ARREST VAN HET HOF (Vijfde kamer)
10 december 1985 *

In de gevoegde zaken 240-242, 261, 262, 268 en 269/82,

Stichting Sigarettenindustrie, stichting naar Nederlands recht, gevestigd te 's-Gravenhage, vertegenwoordigd door L. H. van Lennep, advocaat te 's-Gravenhage, kantoor houdend te Brussel, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ten kantore van J. Loesch, advocaat aldaar, rue Goethe 2 (zaak 240/82),

Philip Morris Holland BV, vennootschap met beperkte aansprakelijkheid naar Nederlands recht, gevestigd te 's-Gravenhage, vertegenwoordigd door F. O. W. Vogelaar, advocaat bij de Hoge Raad der Nederlanden, te 's-Gravenhage, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ten kantore van J. Loesch, advocaat aldaar, rue Goethe 2 (zaak 241/82),

Theodorus Niemeyer BV, vennootschap met beperkte aansprakelijkheid naar Nederlands recht, gevestigd te Groningen, vertegenwoordigd door R. E. P. de Ranitz, advocaat bij de Hoge Raad der Nederlanden, kantoor houdend te 's-Gravenhage, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ten kantore van J. Loesch, advocaat aldaar, rue Goethe 2 (zaak 242/82),

R. J. Reynolds Tobacco BV, vennootschap met beperkte aansprakelijkheid naar Nederlands recht, gevestigd te Hilversum, vertegenwoordigd door W. F. Th. Corpeleijn en O. W. Brouwer, advocaten te Amsterdam, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ten kantore van J. C. Wolter, advocaat aldaar, rue Goethe 2 (zaak 261/82),

British-American Tobacco Company (Nederland) BV, vennootschap met beperkte aansprakelijkheid naar Nederlands recht, gevestigd te Amsterdam, vertegenwoordigd door P. V. F. Bos, advocaat te Amsterdam, kantoor houdend te Brussel, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ten kantore van J. Loesch, advocaat aldaar, rue Goethe 2 (zaak 262/82),

Sigarettenfabriek Ed. Laurens BV, vennootschap met beperkte aansprakelijkheid naar Nederlands recht, gevestigd te 's-Gravenhage, vertegenwoordigd door H. G. Kemmler, B. Rapp-Jung en A. Böhlke, advocaten te Frankfurt/Main, kantoor houdend te Brussel, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ten kantore van E. Arendt, advocaat aldaar, rue Philippe-II 34 B (zaak 268/82), en

Turmac Tobacco Company BV, vennootschap met beperkte aansprakelijkheid naar Nederlands recht, gevestigd te Amsterdam, vertegenwoordigd door H. G. Kemmler, B. Rapp-Jung en A. Böhlke, advocaten te Frankfurt/Main, kantoor houdend te Brussel, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ten kantore van E. Arendt, advocaat aldaar, rue Philippe-II 34 B (zaak 269/82),

verzoeksters,

* Procestalen: Nederlands en Duits.

tegen

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door haar juridisch adviseur B. van der Esch als gemachtigde, bijgestaan door Jhr. C. E. M. van Nispen tot Sevenaer, advocaat te 's-Gravenhage, kantoor houdend te Brussel, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg bij O. Montalto, lid van de juridische dienst van de Commissie, bâtiment Jean Monnet, Kirchberg,

verweerster,

betreffende beroepen tot nietigverklaring van de beschikking van de Commissie van 15 juli 1982 inzake een procedure op grond van artikel 85 EEG-Verdrag (zaken nrs. IV/29 525 en IV/30 000 — SSI) (PB 1982, L 232, blz. 1),

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE (Vijfde kamer),

samengesteld als volgt: U. Everling, kamerpresident, R. Joliet, O. Due, Y. Galmot en C. Kakouris, rechters,

advocaat-generaal: P. VerLoren van Themaat
griffier: H. A. Rühl, hoofdadministrateur

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 29 januari 1985,

het navolgende

ARREST

(omissis)

Inhoud

I — Eerste middel, inhoudende dat niet is voldaan aan de voorwaarden voor toepassing van artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag 3865

A — Mededingingsbeperkende strekking of gevolg 3865

1. Doorslaggevende invloed van het wettelijke stelsel op het gedrag van verzoeksters 3865

a) Beschrijving van de wettelijke voorschriften 3865

b) De beweerde onmogelijkheid van eindprijsconcurrentie 3866

c) De beweerde onmogelijkheid van margeconcurrentie 3870

2. Druk van de overheid 3871

3. Distorsies van mededinging door hoge multiplicator 3872

B — Ongunstige beïnvloeding van handel tussen Lid-Staten 3873

II — Tweede middel, inhoudende dat de beschikking van de Commissie een innerlijke tegenstrijdigheid bevat 3874

III — Derde middel: schending van artikel 15 van verordening nr. 17/62 van de Raad 3875

A — Opzet of onachtzaamheid 3876

B — De aanmelding van de raamovereenkomst-SSI van 1976 gold als aanmelding van de prijsovereenkomst van 1978 3877

C — Geldboeten ter zake van overeenkomsten die vallen onder artikel 4, lid 2, van verordening nr. 17/62 van de Raad 3878

D — Schending van het beginsel van gelijke behandeling c.q. de billijkheid 3880

E — Schending van artikel 85, lid 3, EEG-Verdrag 3881

IV — Vierde middel, inhoudende dat artikel 190 EEG-Verdrag is geschonden, doordat de Commissie onvoldoende op de argumenten van verzoeksters is ingegaan 3882

V — Grieven inzake de hoogte van de geldboeten 3882

In rechte

1 Bij afzonderlijke verzoekschriften, neergelegd ter griffie van het Hof op 22, 24 en 29 september 1982, hebben de Stichting Sigarettenindustrie, Philip Morris Holland BV, Theodorus Niemeyer BV, R. J. Reynolds Tobacco BV, British-American Tobacco Company (Nederland) BV, Sigarettenfabriek Ed. Laurens BV en Turmac Tobacco Company BV krachtens artikel 173, tweede alinea, EEG-Verdrag beroep ingesteld tot nietigverklaring van een beschikking van 15 juli 1982 (zaken nrs. IV/29 525 en IV/30 000 - SSI, PB 1982, L 232, blz. 1), waarbij de Commissie heeft vastgesteld, dat zij verschillende inbreuken op artikel 85 EEG-Verdrag hadden gepleegd.

2 Bij beschikking van 28 oktober 1982 heeft het Hof besloten, deze zeven zaken voor de behandeling en ter gelijktijdige berechting te voegen.

3 Verzoeksters zijn de Stichting Sigarettenindustrie (hierna: de SSI) en een aantal daarbij aangesloten Nederlandse fabrikanten van tabaksfabrikaten. De SSI is een in 1955 opgerichte stichting naar Nederlands recht, waarbij de meeste fabrikanten en importeurs van tabaksfabrikaten in Nederland als deelnemer zijn aangesloten. Zij heeft tot doel, de gemeenschappelijke belangen van haar deelnemers te behartigen. Op 20 december 1976 sloten de deelnemers van de SSI een raamovereenkomst waarin in wezen wordt bepaald, dat de contractanten de SSI aanwijzen als enige gesprekspartner voor het voeren van overleg met de overheid, met name ter zake van eindprijzen en groot- en kleinhandelsmarges. Deze raamovereenkomst werd in september 1977 bij de Commissie aangemeld. De meeste door de Commissie in voornoemde beschikking verboden overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen zijn binnen de SSI tot stand gekomen.

4 In haar beschikking stelt de Commissie, dat de deelnemers van de SSI inbreuk hebben gepleegd op artikel 85 EEG-Verdrag door verschillende overeenkomsten te sluiten inzake handelsmarges van grossiers en detailhandelaren in tabaksfabrikaten, dat wil zeggen het aan de wederverkopers toekomende gedeelte van de kleinhandelsprijs.

