# CONCLUSIE VAN DE ADVOCAAT-GENERAAL G. REISCHL VAN 3 JULI 1980 [1]

*Mijnheer de President,*
*mijne heren Rechters,*

In de acht onderhavige zaken, die door het Hof van Justitie bij beschikking van 26 oktober 1980 voor de behandeling en de uitspraak werden gevoegd, gaat het om een door de Commissie op 20 juli 1978 overeenkomstig artikel 85 van het EEG-Verdrag genomen beschikking betreffende ook nu nog voor de Belgische markt voor tabaksfabrikaten geldende maatregelen.

Bij de opsomming dier maatregelen dient tussen de periode vóór 1 december 1975 en de tijd daarna te worden onderscheiden.

Volgens de omschrijving welke de Commissie in haar beschikking geeft, zouden de in eerstgenoemde periode genomen maatregelen betrekking hebben gehad op de navolgende onderwerpen:

— de erkenning van groot- en detailhandelaren in tabaksprodukten door de Belgisch-Luxemburgse Federatie der Tabaksverwerkende Industrieën („FEDETAB"), een in 1946 opgerichte, nagenoeg alle Belgische en Luxemburgse tabaksindustrieën omvattende vereniging), de indeling der handelaren in categorieën en de toewijzing van verschillende winstmarges aan de handelaren;

— de inachtneming der door de fabrikanten voorgeschreven, voor de wederverkoop op het niveau van groothandel en detailhandel geldende prijzen, voor welker berekening enige door FEDETAB met de Nationale Federatie van de Groothandel in Tabakswaren („NFGT") gesloten overeenkomsten blijkbaar de doorslag gaven;

— de beperking van de toegang tot bepaalde groothandelscategorieën door FEDETAB;

— het aan de groothandelaren opgelegde verbod aan andere grossiers en aan bepaalde detailhandelaren te verkopen;

— het aanhouden van uniforme betalingstermijnen bij leveranties aan groot- en detailhandelaren, alsook

— de nakoming der aan de detailhandelaren opgelegde verplichting een minimum assortiment aan te bieden.

Wat de tweede periode betreft: op 1 december 1975 trad een door de Raad van beheer van FEDETAB opgestelde aanbeveling betreffende de verkoop van sigaretten op de Belgische markt in werking, waaraan de zeven thans als verzoeker optredende fabrikanten van tabaksprodukten zich, naar zij toezegden, zouden houden. Het ging daarbij om:

— de indeling van de Belgische groot- en detailhandelaren in categorieën en de toekenning van verschillende maximum winstmarges aan die categorieën;

— het aanhouden van uniforme betalingstermijnen bij leveranties aan groot- en detailhandelaren, en

— een aan het eind van het jaar aan groot- en detailhandelaren uit te keren ristorno.

1 — Vertaald uit het Duits.

Over de eerste groep maatregelen, die ik hierna van de maatregelen in genoemde aanbeveling bedoeld, zal afgrenzen door ze de „vroegere maatregelen" te noemen, werd de Commissie, die zich naar aanleiding van een klacht van een Belgische onderneming voor inlichtingen tot FEDETAB had gewend, reeds in het begin van het jaar 1971 uitvoerig geïnformeerd.

Op 2 april 1974 wendde het grootwinkelbedrijf NV GB-Bedrijven (de latere GB-INNO-BM), ons bekend uit de zaak 13/77 (GB-INNO-BM/Vereniging van de kleinhandelaars in tabak; arrest van 13 oktober 1977, Jurispr. 1977, blz. 2115) zich tot de Commissie met het verzoek om ten aanzien van genoemde vroegere maatregelen een procedure tot vaststelling van overtreding van de artikelen 85 en 86 van het EEG-Verdrag in te leiden. Met haar beschikking van 29 juli 1974 gaf de Commissie daaraan gevolg. In die procedure zijn op 18 juli 1975 aan FEDETAB en haar leden, waartoe alle verzoekers in dit geding behoren, de punten van bezwaar, bedoeld in artikel 2 van verordening nr. 99/63 van de Commissie, toegezonden.

Bij brieven van 10 en 13 oktober 1975 deelden twee verdere Belgische ondernemingen, de firma Mestdagh Frères & Cie, die levensmiddelen aan een aantal supermarkten en filialen verhandelt, en de firma Eugène Huyghebaert, die aan detailhandelaren levert, de Commissie mede voornemens te zijn zich bij de klacht van GB-INNO-BM aan te sluiten. Zij deden dit bij een memorie de dato 17 oktober 1975, die op 21 oktober 1975 bij de Commissie blijkt te zijn binnengekomen. Op 22 oktober 1975 vond er, in het kader van de bij beschikking van 29 juli 1974 geopende procedure, een hearing plaats, waaraan door FEDETAB, verschillende harer leden en GB-INNO-BM werd deelgenomen. De eveneens opgeroepen vertegenwoordigers van de firma Huyghebaert werden op wens van de verzoekers van de hearing uitgesloten. Op 13 november 1975 werden de door Mestdagh en Huyghebaert ingediende klaagschriften vervolgens aan de verzoekers toegezonden, met verzoek zich over de klachten van beide firma's uit te laten. De desbetreffende brieven van verzoekers kwamen eind 1975-begin 1976 bij de Commissie binnen, waarna zij in juli 1976 eveneens hun standpunt bepaalden ten aanzien van de door Mestdagh en Huyghebaert ingediende memorie van antwoord.

Van FEDETAB's *aanbeveling* werd de Commissie op 1 december 1975 in kennis gesteld. Alle verzoekers deelden mede voornemens te zijn zich naar de aanbeveling te gedragen. Nadat de reeds bij de Commissie lopende procedure bij beschikking van 10 mei 1976 mede op de aanbeveling van toepassing verklaard was, kwam het op 17 mei 1976 tot een tweede mededeling van punten van bezwaar en op 22 september 1976, wat verzoekers betreft, tot een tweede hearing.

Een en ander leidde tot de beschikking, door de Commissie op 20 juli 1978 genomen; zij gold FEDETAB en de tabaksprodukten fabricerende ondernemingen Cinta SA, Éts. Gosset SA, Jubilé SA, Vander Elst NV, Weltab NV, BAT Benelux NV, allen gevestigd in België, alsook Heintz van Landewyck SARL, een in Luxemburg gevestigde produktieonderneming.

Volgens artikel 1 der beschikking zouden de genoemde vroegere maatregelen tot ordening van de handel in tabaksprodukten in België als besluiten van de on-

dernemersvereniging FEDETAB en als overeenkomsten tussen zeven produktieondernemingen, verzoekers in dit geding, zijn te beschouwen en in het tijdvak van 13 maart 1962, toen verordening nr. 17 in werking trad, tot 1 december 1975 met artikel 85, lid 1, van het EEG-Verdrag in strijd zijn geweest.

Volgens artikel 2 der beschikking is ook de door FEDETAB en zeven produktieondernemingen bij de Commissie aangemelde en op 1 december 1975 in werking getreden aanbeveling met artikel 85, lid 1, van het EEG-Verdrag in strijd. Ook zou de aanbeveling niet in aanmerking komen voor een ontheffing als bedoeld in artikel 85, lid 3, van het Verdrag.

Tenslotte zijn de adressaten volgens artikel 3 der beschikking verplicht terstond een einde te maken aan de in artikel 2 genoemde inbreuken en zich ook in de toekomst te onthouden van handelingen waarmede hetzelfde wordt beoogd als met de aanbeveling van 1 december 1975.

Van die beschikking kwamen betrokkenen op 28 en 29 september 1978 bij het Hof in beroep.

In de zaak 209/78 respectievelijk in de andere zaken, wensen zij de artikelen 1, 2 en 3, lid 1, der beschikking respectievelijk de beschikking in haar geheel te zien nietigverklaard.

In de zaak 214/78 wordt voorts subsidiair gevorderd dat de zaak, naar de Commissie zal worden terugverwezen, opdat de mogelijkheid van een ontheffing, overeenkomstig artikel 85, lid 3, van het EEG-Verdrag, zowel ten aanzien van de vroegere maatregelen als ten aanzien van de aanbeveling, kan worden onderzocht.

De in de zaak 215/78 ingestelde subsidiaire vordering strekt daartoe dat artikel 2 der beschikking, voorzover inhoudende dat een toepassing van artikel 85, lid 3, op de aanbeveling van FEDETAB niet gerechtvaardigd is, en bijgevolg ook artikel 3, lid 1, der beschikking, zullen worden nietigverklaard.

Tenslotte wordt in de zaak 218/78 subsidiair nietigverklaring van de artikelen 2 en 3, lid 1, der beschikking gevorderd, en voorts al hetgeen in de zaak 215/78 subsidiair gevorderd werd.

Alvorens over te gaan tot een bespreking van deze vorderingen, die de Commissie wenst te zien afgewezen, zij vermeld dat een aantal (rechts)personen als gevoegde partij in het geding werden toegelaten, en wel aan de zijde van verzoekers:

— de Vereniging van de Kleinhandelaars in Tabak VZW (ATAB), een in 1966 opgerichte bond van — thans — 360 detailhandelaren;

— de Associatie van Groothandelaars in Tabaksprodukten (AGROTAB), een in 1976 opgerichte bond, die de plaats innam van de in 1976 ontbonden Association nationale des grossistes itinérants en produits manufacturés du tabac (ANGIPMT), die op haar beurt mét de Nationale Vereniging van Familiale Tabakgroothandelsondernemingen — NVFG — in 1974 in de plaats is getreden voor de in 1957 opgerichte Nationale Federatie van de Groothandel in Tabakswaren — NFGT —, alsmede

— de Nationale Federatie van Handelaars in Dagbladen, Tijdschriften, Boeken en aanverwante Artikelen (FNJ).

Aan de zijde van de Commissie hebben zich in het geding gevoegd:

— de reeds genoemde ondernemingen GB-INNO-BM, Mestdagh en Huy-

ghebaert, die zich in een eerder stadium bij de Commissie hadden beklaagd, alsmede

— de Federatie van de Belgische Voedingshandel (FEBEVO).

Bij een bespreking van deze zeer omvangrijke materie zal ik als volgt te werk gaan:

Eerst zal ik ingaan op de beroepsgronden betreffende de gang van zaken tijdens de administratieve procedure bij de Commissie. Vervolgens zal ik nagaan of de Commissie terecht heeft aangenomen dat maatregelen tot ordening van de handel in tabaksprodukten in België onder artikel 85, lid 1, van het EEG-Verdrag vielen en derhalve zijn te beschouwen als overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen of onderling afgestemde feitelijke gedragingen, strekkende tot beperking van de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt, welke de handel tussen Lid-Staten ongunstig kunnen beïnvloeden. Eventueel zal voorts moeten worden nagegaan, of er terecht afwijzend is beschikt op het verzoek om ontheffing krachtens artikel 85, lid 3.

## I — De administratieve procedure bij de Commissie

Volgens verzoekers heeft de administratieve procedure bij de Commissie in meer dan één opzicht geen correct verloop gehad. Aan hun recht op verweer zou afbreuk zijn gedaan omdat zij onvoldoende in de gelegenheid zouden zijn gesteld de stukken van de Commissie in te zien. De Commissie zou voorts ten onrechte hebben verzuimd bepaalde ondernemersorganisaties te horen. Ook zouden aan haar beschikking de klachten van Mestdagh en Huygebaert ten grondslag zijn gelegd, zonder dat er in zoverre een behoorlijke concurrentieprocedure werd gevoerd, terwijl betrokkenen ook niet van het verband tussen die procedure en de andere procedures op de hoogte zijn gesteld. Verder zou haar kunnen worden verweten dat zij het zakengeheim van verzoekers heeft geschonden. Tijdens de hearing der Commissie zouden alle ermede belaste ambtenaren niet ononderbroken aanwezig zijn geweest. En waar in de mededeling van de punten van bezwaar de vraag naar de mogelijkheid van een ontheffing ontkennend wordt beantwoord, zou slechts één der vier in artikel 85, lid 3, genoemde voorwaarden ter sprake zijn gebracht, terwijl men zich in de gewraakte beschikking bovendien, zonder dat verzoekers te dien aanzien hun standpunt konden bepalen, ook zou hebben uitgesproken over de vraag of de andere voorwaarden, waaronder ontheffing kan worden verleend, waren vervuld. Een en ander zou als schending van artikel 6 van het verdrag betreffende de Rechten van de mens kunnen worden beschouwd.

### *1. Verzoekers zouden onvoldoende in de gelegenheid zijn gesteld de door de Commissie ingewonnen stukken in te zien*

Men dient in dit verband verschillende aspecten te onderscheiden.

a) Voor zover in drie beroepschriften (209, 210 en 218/78) wordt gezegd dat de Commissie geen gevolg zou hebben gegeven aan een verzoek om inzage van de stukken, dat in augustus 1978, dat wil zeggen *na de omstreden beschikking* zou zijn gedaan, blijkt reeds bij lezing van de beroepschriften 209 en 218 dat men niet met een grond tot nietigverklaring te maken heeft, doch met omstandigheden die tot een bewijsaanbod (zaak 218/78) aanleiding kunnen geven dan wel (bij voorbeeld in zaak 209/78) tot het voorbehoud dat men, zo daartoe aanleiding mocht bestaan, in de gelegenheid wenst

te worden gesteld het beroepschrift aan te vullen. Ook in de zaak 210/78 bleek uit de conclusie van repliek alsnog dat de eis tot nietigverklaring van de aangevochten beschikking niet met een beroep op bedoelde omstandigheid dient te worden gemotiveerd.

De juistheid van deze opvatting spreekt voor zichzelf. Het gaat hier om een handelen van de Commissie na de administratieve procedure, die tot de omstreden beschikking leidde, met andere woorden om een handelen dat de beschikking niet heeft kunnen beïnvloeden. Evenmin behoeft derhalve nog op de tamelijk uitvoerig besproken vraag te worden ingegaan of de Commissie op die verzoeken voldoende en op de juiste wijze heeft gereageerd (ten processe werd van een mondelinge en schriftelijke beantwoording gesproken). Wij kunnen ons dus beperken tot de bespreking van andere aspecten van deze beroepsgrond.

b) Wat betreft de verzoeken welke de Commissie *tijdens* de admininstratieve procedure werden gedaan: verzoekers zouden nimmer van haar hebben verlangd alle stukken te mogen inzien. Terecht heeft de Commissie betoogd dat die wens met name niet kan worden afgelezen aan bepaalde zinswendingen, gebezigd op de bladzijden 18 en 19 van het procesverbaal van de tweede hearing, die in september 1976 heeft plaatsgehad.

Anderzijds heeft de Commissie overtuigend aangetoond dat zij de wens bepaalde stukken te mogen inzien, heeft gehonoreerd. Toen verzoekers zich er tijdens de eerste hearing over beklaagden dat hun de klachten van Mestdagh en Huyghebaert niet bekend waren, in welk beklag het verzoek besloten lag daarvan alsnog in kennis te worden gesteld, is verzoekers daarvan alsnog mededeling gedaan. Ook de brief van de Association nationale des grossistes itinérants en produits manufacturés du tabac van 2 maart 1976 (en niet, zoals abusievelijk vermeld, van 13 februari 1976), waarom FEDETAB met name in haar brief van 21 mei 1976 (aangehaald op blz. 27 van de conclusie van dupliek), vroeg, heeft men haar doen toekomen. Voor zover evenwel in FEDETAB's brief van 21 mei 1976 ook de toezending van alle verdere stukken ter sprake komt, dient men het redeverband niet uit het oog te verliezen. Bedoeld werden stukken, waarop de Commissie bij de hearing zou kunnen afgaan. Onweersproken is evenwel gesteld dat het zover niet is gekomen: de Commissie heeft zich bij de hearing helemaal niet op documenten beroepen. Van belang is in dit verband voorts dat verzoekers vóór de beschikking niet duidelijk tegen de huns inziens onvoldoende mededeling van stukken zijn opgekomen.

c) Verzoekers hebben voorts echter betoogd, dat de Commissie, ongeacht daartoe strekkende verzoeken, zonder meer verplicht is betrokkenen, die niet kunnen weten hoe het dossier er precies uitziet, in kennis te stellen van alle stukken betreffende door de Commissie beoordeelde feiten — zij mag zich slechts beroepen op feiten waarover betrokkenen zich hebben kunnen uitspreken — en met name zou er de Commissie een verwijt van mogen worden gemaakt dat het advies van het Adviescomité voor Mededingingsregelingen en Economische Machtsposities niet werd bekendgemaakt. Ik meen dienaangaande het volgende te moeten opmerken:

— De Commissie heeft er, wat het laatstgenoemde punt betreft, terecht op gewezen dat het advies van bedoeld comité volgens artikel 10 van verordening nr. 17 niet wordt gepubliceerd; bovendien is het alleen voor de Commissie en niet voor betrokkenen bestemd. Ten processe kan overlegging ervan niet zonder meer worden verlangd op de enkele grond dat het Hof van Justitie alleen zo zou kunnen nagaan of het comité op de juiste wijze werd ingeschakeld.

— Met betrekking tot hetgeen door verzoekers voorts werd betoogd, wijs ik erop dat, naar in de oudere jurisprudentie (zaken 56 en 58/64, Consten GmbH en Grundig-Verkaufs-GmbH t. Commissie, arrest van 13 juli 1966, Jurispr. 1966, blz. 454) uitdrukkelijk werd overwogen, in een kartelprocedure aan betrokkenen niet „van alle stukken mededeling" behoeft te worden gedaan; het gaat er maar om (vgl. arrest van 14 juli 1972, gewezen in de zaak 49/69, Badische Anilin- und Soda-Fabrik AG t. Commissie, Jurispr. 1972, blz. 731), dat belanghebbenden „worden ingelicht over de wezenlijke feiten waarop de Commissie de te hunnen aanzien aangenomen punten van bezwaar doet berusten". En verzoekers konden niet betwisten dat hun, zoals door de Commissie gesteld, alle feiten waarop de aangevochten beschikking berustte, waren medegedeeld en dat zij geen relevante feiten en omstandigheden hadden kunnen noemen, waaromtrent zij zich tijdens de administratieve procedure niet hebben kunnen uitspreken.

Voor zover verzoekers zich hiertegenover beroepen op de elfde rechtsoverweging van het arrest 85/76 (Hoffmann-La Roche & Co. AG t. Commissie, arrest van 13 februari 1979, Jurispr. 1979, blz. 512), volgens welke de eerbiediging van de rechten der verdediging medebrengt „dat de betrokken onderneming tijdens de administratieve procedure behoorlijk in staat moet zijn geweest haar standpunt kenbaar te maken met betrekking tot de juistheid en relevantie der gestelde feiten en omstandigheden, alsook met betrekking tot de stukken waarmede de Commissie de door haar gestelde inbreuk op artikel 86 van het Verdrag heeft gestaafd", dient te worden opgemerkt dat aan bedoeld arrest bezwaarlijk een omgaan van de jurisprudentie — in de door haar bepleite zin — kan worden afgelezen. De aangehaalde overweging dient mijns inziens veeleer in die zin te worden verstaan dat men op inzage van de stukken — teneinde zijn standpunt met betrekking tot bepaalde feiten te kunnen bepalen — slechts aanspraak kan maken voor zover dit, bij voorbeeld wanneer men het over de bewijskracht van een document niet eens is, onontbeerlijk is, wil men zich over de in een document bedoelde feiten behoorlijk kunnen uitspreken. Met de omstandigheden, in de aangevochten beschikking onder nrs. 101, 102, 127 en 130 genoemd, die tijdens de mondelinge behandeling zo uitvoerig besproken werden, is dat evenwel geenszins het geval. Hier gaat het om inlichtingen der producenten betreffende de toepassing van betalingstermijnen en handelsmarges, om de bewering dat de criteria, volgens welke de verschillende categorieën van handelaren zijn ingedeeld, niet alleen door de klagers, maar ook door de belangrijkste organisatie van groothandelaren werden bekritiseerd, alsook om het feit dat de handelaren zich in de onmogelijkheid zouden bevinden hun keuze op bepaalde sigarettenmerken te bepalen en het aantal merken naargelang van de vraag te beperken. Ik verwijs in dit verband slechts naar de opmerking van de Commissie, volgens welke de antwoorden der producenten betreffende de naleving der aanbeveling niet wezenlijk tot de beschikking zouden hebben bijgedragen, alsook op het feit dat in die beschikking het beginsel der onderlinge afstemming, en niet de criteria volgens welke de handelaren

in categorieën werden ingedeeld, op de voorgrond staat. Al evenmin is in te zien dat verzoekers zich over de ontwikkeling van de sigarettenverkoop in België, over de details van het Belgische belastingstelsel en de doorwerking van dat stelsel, over het aantal detaillisten in andere Lid-Staten en over de vergelijking van de diensten waarvan de verschillende handelaren zich bij de distributie kwijten, voor zover het werkelijk om voor de beslissing relevante aspecten gaat, hetgeen niet met al die feiten het geval is, slechts zouden hebben kunnen uitspreken na inzage te hebben gehad in de desbetreffende documenten der Commissie.

d) Tegen de administratieve procedure kan dus niet worden ingebracht dat verzoekers geen kennis konden nemen van stukken die zij, teneinde met betrekking tot de hun gemaakte verwijten behoorlijk hun standpunt te kunnen bepalen, per se hadden moeten inzien en dat de procedure een ander verloop zou hebben gehad en tot een wezenlijk andere uitkomst zou hebben geleid, als zij ze wel hadden kunnen raadplegen.

