

ARREST VAN HET GERECHT (Vijfde kamer)
22 november 2001 *

In zaak T-139/98,

Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato (AAMS), vertegenwoordigd door P. G. Ferri en D. Del Gaizo, avvocati dello Stato, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verzoekster,

tegen

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door G. Marengo en L. Pignataro als gemachtigden, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verweerster,

ondersteund door

Rothmans International Europe BV, gevestigd te Amsterdam (Nederland), vertegenwoordigd door S. Crosby, solicitor, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

* Procestaal: Italiaans.

en

JT International BV, voorheen **R. J. Reynolds International BV**, gevestigd te Hilversum (Nederland), vertegenwoordigd door **O. W. Brouwer**, **F. P. Louis** en **T. Janssens**, advocaten, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

intervenienten,

betreffende een beroep, primair strekkende tot nietigverklaring van beschikking 98/538/EG van de Commissie van 17 juni 1998 inzake een procedure op grond van artikel 86 van het EG-Verdrag (IV/36.010-F3 — Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato) (PB L 252, blz. 47), en, subsidiair, tot verlaging van de opgelegde geldboete,

wijst

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Vijfde kamer),

samengesteld als volgt: **P. Lindh**, kamerpresident, **R. García-Valdecasas** en **J. D. Cooke**, rechters,

griffier: **E. Sheehan**, referendaris,

gezien de stukken en na de mondelinge behandeling op 20 maart 2001,

II - 3416

het navolgende

Arrest

Aan het geding ten grondslag liggende feiten

- 1 Dit beroep strekt tot nietigverklaring van beschikking 98/538/EG van de Commissie van 17 juni 1998 inzake een procedure op grond van artikel 86 van het EG-Verdrag (IV/36.010-F3 — Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato) (PB L 252, blz. 47; hierna: „bestreden beschikking”). AAMS is een lichaam dat onder het belastingbestuur van de Italiaanse Staat ressorteert en met name werkzaam is in de productie, invoer, uitvoer en groothandel van tabaksfabrikaten. De werkzaamheden en de organisatie van AAMS zijn omschreven en geregeld bij Italiaans koninklijk wetsbesluit nr. 2258 van 8 december 1927.

- 2 Naar aanleiding van drie verzoeken in de zin van artikel 3 van verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962, Eerste verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag (PB 1962, 13, blz. 204), die waren ingediend door R. J. Reynolds Tobacco GmbH en R. J. Reynolds Tobacco Company SAE (in mei 1996), Rothmans International BV (in september 1996) en International Tobacco Company (in juni 1997) (hierna: „klagers”), heeft de Commissie AAMS bij brief SG (97) D/1583 van 28 februari 1997 een mededeling van punten van bezwaar gezonden, ten einde na te gaan, of bepaalde van haar gedragingen in de Italiaanse sigarettensector verenigbaar waren met artikel 86 van het Verdrag. Deze mededeling van punten van bezwaar is ook aan een aantal derde ondernemingen gezonden. Bij brief van 19 mei 1997 heeft AAMS opmerkingen ingediend over de punten van bezwaar van de Commissie. Ook R. J. Reynolds International BV en Rothmans International BV hebben schriftelijke opmerkingen ingediend, die de Commissie op 13 juni 1997 aan AAMS heeft meegedeeld.

- 3 Nadat de Commissie overeenkomstig artikel 19, lid 1, van verordening nr. 17 en verordening nr. 99/63/EEG van de Commissie van 25 juli 1963 over het horen van belanghebbenden en derden overeenkomstig artikel 19, leden 1 en 2, van verordening nr. 17 (PB 1963, 127, blz. 2268), op 11 juli 1997 AAMS en derden had gehoord en de schriftelijke opmerkingen van AAMS van 25 juli 1997 betreffende deze hoorzitting had ontvangen, heeft zij de bestreden beschikking vastgesteld.

De bestreden beschikking

- 4 De Commissie stelt vast dat AAMS krachtens artikel 45 van wet nr. 907 van 17 juli 1942 (GURI nr. 199 van 28 mei 1942) op het Italiaanse grondgebied het uitsluitende recht heeft op de productie van tabaksfabrikaten. Zij wijst erop, dat AAMS ten tijde van de vaststelling van de bestreden beschikking niet alleen sigaretten produceerde onder eigen merk, maar ook onder merken van de onderneming Philip Morris. Zij merkt ook op, dat AAMS de laatste decennia met die onderneming licentieovereenkomsten heeft gesloten, en dat de productie van AAMS in 1995 ongeveer 54 miljoen kilogram sigaretten bedroeg, waarvan 40 miljoen onder eigen en 14 miljoen onder Philip Morris-merken (punt 2 van de considerans van de bestreden beschikking).
- 5 De Commissie wijst erop dat de invoer in Italië van sigaretten uit andere lidstaten en de groothandelsdistributie ervan zijn geliberaliseerd bij wet nr. 724 van 10 december 1975 (GURI nr. 4 van 7 januari 1976), en dat derhalve invoer via andere dan AAMS-distributiedepots mogelijk is. Zij merkt op, dat ondanks de liberalisering alle uit de Gemeenschap afkomstige sigaretten in Italië nog steeds worden ingevoerd door AAMS, die zich ook op het gebied van de groothandelsdistributie beweegt op basis van akkoorden met buitenlandse producenten (hierna: „buitenlandse ondernemingen”) die hun sigaretten in Italië wensen af te zetten (punt 5 van de considerans van de bestreden beschikking).

- 6 De Commissie stelt vast dat de organisatie van de distributie- en verkoopdiensten van de monopoliegoederen en dus ook van sigaretten is geregeld bij wet nr. 1293 van 22 december 1957 (GURI nr. 9 van 13 januari 1958), en dat die diensten ingevolge deze wet beschikken over:
- a) inspectieafdelingen, die de distributie- en verkoopdiensten controleren;
 - b) primaire distributieliċhamen (hierna: „depots”), die tot taak hebben de goederen in ontvangst te nemen, te bewaren en voor de verkoop ervan te distribueren. Verder nemen de depots de belasting op de verkochte goederen in ontvangst en storten deze in de Schatkist;
 - c) verkoopafdelingen van de depots, die tegen betaling goederen uit de depots halen en deze doorverkopen aan de erkende kleinhandelsverkooppunten;
 - d) secundaire distributieliċhamen (hierna: „verkoopmagazijnen”), die tegen betaling goederen uit de depots en de verkoopafdelingen halen en deze doorverkopen aan de erkende kleinhandelsverkooppunten;
 - e) kleinhandelsverkooppunten (punt 6 van de considerans van de bestreden beschikking).
- 7 De Commissie preciseert dat de inspectiediensten, de depots en de verkoopafdelingen van de depots deel uitmaken van AAMS, dat de verkoopmagazijnen worden beheerd door particuliere handelaren en dat AAMS niet op de klein-

distributiemarkt aanwezig is (punten 7-9 en 32 van de considerans van de bestreden beschikking). Zij voegt daaraan toe, dat in Italië een monopolie bestaat voor de kleinhandel in sigaretten, dat het beheer van de tabakverkooppunten is geregeld bij besluit en met name bij instructies van AAMS, en dat de buitenlandse producenten sinds 1 januari 1993 de mogelijkheid hebben om de distributie van hun sigaretten in de groothandel toe te vertrouwen aan marktdeelnemers die beschikken over „belastingdepots” die worden gebruikt voor de verkoop van andere accijnsproducten (punten 31 en 32 van de considerans van de bestreden beschikking).

- 8 Om uit te maken of AAMS een machtspositie in de zin van artikel 86 van het Verdrag inneemt, maakt de Commissie onderscheid tussen drie product- en dienstenmarkten, die duidelijk onderling afhankelijk zijn, zodat maatregelen die op de ene markt worden genomen, aanzienlijke gevolgen voor de andere markten kunnen hebben. De eerste markt is die van in Italië of in andere lidstaten geproduceerde en voor distributie en verkoop op het Italiaanse grondgebied bestemde sigaretten (hierna: „sigarettenmarkt”). De tweede is de markt van de diensten in verband met de distributie van en de groothandel in die sigaretten (hierna: „grootdistributiemarkt”). De derde is die van diensten voor de kleinhandelsverkoop (hierna: „kleindistributiemarkt”) (punten 22-27 van de considerans van de bestreden beschikking).
- 9 Vervolgens overweegt de Commissie, dat die verschillende markten vanuit geografisch oogpunt om de volgende redenen samenvallen met het Italiaanse grondgebied:
 - a) de Italiaanse rokers hebben andere voorkeuren dan de rokers in andere lidstaten;
 - b) de kleinhandelsprijzen van de sigaretten verschillen aanzienlijk van die in de overige lidstaten;

- c) om te voldoen aan de Italiaanse voorschriften moeten de buitenlandse ondernemingen die hun producten in Italië wensen af te zetten, de nodige waarschuwingen in het Italiaans op de verpakkingen aanbrengen (zoals: „tabak is zeer schadelijk voor de gezondheid”);
- d) er bestaat in Italië geen parallele sigaretteninvoer (punt 28 van de considerans van de bestreden beschikking).
- 10 Uit een en ander concludeert de Commissie, dat in casu de volgende markten in aanmerking moeten worden genomen: de Italiaanse sigarettenmarkt, de Italiaanse grootdistributiemarkt en de Italiaanse kleindistributiemarkt (punt 29 van de considerans van de bestreden beschikking).
- 11 Vervolgens onderzoekt de Commissie de positie van AAMS op die markten. Wat in de eerste plaats de Italiaanse sigarettenmarkt betreft, stelt zij vast dat die wordt gekenmerkt door een duopolie van Philip Morris en AAMS (met ongeveer 94 % van de markt); daarnaast zijn er nog andere ondernemingen met marginale marktaandeelen (punt 30 van de considerans van de bestreden beschikking).
- 12 Wat in de tweede plaats de Italiaanse grootdistributiemarkt betreft, meent de Commissie, dat AAMS daar een machtspositie heeft. Ondanks de liberalisering van de invoer en de distributie op groothandelniveau van sigaretten, hebben de producenten er de voorkeur aan gegeven het distributienet van AAMS te blijven gebruiken om hun producten in Italië te verdelen. Volgens de Commissie is het voor buitenlandse ondernemingen immers economisch vrij moeilijk, een eigen onafhankelijk grootdistributienet op te zetten dat voldoende verreichend en vertakt is. De Commissie stelt vast dat de buitenlandse ondernemingen daarom steeds een beroep hebben gedaan op AAMS om hun sigaretten in Italië te

verdelen. De Commissie beschouwt AAMS als een „verplichte contractpartij” van de buitenlandse ondernemingen, omdat zij een feitelijke monopoliepositie heeft. Bovendien kunnen die ondernemingen de grootdistributie van hun sigaretten niet toevertrouwen aan marktdeelnemers die beschikken over belastingdepots, omdat die met onoverkomelijke economische hinderpalen zouden worden geconfronteerd. De Italiaanse wet bepaalt immers in de eerste plaats, dat tabaksfabrikaten gescheiden van andere accijnsproducten moeten worden bewaard, hetgeen de marktdeelnemers tot grote investeringen zou verplichten. In de tweede plaats onderscheiden de kleinhandelsverkooppunten van sigaretten zich duidelijk van die van andere accijnsproducten, zodat een nieuwe vervoer- en distributiestructuur zou moeten worden ingericht, zonder dat enige synergie met de bestaande distributiestructuur mogelijk is. In de derde plaats zijn de marktaandeelen van alle buitenlandse producenten (behalve Philip Morris, die met AAMS licentieovereenkomsten heeft gesloten) uitermate klein (omstreeks 7 %) zodat er onvoldoende economische stimulans is voor ondernemingen die zich als concurrent van AAMS met de tabaksgrootdistributie zouden willen bezighouden. Bovendien zouden de kleinhandelaars geen voordeel hebben bij toelevering door een andere groothandelaar, die hun enkel een klein deel zou kunnen leveren van de sigaretten die zij nodig hebben (punt 31 van de considerans van de bestreden beschikking).