5 Zo hebben de deelnemers van de SSI op 4 december 1974 een overeenkomst gesloten, waarin werd bepaald, dat aan gespecialiseerde detailhandelaren die aan bepaalde criteria voldeden, jaarlijks een vaste korting zou worden toegekend voor elke duizend sigaretten die zij van hen kochten (hierna: bonusregeling speciaalzaken). Deze bonus werd regelmatig verhoogd en bedroeg in 1978 0,75 HFL per duizend sigaretten. Deze overeenkomst werd bij de Commissie aangemeld.

6 Voorts hebben de deelnemers van de SSI eind 1979 met een aantal groothandelaren een overeenkomst gesloten waarbij de maximum handelsmarge van deze laatsten werd vastgesteld. In dezelfde periode werd een soortgelijke overeenkomst gesloten tussen de deelnemers van de SSI en een organisatie die bepaalde detailhandelaren vertegenwoordigde, waarbij voor deze laatsten de maximummarge in geval van directe levering werd vastgesteld. Deze twee overeenkomsten werden bij de Commissie aangemeld op 27 december 1979.

7 In aanvulling op deze overeenkomsten kwam het in dezelfde periode tussen de deelnemers van de SSI tot een onderling afgestemde feitelijke gedraging met betrekking tot de toekenning van een vaste marge voor directe leveringen, en kwam

het tussen hen en de grossiers tot een onderling afgestemde feitelijke gedraging met betrekking tot een maximummarge voor leveringen van deze laatsten aan speciaalzaken.

8 De gevolgen van de hiervóór beschreven overeenkomsten en feitelijke gedragingen werden nog versterkt door een andere overeenkomst, die de deelnemers van de SSI op 23 april 1975 hebben gesloten. In deze overeenkomst, waarbij gedragsregels voor de verkoop van sigaretten werden vastgesteld (hierna: overeenkomst gedragsregels sigaretten), werd bepaald dat geen andere kortingen mochten worden toegekend dan die tussen de deelnemers van de SSI waren overeengekomen.

9 Voorts hebben de deelnemers van de SSI driemaal een overeenkomst gesloten waarbij zij hun eindprijzen verhoogden, en wel op 1 augustus 1974, 7 november 1975 en 1 februari 1978. Deze overeenkomsten hadden een beperkte geldigheidsduur (drie maanden) en kwamen telkens tot stand nadat overeenkomstig de Nederlandse wetgeving goedkeuring voor een prijsverhoging was verleend.

10 De Commissie was van mening, dat alle hiervóór genoemde overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen inbreuken op artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag vormden. Zij weigerde eveneens, voor de bij haar aangemelde bonusregeling speciaalzaken van 4 december 1974 en de overeenkomsten tot vaststelling van maximum handelsmarges van grossiers en detailhandelaren een ontheffing te verlenen als bedoeld in artikel 85, lid 3, EEG-Verdrag. Ten slotte legde de Commissie alle verzoeksters, behalve de SSI, geldboeten op wegens deelneming aan de verschillende overeenkomsten tot verhoging van de eindprijzen.

11 De SSI en de overige verzoeksters, die niet betwisten dat zij de hier bedoelde overeenkomsten hebben gesloten en aan vorenbeschreven onderling afgestemde feitelijke gedragingen hebben deelgenomen, voeren tot staving van hun beroep vier middelen aan, te weten dat niet aan de voorwaarden voor toepassing van artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag is voldaan, dat de beschikking van de Commissie een innerlijke tegenstrijdigheid bevat, dat artikel 15 van verordening nr. 17/62 van de Raad van 6 februari 1962 (PB 1962, blz. 204) is geschonden en dat artikel 190 EEG-Verdrag is geschonden doordat de Commissie onvoldoende op de argumenten van verzoeksters is ingegaan. Voorts formuleren verzoeksters een aantal bezwaren met betrekking tot de hoogte van de geldboeten.

I — Eerste middel, inhoudende dat niet is voldaan aan de voorwaarden voor toepassing van artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag

12 Met de ter zake van dit middel aangevoerde argumenten willen verzoeksters in de eerste plaats aantonen, dat in de sector tabaksfabrikaten in Nederland een daadwerkelijke mededinging onmogelijk is, zodat hun overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen geen beperking van de mededinging tot doel of tot gevolg konden hebben. De onmogelijkheid van mededinging in deze sector zou een uitvloeisel zijn van het wettelijke stelsel, de druk van de overheid en het bestaan van een „hoge multiplicator" ten gevolge van het hoge niveau van de ad valorem accijns. Voorts voeren verzoeksters aan, dat hun overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen de handel tussen Lid-Staten niet ongunstig konden beïnvloeden.

A — *Mededingingsbeperkende strekking of gevolg*

1. *Doorslaggevende invloed van het wettelijke stelsel op het gedrag van verzoeksters*

a) Beschrijving van het wettelijke stelsel

13 Blijkens het dossier heeft de Nederlandse wetgever in overeenstemming met richtlijn nr. 72/464 van de Raad van 19 december 1972 betreffende de belasting, andere dan omzetbelasting, op het verbruik van tabaksfabrikaten (PB 1972, L 303, blz. 1) er de voorkeur aan gegeven, tabaksfabrikaten voornamelijk te belasten met een hoge ad valorem accijns (berekend als een percentage van de maximum eindprijs), in plaats van met een specifieke accijns (waarvan het bedrag wordt vastgesteld per eenheid produkt).

14 Deze accijns wordt geïnd door middel van banderollen die de fabrikant of importeur van de fiscus koopt. De fabrikant of importeur stelt eerst de eindprijs van zijn produkten vast, inclusief alle belastingen. Vervolgens betaalt hij de in deze prijs begrepen belastingen. Ten slotte brengt hij de fiscale banderol, waarop de eindprijs is vermeld, op zijn produkten aan.

15 Volgens artikel 30 van de Nederlandse Wet op de accijns van tabaksfabrikaten (Staatsblad 1964, nr. 208; hierna: Wet tabaksaccijns) mogen tabaksfabrikaten niet

tegen een hogere of lagere prijs worden verkocht dan die vermeld op de banderol. Voorts bepaalt artikel 28 van de Wet tabaksaccijns, dat eenzelfde tabaksfabrikaat slechts tegen één eindprijs mag worden verkocht, tenzij in een merk of door een merk waaronder het is verpakt op duidelijke wijze een onderscheid is gemaakt. Afwijkingen zijn evenwel mogelijk.

16 Voorts past de Nederlandse overheid in het kader van de inflatiebestrijding sinds 1973 op grond van de Prijzenwet (Staatsblad 1961, nr. 135) een prijsregeling toe die bekend staat als „Prijzenbeschikking Goederen en Diensten" (hierna: PGD). De desbetreffende, jaarlijks vastgestelde ministeriële beschikking stelt criteria vast voor de berekening van de verhoging of verlaging van de eindprijzen in geval van stijging of daling van de kosten.

17 Artikel 2 PGD verbiedt de fabrikanten om hun produkten tegen een hogere prijs te verkopen dan waartegen deze op een bepaalde datum (peildatum) worden verkocht, vermeerderd of verminderd met het bedrag van de stijging of daling van de produktiekosten van deze produkten sedert die datum. Artikel 3 PGD verbiedt de handelaren om een produkt tegen een hogere prijs te verkopen dan de inkoopprijs, vermeerderd met een maximum winstmarge. Een fabrikant of handelaar kan evenwel steeds de bij de PGD vastgestelde maxima overschrijden, mits hij een bijzondere goedkeuring verkrijgt van de minister van Economische zaken. Voor overtredingen van de PGD kunnen strafrechtelijke sancties worden opgelegd op grond van de Wet economisch delicten van 22 juni 1950 (Staatsblad nr. K 258).

b) De beweerde onmogelijkheid van eindprijsconcurrentie

18 In hun onderscheiden memories stellen verzoeksters in de eerste plaats, dat vorenbeschreven wettelijk stelsel elke daadwerkelijke mededinging bij de vaststelling van de eindprijzen uitsluit.

