dans le cadre des modalités d'application de l'article 85, paragraphe 3, d'assurer une surveillance efficace et de simplifier dans toute la mesure du possible le contrôle administratif.

6. Si, en vertu de l'article 190 du traité CEE, la Commission est tenue de motiver ses décisions en mentionnant les éléments de fait et de droit dont dépend la justification légale de la mesure et les considérations qui l'ont amenée à prendre une décision constatant une infraction aux règles de concurrence, il n'est pas exigé qu'elle discute tous les points de fait et de droit qui ont été soulevés par chaque intéressé au cours de la procédure administrative.

7. Rien n'interdit à la Commission de statuer par une décision unique sur plusieurs infractions à l'article 85 du traité CEE, à condition que la décision permette à tout destinataire de dégager avec précision les griefs retenus à son égard.

8. Tout en étant tenue de respecter les garanties procédurales prévues par le droit communautaire de la concurrence, la Commission ne saurait être pour autant qualifiée, lorsqu'elle en applique les dispositions, de «tribunal» au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme aux termes duquel quiconque a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement par un tribunal indépendant et impartial.

9. Réunit les conditions nécessaires pour l'application de l'article 85, paragraphe 1 du traité CEE, une recommandation, à caractère obligatoire, émise par une association d'entreprises et constituant l'expression fidèle de la volonté des membres de l'association de se comporter sur le marché conformément à ses termes.

10. L'article 85, paragraphe 1, du traité CEE s'applique également aux associations sans but lucratif dans la mesure où leur activité propre ou celle des entreprises qui y adhèrent tend à produire les effets que cette disposition vise à réprimer.

11. Pour être susceptibles d'affecter le commerce entre États membres, une décision, un accord ou une pratique doivent, sur la base d'un ensemble d'éléments de droit ou de fait, permettre d'envisager avec un degré de probabilité suffisant qu'ils puissent exercer une influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle, sur les courants d'échanges entre États membres et cela de manière à faire craindre qu'ils puissent entraver la réalisation d'un marché unique entre États membres.

Dans les affaires jointes 209 à 215 et 218/78

1) 209/78: HEINTZ VAN LANDEWYCK SÀRL, à Luxembourg, représentée par M[e] E. Arendt, avocat-avoué, demeurant à Luxembourg, 34b, rue Philippe-II, en l'étude duquel domicile est élu,

2) 210/78: FÉDÉRATION BELGO-LUXEMBOURGEOISE DES INDUSTRIES DU TABAC, ASBL, en abrégé FEDETAB, à Bruxelles, représentée par M^e^ Léon Goffin et M^e^ Antoine Braun, avocats au barreau de Bruxelles, ayant élu domicile à Luxembourg auprès de M^e^ E. Arendt,

3) 211/78: ÉTABLISSEMENTS GOSSET, SA, représentée par M^e^ Walter van Gerven, avocat au barreau de Bruxelles, ayant élu domicile à Luxembourg auprès de M^e^ E. Arendt,

4) 212/78: BAT BENELUX, SA, à Bruxelles, représentée par M^e^ Philippe-François Lebrun, avocat au barreau de Bruxelles, ayant élu domicile à Luxembourg auprès de M^e^ E. Arendt,

5) 213/78: COMPAGNIE INDÉPENDANTE DES TABACS CINTA SA, à Schaerbeek, représentée par M^e^ Edouard Jakhian et M^e^ Bernard Hanotiau, avocats au barreau de Bruxelles, ayant élu domicile à Luxembourg auprès de M^e^ E. Arendt,

6) 214/78: WELTAB SA, à Bruxelles, représentée par M^e^ Pierre van Ommeslaghe, avocat au barreau de Bruxelles, ayant élu domicile à Luxembourg auprès de M^e^ E. Arendt,

7) 215/78: JUBILÉ SA, à Liège, représentée par MM^es^ Hans G. Kemmler, Barbara Rapp-Jung et Alexander Böhlke, avocats au barreau de Frankfurt-am-Main, ayant élu domicile à Luxembourg auprès de M^e^ E. Arendt,

8) 218/78: VANDER ELST SA, à Antwerpen, représentée par MM^es^ Hans G. Kemmler, Barbara Rapp-Jung et Alexander Böhlke, ayant élu domicile à Luxembourg auprès de M^e^ E. Arendt,

parties requérantes,

soutenues par

ASSOCIATION DES DÉTAILLANTS EN TABAC, ASBL, en abrégé ATAB, à Bruxelles, représentée par M^e^ Jean-Régnier Thys, avocat au barreau de Bruxelles, ayant élu domicile à Luxembourg auprès de M^e^ E. Arendt,

ASSOCIATION NATIONALE DES GROSSISTES EN PRODUITS MANUFACTURÉS DU TABAC, en abrégé AGROTAB, à Liège, union professionnelle, représentée par MM^es^ Jean-Marie van Hille et Nadine François, avocats au barreau de Gand,

ayant élu domicile à Luxembourg auprès de M^e^ Fernand Entringer, 2 rue du Palais de Justice,

et

ASBL FÉDÉRATION NATIONALE DES NÉGOCIANTS EN JOURNAUX, PUBLICATIONS, LIBRAIRIE ET ARTICLES CONNEXES, en abrégé FNJ, à Bruxelles, représentée par M^e^ Pierre Didier, avocat au barreau de Bruxelles, ayant élu domicile à Luxembourg auprès de M^e^ E. Arendt,

parties intervenantes,

contre

COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES, représentée par son conseiller juridique M. B. van der Esch, en qualité d'agent, assisté de MM. J.-Fr. Verstrynge et G. zur Hausen, membres du service juridique de la Commission, ayant élu domicile à Luxembourg auprès de M. Mario Cervino, bâtiment Jean Monnet, Kirchberg,

partie défenderesse,

soutenue par

SA MESTDAGH FRÈRES & CO., à Gosselies et SA EUGÈNE HUYGHEBAERT, à Mechelen, représentées par M^e^ L. van Bunnen, avocat au barreau de Bruxelles, ayant élu domicile à Luxembourg auprès de M^e^ P. Beghin, 48, avenue de la Liberté,

ASBL FÉDÉRATION BELGE DU COMMERCE ALIMENTAIRE, en abrégé FBCA, à Bruxelles, représentée par M^e^ L. van Bunnen, ayant élu domicile à Luxembourg auprès de M^e^ P. Beghin,

et

SA GB-INNO-BM, à Bruxelles, représentée par MM^es^ M. Waelbroeck et L. van Bunnen, avocats, ayant élu domicile à Luxembourg auprès de MM^es^ Elvinger & Hoss, 15 Côte d'Eich,

parties intervenantes,

ayant pour objet des demandes en annulation — et, dans certaines affaires, des demandes subsidiaires en réformation — de la décision de la Commission n° 78/670/CEE du 20 juillet 1978 (IV/28.852 GB-Inno-BM/FEDETAB; IV/29.127 Mestdagh-Huyghebaert/FEDETAB et IV/29.149 — «Recommandation FEDETAB»; JO n° L 224, p. 29 et suiv.) faisant grief aux parties

requérantes d'avoir commis une ou plusieurs infractions à l'article 85 du traité CEE.

LA COUR,

composée de MM. H. Kutscher, président, P. Pescatore et T. Koopmans, présidents de chambre, J. Mertens de Wilmars, Mackenzie Stuart, A. O'Keeffe, G. Bosco, A. Touffait et O. Due, juges,

avocat général: M. G. Reischl
greffier: M. A. Van Houtte

rend le présent

ARRÊT

En fait

I — Faits et procédure

1. Historique des présentes affaires

A — Faits antérieurs à l'adoption de la décision

1) Le 2 avril 1974, la société GB-Inno-BM (ci-après GB), à Bruxelles, société de commercialisation par grandes surfaces, a déposé devant la Commission des Communautés européennes une plainte, au titre de l'article 3, paragraphe 2 du règlement n° 17/62 du Conseil du 6 février 1962, dirigée contre l'asbl Fédération belgo-luxembourgeoise des industries du tabac (ci-après FEDETAB), association professionnelle regroupant presque tous les fabricants belges et luxembourgeois de tabacs manufacturés, l'asbl Fédération nationale du commerce de gros en produits manufacturés du tabac (ci-après FNCG) et l'asbl «Association des détaillants en tabac» (ci-après ATAB). Par cette plainte, elle demandait à la Commission d'ouvrir une procédure contre ces trois associations pour les obliger à mettre fin à diverses infractions notamment à l'article 85 du traité CEE, qui auraient découlé de certains accords conclus par ces associations.

Suite à cette plainte, la Commission a engagé, le 29 juillet 1974, une procédure au sens de l'article 9, paragraphe 3, du règlement n° 17/62 après avoir transmis une copie de la plainte à FEDETAB et à ATAB. La Commission a également transmis une copie de la plainte à l'asbl Association nationale des grossistes itiné-

rants en produits manufacturés en tabac (ci-après ANGIPMT), association de grossistes créée à la suite de la dissolution de la FNCG en 1974.

Après prise de position de FEDETAB, d'ATAB et d'ANGIPMT sur la plainte de GB, la Commission a adressé, le *18 juillet 1975*, à FEDETAB et à tous ses membres une *communication de griefs* dans laquelle elle a déclaré qu'à son avis certains accords, décisions et pratiques concertées de FEDETAB et de ses membres étaient contraires à l'article 85 du traité.

Dans le courant du mois de décembre 1975, FEDETAB et certains de ses membres (c'est-à-dire notamment toutes les requérantes dans les présentes affaires) ont répondu à la communication des griefs. Suite à une demande de GB de prendre connaissance des réponses à la communication des griefs, la Commission a transmis à GB, le 2 octobre 1975, certaines réponses (dont celle de FEDETAB). Le 7 octobre 1975, la Commission a reçu des notes de la part d'ANGIPMT ainsi que de l'Europäischer Tabakwaren-Großhandels-Verband eV (ETV) à Cologne.

2) La SA Mestdagh Frères & C^ie^, société exerçant les activités de revendeur en gros à succursales multiples, et la SA Eugène Huyghebaert, société exerçant les activités de grossiste en alimentation (dénommées Mestdagh et Huyghebaert) ont adressé, respectivement les 10 et 13 octobre 1975, chacune une lettre à la Commission demandant de se joindre à la plainte de GB.

Le 21 octobre 1975, Mestdagh et Huyghebaert ont déposé des plaintes officielles devant la Commission au titre de l'article 3, paragraphe 2 du règlement n° 17/62.

Une *audition orale* de FEDETAB de certains de ses membres (c'est-à-dire notamment de toutes les requérantes) et de GB a eu lieu le *22 octobre 1975*.

Au cours du mois de novembre 1975, la Commission a transmis à Mestdagh et Huyghebaert une copie de la communication des griefs et de certaines réponses des requérantes, et à celles-ci une copie de la plainte de Mestdagh et Huyghebaert pour prise de position.

3) Le 1^er^ décembre 1975, FEDETAB a notifié à la Commission, conformément aux articles 2 et 4 du règlement n° 17/62, le texte d'une «*Recommandation en matière de vente de cigarettes sur le marché belge*» adoptée par le conseil d'administration de FEDETAB et qui, bien que présentée comme un acte unilatéral de celle-ci, était rédigée en vue d'être appliquée par tous les membres de FEDETAB ou par une partie d'entre eux. La notification avait pour objet, selon FEDETAB, d'obtenir une attestation négative de la part de la Commission ou tout au moins une décision d'application de l'article 85, paragraphe 3. En effet, si la recommandation était acceptée par l'ensemble ou par une partie des membres de FEDETAB, elle pourrait être interprétée comme un accord ou à tout le moins comme pouvant être à la base de pratiques concertées, au sens de l'article 85. Toutefois, ni la recommandation ni les pratiques concertées éventuellement découlant de celle-ci n'auraient pour but ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser la concurrence et ne seraient pas susceptibles d'affecter le commerce entre États membres. En tout état de cause, la recommandation devrait faire l'objet d'une décision d'inapplicabilité sur base de l'article 85, alinéa 3.

Les autres requérantes, fabricants de cigarettes et membres de FEDETAB, ont par la suite informé la Commission qu'elles avaient l'intention de se conformer à la recommandation et qu'elles faisaient leur la notification de celle-ci à la Commission.

Au courant des mois de décembre 1975 et de janvier 1976, les requérantes ont pris position par écrit sur les plaintes de Mestdagh et Huyghebaert. En février 1976, la Commission a transmis ces prises de position à Mestdagh et Huyghebaert et a reçu de celles-ci des observations écrites en réponse. Elle a également reçu un mémoire de l'ANGIPMT.

Le 10 mai 1976, la Commission a élargi la procédure engagée le 19 juillet 1974 à la recommandation FEDETAB du 1er décembre 1975, et, le *17 mai 1976,* elle a adressé aux requérantes une *seconde communication des griefs,* laquelle se rapportait à la recommandation.

Les requérantes ont répondu à cette communication de griefs et aux prises de position de Mestdagh et Huyghebaert au cours du mois de juillet 1976. En septembre 1976, ATAB et le Consortium tabacs-groep tabak (ci-après GT) à Herent, association de fait regroupant certains des anciens membres de l'ANGIPMT (devenue défunte) et des membres futurs de l'Association nationale des grossistes en produits manufacturés du tabac (ci-après AGROTAB) (union professionnelle créée en 1977 à la suite de la dissolution de l'ANGIPMT) ont pris position par écrit sur la communication des griefs du 17 mai 1976.

Le *22 septembre 1976,* la Commission a procédé à une *seconde audition* des requérantes.

4) La Commission a adressé des dernières demandes de renseignements aux requérantes, conformément à l'article 11 du règlement n° 17/62, en juillet et en octobre 1977.

Le 13 décembre 1977, le comité consultatif en matière d'ententes et de positions dominantes a rendu son avis, conformément à l'article 10 du règlement n° 17/62.

B — La décision

Le 20 juillet 1978, la Commission a pris la décision 78/670/CEE «relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE (IV/28.852 — GB-Inno-BM — FEDETAB, IV 29.127 — Mestdagh et Huyghebaert — FEDETAB et IV/29.149 — recommandation FEDETAB)» (JO n° L 224, p. 29 et suiv.). La décision est adressée, aux termes de son article 4, à l'ensemble des requérantes dans les présentes affaires, c'est-à-dire à FEDETAB et aux entreprises (membres de FEDETAB) suivantes:

— Cinta SA (ci-après Cinta), à Bruxelles,

— Éts Gosset SA (ci-après Gosset), à Bruxelles,

— Jubilé SA (ci-après Jubilé), à Liège,

— Vander Elst SA (ci-après Vander Elst), à Anvers,

— Weltab SA (ci-après Weltab), à Bruxelles,

— BAT Benelux SA (ci-après BAT), à Bruxelles,

— Heintz van Landewyck sàrl (ci-après HvL), à Luxembourg.

a) Résumé du dispositif

Aux termes de l'article 1er de la décision, les accords entre les entreprises visées à l'article 4 et les décisions d'association d'entreprises adoptées par FEDETAB et

relatifs à l'organisation de la distribution et de la vente des produits du tabac en Belgique et ayant pour objet:

1. l'octroi par FEDETAB de son agrément aux grossistes et aux détaillants, le classement de ceux-ci en diverses catégories et l'attribution à ces dernières de marges fixes différentes;

2. le respect des prix de revente imposés par les fabricants prévu par une convention conclue les 22 mai et 5 octobre 1967 entre FEDETAB et FNCG et son avenant du 29 décembre 1970;

3. la limitation par FEDETAB de l'accès à certaines catégories de grossistes;

4. l'interdiction de revente à d'autres grossistes qui constituait l'objet de mesures collectives et d'un avenant interprétatif du 22 mars 1972;

5. l'application aux grossistes et aux détaillants de délais de paiement uniformes qui constituait l'objet de mesures collectives du 23 décembre 1971;

6. le respect de l'obligation imposée aux détaillants d'offrir un assortiment minimal, décidé par FEDETAB et assuré par les accords et mesures collectives pris par certains de ses membres

«ont constitué, pour la période allant du 13 mars 1962 au 1er décembre 1975, des infractions à l'article 85, paragraphe 1 du traité instituant la Communauté économique européenne».

Aux termes de l'article 2, la recommandation FEDETAB, entrée en vigueur le 1er décembre 1975 et ayant pour objet:

1. la répartition des grossistes et des détaillants belges en catégories et l'attribution à ces dernières de marges différentes;

2. l'application aux grossistes et aux détaillants de délais de paiement uniformes;

3. l'attribution aux grossistes et aux détaillants d'une ristourne de fin d'année

«constitue une infraction à l'article 85, paragraphe 1 du traité (CEE) ... et ne peut bénéficier d'une exemption au titre du paragraphe 3 du même article».

L'article 3, paragraphe 1 dispose que les requérantes sont tenues à mettre fin à l'infraction visée à l'article 2 et qu'en particulier «elles s'abstiendront désormais de tout acte quelconque ayant le même objet» que la recommandation FEDETAB. Aux termes du deuxième paragraphe de l'article 3, FEDETAB est tenue d'informer sans délai tous ses membres non destinataires de la décision du contenu de celle-ci.

b) Résumé de l'exposé des motifs

1) Exposé des faits

aa) La production et la consommation de tabacs manufacturés en Belgique (préambule - nos 1 à 10)

La Commission constate qu'en Belgique, la production de tabacs manufacturés provient pour 94 % de tabac brut importé, pour 4,5 % de tabac brut belge et pour 1,5 % de déchets de tabacs. La consommation se répartirait à peu près comme suit: 70 % de cigarettes, 13 % de tabacs à fumer, 8 % de cigares et 8,5 % de cigarillos. Presque tous les fabricants belges et luxembourgeois de tabacs manufacturés feraient partie de

FEDETAB, qui aurait été constituée au début de 1946.

Après avoir analysé les objets et la structure de FEDETAB, la Commission relève que les entreprises membres de celle-ci produisent ou importent environ 95 % des cigarettes et 75 à 80 % des cigares et cigarillos vendus en Belgique. Il serait à noter, en effet, que 10 membres de FEDETAB seraient également importateurs de produits de marques étrangères et que, à ce titre, ils auraient importé en 1974 51 % des cigarettes et 12 à 14 % des cigares importés en Belgique, c'est-à-dire environ 5 % des cigarettes et 10 % des cigares vendus dans ce pays. Ces fabricants-importateurs commercialiseraient les produits ainsi importés en utilisant les mêmes réseaux de distribution que pour les produits qu'ils fabriqueraient eux-mêmes. La quasi-totalité des produits du tabac importé en Belgique et au Luxembourg proviendrait des autres États membres de la CEE.

bb) Les modalités de fixation des prix et de perception de l'impôt des produits manufacturés du tabac en Belgique (n^{os} 11 à 18)

La Commission fait observer qu'en Belgique, les tabacs manufacturés sont soumis à un régime fiscal propre caractérisé par l'imposition d'un droit d'accise tenant lieu de la TVA et qui se présenterait sous la forme d'un droit *ad valorem*, calculé en fonction du prix de vente au détail, d'un taux de 55,55 % par exemple pour les cigarettes et, en outre, pour ces dernières, d'un droit d'accise spécifique d'un montant de 0,048 franc belge par pièce. Dans son ensemble, l'incidence fiscale sur le prix de vente au détail serait d'environ 70 % de ce prix. Le prix de vente au détail, qui servirait de base pour déterminer le montant du droit d'accise à payer, serait fixé par le fabricant ou l'importateur et le droit d'accise serait acquitté par ces derniers lors de l'achat de bandelettes fiscales qui seraient apposées sur les divers produits du tabac fabriqués ou importés. Ces bandelettes indiqueraient le prix de vente au détail et constitueraient la preuve de l'acquittement de tous les droits fiscaux grevant le produit.

La Commission constate qu'en raison des dispositions fiscales applicables aux produits manufacturés du tabac dans les divers pays de la CEE, les grossistes et les détaillants qui souhaiteraient procéder à des importations sans passer par le fabricant ou l'importateur officiel en sont le plus souvent empêchés par le fait que les grossistes étrangers auxquels ils pourraient théoriquement acheter ces produits ne disposeraient dans la pratique que de produits déjà revêtus de la bandelette fiscale de leur pays, ce qui constituerait une source d'entraves techniques importantes d'origine fiscale à leur importation.

cc) Les mesures prises par FEDETAB en matière de distribution avant le 1er décembre 1975 (n^{os} 19 à 57)

— Grief portant sur l'octroi par FEDETAB de son agrément aux grossistes et aux détaillants, le classement de ceux-ci en diverses catégories et l'attribution à ces dernières de marges fixes différentes

La Commission fait observer que, depuis une date antérieure à l'entrée en vigueur du règlement n° 17/62 le 13 mars 1962, *les revendeurs en gros*, au nombre d'environ 600, étaient répartis par FEDETAB en six catégories, suivant une classification établie par le Comité belge de distribution, un centre d'études privé constitué par des entreprises de distribution et travaillant en liaison avec le ministère

belge des classes moyennes. En 1973, ces catégories étaient les suivantes: les grossistes itinérants spécialisés (au nombre de 366, assurant environ 65 % des ventes); les grossistes non itinérants spécialisés (au nombre de 163, assurant environ 3,5 % des ventes); les grossistes en alimentation et tabac (au nombre de 33); les grossistes du secteur Horeca «hôtels-restaurants-cafés» (au nombre de 14, assurant avec les grossistes en alimentation et tabac 3,6 % des ventes); les coopératives (assurant 3,4 % des ventes); les supermarchés et grands magasins, qui représentaient un total de 200 à 300 points de vente au détail (assurant 9,3 % des ventes). Le reste des ventes (environ 15 % du total de celles-ci) était effectué directement par les fabricants.

Chacune de ces catégories recevait, selon la Commission, une ristourne directe représentant la marge maximale admise par le ministère belge des affaires économiques dans le cadre de son système de notification des hausses de prix. Cette marge était fixée à 9,2 % pour les cigarettes «populaires» (9,8 % à partir du 1er avril 1974) et à 10,2 % pour les cigarettes «sous-populaires» et «de luxe». D'autres marges s'appliquaient aux cigarillos et aux cigares.