2. *De stelling dat bepaalde organisaties tijdens de administratieve procedure niet zouden zijn gehoord, waardoor de zaak onvoldoende tot klaarheid zou zijn gebracht.*

Men dient te dezen twee complexen te onderscheiden.

Daar zijn allereerst door de organisaties zelf gedane verzoeken, tot de in de aanbeveling bedoelde hearing te worden toegelaten. Zulke verzoeken zijn gedaan:

— op 9 juni 1976 door de Association des grossistes itinérants en produits manufacturés du tabac, een der na ontbinding van het NFGT opgerichte organisaties, op haar beurt — in 1977 — opgevolgd door AGROTAB —;

— op 1 juli 1976 door ATAB en

— op 17 september 1976 door het Consortium tabacs — Groep Tabak, een „association de fait", bestaande uit de belangrijkste grossiers die vroeger lid waren van ANGIPM en thans nog lid van AGROTAB zijn.

In de tweede plaats is daar het verzoek van FEDETAB de dato 30 juni 1976; FEDETAB wenste twee organisaties te zien gehoord, namelijk enerzijds de reeds genoemde „Groep Tabak" en anderzijds de in het begin van deze conclusie genoemde NVFG, een van de beide in 1976, na de ontbinding van ANGIPM, als association de fait opgerichte organisaties.

a) Met betrekking tot de verzoeken die door de organisaties zelf werden gedaan, zij erop gewezen dat in artikel 19, lid 2, van verordening nr. 17 het navolgende is bepaald:

„Voorzover de Commissie of de bevoegde autoriteiten van de Lid-Staten dit noodzakelijk achten, kunnen zij ook andere natuurlijke of rechtspersonen horen. Indien natuurlijke of rechtspersonen verzoeken gehoord te worden en aannemelijk maken dat zij hierbij in voldoende mate belang hebben, moet aan dit verzoek gevolg worden gegeven".

Voorts staat in artikel 5 van verordening nr. 99/63 van de Commissie het volgende te lezen:

„Indien natuurlijke of rechtspersonen overeenkomstig artikel 19, lid 2, van verordening nr. 17 verzoeken gehoord te worden en zij aannemelijk maken, dat zij daarbij in voldoende mate belang hebben, stelt de Commissie hen in de gelegenheid binnen een door haar bepaalde termijn schriftelijk hun standpunt kenbaar te maken."

Artikel 7 van dezelfde verordening bepaalt dienaangaande:

„1. De Commissie stelt personen, die dit bij hun schriftelijke opmerkingen hebben verzocht, in de gelegenheid hun standpunt mondeling toe te lichten, wanneer deze personen aantonen daarbij voldoende belang te hebben of wanneer de Commissie hun een geldboete of een dwangsom wil opleggen.

2. De Commissie kan ook in andere gevallen gelegenheid tot mondelinge uiteenzettingen geven".

En in artikel 9, lid 3, van verordening nr. 99/63 is met betrekking tot de hearings van de Commissie het volgende bepaald:

„De zitting is niet openbaar. De opgeroepenen worden afzonderlijk of in aanwezigheid van andere opgeroepenen gehoord . . ."

Uit deze bepalingen kan worden afgeleid, dat de Commissie, wat de hearings betreft, overe enige speelruimte beschikt. Recht op verhoor heeft slechts wie aannemelijk maakt daarbij voldoende belang te hebben, en ook in zodanig geval komt het in beginsel slechts tot een schriftelijk verhoor. Echte hearings zijn slechts op hun plaats wanneer men aantoont juist bij een mondeling verhoor voldoende belang te hebben, dan wel wanneer de Commissie voornemens is betrokkenen een geldboete of een dwangsom op te leggen. Bovendien wordt ons duidelijk — in die zin is artikel 9 van verordening nr. 99/63 te verstaan —, dat een contradictoire behandeling geen regel is. Ook redenen om de verenigbaarheid van verordening nr. 99/63 met 's Raads verordening nr. 17 in twijfel te trekken, zoals verzoekers tijdens de mondelinge behandeling, met name doelend op de eis van een contradictoire behandeling, deden, acht ik niet aanwezig. In ieder geval kan aan het arrest, gewezen in de zaak 8/71 (Deutscher Komponistenverband t. Commissie, arrest van 13 juli 1971, Jurispr. 1971, blz. 710) worden ontleend dat het voldoende is wanneer derden die wensen te worden gehoord, overeenkomstig artikel 5 van verordening nr. 99/63, in de gelegenheid worden gesteld hun standpunt schriftelijk kenbaar te maken.

Naar door de Commissie onweersproken werd gesteld, zijn in de onderhavige administratieve procedure door ATAB en door de „Groep Tabak" op 21 oktober 1974 en 10 september 1976, respectievelijk 17 september 1976 memories ingediend, waarin met name werd ingegaan op de klacht van GB-INNO-BM en op de punten van bezwaar van mei 1976. Voorts zijn er op 5 maart 1975, 7 oktober 1975 en 2 maart 1976 door ANGIPMT, waarbij de leden van de „Groep Tabak" zijn aangesloten, memories ingediend. Ook moeten er officiële gesprekken van ambtenaren der Commissie met vertegenwoordigers van ATAB, ANGIPMT en NVFG hebben plaatsgehad, en wel op 8 juli 1974, 13 november 1974 en 18 maart 1976 met vertegenwoordigers van ATAB, op 23 september 1974 en 26 februari 1976 met vertegenwoordigers van ANGIPMT en op 29 oktober 1974 met vertegenwoordigers van NVFG. Bovendien dient melding te worden gemaakt van memories van het Europäische Tabakwaren-Großhandelsverband (ETV) van 21 februari 1975 en 7 oktober 1975, alsmede van de Confédération européenne des détaillants en tabac (CEDT) van 11 december 1974 en 4 november 1976, terwijl er bovendien op 13 november 1974 met vertegenwoordigers van de CEDT en op 18 februari 1975 met vertegenwoordigers van de ETV gesprekken blijken te hebben plaatsgevonden.

Kan reeds hierom bezwaarlijk van een miskenning van het recht op verhoor — en van het inroepen van bijzondere belangen van de handel — worden gespro-

ken, in verband met het feit dat de Commissie de vertegenwoordigers dier organisaties niet ook tot de mondelinge behandeling heeft willen toelaten, dient voorts niet slechts te worden bedacht dat ATAB geenszins alle gespecialiseerde detaillisten, maar slechts enkele honderden hunner vertegenwoordigt, maar ook dat na het definitieve antwoord en latere brieven der Commissie — bij voorbeeld die van oktober 1976 —, geen der organisaties blijkbaar heeft willen volhouden niet te zijn gehoord. Voorts komt het mij, gezien 's Hofs desbetreffende uitspraken, alleszins gerechtvaardigd voor dat de vraag of betrokkenen bij een nader *mondeling* verhoor belang hadden, ontkennend werd beantwoord met verwijzing naar het feit dat de handelaren zich niet bij de aanbeveling hadden aangesloten, zodat hun de desbetreffende punten van bezwaar ook niet waren toegezonden. Ik moge hiertoe wijzen op het in de zaken 56 en 58/64 gewezen arrest (Consten GmbH en Grundig-Verkaufs-GmbH t. Commissie, arrest van 13 juli 1966, Jurispr. 1966, blz. 520), waarin uitdrukkelijk werd overwogen dat ondernemingen die tot een overeenkomst niet zijn toegetreden, niet het recht hebben om in procedures, door de Commissie naar aanleiding van zulke overeenkomsten aanhangig gemaakt, te worden gehoord.

b) Anderzijds dient, wat betreft het in dit verband mede relevante verzoek van FEDETAB, strekkende tot het verhoor van een aantal organisaties, vooral te rade te worden gegaan met artikel 3, lid 3, van verordening nr. 99/63:

„Zij" [s.c. de betrokken ondernemingen en ondernemersverenigingen, waaraan de punten van bezwaar werden medegedeeld] „kunnen ten bewijze van de aangevoerde feiten voor zover nodig stukken overleggen. Zij kunnen eveneens de Commissie voorstellen personen te horen, die de aangevoerde feiten kunnen bevestigen".

Voorts valt hier te denken aan artikel 7, lid 2, der verordening, volgens hetwelk de Commissie ook in andere gevallen gelegenheid tot mondelinge uiteenzettingen kan geven.

Waar artikel 7, lid 2, met zijn discretionaire bevoegdheid kennelijk buiten beschouwing kan blijven, mag een plicht tot het inwilligen van de hierbedoelde verzoeken hoogstens op artikel 3, lid 3, worden gebaseerd, dat wil zeggen slechts wanneer men te maken heeft met casusposities waarin bepaalde personen als het ware worden geroepen bepaalde feiten als getuigen te bevestigen.

Alle omstandigheden in aanmerking genomen, kan er echter, na FEDETAB's brief van 30 juni 1976 (vgl. bijlage 3 van de memorie der Commissie betreffende de memorie van AGROTAB) niet van een dergelijke situatie worden gesproken. In die brief heeft FEDETAB, naar aanleiding van een desbetreffende vraag van de Commissie, allereerst te kennen gegeven er geen enkel bezwaar tegen te hebben dat vertegenwoordigers van de Association nationale des grossistes itinérants tot de hearing worden toegelaten, waarna alleen nog het volgende wordt gezegd: „La FEDETAB souhaite cependant pour que la Commission soit complètement éclairée de convoquer également les associations suivantes" (NVFG en GT). Niet slechts omdat er niet naar artikel 3 van verordening nr. 99/63 wordt verwezen, naar ook omdat de te bevestigen feiten niet worden genoemd, wordt hiermede FEDETAB's belang bij een verhoor van genoemde organisaties stellig onvoldoende geadstrueerd; ook tijdens de hearing kwam dat belang niet boven water. Bovendien kan men zich, ten betoge dat het achterwege laten van het gevraagde verhoor niet als een inper-

king van de rechten der verdediging is te beschouwen, niet slechts beroepen op de omstandigheid dat FEDETAB zelf de NVFG als een onbetekenende, nergens op de voorgrond tredende vereniging heeft gekwalificeerd; van belang is ook dat het na de afwijzing van het verzoek kennelijk noch bij FEDETAB noch bij genoemde organisaties tot een vastbesloten reactie is gekomen.

c) Wie wil stellen dat de administratieve procedure geen correct verloop heeft gehad, kan dus stellig niet komen aandragen met de bewering dat de voorschriften betreffende het verhoor van derden, zoals die in de verordeningen nrs. 17 en 99/63 zijn neergelegd, zijn miskend.

*3. De klachten van Mestdagh en Huyghebaert en de procedure waartoe zij hebben geleid*

In oktober 1975 sloten twee Belgische ondernemingen, de firma's Mestdagh Frères et Cie en Huyghebaert, zich aan bij de klacht van GB-Inno-BM, welke akte bij de Commissie onder een bijzonder nummer werd geregistreerd. Verzoekers zijn vooral op grond van deze afzonderlijke registratie, van mening dat er aldus een bijzondere aanvullende procedure is ingeleid. Zij maken er derhalve aanmerking op dat zij van een besluit tot gezamenlijke behandeling van die procedure met de andere bij de Commissie aanhangige zaken, het systeem van verhandeling van tabaksprodukten betreffende, niet in kennis zijn gesteld, zodat zij zich over de redengeving niet hebben kunnen uitlaten. Al evenzeer ten onrechte zou men hen in de door Mestdagh en Huyghebaert ingeleide procedures, van welker zelfstandigheid zij hadden uit te gaan, nimmer — nadat de procedure in formele zin zou zijn aangespannen, hetgeen al evenmin is geschied — van punten van bezwaar in kennis zijn gesteld, terwijl het ook niet tot een hearing is gekomen. Derhalve zou moeten worden geconcludeerd dat de Commissie bij haar beslissing de klachten van Mestdagh en Huyghebaert niet in aanmerking mocht nemen, terwijl het als niet correct zou moeten worden aangemerkt drie procedures met een enkel besluit af te ronden.

a) Met betrekking tot al deze grieven heeft de Commissie er, mijns inziens terecht, allereerst op gewezen dat de voor haar gevoerde administratieve procedure formeel niet op de door verzoekers aangenomen wijze werd behandeld. Niet iedere klacht over een beweerde schending van de mededingingsregelen, die om technisch-administratieve redenen een bijzonder registratienummer krijgt, behoeft een zelfstandige procedure in te leiden, ook al gaat het over zaken die, na een soortgelijke klacht, reeds de inzet van een mededingingsprocedure vormen. In zulk een situatie komt het niet tot een nieuwe procedure; de reeds lopende procedure wordt zonder meer ook op de nadere klacht van toepassing verklaard; in casu is dit geschied bij de beschikking van de Commissie de dato 10 mei 1976. Een met redenen te omkleden formeel besluit tot voeging der procedures, dat aan betrokkenen had moeten zijn toegezonden opdat zij te dien aanzien hun standpunt konden bepalen, was dus niet nodig. Buiten twijfel moest alleen staan dat de nieuwe klacht door de Commissie bij de bestudering van het reeds aan haar oordeel onderworpen feitencomplex mede in aanmerking zou worden genomen, waarnaast aan betrokkenen de gelegenheid moest worden geboden ook met betrekking tot de nadere klacht hun standpunt te bepalen.

Kennelijk en onmiskenbaar was echter de inzet van de memories, door Mestdagh en Huyghebaert in aansluiting bij GB-INNO's klacht ingediend, althans ten dele dezelfde: ook hun ging het om de zogenaamde vroegere maatregelen betreffende de verkoop van tabaksprodukten in België en het mededinging beperkend effect van die maatregelen, terwijl zij zich ook op ten naaste bij dezelfde argumenten beroepen. Al beklagen Mestdagh en Huyghebaert zich vooral over de ongerechtvaardigde voorkeursbehandeling die voor bepaalde handelaren zou zijn weggelegd, ook zij richten zich in feite tegen het hele systeem van de door FEDETAB's leden collectief vastgestelde handelscondities. Van belang is verder dat niet slechts FEDETAB's advocaat reeds in september 1975 van een daartoe bestaan voornemen in kennis werd gesteld — de advocaat van Mestdagh en Huyghebaert heeft hierop ter gelegenheid van de in 1975 georganiseerde hearing gewezen —, maar dat ook in een brief van de Commissie aan FEDETAB de dato 20 oktober 1975, die ter kennis van FEDETAB's leden moest worden gebracht, sprake was van de gezamenlijke behandeling der drie klachten en gezegd werd dat ook Mestdagh zou worden gehoord.

Ook uit verschillende andere aanwijzingen had aan verzoekers echter het nauwe verband tussen de klachten duidelijk dienen te zijn. Zo heeft FEDETAB's advocaat op de in 1975 gehouden hearing bepleit de hele zaak in één keer te behandelen, zonder aan de klachten van Mestdagh en Huyghebaert een nieuwe procedure te wijden. Ook wordt in FEDETAB's antwoord op de klachten van Mestdagh en Huyghebaert en in de antwoorden, door Jubilé en Vander Elst op die klachten gegeven, alsook in de tweede memorie, door FEDETAB met betrekking tot die klachten ingediend, ondubbelzinnig verwezen naar de door GB-INNO's klacht ingeleide procedure. Voorts werd in de brieven, waarmee de advocaat van twee der verzoekers zich op 9 juni 1976 tot de Commissie wendde, op het nauwe verband tussen de klachten van Mestdagh en Huyghebaert en de in de aanbeveling-FEDETAB aangesneden, problematiek gewezen, welk verband in het antwoord op het tweede punt van bezwaar in aanmerking zou zijn genomen. Last but not least verklaarden ook andere verzoekers de klachten van Mestdagh en Huyghebaert bij het bepalen van hun standpunt met betrekking tot de tweede reeks punten in aanmerking te hebben genomen, hetgeen een erkenning van de samenhang met de aanbeveling-FEDETAB inhoudt.

Ik vermag dan ook niet in te zien dat men er de Commissie een verwijt van kan maken dat zij aan het verband tussen de procedures Mestdagh en Huyghebaert en de procedure GB-INNO niet een met redenen omkleed, formeel besluit heeft gewijd, genomen nadat verzoekers zich dienaangaande hadden kunnen uitspreken.

b) Ook de vraag of de Commissie door haar optreden het recht op verweer van betrokkenen heeft miskend en of het derhalve als ongeoorloofd dient te worden aangemerkt dat ook de procedure Mestdagh en Huyghebaert door het aangevochten besluit werd afgesloten, kan niet in de door verzoekers bepleite zin worden beantwoord.

Er zij allereerst aan herinnerd dat het volgens 's Hofs jurisprudentie (zaken 40

enz./73, Suiker Unie e.a. t. Commissie, arrest van 16 december 1975, Jurispr. 1975, blz. 1954) zeer wel mogelijk is in eeen mededingingszaak één beschikking aan meerdere overtredingen te wijden; alleen gaat het niet aan in een beschikking punten van bezwaar in aanmerking te nemen waaromtrent betrokkenen zich niet hebben kunnen uitspreken.

Het doet mijns inziens dan ook niet ter zake dat de klachten van Mestdagh en Huyghebaert geen aanleiding hebben gegeven tot het formuleren van bijzondere punten van bezwaar aan het adres der verzoekers. Het gaat er maar om dat de klachten ter kennis zijn gebracht van alle verzoekers (ook — zoals zij in haar conclusie van repliek toegeeft — aan verzoeker in de zaak 209/78) en dat zij zich naar aanleiding van die klachten — in hun brieven van 17 december 1975, 22 december 1975, 5 januari 1976, 7 januari 1976, 20 januari 1976 en 21 januari 1976 — hebben kunnen uitspreken. Van belang is ook dat Mestdagh en Huyghebaert hierop wederom hebben geantwoord (waarbij zij tevens op de aanbeveling ingingen), waarop door verzoekers bij brieven van 27 juli 1976, 28 juli 1976, 29 juli 1976 en 30 juli 1976 werd gereageerd. Voorts werd ook in de punten van bezwaar uit 1976, waaromtrent verzoekers zich hebben kunnen uitspreken, ingegaan op het door Mestdagh en Huyghebaert met name aangesneden probleem van de beweerdelijk discriminerende behandeling der handelaren.

Er zij evenwel met betrekking tot de hearing betreffende de klachten van Mestdagh en Huyghebaert op gewezen dat zij, overeenkomstig de bedoelingen der Commissie, reeds op 20 oktober 1975 hadden kunnen worden gehoord, als verzoekers zich niet tegen een deelneming van vertegenwoordigers van Huyghebaert hadden uitgesproken, waarbij Huyghebaert zijn toen nog niet ter kennis van verzoekers gebrachte klacht had kunnen toelichten. Bovendien heeft er, naar wij zagen, op 22 september 1976, een tweede, aan de aanbeveling-FEDETAB gewijde hearing plaatsgevonden. Aan dat verhoor gingen memories van Mestdagh en Huyghebaert vooraf, waarin ook de aanbeveling ter sprake kwam; het mag er dan ook zonder meer voor worden gehouden dat verzoekers daarbij voldoende in de gelegenheid zijn gesteld ook met betrekking tot de opvattingen van Mestdagh en Huyghebaert hun standpunt te bepalen.

c) Derhalve kan niet worden beweerd dat de behandeling van de klachten van Mestdagh en Huyghebaert tijdens de administratieve procedure een schending inhield van het in de verordeningen nrs. 17 en 99/63 omschreven recht op verweer der verzoekers, dat aanleiding had moeten geven de beschikking van de Commissie nietig te verklaren, voor zover daarbij ook de naar aanleiding van de klachten van Mestdagh en Huyghebaert ingeleide procedure werd afgesloten.