- 13 In de derde plaats merkt de Commissie op, dat AAMS niet op de kleindistributiemarkt van sigaretten aanwezig is (punt 32 van de considerans van de bestreden beschikking).
- 14 De Commissie is van mening, dat AAMS misbruik heeft gemaakt van haar machtspositie op de grootdistributiemarkt in sigaretten. Zij onderscheidt twee soorten gedragingen van AAMS:
 - de sluiting van standaarddistributieovereenkomsten met een aantal sigarettenproducenten, op basis waarvan dezen AAMS de invoer en verkoop op groothandelniveau van de in een andere lidstaat geproduceerde sigaretten toevertrouwen;

- een reeks eenzijdige maatregelen van AAMS in verband met in een andere lidstaat geproduceerde en vervolgens in Italië binnengebrachte sigaretten (punt 12 van de considerans van de bestreden beschikking).

Bepalingen van de standaarddistributieovereenkomst

- 15 De Commissie stelt vast dat AAMS voor de distributie op groothandelsniveau in Italië van in een andere lidstaat door een buitenlandse onderneming geproduceerde sigaretten een standaardovereenkomst heeft uitgewerkt, waarvan de laatste versie, uit 1993, een periode van vijf jaar bestrijkt (punt 13 van de considerans van de bestreden beschikking).
- 16 Zij merkt op dat de tekst van de distributieovereenkomst door AAMS eenzijdig is vastgesteld en dat de buitenlandse ondernemingen niet de mogelijkheid hebben over de onderscheiden bedingen te onderhandelen of wijzigingen voor te stellen waarin met hun specifieke standpunten of belangen rekening is gehouden. Volgens de Commissie zijn die ondernemingen in zeer hoge mate van AAMS afhankelijk en hebben zij de door haar opgelegde bepalingen integraal moeten aanvaarden, waardoor AAMS hun concurrentie-initiatieven kan controleren en zelfs tegenwerken, teneinde haar eigen verkoop te beschermen (punt 14 van de considerans van de bestreden beschikking).
- De bepaling betreffende het op de markt brengen van nieuwe sigarettenmerken
- 17 De Commissie merkt op dat artikel 1, derde alinea, van de distributieovereenkomst bepaalt dat AAMS buitenlandse ondernemingen slechts tweemaal per jaar toestemming kan geven om nieuwe merken op de markt te brengen, en stelt dat dit voor die ondernemingen de mogelijkheid beperkt om nieuwe merken op de

Italiaanse markt te brengen op het moment dat zij dit het gunstigst achten (punt 35 van de considerans van de bestreden beschikking).

— De bepaling betreffende maximale hoeveelheden voor het op de markt brengen van nieuwe merken

- 18 De Commissie stelt vast dat volgens de vijfde alinea van bijlage B bij de distributieovereenkomst van nieuwe sigarettenmerken niet meer dan 5 000 kg op de markt mogen worden gebracht en dat volgens de zesde alinea van die bijlage de bestellingen van AAMS in het eerste jaar moeten overeenkomen met die van de voorgaande maand. Zij meent dat die bepalingen de buitenlandse onderneming de mogelijkheid ontnemen om vrij de regels en voorwaarden te bepalen voor het uitbrengen van een nieuw product, met inbegrip van de hoeveelheden en het tijdstip van het op de markt brengen. Zij voegt daaraan toe dat de vastgestelde hoeveelheid volstrekt ontoereikend is om een nieuw product op de Italiaanse markt te kunnen uitbrengen. De Commissie beklemtoont dat deze kwantitatieve beperking niet geldt voor sigaretten van AAMS en voor licentiesigaretten, en dat dit betekent dat de sigaretten van buitenlandse producenten zonder gegronde reden worden gediscrimineerd ten opzichte van de sigaretten van AAMS (punten 36 en 37 van de considerans van de bestreden beschikking).

— De bepaling betreffende de maximale hoeveelheden maandelijks af te zetten sigaretten

- 19 De Commissie meent dat de tweede alinea van bijlage B bij de distributieovereenkomst, die bepaalt dat de hoeveelheden sigaretten die de buitenlandse onderneming voor afzet op de Italiaanse markt bestemt, evenredig moeten zijn met de in de voorgaande maand verkochte hoeveelheden, de vrijheid van de buitenlandse onderneming beperkt om zelf de hoeveelheid producten die zij op de markt wil afzetten te bepalen. Zij verklaart dat die bepaling niet door objectieve vereisten van bescherming van eventuele rechtmatige economische en/of com-

merciële belangen van AAMS is gerechtvaardigd. Dienaangaande merkt zij op dat AAMS nog distributiecapaciteit vrij had, zodat zij aan een eventueel verzoek van buitenlandse ondernemingen om de te verdelen hoeveelheden op te voeren kon voldoen zonder haar distributiestructuur te moeten uitbreiden. De distributiecapaciteit van AAMS bedroeg namelijk ongeveer 102 miljoen kg sigaretten per jaar, tegenover de behoeften van de Italiaanse markt van ongeveer 90 miljoen kg. Voorts merkt zij op dat de betrokken bepaling niet kan worden gerechtvaardigd met het argument dat er een evenwicht moet zijn tussen de hoeveelheid buitenlandse sigaretten in het distributienet van AAMS en de werkelijke afnamecapaciteit van de markt. De buitenlandse onderneming heeft er immers geen enkel belang bij grotere hoeveelheden naar het distributienet van AAMS af te voeren dan de markt kan opnemen, daar zij verplicht is de onverkochte hoeveelheden die zich te lang in de depots van AAMS bevinden, op eigen kosten terug te nemen. Bovendien moet zij die vervolgens door nieuwe producten vervangen. Ten slotte beklemtoont de Commissie, dat de door AAMS — onder eigen merk of onder licentie — geproduceerde sigaretten niet onder een dergelijke beperking vallen en dus een aanzienlijk concurrentievoordeel genieten vergeleken bij de in het buitenland geproduceerde sigaretten (punten 38-40 van de considerans van de bestreden beschikking).

— De bepaling betreffende de verhoging van de maximale hoeveelheden maandelijks af te zetten sigaretten

- 20 De Commissie wijst erop dat volgens artikel 2, vijfde alinea, van de distributieovereenkomst de buitenlandse onderneming AAMS kan verzoeken de hoeveelheid voor de Italiaanse markt bestemde sigaretten te verhogen, maar dat hier een drievoudige beperking geldt die zeer nadelig is voor de concurrentievrijheid van de buitenlandse ondernemingen. In de eerste plaats is instemming van AAMS vereist. In de tweede plaats mag de verhoging maximaal 30 % van de „toegestane maandelijks bestelling” bedragen. In de derde plaats wordt de buitenlandse onderneming met die verhoging een extra distributievergoeding verschuldigd, die wordt berekend over de totale verkochte hoeveelheid en niet over de „extra” hoeveelheid. Volgens de Commissie heeft de beperking van de verhoging tot 30 % van de „toegestane maandelijks bestelling” ernstige nadelige gevolgen voor het concurrentievermogen van de buitenlandse onderneming, doordat deze

wordt verhinderd aan de vraag van de Italiaanse markt te voldoen. Dit geldt in het bijzonder voor producten als sigaretten, waarvan de verkoop sterk seizoengevoelig is. Daarenboven is de verplichte extra vergoeding aan AAMS, berekend over de totale verkochte hoeveelheid, niet gerechtvaardigd, daar de distributievergoeding volgens een schijvenstelsel wordt berekend, zodat een verhoging van de verkochte hoeveelheden overeenkomt met een vermindering van de vergoedingseenheid (punten 41-44 van de considerans van de bestreden beschikking).

— De bepalingen betreffende de presentatie van en de controle op de sigaretten

- 21 De Commissie stelt vast dat ingevolge artikel 4, eerste alinea, van de distributieovereenkomst de buitenlandse onderneming op elke voor verkoop in Italië bestemde sigaret de opdruk „Monital” moet aanbrengen (de afkorting van „Monopoli italiani”). Zij meent dat deze verplichting niet kan worden gerechtvaardigd met het argument dat aldus de sigaretten van de wettige en van de onwettige markt kunnen worden onderscheiden, maar neerkomt op een verkapte reclame voor AAMS via het product van een concurrent en bij de consument verwarring kan stichten over de identiteit van de producent van de sigaret. De Commissie meent ook, dat de in artikel 5 van de overeenkomst bedoelde controles niet noodzakelijk kunnen worden geacht om de naleving van de geldende voorschriften te verzekeren, dat zij derhalve niet gerechtvaardigd zijn en dat AAMS niet het recht heeft voor deze controles van de buitenlandse onderneming een forfaitaire betaling per pakje te verlangen. Deze controles hebben zonder enige geldige reden het uitbrengen van nieuwe buitenlandse sigaretten op de Italiaanse markt vertraagd (punten 45 en 46 van de considerans van de bestreden beschikking).

Onrechtmatige gedragingen

- 22 De Commissie merkt op dat AAMS herhaaldelijk verzoeken van buitenlandse ondernemingen op grond van artikel 2, vijfde alinea, van de distributieovereenkomst om de ingevoerde hoeveelheden te verhogen heeft afgewezen, en dat die

ondernemingen daardoor niet de hoeveelheden sigaretten op de Italiaanse markt hebben kunnen brengen die zij wenselijk achtten, hetgeen hun concurrentiepositie heeft verzwakt (punt 47 van de considerans van de bestreden beschikking).

- 23 De Commissie stelt ook vast dat de inspecteurs van AAMS die de activiteiten van de magazijnen controleren, maatregelen hebben genomen die niet door de toepasselijke wettelijke regeling of enige contractuele bepaling zijn voorgeschreven, teneinde de verkoop van nationale sigaretten te begunstigen en die van ingevoerde sigaretten te beperken. De beperkende gevolgen van deze maatregelen waren bijzonder groot in de gevallen waarin AAMS van de magazijnen heeft verlangd quota voor AAMS-sigaretten en voor buitenlandse sigaretten in acht te nemen. Verder hebben de inspecteurs van AAMS tegenover kleinhandelaren maatregelen getroffen die noch door de toepasselijke wettelijke regeling noch door enige contractuele bepaling waren voorgeschreven, teneinde de verkoop van sigaretten van AAMS te begunstigen en die van ingevoerde sigaretten te beperken (punten 48-53 van de considerans van de bestreden beschikking).
- 24 Op grond van die vaststellingen heeft de Commissie de bestreden beschikking vastgesteld, waarvan het dispositief luidt:

„Artikel 1

Met gebruikmaking van haar machtspositie op de Italiaanse grootdistributiemarkt in sigaretten heeft [AAMS] in strijd met artikel 86 van het EG-Verdrag ongeoorloofde gedragingen ter bescherming van haar positie op de Italiaanse sigarettenmarkt verricht, in de vorm van de in artikel 2 bedoelde oplegging van bepalingen in standaarddistributieovereenkomsten en van de in artikel 3 bedoelde eenzijdige handelwijzen.