A partir du 1er janvier 1971, les grossistes itinérants spécialisés reçurent en outre une ristourne supplémentaire de 0,2 % payable à la fin de l'année.

Pour ce qui est de la ristourne directe, seules les coopératives et les grandes surfaces, qui joueraient également le rôle de détaillants, en conservaient l'intégralité, les grossistes proprement dits devant en effet en céder une partie aux détaillants auxquels ils revendaient leurs produits.

La Commission constate que les *détaillants*, au nombre de 80 000 en Belgique, furent répartis, aux termes d'un accord conclu le 29 décembre 1970 entre FEDETAB et la FNCG en «détaillants agréés» (au nombre d'environ 2 000) et en «détaillants non agréés». Selon que le détaillant était agréé ou non, la fraction de la marge maximale qui lui était concédée par le grossiste était respectivement de 8,05 % et 7,05 % du prix de revente final au consommateur, taxes comprises, des cigarettes populaires et respectivement de 8,25 % et de 7,25 % des cigarettes sous-populaires et de luxe.

— Grief portant sur la convention des 22 mai 1967 et 5 octobre 1967 entre FEDETAB et la FNCG en matière de respect des prix de revente au détail imposés par les producteurs et son avenant du 29 décembre 1970

La Commission décrit une série de mesures prises par FEDETAB et la FNCG en matière de prix de revente. Elle relève notamment que par une convention du 22 mai 1967 conclue entre FEDETAB et la FNCG, les grossistes se seraient engagés à revendre les produits manufacturés du tabac au prix indiqué par les fournisseurs sans aucune remise ou avantage, autres que la marge du détaillant. Les grossistes exploitant des magasins de détail se seraient engagés en outre à revendre les cigarettes au prix de détail indiqué sur la bandelette fiscale, sans aucune remise au consommateur. Par la signature d'un accord-type que FEDETAB aurait soumis le même jour aux «détaillants agréés», ceux-ci se

seraient engagés à vendre au consommateur les cigarettes au prix indiqué sur la bandelette fiscale, sans aucune remise ou avantage. Le 5 octobre 1967, par avenant interprétatif à la convention susvisée, FEDETAB et la FNCG auraient précisé que les grossistes exploitant également un magasin de détail étaient censés s'être engagés à refuser de livrer à des détaillants qui ne respectaient pas le prix de vente mentionné sur la bandelette fiscale. Par lettre du 26 octobre 1967, la FNCG aurait fait savoir aux grossistes en cigarettes que les fabricants cesseraient les livraisons aux grossistes qui approvisionneraient les détaillants ou organismes de distribution, qui accorderaient encore aux consommateurs des ristournes basées sur la quantité. Par lettre du 30 octobre 1967, FEDETAB aurait demandé à tous les grossistes en cigarettes de suspendre immédiatement leurs livraisons à plusieurs organismes de distribution de grande surface, dont notamment trois sociétés appelées à faire ultérieurement partie de GB Entreprises.

Par un nouvel avenant interprétatif daté du 29 décembre 1970 et signé par FEDETAB et la FNCG, celles-ci se seraient engagées à exercer un contrôle systématique et sévère sur l'exécution des conventions. Par accord-type dénommé «accord particulier en matière de bradage» que FEDETAB aurait soumis le 30 juin 1972 (date normale d'expiration de la convention du 22 mai 1967) aux grossistes, ceux-ci auraient reconnu avoir pris connaissance de ladite convention ainsi que de ses avenants des 29 décembre 1970 et 22 mars 1972 (voir ci-dessous) et se seraient engagés, pour la période du 1er juillet 1972 au 30 juin 1977, notamment à revendre les produits manufacturés du tabac aux prix indiqués par les fournisseurs sans aucun rabais ou avantage.

La Commission précise que, selon FEDETAB, ces conventions seraient devenues caduques bien avant 1974 et au plus tard lors de la dissolution de la FNCG.

— Grief portant sur la limitation par FEDETAB de l'accès à certaines catégories de grossistes

La Commission constate que depuis le 1er janvier 1971 FEDETAB avait décidé de ne plus agréer de nouveaux grossistes, sauf dans les catégories «itinérants spécialisés» ou «Horeca», ni de nouvelles coopératives ou grandes surfaces, sauf dans les catégories «grands magasins et magasins populaires à rayons multiples». Les candidats à l'admission dans ces catégories devaient s'engager notamment à respecter les prix imposés, régler leurs achats au comptant et participer à la promotion de toute nouvelle marque.

— Grief portant sur les mesures collectives et l'avenant interprétatif du 22 mars 1972 en matière d'interdiction de revente à d'autres grossistes

La Commission constate que, le 22 mars 1972, la FNCG, se référant à l'avenant interprétatif du 29 décembre 1970, a informé ses membres qu'il leur était désormais interdit de vendre des produits manufacturés du tabac 1) aux grossistes

en alimentation et autres non directement approvisionnés par les fabricants, dans le cas de produits destinés à être revendus aux détaillants; 2) aux grossistes «contingentés» par les fabricants et que le non-respect de cette interdiction entraînerait la suspension de fournitures. Aux termes de l'accord-type que FEDETAB les aurait invités à signer le 30 juin 1972 — et que presque tous auraient signé effectivement — les grossistes se seraient engagés à satisfaire aux exigences susvisées.

La Commission précise que, selon FEDETAB, l'avenant interprétatif du 22 mars 1972 et les accords particuliers qui en ont résulté n'auraient eu aucune suite et auraient pris fin un an après la signature de l'accord-type, à savoir le 1er juillet 1973.

— Grief portant sur les mesures collectives prises le 23 décembre 1971 par les membres de FEDETAB en matière de délais de paiement

La Commission précise que, par lettre du 23 décembre 1971, rédigée sur papier à en-tête de FEDETAB neuf fabricants de tabac, membres de celle-ci, auraient informé les grossistes et autres bénéficiaires des conditions de gros que les délais de paiement seraient progressivement ramenés, suivant un calendrier bien précis dans la lettre, à un maximum de quinze jours. Ils auraient précisé en outre qu'ils réagiraient de manière solidaire par une suspension de livraisons au cas où ils constateraient des retards de paiement de la part des destinataires de la lettre. Selon la Commission, ces mesures collectives seraient restées en vigueur jusqu'au 1er décembre 1975, date d'entrée en vigueur de la recommandation.

— Grief portant sur les accords et mesures collectives pris par les membres de FEDETAB pour assurer le respect de l'obligation imposée aux détaillants d'offrir un assortiment minimal

La Commission constate notamment que, GB Entreprises ayant réduit son assortiment de cigarettes de 62 à 24 marques, FEDETAB l'aurait informée, le 22 février 1972, que les fabricants de cigarettes cesseraient de l'approvisionner à partir du 1er mars 1972, à moins qu'elle ne rétablisse son assortiment. La FNCG ayant interdit à ses membres d'approvisionner GB Entreprises et d'autres entreprises de grande distribution, qui auraient également réduit leur assortiment de cigarettes, ces sociétés auraient repris leur assortiment antérieur, de sorte que l'interruption collective des livraisons aurait pris fin.

dd) La recommandation FEDETAB du 1er décembre 1975 (nos 58 à 76)

Dans sa décision, la Commission précise que cette recommandation, qui lui aurait été notifiée par FEDETAB le 1er décembre 1975 et qui serait destinée à remplacer les mesures décrites ci-dessus, ne concernerait que la distribution dans le sous-secteur des cigarettes. Les autres requérantes auraient informé la Commission qu'elles avaient l'intention de se conformer à la recommandation et qu'elles faisaient leur la notification.

Les entreprises regroupées au sein de FEDETAB assureraient à elles seules 80 % du total des ventes de cigarettes en Belgique et leur union au sein de FEDETAB exercerait une grande influence sur les autres fabricants et importateurs ainsi que sur les grossistes et détaillants. L'application de la recommandation constituerait donc une réelle obligation pour toutes les entreprises du secteur.

La Commission constate qu'à la suite de l'entrée en vigueur de la recommanda-

tion, la distribution des cigarettes en Belgique est organisée de la façon suivante:

i) La fixation des remises maximales à accorder sur facture aux clients et les critères minimaux à remplir par ceux-ci pour en bénéficier

— Au niveau du commerce de gros

Tout client qui:

— achète des cigarettes en vue de les revendre en ordre principal à d'autres commerçants,

— achète plus de 15 millions de cigarettes par an, livrables à une seule adresse,

— détient en permanence en stock et vend couramment un assortiment d'au moins 50 marques différentes de cigarettes,

— dispose de bâtiments et d'un équipement conformes aux exigences de sa fonction et d'une bonne conservation des produits,

peut bénéficier d'une remise sur facture égale à 9,20 % du prix de détail, taxes comprises, des cigarettes achetées (8,36 % depuis le 15 octobre 1977).

Des remises supplémentaires peuvent être accordées à concurrence des limites ci-après aux clients qui répondent aux critères suivants.

Tout client qui:

— revend, à raison des quatre cinquièmes du tabac qu'il achète à au moins 50 points de vente du secteur Horeca,

— achète plus de 5 millions de cigarettes par an, livrables à une seule adresse,

peut bénéficier d'une remise supplémentaire sur facture de 1 %, soit au total 10,2 % (9,27 % depuis le 15 octobre 1977).

Tout client qui:

— est spécialisé en produits du tabac à concurrence de 70 % au moins de son chiffre d'affaires,

— achète, livrables à une seule adresse, plus de 15 millions de cigarettes par an et revend celles-ci à au moins 30 points de vente, ou achète plus de 8 millions de cigarettes par an et revend celles-ci à au moins 50 points de vente,

— détient en permanence en stock et vend couramment un assortiment d'au moins 90 marques différentes de cigarettes,

— contribue activement à la diffusion des produits et appuie les actions de promotion,

— accepte de collaborer activement à la diffusion et à la promotion des nouvelles marques,

peut bénéficier d'une remise supplémentaire sur facture de 1,2 %, soit au total 10,4 % (9,45 % depuis le 15 octobre 1977).

— Au niveau du commerce de détail

Tout client qui:

— achète des cigarettes en vue de les revendre en ordre principal au grand public,

— procède à cette revente dans ses installations, inscrites au registre du commerce,

peut bénéficier d'une remise sur facture égale à 7,25 % du prix de détail des cigarettes achetées (6,59 % depuis le 15 octobre 1977).

Des remises supplémentaires peuvent être accordées à concurrence des limites ci-après aux clients qui, en plus des critères ci-dessus, répondent aux critères suivants.

Tout client qui:

— vend au minimum 1,8 million de cigarettes par an,

— aménage son magasin et la surface d'exposition de celui-ci de manière à indiquer clairement que les produits de tabac y sont mis en vente,

— détient en permanence un stock et vend couramment un assortiment d'au moins 60 marques différentes de cigarettes,

peut bénéficier d'une remise supplémentaire sur facture de 1 %, soit au total 8,25 % (7,50 % depuis le 15 octobre 1977).

Tout client qui:

— est spécialisé en produits du tabac, à concurrence de 70 % au moins de son chiffre d'affaires,

— achète au moins 3 millions de cigarettes par an,

— détient en permanence en stock et vend couramment un assortiment d'au moins 80 marques différentes de cigarettes,

— réserve aux produits du tabac la majeure partie de la surface d'exposition de son magasin,

— ne vend ni n'entrepose de produits ou de marchandises incompatibles avec le tabac,

peut bénéficier d'une remise supplémentaire sur facture de 2,95 %, soit au total 10,2 % (9,27 % depuis le 15 octobre 1977).

Tout client qui:

— distribue couramment les produits du tabac à au moins 30 points de vente propres ou affiliés,

— achète au moins 150 millions de cigarettes par an pour l'ensemble de ses points de vente propres ou affiliés,

— détient en permanence en stock et vend couramment un assortiment d'au moins 50 marques différentes de cigarettes,

peut également bénéficier d'une remise supplémentaire sur facture de 2,95 %, soit au total 10,2 % (9,27 % depuis le 15 octobre 1977).

ii) La ristourne de fin d'année

Chaque client direct (grossiste ou détaillant) peut bénéficier de la part de FEDETAB d'une ristourne de fin d'année dont le barème figure dans la recommandation et qui est calculée en fonction de ses achats de cigarettes de toutes marques réalisés au cours de l'année, auprès de tout fabricant, membre ou non de FEDETAB, belge ou étranger.

iii) Les délais de paiement

La règle normale est le paiement au comptant avec la possibilité pour le fabricant d'accorder, à titre exceptionnel, à son client un délai maximum de 15 jours à compter de la date de la facture.

2) L'applicabilité de l'article 85, paragraphe 1, du traité

aa) aux mesures prises par FEDETAB en matière de distribution avant le 1er décembre 1975 (nos 77 à 93)

La Commission est d'avis que, parmi ces mesures, celles relatives à l'octroi par FEDETAB de son agrément aux grossistes et aux détaillants, au classement de ceux-ci en catégories bénéficiant de marges fixes différentes et au respect d'un assortiment minimal constituaient à

la fois des décisions d'association d'entreprises et des accords entre entreprises, celles relatives au respect des prix de revente au détail et aux délais de paiement constituaient des accords entre entreprises, tandis que la limitation par FEDETAB de l'accès à certaines catégories de grossistes constituait une décision d'association d'entreprises.

Ces accords et décisions auraient pour objet et pour effet de restreindre le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun.

A l'appui de cette appréciation, la Commission fait notamment valoir ce qui suit:

La répartition par FEDETAB, et par ses membres, des grossistes et des détaillants en plusieurs catégories et l'attribution à chacune d'elles d'une marge fixe constituaient des restrictions de concurrence aussi bien pour les fabricants que pour les grossistes; les fabricants étaient de la sorte privés de la possibilité de se faire concurrence dans le domaine des marges bénéficiaires et les grossistes dans celui des services qu'ils rendent aux producteurs.

L'ensemble des mesures et actions prises avant le 1er décembre 1975 en matière de respect des prix fixés individuellement par les producteurs regroupés au sein de FEDETAB auraient eu pour objet et pour effet de restreindre, au niveau des grossistes et des détaillants, la concurrence pour les produits d'une même marque en matière de prix.

Le fait que l'État belge ait, par le biais de l'article 58 de la loi du 3 juillet 1969 (Code de la TVA) entré en vigueur le 1er janvier 1971, et par d'autres dispositions en matière de recouvrement des accises, rendu obligatoire le respect par le revendeur final du prix au consommateur figurant sur la bandelette fiscale ne serait pas de nature à faire sortir du champ d'application de l'article 85 la réglementation d'ordre privé imposée dans ce domaine par FEDETAB et par ses membres aux grossistes et aux détaillants belges. A cet égard, la Commission relève notamment que l'article 58 du Code de la TVA ne contient aucune disposition fixant le prix de vente des grossistes aux détaillants.

La limitation du nombre de grossistes susceptibles d'être agréés dans certaines catégories constituait une limitation de la possibilité d'accès au marché pour les candidats grossistes non agréés.

Les interdictions de revente à certains intermédiaires imposées aux grossistes par le biais de mesures collectives et par la conclusion de l'avenant interprétatif du 22 mars 1972 avaient pour effet d'éliminer pour ces intermédiaires la possibilité d'effectuer un certain nombre de ventes et d'améliorer ainsi leur position sur le marché.

L'imposition, le 23 décembre 1971, de délais maximaux de paiement aux grossistes aurait renforcé les restrictions de concurrence qui découlaient des autres mesures restrictives et, en particulier, de l'interdiction de ristournes et de rabais.

L'obligation imposée aux détaillants d'offrir un assortiment minimal constituerait pour ceux-ci une restriction de concurrence sensible, dans la mesure non seulement où elle les empêchait de pousser, de préférence à d'autres, la vente d'une marque pour laquelle des rabais plus

importants leur avaient été consentis, mais également où elle les forçait à entretenir des stocks de certaines marques de cigarettes dont la vente était très faible et qui immobilisaient sans profit une partie de leur fonds de roulement.

Répondant à l'argument des requérantes selon lequel les restrictions de concurrence susvisées n'étaient pas sensibles du fait que l'importance des taxes fiscales et le système belge de notification des augmentations des marges et des prix de revente pour les produits du tabac appliqué par l'État belge auraient réduit l'espace concurrentiel dans ce secteur et poussé les entreprises concernées à une similitude de comportement, la Commission fait notamment valoir que, si des dispositions d'ordre législatif ou réglementaire ont éventuellement pour effet de restreindre la concurrence, les effets des restrictions de concurrence d'ordre privé qui viennent s'y ajouter ne peuvent manquer d'être encore plus sensibles.

Pour ce qui est de l'affectation des courants d'échange entre États membres, la Commission soutient notamment que les accords et décisions incriminés étaient susceptibles d'affecter en pratique le commerce entre États membres non seulement dans la mesure où le plus important producteur de cigarettes luxembourgeois figurait parmi les membres de FEDETAB et où, par conséquent, toutes ses ventes à destination de la Belgique étaient soumises aux restrictions de concurrence mentionnées ci-dessus, mais surtout parce qu'une partie importante des cigarettes (51 % des importations, soit environ 5 % du total des ventes) et des cigares (12 à 14 % des importations, soit environ 10 % du total des ventes) qui étaient importés annuellement en Belgique l'étaient par l'intermédiaire de producteurs membres de FEDETAB, qui en assuraient la distribution dans les mêmes conditions restrictives de concurrence que leurs propres produits.

Même si, en raison des dispositions fiscales en vigueur, il subsistait des difficultés pratiques d'importations parallèles par les grossistes ou les détaillants, il n'en resterait pas moins que la modification des conditions de commercialisation en Belgique était de nature à détourner les courants commerciaux de leur orientation naturelle, c'est-à-dire de celle qu'ils auraient connue en l'absence des restrictions de concurrence constatées, et à affecter ainsi le commerce entre États membres.

bb) à la recommandation FEDETAB du 1er décembre 1975 (nos 94 à 108)

La Commission est d'avis que la recommandation constitue une décision d'association d'entreprises au sens de l'article 85, paragraphe 1, du traité, et en outre un accord conclu entre les entreprises qui ont déclaré y adhérer. A l'appui de sa constatation que la recommandation a pour objet et pour effet de restreindre le jeu de la concurrence à l'intérieur du Marché commun, la Commission invoque notamment les raisons suivantes:

La recommandation opérerait une répartition, à l'instar du système pratiqué par FEDETAB et ses membres avant le 1er décembre 1975, des grossistes et des détaillants belges en plusieurs catégories bénéficiant de marges fixes différentes, qui entraînerait les mêmes restrictions sensibles de la concurrence que le système antérieur.

Le système de ristourne de fin d'année mis au point par la recommandation

aurait pour effet de restreindre dans ce domaine la concurrence entre les fabricants qui y ont adhéré. En effet, la caractéristique du type de système de cumul des bases de rabais adopté par la recommandation serait que le montant de la ristourne octroyée par chaque fabricant est calculée en appliquant le taux correspondant au chiffre d'affaires global du client auprès de tous les fabricants. Ce système rendrait sans intérêt un effort accru de la part des intermédiaires en vue d'obtenir des avantages supplémentaires des fabricants. Il permettrait en outre aux fabricants de connaître et prévoir avec certitude quelle sera la politique commerciale poursuivie par leurs concurrents en matière de conditions de vente.

La fixation collective et uniforme des délais maximaux de paiement aurait pour effet, comme sous le régime antérieur, d'empêcher la concurrence de jouer dans ce domaine.

Répondant à des arguments présentés par FEDETAB et par certains de ses membres et selon lesquels une certaine concurrence continuerait à régner dans les domaines couverts par la recommandation en dépit des dispositions de celle-ci, la Commission relève notamment que d'après les renseignements qu'elle a recueillis, le comportement des différents producteurs, dont aucun d'ailleurs n'aurait désavoué la recommandation ou n'aurait déclaré ne pas vouloir en tenir compte, serait identique et conforme aux dispositions notifiées.

Pour les raisons déjà exposées, l'on ne saurait admettre que les restrictions de concurrence contenues dans la recommandation ne seraient pas sensibles en raison de l'importance des interventions de l'État belge dans le secteur du tabac.

La recommandation serait susceptible d'affecter le commerce entre États membres pour les mêmes motifs que les décisions et accords antérieurs et en outre parce que, en pratique, les importateurs et les fabricants belges ou des autres États membres n'ayant pas adhéré à la recommandation et désireux d'introduire et de revendre leurs produits sur le marché belge devraient, pour obtenir la collaboration des grossistes et des détaillants belges à cet effet, leur consentir des conditions de vente au moins aussi favorables que celles que leur appliquent les membres de FEDETAB et en particulier leur accorder une ristourne de fin d'année au moins égale à celle que prévoit la recommandation, et ceci sans recevoir aucun avantage en contrepartie.

3) Inapplicabilité de l'article 85, paragraphe 3

aa) aux mesures prises par FEDETAB en matière de distribution avant le 1er décembre 1975 (nos 109 à 112)

La Commission expose que, pour la période allant du 13 mars 1962 au 1er décembre 1975, elle ne peut appliquer l'article 85, paragraphe 3 aux décisions et accords relevant de cette période, étant donné qu'ils ne lui auraient pas été notifiés conformément à l'article 4, paragraphe 1, du règlement n° 17/62, alors qu'ils n'entraient dans aucune des catégories d'accords et de décisions dispensés de notification en vertu du paragraphe 2 de cet article 4, et que la dernière phrase de l'article 4, paragraphe 1, exclurait expressément l'octroi d'une décision d'application de l'article 85, paragraphe 3, en faveur d'accords non dispensés de notification aussi longtemps qu'ils n'ont pas été notifiés.

bb) à la recommandation FEDETAB du 1er décembre 1975 (nos 113 à 134)

La Commission examine la thèse des requérantes selon laquelle le système de fixation collective des marges, des ristournes de fin d'année et des délais de paiement qu'elles ont mis sur pied contribuerait à une amélioration de la distribution des produits fabriqués par les membres de FEDETAB signataires de la recommandation.