*4. Schending van zakengeheimen*

Naar wij ten processe vernamen, werd klaagster GB-INNO in kennis gesteld van FEDETAB's memorie van 22 september 1975 met bijlagen, waarin een overzicht werd gegeven van de ontwikkeling van de afzet van 160 sigarettenmerken in België in de voorafgegane vijf jaren, van de sigarettenverkopen der goeddeels gespecialiseerde, rondreizende grossiers en van de betalingstermijnen, in acht genomen door 25 belangrijke afnemers van de belangrijkste Belgische sigarettenfabrikanten. Verzoekers menen dat hiermede artikel 20 van verordening nr. 17 werd miskend, want uiteraard ging het hier, naar ook uit de vermelding

„vertrouwelijk" wel bleek, om zakengeheimen. Omdat klaagster daardoor in staat werd gesteld verklaringen af te geven beteffende feiten waarvan zij niet op de hoogte behoorde te zijn, zou de procedure zijn „vervalst", hetgeen noodzakelijkerwijze tot nietigverklaring van de vervolgens door de Commissie genomen beschikking zou moeten leiden.

De Commissie heeft zich te dien aanzien op het standpunt gesteld, dat de inhoud van bedoelde bijlagen — waarvan er maar twee, maar niet die betreffende de afzet van 160 sigarettenmerken, als vertrouwelijk dienden te worden aangemerkt — geen geheim karakter droeg. En al ware dit anders, dan nog moest haars inziens het belang bij geheimhouding wijken voor het belang, dat de Commissie bij volledige informatie en opheldering had. In ieder geval zou men hier niet te maken hebben met een zodanige „vervalsing" van de procedure, dat de aangevochten beschikking niet ongemoeid zou kunnen worden gelaten.

a) Men dient zich hier allereerst af te vragen, of de inhoud van genoemde bijlagen werkelijk als geheim moest worden aangemerkt.

Daarbij geeft stellig niet de doorslag dat de bijlagen ten dele wel, ten dele niet met zoveel woorden als vertrouwelijk werden gekwalificeerd. Ook aan artikel 20, lid 3, van verordening nr. 17, volgens hetwelk

„de leden 1 en 2 ... geen beletsel [vormen] voor de openbaarmaking van overzichten of studies die geen gegevens met betrekking tot individuele ondernemingen of ondernemersverenigingen bevatten"

kan niet zonder meer worden afgelezen dat alle andere gegevens als geheim dienen te worden behandeld en dat zij aan anderen niet ter inzage mogen worden verstrekt.

Anderzijds dient aan het adres van de Commissie te worden opgemerkt, dat zij hier niet kan komen aandragen met het Belgische koninklijk besluit van 8 oktober 1976, volgens hetwelk de ondernemingen tot openbaarmaking van hun omzetten verplicht zijn. Want daargelaten dat dit voorschrift pas in 1976 het licht zag, zodat gebeurtenissen uit 1975 er niet onder kunnen worden gebracht, wil het kennelijk niet zeggen dat bijzonderheden als hierbedoeld aan de openbaarheid moeten worden prijsgegeven. Evenmin relevant acht ik het betoog der Commissie dat de cijfers door FEDETAB zijn verstrekt, zodat ze in de kring der *fabrikanten* niet als geheim kunnen worden aangemerkt, omdat alle fabrikanten, hetzij via hun vertegenwoordiger in de Raad van beheer hetzij in het kader der in het distributiesysteem voorziene controles ten aanzien van de betalingstermijnen en het jaarlijkse ristorno, recht op inzage van FEDETAB's papieren hadden. Ook al zijn bepaalde stukken aan de fabrikanten bekend of kunnen zij er gemakkelijk inzage in krijgen, niettemin kan men er belang bij hebben ze tegenover de *afnemers* der fabrikanten geheim te houden.

Bij bestudering van de *inhoud* der omstreden bijlagen, ontkomt men echter, zonder dat artikel 214 van het EEG-Verdrag erbij behoeft te worden te pas gebracht, niet aan de indruk dat het te dezen inderdaad gaat om gegevens die stellig niet in alle details ter kennis van de afnemers der fabrikanten behoren te komen. Mijns inziens mag het er derhalve — in de lijn van het betoog der verzoeksters — voor worden gehouden dat de Commissie in beginsel verplicht was anderen geen inzage in de omstreden bijlagen te verstrekken.

b) Vervolgens dient men zich af te vragen of er voor het tegendeel een rechtvaardiging kan worden gevonden in het streven der Commissie, de zaak zoveel

mogelijk tot klaarheid te brengen. De Commissie beroept zich te dezen op artikel 20, lid 2, van verordening nr. 17, volgens hetwelk

„de Commissie en de bevoegde autoriteiten der Lid-Staten, alsmede hun personeelsleden en functionarissen verplicht [zijn] de inlichtingen welke zij bij de toepassing van deze verordening hebben ingewonnen en welke naar hun aard onder de geheimhoudingsplicht vallen, niet openbaar te maken".

Dat artikel 19 buiten schot is gelaten — artikel 21 doet in dit verband niet ter zake —, kan volgens de Commissie slechts betekenen dat zij in het kader van een door haar nodig geacht verhoor van derden, volgens artikel 19, lid 2, de geheimhoudingsplicht naast zich neer kan leggen.

Mijns inziens behoeft thans echter niet in allen dele te worden onderzocht, hoe bij een afweging van de belangen, die gemoeid zijn met de geheimhouding en met de volledige opheldering waarvoor de Commissie volgens verordening nr. 17 heeft te zorgen, moet worden te werk gegaan; deze problematiek komt onder meer ook aan de orde in het arrest, door het Hof op 13 februari 1979 gewezen in de zaak 85/76 (Hoffmann-La Roche, Jurispr. 1979, blz. 512), waarin is overwogen dat de in artikel 20, lid 2, besloten liggende verplichting dient te worden afgestemd op het recht te worden gehoord. Men heeft ons namelijk niet overtuigend aangetoond dat klaagster GB-INNO alleen dankzij volledige mededeling van voormelde memorie van FEDETAB — cum annexis — behoorlijk haar standpunt ten aanzien van de antwoorden, van verzoekers op de punten van bezwaar der Commissie heeft kunnen bepalen. Voor zover zulk een mededeling op haar plaats was, hetgeen tenminste met betrekking tot de ontwikkeling van de afzet van 160 sigarettenmerken in België mag worden betwijfeld, had men in ieder geval niet zover behoeven te gaan dat alle details, bij voorbeeld de gegevens betreffende de van geval tot geval in acht genomen betalingstermijnen en zelfs die betreffende de identiteit der betrokken ondernemingen, aan de openbaarheid werden prijsgegeven. Het mag er dan ook voor worden gehouden dat de Commissie, ter rechtvaardiging van het feit dat zij haar geheimhoudingsplicht in casu niet is nagekomen, niet mag stellen dat zij met klaagsters medewerking de zaak zo volledig mogelijk tot klaarheid heeft willen brengen.

c) Anders dan verzoekers menen, betekent dit evenwel niet zonder meer dat de beschikking der Commissie moet worden nietigverklaard. Dit laatste hangt er veeleer van af — en wij verwijzen in dit verband naar het arrest, door het Hof op 14 februari 1978 gewezen in de zaak 27/76 (United Brands Company en United Brands Continental BV t. Commissie, Jurispr. 1978, blz. 308) — of de Commissie door haar onjuiste optreden het verloop van de procedure beslissend heeft beïnvloed en of mag worden aangenomen dat de procedure, indien zij een correct verloop zou hebben gehad, met een ander resultaat zou zijn afgesloten. Dit laatste kan men zich evenwel, in aanmerking genomen de aard van de medegedeelde feiten en het door klaagster met betrekking tot die feiten ingenomen standpunt, niet voorstellen. Verzoekers beroepen zich, ten betoge van het tegendeel, mijns inziens ten onrechte op het arrest, gewezen in de zaak 85/76 (Hoffmann-La Roche, Jurispr. 1979, blz. 512), waarin wordt overwogen dat de Commissie geen acht mag slaan op feiten, omstandigheden of bijlagen, die zij haars inziens niet aan de betrokken ondernemingen mag doorspelen. De feiten liggen eenvoudig zo, dat overlegging van de

omstreden bijlagen terecht van FEDETAB werd verlangd en dat de Commissie zich gerechtigd heeft geacht ze aan klaagster te doen toekomen, en hetzelfde geldt stellig ook voor de globale inhoud ervan.

De terecht gewraakte miskenning van de plicht het zakengeheim te bewaren, speelt in casu dan ook uiteindelijk geen rol. Of die miskenning eventueel tot een aansprakelijkheidsactie jegens de Gemeenschap kan leiden — en wij weten dat daartoe aan nog andere voorwaarden moet zijn voldaan —, behoeft thans niet verder te worden onderzocht.

*5. De stelling dat de hearing niet correct zou zijn verlopen*

Verzoekers komen er voorts tegen op dat tijdens de hearing van 22 oktober 1975 een tijd lang niet alle ambtenaren van de Commissie die met het geval FEDETAB te maken hadden, aanwezig zijn geweest (men zie het procesverbaal van de hearing, blz. 58). Daarmede zou artikel 9 van verordening nr. 99/63 zijn geschonden, volgens welke bepaling „het horen geschiedt door de personen die de Commissie daarmede heeft belast". Wil men dat bij het tot klaarheid brengen van de zaak correct wordt te werk gegaan, dan behoren volgens verzoekers de met het onderzoek belaste ambetenaren, die ook de beschikking hebben voor te bereiden, inderdaad hun indrukken rechtstreeks aan het verhoor te ontlenen, vooral wanneer, zoals destijds, een belangrijk punt, te weten de betalingstermijnen, ter sprake wordt gebracht; met aantekeningen betreffende hetgeen mondeling te berde werd gebracht, zou dus geen genoegen mogen worden genomen.

Als met het verhoor *belast* in de zin van artikel 9 was evenwel slechts directeur Thompson te beschouwen, die zich ook als zodanig heeft voorgesteld en in die hoedanigheid ook in het procesverbaal werd genoemd. Bovendien heeft men betrokkenen hierop vóór het verhoor gewezen; als met het verhoor belaste ambtenaar was dus uitsluitend de voorzitter te beschouwen en men moest ervan uitgaan dat de andere ambtenaren van de Commissie hem slechts *bijstonden.* Waar evenwel directeur Thompson, die het procesverbaal van verhoor ook heeft ondertekend, ononderbroken aanwezig is geweest, moet het verhoor als correct worden aangemerkt en in ieder geval kan het niet als een ernstig gebrek worden beschouwd dat hem assisterende ambtenaren, ook al hebben zij tijdens het verhoor vragen gesteld en waren zij als rapporteurs belast met de voorbereiding van de beschikking der Commissie, tijdelijk niet aanwezig zijn geweest.

Ten betoge van het tegendeel kan mijns inziens niet worden verwezen naar het door verzoekers ter sprake gebrachte Belgische recht, volgens hetwelk blijkbaar een administratieve commissie slechts een beschikking kan nemen wanneer alle leden bij de debatten aanwezig zijn geweest. Veeleer is van belang dat al hetgeen tijdens de hearing wordt betoogd, is genoteerd en dat die notities ter beschikking worden gesteld aan alle bij het verhoor betrokken ambtenaren. Ook acht ik van belang dat in de jurisprudentie, bij voorbeeld in het arrest, op 15 juli 1970 gewezen in de zaak 44/69 (Buchler & Co t. Commissie, Jurispr. 1970, blz. 733), reeds werd uitgemaakt dat het in mededingingsprocedures voldoende is, wanneer de leden der Commissie door de met het verhoor belaste persoon — met behulp van processenverbaal en bandopnamen — op de hoogte worden gebracht en dat zij het dossier hebben kunnen inzien. Is dit ten aanzien van degenen die een beschikking hebben te ne-

men voldoende, dan kan bezwaarlijk het tegendeel worden aangenomen als het gaat om ambtenaren die de beschikking slechts hebben voor te bereiden en voor wier ontwerp de hiërarchisch boven hen gestelde ambtenaar, die in casu het verhoor ook ononderbroken heeft bijgewoond, de verantwoording draagt.

Ook een beweerdelijk onjuist verloop van de hearing, een verwijt dat overigens slechts het gedeelte der beschikking betreft waarin het om de vroegere maatregelen gaat, kan dus niet tot nietigverklaring der beschikking leiden.

*6. De stelling dat de punten van bezwaar, zoals zij met betrekking tot de mededeling van 1 december 1975 werden medegedeeld, onvolledig zijn geweest*

Een verdere grief van verzoekers houdt in dat in de mededeling van de punten van bezwaar betreffende de op 1 december 1975 in werking getreden aanbeveling de onmogelijkheid van een ontheffing als bedoeld in artikel 85, lid 3, van het EEG-Verdrag slechts ter sprake komt in verband met één der aldaar genoemde voorwaarden, namelijk die waarin sprake is van het „bijdragen tot verbetering van de produktie of van de verdeling der produkten of tot verbetering van de technische of economische vooruitgang". Slechts daarover zouden zij — schriftelijk en tijdens de hearing mondeling — hun standpunt hebben kunnen bepalen. Volgens de aangevochten beschikking zou er van een ontheffing echter ook geen sprake kunnen zijn, omdat aan nog andere in artikel 85, lid 3, gestelde voorwaarden niet was voldaan. De beschikking zou derhalve berusten op verwijten, waaromtrent verzoeksters zich niet konden uitspreken, waarmede de hun in de artikelen 2 en 4 van verordening nr. 99/63 ingeruimde rechten zouden zijn geschonden.

De Commissie betoogt evenwel dat in de punten van bezwaar uit 1975, waarin het om de vroegere maatregelen ging, ook het billijke aandeel der verbruikers in de voordelen werd genoemd. Omdat de Commissie haar vroegere opmerkingen niet heeft laten vallen, zouden de latere punten van bezwaar slechts als een *aanvulling* zijn te beschouwen. Bovendien zou niet slechts moeten worden bedacht dat verzoekers zich tijdens de in 1976 gehouden hearing ook over de zojuist genoemde voorwaarden hebben uitgesproken; de meesten hunner zouden zich voorts in hun memorie betreffende de eerste reeks punten van bezwaar, en tijdens de in 1975 gehouden hearing, over alle in artikel 85, lid 3, genoemde voorwaarden hebben geuit, zoals er trouwens bij de aanmelding van de aanbeveling ook opmerkingen over al die voorwaarden zijn gemaakt. Aan hun recht te worden gehoord, zou dus niet zijn getornd.

Wij hebben ons derhalve af te vragen, of artikel 85, lid 3, in de mededeling van de punten van bezwaar inderdaad had moeten worden besproken, dan wel of kon worden volstaan met bespreking — in de eerste mededeling van de punten van bezwaar — van een verdere, in artikel 85, lid 3, genoemde voorwaarde, en of het voldoende is dat verzoekers zich, toen de procedure werd aangevangen en ook bij de aanmelding der aanbeveling, eigener beweging over artikel 85, lid 3, in zijn geheel hebben uitgesproken.

Omdat echter als onbetwist vaststaat, dat in de tweede mededeling de vraag naar de verbetering van de produktie en van de verdeling der produkten, die in de beschikking ook een rol speelt, werd behandeld, behoeven voormelde vragen alleen aan de orde te komen wanneer men toekomt aan een bespreking van het deel der beschikking waarin het om artikel 85, lid 3, gaat en wanneer de weigering der ontheffing, voor wat de zojuist ge-

noemde voorwaarde betreft, geen stand kan houden, waardoor de andere in artikel 85, lid 3, gestelde voorwaarden, die in de tweede punten van bezwaar niet aan de orde kwamen, werkelijk van belang zouden worden. Ik geef er dan ook, gezien het toch al bijzonder omvangrijke procesmateriaal, de voorkeur aan de hierbedoelde grief voorlopig te laten rusten, totdat de weigering der ontheffing alsnog onze aandacht mocht vragen.

*7. Schending van artikel 6 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens*

Voor repliek hebben enige verzoekers ook de stelling verdedigd dat alle tot nu toe besproken grieven, waarin het om het beweerdelijk niet correcte verloop van de administratieve procedure ging, ook het verwijt inhouden dat het recht op verweer, zoals het aan artikel 6 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens kan worden afgelezen, is geschonden. Volgens de jurisprudentie van het Europese Hof voor de rechten van de mens is genoemd artikel van toepassing op geschillen over rechten en plichten die tot het civielrecht dienen te worden gerekend. Daartoe behoort ook de toepassing van artikel 85 van het EEG-Verdrag. Met name zou de procedure volgens genoemd artikel 6 in alle fasen op tegenspraak moeten worden gevoerd — hetgeen in casu niet geschied is —, terwijl het artikel vooral als geschonden zou zijn te beschouwen wanneer aan een verzoek tot het verhoor van getuigen à décharge strekkende, geen gevolg is gegeven — hetgeen met name zou gelden voor de afwijzende beschikking op het verzoek om de door verzoekters genoemde organisaties te horen —.

Naar aanleiding van deze grief kan men zich, om te beginnen, afvragen of zij niet te laat werd opgeworpen, zodat zij volgens artikel 42 van het Reglement voor de procesvoering terzijde moet worden gelaten. Ik wil deze vraag echter laten rusten, omdat mag worden betwijfeld of men hier wel met een volledig nieuw, zelfstandig middel te maken heeft — in feite wordt aan een betoog dat in de beroepschriften reeds te vinden is, alleen maar een nadere juridische kwalificatie gegeven —, maar ook omdat het in de jurisprudentie is voorgekomen dat bijzonder belangrijke rechtsmiddelen ex officio worden behandeld — waarmede artikel 42 van het Reglement voor de procesvoering een deel van zijn betekenis verliest —.

Verdere bestudering van de grief voert tot het resultaat dat wij het, wat betreft de onvolledigheid van de punten van bezwaar de voorwaarden voor vrijstelling ingevolge artikel 85, lid 3, kunnen laten bij hetgeen reeds eerder werd opgemerkt. Met betrekking tot het achterwege gelaten verhoor van de door FEDETAB genoemde organisaties, zij er slechts aan herinnerd dat, gezien FEDETAB's voormelde brieven, ernstig mag worden betwijfeld of het werkelijk ging om met betrekking tot bepaalde feiten à décharge te horen getuigen. Ook al gaat men er, zoals de Commissie zelf juist acht, vanuit dat de instellingen van de Gemeenschap tot de eerbiediging van gemeenschappelijke opvattingen over de grondrechten verplicht zijn en zich aan het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens hebben te houden, dient te worden bedacht dat artikel 6 van dat Verdrag slechts inhoudt dat een ieder er aanspraak op heeft dat zijn zaak eerlijk en door een onafhankelijke rechterlijke instantie wordt behandeld. Hieruit kunnen geen eisen, voor een door de Commissie te organiseren *administratieve* procedure worden afgeleid; het gaat mijns inziens ook niet aan om, zoals tijdens de mondelinge behandeling werd beproefd, te be-

togen dat in een dergelijke procedure, juist omdat de Commissie geen onafhankelijke en onpartijdige instantie is, aan artikel 6 nog sterker de hand zou moeten worden gehouden. Nu evenwel bleek dat de Commissie de regelen van het gemeenschapsrecht, zoals ze in de verordeningen nrs. 17 en 99/63 zijn neergelegd, niet heeft geschonden, terwijl ook niet kon worden aangetoond dat bedoelde voorschriften niet met het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens in overeenstemming zijn dan wel dat de Commissie anderszins tegen dat verdrag heeft gezondigd, kan ook in zoverre uiteindelijk slechts worden geconstateerd, dat overwegingen als voormeld niet tot nietigverklaring van de bestreden beschikking kunnen leiden.