Artikel 2

De ten onrechte door AAMS opgelegde bepalingen in standaarddistributieovereenkomsten zijn de bepalingen betreffende:

- a) de termijn voor het op de markt brengen van nieuwe sigarettenmerken (artikel 1, derde alinea);

- b) de maximale hoeveelheden voor het op de markt brengen van nieuwe sigaretten (bijlage B, vijfde en zesde alinea);

- c) de maximale hoeveelheden maandelijks af te zetten sigaretten (bijlage B, tweede alinea);

- d) de verhoging van de maximale hoeveelheden maandelijks af te zetten sigaretten (artikel 2, vijfde en zesde alinea);

- e) de opdruk „Monital” op de sigaretten (artikel 4);

- f) de controle van de sigaretten (artikel 5).

Artikel 3

De ongeoorloofde eenzijdige handelwijzen van AAMS zijn:

- a) de weigering van de door buitenlandse ondernemingen gevraagde verhogingen van de maandelijks ingevoerde sigaretten overeenkomstig de distributieovereenkomsten;

- b) de maatregelen ten aanzien van magazijnen en kleinhandelsverkooppunten ter begunstiging van nationale sigaretten en ter beperking van de verkoop van buitenlandse sigaretten.

Artikel 4

AAMS dient de in artikelen 2 en 3 bedoelde inbreuken onmiddellijk te beëindigen, zo dit al niet is geschied. In het bijzonder dient AAMS de in artikel 2 van deze beschikking vermelde bepalingen van de distributieovereenkomsten te wijzigen, zodat een einde aan het in deze beschikking vastgestelde misbruik wordt gemaakt. De nieuwe standaarddistributieovereenkomsten worden de Commissie meegedeeld.

Artikel 5

AAMS onthoudt zich ervan de in [de] artikel[en 2 en 3] vermelde gedragingen te laten voortduren of te hervatten of maatregelen met vergelijkbare gevolgen te treffen.

In dit verband zal AAMS gedurende drie jaar vanaf de kennisgeving van deze beschikking, telkens binnen twee maanden na het einde van het kalenderjaar, de Commissie verslag uitbrengen over de hoeveelheden buitenlandse sigaretten die zij in het voorafgaande jaar heeft verdeeld alsmede over de eventuele (gehele of gedeeltelijke) weigeringen van distributie van deze sigaretten.

Artikel 6

Voor de in de artikelen 2 en 3 bedoelde gedragingen wordt aan AAMS een geldboete opgelegd van 6 000 000 ECU.

[...]”.

Procesverloop

- 25 Bij verzoekschrift neergelegd ter griffie van het Gerecht op 7 september 1998, heeft AAMS het onderhavige beroep ingesteld.
- 26 Bij op 15 februari 1999 ter griffie van het Gerecht neergelegde akte heeft Rothmans International Europe BV verzocht in de zaak te mogen interveniëren aan de zijde van verweerster.

- 27 Bij op 23 februari 1999 ter griffie van het Gerecht neergelegde akte heeft ook JT International BV verzocht in de zaak te mogen interveniëren aan de zijde van verweerster.
- 28 Bij beschikking van 6 juli 1999 heeft de president van de Vijfde kamer van het Gerecht die twee ondernemingen toegelaten tot interventie aan de zijde van verweerster.
- 29 Op rapport van de rechter-rapporteur heeft het Gerecht (Vijfde kamer) besloten tot de mondelinge behandeling over te gaan. In het kader van maatregelen tot organisatie van de procesgang heeft het partijen uitgenodigd, vóór de terechtzitting documenten over te leggen en schriftelijk een aantal vragen te beantwoorden. Partijen hebben aan deze uitnodigingen gevolg gegeven.
- 30 Partijen zijn in hun pleidooien en hun antwoorden op de mondelinge vragen van het Gerecht gehoord ter terechtzitting van 20 maart 2001.

Conclusies van partijen

- 31 AAMS concludeert dat het het Gerecht behage:

- primair, de bestreden beschikking nietig te verklaren;

- subsidiair, de geldboete te verlagen;

— de Commissie te verwijzen in de kosten.

32 De Commissie concludeert dat het het Gerecht behage:

— het beroep te verwerpen;

— AAMS te verwijzen in de kosten.

33 Rothmans International Europe BV, interveniënte, concludeert dat het het Gerecht behage:

— het beroep te verwerpen;

— AAMS te verwijzen in de kosten van haar interventie.

34 JT International BV, interveniënte, concludeert dat het het Gerecht behage:

— het beroep te verwerpen;

- de geldboete aanzienlijk te verhogen;
- AAMS te verwijzen in de kosten, met inbegrip van die van interveniënten.

De primaire vordering, strekking tot nietigverklaring van de bestreden beschikking

35 Tot staving van haar beroep tot nietigverklaring voert AAMS één middel aan, ontleend aan schending van artikel 86 van het Verdrag en het bestaan van kennelijke beoordelingsfouten in verband met:

- de bepaling van de relevante geografische markt;
- het bestaan van een machtspositie op de Italiaanse grootdistributiemarkt in sigaretten;
- de beperkende gevolgen van sommige bepalingen van de distributieovereenkomst;
- de onrechtmatige eenzijdige gedragingen.

Het eerste onderdeel van het middel: onjuiste beoordeling van de relevante geografische markt

Argumenten van partijen

- 36 AAMS betwist de juistheid van de afbakening van de relevante geografische markt in de bestreden beschikking. In de eerste plaats zijn de factoren die de Commissie in aanmerking heeft genomen om de Italiaanse markt van de rest van de Europese markt te onderscheiden, ontoereikend en zeer algemeen. De verschillende gewoonten van de consumenten, die samenhangen met nationale tradities, smaken en gebruiken, zijn een vrij algemeen fenomeen en niet kenmerkend voor tabaksproducten. Op basis van die factoren is het volgens haar dan ook moeilijk om in Europa markten te vinden die groter zijn dan een nationaal grondgebied. In de tweede plaats verbaast verzoekster zich erover, dat bij een richtlijn opgelegde etiketteringsregels de nationale markt definiëren en derhalve de Europese markt opdelen. De argumenten van de Commissie druisen derhalve in tegen het begrip gemeenschappelijke markt zelf en tegen de harmonisatie die wordt nagestreefd met richtlijn 89/622/EEG van de Raad van 13 november 1989 betreffende de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten inzake de etikettering van tabaksproducten (PB L 359, blz. 1).
- 37 De Commissie en interveniënten stellen dat de argumenten van AAMS niet kunnen afdoen aan de juistheid van de afbakening van de relevante geografische markt. Zij merken op dat AAMS de in de bestreden beschikking vastgestelde feiten niet betwist.

Beoordeling door het Gerecht

- 38 Allereerst moet worden vastgesteld, dat de betrokken product- en dienstenmarkten in de bestreden beschikking worden omschreven als de markt van in Italië of in andere lidstaten geproduceerde sigaretten, de markt van de diensten in verband met de groothandel in die sigaretten en de markt van diensten voor de kleinhandelsverkoop, en dat verzoekster de juistheid van deze omschrijvingen niet betwist.
- 39 Wat vervolgens de relevante geografische markt betreft, is het vaste rechtspraak, dat die moet worden afgebakend teneinde te bepalen of de betrokken onderneming een machtspositie inneemt in de Gemeenschap of in een wezenlijk deel daarvan. Voor de afbakening van de geografische markt is dus, evenals voor de afbakening van de productmarkt, een economische beoordeling vereist. De geografische markt kan dus worden gedefinieerd als het grondgebied waarop voor alle marktdeelnemers juist met betrekking tot de relevante producten gelijke mededingingsvoorwaarden gelden. Het is geenszins nodig dat de objectieve mededingingsvoorwaarden voor de marktdeelnemers volkomen homogeen zijn. Het volstaat dat zij gelijk of voldoende homogeen zijn (arrest Hof van 14 februari 1978, *United Brands/Commissie*, 27/76, Jurispr. blz. 207, punten 44 en 53, en arrest Gerecht van 6 oktober 1994, *Tetra Pak/Commissie*, T-83/91, Jurispr. blz. II-755, punt 91). Bovendien kan die markt uit slechts één lidstaat bestaan (arrest Hof van 9 november 1983, *Michelin/Commissie*, 322/81, Jurispr. blz. 3461, punt 28).
- 40 Volgens punt 28 van de considerans van de bestreden beschikking vallen de drie betrokken product- en dienstenmarkten (*supra*, punt 38) vanuit geografisch oogpunt samen met het Italiaanse grondgebied. Blijkens de bestreden beschikking en de aan het Gerecht voorgelegde stukken verleende AAMS de in de distributieovereenkomst bedoelde diensten uitsluitend in Italië, en was zij noch als producent, noch als distributeur van sigaretten actief op de markt van andere lidstaten. Verder betwist AAMS niet, dat zij ten tijde van de vaststelling van de bestreden beschikking als enige aanwezig was op de Italiaanse markt van de sigarettengroothandel en dat zij op die markt al vele jaren een feitelijk monopolie had. Die omstandigheden volstaan als zodanig reeds om de analyse van de

Commissie met betrekking tot de omschrijving van de geografische markt in de bestreden beschikking te bevestigen en de desbetreffende argumenten van AAMS te weerleggen.

- 41 Bovendien wordt de omschrijving van de geografische markt in de bestreden beschikking gestaafd door een aantal andere daarin vermelde niet-betwiste feiten waaruit de specifieke aard van die markt blijkt. Het gaat met name om:
- het bestaan in Italië van een wettelijke regeling voor alle verrichtingen betreffende sigaretten, met name de productie, invoer, opslag, presentatie, groothandel en kleinhandel daarvan;
 - een groot verschil in de kleinhandelsprijs van sigaretten in Italië en de andere lidstaten;
 - het ontbreken van parallelle invoer van sigaretten in Italië;
 - de voorkeuren van de Italiaanse consumenten;
 - het grote marktaandeel in Italië van de sigarettenmerken van AAMS, die in andere lidstaten nagenoeg niet voorkomen;

— het grotere marktaandeel van sigarettenmerken van Philip Morris in Italië dan in andere lidstaten.

- 42 Derhalve moet worden aangenomen, dat de Commissie terecht heeft geconcludeerd, dat de in de bestreden beschikking afgebakende relevante markten samenvallen met het Italiaanse grondgebied. Verder moet met de Commissie worden beklemtuond, dat het feit dat de Italiaanse wettelijke regeling betreffende de presentatie van tabaksproducten is opgelegd door een richtlijn, geenszins belet dat die regeling in aanmerking wordt genomen als een feitelijke factor die bepalend is voor de afbakening van de relevante geografische markt.
- 43 Derhalve moet het eerste onderdeel van het middel worden afgewezen.