Elle conteste en premier lieu l'affirmation selon laquelle l'existence d'un nombre élevé de points de vente et l'obligation pour un détaillant de mettre à la disposition de sa clientèle un nombre élevé de marques constituent nécessairement une amélioration de la distribution. En effet, on ne verrait pas pourquoi le système de distribution instauré par la recommandation rapporterait aux revendeurs et aux acheteurs à ceux-ci plus d'avantages que ne le ferait le jeu normal de la concurrence, lequel permettrait la libre expression du choix du consommateur.

Le nombre très élevé des points de vente en Belgique (80 000 détaillants) ne pourrait que contribuer à augmenter les frais de distribution des produits du tabac, compte tenu que ceux-ci devraient être tenus dans un état de grande fraîcheur, ce qui supposerait une rotation rapide des stocks. Parmi ces points de vente, très peu seraient tenus par des détaillants spécialisés, la grande majorité n'offrant à la clientèle qu'un nombre très restreint de marques de cigarettes.

Si les services que rendent les grossistes et les détaillants spécialisés sont aussi évidents que FEDETAB et ses membres le soutiennent, les détaillants et les consommateurs ne pourraient manquer de continuer à recourir à ces services, même si les conditions financières faites à ces distributeurs spécialisés par FEDETAB et par ses membres ne sont pas plus favorables que celles qu'ils accordent aux autres grossistes et détaillants.

Le fait d'octroyer aux grossistes et détaillants spécialisés des conditions plus favorables «en vue d'assurer leur survie» (encore que les grossistes spécialisés, qui effectueraient 80 % des ventes sur le marché belge, n'apparaîtraient pas menacés d'un danger immédiat) ne pourrait être interprété que comme une tentative d'imposer artificiellement le maintien sur le marché d'entreprises dont le caractère nécessaire n'apparaîtrait pas avec suffisamment d'évidence aux acheteurs de l'échelon ultérieur et dont le jeu de la concurrence devrait normalement entraîner l'élimination.

La Commission constate en outre qu'il n'est nullement exclu que certains revendeurs classés dans des catégories bénéficiant d'une marge moindre puissent, dans plusieurs domaines (par exemple conditions de conservation, nombre de marques vendues et de visites à la clientèle, promotion de nouvelles marques), présenter des avantages supérieurs à ceux des grossistes ou des détaillants spécialisés.

De plus, il serait évident qu'une protection des grossistes spécialisés ne saurait être invoquée pour expliquer l'existence de la ristourne de fin d'année, accordée indistinctement à toutes les catégories de grossistes.

Enfin, le désavantage qui résulterait pour les grossistes et détaillants de l'obligation qui leur serait faite de détenir en stock un nombre considérable de marques leur rendrait encore plus lourde l'interdiction faite par la recommandation de leur accorder des délais de paiement supérieurs à quinze jours, ce qui ne pourrait que renforcer l'alourdissement des charges que devraient supporter les différents niveaux de la distribution, sans aucun profit pour le consommateur.

La Commission constate dès lors que la recommandation n'entraîne pas d'améliorations de la distribution suffisantes pour contrebalancer les effets restrictifs de concurrence qu'elle provoquerait et qu'elle n'est pas susceptible de réserver aux utilisateurs une part équitable du profit qu'elle pourrait éventuellement entraîner.

Notamment pour les raisons exposées ci-dessus, la recommandation ne satisferait pas aux conditions d'application de l'article 85, paragraphe 3.

2. Déroulement de la procédure

Les requérantes dans les présentes affaires ont introduit chacune un recours ayant pour objet une demande en annulation — et dans certaines affaires, une demande subsidiaire en réformation — de la décision de la Commission du 20 juillet 1978. L'introduction de ces recours et leur enregistrement au greffe de la Cour ont eu lieu dans le courant des mois de septembre et octobre 1978.

Par actes séparés, les requérantes ont introduit chacune une demande de sursis à l'exécution de l'article 3, paragraphe 1 (et, dans certains cas, de l'article 2), de la décision jusqu'à ce que la Cour ait statué au fond. Ces documents ont été enregistrés au greffe de la Cour au cours du mois d'octobre 1978.

Par ordonnance du 26 octobre 1978, la Cour a décidé de joindre les présentes affaires aux fins tant de la procédure écrite que de la procédure orale.

Par ordonnance de la même date, la Cour a admis ATAB et AGROTAB à intervenir à l'appui des conclusions des requérantes.

Le président de la deuxième chambre de la Cour, remplaçant le président de la Cour, en vertu des articles 85, paragraphe 2 et 11, paragraphe 2, du règlement de la procédure, et statuant au provisoire, a, par ordonnance du 30 octobre 1978, ordonné qu'il soit sursis à l'exécution des articles 2 et 3 de la décision, jusqu'à ce que la Cour ait statué au fond. Dans la motivation de l'ordonnance, il est notamment déclaré que tout membre de FEDETAB reste libre de se soustraire à chaque instant aux règles convenues par la recommandation FEDETAB du 1er décembre 1975.

Par ordonnance du 28 mars 1979, la Cour a décidé d'admettre l'intervention de Mestdagh, de Huyghebaert, de la FBCA et de GB à l'appui des conclusions de la Commission.

Par ordonnance du 27 juin 1979, la Cour a décidé d'admettre l'asbl «Fédération nationale des négociants en journaux, publications, librairie et articles connexes» (ci-après FNJ) à intervenir à l'appui des conclusions des requérantes.

La Cour, sur rapport du juge rapporteur, l'avocat général entendu, a décidé d'ouvrir la procédure orale sans instruction préalable.

Toutefois, elle a, conformément à l'article 21, paragraphe 2, du protocole sur le statut de la Cour (CEE), demandé au gouvernement belge de répondre par écrit au plus tard le 20 février 1980 à la question exposée sous IV ci-dessous.

II — Conclusions des parties

1. *Toutes les requérantes* concluent, à titre principal ou exclusivement, à l'annulation de la décision dans son ensemble.

La société *Weltab*, requérante dans l'affaire 214/78, conclut, à titre subsidiaire, à ce que la Cour renvoie l'affaire à la Commission avec ordre de considérer les demandes d'exemption sous l'article 85, paragraphe 3 du traité a) aux systèmes de distribution de FEDETAB avant le 1er décembre 1975 et b) à la recommandation FEDETAB du 1er décembre 1975.

La société *Jubilé*, requérante dans l'affaire 215/78, conclut, à titre subsidiaire, à l'annulation de l'article 2 de la décision, dans la mesure où il dispose qu'une application de l'article 85, paragraphe 3, à la recommandation FEDETAB n'est pas justifiée, et à l'annulation en conséquence de l'article 3, paragraphe 1 de ladite décision.

La société *Vander Elst*, requérante dans l'affaire 218/78, conclut à ce qu'il plaise à la Cour:

à titre subsidiaire,

— annuler l'article 2 et l'article 3, paragraphe 1, de la décision,

à titre subsidiaire,

— annuler l'article 2 de la décision en ce qu'il dispose que l'article 85, paragraphe 3, ne peut être appliqué,

— annuler l'article 3, paragraphe 1, de la décision.

Toutes les requérantes concluent à que la Commission soit condamnée aux dépens.

La *Commission* conclut, dans son mémoire en défense, au rejet des recours comme non fondés et à la condamnation des requérantes aux dépens.

Dans son mémoire en duplique, la *Commission* conclut à ce qu'il plaise à la Cour:

— rejeter les recours comme non fondés,

— rejeter les moyens des parties intervenantes ATAB et AGROTAB comme non fondés,

— condamner les requérantes aux dépens,

— condamner les parties intervenantes ATAB et AGROTAB aux dépens de leurs interventions.

2. *ATAB et AGROTAB, parties intervenantes,* soutiennent les conclusions des requérantes tendant à l'annulation de la décision et à la condamnation de la Commission aux dépens.

Dans ses observations sur les mémoires d'ATAB et d'AGROTAB, la *Commission* conclut au rejet des moyens de ces parties intervenantes comme non fondés et à la condamnation de celles-ci aux dépens de leurs interventions.

Mestdagh, Huyghebaert, la *FBCA* et *GB, parties intervenantes,* soutiennent les conclusions de la Commission tendant au rejet des recours comme non fondés et à la condamnation des requérantes aux dépens, y compris ceux de leur intervention.

Dans sa réponse aux mémoires des parties intervenantes FBCA et GB, la requérante *FEDETAB* (affaire 210/78) a formellement prié la Cour de condamner ces parties intervenantes aux dépens de leur intervention.

La société *Jubilé*, requérante dans l'affaire 215/78, a répondu aux mémoires des parties intervenantes Mestdagh, Huyghebaert, FBCA et GB sans toutefois formuler des conclusions formelles, tandis que la *Commission*, dans ses observations sur lesdits mémoires, répète les conclusions formulées dans son mémoire en duplique.

Dans sa réponse au mémoire de la partie intervenante GB, la requérante *Vander Elst* (affaire 218/78) a conclu à la condamnation de GB aux dépens de son intervention.

La *FNJ, partie intervenante,* soutient les conclusions des requérantes et conclut formellement à l'annulation de la décision et à la condamnation de la Commission aux frais de l'instance y compris ceux de l'intervention.

Dans ses observations sur le mémoire en intervention de la FNJ, la *Commission* conclut notamment à ce que les moyens de la FNJ soient rejetés et cette dernière partie soit condamnée aux dépens causés par son intervention.

III — Moyens et arguments des parties

A — Moyens de forme et de procédure touchant notamment les droits de la défense et communs à la plupart des requérantes

Premier moyen: violation de l'article 19, paragraphe 2, du règlement n° 17/62 et de l'article 5 du règlement n° 99/63, en ce que la Commission aurait refusé d'entendre les associations de grossistes et de détaillants intéressés

Résumé des requêtes

Toutes les requérantes, sauf *Vander Elst,* reprochent à la Commission d'avoir refusé d'entendre les associations ANGIPMT, ATAB et GT, cela en violation des dispositions de l'article 19, paragraphe 2 du règlement n° 17/62, aux termes duquel, si une personne justifiant d'un intérêt suffisant demande à être entendue, il doit être fait droit à sa demande, ainsi que de celles de l'article 5 du règlement n° 99/63 qui prévoient que la Commission doit lui donner l'occasion de faire connaître son point de vue par écrit dans le délai qu'elle fixe.

Résumé du mémoire en défense

La *Commission* répond qu'elle n'a pas refusé d'entendre les associations susvisées mais qu'elle a seulement refusé de les inviter à participer à la seconde audition orale du 22 septembre 1976 parce que, n'ayant pas pris part à la recommandation, elles n'avaient pas d'intérêt suffisant pour participer à cette audition. Ces associations auraient eu amplement l'occasion de faire connaître leur point de vue au cours de la procédure administrative et auraient effectivement utilisé cette possibilité, notamment par écrit. La Commission aurait examiné leurs prises de position en détail avant de prendre sa décision.

Deuxième moyen: violation de l'article 19, paragraphe 2, du règlement n° 17/62 et de l'article 3, paragraphe 3, du règlement n° 99/63, et des droits de la défense, en ce que la Commission aurait refusé d'accéder à la demande de FEDETAB d'entendre deux associations de grossistes

Résumé des requêtes

Ce moyen a été invoqué entièrement ou partiellement par *FEDETAB* et par les autres requérantes, sauf Jubilé et Vander Elst.

Rappelant que la Commission peut entendre toute personne dans la mesure où elle l'estime nécessaire (article 19, paragraphe 2 du règlement n° 17/62) et que les entreprises contre lesquelles une procédure est engagée peuvent proposer que la Commission entende des personnes qui sont susceptibles de confirmer les fait invoqués (article 3, paragraphe 3 du règlement n° 99/63), *FEDETAB* fait valoir que ce pouvoir de

la Commission n'est discrétionnaire que dans la mesure où son exercice ne porte pas atteinte aux droits de la défense.

Or, le 30 juin 1976, FEDETAB aurait demandé à la Commission que soient convoquées à l'audition deux associations de grossistes, à savoir le GT et la Nationale Vereniging van familiale Groothandelsondernemingen (ci-après NVFG), à Vrasene, association de fait de grossistes, créée à la suite de la dissolution de la FNCG.

Par lettre du 20 juillet 1976, la Commission aurait rejeté cette demande en justifiant sa décision par la considération que «l'entente ... a été et reste le fait des seuls producteurs ... à laquelle, quels qu'ils soient les grossistes et les détaillants n'ont ... pris aucune part».

Les faits que ces associations étaient susceptibles de confirmer concernaient fondamentalement l'existence de l'infraction et les motifs d'une exemption.

Le refus de la Commission serait d'autant plus arbitraire que dans la décision incriminée elle ferait constamment état des effets prétendus sur le commerce de gros et de détail. Il résulterait ainsi de la décision elle-même que la Commission aurait commis un excès de pouvoir ou même un détournement de pouvoir en privant la requérante, sans justification légale, de la possibilité de faire confirmer les faits avancés par elle. La Commission aurait ainsi gravement porté atteinte aux droits de la défense.

Résumé du mémoire en défense

La *Commission* affirme que la demande formulée dans la lettre de FEDETAB du 30 juin 1976 ne mentionnerait pas qu'elle aurait été introduite dans le but de faire confirmer certains faits invoqués par FEDETAB, mais se bornait à demander que la Commission entende les associations susvisées «... pour que la Commission soit complètement éclairée ...». Vu sa formulation, la demande de FEDETAB ne pouvait être considérée comme une proposition fondée sur l'article 3, paragraphe 3, du règlement n° 99/63.

Le contenu de la réponse de la Commission du 20 juillet 1976 indiquerait sans équivoque que la Commission plaçait sa réponse dans le contexte de l'article 5 du règlement n° 99/63 concernant l'audition des tiers et non de l'article 3, paragraphe 3 concernant la confirmation des faits invoqués.

Ni FEDETAB ni les deux associations concernées n'auraient justifié de l'intérêt de ces associations à être entendues à l'audition.

En tout état de cause, la Commission aurait entendu de manière suffisante les deux associations de grossistes concernées au cours de la procédure administrative.

Troisième moyen: violation des principes fondamentaux relevant du droit de la défense et régissant les auditions telles qu'elles ont été organisées par les règlements n^{os} 17/62 et 99/63, en ce que les personnes mandatées par la Commission pour procéder à l'audition du 22 octobre 1975 n'auraient pas été toutes présentes durant toute la durée de celle-ci

Résumé des requêtes

Ce moyen a été invoqué entièrement ou partiellement par *FEDETAB* et par les autres requérantes, sauf Jubilé et Vander Elst. Il est fondé sur l'affirmation selon

laquelle il aurait été cité au procès-verbal que les personnes mandatées par la Commission n'étaient pas toutes présentes au moment où l'audition a repris le 22 octobre 1975 à 15 h.

Résumé du mémoire en défense

La *Commission* relève que sa pratique, selon laquelle seul le Directeur qui préside l'audition orale est mandaté par la Commission, serait clairement indiquée dans la note qui accompagne l'invitation aux auditions orales. La seule personne mandatée pour procéder à l'audition du 22 octobre 1975 étant M. Dennis Thompson, directeur de la direction «Ententes et abus de position dominante», il serait dès lors indifférent que des fonctionnaires non mandatés se soient absentés pendant quelques minutes durant cette audition.

Quatrième moyen: violation des formalités substantielles prévues par les règlements n^{os} 17/62 et 99/63 de l'article 190 du traité et des droits de la défense, en ce que la Commission aurait joint irrégulièrement les différentes affaires et n'aurait pas motivé cette jonction dans sa décision

Résumé des requêtes

Ce moyen a été invoqué totalement ou partiellement par l'*ensemble des requérantes.*

FEDETAB et *Vander Elst* se plaignent notamment de ce que la procédure de l'audition de 22 octobre 1975 se serait déroulée et se serait terminée sans qu'elles aient eu connaissance des plaintes de Mestdagh et Huyghebaert sur lesquelles cependant la décision incriminée se fonderait également. Selon *Vander Elst,* la Commission aurait violé des formes substantielles.

HvL fait valoir que, dans la mesure où la décision tiendrait compte des griefs de Mestdagh et Huyghebaert, il y aurait violation des droits de la défense et infraction aux dispositions du règlement n° 99/63, et notamment de son article 4.

Résumé du mémoire en défense

La *Commission* relève, sur le plan des faits, notamment que les plaintes déposées par Mestdagh et Huyghebaert le 21 octobre 1975 viseraient exclusivement une partie de la procédure engagée le 29 juillet 1974 à la suite de la plainte déposée par GB et au cours de laquelle la Commission avait déjà communiqué des griefs aux requérantes le 18 juillet 1975 et s'apprêtait à organiser une audition orale le 22 octobre 1975.

La connexité des trois plaintes déposées par GB et par Mestdagh et Huyghebaert aurait été reconnue à plusieurs reprises par FEDETAB et par plusieurs autres requérantes, ainsi qu'il ressortirait notamment de leurs déclarations consignées dans le procès-verbal (pages 10 à 12) de l'audition du 22 octobre 1975 (annexe n° 2 au mémoire en défense). Au demeurant, la simple lecture des trois plaintes permettrait de constater que les nouvelles plaintes ont le même objet que celle de GB.

La Commission aurait transmis copie des nouvelles plaintes aux requérantes par lettre du 13 novembre 1975. Celles-ci auraient pris position par écrit au cours des mois de décembre 1975 et de janvier

1976. Mestdagh et Huyghebaert ayant répondu, à la demande de la Commission, aux prises de position des requérantes, celles-ci auraient encore présenté en juillet 1976, des observations écrites sur cette réponse, qui leur avait été communiquée par la Commission, exprimant ainsi une *seconde fois* leur point de vue par écrit au sujet des plaintes de Mestdagh et Huyghebaert.

Pour ce qui est du *droit*, la Commission fait notamment valoir qu'aucune réglementation ne prévoit que la Commission doive prendre des décisions de «jonction» d'affaires ou de dossiers. Sa pratique administrative ne connaissant pas la notion de jonction, la décision ne devait pas contenir de motivation à ce sujet. Il n'y aurait eu *qu'une seule procédure* ayant abouti à la décision du 20 juillet 1978.

Dans les affaires «Sucre» (affaires jointes 40 à 48, 50, 54 à 56, 111, 113 et 114/73, *Suiker Unie e. a./Commission*, Recueil 1975, p. 1663), la Cour aurait considéré (attendu 111) que rien n'interdit à la Commission de statuer par une décision unique sur plusieurs infractions. A fortiori devrait-il lui être possible de statuer par une décision unique sur une même infraction faisant l'objet de plusieurs plaintes, même si figurent parmi celles-ci de nouvelles plaintes déposées au cours d'une procédure déjà engagée par la Commission.

Dans ces conditions et alors qu'elle avait déjà, à la suite de la première plainte, ouvert la procédure le 29 juillet 1974 et communiqué ses griefs le 18 juillet 1975, il suffisait que la Commission informe les requérantes du contenu de nouvelles plaintes et recueille leur prise de position à leur sujet, sans qu'elle doive leur envoyer une nouvelle communication des griefs formelle, dont le contenu aurait nécessairement repris celui de la communication des griefs déjà envoyée le 18 juillet 1975.

Concluant au sujet de ce moyen, la Commission affirme notamment que son comportement n'aurait pas faussé le déroulement de la procédure et n'aurait pas porté atteinte aux droits de la défense.

Résumé des répliques

FEDETAB fait valoir que la décision, très fréquente, de joindre des procédures différentes ne constitue pas une simple mesure d'ordre interne mais bien une décision au sens de l'article 189 du traité en particulier, lorsque, comme en l'espèce, elle affecte directement les intérêts des administrés. Elle devrait donc être motivée aux termes de l'article 190 du traité.

L'erreur fondamentale de la Commission serait de traiter pêle-mêle dans une décision unique trois procédures distinctes sans que FEDETAB en ait été informée au préalable. En particulier, il ressortirait clairement de la lettre de la Commission du 13 novembre 1975 que les plaintes de Mestdagh et Huyghebaert faisaient l'objet d'une procédure séparée. Or, si FEDETAB a eu la possibilité de faire valoir ses observations écrites sur ces plaintes, celles-ci étaient antérieures à la notification de la recommandation le 1er décembre 1975 et ne pouvaient donc dès lors concerner que les mesures antérieures. Toutefois, la décision incriminée invoquerait expressément la mise en cause par Mestdagh et Huyghebaert de certaines dispositions de la recommandation.

Il en résulterait que la deuxième procédure n'ayant pas suivi son cours légal, la communication de griefs et l'audition orale que FEDETAB aurait pu obtenir n'ayant pas eu lieu, FEDETAB aurait été dans l'impossibilité de répondre aux griefs qui n'étaient pas précisés, cela en violation des droits de la défense.

Jubilé souligne que ce moyen concerne la *jonction de toutes les trois procédures*, et pas seulement la procédure Mestdagh et Huyghebaert, et vise moins la jonction en soi que l'intervention de cette jonction en dernière minute *par la décision mettant fin à la procédure.*

Elle *conteste, en faisant valoir son ignorance*, que la Commission ait décidé le 10 mai 1976 d'«élargir» l'affaire IV/29.852 à l'affaire IV/29.149. Elle souligne que l'avant-projet d'une décision considérait encore les procédures comme étant distinctes et demande que la Commission soit invitée à déposer cet avant-projet ainsi que le projet de décision (versions françaises).

Le comportement de la Commission aurait faussé le cours de la procédure et aurait réduit les droits de la défense.

Le fait que la jonction de plusieurs affaires ne pourrait se faire sans que les intéressés en soient informés ressortirait également des règlements n^{os} 17/62 et 99/63, donc de *règles sur des formes substantielles.* En effet, l'article 2 du règlement n° 99/63 prévoirait que la Commission communiquera par écrit aux entreprises les grief retenus. Aux termes de l'article 4, la Commission ne retient que les griefs au sujet desquels le destinataire a eu l'occasion de faire connaître son point de vue.