## II — De toepassing van artikel 85, lid 1, van het EEG-Verdrag

Ik ben dan nu toegekomen aan een bespreking van de vraag of de ordening van de handel in tabaksprodukten in België, zoals die besloten ligt in bepaalde overeenkomsten en in bepaalde, door FEDETAB in het tijdvak van 13 maart 1962 tot 1 december 1975 genomen besluiten, en de op 1 december 1975 in werking getreden aanbeveling betreffende de verkoop van sigaretten op de Belgische markt, met artikel 85, lid 1, van het Verdrag in strijd zijn.

De argumenten, aangevoerd ten betoge dat zulks het geval zou zijn, zijn zo talrijk dat wij eerst zullen proberen ze meer systematisch te ordenen. Ik zal daarom eerst de middelen bespreken, die met name de *vroegere* maatregelen betreffen; vervolgens zal ik ingaan op speciale grieven, de aanbeveling betreffende, en tenslotte zullen er argumenten moeten worden behandeld die grosso modo voor beide groepen grieven gelijkelijk gelden.

### *A — De bijzondere middelen, voorgedragen met betrekking tot de beschikking betreffende de vroegere maatregelen*

1. In de eerste plaats interesseert ons de door de firma Heintz van Landewyck gemaakte opmerking dat zij alleen de brief van 23 december 1971 tot vaststelling van maximum betalingstermijnen zou hebben ondertekend, maar geen verdere afspraken of maatregelen zou hebben onderschreven. Alleen die brief zou haar derhalve kunnen worden toegerekend; bovendien zou er, wat haar onderneming betreft, niet van mededingingsafspraken af onderling afgestemde feitelijke gedragingen mogen worden gesproken, omdat zij zich, wat de andere in de beschikking behandelde maatregelen betreft, door de marktwetmatigheden gedwongen zou hebben gezien haar gedragslijn aan die van de andere fabrikanten aan te passen. In dit verband zullen wij ook hebben in te gaan op de door FEDETAB in het algemeen voorgedragen stelling, dat haar leden alleen verantwoordelijk zouden zijn voor uitdrukkelijk door hen goedgekeurde maatregelen en besluiten. In samenhang hiermede vraagt ook om bespreking het door AGROTAB — in haar verzoek om toelating als gevoegde partij — gevoerde betoog, volgens hetwelk voormelde brief van 23 december 1971 alleen door verzoekster Weltab niet werd ondertekend, terwijl drie andere vennootschappen, die dat wel hadden gedaan, niet door de Commissie in de procedure werden betrokken.

a) Wat nu het betoog van de firma Heintz van Landewyck betreft: er zijn goede redenen om in twijfel te trekken dat zij, afgezien van de brief van 23 december 1971, alle verdere vroegere maatregelen alleen zou hebben toegepast omdat de marktwetmatigheden haar daartoe dwongen, zodat er in zoverre niet van een collectieve gedragslijn en van onderling afgestemde feitelijke gedragingen zou mogen worden gesproken. De Commissie heeft te dien aanzien namelijk be-

toogd — en verzoekster heeft het slechts heel in het algemeen, zonder nadere motivering, bestreden — dat enkele op de Belgische markt verkzame importeurs wel degelijk, zonder zich te gedragen naar de door de Commissie gewraakte distributievoorschriften, tabaksprodukten hebben verkocht. Ook werd ons niet gedetailleerd aangetoond waarom juist de firma Heintz van Landewyck door de marktwetmatigheden zou zijn gedwongen tot een bij de handelwijze der Belgische fabrikanten aansluitende gedragslijn. Zij kan er in zoverre niet mede volstaan met een marktaandeel van 3 % — volgens de schattingen der Commissie moet het ten minste op 5 à 6 % worden gesteld — te komen aandragen.

Wij behoeven hierbij echter niet verder stil te staan. De firma Heintz van Landewyck is sinds 1947 lid van FEDETAB en als zodanig was zij bij het nemen der vroegere maatregelen betrokken. Volgens artikel 9 van FEDETAB's statuten zijn de leden gehouden zich aan te sluiten bij alle op grond van de statuten genomen beslissingen en de daaruit voortvloeiende verplichtingen na te komen. Voorts zijn de ons in dit verband interesserende afspraken door FEDETAB *namens* de fabrikanten getroffen en blijkens de daarbij gebezigde formuleringen heeft men daarbij met verplichtingen der ondernemingen te maken. In die omstandigheden kan de Commissie niet worden verweten er van uit te zijn gegaan dat de fabrikanten door FEDETAB's afspraken en besluiten waren gebonden, zodat zij aan verzoekster Heintz van Landewyck niet, slechts wat de maximumbetalingstermijnen betreft, doch ook in verband met de overige vroegere maatregelen een met de mededingingsvoorschriften strijdige handelwijze heeft verweten.

b) Hiermede is eigenlijk ook het nodige gezegd over het door FEDETAB in het algemeen bepleite standpunt, volgens hetwelk FEDETAB's maatregelen aan de fabrikante alleen kunnen worden toegerekend, voor zover zij er uitdrukkelijk hun goedkeuring aan hechtten. Van belang is in dit verband ook — en het bewijst de juistheid van de veronderstelling der Commissie dat er met betrekking tot alle vroegere maatregelen van een collectief optreden en van onderling afgestemde feitelijke gedragingen zou mogen worden gesproken —, dat de ondernemingen zich geenszins van FEDETAB's maatregelen hebben gedistantieerd en/of in de praktijk hebben blijk gegeven er niet van te willen weten, doch zich er, althans in den regel, wel degelijk naar hebben gedragen.

c) Naar aanleiding van hetgeen inzonderheid door AGROTAB werd opgemerkt, zij er voorts op gewezen dat FEDETAB over de brief van 23 december 1971 betreffende de maximumbetalingstermijnen zelf heeft verklaard, dat het daarbij om een collectieve maatregel ging en dat de grootste fabrikanten hun handtekening alleen hadden geplaatst om de maatregel kracht bij te zetten, ofschoon die handtekening — zo moet onze conclusie luiden — niet per se nodig was. Ook heeft de Commissie onweersproken gesteld, dat verzoeker Weltab bedoelde brief wel degelijk heeft ondertekend en dat het ontbreken van BAT's handtekening zijn verklaring vond in het feit dat BAT destijds Odon Warland nog niet controleerde. Daarentegen vindt het op zichzelf thans irrelevante feit dat de beschikking der Commissie niet ook gericht werd tot de vennootschappen Laurens, Odon Warland en Tabalux, die de brief van 23 december 1971 ondertekenden, zijn verklaring in het feit dat deze ondernemingen in de macht van de ver-

zoekers mede omvattende groepen waren geraakt.

2. In een verdere reeks met de vroegere maatregelen verband houdende grieven gaat het erom of er van afgestemde gedragingen sprake is geweest, of FEDETAB's brief van 21 december 1970 (Politique de distribution cigarettes — tabac à partir du 1. 1. 1971) dwingende voorschriften bevatte en of bepaalde afspraken, naar werd beweerd, niet zijn nagekomen. Bovendien zouden een aantal in de beschikking genoemde brieven zijn uitgegaan van de Bond van Groothandelaren NFGT, zodat de inhoud ervan niet voor rekening van de fabrikanten zou komen.

a) In de eerste plaats zou de op 22 mei 1967 door FEDETAB en de NFGT voor een jaar afgesloten modelovereenkomst, volgens welke de groothandelaren de door de fabrikanten aangegeven prijzen zouden inachtnemen, niet zijn toegepast en door een in januari 1968 door FEDETAB genomen besluit zijn achterhaald. En de aanvullende overeenkomst van 5 oktober 1967, volgens welke de grossiers niet mochten leveren aan detaillisten die de banderollenprijs niet in acht nemen, zou nooit in praktijk zijn gebracht. Ook de op 30 juni 1972 door FEDETAB met de meeste grossiers aangegane modelovereenkomst, volgens welke de grossiers de door de fabrikanten aangegeven prijzen hadden in acht te nemen en aan bepaalde handelaren niet mocht worden geleverd, zou nooit zijn toegepast en in 1973 zijn beëindigd. Ter adstructie van een en ander heeft AGROTAB er voorts op gewezen dat de NFGT al in 1972 „op sterven lag".

In zoverre — en gezien het in dit verband belangrijke feit dat uit een door AGROTAB ter sprake gebrachte brief van NFGT de dato 8 mei 1970, waarin aan vroegere afspraken werd herinnerd, zou blijken dat die afspraken niet zijn nageleefd — heeft de Commissie er aanstonds — en terecht — op gewezen dat het voor de toepassing van artikel 85, lid 1, niet ter zake doet of een overeenkomst tot uitvoering komt. Het gaat er in verband met artikel 85, lid 1, maar om dat men de mededinging heeft *willen* beperken, hetgeen, gezien de inhoud der omstreden afspraken, buiten twijfel staat.

Om dezelfde reden doet het al evenmin ter zake of men, om de nakoming der afspraken af te dwingen, sanctiemaatregelen heeft genomen. Doch afgezien van het feit dat reeds het dreigen met sancties bij machtige organisaties effect kan sorteren, had de Commissie een 3 oktober 1967 gedagtekende brief van FEDETAB bij de hand, waarin de groothandelaren werden gesommeerd niet te leveren aan bepaalde handelaren, die de prijzen en handelsmarges niet in acht namen. Voorts kon zij een op 29 december 1970 tussen FEDETAB en de NFGT aangegane nadere overeenkomst releveren, volgens welke de nakoming der afspraken streng zou worden gecontroleerd en de aan het eind van het jaar te betalen ristorno's slechts zouden worden uitgekeerd aan grossiers die de verplichtingen welke in de overeenkomst van 22 mei 1967 besloten lagen, nakwamen.

Voorts heeft de Commissie er terecht op gewezen, dat de geldigheidsduur der afspraken in casu niet ter zake doet. Dit geldt temeer, nu in de beschikking alleen maar wordt geconstateerd dat artikel 85,

lid 1, niet werd nageleefd, terwijl er geen sancties worden toegepast — waarvoor het op de duur en het effect van de beperkingen der mededinging aankomt —.

b) Gesteld werd dat bepaalde in de beschikking genoemde brieven van de NFGT afkomstig zouden zijn geweest, zodat FEDETAB en haar leden niet voor de inhoud aansprakelijk zijn.

Het gaat in zoverre allereerst om een brief de dato 26 oktober 1967, waarin wordt medegedeeld dat de sigarettenfabrikanten niet meer leverden aan grossiers die op hun beurt leverden aan handelaren die bij afname van bepaalde hoeveelheden kortingen toekenden. In de tweede plaats is daar de brief van 8 mei 1970, waarin er aan herinnerd wordt dat de door de fabrikanten vastgestelde prijzen in acht moeten worden genomen, dat de detaillistencondities slechts mogen worden ingeruimd aan de door FEDETAB erkende kleinhandelaren en dat er niet aan andere grossiers mag worden verkocht. In de derde plaats is er een brief van 22 mei 1972, waarin het verbod tabaksprodukten aan bepaalde groothandelaren te leveren, ter sprake kwam.

Ook op dit punt kan ik echter meegaan met de Commissie, die een en ander voor haar beslissing irrelevant achtte, en wel met name omdat zij de in die beslissing genoemde brieven niet als zelfstandige, uit een oogpunt van mededingingsrecht relevante besluiten in aanmerking heeft genomen. Men bedenke dat de in de eerste plaats genoemde brief een door de *fabrikanten* beoogde actie betrof, verband houdende met het — aan de fabrikanten toe te rekenen — verbod kortingen toe te kennen, waaraan men door de actie kracht wilde bijzetten. Daarbij is ook van belang een 3 oktober 1967 gedagtekende brief van FEDETAB, waarin de grossiers worden gesommeerd niet te leveren aan bepaalde handelaren die de vastgestelde prijzen en winstmarges niet in acht namen. De in de tweede plaats genoemde brief herinnert aan verplichtingen, voortvloeiende uit een afspraak waarbij de fabrikanten in ieder geval via FEDETAB betrokken waren. Met betrekking tot de derde brief zij er allereerste aan herinnerd, dat daarin wordt gerefereerd aan de met FEDETAB op 29 december 1970 afgesloten aanvullende overeenkomst, volgens welke een uitbreiding van de levensmiddelensector ten koste van de tabaksprodukten moest worden voorkomen. Anderzijds dient het verband met de op 30 juni 1972 door FEDETAB met bijna alle leveranciers afgesloten modelovereenkomst — die leveranties aan bepaalde handelaren verbiedt en zeer wel als een gevolg van de brief van de NFGT kan worden beschouwd — niet uit het oog te worden verloren.

Zo gezien, gaat het niet aan te beweren dat de Commissie in haar beschikking de fabrikanten handelingen zou hebben toegerekend, die in feite van genoemde Bond van Groothandelaren zijn uitgegaan.

c) Vervolgens is er het door AGROTAB, in de memorie ter adstructie van het verzoek om als gevoegde partij te worden toegelaten, voorgedragen argument volgens hetwelk de brief van de NFGT de dato 26 oktober 1967 er juist op zou wijzen dat men te dezen zijn gedragingen niet onderling zou hebben afgestemd, en inderdaad kan worden toegegeven dat bepaalde handelaren het verbod kortingen toe te kennen al evenmin hadden nageleefd als bepaalde groothandelaren het verbod aan zulke detaillisten te leveren. Daarmede wordt evenwel geenszins aangetoond, dat de met betrekking tot de distributie getroffen regeling goeddeels niet heeft gefunctioneerd. Bovendien gaat het in de be-

streden beschikking, die immers alleen tot de handelaren en hun organisatie werd gericht, ook alleen om de door hen in de praktijk gevolgde gedragslijn. En dat zij daarin wijziging hebben gebracht, kan uit mogelijk afwijkingen van de gestelde regels, in latere fasen, niet worden afgeleid; zelfs mag het er, waar uit genoemde brieven blijkt van het voornemen der fabrikanten sancties toe te passen, voor worden gehouden dat zij het distributie-systeem ten volle wilden doen functioneren, zodat die brief in feite aantoont dat de Commissie het met haar appreciatie aan het rechte eind had.

d) Tenslotte vraagt in dit verband bespreking het betoog van verzoekster FEDETAB, volgens hetwelk haar document van 21 december 1970 betreffende de „politique de distribution cigarettes — tabac à partir du 1. 1. 1971" niet een als bindend te beschouwen „werkinstrument" zou zijn geweest en iedere fabrikant er, naar gelang van zijn afzetbeleid, gebruik van zou hebben gemaakt. Ik zou hieromtrent het volgende willen opmerken:

Kennelijk weerspreekt reeds de tekst van het stuk bedoelde appreciatie. De eerste zin, volgens welke „les fabricants de cigarettes, membres de FEDETAB, se sont engagés vis-à-vis des grossistes spécialisés en produits manufacturés en tabac à respecter les règles ci-après", wijst er op dat men bij zijn beleid met die regels had te rade te gaan. In verband hiermede kan ook worden gewezen op de in de beschikking genoemde controlemechanismen en op de daar gewraakte sanctiemaatregelen. Daar voorts als onomstreden vaststaat dat het stuk de gedragslijn der fabrikanten wezenlijk heeft beïnvloed en dat zij zich grosso modo naar de in het stuk gegeven regels hebben gedragen, kan er de Commissie bezwaarlijk een verwijt van worden gemaakt dat zij in haar beschikking heeft gesproken van het besluit van een ondernemingsvereniging en van onderling afgestemde feitelijke gedragingen, waarop artikel 85, lid 1, in beginsel van toepassing is.

3. Een verdere groep grieven waarbij speciaal zullen moeten stilstaan, heeft eveneens met name betrekking op het deel der beschikking dat aan de vroegere maatregelen gewijd is en betreft de daarin voorkomende beoordelingen van het verbod kortingen toe te kennen, de vaststelling van uniforme betalingstermijnen, de bepaling van het minimum assortiment en het voorschrift dat er aan bepaalde groothandelaren niet door andere grossiers mag worden geleverd.

a) Met betrekking tot het verbod kortingen toe te kennen werd betoogd dat zulke praktijken alleen bij grote winstmarges mogelijk zijn, en in de handel in tabaksprodukten is daarvan geen sprake. Ook zou het verbod nodig zijn geweest om gespecialiseerde handelaren, wier bestaan anders bedreigd zou worden, te beschermen.

Echter acht ik, met de Commissie, daarmede niet aangetoond dat artikel 85, lid. 1, van het EEG-Verdrag ten onrechte zou zijn toegepast op maatregelen die, naar moeilijk kan worden bestreden, in beginsel de mededinging beperken: zij betreffen de prijsconcurrentie tussen handelaren.

In de eerste plaats dient niet te worden vergeten dat niet slechts *grote* kortingen, die eventueel als onzuivere en onzalige mededinging zouden kunnen worden aangemerkt, maar alle kortingen werden uitgesloten. Anderzijds werd ook niet aangetoond dat de winstmarges destijds zo gering waren, dat er ook geen kleine kortingen meer afkonden. Daarbij behoeft niet eens zo zeer te worden gedacht aan de affaire van grote distributiebedrijven als GB-INNO, die ten processe uitvoerig aan bod kwamen en in hun gecombineerde functie van grossiers

detaillisten de marges kunnen cumuleren. Belangrijk acht ik het onaangevochten betoog van de als gevoegde partij optredende Nationale Federatie van Handelaars in Dagbladen, Tijdschriften, Boeken en aanverwante artikelen, volgens hetwelk grossiers die aan zulke detaillisten leveren, elkander wel degelijk, blijkbaar ook thans nog, met kortingen beconcurreren. Daaruit blijkt tevens dat aan zulk een praktijk, althans wanneer zij een bepaald kader niet te buiten gaat, geenszins het gevaar verbonden is dat gespecialiseerde handelaren verdwijnen.

b) De vaststelling van uniforme betalingstermijnen voor de afnemers der fabrikanten (vgl. de brief van 23 december 1971) zou, naar voorts betoogd werd, in noodweer een rechtvaardiging vinden. De grote distributiebedrijven hadden een campagne op touw gezet om langere betalingstermijnen af te dwingen, en toen andere soortgelijke faciliteiten verlangden, zou er een voor de markt nadelige uitwerking op de prijzen hebben gedreigd. Iets dergelijks werd trouwens ook met betrekking tot het aanhouden van minimum assortimenten door bepaalde handelaren betoogd. De aandacht werd gevestigd op het feit dat grote distributiebedrijven, bij wege van represaillemaatregel, genomen naar aanleiding van de weigering langere betalingstermijnen toe te kennen, hun assortiment tot minder dan 60 merken hadden gereduceerd, en wel door de verzoeksters Weltab en Jubilé, die als de kwetsbaarsten te beschouwen zouden zijn geweest, te boycotten. Hierop zou zijn gereageerd met het — eveneens als noodweer te beschouwen — stopzetten der leveranties, maatregelen waarmede dus alleen een beëindiging van de boycot en niet het afdwingen van de nakoming van de plicht een bepaald assortiment aan te houden, werd beoogd.

aa) Naar aanleiding van dit betoog zij allereerst opgemerkt dat het mij uiterst twijfelachtig voorkomt of een inbreuk op de mededingingsvoorschriften als reactie op beweerdelijk ongeoorloofde druk van sterke afnemers, mededingingsrechtelijk bezien, wel kan worden aanvaard. Ik meen dat daarvan hoogstens sprake kan zijn, als er geen andere middelen in aanmerking zouden zijn gekomen, hetgeen evenwel niet werd aangetoond.

Voorts is niet slechts van belang dat, naar de Commissie terecht heeft betoogd, aan de door FEDETAB op bladzijde 30 van haar beroepschrift genoemde brief bezwaarlijk een tegen twee fabrikanten gevoerde boycotcampagne van meerdere grote distributiebedrijven, dat wil zeggen een maatregel waartegen slechts alle fabrikanten tezamen konden optreden, kan worden afgelezen. Geheel in het algemeen gesproken, moet het ook uiterst waarschijnlijk worden geacht dat alle betrokken fabrikanten zich tegenover genoemde distributiebedrijven in een zwakke positie hebben bevonden. Een aantal hunner behoort namelijk tot sterke internationale concerns, terwijl anderzijds bij voorbeeld GB-INNO, de grootste der hierbedoelde distributiebedrijven, voor niet meer dan ongeveer 6 % aan de sigarettenmarkt deelneemt.