Het tweede onderdeel van het middel: onjuiste beoordeling van de machtspositie van AAMS op de Italiaanse grootdistributiemarkt in sigaretten

Argumenten van partijen

- 44 AAMS stelt dat de Commissie in de bestreden beschikking haar machtspositie op de relevante markt verkeerd heeft beoordeeld, en dat zij de moeilijkheden bij het opzetten van een alternatief distributienet heeft overschat. Onder verwijzing naar het arrest van het Hof van 21 februari 1973, Europemballage en Continental Can/Commissie (6/72, Jurispr. blz. 215), stelt zij dat de Commissie uit de vaststelling dat na de liberalisering van de Italiaanse grootdistributiemarkt in sigaretten alle buitenlandse ondernemingen gebruik bleven maken van het

distributienet van AAMS, niet kon concluderen dat zij op die markt een machtspositie innam. Die ondernemingen konden immers een eigen distributienet opzetten of zich wenden tot andere ondernemingen in de distributiesector die soortgelijke accijnsproducten behandelen. AAMS merkt op dat er verspreid over het gehele Italiaanse grondgebied talrijke erkende „belastingdepots” bestaan, die na een eenvoudige uitbreiding van de vergunning voor het beheer van het belastingdepot kunnen worden gebruikt voor de distributie van tabaksfabrikaten.

- 45 Volgens AAMS kan het argument van de Commissie dat de belastingdepots geen goed alternatief zijn voor de groothandel in sigaretten, niet worden aanvaard. In de eerste plaats zijn de kosten voor de aanpassing van de lokalen te verwaarlozen. Wat in de tweede plaats de band met de klanten betreft, AAMS houdt zich niet bezig met het vervoer van de goederen naar de verschillende tabaksverkopers, die immers zichzelf bevoorraden bij de magazijnen van AAMS. Kleinhandelaars in tabak die een beroep doen op andere groothandelaars behoeven volgens haar hun gewoonten dus niet te wijzigen en geen nieuwe financiële lasten te dragen. Bovendien maken de depots van andere accijnsproducten deel uit van een fijnmaziger distributienet dan de depots en verkoopmagazijnen van AAMS. Ten slotte exploiteren de sigarettenverkopers ook verkooppunten in eetgelegenheden en hebben zij contact met de distributeurs van alcoholproducten, die accijnsplichtig zijn. In de derde plaats maakt de distributie van sigaretten van derde ondernemingen door AAMS niet 7, maar 46 % van de totale sigarettenconsumptie in Italië uit.
- 46 AAMS merkt ook op dat haar distributieovereenkomst geen exclusiviteitsclausule bevat die de producenten belet gebruik te maken van een ander distributiekanaal. Bovendien heeft geen enkele klager gepoogd gebruik te maken van het bestaande alternatieve distributienet. AAMS wijst erop dat JT International BV in haar opmerkingen enkel stelt, dat zij verschillende keren heeft onderzocht of zij gebruik zou kunnen maken van een alternatief distributiesysteem, maar dat zij niet uiteenzet welke pogingen zij heeft ondernomen, noch waarom zij heeft geconcludeerd dat dit economisch niet rendabel zou zijn.

- 47 Ten slotte concludeert AAMS, dat de bestreden beschikking haar als ondernemer op de markt van de tabakswaarenproductie buitensporige lasten oplegt die veel verder gaan dan de verplichting om voor andere producenten geen belemmeringen te creëren.
- 48 De Commissie wijst erop dat AAMS niet betwist dat zij 100 % van de Italiaanse grootdistributiemarkt in sigaretten in handen heeft, en concludeert daaruit, dat zij op die markt een feitelijk monopolie heeft. Zij merkt op dat volgens het arrest van het Hof van 13 februari 1979, Hoffmann La Roche/Commissie (85/76, Jurispr. blz. 461, punt 41), zeer grote marktaandeelen, uitzonderlijke omstandigheden daargelaten, op zichzelf reeds het bewijs van een machtspositie leveren. AAMS heeft geen enkele uitzonderlijke omstandigheid aangevoerd die een ander dan het ondubbelzinnige standpunt van het Hof kan rechtvaardigen. De Commissie voegt daaraan toe, dat er ten tijde van de vaststelling van de bestreden beschikking op de Italiaanse grootdistributiemarkt in sigaretten geen potentiële concurrenten waren, en dat AAMS vanuit economisch oogpunt op die markt een „verplichte contractpartij” lijkt.
- 49 De Commissie en interveniënten stellen dat het betoog van AAMS dat de invoerders in Italië een beroep zouden kunnen doen op een alternatief distributienet van belastingdepots voor andere producten die, zoals tabak, accijnsplichtig zijn, of een eigen distributienet zouden kunnen opzetten, met name om de in de bestreden beschikking uiteengezette redenen ongegrond is. De Commissie wijst erop dat de buitenlandse sigarettenproducenten vóór 1 januari 1993 geen gebruik konden maken van andere distributienetten, daar wetsbesluit nr. 513/92 van 31 december 1992 [omgezet in wet nr. 427 van 27 oktober 1993 tot omzetting in Italiaans recht van richtlijn 92/12/EEG van de Raad van 25 februari 1992 betreffende de algemene regeling voor accijnsproducten, het voorhanden hebben en het verkeer daarvan en de controles daarop (PB L 76, blz. 1)] pas op die datum van kracht is geworden. Aangaande de mogelijkheid om na die datum een beroep te doen op belastingdepots of eigen distributienetten op te zetten, stellen zij dat dit in de praktijk niet mogelijk was, omdat de potentiële concurrenten met onoverkomelijke economische obstakels zouden worden geconfronteerd. De Commissie concludeert dat AAMS enkel het bestaan van mogelijke alternatieve distributienetten aanvoert, maar niet in concreto aantoonst dat distributie via andere magazijnen dan de hare voor de producenten geen aanmerkelijk grotere financiële lasten meebrengt.

- 50 JT International BV stelt dat er geen realistisch alternatief is voor de groothandel in sigaretten in Italië, en dat AAMS dat maar al te goed weet. Dienaangaande wijst zij erop dat toen AAMS eind 1997 van verschillende buitenlandse producenten het verzoek kreeg om de distributieovereenkomsten zodanig te wijzigen dat zij verenigbaar zouden zijn met het communautaire mededingingsrecht, en om de meest openlijke discriminaties te beëindigen, zij aan die producenten heeft geantwoord dat over die overeenkomsten niet kon worden onderhandeld, en dat indien die overeenkomsten niet binnen enkele dagen ondertekend werden teruggezonden, zij de distributie van hun sigaretten zou stopzetten. Het begrip machtspositie, zoals gedefinieerd in vaste rechtspraak, houdt in dat een onderneming de mogelijkheid heeft om zich gedurende lange tijd onafhankelijk van haar leveranciers, de consumenten of concurrenten te gedragen (arresten United Brands/Commissie, reeds aangehaald, en Michelin/Commissie, reeds aangehaald). Uit de gedragingen van AAMS jegens andere sigarettenproducenten blijkt zeer duidelijk, dat zij ongestraft de wensen van haar medecontractanten kan negeren.

Beoordeling door het Gerecht

- 51 Het is vaste rechtspraak dat zeer grote marktaandeelen, uitzonderlijke omstandigheden daargelaten, op zichzelf reeds het bewijs van een machtspositie leveren. Een onderneming die gedurende langere tijd een zeer groot marktaandeel heeft, bevindt zich door de omvang van haar productie en aanbod — zonder dat de houders van veel kleinere marktaandeelen op korte termijn kunnen voldoen aan de vraag van afnemers die zich van de onderneming met het grootste marktaandeel zouden willen afwenden — in een positie van macht die anderen op haar aangewezen doet zijn, hetgeen haar op zichzelf reeds, althans voor betrekkelijk lange tijd, de voor een machtspositie kenmerkende onafhankelijkheid van gedrag verzekert (arrest Hoffmann-La Roche/Commissie, aangehaald in punt 41). Verder is een machtspositie een situatie waarin een onderneming een economische macht bezit die haar in de gelegenheid stelt de handhaving van een daadwerkelijke mededinging op de betrokken markt te verhinderen, doordat haar de mogelijkheid wordt geboden zich in aanzienlijke mate onafhankelijk te gedragen van haar concurrenten, haar afnemers en, ten slotte, de consument (arrest United Brands/Commissie, aangehaald in punt 65).

- 52 In casu betwist AAMS niet, dat zij op de Italiaanse grootdistributiemarkt in sigaretten een marktaandeel van 100 % heeft en dat zij dat marktaandeel heeft behouden ondanks de juridische mogelijkheid dat buitenlandse ondernemingen een eigen distributienet opzetten of de groothandel van hun sigaretten aan handelaren met belastingdepots toevertrouwen. Verder kan het argument van AAMS, dat het opzetten van eigen distributienetten door de buitenlandse ondernemingen economisch verantwoord is, niet worden aanvaard. De economische moeilijkheden die buitenlandse ondernemingen (met uitzondering van Philip Morris), wier aandeel op de Italiaanse sigarettenmarkt minder dan 10 % bedraagt, bij de creatie van een onafhankelijk distributienet zouden hebben ondervonden, en de mogelijkheid voor AAMS om niet in te gaan op verzoeken van die ondernemingen om de distributieovereenkomst te wijzigen, zijn factoren waarmee voor de vaststelling van het bestaan van een machtspositie rekening mag worden gehouden. Bovendien heeft AAMS ter terechtzitting niet ontkend, dat de kleinhandelaars hoe dan ook feitelijk verplicht zijn zich bij de verkoopafdelingen van de depots van AAMS te bevoorraden.
- 53 Derhalve heeft de Commissie geen kennelijke beoordelingsfout gemaakt toen zij concludeerde dat AAMS een machtspositie had op de Italiaanse grootdistributiemarkt in sigaretten.
- 54 Derhalve moet het tweede onderdeel van het middel worden afgewezen.

Het derde onderdeel van het middel: onjuiste beoordeling van de beperkende gevolgen van sommige bepalingen van de distributieovereenkomst

- 55 AAMS stelt dat de distributieovereenkomst met de buitenlandse ondernemingen geen onrechtmatige bedingen bevatte, en betwist de gegrondheid van artikel 2 van de bestreden beschikking in zijn geheel. Zij betwist met name de argumenten van de Commissie betreffende de bepalingen inzake de maximale hoeveelheden voor het op de markt brengen van sigaretten van nieuwe merken, de maximale

hoeveelheden maandelijks af te zetten sigaretten en de verhoging van de maximale hoeveelheden maandelijks af te zetten sigaretten (artikel 2, sub b, c en d, van de bestreden beschikking), alsmede de argumenten betreffende de bepaling inzake de controle van de sigaretten (artikel 2, sub f). AAMS voert evenwel geen enkel specifiek argument aan betreffende de gegrondheid van artikel 2, sub a en e, van de bestreden beschikking.

