslutningen om at forkaste BAT's og Reynolds' klager således begrundet i tilstrækkeligt omfang. Dette betyder selvfølgelig ikke, at det er blevet bevist, at den anfægtede kapitaldeltagelse var uskadelig; det er i den forbindelse heller ikke relevant i lighed med Philip Morris at anføre, at ifølge gældende ret i en af medlemsstaterne (Tyskland) er 25% den tærskel, hvorunder det principielt anses for umuligt at tale om antitrust-adfærd. Det siger sig selv, at Traktatens bestemmelser i modsætning til nationale bestemmelser vedrører fællesmarkedets i dets helhed, og at deres formål især er at forhindre, at konkurrencebegrænsninger negativt påvirker samhandelen mellem de tolv medlemsstater ved at afskærme deres markeder.

Hvad ligger der heri? Hermed være blot sagt følgende: den pågældende kapitalandel kan ikke i sig selv studeres under glas, som var der tale om en tilberedning, der kan isoleres fra den organisme, den indgår i. Tværtimod skal dens grad af forenelighed med fællesskabsreglerne vurderes i lyset af den virkning, som aftalen *i sin helhed* har på det europæiske marked. Vi ved, at aftalen indeholder kontraktsbestemmelser — såsom bestemmelsen om forkøbsretten eller be-

stemmelsen, der beføjer Philip Morris til at udpege køberen af Rothmans-aktierne — hvis betragtelige økonomiske vigtighed er klar for enhver. Kommissionen burde derfor, da den forkastede de klager, der er blevet indgivet af BAT og Reynolds, have påvist, at aftalerne ikke var i stand til at frembringe skadelige virkninger, særligt med hensyn til kontraktsfriheden for enhver anden virksomhed, der opererer på cigaretmarkedet. Dette gjorde Kommissionen imidlertid ikke; ud fra dette synspunkt er der ingen tvivl om, at dens foranstaltning er behæftet med en alvorlig begrundelsesmangel.

9. Dette resultat støttes endvidere af dommen i de forenede sager 56 og 58/64 (Consten-Grundig mod Kommissionen, Sml. 1965-1968, s. 245). Domstolen fastslog, at i henhold til artikel 85, stk. 1, »[fremkaldes] konkurrencefordrejninger... ikke bare af aftaler, som begrænser konkurrencen mellem deltagerne, men også af aftaler, der hindrer eller indskrænker« det mulige forhold mellem en af parterne og tredjemænd, i hvert fald såfremt de tilsigter »at sikre... en urimelig fordel« for aftaleparterne. Jeg tror, at dette princip også finder anvendelse under andre omstændigheder end bedømt af Domstolen i den sag, og at det derfor også finder anvendelse på aftalevilkår, der, som det foreliggende, er en del af en aftale om køb af en aktiepost. Også sådanne kan skaffe parterne en »urimelig fordel«; og det er en kendsgerning, således som det er anført i den tidligere citerede Remia-dom i præmis 17, at det i sig selv lovlige formål med aftalen, som klausulen optræder i, ikke i sig selv bevirker, at sådanne klausuler ikke kan underkastes en undersøgelse med henblik på at afgøre, hvorvidt de er forenelige med de forbud, der er indeholdt i artikel 85.

Vi ved, at en sådan undersøgelse aldrig fandt sted; men de for Domstolen fremlagte dokumenter er tilstrækkelige til at stille disse aftalevilkår i ugunstigt lys. Det synes således klart, at de ikke var nødvendige eller i hvert fald ikke var afgørende for indgåelsen af aftalen, og at de under alle omstændigheder heller ikke er udformet med henblik på at sikre Philip Morris' investering, hvad de berørte parter har anført herom. Det første forhold fremgår af vilkårenes indhold, der alene angår de detaljerede regler for enhver overdragelse af Rothmans-aktierne til tredjemænd, medens det andet er blevet bevist af Kommissionen selv. Kommissionen har i afsnit 24 i sin afgørelse anført, at som et resultat af aftalevilkårene, er Philip Morris i stand til at skaffe sig kontrol med Rothmans enten direkte eller gennem en køber, som Philip Morris har tillid til; igen gælder det, at det er Kommissionen, der fremhæver, at de forpligtelser, som selskabet har påtaget sig, faktisk er udformet med henblik på at sætte Kommissionen i stand til at blokere enhver sådan udvikling, straks når den opstår.