19 De Nederlandse accijnswetgeving en de PGD laten volgens hen geen ruimte voor een soepel prijsbeleid van de ondernemingen en beletten het ontstaan van prijsverschillen tussen concurrenten. Aangezien artikel 28 van de Wet tabaksaccijns de

verkoop van produkten van hetzelfde merk tegen verschillende prijzen verbiedt, moet een fabrikant eerst zijn volledige voorraad waarop de oude prijs is vermeld, verkopen voordat hij de prijs van zijn produkten kan wijzigen. Anderzijds moet de fabrikant (of importeur), wanneer de minister overeenkomstig de PGD goedkeuring verleent voor een prijsverhoging, gebruik maken van deze goedkeuring. Zou hij namelijk beslissen om zijn eindprijs te handhaven en zou deze dus lager worden dan die van zijn concurrenten, dan zou zou hij ingevolge artikel 2 PGD zijn prijzen later niet meer zonder goedkeuring van de minister mogen verhogen. Het plafond van de prijzen van deze fabrikant komt aldus lager te liggen dan dat van zijn concurrenten. Bovendien worden bij later toegestane prijsverhogingen de prijzen dan op een lagere grondslag berekend.

20 Zou een fabrikant er desondanks in slagen om andere prijzen toe te passen dan zijn concurrenten, dan is dit volgens verzoeksters voor hem niet rendabel. Doordat de Nederlandse wetgever de voorkeur eraan heeft gegeven tabaksfabrikaten te belasten met een ad valorem accijns, waarvan de tarieven zeer hoog zijn, zijn alle fabrikanten gedwongen, hun kosten alsook hun winstmarges zo laag mogelijk te houden (verzoeksters noemen dit fenomeen het „comprimeringseffect"). Onder deze omstandigheden is hun vrijheid van handelen uiterst beperkt. Zij kunnen slechts met elkaar concurreren door hun winstmarges nog verder te verlagen. Een dergelijke verlaging van de winst, die slechts gering kan zijn, kan volgens verzoeksters slechts tot een klein prijsverschil ten opzichte van de concurrenten leiden. Een dergelijk offer is echter hoe dan ook onrendabel wegens de inelastische vraag in de sigarettenbranche: de verlaging van de winst zou niet worden gecompenseerd door een meer dan evenredige toename van de verkoop.

21 De Commissie geeft toe, dat artikel 28 van de Wet tabaksaccijns voor de fabrikanten tot bepaalde praktische bezwaren kan leiden. Zij acht het evenwel overdreven te stellen, dat deze bepaling elke mededinging uitsluit, al was het maar omdat afwijkingen mogelijk zijn. De Commissie is het evenmin eens met het betoog van verzoeksters met betrekking tot artikel 2 PGD. Volgens haar is de goedkeuring van de minister niet aan een termijn gebonden. Een fabrikant zou mitsdien kunnen beslissen om zijn prijzen niet ineens doch geleidelijk tot het toegestane maximum te verhogen.

22 Voorts acht de Commissie de economische argumenten van verzoeksters (comprimeringseffect en inelastische vraag) onjuist. Bovendien hebben verzoeksters, gesteld al dat het bestaan van een comprimeringseffect zou zijn aangetoond, met het

aangaan van hun overeenkomsten aan de gevolgen ervan kunnen ontsnappen, aangezien zij door de prijzen te verhogen eveneens hun winstmarge hebben verhoogd.

23 Het betoog van verzoeksters betreffende de onmogelijkheid van prijsconcurrentie ten gevolge van de Nederlandse wetgeving kan niet worden aanvaard.

24 In dit verband zij in de eerste plaats opgemerkt, dat de Wet tabaksaccijns de fabrikanten niet de vrijheid ontneemt om hun eindprijzen vast te stellen, aangezien artikel 30 van deze wet enkel de detailhandelaren verplicht zich aan de banderolprijs te houden.

25 Weliswaar kan het verbod van artikel 28 van de Wet tabaksaccijns om produkten onder hetzelfde merk tegen verschillende prijzen te verkopen, voor een fabrikant die zijn eindprijzen wil wijzigen, praktische moeilijkheden opleveren, doch deze moeilijkheden zijn slechts van voorbijgaande aard. Bovendien wordt in artikel 28 uitdrukkelijk bepaald, dat afwijkingen mogelijk zijn. Ten slotte staat artikel 28 niet eraan in de weg dat een fabrikant die een nieuw produkt op de markt brengt, van meet af aan een prijs bepaalt die verschilt van de prijzen van zijn concurrenten, en aldus een prijsverschil creëert waardoor hij zijn marktaandeel kan vergroten.

26 Trouwens, anders dan de Belgische administratie deed (zie het arrest van 29 oktober 1980, gevoegde zaken 209-215 en 218/78, Van Landewyck e.a., Jurispr. 1980, blz. 3125), wordt door de Nederlandse overheid het assortiment van de voor de fabrikanten beschikbare fiscale banderollen niet beperkt, zodat zij hen dus niet belet, prijzen toe te passen die gunstiger zijn voor de verbruikers.

27 Na onderzoek van de Nederlandse prijsregeling, de PGD, behoeft deze conclusie niet te worden gewijzigd. Ten einde te voorkomen dat de fabrikanten of importeurs prijzen toepassen die te hoog zijn in verhouding tot hun kosten, verbiedt artikel 2 PGD hen om tegen een prijs te verkopen die hoger is dan een bepaald maximum. Doch deze regeling belet hen niet om hun produkten te verkopen tegen een prijs die lager is dan dit maximum.

28 Voorts is bij de mondelinge behandeling voor het Hof gebleken, dat een fabrikant kan beslissen om zijn prijzen niet onmiddellijk met het toegestane bedrag te verhogen. Door zijn prijzen te handhaven, kan deze fabrikant dus de ondernemingen beconcurreren die wel hebben beslist om hun prijzen te verhogen.

29 Op grond van het voorgaande moet derhalve worden geconcludeerd, dat de Nederlandse wetgeving de flexibiliteit van het optreden van de fabrikanten van tabaksfabrikaten wat betreft prijsconcurrentie weliswaar inperkt, doch het hen niettemin niet onmogelijk maakt om een prijsverschil te creëren tussen hun produkten en die van hun concurrenten, hetzij door hun prijzen te verlagen, hetzij door ze op hetzelfde niveau te handhaven wanneer anderen hun prijzen verhogen.

30 Evenmin kunnen verzoeksters zich, ter verklaring van de onmogelijkheid van prijsconcurrentie in de sector tabaksfabrikaten, beroepen op het comprimeringseffect.

31 Om te beginnen zij namelijk opgemerkt, dat niet is aangetoond dat het comprimeringseffect, gesteld al dat het bestaat, tot gevolg heeft dat de kosten van alle fabrikanten van tabaksfabrikaten tot hetzelfde niveau dalen. Zelfs indien elke fabrikant gedwongen is zijn kosten tot een minimum te beperken, dan komt dit minimum niet per se overeen met de minimumkosten van een andere fabrikant. Bijgevolg kan een gering kostenverschil, wanneer het wordt doorberekend, door het hierna te bespreken multiplicator-effect tot uiting komen in een groter verschil in de eindprijzen en aldus prijsconcurrentie mogelijk maken.

32 In ieder geval doet het comprimeringseffect zich enkel voor bij een normale mededinging. In dat geval is iedere fabrikant gedwongen om zijn kosten, alsook zijn winstmarge, tot een minimum te beperken. Door hun prijsovereenkomsten hebben verzoeksters echter elke onzekerheid omtrent de prijzen die hun concurrenten zouden toepassen weggenomen en hebben zij aldus aan het comprimeringseffect kunnen ontsnappen. De omstandigheid dat het in het belang van de producenten was om zich door gezamenlijk optreden te bevrijden uit de dwangsituatie waarin zij zich elk afzonderlijk door de werking van het marktmechanisme bevonden, maakt hun overeenkomsten niet verenigbaar met het mededingingsrecht.

c) De beweerde onmogelijkheid van margeconcurrentie

33 Voorts stellen verzoeksters, dat de Nederlandse voorschriften ook ten aanzien van de aan de handel toe te kennen marges elke mogelijkheid van mededinging heeft uitgeschakeld.