Bepalingen inzake de maximale hoeveelheden voor het op de markt brengen van sigaretten van nieuwe merken, de maximale hoeveelheden maandelijks af te zetten sigaretten en de verhoging van de maximale hoeveelheden maandelijks af te zetten sigaretten

— Argumenten van partijen

- 56 AAMS stelt dat zij sinds de liberalisering van de markt in 1975, voorzover haar opslagcapaciteit — die groter is dan noodzakelijk is voor de distributie van haar eigen producten — dat toelaat, aanwezig is op de markt van de groothandel voor rekening van derden. Zij heeft er geen belang bij, haar huidige distributienet uit te breiden. Zij is evenmin verplicht dat te doen, aangezien zij rechtens geen monopolie heeft op grond waarvan zij een bepaalde kwaliteit moet garanderen voor een dienst die gemakkelijk door andere marktdeelnemers kan worden verricht. AAMS voegt daaraan toe dat haar weigering om met de ene of de andere producent over specifieke bepalingen te onderhandelen, gerechtvaardigd is door de wens om, gelet op de limieten van haar distributiesysteem, alle gebruikers daarvan gelijk te behandelen. Bovendien moet rekening worden gehouden met haar reële vermogen om met de structuren waarover zij beschikt, op de markt actief te zijn. In haar depots kan zij maximaal 10 500 000 kg tabaksfabrikaten opslaan, en zij heeft geen extra capaciteit bovenop de volgens de regels van de distributieovereenkomst vastgestelde eisen voor een normale bevoorrading van de markt.

- 57 AAMS wijst erop dat ook als zij over enige extra opslagcapaciteit zou beschikken, de beperkende bepalingen in de distributieovereenkomst evenredig zijn aan het vereiste dat het ernstige risico dat niet aan de vraag van andere producenten kan worden voldaan, moet worden vermeden.
- 58 AAMS meent dat het in theorie juist moge zijn dat een producent vrij moet kunnen bepalen welke hoeveelheid van zijn producten op de markt wordt gebracht, en dat een buitenlandse onderneming er geen enkel belang bij heeft om meer sigaretten in het distributiesysteem te brengen dan de markt kan opnemen, doch zij kan niet worden gedwongen om een prestatie te leveren zonder rekening te houden met het risico dat daaruit voortvloeit voor haar economische belangen, of om aan andere marktdeelnemers een economische beoordeling en een beslissing over te laten die haar legitieme belangen kunnen schaden. Volgens het arrest United Brands/Commissie (reeds aangehaald) betekent het feit dat een onderneming een machtspositie heeft, immers niet dat zij het recht verliest haar eigen commerciële belangen te verdedigen.
- 59 AAMS voegt daaraan toe dat het Hof in het arrest van 26 november 1998, Bronner (C-7/97, Jurispr. blz. I-7791), nader is ingegaan op de vraag of en binnen welke grenzen een producent zijn eigen distributienet ter beschikking moet stellen van een concurrent. De in onderhavige zaak door klagers aangevoerde en in de bestreden beschikking overgenomen redenen betreffende met name de moeilijkheid om een alternatief distributiekanaal in te schakelen, op grond waarvan klagers eisen dat AAMS volledig aan de verzoeken van concurrenten dient te voldoen, heeft het Hof haars inziens in zijn arrest Bronner, reeds aangehaald, niet aanvaard.
- 60 Ook moet rekening worden gehouden met het feit dat de totale vraag naar sigaretten erg stabiel is en dat de vraag naar een merk dus slechts kan stijgen ten koste van de vraag naar andere merken. Gelet op het wettelijke verbod van sigarettenreclame, kan bij de prognose van de sigarettenconsumptie daarenboven geen rekening worden gehouden met de waarschijnlijke gevolgen van reclamecampagnes voor het betrokken product.

- 61 Bovendien blijkt uit de argumenten van de Commissie betreffende de seizoenschommelingen in de consumptie van bepaalde soorten sigaretten een grote beoordelingsfout, daar het normale stelsel van bevoorrading van de depots voldoende is aangepast aan de noodzaak om het hoofd te bieden aan een stijging van de vraag. Buitenlandse ondernemingen kunnen dus slechts onder zeer specifieke omstandigheden een reden hebben om verzoeken tot verhoging van de hoeveelheden sigaretten in te dienen. Derhalve garandeert de distributieovereenkomst in voldoende mate het belang van die ondernemingen, dat erin bestaat dat zij in het distributiesysteem van AAMS geen ongerechtvaardigde obstakels voor de afzet van hun producten vinden. De gelaakte bepalingen zijn noodzakelijk om te voldoen aan de essentiële eisen van AAMS, niet als producent van sigaretten die met de buitenlandse ondernemingen concurreert, maar als element van de distributiedienst.
- 62 Wat in het bijzonder de bepaling inzake de verhoging van de maximale hoeveelheden maandelijks af te zetten sigaretten betreft (artikel 2, sub d, van de bestreden beschikking, en supra, punt 20), preciseert AAMS, dat de in artikel 2, vijfde alinea, van de distributieovereenkomst gestelde limiet van 30 % beantwoordt aan een absoluut vereiste van overeenstemming met de opslagcapaciteit. AAMS wijst erop, dat zij rekening moet houden met het feit dat zij geconfronteerd kan worden met een toevloed van verzoeken, zonder dat zij voor deze verzoeken een gelijke behandeling kan garanderen. Bovendien wordt over de verhogingen op grond van deze bepaling onderhandeld met de producenten, en de criteria voor de verhoging zijn objectief en adequaat vastgesteld. In casu heeft AAMS deze bepaling correct toegepast, aangezien haar slechts enkele niet-gerechtvaardigde weigeringen kunnen worden verweten.
- 63 AAMS merkt op dat de eveneens in artikel 2, vijfde alinea, van de distributieovereenkomst voorziene betaling van een extra vergoeding in geval van verhoging van de hoeveelheid op de markt gebrachte sigaretten is bedoeld om te beletten dat zij gedurende lange tijd bedragen moet voorschieten, en om een aantal negatieve economische consequenties te vermijden die een gevolg zijn van het feit dat niet door een kleinhandelaar bestelde sigaretten te lang in de depots blijven. Deze vergoeding dekt bijvoorbeeld de kosten voor het vervoer per spoor vanaf de Italiaanse grens naar de depots, voor het lossen van de wagons, voor de opslag en voor het beheer van de voorraden. De gegevens waarmee de Commissie in

punt 42 van de considerans van de bestreden beschikking poogt aan te tonen dat AAMS doorgaans geen financieel risico loopt als gevolg van de betaling van hoeveelheden buitenlandse sigaretten die de vraag overtreffen, zijn niet relevant, daar zij geen betrekking hebben op producten die langer worden opgeslagen dan normaal. Ten slotte komt AAMS tegen de beschikking op, voorzover de Commissie in punt 43 van de considerans de forfaitaire vaststelling van die financiële lasten afwijst. Deze wijze van vaststelling beantwoordt integendeel aan een precies en volstrekt rechtmatig belang van AAMS om extra afrekeningen en betwistingen door de buitenlandse ondernemingen met betrekking tot de omvang van de financiële lasten die zij aan AAMS moeten vergoeden, te voorkomen.

- 64 Wat meer bepaald de clause betreft, waarbij het op de markt brengen van nieuwe sigarettenmerken wordt beperkt (artikel 2, sub b, van de bestreden beschikking, en supra, punt 17), vertoont de bestreden beschikking een ernstig gebrek, daar zij geen rekening houdt met het feit dat de opslag van nieuwe merken een extra opslag betekent, die komt bovenop de voorraad van de bestaande merken waarvan de omvang wordt bepaald op basis van de werkelijke consumptie daarvan. De bepaling waarbij de mogelijkheid om nieuwe sigarettenmerken op de markt te brengen wordt beperkt, is dus om soortgelijke redenen als in het vorige punt noodzakelijk om te zorgen dat de grenzen van de opslagcapaciteit niet worden overschreden, en vormt geen beletsel om een nieuw merk op de markt te brengen.
- 65 De Commissie en interveniënten betwisten allereerst de juistheid van het betoog van AAMS dat haar weigering om met de ene of de andere producent over bijzondere bepalingen te onderhandelen, is ingegeven door de noodzaak om die producenten gelijk te behandelen. Zij merken op dat in de bestreden beschikking geenszins wordt gesteld dat AAMS met elke onderneming over de bepalingen van de distributieovereenkomst moet onderhandelen. In de bestreden beschikking verwijt de Commissie AAMS, dat zij de buitenlandse producenten distributieovereenkomsten met onrechtmatige bepalingen heeft opgedrongen en die producenten geen andere keuze heeft gelaten dan zich bij die overeenkomsten aan te sluiten of voor de distributie van hun producten in Italië af te zien van de diensten van AAMS. De Commissie wijst er ook op dat de producenten in Frankrijk en Spanje — landen die wat de sigarettensector betreft goed vergelijkbaar zijn met Italië — met de distributeurs onderhandelen over de bepalingen van de distributieovereenkomsten.

- 66 De Commissie stelt vast dat AAMS in 1985 106,8 miljoen kg tabaksfabrikaten heeft gedistribueerd en in 1997 90,5 miljoen kg, dus 15 % minder. Daar AAMS nooit heeft gesteld dat zij haar distributiecapaciteit heeft verminderd, mag worden aangenomen dat die capaciteit ongewijzigd is gebleven en de reële distributiebehoeften met 15 % overtreft. De Commissie en interveniënten wijzen erop dat AAMS enkel de volstrekt irrealistische hypothese aanvoert dat verschillende buitenlandse producenten haar — tegelijkertijd en ondanks de reële tendens op de Italiaanse markt — zouden kunnen verzoeken „extra hoeveelheden in het distributiecircuit te brengen”. Bovendien kan een dergelijke verhoging van het volume sigaretten, hoe onwaarschijnlijk ook, volgens haar gemakkelijk door het distributienet van AAMS worden opgevangen.
- 67 Met betrekking tot de toepassing van het arrest Bronner (reeds aangehaald) op deze zaak, meent de Commissie dat het verweer van AAMS tegenstrijdig is. AAMS heeft steeds haar positie als distributeur en niet als producent van sigaretten verdedigd. Daar de in dat arrest gegeven oplossing volgens AAMS zelf geldt voor de verhouding tussen concurrerende producenten en niet tussen distributeurs en producenten, staat het betoog van AAMS haaks op de gestelde toepasselijkheid van die oplossing in onderhavige zaak.
- 68 Hoe dan ook kan het arrest Bronner niet buiten de context van de zaak worden uitgelegd. In die zaak hield het betrokken misbruik in, dat een onderneming met een machtspositie op de markt van de publicatie van dagbladen aan concurrenten de toegang tot de markt voor de distributie van dagbladen ontzegde. AAMS weigert evenwel niet de toegang tot de relevante markt, maar stelt die toegang afhankelijk van de aanvaarding van onrechtmatige bepalingen in de distributie-overeenkomst door de buitenlandse ondernemingen.
- 69 Aangaande de bepaling betreffende de verhoging van de maximale hoeveelheden maandelijks af te zetten sigaretten en in het bijzonder de verplichting om voor het uitbrengen van nieuwe producten toestemming van AAMS te vragen, stelt de Commissie dat, ofschoon het feit dat een onderneming een machtspositie op de markt inneemt de betrokken onderneming niet het recht kan ontnemen om haar

eigen commerciële belangen te verdedigen, niet uit het oog mag worden verloren dat een distributeur er alle belang bij heeft de aanwijzingen van zijn leverancier te volgen indien deze de markt afdoende wil bevoorraden. In casu hebben de buitenlandse sigarettenproducenten er geen enkel belang bij om meer sigaretten in het distributiecircuit te brengen dan de markt feitelijk kan opnemen. Het betoog van AAMS, dat de prognoses van de ondernemingen grote foutenmarges bevatten, aangezien de totale vraag naar sigaretten grotendeels is gestabiliseerd en de Italiaanse wetgeving sigarettenreclame verbiedt, kan niet worden aanvaard. Dienaangaande stelt de Commissie, dat het distributienet van AAMS te groot is, zodat zij aan eventuele verzoeken om meer sigaretten te distribueren kan voldoen. Zo de vraag naar een bepaald sigarettenmerk stijgt, zullen de producenten van andere merken hoe dan ook om economische redenen de op de markt gebrachte hoeveelheid sigaretten van hun merken verminderen, zodat het risico van overtollige voorraden in de magazijnen van AAMS wordt vermeden.