De handelwijze van verzoekers kan dus bezwaarlijk met noodweer worden gerechtvaardigd.

bb) Met betrekking tot het aanhouden van een bepaald minimum assortiment aan sigaretten zij voorts opgemerkt dat er in zoverre van een reactie op een gedeeltelijke boycot der grote distributiebedrijven helemaal geen sprake was. Begrijp ik FEDETAB's document „politique de distribution cigarettes — tabac à partir de 1. 1. 1971" goed, dan kwam aan het aanhouden van een minimum assortiment veeleer een algemene betekenis toe, in die zin dat de verlening van be-

paalde afnamefaciliteiten er van afhankelijk was. In de beschikking heeft men het dan ook in beginsel terecht als een benadeling van de mededinging aangemerkt: de keuzemogelijkheid der handelaren kan erdoor worden benadeeld en betrokkenen zijn voorts, voorzover het om minder gevraagde merken gaat, genoodzaakt er een deel van hun vlottend kapitaal in te steken. Voorts is de verontschuldiging dat aldus de concurrentie tussen de merken in de hand gewerkt wordt, niet zonder meer deugdelijk: beperkingen van de concurrentiemogelijkheden der handelaren kunnen niet zomaar met een stimulering van de concurrentie op fabrikantenniveau in compensatie worden gebracht. Evenwel mag men zich afvragen of er, nu zulke praktijken toch al waren ingeburgerd, wel van een merkbare benadeling van de mededinging kan worden gesproken. Wij komen daarop nog terug.

c) Tenslotte hebben sommige verzoekers de in de beschikking besproken clausule waarin leveranties van de groothandel aan bepaalde grossiers worden verboden, absurd genoemd. Een grossier koopt toch al niet bij een andere groothandelaar, omdat hij daarmee zijn winstmarge verkleint. En daargelaten dat warenhuizen en dergelijke distributiebedrijven niet als groothandelaren kunnen worden aangemerkt, zou moeten worden bedacht dat de vraag van levensmiddelengrossiers en nietgespecialiseerde groothandelaren te omvangrijk is om zonder zware financiële risico's door gespecialiseerde grossiers te worden bevredigd.

Ook hierin kan ik niet met verzoekers meegaan. Afgezien van het reeds besproken feit dat de vraag naar het markteffect buiten beschouwing kan blijven in gevallen waarin een beperking van de mededinging werd *beoogd*, zij eraan herinnerd dat men in de omstreden clausules kennelijk heeft gedacht aan grossiers waaraan door de fabrikanten niet werd geleverd, dan wel aan handelaren die slechts bepaalde hoeveelheden ontvingen. Wilden zulke grossiers hun affaire op peil houden, dan konden zij zich voor leveranties alleen wenden tot andere groothandelaren. Blijkens de verklaringen van de NFGT de dato 22 maart 1972 kwamen zulke leveranties blijkbaar ook voor. Voorts zij eraan herinnerd dat de leveranties aan de grote distributiebedrijven soms ook met succes zijn stopgezet: economisch functioneren zij immers als grossiers én detaillisten — en voor die combinatie was bedoelde clausule van belang —; ik wijs in dit verband op de maatregelen van oktober 1967, mei 1970 en maart 1971, op bladzijde 6 van de memorie van GB-INNO genoemd.

d) Voorlopig leidt ons onderzoek dus tot het resultaat dat geen van de tot nu toe besproken grieven kan leiden tot nietigverklaring van het deel der beschikking, waarin het om de vroegere maatregelen gaat.

*B* — Ik kom nu te spreken over enkele bijzondere grieven, gericht tegen artikel 2 der aangevochten beschikking, betreffende FEDETAB's aanbeveling inzake de sigarettenhandel in België.

1. Enkele verzoekers hebben er bezwaar tegen dat de aanbeveling is aangemerkt als een *overeenkomst* tussen de ondernemingen, die erin zouden hebben toegestemd en toegezegd zich ernaar te zullen gedragen. In een juiste rechtsop-

vatting zouden alleen overeenkomsten naar nationaal recht als overeenkomsten in de zin van artikel 85, lid 1, van het EEG-Verdrag mogen worden beschouwd. In casu zou daarvan echter geen sprake zijn: men zou niet met bindende afspraken te maken hebben en voorzieningen om de naleving af te dwingen zouden ontbreken. Zij beroepen zich in dit verband onder meer op het arrest, door het Hof van Justitie op 14 juli 1972 gewezen in de zaak 48/69 (Imperial Chemical Industries Ltd t. Commissie, Jurispr. 1972, blz. 658), waarin is overwogen dat „zo artikel 85 het begrip ‚onderling afgestemde feitelijke gedraging' van die der ‚overeenkomsten tussen ondernemingen' of „besluiten van ondernemersverenigingen" onderscheidt, daarbij de bedoeling voorzit onder de verboden van dit artikel een vorm van coördinatie te begrijpen, die zonder dat het tot een eigenlijke overeenkomst komt, de risico's der onderlinge concurrentie welbewust vervangt door een feitelijke samenwerking".

Juist bij lezing van dit arrest krijg ik echter de indruk dat partijen op dit punt door een onbelangrijk kwalificatieprobleem verdeeld worden gehouden: ten processe bleek dat er in ieder geval mag worden uitgegaan van een onderling afgestemde feitelijke gedraging in de zin van artikel 85, lid 1, id est van een in de handelwijze van betrokkenen aan den dag tredende coördinatie. Als geheel onomstreden staat namelijk vast dat de richtlijnen voor de handel niet slechts gezamenlijk werden opgesteld, maar dat er ook uitvoering aan werd (wordt) gegeven. Ik herinner eraan dat FEDETAB in ieder geval van een soepele toepassing heeft gesproken. Bovendien is tijdens de mondelinge behandeling door bijna alle verzoekers verklaard, dat zij de in de aanbeveling aangegeven marges in acht hebben genomen.

Bovendien kan men zich op het standpunt stellen, dat het in artikel 85, lid 1, gebezigde begrip overeenkomst ruimer is dan het civielrechtelijke overeenkomstbegrip. Interessant is in dit verband het arrest, door het Hof op 15 juli 1970 gewezen in de zaak 44/69 (Buchler & Co t. Commissie, Jurispr. 1970, blz. 757), waarin het om „gentlemen's agreements" ging. Deze agreements zijn als overeenkomsten te beschouwen, omdat het naar 's Hofs oordeel voldoende is wanneer een aantal ondernemingen zich over en weer bereid verklaart een bepaalde gedragslijn te volgen, en wanneer aldus de gemeenschappelijke wil van verschillende ondernemingen, hun gedrag op de gemeenschappelijke markt betreffende, getrouwelijk tot uitdrukking komt. Die casuspositie doet zich hier voor: de vertegenwoordigers van verzoekers hebben, als gezegd, aan de uitwerking van de aanbeveling medegewerkt. Als zij bovendien uitdrukkelijk verklaren de aanbeveling goed te keuren en hun voornemen te kennen geven de aanbeveling ten uitvoer te brengen, dan mag er van wilsovereenstemming in de zin van genoemd arrest en dus ook van een overeenkomst in de zin van artikel 85, lid 1, worden gesproken.

2. Voorts werd er aanmerking op gemaakt dat de aanbeveling in de bestreden beschikking een besluit van een ondernemersvereniging in de zin van artikel 85, lid 1, werd genoemd, in verband waarmede er door de gevoegde partij AGROTAB op werd gewezen dat FEDETAB een niet als zodanig aan het economisch leven deelnemende vereniging zonder winstoogmerk zou zijn.

Ik ben het al weer met de Commissie eens: aan die omstandigheid dient mijns

inziens geen betekenis te worden gehecht. Niet alleen bezit FEDETAB rechtspersoonlijkheid, zodat zij aan het rechtsverkeer mag deelnemen; ook is er het reeds gereleveerde feit dat beschikkingen van FEDETAB, blijkens de artikelen 8 en 9 van haar statuten, de leden binden. Bovendien zou een andere rechtsopvatting tot de conclusie leiden dat artikel 85 niet waterdicht is: in plaats van een afspraak te maken, zouden de ondernemingen, om aan artikel 85 te ontkomen, kunnen volstaan met een overeenkomstig besluit van hun organisatie dat vaak van gelijk gewicht is. In de jurisprudentie (men zie het arrest, op 15 mei 1975 gewezen in de zaak 71/74, Nederlandse Vereniging voor Fruit en Groentenimporthandel en Nederlandse Bond van Grossiers in Zuidvruchten en ander geïmporteerd Fruit t. Commissie, Jurispr. 1975, blz. 583) is dan ook uitdrukkelijk overwogen dat artikel 85, lid 1, ook voor verenigingen geldt in gevallen waarin haar activiteiten dan wel die van de toegetreden verenigingen erop gericht zijn de gevolgen te doen intreden die men met het artikel heeft willen voorkomen.

Als zodanig — én in verband met het feit dat bepaalde fabrikanten met zoveel woorden hebben verklaard het goed te keuren — is het besluit van FEDETAB dan ook stellig mededingingsrechtelijk relevant, dat wil zeggen dat het zeer wel, overeenkomstig de opvatting der Commissie, onder artikel 85 kan vallen.

3. Hiertegen kan ook niet worden ingebracht dat de aanbeveling onverbindend zou zijn, en dat er in de aangevochten beschikking, met name onder nr. 61, ten onrechte wordt gesproken van een voor alle ondernemingen in de hierbedoelde branche uit de aanbeveling voortvloeiende werkelijke verplichting.

De Commissie heeft er in dit verband terecht aan herinnerd, dat volgens de jurisprudentie (arrest van 17 oktober 1972, gewezen in de zaak 8/72, Vereniging van Cementhandelaren t. Commissie, Jurispr. 1972, blz. 990) reeds de vaststelling van een „richt"-prijs de mededinging ongunstig beïnvloedt, omdat de deelnemers dan met een redelijke mate van zekerheid kunnen voorzien welk prijsbeleid hun concurrenten zullen volgen. Ook heeft zij er, met verwijzing naar het arrest, op 26 november 1975 gewezen in de zaak 73/74 (Groupement des fabricants de papiers peints de Belgique e. a. t. Commissie, Jurispr. 1975, blz. 1491), op gewezen dat bij clausules betreffende andere verkoopcondities hetzelfde heeft te gelden, wanneer er voor de hoofdbestanddelen van de prijs richtwaarden worden vastgesteld, zoals in casu het geval is met de aan afnemers der fabrikanten in uitzicht gestelde ristorno's. Ook dient men niet te vergeten dat een aantal fabrikanten de aanbeveling heeft goedgekeurd en dat zulk een wilsovereenstemming tot een zekere gebondenheid leidt.

Waar echter in de beschikking, onder nr. 61, een verplichting van derden ter sprake komt, is kennelijk niet aan een juridische verplichting van andere tot de sector behorende ondernemingen, maar aan een economische dwangpositie gedacht; dat dit dwangelement aanwezig was, kan bezwaarlijk in twijfel worden getrokken wanneer men bedenkt dat de zeven ondernemingen die de aanbeveling hebben goedgekeurd ten naaste bij 80 % van de afzet van sigaretten in België controleren en aldus stellig grote invloed op het marktgebeuren uitoefenen.

4. Tenslotte dient in dit verband te worden ingegaan op het verwijt dat de

Commissie de aanbeveling ten onrechte als een simpele voortzetting van het vroegere distributiesysteem zou hebben beschouwd. Er zouden echter heel andere gevolgen aan verbonden zijn. Een uitdrukkelijke, speciale toelating van handelaren tot bepaalde categorieën zou in de aanbeveling ontbreken en aan de toegang tot de groothandel zouden ook geen beperkingen zijn gesteld. Een verbod van leveranties over en weer zou er niet in voorkomen, terwijl er al evenmin collectieve maatregelen, bij voorbeeld om de naleving van de voorgeschreven betalingstermijnen af te dwingen, zouden zijn voorzien. Voorts zouden er alleen *maximumwinstmarges* zijn vastgesteld en zou aan de fabrikanten, wat verdere vergoedingen betreft, de vrije hand zou gelaten. Last but not least zou de aanbeveling alleen de relatie tussen fabrikanten en rechtstreekse afnemers bestrijken; de handelaren zouden, wat de distributiecondities betreft, niet zijn gebonden, en er zou daarom niet van verticale mededingingsbeperkingen mogen worden gesproken. De Commissie zou dit buiten beschouwing hebben gelaten, zodat zij in haar beschikking de aanbeveling onjuist, immers op een ondeugdelijke feitelijke grondslag, zou hebben beoordeeld.

Om te beginnen acht ik deze grief ongegrond, voor zover zij berust op de stelling dat de aanbeveling alleen der relatie tussen fabrikanten en rechtstreekse afnemers zou bestrijken. Dat dit onjuist is en dat de aanbeveling veeleer de relatie tussen grossiers en detaillisten betreft, heeft de Commissie mijns inziens met name in haar conclusie van dupliek, bladzijden 80-90, overtuigend aangetoond. Om maar iets te noemen: toen de aanbeveling werd aangemeld, is er ook van maximum percentages voor *kortingen in de tussenhandel* gesproken. Ook zijn er marges vastgesteld voor de detaillisten, numeriek verreweg de grootste, tienduizenden ondernemers omvattende groep, terwijl tevens wordt betoogd dat zij bijna allemaal hun leveranties rechtstreeks van de grossiers betrekken. Ook kan worden gewezen op FEDETAB's brief van 29 juni 1976, waarin zij antwoordt op de memorie van Mestdagh en Huyghebaert, die hadden gezegd dat bij leveranties van grossiers aan levensmiddelenzaken, het gebruikelijke, voor niet-gespecialiseerde detaillisten geldende percentage van 7,25 % werd toegekend.

Anderzijds dient evenwel te worden erkend dat de aanbeveling in de relatie grossier-detaillist kennelijk minder effect heeft gesorteerd dan de vroegere regeling, met haar rechtstreekse afspraken tussen fabrikanten en grossiers. Zo is het ook te verklaren dat de grossiers zich blijkbaar niet als regel aan de aanbeveling houden. Het lijdt in ieder geval, mede gezien de verklaring van de vertegenwoordiger van de Nationale Federatie van Handelaars in Dagbladen, Tijdschriften, Boeken en aanverwante artikelen geen twijfel dat de groothandelaren elkander bij de vaststelling van hun laatprijzen wel degelijk beconcurreren.

Wel krijgt men de indruk dat dit onderscheid de Commissie evenmin is ontgaan als andere punten van verschil tussen de aanbeveling en de vroegere maatregelen. Wij moeten vaststellen dat in de beschikking enerzijds de vroegere maatregelen — in details —, anderzijds, en separaat, de inhoud van de aanbeveling wordt weergegeven. Ook in de beoordeling rechtens werden beide zaken uit elkander gehouden. Tegen het feit dat de beoordeling der vroegere maatregelen hier en daar ter sprake komt, kan moei-

lijk bezwaar worden gemaakt. Allereerst zij opgemerkt dat verzoekers bij de aanmelding der aanbeveling, opgesteld nadat de punten van bezwaar betreffende de vroegere maatregelen waren medegedeeld, hebben verklaard dat de aanbeveling voor de vroegere maatregelen *in de plaats* moest *komen*. Ook is niet voor betwisting vatbaar dat met de maatregelen goeddeels hetzelfde werd beoogd en dat er, juist omdat de hoofdbestanddelen in de aanbeveling zijn terug te vinden en verzoekers grosso modo zowel de vroegere maatregelen als de aanbeveling hebben uitgevoerd, eenzelfde effect op de markt en de daar heersende mededingingssituatie van is uitgegaan.

Het argument dat de beoordeling van de aanbeveling van FEDETAB, met de vroegere maatregelen in verband gebracht, er naast zou zijn, houdt dus geen steek.

*C* — Nu derhalve blijkt dat verzoekers met hun bijzondere, tegen artikel 2 der beschikking ingebrachte grieven het gelijk niet aan hun zijde hebben, zullen wij moeten ingaan op de argumenten welke, wat artikel 85, lid 1, betreft, tegen de beschikking als geheel zijn ingebracht, argumenten die in den regel zowel betrekking hebben op het deel der beschikking dat aan de vroegere maatregelen werd gewijd als op het deel waarin het om de aanbeveling gaat.

1. In de eerste plaats dient volgens verzoekers te worden bedacht dat de gewraakte maatregelen gericht waren op de instandhouding van de traditionele handel — met een dicht distributienet, waarin ook kleine, weinig bekende merken, die tot versterking van de concurrentie bijdragen, een kans krijgen —. Daarvoor zouden gespecialiseerde groothandelaren nodig zijn, die het in de concurrentie tegen andere grossiers, wier omzetten een stijgende tendens vertonen, zouden moeten afleggen, als men hun diensten niet door de instandhouding van een speciaal prijsniveau bepaaldelijk recht zou doen wedervaren. In verband daarmede wezen zij met name op het arrest, op 25 oktober 1977 gewezen in de zaak 26/76 (Metro SB-Großmärkte GmbH & Co KG t. Commissie, Jurispr. 1977, blz. 1899 e. V.). Volgens dat arrest zou aan de prijsconcurrentie geen absolute voorrang toekomen. Met name zou een functionele scheiding tussen groothandel en detailhandel met het mededingingsrecht in overeenstemming zijn, zolang maar volgens objectieve cirteria wordt te werk gegaan. Bovendien zou er in het arrest niet slechts op zijn gewezen dat een selectief distributiesysteem met artikel 85, lid 1, te verenigen is; ook zou er de nadruk op zijn gelegd det het streven voor de professionele handel een bepaald prijsniveau in stand te houden en het voortbestaan van dat handelskanaal te verzekeren, niet per se met artikel 85, lid 1, in strijd komt. Bij haar beoordeling van het in België voor tabaksprodukten geldende distributiesysteem, zou de Commissie hieraan niet voldoende aandacht hebben geschonken.

Hiertegenover zij allereerst opgemerkt dat de Commissie tegen de indeling der handelaren in verschillende categorieën geen enkel bezwaar maakt, als daarbij maar volgens objectieve, op allen gelijkelijk toegepaste criteria te werk wordt gegaan, en ook de vaststelling van verschillende marges als zodanig niet aanvecht. Het gaat dus niet aan te stellen dat zij concurrentie op gelijke condities tussen gespecialiseerde groothandelaren en andere als grossiers optredende distributiebedrijven verlangt, concurrentie die tot het verdwijnen van de gespecialiseerde groothandelaar — en daarmede van een handelskanaal waarop de kleine fabrikanten in het bijzonder zijn aangewezen — zou moeten leiden. De beschikking is met name gericht tegen het feit dat de

belangrijkste fabrikanten bij het nastreven van dit doel een onderling afgestemde gedragslijn volgen en in zoverre hun onderlinge concurrentie uitschakelen.

Ik acht het dan ook duidelijk dat in casu, met name wat het zojuist genoemde aspect betreft, ten gunste van het standpunt der verzoekers geen argument kan worden ontleend aan het arrest 26/76 (Metro). Weliswaar wordt in dat arrest ingegaan op de verenigbaarheid van een selectief distributiesysteem met artikel 85, lid. 1. Maar in de eerste plaats ging het in dat arrest om een selectief distributiestelsel voor zeer gespecialiseerde verbruiksgoederen, waarbij het maken van een keus uit bepaalde handelaren, volgens kwalitatieve criteria, een rol speelde. Het is dus maar de vraag of de overwegingen van het arrest zonder meer kunnen worden getransponeerd naar de handel in tabaksprodukten, waarbij bedoelde kenmerken ontbreken en ook van een selectie volgens kwalitatieve criteria geen sprake ist. Voorts is van belang dat het in de zaak 26/76 (Metro) om een individueel distributiesysteem van *een enkele* fabrikant ging. Horizontale afspraken ontbraken; wel werd er nog met andere distributiesystemen, van andere fabrikanten, geconcurreerd. Een verder punt van verschil is dat ook de handelaren vrij werden gelaten, hetgeen wil zeggen dat men, in het kader van het selectieve distributienet, geen uniforme prijsvorming, maar wel degelijk concurrentie kende. Ook dient men niet uit het oog te verliezen dat de toenmalige beschikking der Commissie goeddeels berustte op artikel 85, lid 3, van het EEG-Verdrag, waarin sommige beperkingen van de concurrentie worden toegelaten, wanneer zulks nodig voorkomt ter verwezenlijking van bepaalde, voor bescherming in aanmerking komende doeleinden. Bovendien werd de Commissie in het arrest met zoveel woorden opgedragen erop toe te zien „dat de starheid van deze [prijs]-structuur niet wordt versterkt, hetgeen zou kunnen gebeuren wanneer het aantal selectieve verkoopnetten voor de verhandeling van eenzelfde produkt sterk zou toenemen". Kennelijk wordt hier gedoeld op eenvormige mededingingscondities van verschillende fabrikanten, zoals wij die in casu voor ons hebben.