Or, s'il est exact que la requérante a exprimé deux fois son point de vue au sujet des plaintes de Mestdagh et Huyghebaert, elle ne se serait *jamais* prononcée au sujet des griefs de la Commission, parce que la Commission ne lui aurait jamais communiqué de griefs dans l'affaire IV/29.127 (à l'inverse de ce qui était le cas dans les affaires IV/28.852 et IV/29.149). Les plaintes de Mestdagh et Huyghebaert ne sauraient être considérées à cet égard comme des griefs et la requérante ne les aurait jamais considérées comme telles, la Commission n'ayant jamais fait savoir qu'elle reprenait ces plaintes à son compte.

Selon la requérante, la Commission ferait erreur en affirmant que, dans les circonstances de l'espèce, elle était dispensée de l'obligation d'envoyer une communication formelle des griefs. L'article 2 du règlement n° 99/63 serait absolu à cet égard.

La violation des droits de la défense, fondée sur la jonction secrète des affaires, aurait eu pour effet qu'aucune audition n'aurait eu lieu dans l'affaire IV/29.127. Comment la requérante aurait-elle pu demander une audition, alors qu'elle ignorait tout de l'ouverture d'une procédure, a fortiori de l'existence de griefs y relatifs?

La requérante *conclut* dès lors que la décision doit être annulée dans la mesure où elle fait de l'affaire IV/29.127 un de ses objets.

Résumé de la duplique

Sur le plan des *faits*, la Commission rejette, en invoquant notamment le comportement des requérantes au cours de la procédure administrative, la thèse

des requérantes selon laquelle il s'agissait de trois procédures distinctes, ayant des objets différents.

Elle admet que Mestdagh et Huyghebaert ne pouvaient évidemment pas dans leurs demandes datant du 21 octobre 1975 mettre en cause la ,«recommandation» qui date du 1er décembre 1975. Or, la Commission aurait quand même considéré dans sa décision que la fixation des remises maximales à accorder sur facture aux clients et les critères minimaux à remplir par ceux-ci pour en bénéficier prévus par la recommandation ont été mis en cause par Mestdagh et Huyghebaert au cours de la procédure administrative. D'une part, ces dispositions de la recommandation reprendraient pour l'essentiel le système existant auparavant contre lequel Mestdagh et Huyghebaert auraient déposé plainte et, d'autre part, Mestdagh et Huyghebaert auraient écrit à ce sujet par lettre du 18 mai 1976 (dont les requérantes auraient reçu copie), en maintenant leurs griefs à l'égard du système après la notification du 1er décembre 1975.

Pour ce qui est du *droit,* la Commission rappelle l'argumentation exposée dans son mémoire en défense.

Cinquième moyen: violation du principe général des droits de la défense, en ce que la Commission aurait refusé de communiquer le dossier sur lequel se fonde la décision

Résumé des requêtes

Ce moyen est invoqué par *toutes les requérantes* sauf Jubilé.

L'argumentation principale sur laquelle se fonde ce moyen est celle exposée notamment par *FEDETAB,* suivant laquelle les pouvoirs considérables de la Commission en matière de pratiques restrictives de concurrence exigeraient que les intéressés jouissent de garanties procédurales. Cela impliquerait que ceux-ci aient connaissance du dossier sur lequel, implicitement ou explicitement, la Commission fonde sa décision.

Il en serait ainsi d'autant plus que la Cour de justice, pour se prononcer sur les présents recours, devrait avoir connaissance du dossier de la Commission et que «ce serait violer un principe élémentaire du droit que de baser une décision judiciaire sur des faits et des documents dont les parties elles-mêmes ... n'ont pu prendre connaissance et sur lesquels elles n'ont donc pas été en mesure de prendre position» (affaires jointes 42 et 49/59, *SNUPAT/Haute Autorité,* Recueil 1961, p. 101).

Notamment le 8 juin 1976, FEDETAB, par un de ses conseils, n'aurait pu que prendre note que la Commission n'avait aucun document à communiquer (procès-verbal d'audience du 22 septembre 1976, p. 19).

Les plaintes de Mestdagh et Huyghebaert n'auraient été communiquées aux requérantes qu'après l'audition du 22 octobre 1975, qui se serait déroulée sans que les requérantes aient eu connaissance de ces plaintes sur lesquelles cependant la décision incriminée se fonderait également.

Suivant la prise de la décision, la Commission n'aurait pas répondu à des demandes de communiquer le dossier sur lequel elle se serait fondée pour prendre la décision. A cet égard, *Vander Elst* relève, pour sa part, que si la Commission a pris position sur les points relativement auxquels *l'accès au dossier* avait été demandé par son mandataire ad litem, il n'en resterait pas moins que le dossier n'aurait pas été communiqué.

Résumé du mémoire en défense

La *Commission* fait valoir qu'elle n'aurait été saisie par aucune d'entre les requérantes d'une demande de communiquer la totalité du dossier *avant* l'adoption de la décision. Les requérantes auraient reçu copie des trois plaintes déposées par GB et Mestdagh et Huyghebaert et auraient été informées par les deux communications des griefs des éléments de fait sur lesquels les griefs de la Commission se seraient fondés. FEDETAB aurait reçu copie de la lettre de l'ANGIPMT qu'elle avait demandée, à savoir d'une lettre adressée à la Commission par ANGIPMT le 13 février 1976. Dans ces circonstances, il n'était pas nécessaire que la totalité du dossier leur soit communiquée.

Les requérantes n'auraient introduit, avant l'adoption de la décision, aucune demande de prendre connaissance d'un document spécifique, à laquelle la Commission n'aurait pas satisfait.

Les demandes de prise de connaissance du dossier administratif introduites *après* l'adoption de la décision ne pourraient avoir aucune incidence sur le déroulement — d'ailleurs régulier — de la procédure administrative qui a abouti à cette décision. Elles ne sauraient dès lors être invoquées pour obtenir l'annulation de cette décision.

Sixième moyen: violation des articles 20, paragraphe 2 et 21, paragraphe 2 du règlement n° 17/62, en ce que la Commission aurait gravement violé le secret des affaires en communiquant certaines données à GB

Résumé des requêtes

Ce moyen a été invoqué entièrement ou partiellement par *FEDETAB* et par toutes les autres requérantes, sauf Jubilé et Vander Elst.

Selon *FEDETAB,* lorsque les informations recueillies par la Commission sont, *par leur nature,* couvertes par le secret professionnel, elles ne peuvent être communiquées à des tiers, même plaignants. Cela découlerait de l'article 20, paragraphe 2 du règlement n° 17/62. Il en serait ainsi a fortiori lorsque l'entreprise poursuivie indique *expressément* que les documents qu'elle produit sont confidentiels.

Au mémoire de FEDETAB du 22 septembre 1975, était joint un tableau (annexe 11 à la requête) traçant l'évolution des recettes au cours des 5 dernières années de 160 marques de cigarettes. Le même mémoire contenait également un tableau du nombre des cigarettes achetées par les principaux grossistes spécialistes itinérants et un tableau indiquant les délais de paiement des 25 principaux clients des principaux fabricants belges de cigarettes.

Ces trois tableaux seraient de *nature* confidentielle. Il aurait chaque fois été *précisé* dans le mémoire qu'ils étaient confidentiels. Or, ils auraient été communiqués à GB qui se serait réjouie d'en disposer.

La violation de ce principe d'ordre public communautaire vicierait la décision incriminée.

Résumé du mémoire en défense

En ce qui concerne les *faits,* la *Commission* confirme qu'elle a, par lettre du 2 octobre 1975, transmis à GB une copie de la totalité de la réponse de FEDETAB (y compris les tableaux susvisés) du

22 septembre 1975 à la communication des griefs du 18 juillet 1975, qui faisait suite à la plainte de GB du 2 avril 1975.

GB avait en effet demandé à être entendue et notamment à être invitée à l'audition orale, et avait en outre demandé à la Commission par lettre du 22 septembre 1975 de pouvoir prendre connaissance des réponses des requérantes à la communication des griefs du 18 juillet 1975.

Ce serait en réponse à cette demande de GB et pour satisfaire aux obligations de l'article 19, paragraphe 2 du règlement n° 17/62 que la Commission aurait transmis copie de certaines de ces réponses (dont celle de FEDETAB) à GB et l'aurait invitée à l'audition orale du 22 octobre 1975.

Les données contenues dans les tableaux, qui concerneraient les indices d'évolution des ventes de certaines marques, les volumes d'achat de certains grossistes et les délais de paiement, seraient des parties essentielles de la réponse de FEDETAB. Il serait donc normal que la Commission en fournisse copie à GB. Cette façon de procéder aurait permis à GB de faire connaître son point de vue de manière détaillée sur ces points essentiels.

Pour ce qui est du *droit*, la Commission fait valoir que le recours à l'article 21, paragraphe 2 du règlement n° 17/62 peut être écarté d'emblée. En effet, elle n'aurait pas inclus les données des trois tableaux dans le texte de sa décision.

La Commission conteste en outre que ces données fussent couvertes par le secret professionnel.

Relevant que, pour que certaines informations recueillies en application du règlement n° 17/62 soient *de par leur nature* couvertes par le secret professionnel, il ne suffisait pas que les requérantes l'avait affirmé, la Commission fait notamment observer que FEDETAB aurait elle-même indiqué dans sa réponse du 22 septembre 1975 que ce seraient les fabricants eux-mêmes qui lui auraient communiqué les données susvisées, alors que chaque fabricant savait que chacune des autres requérantes pouvait prendre connaissance des données concernant ses concurrents par le biais de leurs représentants siégeant au Conseil d'administration de FEDETAB. Notamment pour cette raison, il serait évident que les fabricants eux-mêmes n'auraient pas considéré que ces données sont de par leur nature couvertes par le secret d'affaires vis-à-vis de leurs concurrents.

La Commission estime en outre que, même si ces données étaient couvertes par le secret des affaires, la disposition de l'article 20, paragraphe 2 lui donnait le droit et celle de l'article 19, paragraphe 2 lui imposait le devoir de les transmettre à GB. Une attitude différente de celle qu'elle avait adoptée aurait pu violer les droits de la défense de GB et notamment son droit à être complètement et correctement entendue.

De plus, et *ceci serait le point principal*, les requérantes n'auraient d'aucune manière prouvé en quoi cette façon de procéder aurait, de quelque manière, faussé le cours de la procédure administrative. Aucun élément du dossier ne permettrait de présumer que la décision attaquée n'aurait pas été prise ou aurait eu un contenu différent.

Résumé de la réplique de FEDETAB

FEDETAB fait valoir en réplique que sont de par leur nature couverts par le secret professionnel «notamment les renseignements relatifs aux entreprises et

concernant leurs relations commerciales ou les éléments de leur prix de revient» (article 214 du traité) ainsi que ceux qui iraient au-delà «des renseignements généraux ou d'études ne comportant pas d'indications individuelles sur les entreprises ou associations d'entreprises» (article 20, paragraphe 3, du règlement n° 17/62).

Il en résulterait que les trois tableaux seraient *par nature* confidentiels. De plus, un secret d'affaires de fabricants ne perdrait pas sa nature de secret lorsque sur la foi de l'article 20, paragraphe 1 du règlement n° 17/62, qui énonce que les informations recueillies ne peuvent être utilisées que dans le but pour lequel elles ont été demandées, ce secret serait communiqué à la Commission par l'association professionnelle qui groupe les fabricants. Qu'il soit ou non connu de tous les fabricants, un secret n'en resterait pas moins un secret à l'égard de la plaignante GB. Ce serait donc en violation de la confiance légitime que donnait à FEDETAB l'article 20, paragraphe 1 du règlement n° 17/62 que la Commission aurait remis à GB ces documents confidentiels et dont elle ferait un usage commercial.

Il ressortirait des termes de l'article 20, paragraphe 2, du règlement que la Commission pourrait refuser de reconnaître le caractère de documents confidentiels par leur nature, uniquement sur base des articles 19 et 21. Or, l'article 21 n'entrerait pas en ligne de compte en l'espèce. L'article 19 relatif à l'audition ne dispenserait pas pour autant la Commission de «tenir compte de l'intérêt légitime des entreprises à ce que leurs secrets d'affaires ne soient pas divulgués» (Thiesing, Schröter, Hochbaum, «Les ententes et les positions dominantes dans le droit de la CEE» 1977, p. 66 n° 8).

Par ailleurs, la communication intégrale des trois documents n'était nullement nécessaire pour permettre à GB de faire connaître son point de vue de manière détaillée. En effet, il était tout à fait superflu pour connaître son sentiment de donner les chiffres individualisés par fabricant, par grossiste et par marque. La divulgation de ces informations détaillées constituerait une violation flagrante du secret d'affaires interdite par l'article 214 du traité, l'article 20, paragraphes 1 et 2, du règlement n° 17/62 et que l'article 19 du règlement, correctement interprété, n'autoriserait pas dans les circonstances de la cause.

La violation du secret entâcherait par elle-même toute l'instruction et, par conséquent, la décision, d'un vice devant entraîner l'annulation de celle-ci sans qu'il soit nécessaire à la requérante de prouver que la décision eût été différente si l'infraction n'avait pas été commise.

Résumé du mémoire en duplique

La *Commission* fait notamment remarquer que les requérantes n'ont pas invoqué les dispositions concernant les *secrets d'affaires* (articles 19, paragraphe 3, et 21, paragraphe 2, du règlement n° 17/62 et articles 2, paragraphe 2 et 9, paragraphe 3, du règlement n° 99/63).

En ce qui concerne le *secret professionnel*, la Commission conteste l'affirmation de FEDETAB selon laquelle l'article 20, paragraphe 3, du règlement n° 17/62 indiquerait que tout «... ce qui va au-delà des renseignements généraux ou d'études ne comportant pas d'indications individuelles sur les entreprises ou associations d'entreprises» serait de par nature couvert par le secret professionnel.

Selon la Commission, cette disposition indiquerait, au contraire, ce qui n'est de

toute façon pas couvert par l'obligation de respect du secret professionnel par les fonctionnaires de la Commission, mais n'indiquerait d'aucune manière que tout le reste serait par nature couvert par un tel secret.

Or, dans son mémoire en défense, la Commission aurait exposé les faits — non contestés par les requérantes — qui démontreraient que les données des trois tableaux concernés auraient perdu leur caractère secret du fait de la divulgation par les fabricants eux-mêmes de ces données à leurs concurrents. Dans de telles conditions, les tableaux ne devraient donc pas être considérés comme protégés par l'obligation de respect du secret professionnel qui incombe aux fonctionnaires de la Commission.

B — Moyens formels communs à la plupart des requérantes concernant l'article 85, paragraphe 3, du traité

Septième moyen: violation des articles 85, paragraphes 1 et 3, du traité, 4, paragraphe 2, 1er et 2e, littera a), 5 et 6, paragraphes 1 et 2, du règlement n° 17/62, des droits de la défense et de l'obligation de motiver la décision, consistant en ce que la Commission aurait refusé l'application de l'article 85, paragraphe 3, du traité aux mesures antérieures à la recommandation du 1er décembre 1975, au motif que ces mesures n'étaient pas dispensées de notification et qu'elle n'aurait pas motivé sa décision sur ce point en répondant aux moyens des parties

Résumé des requêtes

Ce moyen a été invoqué entièrement ou partiellement par *FEDETAB* et par toutes les autres requérantes, sauf Jubilé et Vander Elst.

FEDETAB reproche à la Commission de n'avoir pas exposé les motifs pour lesquels elle aurait, de manière purement implicite, rejeté les moyens développés par FEDETAB dans son mémoire du 22 septembre 1975 et lors de l'audience du 22 octobre 1975, dont il résulterait que les mesures antérieures à la recommandation, qu'elle critiquait, auraient dû bénéficier de la dérogation prévue par l'article 4, paragraphe 2, du règlement n° 17/62.

Il serait unanimement admis que, lorsqu'un accord, une décision ou une pratique (soit une entente au sens large) peut bénéficier de cette dérogation, le défaut de notification ne prive pas les parties à cette entente de la faculté de se prévaloir ultérieurement de l'article 85, paragraphe 3, et d'obtenir une exemption de l'article 85, paragraphe 1, avec effet rétroactif (Waelbroeck, «Le droit de la Communauté économique européenne», t. IV, p. 134, n° 44 et les réf.).

En l'espèce, FEDETAB faisait valoir qu'il convenait d'examiner de manière distincte les différentes ententes (au sens large) faisant l'objet de la communication des griefs.

Il appartiendrait en conséquence à la Commission d'analyser ces différentes mesures et de vérifier, pour chacune d'elles, si les conditions d'application de l'article 4, paragraphe 2 du règlement n° 17/62 se trouvaient remplies.

La requérante expose les motifs pour lesquels, selon elle, tel était effectivement le cas.

Résumé du mémoire en défense

La *Commission* se réfère à la motivation, aux n^os^ 110 à 112 de la décision, du refus d'octroyer l'exemption au titre de l'article 85, paragraphe 3, aux mesures prises par FEDETAB en matière de distribution avant le 1^er^ décembre 1975.

Elle fait notamment valoir que la simple lecture de l'article 4, paragraphe 2, du règlement n° 17/62, auquel elle se serait référée au n° 110 de la décision, permettrait de comprendre — sans qu'aucun doute puisse subsister à cet égard — que les mesures en cause ne sont pas concernées par cette disposition, étant donné que

— y participaient les fabricants ressortissant à deux États membres (la Belgique et le grand-duché de Luxembourg) dont plusieurs seraient en outre des filiales de puissants groupes ressortissant à d'autres États membres;

— y participaient plus de deux entreprises, à savoir au moins toutes les requérantes;

— elles n'auraient pas seulement pour objet les matières énumérées au point 3 de cette disposition (ce qui n'aurait d'ailleurs été allégué par aucune requérante).

La motivation de la décision sur la question de la dispense de notification serait correcte et suffisante.

Huitième moyen: violation de l'article 85, paragraphe 3, du traité, des articles 4, paragraphes 1 et 2, 5, paragraphes 1 et 2, et 6, paragraphes 1 et 2, du règlement n° 17/62, et des articles 2, 3 et 4 du règlement n° 27/62, en ce que la Commission aurait refusé de considérer la lettre de FEDETAB du 26 janvier 1971 et ses annexes comme une notification

Résumé des requêtes

Ce moyen a été invoqué entièrement ou partiellement par *FEDETAB* et par toutes les autres requérantes, sauf Jubilé et Vander Elst.

D'après *FEDETAB*, il serait constant que la lettre du 26 janvier 1971 — y compris ses annexes — portait à la connaissance de la Commission de manière complète et circonstanciée toutes les mesures que la Commission aurait ensuite incriminées et exposait pareillement les motifs pour lesquels ces mesures, soit ne tombaient pas, de l'avis de FEDETAB, sous le coup de l'article 85, paragraphe 1, soit, en tout cas étaient favorables à l'organisation du marché.

La Commission se serait refusée à admettre que ces documents, qui lui auraient été envoyés par FEDETAB à la suite d'un entretien entre son directeur et un fonctionnaire de la Direction générale de la concurrence, et à la suite d'une demande de renseignements, puissent constituer des notifications au sens des articles 4, paragraphe 1, et 5 du règlement n° 17/62, et cela pour le motif que:

— cette communication n'aurait pas été spontanée;

— elle ne solliciterait pas formellement une demande d'exemption;

— elle ne se référerait pas à l'application des articles 4 et 5 du règlement n° 17/62;

— elle n'aurait pas été établie sur les formulaires A/B prévus par le règlement n° 27/62 et n'aurait pas été envoyée en dix exemplaires.

Cette décision serait entachée d'excès de pouvoirs et manquerait en droit et en fait pour les motifs suivants:

Aucune disposition du règlement n° 17/62 n'imposerait que les communications soient «spontanées». L'objet de la notification serait de faire connaître un accord, une décision ou une pratique à la Commission. Tel serait bien le cas en l'espèce. La communication du 26 janvier 1971 et ses annexes indiqueraient les motifs et les justifications des mesures prises et permettraient à la Commission de se faire une opinion complète sur les questions soulevées.

Aucune disposition des règlements n^{os} 17/62 et 27/62 n'imposerait le formalisme auquel la Commission prétendrait astreindre les requérantes en exigeant que soit faite une référence expresse au règlement n° 17/62 et plus spécifiquement à ses articles 4 et 5 ou qu'une demande d'exemption soit formulée «expressis verbis».

Dans la lettre du 26 juin 1971, FEDETAB aurait d'ailleurs non seulement exposé les motifs pour lesquels elle considère que les mesures prises par elle ne portent pas atteinte au principe de la concurrence — ce qui impliquerait qu'elle estimait qu'il n'y avait pas lieu à des poursuites sur pied de l'article 85, paragraphe 1 — mais en outre elle aurait exposé en détail les motifs pour lesquels sa politique de prix et de distribution lui apparaissait conforme à l'intérêt général — ce qui impliquerait qu'elle considérait pouvoir bénéficier de l'article 85, paragraphe 3, s'il était jugé que l'article 85, paragraphe 1, devait trouver application.

Si le règlement n° 22/62 prévoit des conditions de forme pour les notifications, dans le but de faciliter l'administration et de permettre, grâce au nombre d'exemplaires requis, une communication aisée aux États membres, ces mesures administratives ne seraient pas prévues à peine de nullité.

Pour ces motifs, la communication faite à la Commission le 26 janvier 1971 avec ses annexes équivaudrait à une notification au sens de l'article 4 du règlement n° 17/62. Pour l'avoir méconnu, la décision devrait être annulée et la Commission devrait être invitée à se prononcer sur l'application de l'article 85, paragraphe 3, aux mesures antérieures au 1er décembre 1975.

Résumé du mémoire en défense

La *Commission* relève notamment que dans sa première communication des griefs du 18 juillet 1975, elle avait déjà considéré (à la page 16) que les mesures concernées ne pouvaient pas être exemptées *aussi longtemps* qu'elles n'étaient pas notifiées, vu notamment qu'elles n'étaient pas dispensées de notification. Dans sa réponse du 22 septembre 1975 (pages 84 et 85) FEDETAB aurait exposé que la lettre du 26 juin 1971 pouvait à ses yeux être considérée comme une notification valable.