34 Verzoeksters baseren deze stelling op de tegenstrijdigheid die zou bestaan tussen artikel 3 PGD, dat gebaseerd is op de Prijzenwet, en artikel 30 van de Wet tabaksaccijns. Immers, ingevolge artikel 3 PGD is de detailhandelaar verplicht om zijn verkoopprijs te verlagen, indien zijn kostprijs daalt. Wanneer een fabrikant aan bepaalde detailhandelaren een ruimere winstmarge toekent waardoor hun inkoopprijs evenveel daalt, dan zouden deze handelaren ingevolge artikel 3 PGD verplicht zijn om hun verkoopprijs te verlagen. Verzoeksters noemen dit het „domino-effect". Dit „domino-effect" zou evenwel tot gevolg hebben, dat de detailhandelaren in conflict komen met artikel 30 van de Wet tabaksaccijns, dat hun verbiedt om sigaretten te verkopen tegen een andere prijs dan die vermeld op de banderol. Door elkaar op het punt van de marges te beconcurreren, zouden de fabrikanten de detailhandelaren dus noodzakelijkerwijs verplichten om een wettelijke bepaling te overtreden, en zouden zij medeplichtig zijn aan deze overtreding.

35 Als verweer voert de Commissie in de eerste plaats aan, dat de PGD in de sector tabaksfabrikaten een bijzondere werking heeft. Het door verzoeksters beschreven domino-effect zou zich enkel onbeperkt voordoen in sectoren waarin de detailhandelaren zelf de verkoopprijs mogen bepalen. Daarbij zou men zich ervan moeten vergewissen, dat de hun bij de inkoop verleende voordelen worden doorberekend in de kleinhandelsprijzen. Dit zou de werking zijn van het domino-effect. In de sector tabaksfabrikaten evenwel, waar de fabrikanten zelf de kleinhandelsprijs vaststellen, zouden detailhandelaren niet behoeven te worden verplicht om een verlaging van hun kostprijs door te berekenen. Wanneer namelijk ministeriële goedkeuring wordt verleend voor een prijsverhoging, dan heeft de toegestane verhoging mede betrekking op de totale marge die op grond van deze prijs aan de industrie en de handel kan worden toegekend. De fabrikanten zouden dus nog met elkaar kunnen concurreren op het punt van de verdeling van deze marge over de verschillende marktdeelnemers.

36 Het betoog van verzoeksters kan niet worden aanvaard. Door verschillende overeenkomsten te sluiten om de handelsmarge van de grossiers en de detailhandelaren vast te stellen en om aan sommigen van hen een speciale korting te verlenen, heb-

ben de deelnemers van de SSI immers collectief gedaan wat zij volgens hen individueel niet konden doen. De omstandigheid dat de korting collectief is overeengekomen, zou evenwel niet hebben verhinderd dat degenen die daardoor werden begunstigd, strafbaar waren indien de Nederlandse wetgeving de strekking had die verzoeksters eraan toekennen. Dit kan evenwel niet het geval zijn, aangezien niet is aangetoond dat zelfs maar één grossier of detailhandelaar in Nederland is veroordeeld, omdat hij een korting die de deelnemers van de SSI hem hadden toegekend niet heeft doorberekend aan de verbruikers.

37 Verder heeft de Commissie op overtuigende wijze uiteengezet, waarin de bijzondere werking van de PGD in de sector tabaksfabrikaten bestaat. Blijkens haar verklaringen doet het domino-effect zich slechts voor in sectoren waarin iedere marktdeelnemer vrij is om zijn verkoopprijs vast te stellen; zulks is in de sector tabaksfabrikaten niet het geval, omdat de detailhandelaar ingevolge de Wet tabaksaccijns gebonden is aan de banderolprijs, die de fabrikant of de importeur heeft vastgesteld.

2. *Druk van de overheid*

38 Verzoeksters stellen eveneens, dat de Nederlandse overheid herhaaldelijk een beslissende invloed heeft uitgeoefend op de vorming van de verkoopprijzen en de marges. De overheidsinterventie zou haar verklaring vinden in het belang van de overheid bij een hoge accijnsopbrengst alsook in haar streven om bepaalde handelaren een stabiel inkomen te waarborgen. In het kader van dit overleg zou de overheid soms hebben gedreigd om — in haar bewoordingen — „maatregelen" te nemen, indien de deelnemers van de SSI hun gedrag niet afstemden op de door de overheid uitgestippelde beleidslijnen.

39 Volgens de Commissie blijkt uit de door verzoeksters overgelegde documenten niet, dat de onderhavige overeenkomsten met goedkeuring of op instigatie van de Nederlandse overheid zijn gesloten. De Nederlandse regering heeft zulks trouwens ten stelligste ontkend in haar antwoord op een haar door de Commissie gestelde vraag.

40 Hier kan in het midden blijven in hoeverre druk of instigatie van de overheid ertoe kan leiden dat de door ondernemingen gesloten overeenkomsten buiten de werkingssfeer van artikel 85 EEG-Verdrag kunnen vallen. Weliswaar is komen vast te staan, dat de Nederlandse overheid herhaaldelijk overleg heeft gepleegd met de betrokken ondernemingen, en dat zij daarbij bepaalde beleidsdoelstellingen heeft uitgestippeld die zij verwezenlijkt wenste te zien, doch niet is aangetoond, dat

volgens de overheid deze doelstellingen moesten worden verwezenlijkt door het sluiten van mededingingsbeperkende overeenkomsten als die welke bij de bestreden beschikking zijn verboden.

3. *Distorsie van mededinging door hoge multiplicator*

41 Een van de verzoeksters, te weten Laurens, voert aan, dat het Hof in het arrest van 29 oktober 1980 (Van Landewyck, reeds aangehaald) heeft erkend, dat de ad-valorem-accijns een multiplicator-effect heeft op de eindprijs. Door het effect van deze multiplicator, die in Nederland bijzonder hoog zou zijn, zou elke wijziging van de kosten, de winstmarge daaronder begrepen, die een fabrikant besluit door te berekenen, versterkt tot uiting komen in de eindprijs. Volgens Laurens veroorzaakt het multiplicator-effect distorsies in de mededinging zowel op het gebied van consumentenprijzen als op dat van aan wederverkopers toe te kennnen marges, omdat de normale verhouding tussen het aan de verbruikers gebodene en de verkoopprijzen van de produkten ernstig wordt verstoord.

42 De Commissie erkent, dat in de sector tabaksfabrikaten in Nederland sprake is van een multiplicator-effect, doch volgens haar versterkt dit de mededinging, omdat daardoor elke door de fabrikant doorberekende kostenverlaging versterkt doorwerkt, zodat deze fabrikant in staat is om aanzienlijk lagere prijzen toe te passen dan zijn concurrenten.

43 In de eerste plaats zij opgemerkt dat, gelijk het Hof in zijn arrest van 29 oktober 1980 (Van Landewyck, reeds aangehaald) heeft erkend, het multiplicator-effect in beginsel zowel optreedt bij een wijziging van de kosten in opwaartse als in neerwaartse richting. Door het multiplicator-effect is de fabrikant die als enige het initiatief neemt om een kostenvermindering wel of een kostenverhoging niet door te berekenen, in staat om verkoopprijzen toe te passen waarin zijn voordeel op meer dan evenredige wijze doorwerkt.

44 Zo gezien wordt de prijsconcurrentie door het multiplicator-effect niet beperkt, doch versterkt, te meer waar in Nederland dit effect in neerwaartse richting geen enkele beperking ontmoet. Immers, anders dan de Belgische wetgever ten tijde van

de zaak Van Landewyck, heeft de Nederlandse wetgever immers niet besloten, een hoge minimumaccijns op te leggen die zijn belastinginkomsten had kunnen zeker stellen en het multiplicator-effect in geval van een verlaging van de kosten had kunnen beperken.