Gezien de bijzonderheden van het onderhavige geval, kan men zich dan ook stellig niet, met een beroep op het Metro-arrest, op het standpunt stellen dat de Commissie ten onrechte van een benadeling der mededinging in de zin van artikel 85, lid 1, heeft gesproken.

2. In aansluiting hieraan hebben wij stil te staan bij de vraag, of de Commissie bij de *beoordeling van het distributiestelsel voor tabaksprodukten in België* wel in voldoende mate en op de juiste wijze acht heeft geslagen op alle wezenlijke omstandigheden — en op grond daarvan terecht een merkbare beperking van de mededinging in de zin van artikel 85, lid 1, aanwezig heeft geacht —.

Zoals bekend, hebben verzoekers in dit verband gewezen op de bijzondere mededingingssituatie waardoor de markt voor tabaksprodukten zou worden gekenmerkt. Die bijzonderheid zou zijn gelegen in het feit dat er een hoge, aan de door fabrikant of importeur vast te stellen detaillistenprijs geëvenredigde belasting moet worden betaald, waarbij de concurrentie naar beneden toe door een minimumbelasting zou worden begrensd. Voorts zouden de in België geldende prijscontrolevoorschriften prijsverhogingen niet zonder meer mogelijk maken, terwijl men, wat tabaksprodukten betreft, te maken zou hebben met de prijsfixatievoorschriften van artikel 58 van de Belgische Wet van 3 juli 1969, die reeds in de zaak 13/77 (GB-INNO-BM/Vereniging van de Kleinhandelaars in Tabak, arrest

van 16 november 1966, Jurispr. 1977, blz. 2115 e. V.) een rol speelde. Ook zou moeten worden bedacht dat er naar Belgisch recht voor een sigarettenmerk niet verschillende banderollen kunnen worden verkregen, terwijl ook sanitaire voorschriften de concurrentie zouden beïnvloeden. De Commissie zou hiermede geen of onvoldoende rekening hebben gehouden. In haar appreciatie van de merkbaarheid der mededingingsbeperking zou zij met name buiten beschouwing hebben gelaten dat de concurrentiemogelijkheden door genoemde voorschriften reeds wezenlijk beperkt zijn — volgens sommigen zou concurrentie er praktisch onmoglijk door worden gemaakt — en dat door de overheid geïntroduceerde vervalsingen van de concurrentie, die een „workable competition" uitsloten, met marktregulerende maatregelen der betrokken ondernemingen moesten worden bestreden.

a) Ik zou mijn bespreking van deze punten van geschil die, ofschoon zij in beginsel alle maatregelen tot regulering van de handel in tabaksprodukten betreffen, tenslotte ook om bijzondere beschouwingen betreffende de „vroegere maatregelen" vragen, willen inleiden met een samenvatting van de uitkomsten waartoe de Commissie, bij toetsing der maatregelen aan het mededingingsrecht, in haar beschikking is gekomen.

*aa) De vroegere maatregelen*

— Daar is in de eerste plaats de indeling der handelaren in categorieën en de vaststelling van bepaalde winstmarges voor die handelaren; de Commissie acht hierin allereerst een beperking van de mededinging der fabrikanten op het gebied der door hen toegestane winstmarges gelegen. Anderzijds neemt zij ook aan dat de concurrentiemogelijkheden der groothandelaren er door zijn ingeperkt: omdat de indelingscriteria de verdere individuele prestaties en inspanningen der handelaren geen recht doen wedervaren, zou het op het terrein der voor de fabrikanten verleende diensten niet tot concurrentie kunnen komen, terwijl de groothandelaren elkander bij de vaststelling der door hen bij wederverkoop berekende prijzen niet zouden beconcurreren.

— In het feit dat de grossiers aan de door de fabrikanten vastgestelde leveringsprijzen en de detaillisten aan de voorgeschreven wederverkoopsprijzen gebonden waren, ziet de Commissie voorts een beperking van de prijsconcurrentie, zoals die voor één en hetzelfde merk mogelijk geweest zou zijn.

— Voor zover er aan de erkenning van grossiers van bepaalde categorieën een kwantitatieve beperking was gesteld, spreekt de Commissie voorts van een beperking van de toegankelijkheid van de markt voor de niet-erkende grossiers.

— Door het aan de toegelaten grossiers opgelegde verbod andere grossiers en bepaalde detaillisten te leveren, zouden aan zulke groothandelaren bepaalde verkopen onmogelijk worden gemaakt en zou hun worden belet hun marktpositie te verbeteren; ook zouden aan kopers, die grotere hoeveelheden — tegen gunstiger condities — wensten te betrekken, hinderpalen in de weg worden gelegd.

— De vaststelling van maximum betalingstermijnen voor groothandelaren zou volgens de Commissie voor de winstmarges der fabrikanten en handelaren niet zonder gevolgen zijn gebleven, en

— de aan de detaillisten opgelegde verplichting een minimum assortiment aan te bieden zou het voeren van een cam-

pagne voor één speciaal merk onmogelijk hebben gemaakt en de handelaren tot het aanhouden van slecht verkoopbare merken, dat wil zeggen tot een onproduktieve binding van het bedrijfskapitaal, hebben gedwongen.

*bb)* Op overeenkomstige wijze beoordeelt de Commissie de soortgelijke *maatregelen, door middel van de aanbeveling getroffen*

— Met betrekking tot de indeling der handelaren in categorieën en de vaststelling van winstmarges voor de handelaren spreekt de Commissie wederom van een beperking van de mededinging, zowel tussen fabrikanten als tussen wederverkopers. Voor zover bij de indeling het aantal aangehouden merken een rol speelt — id est voor zover er, wat het aan te houden assortiment betreft, bepaalde verplichtingen gelden —, acht zij de mededinging, wat die handelaren betreft, evenzeer beperkt als door de vroegere maatregelen.

— Door de regeling inzake de aan het eind van het jaar te betalen ristorno's wordt volgens de Commissie de mededinging tussen fabrikanten beperkt. Omdat de vergoeding gerelateerd is aan de met alle andere fabrikanten bereikte totale omzet, zouden bovendien inspanningen die een handelaar zich mocht willen getroosten om een fabrikant tot het verlenen van extra faciliteiten te bewegen — en een concentratie van kopers bij een bepaalde fabrikant — hun betekenis verliezen, nog daargelaten dat dit stelsel het fabrikanten die voor het eerst aan de markt komen, extra moeilijk maakt, id est hun toegang tot de markt bemoeilijkt.

— Tenslotte wordt vastgesteld dat uniforme maximum betalingstermijnen, zo goed als de overeenkomstige maatregel die in het vroegere systeem werd voorzien, in zoverre de mededinging verhinderen.

b) Waar het bij de beoordeling van deze concurrentiebeperkingen volgens verzoekers aankomt op bepaalde, door de overheid geïntroduceerde regelingen en praktijken die de markt beïnvloeden — de Commissie heeft het niet principieel bestreden en de fabrikanten spreken van dwangmatigheden waarnaar de marktdeelnemers zich hebben te voegen —, lijkt het mij voorts doelmatig ze een te noemen en de gevolgen die ervan zijn uitgegaan, met inaanmerkingneming van de ten processe gebleken feiten en omstandigheden, te beoordelen.

*aa) Het Belgische belastingstelsel*

Het Belgische belastingstelsel wordt, wat tabaksprodukten betreft, gekenmerkt door een hoge belasting, geëvenredigd aan de door fabrikanten of importeurs, als belastingschuldenaren, te bepalen detaillistenprijs. Naar wij tijdens de mondelinge behandeling vernamen, is dit altijd zo geweest. Ook 's Raads richtlijn van 19 december 1972 betreffende de belasting, andere dan omzetbelasting, op het verbruik van tabaksfabrikanten (PB L 303 van 1972, blz. 1) bracht op dit punt geen verandering. Volgens die richtlijn mag het bedrag van de specifieke accijns in de eerste etappe van de harmonisatie niet beneden de 5 % liggen, en België heeft zich daaraan gehouden; voor de tweede etappe geldt hetzelfde percentage, zij het inclusief de belasting op de toegevoegde waarde. Het ziet er ook niet naar uit dat de verhouding tussen de evenredige en de specifieke accijns zich in afzienbare tijd ten gunste van laatstgenoemde accijns zal gaan wijzigen. Ik wijs in dit verband op richtlijn nr. 77/805, waarmede de tweede etappe der harmonisatie — per 1 juli 1978 — een aanvang nam, alsook op hetgeen wij tijdens de mondelinge behandeling over de in zoverre te verwachten verdere ontwikkeling vernamen.

Een wijze van belastingheffing als hierbedoeld leidt er met name toe dat iedere wijziging van andere kostenelementen dan de verbruiksbelasting en de eveneens proportionele belasting over de toegevoegde waarde, tot een veelvoud der waarde in de detailhandelsprijs doorwerkt; daardoor wordt, naar verzoekers uiteenzetten, de waarde van iedere mededingingshandeling verveelvoudigd. Men spreekt in dit verband in den regel van een „multiplicator". Hij ligt in het Belgische stelsel tussen 4 en 5 en vertoonde, naar ons werd aangetoond, ook in het tijdvak 1972-1978 geenszins een, aan de nagestreefde harmonisatie beantwoordende, afnemende, doch veeleer een stijgende tendens. Hoe dit precies in de economische werkelijkheid doorwerkt, werd door verzoekers, maar tijdens de mondelinge behandeling ook door de Commissie, met behulp van cijfers overtuigend aangetoond. Tekent zich bij *een* kostenelement, het fabrikantenaandeel of de handelsmarge, een stijging af, dan leidt dit tot een onevenredig sterke stijging van de detailhandelsprijs, hetgeen bij voorbeeld bij een differentiatie van handelsmarges en de daarmede gepaard gaande gedifferentieerde structuur van de detailhandelsprijs minder kostenintensieve commercialisatievormen een zeer groot mededingingsvoordeel zou doen toevloeien. Omgekeerd zou een reductie van kostenelementen de detailhandelsprijs in onevenredige mate doen dalen, omdat bedragen die fabrikanten of handelaren „laten vallen", als het ware met fiscale middelen worden verveelvoudigd. Het stelsel mag dan ook worden geacht de mededinging te ontwrichten ten nadele van kostenintensieve produkten — nieuwe merken, kleine merken, merken van kleine fabrikanten — en ten nadele van kostenintensieve wijzen van verhandeling. Het wordt trouwens met zoveel woorden erkend in de considerans van richtlijn nr. 72/464, volgens welke de destijds bestaande verbruiksbelastingen op tabaksprodukten, mededingingsrechtelijk bezien, niet neutraal waren en de mededingingsvoorwaarden op nationaal en communautair niveau konden vervalsen. In dezelfde zin het Economisch en Sociaal Comité in zijn advies inzake een voorstel voor een vijfde richtlijn van de Raad betreffende de belasting, andere dan omzetbelasting, op het verbruik van tabaksfabrikaten (PB C 204 van 1976, blz. 1). Het vervalsend effect doet zich bovendien te sterker gelden, waar in artikel 10 van richtlijn nr. 72/464 de invoering is voorzien van een minimumbelasting — zoals die er in België is gekomen —, waarvan het bedrag 90 % van het totaal bedrag aan proportionele en specifieke verbruiksbelastingen, zoals die op de meest gevraagde sigaretten zijn gelegd, niet mag te boven gaan: daarmede wordt kennelijk uitgesloten dat het multiplicatoreffect naar beneden toe, ten gunste van goedkope produkten, volledig tot gelding komt.

In zulk een situatie is het, de handelsvoorraden in aanmerking genomen, de fabrikanten praktisch onmogelijk hun prijzen te verlagen. De voorraden moeten namelijk, omdat de handelaren hun winstmarge niet zullen prijsgeven, meer dan evenredig, en wel tot een veelvoud van de verlaging waartoe de fabrikant op zichzelf zou willen overgaan, op kosten van de fabrikant worden ontlast, dan wel de fabrikant zou de waren, voor belastingsrestitutie en het aanbrengen van nieuwe banderollen, moeten terugnemen, hetgeen vanwege de kosten niet mogelijk is.

In zulk een situatie, waarin belaste produkten door het multiplicator-effect op de markt veel geringere kansen krijgen, treedt kennelijk — met betrekking tot het fabrikantenaandeel en de distributie-

kosten — nog een ander gevolg in, te weten een nivellerings- of „comprimerings"-effect. Dit blijkt wel uit het feit dat de prijs van 80 % der in België verkochte sigaretten op of beneden het niveau der meest verkochte soorten ligt; die prijs bedroeg op een gegeven ogenblik BFR 41, terwijl de goedkoopste sigaretten BFR 38 kostten. In dit verband zij ook gewezen op een tabel die op bladzijde 81 van de conclusie van dupliek der Commissie te vinden is en volgens welke het aandeel van industrie en handel in de prijs der sigaretten in België lager is dan in enige andere Lid-Staat, Luxemburg uitgezonderd. Voorts zijn er de op bladzijde 18 van de conclusie van repliek in de zaak 215/78 afgedrukte uittreksels uit een rapport van de Engelse Price Commission, volgens hetwelk het multiplicatoreffect van een hoge proportionele belasting — in het rapport was slechts een belasting van 30 % vermeld — dwingt de kosten zo laag mogelijk te houden.

Het mag er derhalve voor worden gehouden dat een stelsel van verbruiksbelastingen met een zeer hoog proportioneel belastingaandeel de concurrentiemogelijkheden der marktdeelnemers aanzienlijk beperkt en dat er vervalsingen der concurrentie mee gepaard gaan, waaraan bij toepassing van artikel 85, lid 1, stellig niet mag worden voorbijgezien.

*bb) De Belgische prijscontrolevoorschriften*

Volgens het Koninklijk Besluit van 22 december 1971 moeten prijsverhogingen twee maanden voor de dag waarop men ze in werking wenst te doen treden, bij de minister van Economische Zaken worden aangemeld. Er komt dan een aanbeveling van de minister, die medebrengt dat de prijsverhoging moet worden uitgesteld, wanneer zij de in de aanbeveling aangegeven omvang te boven gaat. Wie deze regeling, waarvan het afremmend effect niet kan worden geloochend, en haar gevolgen wenst te beoordelen, dient, wat de tabakssector betreft, vooral op twee omstandigheden te letten. De regeling wordt blijkbaar minutieus en streng gehandhaafd, omdat zij de op tal van gebieden zo belangrijke index beïnvloedt. In de tabakssector wordt in het overleg ook de minister van Financiën ingeschakeld — en zijn stem heeft daarbij veel gewicht —, omdat er eventueel nieuwe banderollen moeten komen en er soms een nieuwe minimum belasting moet worden vastgesteld, maar ook omdat de belastingopbrengst ermee gemoeid kan zijn. Bovendien is de minister van Financiën er juist in de laatste jaren, waarin de belastingen aanzienlijk zijn verhoogd, op uit niet aan het fiscale aandeel van een prijsverhoging, desnoods op kosten van andere betrokkenen, te laten tornen. Ook zal hij er naar streven te sterke prijsverhogingen te voorkomen, omdat zij tot een beperking der verteringen — en dus tot daling van de belastingopbrengst — kunnen leiden.

Een en ander leidt er allereerst toe dat alle prijselementen, ook de verschillende winstmarges, zorgvuldig worden nagegaan. Zo kan aan de overgelegde documenten — een brief en een resolutie van de Prijzencommissie uit 1976 — worden ontleend dat een heel bepaalde verhoging van de winstmarge, en uitgerekend van die der groothandelaren, werd goedgekeurd. Ook werd aangetoond dat in 1971 van een prijsverhoging van BFR 5 de staat het grootste aandeel claimde en voor de detaillisten maar weinig overliet. Van belang is ook dat de met het toezicht op de prijzen belaste autoriteiten in 1978 ver beneden het door betrokkenen

gewenste niveau zijn gebleven — aan de fabrikanten werd slechts BFR 20 — in plaats van BFR 28 — in uitzicht gesteld, aan de handel slechts BFR 8 — in plaats van BFR 12 —, hetgeen een procentuele daling der marges veroorzaakte.

Deze praktische facetten van de controle der prijzen, en met name de inschakeling van de minister van Financiën, brengen ook mede dat de administratie, ook al zijn individuele aanmeldingen van op zichzelf staande ondernemingen en individuele prijsmaatregelen mogelijk, prijs stelt op collectief overleg met organisaties, met andere woorden op een bepaalde afstemming van gedragingen. Leerzaam is het door verzoekster BAT genoemde voorbeeld van de invoering van een nieuw merk tegen een bepaalde, lage prijs: na een algemene prijsverhoging in 1977 is het blijkbaar alleen dankzij bijzondere aandrang en slechts voor korte tijd gelukt het door de fabrikant gewenste lagere prijsniveau te handhaven (voor bijzonderheden verwijs ik naar de mondelinge behandeling).

Men kan dus vaststellen dat de wijze waarop de prijscontrolevoorschriften in de praktijk worden uitgevoerd, een gezamenlijk optreden bij het structureren van de prijzen — en hun bestanddelen — in de hand werkt. Waar de regeling in de praktijk het fabrikantenaandeel en de marges in belangrijke mate comprimeert, bij voorbeeld omdat het teruglopen der afzetten, waartoe het in 1979 door belastingverhogingen kwam, moet worden opgevangen, kan anderzijds worden gezegd dat de aan de mededinging gelaten ruimte zeer wordt ingeperkt.

*cc) Het Belgische fiscale beleid*

Verzoekers hebben in dit verband met name ook het Belgische fiscale beleid ter sprake gebracht. De tabaksbelasting zou een belangrijke belastingbron zijn; de opbrengst zou, omdat zij in de begroting wordt ingecalculeerd, in redelijke mate voorspelbaar moeten zijn. Tenslotte zouden de opbrengsten een stijgende tendens vertonen: de belastingen werden in een decennium vervijfvoudigd.

Dat ook de fiscale politiek de bewegingsvrijheid der ondernemingen aan banden legt, kan inderdaad niet worden geloochend; het kwam trouwens reeds bij het hiervoor besproken punt van de controle der prijzen om de hoek kijken. In dit verband zij nogmaals gewezen op de inspanningen welke verzoekster BAT zich getroostte om voor een nieuw merk een bepaald prijsniveau te handhaven. Van belang is ook hetgeen de Belgische regering te dezen heeft verklaard in een krachtens artikel 169 van het EEG-Verdrag tegen haar aangespannen procedure. Op grond daarvan mag ervan worden uitgegaan dat de minister van Financiën in een situatie waarin de detailhandelsprijzen blijken terug te lopen — bij voorbeeld omdat handelaren zich in de concurrentiestrijd bijzondere inspanningen ten behoeve van een bepaald merk getroosten en daarvoor worden beloond —, de daarmede gepaard gaande daling van de opbrengst van de tabaksbelasting niet zou accepteren en, bij voorbeeld met behulp van een hoge specifieke belasting, compensatie zou zoeken.

Het is mijns inziens zonder meer duidelijk, dat zulke vooruitzichten een verlammende uitwerking hebben op de concurrentie en dat hiermede bij de toepassing van artikel 85 rekening dient te worden gehouden.