Or, l'utilisation du formulaire A/B prescrit par le règlement n° 27/62 et qui se réfère explicitement aux articles 4 et 5 du règlement n° 17/62, aurait été imposée notamment pour la raison que la présentation de cette notification aurait d'importantes conséquences juridiques, dont la possibilité d'accorder une exemption et l'immunité à l'égard des amendes.

Il serait donc inadmissible de considérer qu'une simple lettre, adressée à la Commission dans un autre but, ne faisant aucune référence à l'article 85, paragraphe 3, du traité, ni aux articles 4 ou 5 du règlement n° 17/62, et qui ne contiendrait en outre pas tous les éléments de réponse aux questions essentielles posées par le formulaire A/B, soit une notification valable.

FEDETAB, qui n'aurait même pas jugé utile de présenter une notification en bonne et due forme à la suite de la prise de position de la communication des griefs du 18 juillet 1975, ne saurait de bonne foi invoquer ce moyen pour obtenir l'annulation de la décision, alors qu'elle aurait elle-même utilisé le formulaire A/B pour effectuer la notification de la recommandation du 1er décembre 1975. Ce moyen ne saurait en tout état de cause être invoqué pour obtenir l'annulation des parties de la décision concernant la recommandation.

Neuvième moyen: violation de l'article 85, paragraphe 3, du traité, de l'obligation de motiver la décision et des droits de la défense, en ce que la Commission aurait omis de répondre dans la décision aux arguments essentiels développés concernant l'application de l'article 85, paragraphe 3

Résumé des requêtes

Ce moyen a été invoqué entièrement ou partiellement par *FEDETAB* et par toutes les autres requérantes, sauf Jubilé et Vander Elst.

FEDETAB se plaint de ce que la décision incriminée n'examinerait que quelques-uns de ses arguments (nos 118 à 132) alors qu'après les avoir rappelés elle-même dans des considérants précédents (nos 114 à 117), la décision aurait dû les rencontrer un à un.

Résumé du mémoire en défense

La *Commission* soutient que, bien plus que des réponses aux arguments avancés par les requérantes, les nos 118 à 132 de la décision contiendraient l'appréciation par la Commission de la recommandation au titre de l'article 85, paragraphe 3. La Commission ne serait pas tenue de motiver le rejet de tous les moyens avancés, lorsque sa décision est correctement motivée. La motivation de la décision à ce sujet serait correcte et suffisante.

Dixième moyen: violation des articles 4 du règlement n° 99/63, 19, paragraphe 1, du règlement n° 17/62 et 85, paragraphe 3, du traité, en ce que la Commission aurait dans sa décision statué sur des griefs non communiqués

Résumé des requêtes

Ce moyen est invoqué entièrement ou partiellement par *toutes les requérantes.*

FEDETAB relève qu'avant de prendre une décision, la Commission doit donner aux entreprises intéressées l'occasion de faire connaître leur point de vue au sujet des griefs retenus par la Commission (article 19, paragraphe 1, du règlement n° 17/62) et qu'elle ne peut retenir que les griefs au sujet desquels l'entreprise a eu l'occasion de faire connaître son point de vue (article 4 du règlement n° 99/63).

Dans la deuxième communication des griefs, la Commission aurait refusé le bénéfice de l'article 85, paragraphe 3, par la seule considération que la recommandation ne réunissait pas la première des quatre conditions prévues par cet article, à savoir l'amélioration de la

production ou du progrès technique ou économique. En conséquence, et dans son mémoire du 2 juillet 1976 et à l'audition du 22 septembre 1976, FEDETAB ne se serait expliquée que sur cette seule condition.

Or, la décision incriminée refuserait le bénéfice de l'exemption en affirmant également que les trois autres conditions ne sont pas réunies.

La requérante aurait donc été privée de la possibilité de s'expliquer sur l'existence de ces trois conditions.

Résumé du mémoire en défense

La *Commission* rappelle que ce moyen concerne les n^os^ 132 (en partie) et 133 de la décision par lesquels la Commission — après avoir longuement examiné aux n^os^ 113 à 132 si la recommandation contribue à améliorer la production ou la distribution des produits et abouti à la conclusion que la recommandation n'entraîne pas d'améliorations de la distribution suffisantes pour contrebalancer les effets restrictifs de concurrence — a ajouté, d'une part, que la recommandation n'est pas susceptible de réserver aux utilisateurs une part équitable du profit qu'elle pourrait éventuellement entraîner et, d'autre part, qu'*au surplus,* compte tenu de la part de marché détenue par FEDETAB et par ses membres, les accords donnent aux entreprises visées la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence.

Il serait exact que cette *dernière* considération, relative à la condition de l'article 85, paragraphe 3, point b), aurait été ajoutée, dans la décision, aux considérations qui figuraient déjà dans les deux communications des griefs, et cela notamment vu l'importance que revêtirait cette disposition du traité. Pour le reste, il serait totalement faux de prétendre que les requérantes n'auraient pas pris position ou n'auraient pas eu l'occasion de faire valoir leur point de vue au cours de la procédure administrative au sujet de l'ensemble des conditions d'application de l'article 85, paragraphe 3.

La Commission invoque notamment l'arrêt de la Cour dans l'affaire 41/69, *ACF Chemiefarma / Commission* (Recueil 1970, p. 661, attendus 91 à 94) pour justifier le fait que, dans sa décision, elle aurait tenu compte des éléments résultant de la procédure administrative et aurait *complété* son argumentation en droit à l'appui du refus d'octroyer l'exemption de l'article 85, paragraphe 3, par les considérations des n^os^ 132 (dernière phrase) et 133, alors que l'argument principal retenu par la Commission, tant dans ses deux communications des griefs que dans sa décision, concernerait la première condition de l'article 85, paragraphe 3.

Elle relève enfin que la Cour aurait précisé, notamment dans son arrêt dans les affaires jointes 56 et 58/64, *Grundig et Consten / Commission* (Recueil 1966, p. 429 et notamment p. 505) que lorsqu'une des quatre conditions de l'article 85, paragraphe 3, n'est pas remplie, l'exemption ne peut en tout état de cause être octroyée, de telle façon que le moyen invoqué par les requérantes ne suffirait pas à lui seul pour obtenir l'annulation de la décision pour ce motif.

C — Observation commune aux moyens 1 à 6 et 10

Dans son *mémoire en réplique, FEDETAB* fait valoir que les sept moyens susvisés constituent également une violation de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Toutes les autres requérantes, sauf Jubilé et Vander Elst, se rallient aux développements de FEDETAB à cet égard.

FEDETAB rappelle qu'aux termes de l'article 6 de la Convention quiconque a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement par un tribunal indépendant et impartial qui décidera des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil.

Elle invoque l'arrêt *König* du 31 mai 1978 de la Cour européenne des droits de l'homme (séries A n° 27, p. 30, paragraphe 90) à l'appui de sa thèse selon laquelle l'article 6 de la Convention s'applique aux procédures engagées par la Commission au titre des articles 85 et suivants du traité ainsi que du règlement n° 17/62. En effet, selon l'arrêt *König*, «pour savoir si une contestation porte sur la détermination d'un droit de caractère civil, seul compte le caractère du droit qui se trouve en cause». Il en résulterait que les droits limités par les articles 85 et suivants du traité et par le règlement d'application seraient des droits de caractère civil de sorte que l'article 6, paragraphe 1 de la Convention devrait être applicable en la matière.

Or, outre que la Commission ne serait certainement pas une juridiction indépendante et impartiale puisqu'elle serait à la fois partie poursuivante, juge et défenseur de sa propre décision, les sept moyens susvisés constitueraient tous une violation du droit à un procès équitable consacré à l'article 6 de la Convention.

La *Commission* rappelle, *dans son mémoire en duplique*, les déclarations de la Cour de justice au sujet des droits fondamentaux dans ses arrêts *Internationale Handelsgesellschaft* (Recueil 1970, p. 1125, atts. 3 et 4) et *Nold* (Recueil 1974, p. 491, att. 13).

Elle estime que la Cour pourrait saisir l'occasion pour déclarer que les institutions des Communautés sont obligées de respecter les droits protégés par la Convention dans le contexte du droit communautaire et qu'elle est compétente pour assurer le respect de cette obligation à l'occasion de l'application du droit communautaire à des cas d'espèce.

La Commission est d'avis que, étant donné l'interprétation que la Cour européenne des droits de l'homme a donnée aux termes «. . . des contestations sur les droits et obligations de caractère civil», il y a lieu de considérer que l'article 6, paragraphe 1 s'applique également aux droits découlant de l'application de l'article 85 du traité CEE. En effet, une telle application pourrait notamment aboutir à déclarer la nullité de plein droit des accords commerciaux conclus par les entreprises.

Toutefois, pour la Commission, il est moins évident qu'elle constitue un *tribunal* au sens de l'article 6, paragraphe 1, de la Convention, lorsqu'elle se saisit de ses pouvoirs d'appliquer les règles de concurrence du traité CEE. En particulier, elle souligne le caractère douteux de son indépendance de l'exécutif (un des critères de l'existence d'un «tribunal» dégagés par la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt

Ringeisen, séries A n° 13, p. 39, para 94), étant donné qu'elle est précisément investie du pouvoir exécutif communautaire.

Même à supposer qu'elle doive être considérée comme un «tribunal» au sens susvisé elle estime que les observations des requérantes doivent être rejetées pour la raison qu'elle n'a de toute façon pas commis d'infraction à cette disposition.

D — Moyens relatifs à l'article 85, paragraphe 1, du traité et communs à la plupart des requérantes

Remarques liminaires

Étant donné que tant les requérantes que la Commission invoquent au cours de leur argumentation un certain nombre de réglementations tant nationales que communautaires, portant sur les produits du secteur des tabacs manufacturés, il convient d'exposer les observations suivantes sur ces réglementations.

1. La réglementation fiscale belge

Les tabacs manufacturés, et notamment les cigarettes, sont soumis en Belgique à un régime d'accises caractérisé par l'application d'un droit d'accise «ad valorem» calculé sur le prix de vente au détail «TVA comprise» (ci-après en abrégé PVD).

Le PVD se compose, d'une part, des éléments représentant la «valeur tabac», à savoir:

— la part du fabricant ou de l'importateur, qui représente le prix de cession hors taxe au grossiste;

— la marge du grossiste (différence entre le prix d'achat du grossiste et le prix de vente de celui-ci au détaillant);

— la marge du détaillant (différence entre le prix d'achat du détaillant et le prix de vente au consommateur);

et, d'autre part, des éléments de la charge fiscale, à savoir:

— un droit d'accise *spécifique* qui s'élève à un montant déterminé en francs belges par pièce, ainsi qu'un droit d'accise spécial calculé de la même manière;

— un droit d'accise *proportionnel* qui s'élève à un pourcentage déterminé du PVD, ainsi qu'un droit d'accise spécial calculé de la même manière;

— un droit de TVA calculé sur la «valeur tabac» et sur l'accise, qui s'élève actuellement pour les cigarettes à 6 %.

L'État belge s'en tient à un système presque exclusivement *proportionnel* de droits d'accise (rapport 95 % d'accise proportionnelle; 5 % accise spécifique — le minimum permis par la directive 72/464/CEE du Conseil, du 19 décembre 1972, concernant les impôts autres que les taxes sur le chiffre d'affaires frappant la consommation des tabacs manufacturés; JO n° L 303 p. 12; voir sous 2 ci-dessous).

Le montant des éléments de la charge fiscale est normalement acquitté par le fabricant ou par l'importateur lors de l'achat, auprès de l'autorité fiscale, des bandelettes qui seront apposées sur les divers produits de tabac fabriqués ou importés et qui indiquent le PVD qui a été pris en considération pour le calcul des charges fiscales dues.

Le PVD est en principe déterminé librement par les fabricants et importateurs, mais dans le cadre du système belge de contrôle des prix maxima (voir sous 3 ci-dessous).

Toutefois, il y a lieu de noter que les revendeurs aux consommateurs sont tenus de respecter strictement les prix indiqués sur les bandelettes. Cette obligation a été imposée en premier lieu par l'article 58 du Code de la TVA, entré en vigueur le 1er janvier 1971, qui dispose notamment que le prix inscrit sur la bandelette fiscale «doit être le prix imposé de vente au consommateur».

Un arrêté ministériel du 9 avril 1974 a modifié dans le même sens le règlement annexé à l'arrêté ministériel du 22 janvier 1948, réglant la perception du droit d'accise sur les tabacs, si bien que ce texte prévoit lui aussi maintenant que les produits de tabac manufacturés doivent être vendus aux consommateurs aux prix indiqués sur les bandelettes.

Il résulte donc des dispositions susvisées que le PVD librement choisi par le fabricant ou par l'importateur devient automatiquement le prix imposé de vente au consommateur.

2. L'harmonisation fiscale communautaire

L'harmonisation communautaire des charges fiscales frappant les tabacs manufacturés est organisée par la directive 72/464 du Conseil, telle que modifiée par des directives du Conseil 74/318 (JO n° L 180, p. 30), 75/786 (JO n° L 330, p. 51), 76/911 (JO n° L 354, p. 33) et 77/805 (JO n° L 338, p. 22).

Dans le préambule de la directive 72/464, qui a entamé la mise en œuvre de cette harmonisation, le Conseil pose tout d'abord comme principe que la réalisation d'une union économique comportant une saine concurrence et ayant les caractéristiques analogues à celles d'un marché intérieur présupposerait, en ce qui concerne le secteur des tabacs manufacturés que l'application, au sein des États membres, des impôts frappant la consommation des produits de ce secteur, ne fausse pas les conditions de concurrence et n'entrave pas leur libre circulation dans la Communauté (voir premier considérant).

Constatant que «les impôts frappant actuellement la consommation des tabacs manufacturés ne répondent pas à ces exigences» (deuxième considérant), le Conseil précise notamment qu'il est dans l'intérêt du marché commun d'harmoniser les règles d'imposition frappant la consommation des tabacs manufacturés, en vue d'éliminer progressivement des régimes actuels les facteurs susceptibles d'entraver la libre circulation et de fausser les conditions de concurrence, tant sur le plan national que sur le plan intracommunautaire (troisième considérant), et qu'en ce qui concerne les accises dont l'harmonisation des structures doit notamment avoir pour effet que l'ouverture des marchés des États membres soit réalisée, il y a lieu, dans le cas des cigarettes, de combiner, pour l'imposition de ces produits, une accise proportionnelle avec une accise spécifique dont le montant est fixé par chaque État membre selon des critères communautaires (cinquième et sixième considérants).

Le Conseil considère enfin qu'il convient de procéder par étapes à l'harmonisation des structures des accises sur les tabacs manufacturés et que les impératifs de la concurrence impliquent un régime de prix formés librement pour tous les groupes de tabacs manufacturés (septième et huitième considérants).

C'est ainsi que la directive énonce à son article 1er le principe de l'harmonisation des structures des accises sur les tabacs manufacturés en plusieurs étapes, et à son article 4 un système d'accises comportant un élément proportionnel calculé sur le prix de vente maximum au détail et un élément spécifique calculé par unité de produit. Au cours de la première étape, c'est-à-dire jusqu'au 30 juin 1978, la partie spécifique devait être au minimum, en ce qui concerne les cigarettes, 5 % du montant cumulé de l'accise prélevée sur la cigarette de la classe de prix la plus demandée (article 8). Au cours de la deuxième étape, ce taux minimum n'est pas modifié, mais la taxe sur le chiffre d'affaires doit être incluse dans la base de calcul (paragraphe 2 de l'article 10 *ter*, inséré à la directive 72/464 par l'article 3 de la directive 77/805).

Il est à noter, toutefois, que l'article 10 (ultérieurement l'article 10 *ter*) de la directive 72/464 permet aux États membres de percevoir sur les cigarettes une accise minimum dont le montant ne peut être supérieur à 90 % du montant cumulé de l'accise proportionnelle et de l'accise spécifique qu'ils perçoivent sur les cigarettes de la classe de prix la plus demandée. Il est constant que l'État belge utilise cette possibilité jusqu'au maximum permis.

L'article 5, paragraphe 1, de la directive prévoit que les fabricants et importateurs déterminent librement les prix maxima de vente au détail de chacun de leurs produits, mais que cette disposition ne peut, toutefois, faire obstacle à l'application des législations nationales sur le contrôle des niveaux des prix ou le respect des prix imposés.

3. Mesures de contrôle des prix en Belgique

L'arrêté ministériel du 22 décembre 1971 prévoit, à son article 1er, paragraphe 1er «... les producteurs et importateurs sont tenus de faire connaître au ministère des affaires économiques ... au plus tard trois mois avant son application, toute hausse de prix qu'ils se proposent d'appliquer sur le marché belge à tous les produits, matières, denrées ou marchandises et à toutes les prestations». En vertu de l'article 4 du même arrêté, le délai de trois mois est interrompu si les autorités compétentes constatent que la déclaration de hausse ne contient pas tous les renseignements exigés. Dans ce cas, le délai d'attente commence à courir dès la réception des informations complémentaires. L'article 5 dispose enfin que le ministre des affaires économiques peut signifier à l'entreprise déclarante, avant l'expiration du délai d'attente, «que la hausse déclarée ne peut être appliquée totalement ou partiellement et ce pendant un délai maximum de 6 mois ...». A l'issue du délai fixé, l'entreprise qui a notifié une hausse de prix peut cependant appliquer la hausse telle que déclarée. Elle reste néanmoins tenue de notifier ses prix réellement pratiqués (l'article 5, paragraphe 2 de l'arrêté ministériel du 20 avril 1972, modifiant l'arrêté ministériel du 22 décembre 1971).

Onzième moyen: violation des articles 85, paragraphe 1, et 190 du traité, en ce que la Commission aurait estimé fondés tous les griefs à l'exception de celui concernant l'interdiction des ventes avec primes et aurait décidé que les mesures proposées par FEDETAB étaient interdites par l'article 85, paragraphe 1, alors que ces mesures ne constitueraient pas une restriction de la concurrence au sens de cette disposition.

Résumé des requêtes

Ce moyen a été invoqué entièrement ou partiellement par *toutes les requérantes*, sauf Vander Elst, qui, dans sa requête, n'invoque pas ce moyen de manière séparée. Toutefois, dans son mémoire en réplique, elle expose certains développements sous la rubrique du présent moyen.

1. Requête de FEDETAB

a) Exposé des faits

FEDETAB se plaint en premier lieu de ce que de nombreux faits auraient été, soit mal aperçus par la Commission, soit mal interprétés, soit encore non retenus alors qu'ils présenteraient une incidence certaine sur les éléments constitutifs de l'application de l'article 85, paragraphe 1. Ces erreurs de fait seraient énumérées à l'annexe 5 à la requête.

Toutefois, ce que FEDETAB tient pour plus grave seraient les lacunes profondes dans l'analyse des contraintes d'ordre sanitaire et fiscal pesant sur le marché du tabac et de la cigarette en particulier, qui en feraient un marché tout à fait spécifique, comparable à aucun autre. Ces lacunes seraient d'autant plus regrettables que l'attention de la Commission n'aurait cessé d'être attirée sur ces facteurs tant dans les mémoires en réponse aux communications des griefs que lors des auditions.

FEDETAB se voit, dès lors, contrainte de reprendre ces points précis.

aa) Influence des contraintes fiscales

FEDETAB critique surtout l'absence totale d'étude de l'influence sur la concurrence réelle ou potentielle d'un système d'accises *proportionnel* ou *ad valorem*. Elle décrit les contraintes et restrictions qui, selon elle, fausseraient la concurrence sur le marché des cigarettes et qui ne seraient imputables ni à elle ni à ses membres.

i) Pour des raisons historiques, l'accise serait toujours assise, soit sur le PVD, soit sur le nombre de cigarettes produites ou vendues. Dans le premier cas, cet impôt serait défini par un *taux* (impôt *proportionnel* ou *ad valorem*), dans le second cas par un nombre *invariable* d'unités monétaires (impôt *spécifique*). Ces deux impôts seraient fondamentalement différents dans leur conception et dans les effets qu'ils produiraient sur les prix et sur les conditions de concurrence. La Belgique pratiquerait le système de l'impôt proportionnel.

ii) L'harmonisation fiscale communautaire trouverait son point de départ dans cette divergence fondamentale. Dans le cadre de cette harmonisation, la Belgique remplirait l'obligation minimale.

iii) Dans un système d'accises proportionnelles, chaque variation du prix de revient ou d'une de ses composantes produirait sur le prix de vente qui en résulte un effet *amplifié*. Pour l'industrie et le commerce, cela signifierait qu'une variation du prix «ex usine» ou de la marge de distribution produit sur le prix PVD un effet amplifié et directement proportionnel au multiplicateur.

A l'appui de cette thèse, FEDETAB expose deux exemples chiffrés de l'effet sur le PVD d'une même augmentation du «reste au fabricant» selon que le système soit purement proportionnel ou spécifique. Les données de ces exemples seraient empruntées à la situation qui se présentait en Belgique en mai 1975. Le PVD de la cigarette de la classe la plus

vendue était alors exactement 1 BFR la pièce ou de 1 000 les mille. Dans le premier exemple, l'accise serait 61,5 % du PVD; dans le second, elle serait de 615 BFR les mille cigarettes. Dans le premier exemple, l'augmentation du reste au fabricant ou du prix «ex usine» de 5 BFR se serait traduite par une hausse du PVD de 22 BFR. Dans le second, cette augmentation de 5 BFR se traduirait par une hausse de prix de 6 BFR seulement au niveau du consommateur.