45 Gelijk het Hof in het arrest van 29 oktober 1980 (Van Landewyck, reeds aangehaald) heeft opgemerkt, treedt het multiplicator-effect trouwens niet op wanneer een fabrikant of importeur individueel beslist om, binnen een bepaalde verkoopprijs, het aan de grossiers en detailhandelaren toekomende gedeelte van deze prijs te verhogen. In zoverre is margeconcurrentie mogelijk, zonder dat het multiplicator-effect distorsies veroorzaakt.

B — *Ongunstige beïnvloeding van handel tussen Lid-Staten*

46 Verzoeksters stellen zich op het standpunt, dat hun overeenkomsten de handel tussen Lid-Staten niet ongunstig hebben beïnvloed, in de zin van artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag. Zodra de banderol is aangebracht, zouden de tabaksfabrikaten namelijk niet meer kunnen worden uitgevoerd naar een andere Lid-Staat. Verder zouden de tabaksfabrikaten waarop nog geen fiscale banderol is aangebracht, nog wel tussen ondernemingen van eenzelfde groep worden verhandeld, doch aangezien zij in dat geval nog niet in een Lid-Staat in de handel zijn gebracht, zouden de desbetreffende overeenkomsten de handel tussen Lid-Staten niet ongunstig kunnen beïnvloeden.

47 Volgens de Commissie vereist artikel 85 EEG-Verdrag niet, dat de handel tussen Lid-Staten wordt beperkt, doch enkel dat de mededingingsvervalsing deze handel ongunstig kan beïnvloeden, zo niet rechtstreeks, dan ten minste daadwerkelijk of potentieel. De deelnemers aan de litigieuze overeenkomsten en feitelijke gedragingen zouden te zamen een aandeel van 90% op de Nederlandse markt hebben en een omvangrijk deel van de invoer tussen Lid-Staten voor hun rekening nemen. Bijgevolg kan volgens de Commissie, gelet op de rechtsoverwegingen 170 tot en met 172 van het arrest van 29 oktober 1980 (Van Landewijck, reeds aangehaald) bezwaarlijk worden gesteld, dat niet aan de voorwaarde betreffende de ongunstige beïnvloeding van de handel tussen Lid-Staten is voldaan.

48 Gelijk het Hof in zijn arrest van 30 juni 1966 (zaak 56/65, Société technique minière, Jurispr. 1966, blz. 392) heeft opgemerkt, moet, wil er sprake zijn van een overeenkomst die de handel tussen Lid-Staten ongunstig kan beïnvloeden, „[die]

overeenkomst, gezien het geheel harer objectieve bestanddelen — feitelijk en rechtens — met een voldoende mate van waarschijnlijkheid (...) doen verwachten, dat zij, al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel, het ruilverkeer tussen Lid-Staten kan beïnvloeden; (...) ten einde te onderzoeken of artikel 85 op een overeenkomst... van toepassing is, [zal men derhalve] hebben na te gaan of zij met name de markt voor bepaalde produkten tussen de Lid-Staten kan belemmeren en aldus de wederzijdse economische penetratie, door het Verdrag beoogd, kan bemoeilijken". Opgemerkt zij, dat het marktafschermende effect slechts een voorbeeld is van de in artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag bedoelde beïnvloeding van de handel tussen Lid-Staten.

49 Hieruit volgt dat, ook wanneer er geen sprake is van marktafscherming, prijsovereenkomsten tussen ondernemingen die in één Lid-Staat zijn gevestigd en enkel de markt van die Lid-Staat bestrijken, het handelsverkeer tussen Lid-Staten raken in de zin van artikel 85 EEG-Verdrag, zodra zij — al was het maar ten dele — betrekking hebben op een uit een andere Lid-Staat afkomstig produkt, en zelfs indien de contractanten dat produkt hebben betrokken van een onderneming van hun groep.

50 Hetzelfde geldt voor overeenkomsten die betrekking hebben op de aan de wederverkopers toe te kennen handelsmarges. Gelijk het Hof in zijn arrest van 29 oktober 1980 (Van Landewyck, reeds aangehaald) heeft beklemtoond, verminderen verzoeksters door een dergelijke overeenkomst nog eens aanzienlijk de stimulans voor de tussenhandelaren om, als tegenprestatie voor individuele financiële voordelen, de verkoop van bepaalde, met name van ingevoerde produkten te begunstigen ten opzichte van de verkoop van andere produkten.

51 Bijgevolg heeft de Commissie terecht vastgesteld, dat de in haar beschikking bedoelde overeenkomsten en feitelijke gedragingen de handel tussen Lid-Staten ongunstig konden beïnvloeden. Mitsdien moet het eerste middel worden verworpen.

II — Tweede middel, inhoudende dat de beschikking van de Commissie een innerlijke tegenstrijdigheid bevat

52 Een van de verzoeksters, te weten British-American Tobacco Company (Nederland) BV, is van mening dat er een tegenstrijdigheid bestaat tussen artikel 6 van de

bestreden beschikking, waarin de SSI elk overleg met de overheid zou worden verboden, en de artikelen 1 en 4 van deze beschikking, waarin de bepalingen van de raamovereenkomst van 1976 inzake dit overleg onverlet zou worden gelaten.

53 De Commissie betoogt, dat zij het overleg tussen de SSI en de overheid niet heeft verboden, voor zover dit overleg zo wordt ingericht dat de noodzakelijke gegevens op neutrale en vertrouwelijke wijze worden vergaard, de resultaten ervan op objectieve wijze worden doorgegeven, en het niet ertoe leidt, dat mededingingsbeperkende overeenkomsten worden gesloten.

54 In artikel 6 van de bestreden beschikking wordt bepaald: „de in artikel 7 vermelde ondernemingen en ondernemersverenigingen wordt verboden in de toekomst met elkaar collectief overleg te plegen aangaande prijsverhogingen voor sigaretten en de aanpassing van de marges voor de distributie van sigaretten in Nederland".

55 Bij lezing van dit artikel blijkt, dat de Commissie de betrokken ondernemingen heeft verboden, onderling overleg te plegen over prijzen of marges. Volgens de overwegingen van de beschikking is een dergelijk overleg tussen ondernemingen in strijd met artikel 85 EEG-Verdrag.

56 Daarentegen wordt in dit artikel niets in de weg gelegd aan overleg tussen de betrokken ondernemingen en de Nederlandse overheid, voor zover dit overleg niet leidt tot gedragingen die in strijd zijn met artikel 85 EEG-Verdrag. Mitsdien moet het door British-American Tobacco Company (Nederland) BV aangevoerde middel worden verworpen.

III — Derde middel: schending van artikel 15 van verordening nr. 17/62 van de Raad

57 Zoals hiervóór is uiteengezet, heeft de Commissie geldboeten opgelegd aan de ondernemingen die hadden deelgenomen aan de met artikel 85 EEG-Verdrag strijdige prijsovereenkomsten.

58 De verzoeksters aan wie deze geldboeten zijn opgelegd, vechten deze aan met verschillende argumenten. Zij zouden niet opzettelijk of uit onachtzaamheid heb-

ben gehandeld. De prijsovereenkomst van 1978 zou als impliciet aangemeld moeten worden beschouwd. Geen geldboeten zouden kunnen worden opgelegd ter zake van de overeenkomsten die onder artikel 4, lid 2, sub 1, van verordening nr. 17/62 van de Raad vallen. De Commissie zou het beginsel van gelijke behandeling en het billijkheidsbeginsel hebben miskend. Ten slotte zou de Commissie artikel 85, lid 3, EEG-Verdrag hebben geschonden.

A — *Opzet of onachtzaamheid*

59 Sommige verzoeksters herinneren eraan, dat ter zake van een inbreuk op artikel 85 EEG-Verdrag slechts een geldboete kan worden opgelegd, wanneer is aangetoond dat de partijen bij de betrokken overeenkomst „opzettelijk" of „uit onachtzaamheid" hebben gehandeld. In casu zou de Commissie de opzet of onachtzaamheid niet hebben bewezen.