- 70 Met betrekking tot de beperking van de mogelijkheid dat een buitenlandse onderneming de op de markt gebrachte hoeveelheid sigaretten en in het bijzonder de door de distributieovereenkomst opgelegde grens van 30 % van de „toegestane maandelijkse bestelling” verhoogt, merkt de Commissie op dat die grens uitsluitend geldt voor de ingevoerde sigaretten en die sigaretten benadeelt ten opzichte van de in Italië geproduceerde sigaretten. Dat nadeel geldt vooral voor de merken waarvan de verkoop zeer seizoensgebonden is. Bovendien verleent AAMS, die een discretionaire bevoegdheid heeft en derhalve kan weigeren om de hoeveelheid verdeelde sigaretten te verhogen, niet systematisch toestemming voor de verhoging met 30 %. De Commissie merkt op dat AAMS de kenmerken van de door haar aangevoerde risico's voor haar eigen economische belangen niet beschrijft, en met name niet betwist dat de bepalingen van de distributieovereenkomst betreffende de verhoging van de maximale maandelijkse afzet de concurrentievrijheid van de buitenlandse onderneming aanmerkelijk schaden en enkel zijn ingegeven door de wil om die onderneming te beletten de op de Italiaanse markt verkochte hoeveelheden in de door de markt verlangde mate te verhogen. Om de gelijke behandeling van alle marktdeelnemers te verzekeren, zou AAMS, rekening houdend met de reële opslagcapaciteit van haar magazijnen, per geval en in concreto kunnen beoordelen hoeveel sigaretten in haar distributienet kunnen worden gebracht, in plaats van willekeurig een maximum van 30 % van de verkoop van de vorige maand vast te stellen.

- 71 Inzake de bepaling betreffende de betaling van een compenserende vergoeding voor de introductie van meer sigaretten heeft AAMS niet bewezen dat er een reëel risico van een buitensporige opslagtermijn bestaat, die economische nadelen veroorzaakt die die vergoeding zou rechtvaardigen. Een dergelijk risico moet in de regel hoe dan ook worden uitgesloten, nu mag worden aangenomen dat de magazijnen een rationeel commercieel beleid voeren en bijgevolg inkopen op basis van feitelijke bestellingen van de kleinhandelaars. Bovendien moet de buitenlandse producent na een bepaalde tijd op eigen kosten alle voorraden onverkochte sigaretten in de depots van AAMS terugnemen. Het is dus de buitenlandse onderneming die het eventuele economische risico draagt. Ten slotte heeft AAMS de omvang van die financiële lasten niet becijferd.
- 72 De bepaling betreffende maximale hoeveelheden voor het op de markt brengen van nieuwe merken is volgens de Commissie niet gerechtvaardigd, daar de distributiecapaciteit van AAMS volstaat om de distributie van buitenlandse sigaretten te garanderen, en elke stijging in de verkoop van een sigarettenmerk van een onderneming leidt tot een overeenkomstige daling van de verkoop van andere merken. Bovendien is die bepaling discriminatoir, daar het kwantitatieve plafond niet geldt voor de door AAMS geproduceerde sigaretten van Philip Morris.

— Beoordeling door het Gerecht

- 73 Allereerst zij eraan herinnerd dat AAMS tegen de analyse van die drie bepalingen door de Commissie slechts algemene bezwaren heeft aangevoerd, met uitzondering van de argumenten betreffende de in artikel 2, vijfde alinea, van de distributieovereenkomst bedoelde betaling van een extra vergoeding.
- 74 Derhalve moet worden onderzocht, of verzoekster heeft aangetoond dat de Commissie kennelijke beoordelingsfouten heeft gemaakt, door aan te nemen dat

de invoeging van die drie bepalingen in de overeenkomst misbruik van een machtspositie opleverde.

- 75 In de eerste plaats is het betoog van AAMS betreffende haar weigering om met de verschillende buitenlandse ondernemingen over specifieke bepalingen te onderhandelen, niet relevant. De Commissie heeft in de bestreden beschikking geen bezwaar gemaakt tegen het gebruik van een standaarddistributieovereenkomst. Zij heeft enkel het feit veroordeeld, dat AAMS in die overeenkomst zes in artikel 2 van de bestreden beschikking genoemde specifieke bepalingen heeft opgedrongen.
- 76 In de tweede plaats moet met betrekking tot de argumenten van AAMS inzake de toepassing van de redenering van het Hof in het arrest Bronner (reeds aangehaald) op deze zaak worden vastgesteld, dat dit arrest in de onderhavige zaak niet relevant is. De Commissie verwijt AAMS niet, dat zij bepaalde buitenlandse ondernemingen de toegang tot haar distributienet heeft geweigerd, maar dat zij die toegang afhankelijk heeft gesteld van de aanvaarding van onrechtmatige bepalingen in de distributieovereenkomst door die ondernemingen.
- 77 Ook de argumenten van AAMS betreffende haar opslag- en distributiecapaciteit kunnen niet worden aanvaard. Allereerst moet worden vastgesteld dat AAMS in haar memories nergens vermeldt, dat zij dienaangaande concrete moeilijkheden heeft ondervonden. Verder zij erop gewezen dat AAMS niet betwist dat zij in 1983 102 miljoen kg sigaretten heeft gedistribueerd, dat in 1995 in Italië legaal 90 miljoen kg sigaretten zijn verkocht, en dat zij in die tussentijd haar opslagcapaciteit niet heeft verminderd. Ten slotte moet worden vastgesteld dat AAMS, voordat zij dit beroep instelde, geen cijfermateriaal over haar reële opslagcapaciteit heeft verstrekt, noch concrete voorbeelden van opslagmoeilijkheden heeft gegeven. Uit de aan het Gerecht voorgelegde stukken blijkt immers duidelijk, dat AAMS niet de mogelijkheid heeft aangegrepen om tijdens de administratieve procedure concrete bewijzen dienaangaande aan te voeren. Zo stelt AAMS in haar opmerkingen van 19 mei 1997 betreffende de mededeling van

punten van bezwaar, dat de bepaling betreffende maximale hoeveelheden voor het op de markt brengen van sigaretten van nieuwe merken noodzakelijk is wegens de opslagcapaciteit. Zij merkt op dat de buitenlandse ondernemingen in 1997 150 nieuwe merken op de markt hebben gebracht, hetgeen een stijging van de via haar net gedistribueerde sigaretten met 750 000 kg betekende. Tijdens de hoorzitting voor de raadadviseur-auditeur heeft AAMS verder drie concrete gevallen aangevoerd waarin zij toestemming had geweigerd voor het verhogen van de maximale maandelijkse afzet van ingevoerde sigaretten (namelijk de gevallen van de sigarettenmerken Lucky Strike, Amadis en Lord Extra). Zij stelt dat zij geen toestemming voor de verhoging van het plafond heeft verleend, omdat die sigarettenmerken niet beantwoordden aan de vraag van de markt, en dat de magazijnen ondanks die weigering met onverkochte voorraden bleven zitten. AAMS heeft in dat stadium evenwel geen capaciteitsproblemen aangevoerd. Het Gerecht kan de argumenten inzake de opslagcapaciteit die door AAMS na de instelling van dit beroep zijn aangevoerd, dus niet als bewijs aanvaarden dat de Commissie bij de vaststelling van de bestreden beschikking een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt.

- 78 De in artikel 2, vijfde alinea, van de standaarddistributieovereenkomst neergelegde verplichting om een extra vergoeding te betalen in geval van verhoging van de op de markt gebrachte hoeveelheid sigaretten beantwoordt volgens AAMS aan de noodzaak om bepaalde financiële risico's te vermijden. Thans volstaat de vaststelling dat AAMS enkel de argumenten herhaalt die zij heeft aangevoerd tijdens de administratieve procedure, maar geen bewijs levert dat de Commissie bij de vaststelling van de bestreden beschikking een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt.
- 79 Hoe dan ook, al kan het feit dat een onderneming op een bepaalde markt een machtspositie inneemt, haar niet het recht ontnemen om haar eigen commerciële belangen te verdedigen wanneer die worden bedreigd, en al moet zij binnen redelijke grenzen de handelingen mogen verrichten die zij voor de bescherming van haar belangen noodzakelijk acht, AAMS heeft niet rechtens genoegzaam aangetoond dat de bedoelde bepalingen noodzakelijk waren om haar commerciële belangen te verdedigen en het risico van overbelasting van haar distributienet alsmede het financiële risico ten gevolge van een buitensporig lange opslag in haar depots van niet door kleinhandelaars bestelde sigaretten te vermijden.

- 80 Uit een en ander volgt, dat de Commissie terecht mocht concluderen dat het feit dat AAMS in de distributieovereenkomst de betrokken bepalingen heeft opgedrongen, misbruik van een machtspositie in de zin van artikel 86 van het Verdrag opleverde.

De bepaling betreffende de controle op de sigaretten

— Argumenten van partijen

- 81 AAMS stelt dat zij de in artikel 5 van de distributieovereenkomst bedoelde controles op de door haar in de handel gebrachte producten mag en moet uitvoeren, aangezien zij hoofdelijk aansprakelijk is voor de overeenstemming van die producten met de geldende nationale regeling. Zij wijst meer bepaald op artikel 37, vijfde alinea, van wet nr. 142 van 19 februari 1992: „Wie sigaretten met een hoger teergehalte dan voorzien in dit artikel, in de handel of op de markt brengt, wordt gestraft met een geldboete van ten hoogste honderd miljoen en een gevangenisstraf van ten hoogste twee jaar.” AAMS merkt ook op dat de Commissie in de bestreden beschikking een nationale wettelijke regeling, wet nr. 224 van 24 mei 1988, vermeldt die zij zelf nooit ter rechtvaardiging van de betrokken controles had aangevoerd.
- 82 De Commissie stelt dat deze controles zonder enige geldige reden het uitbrengen van nieuwe buitenlandse sigaretten op de Italiaanse markt vertragen. Het argument van AAMS, dat zij de naleving van de regelgeving op dit gebied moet garanderen, kan niet worden aanvaard, aangezien de producent verantwoordelijk is voor de overeenstemming van het product met de geldende regeling inzake sigaretten. Bovendien is die bepaling onrechtmatig aangezien zij de buitenlandse producent dwingt tot een jaarlijkse forfaitaire betaling voor elke verpakking van

elk merk, ongeacht de werkelijk door AAMS uitgevoerde controles. Het reële doel van AAMS is het opwerpen van een extra obstakel voor de invoer van sigaretten.