La comparaison de ces deux exemples mettrait en évidence les distorsions produites par l'accise proportionnelle. Le multiplicateur serait la valeur du rapport entre le PVD (pris comme unité) et la part totale des composantes non proportionnelles de ce prix. Plus la part de ces composantes serait petite, plus le multiplicateur serait grand. Le multiplicateur s'accroîtrait donc en fonction des éléments proportionnels; plus leur *taux* s'élèverait, plus le *multiplicateur* augmenterait.

iv) Au cours de la première étape d'harmonisation, allant du 1er janvier 1973 au 30 juin 1978, période au cours de laquelle se situeraient également les restrictions de concurrence mises en cause, le multiplicateur serait passé de 3,46 à 4,70, de sorte que la situation belge aurait évolué dans un sens opposé aux buts poursuivis par l'harmonisation.

v) Le fabricant, redevable de l'accise proportionnelle dont l'*assiette* serait le PVD, *toutes taxes comprises,* serait amené à devoir prédéterminer tous les éléments du PVD: «reste» au fabricant, marge de distribution et montant des différents impôts, car ce serait sur le total de tous ces éléments que l'État réclamera l'accise. Cet impératif serait propre au tabac.

vi) Un fabricant qui augmente son «reste» créerait entre ses concurrents et lui un écart de prix de vente directement proportionnel au multiplicateur et sans commune mesure avec les écarts entre prix «ex usine» ou «reste» au fabricant. Cette circonstance créerait des conditions de concurrence artificielles et amènerait les fabricants à comprimer leurs prix de revient à un point tel qu'il ne serait plus possible d'imputer sur le «reste» au fabricant une ristourne supplémentaire à la distribution.

Le «reste» au fabricant serait contrôlé d'ailleurs par la Commission belge des prix (en 1977 il n'aurait représenté que 18,21 %). Ces circonstances mettraient les fabricants belges dans une situation concurrentielle *uniforme* sans que les accords, mesures ou la recommandation y fassent quelque chose. Ces mesures auraient pour objet le *maintien d'un réseau de distribution fonctionnel.*

vii) Il découlerait de la logique du système que, si un fabricant entend faire concurrence à un autre fabricant et baisser son PVD ceci entraînerait *nécessairement* une baisse de la marge bénéficiaire accordée aux distributeurs de ses produits. S'il veut octroyer une marge bénéficiaire plus grande, ceci entraînerait *nécessairement* une hausse importante du prix final, avec le risque de mévente.

viii) La législation belge sur le contrôle des prix restreindrait les possibilités de

concurrence horizontale sur les marges de distribution maximales. En effet, le ministère belge des affaires économiques fixerait une marge maximum à observer à chaque niveau de la distribution. Dans la communication des griefs du 17 mai 1975, la Commission se serait d'ailleurs exprimée clairement à ce sujet.

Cette fixation de marges maxima ne serait pas imposée à chaque fabricant pris individuellement, mais vaudrait pour l'ensemble du secteur «cigarettes». Le caractère collectif des marges de distribution ne trouverait donc pas son origine et sa cause dans la mesure incriminée mais bien dans la législation.

ix) Se basant notamment sur les considérations précédentes, FEDETAB fait valoir, en conclusion, que l'accise proportionnelle belge, assise sur le PVD, et la législation belge sur le contrôle des prix, fausseraient les conditions de concurrence par le fait:

— qu'une variation d'un des éléments de prix de revient produirait sur le PVD une variation amplifiée par le multiplicateur;

— qu'elles obligeraient les fabricants à prédéterminer le PVD et les marges de distribution;

— qu'elles imposeraient collectivement des marges maximales à chaque stade de la distribution, ainsi que le confirmerait une lettre du service des prix adressée à FEDETAB (annexe 6 à la requête);

— qu'elles garantiraient les recettes de l'État par la fixation d'un droit d'accise minimum, renforcé par la fixation d'une bandelette-plancher qui établirait d'office un minimum de prix de vente à un niveau déterminé.

bb) Influence de la santé publique

La Commission n'aurait pas pris en considération les restrictions que la sauvegarde de la santé imposerait à la commercialisation des produits du tabac. Or, cet élément — et plus précisément l'obligation de munir les paquets de cigarettes d'inscriptions contenant une mise en garde contre les dangers du tabac (loi belge du 3 avril 1975) et la réglementation de la publicité en faveur des cigarettes — aurait été indiqué à la Commission.

cc) Structure et rôle de FEDETAB

FEDETAB souligne qu'elle groupe exclusivement des fabricants de tabac. Toutefois, certains membres de FEDETAB seraient affiliés, en tant qu'importateurs de tabacs manufacturés, à la Fédération des importateurs. FEDETAB n'aurait jamais entrepris la moindre initiative qui aurait pu gêner l'importation ou les importateurs.

La structure de FEDETAB comprendrait essentiellement trois sections: cigarettes, cigares et cigarillos, tabacs à fumer, à mâcher et à priser. Dans chaque section seraient représentées *en nombre* égal, grandes, moyennes et petites entreprises.

FEDETAB dotée de la *personnalité juridique*, du fait de sa forme d'association sans but lucratif, serait une association professionnelle, jouissant d'une *autonomie de gestion* qui la distinguerait parfaitement de ses membres.

Elle serait l'interlocuteur reconnu de l'industrie des produits du tabac en Belgique.

dd) Les accords incriminés

i) Période antérieure au 1er décembre 1975

— L'octroi par FEDETAB de son agrément aux grossistes et aux détaillants, le classement de ceux-ci en catégories et l'attribution à ces derniers de marges fixes différentes

FEDETAB aurait procédé à la répartition des grossistes en huit catégories, s'inspirant de celles du Comité belge de la distribution. Cette répartition devait permettre d'attribuer à chaque bénéficiaire des conditions de gros la rémunération conforme à sa fonction et à éviter toute discrimination. Toutefois, les grandes surfaces auraient contraint les fabricants à leur accorder des conditions identiques à celles des grossistes spécialisés, ceux-ci étant les seuls qui mériteraient une rémunération particulière.

Les grossistes spécialisés ayant exigé des mesures de sauvegarde, FEDETAB aurait élaboré le 21 décembre 1970 le document «Politique de la distribution à partir du 1er janvier 1971». Ce document aurait rendu l'accès aux conditions maxima de gros (les seules qui existeraient encore) plus difficile à de nouveaux candidats de certaines catégories, particulièrement les grossistes spécialisés en alimentation. Il aurait constitué un instrument de travail non contraignant. Il ferait l'objet du grief repris aux points 40 à 44 de la décision attaquée.

— La convention FEDETAB-FNCG (respect des prix de revente imposés par les producteurs) des 22 mai 1967 et 5 octobre 1967 et son avenant du 29 décembre 1970, ainsi que les conventions et recommandations annexes

FEDETAB affirme que cette convention — dirigée contre le bradage au niveau du détail, pratiqué par les grossistes exploitant des magasins de détail — aurait été renouvelée en 1972. Toutefois, ce renouvellement n'aurait pas été appliqué. L'article 58 du Code de la TVA aurait mis fin depuis 1971 au bradage au niveau du détail.

L'accord-type soumis le 22 mai 1967 aux «petits diffuseurs» n'aurait jamais été appliqué et serait devenu caduc par la décision de FEDETAB de janvier 1968.

L'avenant interprétatif du 5 octobre 1967 n'aurait jamais eu de suite pratique. Aucune sanction n'aurait non plus jamais été prise.

FEDETAB souligne que les deux lettres du 26 octobre 1967 et du 8 mai 1970 émanaient de la FNCG, qui aurait notamment précisé à ses membres qu'ils ne pouvaient appliquer aux autres détaillants un prix de vente inférieur à celui prévu par leur fournisseur et qu'ils ne devaient accorder les conditions réservées aux «détaillants agréés» qu'aux détaillants officiellement reconnus par FEDETAB. La sanction du non-respect de ces règles était, pour les grossistes, la perte du bénéfice des conditions de gros.

Plusieurs grossistes auraient néanmoins continué d'accorder des conditions de détaillants agréés à des détaillants non repris sur les listes de FEDETAB. Aucun grossiste n'aurait jamais perdu ses conditions de gros.

L'avenant interprétatif du 29 décembre 1970 et signé par FEDETAB et la FNCG aurait été communiqué le 26 janvier 1971 à la direction des ententes et des positions dominantes, sans susciter la moindre réaction.

— Les conventions et recommandations concernant l'interdiction de revente à d'autres grossistes

La recommandation envoyée le 22 mars 1972 par le FNCG à ses membres n'aurait eu rien à voir avec FEDETAB et n'aurait eu d'ailleurs aucune suite.

FEDETAB admet qu'elle a invité, le 30 juin 1972, les grossistes à signer un accord-type aux termes duquel ils s'engageraient à ne pas revendre de produits manufacturés du tabac à certains grossistes et détaillants (à savoir ceux visés au n° 46 de la décision). Si le non-respect de ces engagements pouvait être sanctionné par la perte des conditions de gros, les accords n'étaient cependant pas appliqués et auraient pris fin en 1973.

— Les mesures collectives prises le 23 décembre 1971 par les membres de FEDETAB en matière de délais de paiement

FEDETAB affirme que, suite à une demande de GB de porter les délais de crédit à 90 jours fin de mois, les membres de FEDETAB auraient informé les grossistes et les autres bénéficiaires des conditions de gros qu'ils avaient décidé de mettre un terme aux longs crédits et que ceux-ci seraient désormais ramenés à un maximum de 15 jours. Il s'agissait d'une action de légitime défense aux pratiques, inspirées de celles des grandes surfaces, des grossistes de s'accorder des longs délais de crédit. En effet, l'octroi d'un mois de crédit conduirait à une augmentation d'un franc du paquet de cigarettes populaires, vendu à l'époque à 32 BFR.

— Les accords et mesures collectives pris par les membres de FEDETAB pour assurer le respect de l'obligation des détaillants d'offrir un assortiment minimum

Ces accords et mesures auraient trouvé leur origine dans le boycottage opéré par GB et d'autres, à titre de représailles contre le refus de l'allongement de crédit, des produits de Weltab et Jubilé. Là encore, il s'agissait d'une action de légitime défense.

ii) La recommandation FEDETAB du 1er décembre 1975

FEDETAB souligne qu'il ne s'agirait pas, comme dans le passé, d'accords verticaux mais d'une *recommandation* adressée uniquement aux fabricants, donc sur un plan *horizontal*. Dans la mesure où plusieurs fabricants auraient adhéré à la recommandation, celle-ci ne constituerait toujours qu'un *accord horizontal*.

Dans l'intérêt d'une distribution saine, la recommandation ferait varier, suivant des critères objectifs, le montant des remises maxima à accorder aux clients en fonction des services rendus. Aucune conduite uniforme ne serait imposée aux producteurs qui conserveraient une parfaite liberté d'action.

L'établissement des listes des détaillants se ferait sur la base de critères objectifs.

Les dispositions relatives au paiement comptant procéderaient du même esprit. Tout prolongement des délais de paiement risquerait en effet d'avoir une répercussion inévitable sur les prix au détriment du consommateur, en raison notamment de l'effet multiplicateur du système fiscal belge pour les cigarettes.

Tant dans le choix de la clientèle que dans l'octroi de crédit, les fabricants qui auraient reconnu le bien-fondé de la recommandation l'appliqueraient avec souplesse, en fonction de leur situation propre.

b) Argument juridique de FEDETAB

FEDETAB rappelle que dans sa réponse à la première communication des griefs, elle avait fait valoir que le maintien d'une concurrence loyale *et* ordonnée est une condition essentielle d'une politique de concurrence efficace. Appliquant ce principe, reconnu d'ailleurs par la Cour dans son arrêt du 25 octobre 1977 (affaire 26/76, *Metro/Commission*, Recueil 1977, p. 1875), au cas concret, la Commission n'aurait pas pris en considération le fait que les accords incriminés ne tombaient pas sous l'interdiction de l'article 85, paragraphe 1, en raison de leur influence bénéfique sur la structure du marché.

La Commission n'aurait vu dans la recommandation — y compris dans sa partie visant à une répartition des grossistes et détaillants suivant trois critères objectifs — qu'une infraction à l'article 85, paragraphe 1. Elle n'aurait pas eu égard notamment au fait, plusieurs fois affirmé par la requérante tant dans ses mémoires que lors des auditions, que ce serait faire oeuvre de discrimination d'accorder aux grandes surfaces ou à des grossistes non spécialisés la même rémunération qu'aux grossistes spécialisés alors qu'ils ne rempliraient pas les mêmes fonctions économiques.

D'autre part, FEDETAB aurait attiré l'attention de la Commission sur les aspects *sociaux* de cette affaire. La réponse de la Commission (n° 123 de la décision) serait incompatible avec une saine interprétation de l'article 85, paragraphe 1 telle qu'elle aurait été donnée par la Cour dans l'arrêt *Metro*:

«. . . la préoccupation, s'agissant de grossistes et détaillants spécialisés, de maintenir un certain niveau de prix correspondant à celle du maintien, dans l'intérêt du consommateur, de la possibilité pour ce canal de distribution de subsister à côté de formes de distribution nouvelles axées sur une politique concurrentielle de nature différente, rentre dans le cadre des objectifs qui peuvent être poursuivis sans tomber nécessairement sous l'interdiction de l'article 85, paragraphe 1, et, si tel était en tout ou en partie le cas, dans le cadre de l'article 85, paragraphe 3» (Recueil 1977, p. 1906).

2. *HvL* fait siens les développements de FEDETAB à l'encontre de la conception de la Commission quant à l'applicabilité de l'article 85, paragraphe 1 aux mesures prises avant la date de la recommandation.

Quant à la période postérieure à cette date, HvL affirme avoir adhéré à la recommandation à laquelle l'article 85, paragraphe 1 ne serait pas applicable, notamment parce que, dans l'Union économique belgo-luxembourgeoise, les

mesures de la recommandation auraient pour but de promouvoir une saine émulation entre les fabricants de nature à éviter une désorganisation du marché, qui entraînerait la suppression d'une multiplicité de points de vente. Au niveau de la CEE, il n'existerait, compte tenu notamment des monopoles italiens et français, aucun marché commun en matière des tabacs manufacturés.

Dans l'affaire 82/77 (*Van Tiggele*, Recueil 1978, p. 25) la Commission se serait exprimée en faveur des marges bénéficiaires minimales. Son raisonnement s'appliquerait, a fortiori, au marché des cigarettes manufacturées en Belgique.

3. Les *requérantes, Gosset, Weltab et Cinta* font leur l'exposé des faits de FEDETAB et se rallient à l'argumentation juridique de celle-ci en ce qui concerne le présent moyen.

Toutefois, *Gosset* se livre, en outre, en ce qui concerne la recommandation, à une analyse détaillée de la classification des grossistes et détaillants en catégories.

Sur le plan du droit, elle fait valoir que dans l'affaire *Metro* tant la Commission que la Cour auraient admis le bien-fondé d'une séparation des fonctions dans la distribution des produits et sa conformité avec un système de concurrence saine.

Quant aux mesures en matière de délais de paiement, celles-ci constitueraient une réaction aux tentatives des grandes surfaces d'obtenir des avantages exorbitants. Une mesure destinée à prévenir un abus de puissance économique ne pourrait être contraire au traité alors que l'exigence d'une concurrence non faussée et loyale serait un des objectifs fondamentaux de celui-ci.

4. Se plaignant de ce que, pour la Commission, la restriction de concurrence résiderait *dans le principe* lui-même du classement, *Jubilé* fait valoir qu'en tout état de cause, la Commission n'aurait en aucune manière tenu compte du fait que la recommandation prendrait pour base de nouveaux critères de classification, lesquels se proposaient précisément de déterminer plus objectivement les prestations que les intermédiaires doivent fournir aux fabricants. Une application aussi schématique de l'article 85 contreviendrait au principe établi par la Cour dans son arrêt *Metro* (Recueil 1977, p. 1905, att. 20).

En ce qui concerne les délais de paiement, ce serait à tort que la Commission considérerait que les délais de paiement seraient fixés uniformément et collectivement. La recommandation n'aurait pas de caractère obligatoire. De plus, la Commission négligerait le fait qu'à tout le moins la requérante, précisément en matière de délais de paiement, aurait expressément limité son approbation en manifestant son intention de s'en tenir au principe du paiement au comptant «à titre autonome indépendamment de ladite recommandation» (requête, annexe 6).

Résumé du mémoire en défense

a) Remarques liminaires

La *Commission* consacre quelques *considérations introductives* aux réglementations, tant nationales que communautaires, invoquées par les requérantes.

aa) La réglementation fiscale belge et l'effet multiplicateur

La Commission admet que lorsqu'un des éléments économiques composant «la valeur tabac» se modifie, la partie proportionnelle de la charge fiscale se modifie également. Elle ajoute qu'en raison du fait qu'en Belgique la majeure

partie de la charge fiscale comprendrait des éléments proportionnels et que les taux de ces éléments seraient relativement élevés, une modification de la part du fabricant (ou des marges du négoce) aurait pour conséquence une modification plus que proportionnelle de la charge fiscale et par conséquent du PVD. Ce serait ce que les requérantes appelleraient «l'effet multiplicateur».

Il faudrait remarquer cependant que cet effet multiplicateur fonctionnerait tant pour une modification à la hausse que pour une modification à la baisse de la part du fabricant (ou des marges du négoce).

L'effet multiplicateur aurait ainsi pour conséquence d'amplifier les effets des fluctuations de la part du fabricant (ou des marges du négoce) sur l'évolution du PVD. Il n'aurait cependant en aucune manière pour effet de «fixer» ces éléments économiques à un niveau déterminé ou d'empêcher leurs fluctuations, soit dans le sens d'une augmentation de ces éléments, soit dans le sens d'une compression de ceux-ci.

Les possibilités de concurrence, que l'effet multiplicateur n'exclurait d'aucune manière, pourraient avoir au moins deux conséquences, à savoir:

i) de laisser l'effort concurrentiel déterminer — pour un PVD donné — comment les fabricants (et importateurs) et les négociants se répartissent la somme des éléments économiques représentant la «valeur tabac» du PVD, c'est-à-dire quelle sera l'importance de la part du fabricant par rapport aux marges des négociants;

ii) de permettre qu'une compression éventuelle de la part du fabricant (ou des marges du négoce) puisse se répercuter dans le choix d'un nouveau PVD, notamment par le choix d'un PVD à un niveau inférieur à celui choisi par le passé.

En outre, cette réglementation fiscale belge n'exclurait pas la possibilité pour les fabricants importateurs et négociants de se faire concurrence au niveau des prix (ou marges) de produits de marques différentes. Elle aurait également pour effet de laisser tous les opérateurs économiques libres de se concurrencer pour tous les produits du tabac manufacturé au niveau des services et autres avantages concurrentiels qu'ils fournissent à leurs clients.

Par rapport à cet état de choses, l'article 58 du code de la TVA belge, entré en vigueur le 1er janvier 1971, aurait pour effet d'interdire la vente des produits au consommateur à un prix inférieur au PVD figurant sur la bandelette. Ce serait de cette interdiction et du fait que ce seraient les fabricants et importateurs qui seraient normalement redevables de la charge fiscale que découlerait la difficulté pour les *négociants* de répercuter sur le PVD, de manière directe et de leur propre initiative, une compression de leur marge, consécutive à leur effort concurrentiel. Toutefois, rien dans cette réglementation n'empêcherait qu'une telle répercussion représentant l'effort concurrentiel des négociants puisse se produire de manière *indirecte* par le choix d'un nouveau PVD. De plus, le *fabricant* (ou l'importateur) ne serait pas confronté à la même situation.

Par contre, lors du choix du nouveau PVD, l'effet multiplicateur permettrait au fabricant (et importateur) d'accentuer son effort concurrentiel (ou celui des négociants), car par une compression d'une unité monétaire due à cet effort concurrentiel il obtiendra une compression plus que proportionnelle du PVD. Dans ce cas, l'effet multiplicateur non seulement ne freinerait pas les efforts concurrentiels des fabricants et importateurs (ou négociants) mais les amplifierait bien au contraire et favoriserait les entreprises compétitives.

Il serait dès lors inexact de prétendre, ainsi que le ferait notamment FEDETAB, que la réglementation obligerait les fabricants et les importateurs à prédéterminer les PVD . . . «et les marges de distribution».

bb) L'harmonisation communautaire

La Commission fait valoir que l'harmonisation fiscale communautaire organisée par les directives du Conseil 72/464 et suivantes maintient la liberté de formation des PVD et n'exclurait pas la concurrence que les fabricants et importateurs (ou négociants) pourraient se faire à propos de la part des fabricants (ou des marges) composant le PVD.