60 Volgens verzoeksters zou in casu daarentegen toepassing moeten worden gegeven aan het strafrechtelijke beginsel van de disculperende rechtsdwaling. Ten betoge dat er sprake was van een dergelijke dwaling, voeren verzoeksters verschillende redenen aan. In de eerste plaats stellen zij, dat de draagwijdte van de mededingingsregels niet duidelijk was voor wat tabaksfabrikaten betrof, aangezien de beschikking van de Commissie in de zaak Van Landewyck (beschikking nr. 78/670 van 20 juli 1978, PB 1978, L 224, blz. 29) van latere datum is dan hun overeenkomsten. In de tweede plaats wijst een van de verzoeksters, te weten Reynolds, erop dat zij niet heeft deelgenomen aan het overleg met de Nederlandse overheid. Zij zou slechts partij zijn geworden bij de litigieuze overeenkomsten, omdat zij de overtuiging was toegedaan, dat de overheid die overeenkomsten als noodzakelijk beschouwde en dat daartegen geen enkel bezwaar viel in te brengen.

61 De Commissie wijst erop, dat zij verzoeksters enkel wegens hun deelneming aan de prijsovereenkomsten geldboeten heeft opgelegd. Volgens de Commissie is dit een van de zwaarste inbreuken op het mededingingsrecht, waarvoor zij steeds sancties heeft opgelegd, zonder dat zij op dit punt door het Hof is terechtgewezen. Het feit, dat verzoeksters op zijn minst onachtzaamheid kan worden verweten, zou zij uitvoerig hebben gemotiveerd in paragraaf 167 van haar beschikking.

62 Met betrekking tot de door verzoeksters aangevoerde redenen voert de Commissie in de eerste plaats aan, dat het duidelijk is dat prijsovereenkomsten in strijd zijn met artikel 85 EEG-Verdrag. Daarvoor zou men slechts de tekst van het Verdrag behoeven te lezen. Tegen deze overeenkomsten zou trouwens van meet af aan bezwaar zijn gemaakt, zoals reeds uit het eerste verslag over de mededinging is op te maken (Eerste Verslag over het mededingingsbeleid, gevoegd bij het Vijfde Algemeen Verslag over de werkzaamheden van de Europese Gemeenschappen, 1972,

blz. 25). Ten slotte zou het in casu niet het overleg met de overheid zijn, dat in geding is, doch het mededingingsbeperkend optreden van verzoeksters.

63 In artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17/62 van de Raad wordt bepaald: „wanneer ondernemingen of ondernemersverenigingen opzettelijk of uit onachtzaamheid... inbreuk maken op artikel 85, lid 1, ... van het Verdrag, ... kan de Commissie bij beschikking aan deze ondernemingen of ondernemersverenigingen geldboeten opleggen...".

64 Tijdens de onderhavige procedure is gebleken, dat de Commissie bij de vaststelling van de hoogte van de geldboeten ervan is uitgegaan, dat verzoeksters de inbreuken uit onachtzaamheid hebben gepleegd.

65 In casu kon het de deelnemers van de SSI niet onbekend zijn, dat zij door het sluiten van overeenkomsten tot verhoging van de prijzen de mededinging beperkten. Evenmin kon het hun onbekend zijn, dat deze overeenkomsten moesten worden geacht de handel tussen Lid-Staten ongunstig te kunnen beïnvloeden, aangezien zij een nationale markt volledig bestreken en betrekking hadden op uit een andere Lid-Staat ingevoerde produkten. Mitsdien heeft de Commissie terecht geoordeeld, dat verzoeksters op zijn minst uit onachtzaamheid hadden gehandeld.

66 Dit geldt eveneens voor Reynolds, die later op de Nederlandse markt is gepenetreerd, doch partij is geweest bij drie in het kader van de SSI gesloten prijsovereenkomsten. Reynolds heeft trouwens niet gesteld, dat op haar enigerlei druk is uitgeoefend om haar gedrag aan te passen aan dat van de reeds op deze markt gevestigde ondernemingen. Bijgevolg moet worden geconcludeerd, dat zij zich geheel uit vrije beweging in strijd met artikel 85 EEG-Verdrag heeft gedragen en derhalve op zijn minst uit onachtzaamheid heeft gehandeld.

B — *De aanmelding van de raamovereenkomst-SSI van 1976 gold als aanmelding van de prijsovereenkomst van 1978*

67 Verzoeksters voeren aan, dat zij te goeder trouw geloofden, dat de aanmelding van de raamovereenkomst-SSI van 1976 gold als aanmelding van de prijsovereenkomst van 1978, die slechts de uitvoering daarvan vormde.

68 Volgens de Commissie werd in de raamovereenkomst het overleg tussen de sector tabaksfabrikaten en de overheid geregeld, terwijl het bij de prijsovereenkomst om overleg tussen de fabrikanten onderling gaat. De Commissie ziet dan ook niet in, hoe de aanmelding van eerstgenoemde overeenkomst als aanmelding van de laatstgenoemde had kunnen gelden.

69 Het argument van verzoeksters kan niet worden aanvaard. Uit de raamovereenkomst, die het overleg tussen de Nederlandse overheid en de fabrikanten van tabaksfabrikaten regelde, was immers niet op te maken, dat dit overleg kon zijn gericht op de sluiting van mededingingsbeperkende overeenkomsten. Tijdens de onderhavige procedure is trouwens niet aangetoond, dat het daadwerkelijk met de overheid gevoerde overleg daarop was gericht. De aanmelding van de raamovereenkomst kan derhalve niet gelden als aanmelding van een mededingingsbeperkende overeenkomst als de prijsovereenkomst van 1978.

C — *Geldboeten ter zake van overeenkomsten die vallen onder artikel 4, lid 2, van verordening nr. 17/62 van de Raad*

70 Verzoeksters voeren aan, dat zij allen in één Lid-Staat waren gevestigd en dat hun prijsovereenkomsten geen betrekking hadden op in- of uitvoer. Zij leiden hieruit af, dat zij op grond van artikel 4, lid 2, sub 1, van verordening nr. 17/62 van de Raad niet verplicht waren deze overeenkomsten aan te melden, en dat de Commissie niet het recht had om hun ter zake van deze overeenkomsten geldboeten op te leggen. Het onderscheid dat in voornoemd artikel 4 wordt gemaakt tussen overeenkomsten die wel en overeenkomsten die niet moeten worden aangemeld, zou immers geen zin hebben, indien geldboeten zouden kunnen worden opgelegd ter zake van overeenkomsten die onder artikel 4, lid 2, sub. 1, van verordening nr. 17/62 vallen.

71 De Commissie stelt in de eerste plaats, dat de overeenkomsten die in casu in geding zijn, duidelijk niet onder artikel 4, lid 2, sub 1, van verordening nr. 17/62 vielen. Zij waren immers gesloten door ondernemingen die tezamen een aandeel van ongeveer 90% hebben op de Nederlandse markt van tabaksfabrikaten. Bovendien hadden deze overeenkomsten betrekking op ingevoerde produkten. Ten slotte zou, zelfs indien de overeenkomsten onder artikel 4, lid 2, vallen, zulks niet zonder meer impliceren, dat geen geldboeten kunnen worden opgelegd. Artikel 15, lid 5, sub a, van verordening nr. 17/62 van de Raad zou enkel van toepassing zijn, in geval van een geringe beperking van de vrije mededinging.

72 In artikel 4, lid 1, van verordening nr. 17/62 van de Raad wordt bepaald, dat ten gunste van een in artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag bedoelde overeenkomst slechts een beschikking tot verlening van een ontheffing kan worden gegeven, wanneer die overeenkomst bij de Commissie is aangemeld. In lid 2 van dit artikel wordt bepaald, dat deze regel niet geldt voor overeenkomsten waaraan slechts ondernemingen uit één Lid-Staat deelnemen en die geen betrekking hebben op de invoer of de uitvoer tussen Lid-Staten. Voorts wordt daarin bepaald, dat deze overeenkomsten bij de Commissie kunnen worden aangemeld.

73 Het betoog van verzoeksters komt in wezen erop neer, dat het in artikel 15, lid 5, sub a, van verordening nr. 17/62 vervatte verbod om geldboeten op te leggen, eveneens van toepassing zou zijn op de onder artikel 4, lid 2, van verordening nr. 17/62 vallende overeenkomsten, die niet zijn aangemeld.