*dd) De Belgische regeling houdende vastlegging der prijzen*

Sinds op 1 januari 1971 artikel 58 van de ons reeds uit de zaak 13/77 bekende Belgische Wet inzake de belasting over de toegevoegde waarde in werking is ge-

treden, is men verplicht zich aan de banderollenprijs te houden.

Dit betekent kennelijk dat het voor een handelaar die zich op de markt bijzondere inspanningen getroost, niet alleen moeilijk, maar uitgesloten is zijn doel door verlaging van de detailhandelsprijs te bereiken. De regeling maakt dus concurrentie voor één en hetzelfde merk op het niveau van de detailhandel onmogelijk, welke onmogelijkheid ook niet, zoals de Commissie ten onrechte meent, door het gratis verstrekken van sigaretten kan worden omzeild: volgens het door haar bedoelde artikel 5 van de verordening die als bijlage bij de Belgische verordening van 22 januari 1948 het licht zag, kunnen er alleen aan het personeel van fabrikanten en importeurs goedkope sigaretten worden verstrekt. Al weer een aspect waarmede bij een onderzoek naar het concurrentiegedrag van de deelnemers aan de markt voor tabaksprodukten rekening moet worden gehouden.

Een tegenargument kan niet worden ontleend aan het arrest 13/77 (Jurispr. 1977, blz. 2115 e. v.) waarin het om de benadeling van de handel tussen Lid-Staten ging. In dat arrest wordt namelijk alleen maar gezegd dat de verwijzende rechter dient na te gaan of vaste detailhandelsprijzen met het gemeenschapsrecht verenigbaar zijn, en met name „of — mede gelet op de belemmeringen van fiscale aard die de sector van de betrokken produkten ongunstig beïnvloeden — een dergelijk stelsel van verplichte prijzen op zichzelf de importen tussen Lid-Staten al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel kan belemmeren". Het mag er dus, naar ik ook in mijn conclusie in bedoelde zaak betoogde, geenszins voor worden gehouden dat artikel 58, als met het gemeenschapsrecht onverenigbaar, niet kan worden toegepast.

Mocht men desondanks van de niet-toepasselijkheid van artikel 58 uitgaan of het toch mogelijk achten dat handelaren die zich bijzondere inspanningen getroosten, indirect op de vaststelling van lagere detailhandelsprijzen aansturen, dan kan aan het vorenstaande nog worden toegevoegd dat een noemenswaardige concurrentie op het niveau der voor één en hetzelfde merk berekende detailhandelsprijzen nochtans nauwelijks voorstelbaar ware. Men dient te bedenken dat de fabrikanten niet erg geneigd zullen zijn belasting te betalen over een hogere prijs dan door de verbruiker moet worden opgebracht, id est bij beneden de banderollenprijs dalende prijzen naar een algemene prijsaanpassing naar beneden zullen streven — en de markttransparantie zal aan die pogingen kracht bijzetten —. Ook moge ik herinneren aan hetgeen hiervoor met betrekking tot het fiscale beleid werd overwogen: de fiscus zal ernaar streven compensatie voor de gederfde belastinginkomsten te zoeken, zodat eventuele extra-inspanningen op het vlak der mededinging de consument slechts korte tijd een voordeel zouden bezorgen.

*ee) Het verbod voor één en hetzelfde sigarettenmerk verschillende banderollen af te geven*

Ten processe werd ons voorts verklaard dat het fabrikanten en importeurs niet vrijstaat sigaretten van één en hetzelfde merk, van dezelfde kwaliteit en in dezelfde verpakking, tegen verschillende banderollenprijzen op de markt te brengen; ik verwijs in dit verband naar een brief van de Belgische minister van Fi-

nanciën van 25 juli 1979 en naar het antwoord, door de Belgische regering op een door het Hof gestelde vraag gegeven. Afgezien van de voordelen die voor het personeel van fabrikanten en importeurs zijn weggelegd, geldt dus het beginsel van gelijkheid van belasting. Kennelijk ligt er vooral de overweging aan ten grondslag dat het schatten van de belastingopbrengst anders een te ongewisse zaak wordt. En het is plausibel dat de Belgische regering zich daartoe, sinds 's Raads richtlijn nr. 72/464, op artikel 4 dier richtlijn beroept, volgens hetwelk de proportionele accijns berekend wordt over de *maximum* kleinhandelsverkoopprijs, waarvan er uiteraard maar één kan zijn.

Ook dit houdt stellig een beperking van de concurrentiemogelijkheden in, waarmede rekening dient worden gehouden. Het wordt op deze wijze degenen die na de fabrikanten bij de afzet betrokken zijn, bij voorbeeld ondernemingen met lagere distributiekosten, onmogelijk gemaakt om, wanneer zij dankzij bijzondere inspanningen een deel van hun winstmarge mochten willen prijsgeven, daarvan door een bijzondere banderolle te doen blijken, zodat de consument ermee gebaat zou zijn.

*ff) Sanitaire voorschriften*

Tenslotte moet nog worden ingegaan op bepaalde, door verzoekers genoemde dwangmatigheden, die in de in België geldende sanitaire voorschriften besloten zouden liggen: op de verpakking moet een waarschuwing worden aangebracht, waarin het publiek op de voor de gezondheid schadelijk gevolgen van het roken wordt gewezen — en door die verplichting zou de afzet worden geremd —, waarnaast zij ook wezen op bepaalde maatregelen die met name betrekking hebben op de reclame, huns inziens een der voornaamste sectoren waarin de mededinging op de sigarettenmarkt zich afspeelt.

Ik heb echter de indruk dat die voorschriften buiten beschouwing moeten blijven, als het om een mededingingsrechtelijke beoordeling gaat.

In de eerste plaats mag ernstig worden betwijfeld of de plicht een gedrukte waarschuwing op de verpakking te doen aanbrengen, die trouwens op dezelfde wijze voor alle produkten geldt, de afzet ernstig remt, dat wil zeggen de kooplust doet afnemen en daardoor de marktomstandigheden in niet te verwaarlozen mate beïnvloedt.

En voorzover er te dezen werd gesproken van andere maatregelen, waarbij met name de reclame aan banden zou zijn gelegd, moet worden opgemerkt dat het bestaan van een van overheidswege getroffen regeling uit de tijd vóór de bestreden beschikking, waaraan zulke gevolgen verbonden zijn geweest, ons niet werd aangetoond. De door verzoekers in hun conclusie van repliek genoemde — en de reclame betreffende — „zelfbeperking" der ondernemingen, kan moeilijk als zulk een regeling worden beschouwd: trouwens, al mocht zij door de minister zijn aanvaard, de Commissie heeft onweersproken gesteld dat de reclame er niet door werd uitgeschakeld. En pas later in werking getreden regelingen — een wet van 24 januari 1977, volgens welke de minister restrictieve maatregelen kan nemen, en vooral ook de tijdens de mondelinge behandeling genoemde verordeningen van december 1979 en maart 1980, waarvan alleen de laatste de reclame betreft —, moeten in dit geding natuurlijk buiten beschouwing blijven.

c) Wanneer wij ons nu afvragen of het oordeel, waartoe toetsing van het Belgisch distributiesysteem voor tabaksfabrikaten aan het mededingingsrecht de Commissie leidde, als steekhoudend dan wel als aanvechtbaar is te beschouwen, dienen wij verschillende overwegingen te doen gelden.

aa) In de eerste plaats zouden er volgens verzoekers in de beschikking enige feitelijke onjuistheden voorkomen, en zij hebben getracht aan te tonen dat de Commissie ten dele van onjuiste feiten en omstandigheden is uitgegaan hetgeen haar beoordeling zou hebben beïnvloed.

Zo wordt in de beschikking onder nr. 1 gezegd dat de verkoop van sigaretten regelmatig toeneemt, terwijl er in werkelijkheid alleen van 1967 tot 1973 een toeneming kon worden geconstateerd, waarna er, naar statistisch kan worden bewezen, een teruggang intrad. Onder nr. 11 wordt gezegd dat er in België op tabaksfabrikaten een recht „ad valorem" — in plaats van belasting over de toegevoegde waarde — wordt geheven, terwijl laatstgenoemde belasting in feite *naast* de verbruiksbelasting wordt geheven. En onder nr. 88 heet het dat de tabakssector niet *de enige* is waarop een zeer zware fiscale druk rust. Kennelijk wordt hier, naar ook ten processe bleek, gedoeld op de belasting van minerale oliën, alcohol en alcoholhoudende dranken, maar men vergeet dat die produkten alleen onder een specifiek recht vallen, waarbij een multiplicator-effect zich niet doet gelden. Last but not least wordt er, naar aanleiding van het onder nr. 81 overwogene, op gewezen dat groothandelaren elkander op het gebied der aan de fabrikanten bewezen diensten zeer wel kunnen beconcurreren, omdat de fabrikanten daarop door de toekenning van andere voordelen dan de geuniformeerde handelsmarges kunnen reageren.

Erkend dient te worden dat het voor wie die marktomstandigheden en de mededingingssituatie heeft te beoordelen, natuurlijk van belang is of men met een expanderende markt te maken heeft — hetgeen de Commissie, wat het verbruik van sigaretten betreft, zonder meer aanneemt —, dan wel of de totale afzet teruggaat, zodat het instandhouden en vergroten der marktaandelen wordt bemoeilijkt. En naar aanleiding van de door verzoekers in de laatste plaats te berde gebrachte kwestie zij opgemerkt dat het bij de beoordeling van de mededingingssituatie een rol speelt of men, behalve met de handelsmarges, te maken heeft met andere door de fabrikanten toegekende voordelen die, omdat de beperking van de mededinging er niet voor geldt, de inzet van concurrentie vormen. Dit zou, naar met nadruk werd betoogd, het geval zijn, en gewezen werd onder meer op frequentie en snelheid van levering, introductiecampagnes met bijzondere premies, steun bij inrichting en reclame, gratis monsters, alsook de verlening van juridische adviezen en hulp in geval van voorbijgaande moeilijkheden. Met verwijzing naar hetgeen door de Bond van Tijdschriftenhandelaren werd betoogd, zou er dus ook met betrekking tot de mededinging tussen groothandelaren, ook al behoren ze tot dezelfde categorie, wel degelijk sprake zijn van een levendige concurrentie namelijk bij de vaststelling van de leveringsprijzen, de verlening van kredieten, de leveringsfrequentie, het assortiment en de mogelijkheid van advies — onder meer bij de boekhouding en met betrekking tot het terugnemen van onverkochte waren —. Het zou dan ook — in de lijn van bepaalde opmerkingen die wij in de memorie naar aanleiding van de eerste punten van bezwaar aantroffen — in de kring der grossiers, juist bij de ontwikkeling van de omzetten, tot belangrijke wijzigingen zijn gekomen.

Bovendien hebben verzoekers, met hun kritiek op hetgeen in de beschikking met betrekking tot de belasting van tabaksprodukten werd vastgesteld, onmiskenbaar het gelijk aan hun zijde. Dit geldt om te beginnen voor nr. 88 van de beschikking. Als de Commissie blijkbaar de

belasting van alcohol en ruwe olie met de belasting van tabaksprodukten vergelijkbaar acht, dan heeft zij kennelijk aan het wezenlijk verschil tussen specifieke belastingen en proportionele belastingen, die alleen voor tabaksprodukten gelden, voorbijgezien en daarmede het multiplicatoreffect, dat de concurrentieverhoudingen inderdaad scheeftrekt, miskend. Hetzelfde kan met betrekking tot nr. 11 worden opgemerkt: kennelijk heeft de Commissie niet in aanmerking genomen dat de belasting over de toegevoegde waarde *naast* de verbruiksbelasting wordt geheven, hetgeen, omdat ook de belasting over de toegevoegde waarde een proportionele belasting is, in een versterking van het multiplicatoreffect resulteert.

Ofschoon zij op zichzelf de beschikking waarschijnlijk niet vermogen te ondergraven, acht ik deze punten ter beoordeling der beschikking stellig van belang.

bb) Verzoekers betogen voorts dat de Commissie bij haar onderzoek geen acht zou hebben geslagen op bepaalde, met voormelde regelingen verband houdende aspecten van de Belgische tabaksmarkt, die mededinging ten aanzien van de marges praktisch uitgesloten doen zijn dan wel de mededingingsmogelijkheden zozeer beperken, dat de gewraakte maatregelen niet als *merkbare* beperking van de mededinging kunnen worden beschouwd. De Commissie zou bij toetsing der maatregelen aan het mededingingsrecht principieel van een onjuist standpunt zijn uitgegaan: de in de beschikking onder nr. 88 voorkomende overweging dat „indien nationale bepalingen met wettelijk of reglementair karakter eventueel tot gevolg hebben dat de mededinging wordt beperkt, de gevolgen van privaatrechtelijke mededingingsbeperkingen die zich daaraan komen toevoegen niet anders kunnen dan nog meer merkbaar te zijn", valt met de tot nu toe door het Hof gewezen uitspraken niet te rijmen.

Zij betogen voorts dat de Commissie onder nr. 83, waarin het Belgische stelsel van vaste prijzen ter sprake komt, ten betoge dat artikel 85, lid 1, ook van toepassing is wanneer een beperking van de mededinging door een nationaal rechtsvoorschrift wordt *begunstigd*, ten onrechte met overwegingen uit het arrest 13/77 komt aandragen.

Ik zou hieromtrent het volgende willen opmerken:

— Het is niet alleen zo dat men, gezien de redengeving der beschikking, de indruk krijgt dat het onderzoek der Commissie niet toereikend is geweest — onder nr. 88 wordt alleen van „de belangrijkheid der belastingdruk" en „het aanmeldingssysteem voor verhogingen van de kortingen en de wederverkoopprijzen van tabaksprodukten" gesproken en niet van andere, hiervoor reeds genoemde en eveneens relevante bijzonderheden van de Belgische tabaksmarkt. Men mag zich heel in het algemeen afvragen of wel werd nagegaan welke mededingingsmogelijkheden, gezien bedoelde bijzonderheden van de Belgische markt, de economische subjecten nog werden gelaten. Veelzeggend zijn in dit verband de woorden „indien nationale bepalingen ... *eventueel* tot gevolg hebben dat de mededinging wordt beperkt ...". De hierin aan de dag tredende houding der Commissie vindt haar verklaring in die zinsnede waarin gezegd wordt dat, wanneer de mededingingsmogelijkheden van overheidswege worden ingeperkt „de gevolgen van privaatrechtelijke mededingingsbeperkingen die zich daaraan komen toevoegen ... nog meer merkbaar ... zijn" en dus kennelijk in ieder geval onder artikel 85, lid 1, kun-

nen worden gebracht. Dit is als een ernstige fout te beschouwen. Want volgens de jurisprudentie (men zie het in de zaak 26/76, Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG t. Commissie, op 25 oktober 1977 gewezen arrest, Jurispr. 1977, blz. 1875 e.v.) wordt in artikel 85 van een „workable competition" uitgegaan. Wanneer tal van regelingen de mededingingsmogelijkheden aanzienlijk beperken, dient dan ook nauwkeurig te worden onderzocht in hoeverre dit uitgangspunt juist is, id est of er nog wel een door particuliere maatregelen merkbaar te beperken ruimte voor „workable competition" overblijft.

— Bezwaar kan ook worden gemaakt tegen het door de Commissie met betrekking tot de merkbare mededingingsbeperking klaarblijkelijk gekozen uitgangspunt. Ik herinner aan de reeds aangehaalde bewoordingen van nr. 88 der beschikking, waarin voor het geval dat de mededinging door nationele rechtsvoorschriften mocht worden beperkt, de gevolgen van privaatrechtelijke mededingingsbeperkingen te meer merkbaar worden genoemd, alsook aan de in het antwoord der Commissie te vinden verklaring dat het volgens de jurisprudentie met name op de marktpositie van betrokkenen, dat wil zeggen op hun marktaandeel, aankomt. Het zou in zoverre evenwel van belang zijn dat de leden van FEDETAB, waarbij bijna alle Belgische fabrikanten zijn aangesloten, een zeer hoog marktaandeel bezitten — 10 merken van verzoekers zouden goed zijn voor tweederde van de Belgische afzet —, alsook dat de meeste Belgische fabrikanten door multinationals worden gecontroleerd, terwijl zeven verzoekers tot vier grote internationale concerns zouden behoren.

Verzoekers beroepen zich hiertegenover op de bekende arresten in de suiker-zaken (40 e.v./73, Coöperatieve vereniging „Suiker Unie" e.a. t. Commissie, arrest van 16 december 1975, Jurispr. 1975, blz. 1939 e.v.), waarin het onder meer ging om de afscherming van de Italiaanse suikermarkt, namelijk om een afgeschermde gedraging ter controle van de suikerleveranties aan Italië. Overwogen werd dat de gemeenschappelijke ordening der markten in de sector suiker — met haar quota — de concurrentie weinig ruimte liet, terwijl Italiaanse regelingen en door de Italiaanse overheid getroffen maatregelen de concurrentie nog meer aan banden hadden gelegd. Het toepassingsgebied van de mededingingsregelen was daardoor in beginsel zo klein geworden, dat de door de Commissie gewraakte gedragingen de mededinging niet merkbaar konden benadelen.

Uiteraard kan deze jurisprudentie niet zonder meer op het onderhavige geval worden getransponeerd. Wel kan er één wezenlijke gedachte, de juridische beoordeling van inbreuken op de mededinging in casusposities als de onderhavige betreffende, aan worden ontleend, en wel de gedachte dat de marktpositie op zichzelf niet de doorslag kan geven; de Italiaanse suikerfabrikanten hadden de beschikking over een aanzienlijk marktaandeel en degenen die bij de afstemming van gedragingen betrokken waren, hadden driekwart van de Italiaanse importen in handen. Het gaat er maar om dat zorgvuldig wordt nagegaan welke mededingingsmogelijkheden van overheidswege getroffen regelingen overlaten, en naar de uitkomsten van dat onderzoek heeft men zich vervolgens bij de beoordeling van een merkbare beperking der mededinging te richten.

In casu is dat niet op bevredigende wijze gebeurd. Anderzijds is het, gezien hetgeen wij ten processe vernamen, niet uitgesloten te achten dat de bijzondere structuur van de Belgische markt ook voor producenten in de voor de beschik-

king relevante sectoren de mededinging zeer sterk aan banden legt. En vooral omdat de feiten ten processe, waar menig punt omstreden bleef, niet voldoende boven water kwamen, zal moeten worden erkend dat verzoekers gelijk hebben met hun stelling dat de beschikking der Commissie op een erstige fout berust, immers de vraag of de gewraakte maatregelen tot een *merkbare* benadeling van de mededinging hebben geleid, werd niet of onvoldoende serieus onderzocht.

— Bovendien kan de Commissie in verband hiermee — en wel ten aanzien van nr. 83 van de bestreden beschikking — worden verweten dat zij ten onrechte heeft gewerkt met de in het arrest 13/77 (Jurispr. 1977, blz. 2141 e.v.) voorkomende overweging, volgens welke artikel 86 ook van toepassing is wanneer misbruik door nationale regelingen wordt begunstigd. Volgens de Commissie hebben verzoekers geenszins aangetoond dat de in de FEDETAB-beschikking besproken punten in een van overheidswege getroffen regeling werden vastgelegd of dat de ter sprake gebrachte Belgische regelingen de verschillende gewraakte mededingingsbeperkingen hebben begunstigd. Al mocht dit zo zijn, dan nog zou zulk een beperkingen der mededinging in de hand werkend effect, gezien de overwegingen van het arrest in de zaak-INNO, niet medebrengen dat artikel 85 buiten toepassing moet blijven.