En ce qui concerne l'utilisation par l'État belge de la possibilité prévue par l'article 10 (ultérieurement 10 *ter*) de la directive 72/464 permettant aux États membres de percevoir sur les cigarettes une accise minimum, la Commission soutient que cette limite minimale ne concernerait qu'un élément composant le PVD, à savoir l'accise, et ne restreindrait d'aucune manière les fluctuations économiques de la PVD, à savoir la part du fabricant et les marges du négoce.

cc) Réglementation belge portant obligation de notification des hausses de prix

La Commission fait valoir que cette réglementation n'exclut pas le jeu de la concurrence et ne limite même pas ce jeu. Elle ne pourrait donc être invoquée, soit pour justifier les mesures des requérantes, soit pour démontrer que leurs mesures n'auraient pas pu avoir des effets sensibles en raison de l'existence de cette réglementation. Ce serait ce que FEDETAB elle-même aurait indiqué à propos du marché belge (p. 48 de sa note du 14 octobre 1974 à la Commission à la suite de la plainte de GB).

dd) Les mesures belges concernant la santé publique

La Commission estime que ces mesures ne seraient pas de nature à exclure ou à limiter de façon essentielle les possibilités de concurrence des fabricants et importateurs (ou négociants) du secteur du tabac manufacturé.

b) Restriction de la concurrence

Dans sa réponse à ce moyen, la Commission distingue entre les mesures antérieures au 1er décembre 1975 et la recommandation.

aa) Les mesures antérieures au 1er décembre 1975, à savoir:

i) L'octroi par FEDETAB de son agrément aux grossistes et aux détaillants, le classement de ceux-ci en diverses catégories et l'attribution à ces dernières de marges différentes (décision nos 19 à 27 et 81);

ii) La convention des 22 mai 1967 et 5 octobre 1967 entre FEDETAB et la FNCG en matière de respect des prix de revente au détail imposés par les producteurs, et son avenant du 29 décembre 1970 (décision nos 28 à 38 et 82 à 83);

iii) La limitation par FEDETAB de l'accès à certaines catégories de grossistes (décision nos 40 à 44 et 84);

iv) Les mesures collectives et l'avenant interprétatif du 22 mars 1972 en matière d'interdiction de revente à

d'autres grossistes (décision nos 45 à 50 et 85);

v) Les mesures collectives prises le 23 décembre 1971 par les membres de FEDETAB en matière de délais de paiement (décision nos 51, 52 et 86);

vi) Les accords et mesures collectifs pris par les membres de FEDETAB pour assurer le respect de l'obligation imposée aux détaillants d'offrir un assortiment minimal (décision nos 53 à 57 et 87);

ad i) Selon la Commission, FEDETAB aurait admis non seulement avoir fixé de manière uniforme et sans justification objective les marges des grossistes autres que les grossistes spécialisés. FEDETAB aurait cependant également éliminé les possibilités pour des grossistes appartenant à une même catégorie de bénéficier d'une rémunération différente par le jeu de la concurrence (voir décision, n° 81) et aurait supprimé toute incitation à la concurrence que les requérantes pourraient se faire entre *elles* concernant le niveau des marges à accorder aux négociants.

ad ii) FEDETAB aurait fait seulement remarquer qu'elle aurait pris ces mesures dans le seul but d'interdire le «bradage». Or, selon la Commission, ces mesures avaient un objet et des effets beaucoup plus larges. En effet, *pour la période antérieure au 1er janvier 1971*, elles auraient eu notamment pour effet d'imposer le respect total des PVD et des marges aux grossistes et aux détaillants déterminés par les requérantes. De plus, l'intérêt du *renouvellement* de ces mesures en 1972, après que l'article 58 du code TVA fut entré en vigueur au 1er janvier 1971, résiderait dans le fait que ce système de respect collectif des prix imposés s'accompagnait d'un engagement spécifique des requérantes de refuser de procéder à l'étiquetage de leurs produits à prix réduit, comme certains grossistes le leur demandaient (voir refus opposé à la demande de GB).

ad iii) Cette mesure aurait introduit un effet restrictif supplémentaire et discriminatoire dans le système, ce dont M + H se seraient notamment plaints.

ad iv) La lettre du 22 mars 1972 émanant de la FNCG se référerait à l'avenant interprétatif conclu le 29 décembre 1970 par la FNCG et FEDETAB. La mesure du 22 mars 1972, qui appuyerait et compléterait celle du 29 décembre 1970, à laquelle FEDETAB participa, et qui fut ensuite rendue obligatoire pour les grossistes par l'initiative de FEDETAB du 30 juin 1972, pourrait donc être considérée comme faisant partie de l'ensemble du système mis en oeuvre par FEDETAB et les autres requérantes.

ad v) FEDETAB aurait qualifié cette mesure d'une «... réaction de légitime défense. Tout retard de réaction aurait provoqué un effondrement du marché». FEDETAB aurait donc indirectement reconnu que l'octroi de délais de paiement serait un moyen important de concurrence entre les différentes entreprises opérant sur le marché. Or, ce

serait exactement ce que la Commission aurait considéré au n° 86 de la décision.

ad vi) La Commission fait observer qu'ici également FEDETAB reconnaîtrait les faits et se limiterait à tenter de les justifier par une situation de légitime défense. La position prise par FEDETAB à ce propos impliquerait que GB ou une autre entreprise de grande surface ne serait pas libre de choisir les produits qu'elle désire vendre, et notamment de ne vendre que les produits d'un certain nombre de fabricants, ou d'un certain nombre de marques ou de présentations seulement et par conséquent de risquer de réintroduire la concurrence *entre fabricants.*

bb) La recommandation du 1er décembre 1975

La Commission conteste l'argument tiré par plusieurs requérantes, et notamment par FEDETAB, de l'arrêt *Metro* (en particulier des attendus 20 à 22) à l'appui de la conclusion que «... les accords incriminés ne tombaient pas sous l'interdiction de l'article 85, paragraphe 1 en raison de leur influence bénéfique sur la structure du marché». FEDETAB y ajouterait que le maintien d'une concurrence loyale et ordonnée serait une condition essentielle d'une politique de concurrence efficace.

Or, selon la Commission, le raisonnement de la Cour dans les attendus invoqués présupposerait l'existence d'une concurrence efficace entre plusieurs fabricants (ou importateurs) concurrents, qui dans une telle situation se feraient également concurrence par l'adoption d'un système de distribution sélective *individuel* (voir également attendu 22).

L'affaire *Metro* se distinguerait dès lors fondamentalement de la présente affaire en ce que dans cette dernière les quasi-totalités des fabricants (et importateurs) concurrents se concerteraient pour ériger et appliquer un système de distribution collectif, c'est-à-dire impliquant qu'ils ne se feraient pas concurrence réciproquement par un tel système, alors que dans l'affaire *Metro* il s'agirait pour un seul fabricant d'adapter, face à la concurrence des autres fabricants, un système de distribution susceptible de renforcer la concurrence qu'il menait vis-à-vis de ses concurrents et sans qu'il fût établi que ces autres fabricants appliqueraient un même système de distribution.

Rien dans la décision de la Commission n'empêcherait certains fabricants d'accorder individuellement des marges plus élevées à certains grossistes spécialisés en fonction des services rendus, si ceux-ci sont plus nombreux ou meilleurs que ceux des autres grossistes. Ce que la décision interdirait, par contre, ce serait que les fabricants concurrents *se concertent* sur l'importance des avantages à accorder à ces grossistes spécialisés (ou à d'autres) et empêchent les forces du marché d'en déterminer l'importance, notamment en fonction des services que ces grossistes pourraient rendre individuellement. Une telle liberté impliquerait que les grossistes puissent faire jouer la concurrence entre les fabricants (et importateurs), ce que les requérantes refuseraient obstinément d'envisager! S'il est exact que la Cour a considéré à l'at-

tendu 29 de l'arrêt *Metro* qu'en estimant que la séparation des fonctions de grossiste et de détaillant serait en principe conforme à l'exigence d'une concurrence non faussée, la Commission n'aurait pas violé l'article 85 paragraphe 1 du traité, cette considération ne saurait cependant dans le cas d'espèce faire sortir du champ de l'article 85, paragraphe 1 la concertation entre fabricants concurrents concernant les avantages à accorder aux grossistes et détaillants, qui ne concernerait *pas* la séparation des fonctions de ces intermédiaires.

En ce qui concerne le *classement des intermédiaires,* contrairement à ce qu'affirmerait notamment *Jubilé,* la Commission aurait pris en considération (décision, n° 97) les nouveaux critères de classement établis par la recommandation, et n'aurait pas dit que le classement des intermédiaires constitue en soi une violation de l'article 85, paragraphe 1.

Concernant le critère de *l'assortiment obligatoire,* la Commission fait remarquer que les fabricants substitueraient leur choix du nombre de présentations et de marques de cigarettes (que les grossistes devraient vendre pour pouvoir bénéficier des marges afférentes à chaque catégorie) à la libre détermination individuelle de ce nombre par chaque négociant en fonction de ses intérêts propres. La sanction de la non-observation du nombre minimum de 90 présentations (sur 220 actuellement commercialisées en Belgique) serait la perte immédiate du supplément de marge octroyé sous cette condition par les requérantes.

Concernant la *ristourne de fin d'année,* le but de la recommandation consisterait à faire appliquer par toutes les requérantes un barème unique de ristournes. Même ici, les requérantes ne désireraient prendre le risque de voir la concurrence s'installer parmi elles.

Concernant les *délais de paiement,* l'existence des possibilités de concurrence entre les requérantes au sujet de ces délais serait prouvée par le fait même que ces délais variaient entre eux avant l'adoption de la recommandation (voir tableau présenté par FEDETAB à la page 60 de sa lettre du 22 septembre 1975).

Pour *tous ces avantages* (marges, ristournes, délais de paiement) que les fabricants (et importateurs) peuvent accorder aux négociants, les requérantes auraient donc substitué sciemment entre elles la coopération relative aux mesures contenues dans la recommandation aux risques de la concurrence. Or, la fixation de ces composants du prix de cession des produits par les fabricants aux négociants, même si elle serait simplement indicative, affecterait le jeu de la concurrence par le fait qu'elle permettrait à toutes les requérantes de prévoir avec un degré raisonnable de certitude quelle sera la politique poursuivie par leurs concurrents au sujet des avantages à accorder aux négociants.

La Commission conclut dès lors que c'est à juste titre que sa décision a considéré que:

1) les mesures antérieures au 1er décembre 1975 ont eu pour objet et pour effet de restreindre le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun tant entre les fabricants qu'entre les grossistes,

2) la recommandation a pour objet et pour effet de restreindre le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun entre les fabricants, et subsidiairement entre les grossistes;

— sa décision a été correctement et suffisamment motivée sur ce point;

— ce moyen doit donc être rejeté.

Résumé des répliques

1. Réplique de FEDETAB

a) A titre d'observation introductive à ses arguments relatifs au présent moyen et au moyen suivant, *FEDETAB* fait notamment valoir que la Commission méconnaîtrait la réalité de l'influence de la *réglementation belge sur la hausse des prix* dans la pratique administrative et dans la situation économique des producteurs de cigarettes.

Le secteur des tabacs manufacturés serait le seul où, dans le cadre de cette réglementation, le ministre des finances interviendrait régulièrement et en ordre principal. Si l'administration négociait avec chaque producteur, importateur ou négociant, chaque marque de cigarette, il ne serait pas possible au ministre d'estimer avec la précision requise les répercussions budgétaires de toute modification des prix de détail et ainsi des accises. C'est ainsi que les négociations seraient menées avec les représentants des différents opérateurs, même si le texte formel de la réglementation laissait, en théorie, des possibilités individuelles de hausses de prix.

De plus, les opérateurs n'auraient pas de marges disponibles qui leur permettraient de poursuivre une autre politique de prix et de frais que celle soumise à l'administration compétente et scrupuleusement étudiée par celle-ci avant d'accorder une hausse de prix. Il s'y ajouterait l'effet du multiplicateur dans le jeu de concurrence.

Les observations de la Commission au sujet de cette réglementation seraient dès lors en dehors de la réalité et des problèmes qui se poseraient pour les opérateurs dans ce marché très particulier.

b) FEDETAB conteste l'affirmation de la Commission selon laquelle le présent moyen, et l'argumentation par laquelle il est étayé, ne trouvent aucun appui dans l'arrêt *Metro*.

Elle cite les considérants 20 et 21 dudit arrêt à l'appui de sa thèse selon laquelle, compte tenu de la structure et données du marché en cause, l'organisation de la distribution des cigarettes résultant des mesures qu'elle a proposées, tendant à la séparation des fonctions de grossiste et de détaillant et à l'octroi d'un petit bénéfice aux grossistes et aux détaillants spécialisés en vue de les maintenir en vie, ne constituerait pas une restriction de concurrence au sens de l'article 85, paragraphe 1.

En ce qui concerne les aspects sociaux des présentes affaires, FEDETAB se réfère expressément aux considérations développées par les parties intervenantes ATAB et AGROTAB, qui seraient bien placées pour considérer la menace que la décision de la Commission ferait peser sur la vie économique de leurs membres si la décision attaquée devait être maintenue.

2. Les requérantes *Gosset*, *Bat*, *Cinta* et *Weltab* font leurs les développements contenus dans la réplique de FEDETAB, auxquels *HvL*, d'une façon générale, se rallie également.

3. *Jubilé* rappelle le grand nombre de mesures étatiques résultant en Belgique de la très haute proportionnalité de l'accise belge sur le tabac, la fixation de prix *maximum* au détail, l'imposition d'une accise *minimale,* le système étatique de prix *fixes* et finalement la pratique du *contrôle* des prix.

L'interaction de ces diverses interventions de l'État donnerait lieu à des situations qui devraient être également réglées par l'État mais ne le seraient pas. Si les intéressés y portent remède au moyen d'une coopération sciemment consentie, il n'y aurait *pas* là, de l'avis de la requérante, restriction de la concurrence au sens de l'article 85, paragraphe 1, car cette coopération se substituerait aux risques de la concurrence faussés par l'État.

La requérante déclare fonder sa thèse sur le *système de valeur du traité,* basé sur un régime de concurrence non faussée à l'intérieur du marché commun. A son avis, des mesures de caractère privé, même si elles ont le caractère général de restrictions de la concurrence, n'en sont pas, dès lors qu'elles se pratiquent dans un environnement de conditions de marché faussées par l'État et d'une concurrence non légitime qui en résulte.

Cela ne signifierait *pas* qu'en raison des distorsions de la concurrence provoquées par l'État toute coopération sciemment consentie par les requérantes soit justifiée, ce qui aurait pour effet que l'article 85, paragraphe 1, deviendrait totalement inapplicable au secteur du tabac en Belgique. Cela voudrait dire *simplement* que les mesures de la *recommandation, d'autant qu'elles ne seraient pas ou précisément parce qu'elles ne seraient pas obligatoires,* ne constitueraient pas des restrictions à la concurrence.

La requérante fait remarquer que la Commission prétendrait maintenant que les mesures en cause affectent le jeu de la concurrence en dépit du caractère simplement indicatif de la recommandation, en ce qu'elles permettraient à toutes les requérantes de prévoir avec un degré raisonnable de certitude quelle sera la politique poursuivie par leurs concurrents au sujet des avantages à accorder aux négociants. Or, la Commission n'aurait nullement motivé sa décision de cette manière. Cette substitution a posteriori des motifs de la décision serait illicite selon *l'article 190* du traité.

De plus, le postulat dit de l'«autonomie», que la Commission invoquerait par implication ne jouerait pas en l'espèce. En effet, dans le domaine des prix à l'intérieur du secteur des tabacs en Belgique, il ne resterait guère de place pour ce postulat de l'autonomie, étant donné que par suite des distorsions provoquées par l'État, les prix seraient de toute façon transparents dans la branche tout entière. Dans la mesure où ce ne seraient pas les règles fiscales qui conditionnent cette transparence, celle-ci découlerait du système de contrôle des prix. Ledit système serait pratiqué *collectivement* dans le secteur du tabac, conformément à la réglementation belge, et ceci notamment parce que la charge fiscale serait déterminée collectivement.

4. *Vander Elst* estime que, contrairement aux dires de la Commission, l'arrêt *Metro* revêtirait une importance capitale en l'occurrence, car la Cour y reconnaîtrait que des mesures qui servent à maintenir le commerce traditionnel ne seraient pas nécessairement restrictives de la concurrence ou qu'elles peuvent faire l'objet d'une exemption.

Ce qui, pour le cas d'espèce, serait essentiel dans l'appréciation juridique du système de distribution Saba, ce serait qu'il permettrait de distinguer les grossistes et les détaillants selon leurs fonctions et qu'elle admettrait que la concurrence à travers les prix n'aurait pas une priorité absolue à cet égard. Or, ce serait précisément à cette distinction entre grossistes et détaillants selon leurs fonctions que se consacrerait aussi la recommandation FEDETAB.

En ce qui concerne la nature collective de la recommandation, la menace qui pèserait sur le commerce traditionnel ne découlerait pas ici, contrairement à la situation dans le système de distribution Saba, d'un jeu normal de concurrence entre les divers canaux de distribution, mais d'un système fiscal qui fausserait la concurrence.

M. l'avocat général Reischl aurait reconnu, dans ses conclusions sur l'affaire 13/77, *Inno/ATAB* (Recueil 1977, p. 2164) que le souci était fondé en principe de faire disposer le consommateur d'un réseau de distribution suffisamment dense, lui offrant un choix complet.

La recommandation éviterait, conjointement avec les règles en matière d'accise sur les tabacs manufacturés, telles que prix fixe et interdiction de sous-bandelettage, que l'effet du multiplicateur ne s'exerce brutalement sur l'échelon du commerce, ce qui mettrait en danger l'ubiquité et la densité de la distribution.

Selon la requérante, le multiplicateur fausse non seulement la concurrence entre les divers canaux de distribution mais également celle entre les grandes et petites marques. En effet, au niveau du commerce, les frais de distribution par unité seraient plus élevés pour les petites marques que pour les grandes. Sous l'effet du multiplicateur, ils se trouveraient multipliés et agiraient, par conséquent, comme des barrières à l'accès des petites marques au marché.

La recommandation serait de nature à affaiblir également ces effets de distorsion qui découleraient du multiplicateur.

Résumé du mémoire en duplique

Avant d'aborder les moyens de fond, la *Commission* expose des observations générales concernant les réglementations belges et communautaires et des données chiffrées concernant le marché belge en tabacs manufacturés. Il est fait référence à ces observations et données dans le résumé de l'argumentation relative au douzième moyen.

a) Sur le plan des *faits*, la Commission tient en premier lieu, en ce qui concerne la *recommandation*, à contredire l'affirmation de plusieurs des requérantes selon laquelle les taux du «barème cigarettes» que la recommandation a mis en application ne concerneraient que les ventes directes entre fabricants (ou importateurs) et négociants auxquels ils livrent et non pas les ventes faites par l'intermédiaire des grossistes aux détaillants. En effet, une telle affirmation serait contredite par toute la conception ainsi que par le texte même de la recommandation, telle qu'elle aurait été notifiée (défense, annexe 7), où il serait précisé «que le maintien de cette pratique dans un système de remises plafonnées postule que des maxima soient fixés également pour des remises intermédiaires» (annexe III à la notification, p. 1).

Le fait que la recommandation ne se limiterait pas aux ventes directes résulterait également des déclarations de FEDETAB, ainsi que de l'ANGIPMT et de GT au cours de la procédure administrative.

La Commission estime dès lors qu'il est établi que la recommandation est destinée à être appliquée également lors des ventes que les grossistes effectuent aux détaillants.

b) La Commission fait valoir, sur le plan du *droit*, que les deux points qui, d'après FEDETAB, constitueraient l'objet de la controverse sur laquelle le présent moyen est fondé reposent sur une profonde méprise de FEDETAB (et des autres requérantes) concernant la

portée de la décision et sur une représentation fondamentalement erronée de ce qui aurait été décidé par la Commission le 20 juillet 1978.

aa) Justification de la concertation par la nécessité de séparer les fonctions de grossiste et de détaillant

Pour la Commission, le problème de la séparation ou de la non-séparation des fonctions de grossiste et de détaillant n'est pas en cause ici. La Commission se limiterait à condamner la concertation telle que les requérantes l'ont établie et pratiquée. Dans un système de libre concurrence, chaque opérateur sur le marché devrait rester libre de déterminer pour lui-même quelle est la façon qui lui apparaît la meilleure d'organiser individuellement ses activités.

De plus, la concertation entre fabricants pratiquée par les requérantes dans le cas d'espèce *n'aurait pas pour seul but* de protéger la séparation des fonctions de grossiste et de détaillant, mais serait une concertation bien plus vaste qui englobe toute la politique commerciale concernant les marges et autres avantages pécuniaires que les fabricants (ou importateurs) octroient aux négociants.

La Commission répète dès lors *avec la plus grande insistance* que les requérantes essayent systématiquement de faire semblant qu'il n'y aurait pas de concertation horizontale entre elles, alors que ce serait là que réside le cœur de leur entente et que ce seraient les effets de cette concertation horizontale qui seraient les plus nocifs.

bb) Justification de la concertation par la nécessité de maintenir en vie le négoce spécialisé

A ce propos, la Commission fait remarquer qu'elle n'a également à aucun moment, ni d'aucune manière dans sa décision, considéré que les négociants spécialisés devaient disparaître.

La décision de la Commission n'aurait d'aucune manière pour effet d'empêcher les fabricants d'accorder *individuellement* des marges plus élevées aux négociants spécialisés en fonction des services rendus par ceux-ci. Ce que la décision attaque serait la concertation horizontale des requérantes à ce sujet.

cc) Appréciation de la restriction de la concurrence de la concertation des requérantes

La Commission invoque la jurisprudence de la Cour (affaire 8/72, *Cementhandelaren/Commission*, Recueil 1972, p. 977, *Papiers peints/Commission*, Recueil 1975, p. 1491) à l'appui de sa thèse selon laquelle la réglementation du marché que les fabricants membres de FEDETAB auraient pratiquée et continueraient de pratiquer, et qui concernerait la concertation horizontale entre les fabricants (ou importateurs) au sujet des marges et autres avantages pécuniaires à accorder aux négociants, aurait faussé et restreint la concurrence au sens de l'article 85 paragraphe 1 en raison du fait que les requérantes auraient, par cette concertation, sciemment substitué entre elles la coopération relative aux mesures contenues dans la recommandation aux risques de la concurrence, une telle coopération aboutissant à des conditions de concurrence qui ne correspondent pas aux conditions normales du marché.

En effet, la fixation des principales composantes du prix de cession des produits par les fabricants (ou importateurs) aux négociants, même si elle était simplement indicative, affecterait le jeu de la concurrence par le fait qu'elle permettrait à toutes les requérantes de prévoir avec un degré raisonnable de certitude quelle sera la politique poursuivie par leurs concurrents au sujet de ces avantages pécuniaires à accorder aux négociants.

Douzième moyen: violation des articles 85, paragraphe 1, et 190 du traité, en ce que la Commission aurait estimé erronément que les mesures en cause auraient restreint la concurrence de manière sensible

Ce moyen a été invoqué entièrement ou partiellement, directement ou indirectement, par *toutes les requérantes.*

FEDETAB fait valoir que les contraintes exceptionnelles — et qui n'existeraient pour aucun autre produit — imposées par la législation belge en matière fiscale, en matière de contrôle de prix ainsi que dans le domaine de la santé publique, en liaison avec des contraintes du même type existant dans d'autres États membres, sont telles qu'elles excluent l'application de l'article 85, paragraphe 1, en ce que dans le domaine couvert par les accords incriminés (avant le 1er décembre 1975) et par la recommandation du 1er décembre 1975 la concurrence n'existerait pratiquement pas.