74 In dit verband moet in de eerste plaats erop worden gewezen, dat dit verbod slechts uitdrukkelijk is voorzien voor overeenkomsten die daadwerkelijk zijn aangemeld, en dat daarbij geen onderscheid wordt gemaakt tussen de overeenkomsten die onder de algemene regeling van artikel 4, lid 1, vallen en de overeenkomsten die onder de bijzondere regeling van artikel 4, lid 2, vallen.

75 Voorts zij opgemerkt dat, anders dan verzoeksters betogen, het onderscheid tussen overeenkomsten die onder artikel 4, lid 1, en overeenkomsten die onder artikel 4, lid 2, vallen, zinvol blijft, ook al kunnen ondernemingen geldboeten worden opgelegd wegens deelneming aan overeenkomsten die onder artikel 4, lid 2, vallen, wanneer geen aanmelding heeft plaatsgevonden. Dit onderscheid is namelijk vanuit procedureel oogpunt in tweeërlei opzicht van belang. In de eerste plaats dient de Commissie bij de onder artikel 4, lid 2, vallende overeenkomsten ambtshalve na te gaan of aan de voorwaarden van artikel 85, lid 3, is voldaan, ook al is zij deze overeenkomsten op het spoor gekomen naar aanleiding van een door haar op eigen initiatief ingeleide procedure; bij de onder artikel 4, lid 1, vallende overeenkomsten is ontheffing daarentegen slechts mogelijk, wanneer zij vooraf zijn aangemeld. In de tweede plaats kan de Commissie bij de onder artikel 4, lid 2, vallende overeenkomsten, volgens artikel 6, lid 2, onbeperkt terugwerkende kracht toekennen aan haar ontheffingsbeschikking; bij de onder artikel 4, lid 1, vallende overeenkomsten kan volgens artikel 6, lid 1, in fine, de ontheffingsbeschikking daarentegen niet terugwerken tot vóór de datum van de aanmelding.

76 Ten slotte moet erop worden gewezen, dat aan de mogelijkheid om de in artikel 4, lid 2, bedoelde overeenkomsten aan te melden, eveneens een nuttig effect moet worden toegekend, zulks kan slechts het geval zijn wanneer ondernemingen die van die mogelijkheid gebruik maken, als tegenprestatie daarvoor bepaalde voordelen ontvangen. Afgezien van het feit, dat de betrokken ondernemingen aldus zekerheid kunnen verkrijgen omtrent de mogelijkheid van ontheffingverlening, zonder dat zij behoeven te wachten tot te hunnen aanzien ambtshalve een procedure wordt ingeleid, kan dit voordeel enkel hierin bestaan, dat deze ondernemingen ingevolge het bij artikel 15, lid 5, sub a, van verordening nr. 17/62 aan de Commissie opgelegde verbod zijn gevrijwaard voor geldboeten. Het is trouwens begrijpelijk, dat de gemeenschapswetgever dit voordeel uitsluitend heeft willen toekennen aan ondernemingen die hun overeenkomsten hebben aangemeld, omdat deze ondernemingen, door hun overeenkomsten aldus bekend te maken, het risico aanvaarden dat zij daaraan een einde moeten maken, en bovendien in zoverre de onderzoekstaak van de Commissie vergemakkelijken.

77 Om deze redenen moet worden geconcludeerd, dat het in artikel 15, lid 5, sub a, van verordening nr. 17/62 vervatte verbod om geldboeten op te leggen, enkel geldt voor overeenkomsten die daadwerkelijk zijn aangemeld.

78 Hieruit volgt dat, zelfs indien de onderhavige overeenkomsten onder artikel 4, lid 2, van verordening nr. 17/62 van de Raad vielen, de Commissie het recht had de verzoeksters die daaraan hebben deelgenomen geldboeten op te leggen, aangezien deze overeenkomsten niet waren aangemeld.

D — *Schending van het beginsel van gelijke behandeling c.q. de billijkheid*

79 In de eerste plaats voeren verzoeksters aan, dat het gelijkheidsbeginsel is geschonden, doordat zij anders zijn behandeld dan de ondernemingen in de zaak Van Landewyck. In laatstgenoemde zaak werden immers geen geldboeten opgelegd, ofschoon het om ernstige inbreuken ging.

80 De Commissie stelt terecht, dat het verwijt van verzoeksters ongegrond is. In de onderhavige zaak zijn de geldboeten opgelegd wegens de door verzoeksters gesloten prijsovereenkomsten. In de overeenkomsten die in geding waren in de zaak Van Landewyck, werd niet een verhoging van de eindprijs geregeld; zij betroffen enkel het aan de wederverkopers toekomende gedeelte van de door iedere fabrikant of importeur zelfstandig vastgestelde verkoopprijzen.

81 Voorts achten verzoeksters het onbillijk, dat systematisch geldboeten worden opgelegd wanneer het om prijsovereenkomsten gaat, terwijl artikel 85 geen onderscheid maakt tussen de verschillende soorten overeenkomsten.

82 Opgemerkt zij, dat uit de omstandigheid dat een dergelijk onderscheid niet wordt gemaakt, niet volgt dat alle inbreuken even ernstig zijn. Mededingingsregelingen die tot gevolg hebben, dat de verbruikers niet tegen de voordeligste prijs wordt bevoorraad, zijn bijzonder ernstig, zodat de Commissie terecht een strikt gebruik maakt van haar bevoegdheid om sancties op te leggen.

E — *Schending van artikel 85, lid 3, EEG-Verdrag*

83 Drie verzoeksters betogen, dat de Commissie ter zake van de prijsovereenkomsten geen geldboeten had mogen opleggen, doch integendeel voor deze overeenkomsten een ontheffing had moeten verlenen, als bedoeld in artikel 85, lid 3, EEG-Verdrag. Zo stelt Reynolds, dat deze overeenkomsten ten doel hadden de structuur van het distributienet te beschermen, en dus ten goede zijn gekomen aan de verbruikers. Laurens stelt zich op het standpunt, dat een ontheffing moet worden verleend, zolang de uit de nationale wettelijke regelingen voortvloeiende distorsies niet zijn opgeheven. Volgens Turmac ten slotte is artikel 85, lid 3, flexibel genoeg om te kunnen worden toegepast op een zo bijzondere sector als die van de tabaksfabrikaten.

84 Volgens de Commissie kan het betoog van Reynolds niet worden aanvaard, nu het Hof in het arrest van 29 oktober 1980 (Van Landewyck), reeds heeft verklaard, dat „het aantal tussenpersonen en merken... niet noodzakelijkerwijze het wezenlijke criterium [vormt] voor een verbetering van de verdeling in de zin van artikel 85, lid 3". Voor het overige meent de Commissie, dat het er enkel om gaat, of prijsconcurrentie mogelijk bleef op de Nederlandse markt van tabaksfabrikaten.

85 In dit verband volstaat het op te merken dat, gelijk de Commissie in haar beschikking terecht heeft gesteld, zo al ambtshalve een ontheffing had kunnen worden verleend, deze ontheffing had moeten worden geweigerd op grond dat de prijsovereenkomsten uitsluitend ten goede kwamen aan de fabrikanten en importeurs en de verbruikers geen enkel voordeel verschaften.

IV — Vierde middel, inhoudende dat artikel 190 EEG-Verdrag is geschonden, doordat de Commissie onvoldoende op de argumenten van verzoeksters is ingegaan

86 Volgens verzoeksters heeft de Commissie hun argumenten in iedere fase van de procedure genegeerd. Van deze argumenten zou niets zijn terug te vinden in de beschikking.

87 Volgens de Commissie is het niet vereist, dat zij in haar beschikking ingaat op alle argumenten die door partijen zijn aangevoerd.