Mijns inziens mag reeds ernstig worden betwijfeld of de in het arrest-INNO met betrekking tot artikel 86 uitgesproken gedachte zonder meer op artikel 85 kan worden getransponeerd. Men bedenke dat, waar een machtspositie toch reeds medebrengt dat de mededinging praktisch is geëlimineerd, de problematiek der merkbaarheid bij de toepassing van artikel 86 geen rol speelt, althans een andere dan bij de toepassing van artikel 85. Belangrijker nog is dat verzoekers helemaal niet hebben gesteld dat er van een dergelijke *begunstiging* sprake zou zijn. Veeleer beroepen zij zich erop dat de besproken Belgische voorschriften — met hun hoge proportionele belasting en het eraan verbonden multiplicatoreffect, die sinds 1973 zelfs op het gemeenschapsrecht, namelijk op richtlijn nr. 72/464, zijn gebaseerd —, de mededingingsvoorwaarden ernstig *vervalsen.* Men zou hieraan reeds paal en perk hebben willen stellen door bepaalde, op handhaving van de banderollenprijzen gerichte, nationale voorschriften, waarin het afgeven van verschillende banderollen voor één en hetzelfde merk wordt verboden, voorschriften die derhalve ook zijn te beschouwen als een gevolg van de door de proportionele belasting veroorzaakte vervalsing der mededinging. Met de gewraakte maatregelen zou de Commissie die vervalsing hebben willen tegengaan en voorts willen zorgen voor minder scheefgetrokken kostenrelaties en voor een zekere standaardisatie der aan de handelaren te betalen ristorno's.

Mijns inziens kan de juistheid van deze argumenten al evenmin worden ontkend als de juistheid van het standpunt der verzoekers volgens hetwelk men, wanneer er op het niveau van het gemeenschapsrecht een conflict rijst tussen het mededingingsrecht en het fiscale beleid, bij de toepassing van de mededingingsregelen, die ten opzichte van andere door het Verdrag bestreken sectoren niet als prioritair zijn te beschouwen, heeft na te gaan of en in hoeverre maatregelen die als anti-concurrentieel kunnen worden aangemerkt, alleen tegen uit het belastingrecht resulterende vervalsingen der mededinging gericht zijn. Het is zeer wel te verdedigen dat dit in verband met een onderzoek naar de merkbaarheid van beperkingen der mededinging als rele-

vant is te beschouwen, en er dient de Commissie een verwijt van te worden gemaakt dat zij dit buiten beschouwing heeft gelaten.

— Met een nog te bespreken voorbehoud ten aanzien van de beschikking betreffende de vroegere maatregelen, ligt dus de conclusie voor de hand dat het oordeel, waartoe de Commissie kwam ten aanzien van de toepassing van artikel 85, lid 1, op het Belgische distributiesysteem voor tabaksprodukten, niet in stand kan blijven.

cc) Bijzondere punten van kritiek, door verzoekers ingebracht tegen de beoordeling van bepaalde elementen van het systeem, behoeven dus eigenlijk geen bespreking meer. In afwijking van de opvatting der Commissie, die meent dat het systeem in zijn geheel moet worden beoordeeld, wil ik er nochtans op ingaan, en wel omdat niet zonder meer mag worden aangenomen dat er niet bepaalde onderdelen van een in ander opzicht met de mededinging strijdig bevonden systeem in stand kunnen blijven. Ik wil hierover nog het volgende opmerken:

— *De vaststelling van maximum betalingstermijnen*

Verzoekers komen er in de eerste plaats tegen op dat de betalingstermijnen, zoals in de beschikking werd aangenomen, steeds meer zouden zijn ingekort en nooit langer zouden zijn dan 14 dagen. In werkelijkheid zou er van een soepele, geenszins uniforme toepassing mogen worden gesproken — sommige verzoekers stelden in beginsel contante betaling te verlangen —, zodat er in zoverre wel degelijk zou worden geconcurreerd. En anderzijds zou, gezien de snelle omzet van sigaretten en in aanmerking genomen dat de prijs in België voor meer dan 70 % uit — door fabrikanten en importeurs voor te schieten — belastingen bestaat, het gemeenschappelijk streven het niet te laten komen tot al te lange betalingstermijnen, zoals die vooral door sterke afnemers worden gewenst, allereerst moeten worden beschouwd als een bestrijding van mededingingsuitwassen en als een indicatie van de gevaren die, vooral gezien de sterk gestegen renten, aan zulke praktijken verbonden zijn.

Op hetgeen de Commissie met betrekking tot de *toepassing* van deze maatregelen heeft opgemerkt, behoeft wel niet verder te worden ingegaan. Overtuigend is door verzoekers in zoverre betoogd dat het fiscale gedeelte van de prijs niet als een echte mededingingsparameter is te beschouwen, terwijl ook hetgeen zij aan de hand van cijfers met betrekking tot het effect van langere betalingstermijnen hebben opgemerkt, zich liet horen. Derhalve mag het ervoor worden gehouden dat de inspanningen der fabrikanten te dezen vooral op een eliminatie van de mededingingsontwrichting gericht zijn, zodat de regeling inzake de betalingstermijnen, voor zover er van een voor bescherming in aanmerking komende concurrentie geen sprake is, in ieder geval niet als een merkbare benadeling der mededinging is te beschouwen.

— *Het aanhouden van een minimum assortiment als voorwaarde voor de toekenning van bepaalde voordelen*

Mededingingsrechtelijk is te dezen van minder belang het door verzoekers gehanteerde argument dat op deze manier de concurrentie tussen fabrikanten, dat wil zeggen die tussen de verschillende merken, zou worden bevorderd en dat ook aan kleine merken, die anders vanwege de commercialisatiekosten van de markt zouden moeten verdwijnen, een kans zou worden geboden. Men dient te bedenken dat de — indirecte — verplichting het assortiment op een bepaalde wijze op te bouwen, op het niveau van de detailhandel maar bij een geringe fractie der distributiebedrijven, namelijk

bij 2 000 van ongeveer 80 000 van die bedrijven, een rol speelt. Van belang is ook dat bedoelde handelaren, die ongeveer 60 % van de sigarettenafzet in België in handen hebben, blijkens de verklaring van de vertegenwoordiger van de bond van tijdschriftenhandelaren, vanwege de wensen van hun afnemers allemaal toch al meer dan 60 merken in voorraad hebben, terwijl aan de verklaringen van Mestdagh en Huyghebaert kan worden ontleend dat grote afnemers bij hun omzet zonder meer op ten naaste bij 90 merken uitkomen. Waar men bovendien in het voorradig hebben van enkele weinig gevraagde merken maar weinig kapitaal behoeft te steken en het lanceren van een of meer andere merken er nauwelijks door wordt bemoeilijkt — in België zijn 17 merken goed voor ongeveer 70 % van de markt en plusminus 30 merken voor vrijwel het gehele verbruik —, mag het ervoor worden gehouden dat er ook in zoverre niet van een merkbare benadeling der mededinging kan worden gesproken.

— *De aan het eind van het jaar te betalen ristorno's*

Het op dit punt door verzoekers aangedragen argument dat een handelaar zich op de sigarettenmarkt niet op *één* fabrikant pleegt te concentreren, zodat er ook geen inviduele kwantitatieve rabatten worden voorzien, komt mij niet erg zwaarwegend voor. Maar onmiskenbaar gaat het hier om betrekkelijk geringe vergoedingen, die blijkbaar hooguit een fractie van een procent van de omzet uitmaken. Wie dit bedenkt, kan zich moeilijk voorstellen dat aldus de toegang tot de markt voor newcomers — die ten aanzien van de rabatten een eigen beleid volgen — wordt bemoeilijkt. Voorts dient te worden toegegeven dat het intreden van een dergelijk gevolg eerder te vrezen zou zijn, wanneer de vergoeding zou worden berekend naar de hoeveelheden die van de onderscheiden fabrikanten worden betrokken. Waar het, naar wij zagen, bovendien niet uitgesloten moet worden geacht dat de fabrikanten bepaalde prestaties speciaal honoreren, mag ook op dit punt worden betwijfeld of er van een merkbare benadeling van de mededinging mag worden gesproken.

3. De kritiek van verzoekers betreffende de wijze waarop het Belgische distributiesysteem voor tabaksprodukten werd beoordeeld, heeft, voor zover het gaat om de vraag of de voorwaarden, gesteld in artikel 85, lid 1, zijn vervuld, in wezen zowel op de vroegere maatregelen als op de aanbeveling betrekking, voor zover hun beroep niet uitdrukkelijk werd beperkt tot het aan de aanbeveling gewijde deel der beschikking. Toch moeten er op dit ogenblik enkele nadere opmerkingen worden gemaakt met betrekking tot de vraag of de overwegingen die wij tot nu toe deden gelden, niet slechts tot nietigverklaring van artikel 2, maar ook van artikel 1 der beschikking kunnen leiden: in de eerste plaats wijkt het door de aanbeveling in het leven geroepen distributiestelsel enigszins van het tevoren geldende systeem af, anderzijds is in België de situatie rechtens, waarop uitvoerig moest worden ingegaan, niet geheel ongewijzigd gebleven.

Ik herinner er slechts aan dat in de vroegere maatregelen niet alleen een indeling van de handelaren in verschillende categorieën — met verschillende winstmarges —, maximum betalingstermijnen voor groothandelaren en de plicht tot het aanhouden van een minimum sigarettenassortiment waren voorzien. Anders dan de aanbeveling, bracht het vroegere stelsel ook door de fabrikanten aan de groothandelaren en bepaalde detaillisten voorgeschreven verkoopprijzen, een beperking van de toelating van bepaalde categorieën grossiers en het aan de erkende grossiers opgelegde verbod aan groot-

handelaren en bepaalde detaillisten te leveren. Omdat de aangevochten beschikking, voor zover het om de vroegere maatregelen gaat, de in 1962 ingegane periode betreft, mag er voorts niet aan worden voorbijgezien dat de Belgische regeling met haar vaste prijzen (artikel 58 van de Wet inzake de BTW) op 1 januari 1971 in werking is getreden, doch de communautaire regeling (richtlijn nr. 72/464), waarin een hogere proportionele belasting werd toegelaten, pas sinds 1973 geldt, terwijl prijscontrolevoorschriften blijkbaar reeds voor het ministeriële besluit van 22 december 1971, namelijk sinds oktober 1959, bestonden.

a) Vooruitlopend op de uitkomst waartoe mijn overwegingen mij zullen leiden, wil ik echter reeds thans zeggen dat een en ander mij ten aanzien van het aan de vroegere maatregelen gewijde deel der beschikking niet tot een principieel ander oordeel leidt.

— Van belang is namelijk dat de mededingingsmogelijkheden op de Belgische markt voor tabaksfabrikaten toch al zeer beperkt waren en dat de besproken vervalsingen der mededinging niet van recente datum zijn.

Dit houdt vooral verband met de hoge proportionele belasting die men, naar wij tijdens de mondelinge behandeling vernamen, in België altijd al heeft gekend. Ook hier speelt het op het behalen van hoge inkomsten uit het verbruik van tabaksprodukten gerichte beleid een rol, beleid dat met zo betrouwbaar mogelijke schattingen van die inkomsten gebaat is. Anderzijds legt het mijns inziens weinig gewicht in de schaal dat de hoge proportionele belasting sedert 1973 onder de dekmantel van het gemeenschapsrecht valt; ook voordat het streven naar harmonisatie zich baanbrak, was er gemeenschapsrechtelijk stellig niets op aan te merken. Ook dient te worden erkend dat men ter verwezenlijking van het met de vaste prijzenregeling van 1971 nagestreefde doel het de mededinging beperkend effect van de hoge proportionele belasting te beperken, voorheen alleen privaatrechtelijke middelen bij de hand had, middelen waarvan bovendien kan worden gezegd dat zij niet even effectief konden zijn als van overheidswege getroffen voorschriften, op welker niet-naleving sancties waren gesteld.

— Daargelaten de in de beschikking voorkomende fouten, waarbij verzoekers de vinger legden en die ten dele ook de vroegere maatregelen aankleven, wordt de Commissie met name aangewreven dat zij bij de vraag of er van een merkbare benadeling der mededinging mocht worden gesproken, van een valse conceptie zou zijn uitgegaan. Dat dit zo is, kan aan de hand van nr. 88 der beschikking worden aangetoond. Men mag er de Commissie terecht een verwijt van maken dat zij niet nauwkeurig heeft onderzocht in hoeverre nationale voorschriften in België voor mededinging op de markt voor tabaksprodukten ruimte laten, en evenmin of nochtans kan worden gezegd dat er van de gewraakte maatregelen een merkbaar effect is uitgegaan. Dit geldt zo goed voor de aanbeveling als — grosso modo — voor de vroegere maatregelen.

— Tenminste voor zover de aanbeveling en de vroegere maatregelen elkander op wezenlijke punten dekken, mag mijns inziens ook artikel 1 van de beschikking der Commissie op de reeds besproken gronden aanvechtbaar worden geacht; voor de betalingstermijnen en de verplichting tot het aanhouden van een bepaald assortiment kan zonder meer worden verwezen naar de speciale overwegingen die wij aan deze aspecten wijdden.

b) Mocht men echter, ondanks het feit dat de feilen in het onderzoek der Commissie ten aanzien van de merkbaarheid van de aantasting der mededinging kennelijk het gehele te beoordelen complex betreffen, van oordeel zijn dat er op grond van de overwegingen die wij deden gelden, in elk geval geen bezwaar mag worden gemaakt tegen de mededingingsrechtelijke beoordeling van het gedeelte der vroegere maatregelen waarin het om de kwantitatieve beperking van de erkenning van bepaalde categorieën groothandelaren en om het verbod van de verkoop door groothandelaren aan andere handelaren gaat, dan zou alsnog moeten worden nagegaan of er in zoverre voldaan is aan de andere in artikel 85 gestelde voorwaarde, volgens welke de handel tussen Lid-Staten ongunstig moet kunnen worden beïnvloed, hetgeen al weer merkbaar het geval moet zijn (vgl. o.m. het arrest, op 20 juni 1978 gewezen in de zaak 28/77, Tepea BV t. Commissie, Jurispr. 1978, blz. 1391).

In de beschikking wordt hierover onder nr. 91 allereerst gezegd dat de grootste Luxemburgse sigarettenproducent (de firma Heintz van Landewyck) lid van FEDETAB was, waardoor ook zijn gehele verkoop naar België aan voormelde mededingingsbeperkingen onderworpen was. Voorts heet het dat een belangrijk deel van de in België ingevoerde sigaretten en sigaren werd ingevoerd door tussenkomst van bij FEDETAB aangesloten producenten, die de verdeling verzorgden onder dezelfde, de mededinging beperkende, voorwaarden die voor hun eigen, in België vervaardigde, produkten golden. Voorts zou ervan moeten worden uitgegaan dat importeurs en fabrikanten die zich niet bij de gewraakte „distributieregels" hadden aangesloten, niettemin alle daarin vervatte mededingingsbeperkingen op zich zagen toegepast, wanneer zij hun produkten verkochten aan handelaren die die regels naleefden, hetgeen, gezien de sterke positie van de leden van FEDETAB en de NFGT, regel was.

Gesteld al dat de beide genoemde clausules als merkbare beperkingen van de mededinging mogen worden beschouwd, dan nog mag mijns inziens ernstig worden betwijfeld of het er alleen op grond van voormelde overwegingen voor mag worden gehouden dat zij tot een merkbare ongunstige beïnvloeding van de handel tussen Lid-Staten konden leiden. Ten processe is niet gebleken — en aan de beschikking kan niet worden afgelezen — in welke mate het tot de gewraakte praktijk van een beperkte toelating van bepaalde categorieën handelaren is gekomen en van hoe grote betekenis het aan de toegelaten grossiers opgelegde verbod aan bepaalde handelaren te leveren, op zichzelf geweest is. De hiervoor genoemde voorwaarde van artikel 85, lid 1, had echter slechts als vervuld mogen worden beschouwd, wanneer zou zijn gebleken dat het grensoverschrijdend goederenverkeer zich in merkbare mate anders zou hebben ontwikkeld, indien de afzetvoorwaarden er anders hadden uitgezien, anders gezegd: bij een onbeperkte erkenning van groothandelaren en bij het vervallen van het verbod elkander over en weer te leveren.

Mocht men dus van mening zijn dat hetgeen wij hiervoor met betrekking tot de merkbaarheid van de beperking der mededinging in kritische zin hebben overwogen, niet kan gelden voor de vroegere maatregelen in hun totaliteit, dan nog hebben verzoekers met hun bezwaren tegen de beschikking der Commissie het gelijk aan hun zijde, nu van een merkbare ongunstige beïnvloeding van de handel onvoldoende is gebleken.

4. De grieven tegen de toepassing van artikel 85, lid 1, op het Belgische distri-

butiestelsel voor tabaksfabrikaten moeten derhalve, of zij nu de vroegere maatregelen dan wel de aanbeveling van 1 januari 1975 betreffen, als steekhoudend worden erkend, zodat de beschikking in haar geheel moet worden nietigverklaard, immers alleen uitgaande van de veronderstelling dat artikel 85, lid 1, van toepassing is kan het komen tot het achterwege laten van een vrijstelling krachtens artikel 85, lid 3.

## III — De verdere punten waarop partijen verdeeld worden gehouden

Zoals u zich zult herinneren, waren partijen het op veel meer punten dan hiervoor besproken werden, oneens. Zo werd geheel in het algemeen, voor tal van aspecten van de maatregelen der Commissie in hun totaliteit, de vraag besproken of er werkelijk van een merkbare ongunstige beïnvloeding van de handel mocht worden uitgegaan. Verder werd er bezwaar tegen gemaakt dat de Commissie bij de toepassing van artikel 85, lid 1, op de Belgische markt het beginsel zou hebben miskend dat publiekrechtelijke en privaatrechtelijke ondernemingen gelijkelijk moeten worden behandeld, omdat zij tegen ernstige belemmeringen van de affaire van buitenlandse producenten, te weten in de monopolistische landen Frankrijk en Italië, niet tijdig en doortastend genoeg zou zijn opgetreden. Ook zou zij — en deze grief betreft eveneens de toepassing van artikel 85, lid 1 — geen rekening hebben gehouden met de Belgische wet van 27 juli 1961 betreffende de eenzijdige opzegging van alleenvertegenwoordigingsovereenkomsten, die erop gericht is de concessionarissen te beschermen en met het EEG-Verdrag in overeenstemming zou zijn. Ook zou zij uit het oog hebben verloren dat er in het door haar gewraakte distributiestelsel garanties voor de fabrikanten waren voorzien, die in de gemeenschappelijke ordening der markten voor ruwe tabak node zullen worden gemist in die zin dat de prijzen van ruwe tabak nu zullen dalen, terwijl het tot versterkte interventies zal komen en tot een toename der met behulp van restituties gerealiseerde exporten.

Tenslotte wordt er de Commissie een verwijt van gemaakt geen ontheffing krachtens artikel 85, lid 3, te hebben willen verlenen. Zij zou, wat de vroegere maatregelen betreft, de mogelijkheid van zulk een ontheffing in het geheel niet hebben onderzocht, omdat zij over het hoofd zag dat een door FEDETAB in januari 1971 verzonden brief in feite als een aanmelding was te beschouwen, terwijl zij zich ook niet heeft gerealiseerd dat de litigieuze maatregelen niet behoefden te worden aangemeld. Met betrekking tot de aanbeveling van 1 januari 1975 wordt de Commissie voorts verweten dat in de punten van bezwaar niet alle in lid 3 gestelde voorwaarden ter sprake werden gebracht, dat de Commissie de vraag of die voorwaarden vervuld waren, ten onrechte ontkennend heeft beantwoord en met betrekking tot bepaalde voorwaarden haar beschikking niet voldoende met redenen zou hebben omkleed, welke motiveringsklacht met name gericht is tegen het feit dat de Commissie niet zou zijn ingegaan op alle in zoverre door verzoekers aangedragen argumenten.

De omvang van mijn onderzoek en het resultaat waartoe ik met betrekking tot de toepassing van artikel 85, lid 1, ben gekomen, geven mij evenwel aanleiding al deze vragen, welker beantwoording mijns inziens in geen geval nog doorslaggevend is te achten, onbesproken te laten.

IV — Op grond van een en ander *concludeer* ik dat het Hof:

— de beroepen zal toewijzen en de aangevochten beschikking in volle omvang zal nietigverklaren;

— de Commissie zal verwijzen in de op het geding gevallen kosten — met inbegrip van de kosten, gevallen op het kort geding, waarin verzoekers zich eveneens in het gelijk gesteld zagen —, met dien verstande dat degenen die zich in het geding aan de zijde van de Commissie hebben gevoegd, hun eigen kosten zullen hebben te dragen alsook het gedeelte van de kosten dat door hun interventie aan verzoekers is opgekomen.