— Beoordeling door het Gerecht

- 83 Met betrekking tot de gestelde verantwoordelijkheid van AAMS voor de overeenstemming van de door haar gedistribueerde sigaretten met de Italiaanse wet zij opgemerkt dat tussen AAMS en de Commissie een verschil van mening blijft bestaan betreffende de Italiaanse wettelijke bepalingen die in casu relevant zijn. Volgens de Commissie is wet nr. 224 van 24 mei 1988 betreffende de aansprakelijkheid voor producten met gebreken van toepassing. Uit deze door de Commissie overgelegde wet (supra, punt 29) blijkt duidelijk, dat de producent aansprakelijk is voor de schade die het gevolg is van een gebrek van zijn product. Zo de producent niet kan worden geïdentificeerd, wordt evenwel elke leverancier als producent beschouwd, tenzij hij binnen drie maanden aan het slachtoffer de identiteit bekendmaakt van de producent of degene die hem het product heeft geleverd. Gelet op de zeer belangrijke rol van AAMS in de Italiaanse sigarettensector, lijkt het weinig waarschijnlijk dat AAMS de producent van de via haar net gedistribueerde sigaretten met gebreken niet zal kunnen identificeren om aldus te voorkomen dat zij aansprakelijk is op grond van wet nr. 224 van 24 mei 1988. Wat het argument van AAMS betreft, dat zij de in artikel 5 van de distributieovereenkomst bedoelde controles verricht om te voorkomen dat inbreuk wordt gemaakt op de Italiaanse regeling inzake sigaretten, met name artikel 37, vijfde alinea, van wet nr. 142 van 19 februari 1992, en haar daarvoor een sanctie wordt opgelegd, moet worden opgemerkt dat artikel 11 van de distributieovereenkomst de buitenlandse ondernemingen verplicht AAMS sigaretten te leveren die in overeenstemming zijn met de ter zake geldende Italiaanse regeling, alle daarmee niet overeenstemmende voorraden terug te nemen en de aansprakelijkheid voor het in de handel brengen van die producten te aanvaarden. Onder deze omstandigheden moeten de controles onevenredig en buitensporig worden geacht.
- 84 Uit een en ander volgt, dat AAMS geen ernstige aanwijzingen verstrekt waaruit blijkt dat de Commissie de in artikel 2, sub f, van de bestreden beschikking bedoelde bepaling kennelijk onjuist heeft beoordeeld.

- 85 Derhalve moet het derde onderdeel van het middel in zijn geheel worden afgewezen.

Het vierde onderdeel van het middel: onjuiste beoordeling van de onrechtmatige eenzijdige gedragingen

Argumenten van partijen

- 86 Inzake de weigering om toestemming te geven voor de door de buitenlandse ondernemingen gevraagde verhoging van de maximale hoeveelheden maandelijks af te zetten sigaretten merkt AAMS op, dat de Commissie slechts enkele gevallen van niet gerechtvaardigde weigeringen heeft kunnen ontdekken in 1995 en 1996. Zij voegt daaraan toe dat waar de Commissie haar punt van bezwaar op een niet gerechtvaardigde weigering baseert, zij impliciet erkent dat de contractuele bepaling waarin in de mogelijkheid van weigering is voorzien, niet onrechtmatig is. De onrechtmatigheid bestaat dus slechts in een onjuiste toepassing van die bepaling, die in meer dan tien jaar slechts in enkele gevallen tot moeilijkheden heeft geleid.
- 87 Met betrekking tot de handelwijze van AAMS ten aanzien van de magazijnen en het argument van de Commissie in punt 18, derde alinea, van de considerans van de bestreden beschikking, dat JT International BV aan AAMS heeft laten weten dat vele depots de voor de magazijnen bestemde leveringen van enkele sigarettenmerken herhaaldelijk hadden gekort, is de bestreden beschikking volgens haar ontoereikend gemotiveerd. Zij is immers slechts gebaseerd op een klacht van JT International BV, waarvan de gegrondheid niet is bewezen. Bovendien brengt het in punt 18, derde alinea, van de considerans van de bestreden beschikking bedoelde optreden van de inspecteurs van AAMS, die in brieven aan een aantal magazijnen vaststelden dat „gelet op de marktbehoeften te grote voorraden aanwezig waren”, en het plaatselijke depot opdroegen „de bevoorradingsverzoeken regelmatig te toetsen, zodat een beter evenwicht tussen de voorraden en een rationeler beheer van de aan de magazijnen toegewezen

middelen” kon worden verzekerd, geen enkele onregelmatigheid aan het licht waarmee een benadeling van de buitenlandse sigaretten wordt beoogd. Die brieven bevatten een aanwijzing voor een procedure om de efficiëntie en de regelmatigheid van de dienstverlening te verzekeren.

- 88 AAMS betwist het argument van de Commissie in punt 19 van de considerans van de bestreden beschikking, dat zij permanent controle op de commerciële activiteiten van de kleinhandelsverkooppunten heeft uitgeoefend om haar sigarettenproductie te bevoordelen. In haar relatie met de kleinhandelaars trad zij op in haar hoedanigheid van overheidsinstantie. AAMS merkt op dat het Hof in het arrest van 14 december 1995, *Banchero* (C-387/93, Jurispr. blz. I-4663, punt 49), heeft vastgesteld dat „de activiteit van de AAMS in het stadium van de detailverkoop, die voornamelijk bestaat in de toestemming voor de opening van verkooppunten en het toezicht op hun aantal en geografische spreiding over het Italiaanse grondgebied, [moet] worden gezien als de uitoefening van een overheidsbevoegdheid en niet als een economische activiteit in eigenlijke zin”. Bijgevolg mocht haar optreden tegenover de kleinhandelaars niet worden beoordeeld in het kader van een procedure op grond van verordening nr. 17, die haar activiteit als onderneming betrof. AAMS voegt daaraan toe dat, hoewel uit artikel 86 van het Verdrag, juncto artikel 5 EG-Verdrag (thans artikel 10 EG), volgt dat de lidstaten geen maatregelen, zelfs niet van wettelijke of bestuursrechtelijke aard, mogen nemen of handhaven die het nuttig effect van de op de ondernemingen toepasselijke mededingingsregels ongedaan kunnen maken (arrest Hof van 18 juni 1998, *Commissie/Italië*, C-35/96, Jurispr. blz. I-3581, punt 53), de bevoegdheid om dergelijke schendingen vast te stellen aan de nationale rechter toekomt in het kader van de toepassing van de verdragsregels ten gunste van particulieren, of aan het Hof van Justitie in het kader van beroepen op grond van de artikelen 169 en 170 EG-Verdrag (thans de artikelen 226 EG en 227 EG).
- 89 De Commissie merkt op dat AAMS niet betwist dat zij toestemming heeft geweigerd voor het op de markt brengen van grotere hoeveelheden sigaretten, en dat zij enkel het beperkte aantal gevallen beklemtoont, zonder daarvoor evenwel enige rechtvaardiging aan te voeren.
- 90 Wat het optreden van AAMS ten aanzien van de magazijnen betreft, betwist AAMS niet de in het faxbericht van JT International BV (zie bijlage 38 bij de

klacht en bijlage C bij het verzoekschrift) vermelde feiten. Met betrekking tot de in punt 18, derde alinea, van de considerans van de bestreden beschikking gegeven voorbeelden blijkt bij onderzoek van de inhoud van de brieven van de inspectieafdelingen (zie bijlagen 17 en 18 bij de klacht van Rothmans en bijlage C bij het verzoekschrift) ondubbelzinnig, dat AAMS het volume buitenlandse sigaretten wilde „contingenteren”. Het optreden van AAMS tegenover de kleinhandelaars (zie punt 19 van de considerans van de bestreden beschikking) bestond er in wezen in, dat op basis van de aan haar inspecteurs verleende controlebevoegdheid aan die handelaars werd verweten dat zij buitenlandse sigaretten hadden besteld in hoeveelheden die vergelijkbaar waren met de totale maandelijks verkopen van nagenoeg de gehele afdeling, of dat er een minimumhoeveelheid monopoliegoederen werd bepaald die steeds in het verkooppunt voorhanden moest zijn. De Commissie en interveniënten betwisten niet, dat AAMS bevoegd is om toezicht uit te oefenen op de concessiehouders en de tabakverkooppunten. Het voormelde optreden was er evenwel specifiek op gericht, de sigaretten van AAMS te bevoordelen en de verkoop van ingevoerde sigaretten te beperken. Derhalve handelden de inspecteurs van AAMS niet in het kader van die controlebevoegdheid, maar uitsluitend om de activiteiten van AAMS als onderneming te bevoordelen ten nadele van haar concurrenten. Dat die gedragingen de vorm van een administratieve handeling aannamen, doet dan ook niet af aan de conclusie van de Commissie dat zij tot doel hadden AAMS als onderneming te bevoordelen. Derhalve kunnen de handelingen van AAMS worden gelijkgesteld met handelingen van een onderneming die overeenkomstig de procedureregels van verordening nr. 17 kunnen worden getoetst aan artikel 85 EG-Verdrag (thans artikel 81 EG) en artikel 86 van het Verdrag (arrest Hof van 20 maart 1985, Italië/Commissie, 41/83, Jurispr. blz. 873). Die gedragingen hadden bijzonder grote mededingingsverstoringen tot gevolg, en waren flagrant in tegenspraak met het beginsel van de neutraliteit van het distributiestelsel.

91 JT international BV verbaast zich erover, dat AAMS het arrest *Banchero* aanvoert. In die zaak heeft het Hof de Italiaanse regering uitdrukkelijk gevraagd, of de wettelijke regeling betreffende de distributie van sigaretten in Italië een bepaling bevatte die de nationale productie bevoordeelde, en het antwoord luidde, dat „de detailhandelaren hun leveranciers vrij kunnen kiezen op basis van de vraag op de markt”. In een verklaring voor het Italiaanse parlement in november 1995 erkende de voormalig directeur-generaal van AAMS evenwel, dat het optreden van AAMS tegenover de detailhandelaren onrechtmatig was. Volgens JT International BV had het arrest van het Hof geheel anders kunnen luiden, indien de Italiaanse instanties het Hof correcte informatie hadden verstrekt.