88 Er zij op gewezen, dat volgens vaste rechtspraak van het Hof de Commissie krachtens artikel 190 EEG-Verdrag weliswaar gehouden is, haar beschikkingen met redenen te omkleden met vermelding van de feitelijke en juridische gegevens waarvan de wettigheid van de maatregel afhangt en van de overwegingen die haar tot het nemen van haar beschikking hebben geleid, doch dat niet is vereist dat zij ingaat op alle feitelijke en rechtspunten die door elke betrokkene tijdens de administratieve procedure zijn opgeworpen. Bijgevolg moet het vierde middel eveneens worden verworpen.

V — Grieven inzake de hoogte van de geldboeten

89 De volgende geldboeten zijn opgelegd: aan British-American Tobacco 350 000 Ecu; Laurens 425 000 Ecu; Niemeyer 100 000 Ecu; Philip Morris 125 000 Ecu; Reynolds 150 000 Ecu en Turmac 325 000 Ecu.

90 Alle verzoeksters betogen dat, zo het Hof de geldboeten mocht handhaven, het bij de vaststelling van de hoogte ervan rekening zou dienen te houden met een aantal factoren, zoals de geldigheidsduur van de overeenkomsten (slechts drie maanden in het geval van de prijsovereenkomsten), de omstandigheid dat verzoeksters te goeder trouw geloofden dat de aanmelding van de raamovereenkomst-SSI tevens gold als aanmelding van de prijsovereenkomst van 1978, en het nationale karakter van de overeenkomsten. Voorts zou het Hof rekening moeten houden met de invloed van het wettelijke stelsel en met de rol die de overheid heeft gespeeld.

91 Volgens de Commissie waren verzoeksters zich stellig bewust van het feit, dat hun overeenkomsten zowel de margeconcurrentie als de eindprijsconcurrentie uitscha-

kelden. Zij zouden trouwens niet ontkennen, dat zij deze overeenkomsten welbewust hebben gesloten, doch enkel aanvoeren, dat op de betrokken markt geen werkzame mededinging mogelijk was. Hiermee zou aan de voorwaarden van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17/62 zijn voldaan.

92 In de eerste plaats moet worden opgemerkt dat, waar de prijsovereenkomst van 1978 geenszins de uitvoering vormde van de raamovereenkomst-SSI van 1976, verzoeksters niet staande kunnen houden, dat zij te goeder trouw geloofden dat de aanmelding van de raamovereenkomst mede de prijsovereenkomst omvatte.

93 In de tweede plaats kan het nationale karakter van de prijsovereenkomsten evenmin als een verzachtende omstandigheid worden beschouwd, aangezien deze overeenkomsten de handel tussen Lid-Staten ongunstig konden beïnvloeden.

94 In de derde plaats, zo een aansporing van overheidswege al een verzachtende omstandigheid kan vormen, in casu heeft de overheid in elk geval niet aangezet tot de sluiting van de door de Commissie verboden mededingingsbeperkende overeenkomsten.

95 In de vierde plaats blijkt uit paragraaf 167 van de bestreden beschikking, dat de Commissie de duur van de inbreuken in aanmerking heeft genomen. De Commissie heeft erkend, dat de prijsovereenkomsten een vrij beperkte geldigheidsduur hadden, doch terecht heeft zij erop gewezen, dat zij juist zijn gesloten in een periode gedurende welke prijsconcurrentie mogelijk was. Bijgevolg kan hun beperkte geldigheidsduur niet als een verzachtende omstandigheid worden beschouwd.

96 Wat ten slotte het wettelijke stelsel betreft, heeft de Commissie erop gewezen, dat deze de handelingsvrijheid van partijen weliswaar enigermate beperkte, doch ze niet volledig tenietdeed, en bij de vaststelling van het bedrag van de geldboeten heeft zij daarmee rekening gehouden. Er bestaat geen aanleiding om haar beoordeling op dit punt te wijzigen.

97 Voorts beroepen sommige verzoeksters zich op bijzondere verzachtende omstandigheden. Zo wijzen Philip Morris en British-American Tobacco erop, dat zij hebben getracht de structuur van de SSI aan te passen ten einde haar in overeenstemming te brengen met het mededingingsrecht. Dank zij hun inspanningen had de

raamovereenkomst van 1976 kunnen worden ondertekend en bij de Commissie kunnen worden aangemeld. Niemeyer vestigt de aandacht op de sterke daling van haar aandeel op de Nederlandse markt gedurende de laatste jaren. Reynolds ten slotte voert aan, dat zij eerst later op de Nederlandse markt is gekomen, zodat zij te goeder trouw geloofde, dat zij zonder bezwaar kon toetreden tot de overeenkomsten die in de tabakssector bestonden.

98 Het betoog van Philip Morris en British-American Tobacco kan niet worden aanvaard. Immers, hun is geen geldboete opgelegd omdat zij hebben deelgenomen aan de raamovereenkomst-SSI, doch omdat zij partij waren bij de prijsovereenkomsten van 1974, 1976 en 1978. Bijgevolg doet het niet ter zake, dat zij hebben getracht de structuur van de SSI in overeenstemming te brengen met het mededingingsrecht.

99 Overigens heeft de Commissie, anders dan Niemeyer beweert, het marktaandeel van de onderscheiden ondernemingen in aanmerking genomen. Uit het dossier blijkt namelijk, dat de aan elke onderneming opgelegde geldboete een percentage van de in 1981 gerealiseerde omzet vormt. De omzet weerspiegelt het marktaandeel dat elke onderneming had op het ogenblik van de vaststelling van de beschikking van de Commissie. Bijgevolg heeft de Commissie reeds rekening gehouden met een eventueel teruglopend marktaandeel van Niemeyer tussen de sluiting van de overeenkomsten en de vaststelling van de beschikking.

100 Ten slotte moet worden opgemerkt, dat tijdens de procedure voor het Hof de Commissie heeft erkend, dat Reynolds, doordat zij eerst later op de Nederlandse markt was gekomen, een minder actieve rol heeft gespeeld dan de overige verzoeksters. Uit de door de Commissie aan het Hof verstrekte gegevens blijkt evenwel, dat de geldboeten voor alle verzoeksters op hetzelfde percentage van de omzet zijn vastgesteld, zodat geen rekening is gehouden met de minder actieve rol van Reynolds. Bijgevolg dient de aan Reynolds opgelegde geldboete te worden verlaagd van 150 000 Ecu tot 100 000 Ecu ofwel 260 884 HFL.

101 Uit het vorenoverwogene volgt, dat de beroepen van de Stichting Sigarettenindustrie, Philip Morris Holland BV, Theodorus Niemeyer BV, British-American Tobacco BV, Sigarettenfabriek Laurens en Turmac Tobacco in hun geheel moeten worden verworpen en dat het beroep van Reynolds moet worden toegewezen, voor zover het strekt tot verlaging van de geldboete, doch voor het overige moet worden verworpen.

Kosten

102 Ingevolge artikel 69, paragraaf 2, van het Reglement voor de procesvoering moet de in het ongelijk gestelde partij in de kosten worden verwezen. Volgens paragraaf 3, eerste alinea, van dit artikel kan het Hof de proceskosten evenwel geheel of gedeeltelijk compenseren, indien partijen onderscheidenlijk op een of meer punten in het ongelijk worden gesteld. Aangezien het beroep van Reynolds ten dele is toegewezen, dient met betrekking tot het beroep in zaak nr. 261/82 te worden beslist, dat elk der partijen de eigen kosten zal dragen. Aangezien in de overige zaken verzoeksters op alle punten in het ongelijk zijn gesteld, dienen zij hoofdelijk in de kosten te worden verwezen.

HET HOF VAN JUSTITIE (Vijfde kamer),

rechtdoende:

1) Verlaagt de aan Reynolds opgelegde geldboete van 150 000 Ecu tot 100 000 Ecu, ofwel 260 884 HFL.

2) Verwerpt het beroep van Reynolds voor het overige.

3) Verwerpt de overige beroepen.

4) In zaak nr. 261/82 zal elk der partijen de eigen kosten dragen.

5) Verwijst in de overige zaken verzoeksters hoofdelijk in de kosten.

Everling Joliet

Due Galmot Kakouris

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 10 december 1985.

De griffier
P. Heim

De president van de Vijfde kamer
U. Everling