Værre endnu er, som det vil erindres, at Kommissionen i sin meddelelse af klagepunkter definerede betingelserne ifølge de gamle aftaler som værende »i sig selv konkurrencebegrænsende« og »efter deres beskaffenhed ubegrænsede«, fordi de ikke tog hensyn til »størrelsen, markedsstyrken eller erhververens konkurrencehensigt«. Det er imidlertid min opfattelse, at fra 1981 til 1984 blev begrænsningerne i tredjemands adgang til deltagelse i Rothmans' aktiekapital endnu strengere. Som svar på en skrivelse af 16. december 1983 anførte BAT, at de nye aftalevilkår faktisk tog sigte på at sikre, »at enhver ulig køber af Rothmans-aktier... underkastes en forudgående kontrol fra Philip Morris' side«. Dette udsagn giver

et korrekt billede af den faktisk foreliggende situation og — i betragtning af den kendsgerning, at erhvervelse af kapitalandele på cigaretmarkedet muligvis er det mest effektive våben, der står til rådighed i kampen mod de andre oligopoler (jfr. punkt 6 i nærværende forslag til afgørelse) — giver det den afgørende nøgle til forståelse af det sagsforhold, der her er til behandling.

Kommissionen er naturligvis ikke enig. I sit svarskrift har den således anført, at hvis Philip Morris ikke udøver sin forkøbsret, bliver købet af Rothmans-aktierne »klart uinteressant« for konkurrenterne; imidlertid blev denne betydningsfulde indrømmelse rettet i retsmødet. Denne ret — blev vi oplyst om — »er *blot* en ret til at få meddelelse om, at Rembrandt er villig til at sælge sine aktier, samt en ret til at afgive tilbud, således at Philip Morris kan gøre det samme«; Rembrandt er fortsat frit stillet til at sælge til den højest bydende køber, og der er ingen grund til at tvivle på, at aktierne i sidste instans vil blive erhvervet af »den, der byder højest« (udskrift af retsmødet, s. 72).

Sådan kan man dog ikke udtrykke det. Lad os tage kontraktens punkt 4 a): Dersom Rembrandt har til hensigt at overdrage sine aktier til en enkelt køber, skal selskabet foranledige, at køberen tilbyder at erhverve Philip Morris' andel i Rothmans »til den samme gennemsnitlige kontantpris pr. aktie, som den, der gælder for Rembrandts aktier«. Her er kortene virkelig lagt på bordet; det forhold, at der består risiko for fortsat at blive budt over af Philip Morris, den kolossale størrelse af den aktieandel, der skal købes (en kapital der udgør næsten 70% af stemmerettighederne i Rothmans!), og den omstændighed, at betalingen skal ske kontant, er alle faktorer, der er udformet for at afskrække nogen tredjemand — selv den stærkest motiverede — fra at melde sig eller gennemføre forhandlingerne til den bitre ende.

Jeg kunne behandle dette spørgsmål mere indgående og især opholde mig ved de ikke mindre urimelige virkninger af den ret, der er givet Philip Morris til at udpege køberen; men en sådan undersøgelse ville være uden mening. Det tilkommer Kommissionen at afgøre, hvorvidt de opstillede vilkår strider mod artikel 85, stk. 1, eller omvendt ikke begrænser konkurrencen over for de andre oligopoler. Det kan heller ikke anføres, at Kommissionen ikke gjorde dette, fordi de forpligtelser, der var blevet indhentet fra aftalepartnerne, tog sigte på at skaffe Kommissionen en garanti for, at disse aftalevilkår ikke frembød nogen fare; det var Kommissionen selv, der medgav, at disse tilsagn — der endvidere blev afgivet *efter* aftalens indgåelse — ikke påvirkede Kommissionens synspunkter med hensyn til lovligheden af aftalen.

Sammenfattende kan der ikke være nogen tvivl om, at sagsøgte har tilsidesat den forpligtelse, der påhviler den i henhold til artikel 190; den anfægtede foranstaltning bør derfor annulleres på grund af dens utilstrækkelige begrundelse med hensyn til en af betingelserne for, at en aftale mellem virksomheder kan være forenelig med forbudet i EØF-Traktatens artikel 85, stk. 1.

10. Jeg foreslår på dette grundlag, at Domstolen giver British American Tobacco Company Ltd og Reynolds Industries Incorporated medhold i de mod Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber anlagte sager og annullerer beslutningen af 22. marts 1984 vedrørende sagsøgerne IV/320.342 og IV/30.926. I henhold til procesreglementets artikel 69, stk. 2, bør Kommissionen bære sagens omkostninger, da den har tabt sagen. Hver intervenient bør bære sine egne omkostninger.