Beoordeling door het Gerecht

- 92 In de bestreden beschikking stelt de Commissie dat AAMS, gebruikmakend van haar machtspositie op de Italiaanse grootdistributiemarkt in sigaretten, zich onrechtmatig heeft gedragen ten einde haar positie op de sigarettenmarkt in Italië te beschermen en te verstevigen.
- 93 In de eerste plaats kan het betoog van AAMS betreffende haar weigering om toestemming te verlenen voor de verhoging van de maximale hoeveelheden maandelijks af te zetten sigaretten niet worden aanvaard. AAMS betwist immers niet dat zij bij herhaling, met name in 1995 en 1996, heeft geweigerd toestemming te verlenen voor de verhoging van de maximale hoeveelheden af te zetten sigaretten, waarom buitenlandse ondernemingen overeenkomstig artikel 2, vijfde alinea, van de distributieovereenkomst hadden verzocht. Zij poogt enkel het belang van die niet gerechtvaardigde weigeringen te minimaliseren, door te stellen dat de Commissie slechts enkele, in de tijd beperkte gevallen heeft kunnen vaststellen.
- 94 In de tweede plaats kunnen ook de argumenten van AAMS met betrekking tot het optreden van haar inspecteurs tegenover de magazijnen en kleinhandelaars niet worden aanvaard. De Commissie heeft rechtens genoegzaam aangetoond dat het optreden van AAMS tot gevolg had, dat buitenlandse ondernemingen werd belet het aantal sigaretten op de Italiaanse markt te brengen dat zij oppoortuun achtten, en dat hun concurrentiepositie werd verzwakt.
- 95 Wat het optreden van de AAMS-inspecteurs tegenover de magazijnen betreft, heeft de Commissie in punt 18 van de considerans van de bestreden beschikking acht voorbeelden gegeven, waaruit volgens haar blijkt dat AAMS de nationale sigaretten wilde bevoordelen en de verkoop van ingevoerde sigaretten wilde beperken. AAMS betwist de relevantie van de feiten in de eerste drie voorbeelden in punt 18 van de considerans van de bestreden beschikking, maar niet de feiten in de vijf andere voorbeelden in dat punt. Uit die laatste vijf voorbeelden blijkt

duidelijk, dat de inspecteurs van AAMS de magazijnen bij herhaling brieven hebben gezonden waarbij hun in het bijzonder werd opgedragen, verkoopquota voor nationale en buitenlandse sigaretten in acht te nemen. Eén van die brieven bevat de volgende passage: „Hogere verkoopcijfers voor buitenlandse producten moeten uiteraard gepaard gaan met een evenredige verhoging van de verkoop van de nationale producten. Uitzonderlijke verkopen van andere dan nationale producten moeten in elk geval in de twee daaropvolgende maanden worden gecompenseerd [...]” (vierde voorbeeld in punt 18 van de considerans van de bestreden beschikking). Bijgevolg moet worden aangenomen dat AAMS niet rechtens genoegzaam heeft aangetoond, dat het optreden van haar inspecteurs gerechtvaardigd was door de noodzaak de efficiëntie en de regelmatigheid van de dienst te garanderen, of dat het was voorgeschreven door de toepasselijke wettelijke regeling of contractuele bepalingen. Derhalve heeft de Commissie genoegzaam aangetoond, dat het optreden van de AAMS-inspecteurs een misbruik opleverde in de zin van artikel 86 van het Verdrag. Bovendien bevatten de punten 48 tot en met 50 van de considerans van de bestreden beschikking een toereikende motivering dienaangaande.

96 Verder heeft de Commissie in de bestreden beschikking vastgesteld dat de AAMS-inspecteurs tegenover de kleinhandelaars maatregelen hadden genomen om de verkoop van AAMS-sigaretten te begunstigen en die van ingevoerde sigaretten te beperken. Die gedragingen worden beschreven in punt 19 van de considerans van de bestreden beschikking en bestonden er met name in, dat aan de handelaars werd gezegd, dat zij een minimale hoeveelheid nationale sigaretten moesten verkopen, hetgeen door AAMS trouwens niet wordt betwist.

97 AAMS stelt evenwel, dat zij in haar relatie met de kleinhandelaars optrad in haar hoedanigheid van overheidsinstantie, en dat die relaties niet kunnen worden beoordeeld in het kader van een procedure op grond van verordening nr. 17. Het Gerecht heeft AAMS om meer details verzocht betreffende de tuchtrechtelijke bevoegdheid van haar inspecteurs in het kader van de vier gevallen bedoeld in punt 19 van de considerans van de bestreden beschikking, en om uiteen te zetten in hoeverre het optreden van die inspecteurs verband houdt met de eerbiediging van de doelstellingen van de regeling in de sigarettensector (supra, punt 29).

- 98 In haar antwoord heeft AAMS bevestigd, dat haar inspecteurs krachtens artikel 2 van wet nr. 1283/1957 overheidsfuncties uitoefenden en beschikten over een tuchtrechtelijke bevoegdheid ter zake van het toezicht op de distributeurs en kleinhandelaars in de sigarettensector. Zij voegde daaraan toe dat haar inspecteurs krachtens Italiaanse wet nr. 1074/1958 de activiteiten van de distributeurs en kleinhandelaars in monopolieproducten moesten controleren teneinde fraude te voorkomen. Volgens AAMS „kan ongewone bevoorrading van de kleinhandelaars het gevolg of het symptoom zijn van fenomenen als verboden reclame voor de producten of illegale bevoorrading of levering van de producten aan derden”. Zij stelt dat zelfs indien de betrokken gedragingen niet met het doel van de bepalingen in kwestie overeenstemmen, zij hooguit verdienen als misbruik van bevoegdheid te worden aangemerkt.
- 99 Opgemerkt moet worden, dat de in punt 19 van de considerans van de bestreden beschikking bedoelde handelingen zijn verricht om de verkoop van nationale sigaretten te begunstigen, en dat de argumenten van AAMS betreffende de noodzaak om fraude en illegale reclame te voorkomen louter speculatief en weinig overtuigend zijn. Derhalve moet worden aangenomen, dat AAMS niet heeft aangetoond dat de Commissie die gedragingen kennelijk onjuist heeft beoordeeld.
- 100 Derhalve moet het vierde onderdeel van het middel worden afgewezen.

De subsidiaire vordering, strekkende tot verlaging van de opgelegde geldboete

Argumenten van partijen

- 101 AAMS stelt dat, zo het Gerecht haar betoog betreffende haar machtspositie op de relevante markt aanvaardt, het de bestreden beschikking in haar geheel nietig zou

moeten verklaren, met inbegrip van de bepaling betreffende de geldboete. Zo het Gerecht enkel het betoog betreffende de bepalingen van de distributieovereenkomst en de eenzijdige gedragingen aanvaardt, moet het het bedrag van de geldboete verlagen. Wat de duur van de inbreuk betreft, en met name de gestelde weigering van AAMS om toestemming te geven om de hoeveelheid ingevoerde sigaretten die per maand op de markt mogen worden gebracht te verhogen, wordt in de bestreden beschikking slechts melding gemaakt van gebeurtenissen in 1995 en 1996. Derhalve zou de inbreuk als een inbreuk van middellange duur en niet van lange duur moeten worden aangemerkt, hetgeen gevolgen heeft voor de berekening van de geldboete [richtsnoeren voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17, respectievelijk artikel 65, lid 5, van het EGKS-Verdrag worden opgelegd (PB 1998, C 9, blz. 3)]. Bovendien stelt volgens haar de Commissie enkel, dat de betrokken distributieovereenkomsten reeds bestonden in 1985, maar legt zij niet uit waarom en hoe deze omstandigheid de zwaarte en de duur van de inbreuk kan beïnvloeden bij gebreke van handelingen die rechtstreeks strekken tot beperking van de mededinging, en vooral om welke redenen deze omstandigheid kan volstaan om de opgelegde geldboete te rechtvaardigen.

- 102 De Commissie wijst het betoog van AAMS dat de in de bestreden beschikking gelaakte onrechtmatige eenzijdige gedragingen slechts betrekking hebben op feiten uit 1995 en 1996, van de hand en herhaalt dat de inbreuk als een inbreuk van lange duur moet worden aangemerkt. Het is immers duidelijk, dat de distributieovereenkomsten reeds eind 1985 bestonden, zodat de inbreuk terecht als van lange duur en het bedrag van de geldboete dus als gerechtvaardigd mogen worden beschouwd. Bovendien heeft AAMS inbreuk op artikel 86 van het Verdrag gemaakt in het kader van een beleid dat specifiek tot doel had, de toegang van concurrerende producenten tot de Italiaanse sigarettenmarkt ernstig en stelselmatig te belemmeren en hun expansiemogelijkheden op die markt te beperken. De Commissie concludeert dan ook, dat de betrokken gedragingen van AAMS een ernstige inbreuk op artikel 86 van het Verdrag opleveren.

- 103 JT International BV acht de door de Commissie opgelegde geldboete te laag, gelet op de duur en de zwaarte van de inbreuk van AAMS en het feit dat de misbruiken vrijwillig zijn gepleegd, in weerwil van een duidelijke rechtspraak van het Hof waarin de verplichtingen van een onderneming met een machtspositie worden

omschreven, en van de talrijke pogingen van de buitenlandse ondernemingen om de aandacht van AAMS op haar onrechtmatig gedrag te vestigen. JT International BV verzoekt het Gerecht dan ook, op basis van zijn volledige rechtsmacht in de zin van artikel 172 EG-Verdrag (thans artikel 229 EG) de geldboete veel hoger dan op zes miljoen euro vast te stellen, ten einde de sanctie een adequaat preventief karakter te geven.

Beoordeling door het Gerecht

- 104 Allereerst moet met betrekking tot verzoeksters betoog betreffende de omstandigheden die tot intrekking of verlaging van de geldboete zouden moeten leiden, worden vastgesteld dat het Gerecht de primaire vordering van AAMS tot nietigverklaring van de bestreden beschikking niet heeft toegewezen; derhalve zijn er geen termen aanwezig om de bepaling van die beschikking betreffende de geldboete nietig te verklaren en het bedrag van de geldboete te verlagen.
- 105 Bovendien kan AAMS niet stellen dat in de bestreden beschikking slechts wordt gesproken van gebeurtenissen in 1995 en 1996 en dat de inbreuk derhalve als van middellange en niet van lange duur moet worden aangemerkt. Zelfs indien de Commissie slechts enkele gevallen had kunnen vaststellen waarin AAMS heeft geweigerd om de maximale afzet van ingevoerde sigaretten in 1995 en 1996 te verhogen, moeten deze gedragingen niet geïsoleerd worden beschouwd, maar in hun algemeenheid, als onderdeel van een reeks gedragingen die de jaren 1990 tot en met 1996 bestreken. De Commissie heeft de duur van de inbreuk niet verkeerd beoordeeld, daar uit de punten 16 tot en met 19 van de considerans van de bestreden beschikking blijkt, dat de gelaakte gedragingen van AAMS met betrekking tot sigaretten in Italië zeven jaar bestreken, van 1990 tot en met 1996. Derhalve moet worden geconcludeerd, dat de Commissie genoegzaam heeft aangetoond, dat de aan AAMS verweten inbreuk van lange duur was.

- 106 Volgens artikel 37, vierde alinea, van 's Hofs Statuut-EG kunnen de conclusies van het verzoek tot tussenkomst slechts strekken tot ondersteuning van de conclusies van een der partijen. JT International BV is in deze procedure tussengekomen ter ondersteuning van de conclusies van de Commissie. Haar verzoek tot verhoging van het bedrag van de geldboete moet niet-ontvankelijk worden verklaard, nu de Commissie zulks niet heeft gevorderd.
- 107 Uit een en ander volgt, dat de vorderingen van AAMS en JT International BV betreffende de geldigheid en het bedrag van de geldboete in hun geheel moeten worden afgewezen.

Kosten

- 108 Volgens artikel 87, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voorzover dit is gevorderd. Aangezien AAMS in het ongelijk is gesteld, moet zij overeenkomstig de vordering van de Commissie in haar eigen kosten alsook in de kosten van de Commissie worden verwezen.
- 109 Bovendien dient AAMS de kosten van interveniënten te dragen, die dit hebben gevorderd.

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Vijfde kamer),

rechtdoende:

- 1) **Verwerpt het beroep.**

- 2) **Verwijst AAMS in de kosten van de Commissie en van interveniënten, alsmede in haar eigen kosten.**

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 22 november 2001.

De griffier

H. Jung

De president van de Vijfde kamer

J. D. Cooke