Certes, la Commission aurait bien été forcée de reconnaître, au n° 88 du préambule de la décision, «que si des dispositions nationales d'ordre législatif ou réglementaire ont éventuellement pour effet de restreindre la concurrence, les effets des restrictions d'ordre privé qui viennent s'y ajouter ne peuvent manquer d'être encore plus sensibles».

Toutefois, par une telle motivation, la Commission aurait adopté le contrepied de l'enseignement de la Cour de justice, dans son arrêt *Suiker Unie:*

«Attendu, comme il a été constaté plus haut que si, notamment, le système des quotas nationaux, en tendant à cloisonner les marchés nationaux, ne laisse déjà aux règles de la concurrence qu'un domaine résiduel, celui-ci se trouve à son tour en grande partie restreint de manière fondamentale par l'organisation spéciale du marché italien;

Attendu qu'il ressort de ces considérations que le comportement incriminé n'a pu entraver le jeu de la concurrence de manière sensible et dès lors, ne relève pas de l'interdiction de l'article 85 du traité.» (Recueil 1975, p. 1924, attendus 71, 72.)

En ajoutant «qu'en outre, le secteur du tabac n'est pas le seul à être très lourdement taxé (décision, n° 88)», la Commission démontrerait qu'elle n'aurait pas compris la différence *essentielle* résultant entre un système d'accise spécifique et un système proportionnel tel qu'il existerait *uniquement* dans le domaine du tabac.

En effet, si en raison de l'intervention des autorités et de la structure même de l'impôt concernant l'effet multiplicateur la concurrence dans le domaine des prix et les marges est en fait *pratiquement exclue,* chaque restriction dans ce domaine du côté des fabricants sera nécessairement peu sensible.

Il n'en serait autrement que si les restrictions portaient sur les facteurs encore compétitifs. Mais précisément, il aurait été démontré, tant dans les mémoires en réponse aux exposés des griefs que lors des auditions, que la concurrence est restée extrêmement vive entre les fabricants au niveau notamment des marques, de la composition des paquets de cigarettes, de la publicité et de la qualité du produit.

Tout en admettant que dans *d'autres* secteurs du marché, des comportements analogues à ceux visés par la recommandation pourraient être constitutifs de

restrictions au jeu de la concurrence, *Vander Elst* fait valoir que des réglementations communautaires et nationales applicables en Belgique dans le secteur des cigarettes, auraient une incidence si décisive sur le comportement des fabricants belges de cigarettes que la recommandation qui n'aurait jamais été prise en l'absence desdites réglementations ne pourrait avoir pour objet ou pour effet de *restreindre, de manière sensible, le jeu de la concurrence.*

La Commission aurait méconnu la *notion de restriction sensible* du jeu de la concurrence que la Cour aurait développée en particulier dans son arrêt *Suiker Unie*. En effet, la Commission aurait refusé de considérer *en principe* l'influence des limitations imposées par la législation nationale sur la recommandation et sur le comportement des fabricants de cigarettes (décision n° 88). Comme la Commission n'aurait pas perçu la nature, l'étendue et l'effet des réglementations nationales et comme elle n'en aurait pas tenu compte suffisamment, la décision serait nulle pour erreur de fait et de droit. En toute hypothèse, elle ne serait pas motivée en ce qui concerne ce point essentiel.

Vander Elst reproche en premier lieu à la Commission d'avoir méconnu au n° 88 de la décision, la notion d'effet sensible. En effet, la thèse de l'effet «encore plus sensible» combinée aux termes «ont *éventuellement* pour effet de restreindre la concurrence» montrerait clairement la conception juridique de la Commission, à savoir que lors de l'examen du point de savoir si un comportement privé restreint le jeu de la concurrence de manière sensible, elle ne devrait tenir compte *en rien* de l'influence exercée par l'État sur ce comportement *ou* tout au plus la prendre en considération pour affirmer que la restriction au jeu de la concurrence est sensible.

Il ressortirait de l'arrêt *Suiker Unie* que, dès lors que des restrictions d'ordre privé s'ajoutent à des restrictions prévues par l'État, il conviendrait d'examiner les effets des réglementations nationales sur les régimes instaurés par les particuliers aux fins de savoir si elles laissent pour le moins une marge de concurrence efficace, non faussée. Ces considérations, fondées sur la notion de concurrence efficace («workable competition») auraient été développées par la Cour notamment dans l'arrêt *Metro* (Recueil 1977, p. 1905, 20e attendu). Or, la thèse de «l'effet encore plus sensible» préconisée par la Commission serait incompatible avec ces considérations.

De plus, la thèse de la Commission serait en contradiction avec sa pratique décisionnelle et la jurisprudence de la Cour relative à l'appréciation des restrictions du jeu de la concurrence à l'intérieur d'un groupe de sociétés (voir notamment l'affaire 22/71, *Béguelin*, Recueil 1971, p. 949; affaire 6/72, *Continental Can*, Recueil 1973, p. 243, 15e attendu; affaires jointes 6 et 7/73, *Commercial Solvents*, Recueil 1974, p. 223, 37e attendu; affaire 16/74, *Centrafarm/Winthrop*, Recueil 1974, p. 1183; décision de la Commission du 30 juin 1970, *Kodak*, (JO n° L 147, p. 24). Or, l'influence de l'État belge serait analogue à celle d'une société mère à l'intérieur d'un groupe de sociétés qu'elle contrôle.

Vander Elst critique ensuite l'affirmation de la Commission selon laquelle les tabacs manufacturés ne sont pas les seuls produits à être très lourdement taxés et à subir un contrôle étatique des prix (décision, nos 105 et 88). Ce faisant, la Commission méconnaîtrait la nature des réglementations nationales et en conséquence, leur incidence spécifique sur le comportement concurrentiel des fabricants de cigarettes. En toute hypothèse, elle n'aurait pas motivé à suffisance son

appréciation sur l'effet sensible, cela en violation de l'article 190 du traité.

Selon Vander Elst, lesdites réglementations auraient une incidence sur le comportement concurrentiel des fabricants belges de cigarettes en ce sens que relativement aux conditions de distribution faites au commerce de détail, il n'existerait pas de marge pour une concurrence effective et non faussée.

A l'appui de cette thèse, elle donne un apercu des influences exercées par l'État, dont notamment les suivantes:

Elle soutient en premier lieu que *les droits d'accise à multiplicateur élevé* sur les tabacs manufacturés avaient pour effet de fausser le jeu de la concurrence. En effet, le droit d'accise proportionnel calculé sur le PVD entraînerait comme conséquence que chaque élément de coût qui apparaît au niveau de la fabrication et de la distribution se répercuterait de manière amplifiée sur le PVD. En d'autres termes, cet impôt soumettrait chaque élément de coût de la cigarette à l'effet d'un multiplicateur.

Le jeu de la concurrence serait également limité par *l'accise minimum.* En effet, un multiplicateur trop élevé et une accise minimum (90 % de la charge fiscale totale supportée par la classe de prix la plus demandée) auraient pour effet qu'en Belgique, 80 % des cigarettes environ se situeraient dans la classe de prix la plus demandée (BFR 41 pour 25 cigarettes) ou en dessous de celle-ci.

Aux termes de l'article 5, paragraphe 1er, 1ère phrase, de la directive 72/464 du Conseil, les *fabricants importateurs déterminent librement les prix maximum de vente au détail de chacun de leurs produits.* Il découlerait de cette disposition que, simultanément avec les prix de vente maximum, le fabricant ou l'importateur devrait fixer la marge du commerce. En effet, comme l'impôt et le prix de vente pratiqué par le fabricant seraient des éléments fixes, les intermédiaires seraient limités à la différence.

Le régime de *prix imposés au consommateur* établi par l'article 58 du Code belge de la TVA impliquerait que les commerçants ne peuvent non plus abandonner une part de leur marge au consommateur.

La requérante souligne enfin l'incidence sur la concurrence du *régime de contrôle des prix en Belgique et sa pratique dans le secteur des cigarettes.*

Elle relève que, conformément à l'arrêté ministériel du 22 décembre 1971 prescrivant la déclaration de prix, modifié et complété, les fabricants et les importateurs seraient tenus de notifier au ministère des affaires économiques — service des prix — toute hausse des prix sur le marché belge, au plus tard trois mois avant son application. Le ministre des affaires économiques pourrait réagir par un accord tacite ou par une recommandation contenant un refus ou une limitation de la hausse notifiée. Une hausse des prix prévue malgré la recommandation du ministre devrait faire l'objet d'une communication écrite cinq jours ouvrables avant sa mise en application. Si elle correspond à l'accord tacite ou à la recommandation du ministre son application serait autorisée à l'issue du délai de cinq jours. Si la hausse dépasse le montant prévu dans la recommandation du ministre, son application serait retardée de deux mois supplémentaires au moins; une nouvelle prorogation du délai ne serait pas exclue.

Dans le secteur des tabacs manufacturés, l'administration escompterait que la demande soit introduite par l'association des fabricants. Lors de chaque hausse des prix, le ministre des finances devrait déterminer la classe de prix la plus demandée, il devrait en déduire le montant minimal de l'impôt (90 % de la charge fiscale totale de la classe de prix la plus demandée) et la part minimum de l'élément spécifique (5 % de la charge fiscale totale, supportée par les cigarettes de la classe de prix la plus demandée, exprimée en francs belges) et sur la base de ces éléments, il pourrait calculer l'augmentation de ses rentrées fiscales. De surcroît, il devrait prévoir de nouvelles bandelettes dans les délais appropriés.

Il serait nécessaire que, lors d'une augmentation des prix, l'impôt fasse l'objet d'une nouvelle fixation et lors d'une augmentation des charges fiscales, les prix soient redéterminés.

Lors des pourparlers sur les prix et la charge fiscale entre la FEDETAB et le gouvernement, tous les éléments de coût, en ce compris les différentes marges bénéficiaires maximales à chaque stade de la commercialisation et les ristournes de fin d'année prévues dans la recommandation entreraient dans les *bases de calcul* utilisées par les deux ministères compétents.

La Commission n'aurait pas pris correctement connaissance des influences exercées par l'État.

En ce qui concerne *les réglementations spécifiques de la recommandation,* la requérante soutient que celles-ci n'auraient pas pour objet ou pour effet de restreindre le jeu de la concurrence de manière sensible.

Pour ce qui est du *classement des intermédiaires et des marges maximales,* la Commission prétendrait que la recommandation répartit les grossistes et les détaillants belges, à l'instar du système pratiqué avant le 1er décembre 1975, en plusieurs catégories et que pour chacune d'elles elle détermine des marges bénéficiaires fixes; à son avis, cela entraînerait «entre ces fabricants et entre ces revendeurs les mêmes restrictions sensibles de la concurrence» (décision, nos 96 et 97).

Or, la Commission méconnaîtrait que, contrairement au système pratiqué avant le 1er décembre 1975, la recommandation ne concernerait plus que le rapport horizontal entre fabricants et non plus les relations verticales avec les intermédiaires. En conséquence, la recommandation *laisserait précisément* aux revendeurs *la possibilité* «de se faire concurrence au niveau des prix de revente aux détaillants».

Dans la mesure où la recommandation, désormais limitée aux relations horizontales, qui fixe des marges maximales, entraînerait encore une limitation du jeu de la concurrence entre les revendeurs, celle-ci ne serait plus sensible. A cet égard, il conviendrait de considérer que tout juste 80 % des clients directs du fabricant seraient des grossistes et que seuls 20 % environ, dont 17 % environ seraient des supermarchés, vendraient directement au consommateur. La concurrence entre les grossistes que la recommandation laisserait ainsi libre serait importante.

En ce qui concerne la *restriction incriminée du jeu de la concurrence entre les fabricants intéressés,* la requérante est d'avis que ce serait à tort que la Commission fait grief à la recommandation d'empêcher, de la même manière que le système pratiqué antérieurement au 1er décembre 1975, de prendre en considération les autres services que peuvent rendre individuellement les intermédiaires (n° 97). Par opposition à l'ancien système qui interdisait les rabais etc. la recommandation ne ferait en aucun cas obstacle à la rémunération de services individuels.

Lors de l'appréciation juridique du classement, la Commission aurait dû en toute hypothèse observer que les systèmes de distribution sélective sont considérés comme un élément de concurrence conforme à l'article 85, paragraphe 1 (décision du 15 décembre 1975, SABA JO n° L 28/76). La Cour de justice aurait reconnu et confirmé cette solution en ce que la nature et l'intensité du jeu de la concurrence peuvent varier selon les produits examinés et la structure économique du secteur de marché concerné (arrêt *Metro,* Recueil 1977, p. 1875, à la page 1906).

Par le classement des clients directs, les fabricants de cigarettes auraient pour objectif de maintenir la voie traditionnelle de distribution de cigarettes par le commerce de gros et par le commerce de détail spécialisé à côté de la forme de distribution par les supermarchés.

Se référant au critère de *l'assortiment minimum obligatoire*, la requérante fait observer que la Commission estime que le jeu de la concurrence serait restreint de manière sensible parce que les intermédiaires seraient forcés d'«entretenir des stocks de certaines marques de cigarettes dont la vente est très faible et qui immobilisent sans profit une partie de leur fond de roulement» (n° 97).

Or, l'entretien d'un certain assortiment minimum (qui varierait de 90 sortes pour les grossistes spécialisés à 50 pour les supermarchés, ce chiffre s'appliquant à ces derniers pour l'ensemble de leurs points de vente et non pour chacun d'entre eux) ne serait pas une obligation mais uniquement un des critères utilisés pour classer les intermédiaires. Tout intermédiaire pourrait choisir, parmi l'ensemble de 220 présentations de cigarettes actuellement commercialisées en Belgique, celles qui correspondraient aux demandes qui lui seraient faites.

Il serait impossible de comprendre pourquoi l'entretien d'un assortiment minimum devrait empêcher l'intermédiaire de pousser, de préférence à d'autres la vente d'une marque, ainsi que la Commission l'affirmerait (point 87 f).

L'entretien d'un assortiment minimum garantirait la «distribution en tous lieux», même des petites marques. La vente de celles-ci ne serait *pas* «très faible», ainsi que l'écrirait la Commission. En effet, la Commission reprendrait à son compte les intérêts des supermarchés qui seraient de ne commercialiser que les seules marques «à succès». S'il est vrai que, dans d'autres secteurs, le problème des petites marques serait réglé par le fait que la «spécialité» supporterait elle-même les frais supplémentaires occasionnés par sa distribution, en ce qui concerne les cigarettes, l'effet d'amplification de l'impôt s'y opposerait.

La requérante fait observer ensuite que la Commission prétendrait que le système de *ristournes de fin d'année* aurait pour effet de restreindre, de manière sensible le jeu de la concurrence, en ce qu'il rendrait a) sans intérêt un effort concurrentiel accru de la part des intermédiaires en vue d'obtenir des avantages supplémentaires, b) sans intérêt la *concentration* des achats des intermédiaires auprès d'un fabricant et c) plus difficile l'accès sur le marché de fabricants désirant y pénétrer (décision, n° 98).

Qant au point a), la requérante fait valoir que la recommandation n'écarterait pas, dans l'absolu, l'octroi de rémunérations individuelles pour des efforts particuliers mais elle se bornerait à l'écarter sous forme d'une marge bénéficiaire proportionnelle.

En ce qui concerne les points b) et c), en réalité, par la ristourne, la recommandation ne favoriserait pas la concentration des achats d'un intermédiaire auprès de fabricants déterminés. Les cigarettes constitueraient un article d'un prix trop bas et dont la distribution serait trop intensive pour que la concentration des achats des intermédiaires auprès de certains fabricants soit sensée.

La nécessité d'entretenir un réseau de distribution serré entraînerait comme conséquence que l'ensemble des coûts de distribution par marque et par fabricant dans un pays ne serait pas proportionnel aux quantités vendues. La recommandation créerait effectivement un régime de distribution qui serait ouvert au nouveau fabricant à des conditions dans lesquelles les coûts de distribution des grandes et petites marques seraient confondus et dans lesquelles l'élément de quantité ne serait pris en considération que dans le cadre des critères appliqués pour classer les intermédiaires et, uniquement de façon forfaitaire, pour la petite ristourne de fin d'année. Cette ristourne ne restreindrait donc pas du tout de manière sensible le jeu de la concurrence.

Pour ce qui est des *délais de paiement*, la requérante fait remarquer que la Commission prétend, aux n^{os} 100 et 101 de la décision, que la fixation collective et uniforme des délais maximaux de paiement aurait pour effet d'empêcher la concurrence de jouer dans ce domaine.

Or, ce reproche ne saurait être formulé à l'égard de la requérante. En effet, par lettre du 18 décembre 1975, elle aurait déclaré à la Commission que «... le paiement comptant a toujours été de règle dans notre société et ... nous continuerons à le pratiquer à titre autonome indépendamment de ladite recommandation».

Au reste, la requérante estime qu'une règle de paiement comptant immédiat, à supposer que celle-ci soit appliquée par tous les fabricants, ne limiterait pas le jeu de la concurrence, mais que, au contraire, elle préviendrait les distorsions de concurrence et les discriminations. En effet, la concurrence exercée au niveau des délais de paiement entraînerait, en raison de l'incidence des dispositions fiscales, des distorsions de concurrence au détriment des fabricants et du réseau de distribution traditionnel.

L'État ferait du fabricant de cigarettes son percepteur d'impôts et cela tant au regard de l'impôt sur la consommation de tabacs manufacturés que pour la TVA. La dette des intermédiaires envers les fabricants serait constituée, à concurrence de $^{4}/_{5}$, par le remboursement d'une dette fiscale acquittée par le fabricant. Il paraîtrait donc légitime que les fabricants s'efforcent que les détails de paiement soient utilisés de façon *neutre* au regard du jeu de concurrence et qu'ils cherchent à diminuer le risque individuel qui serait mis à leur charge.

En ce qui concerne le délai de paiement également, la recommandation n'aurait ni pour objet ni pour effet de restreindre, de manière sensible, le jeu de la concurrence.

Dans son mémoire en défense, la *Commission* rappelle en premier lieu, en ce qui concerne *les faits,* qu'elle a indiqué, au n° 8 de sa décision, que ... «les entreprises membres de FEDETAB produisent ou importent 95 % des cigarettes, et 75 à 80 % des cigares et cigarillos vendus en Belgique, ...» tandis qu'elle avait déjà indiqué, au n° 1 de la décision, que presque tous les fabricants belges et luxembourgeois de tabacs manufacturés feraient partie de FEDETAB. Ces faits et chiffres n'auraient pas été contestés par les requérantes.

La décision de la Commission aurait indiqué ensuite les considérations de droit pour lesquelles la Commission estime que les restrictions de concurrence auraient exercé des effets sensibles sur la concurrence et sur les échanges entre États membres, à savoir aux n^{os} 88 à 93 pour les mesures antérieures au 1er décembre 1975 et aux n^{os} 102 à 107 pour la recommandation.

Il n'y aurait donc pas, contrairement à ce que soutiendrait notamment Vander Elst, absence de motivation sur ce point.

En ce qui concerne l'invocation par plusieurs requérantes de certains attendus de l'arrêt *Suiker Unie* (attendus 66, 71 et 72 notamment), la Commission fait valoir que la situation réglementaire sur le marché belge du tabac manufacturé différerait totalement de la situation réglementaire qui existait sur le marché italien du sucre (voir attendus 67 à 69 de l'arrêt *Suiker Unie).*

Pour ce qui est du *droit,* la Commission fait valoir que, contrairement à ce que soutiendrait Vander Elst, la jurisprudence constante de la Cour (arrêts dans les affaires 56/65, *Technique Minière/ Maschinenbau Ulm,* Recueil 1966, p. 338, 5/69, *Völk/Vervaecke,* Recueil 1969, p. 295, 1/71, *Cadillon/Höss,* Recueil 1971, p. 351 et 19/77, *Miller,* Recueil

1978, p. 131, att. 10) indiquerait que pour apprécier la sensibilité d'un accord il faut prendre en considération, outre le cadre réel où se place l'accord, la position des intéressés sur le marché.

Or, dans le cas d'espèce, la *position des intéressés* sur le marché (voir décision, n° 8) serait suffisamment importante pour que leurs comportements puissent exercer des effets sensibles sur le jeu de la concurrence.

La Commission tient à ce sujet à faire remarquer que le marché des produits du tabac manufacturé en Belgique aurait connu au cours des dernières années une forte tendance à la concentration, notamment par la prise de contrôle de la plupart des fabricants belges importants par des groupes multinationaux. En effet, les sept requérantes dans les présentes affaires, membres de FEDETAB, ne représenteraient en fait que quatre grands groupes, soit Rothmans, Philip Morris (Weltab), British American Tobacco (BAT), Seita (Cinta), et un fabricant indépendant Gosset.

En ce qui concerne le *cadre réel* où se place l'accord, la Commission n'aurait pas indiqué dans sa décision l'opinion selon laquelle les réglementations belges n'auraient eu aucune incidence sur le jeu de la concurrence. Au contraire, elle aurait tenu compte de ces réglementations dans son appréciation aux n^{os} 83, 88, 93, 105 et 107. Par contre, la Commission aurait défendu l'opinion que le fait que l'État belge ait rendu obligatoire le respect par le revendeur final du prix du consommateur figurant sur la bandelette fiscale, ne serait pas de nature à faire sortir du champ d'application de l'article 85, paragraphe 1, la réglementation d'ordre privé imposée dans ce domaine par FEDETAB et par ses membres aux grossistes et aux détaillants belges, alors que cette réglementation implique que les fabricants ne se concurrencent pas mutuellement au sujet des avantages à octroyer.

La Commission rappelle qu'elle a ensuite observé que l'article 85, paragraphe 1, interdit de restreindre la concurrence à l'intérieur du marché commun d'une manière sensible, lorsqu'une telle restriction est susceptible d'affecter le commerce entre États membres, *même si elle était favorisée par une disposition* législative nationale. Or, dans le cas d'espèce, les requérantes n'auraient d'aucune manière prouvé en quoi les restrictions *qu'elles auraient pratiquées* auraient été favorisées par une quelconque réglementation nationale ou communautaire.

La Commission estime en outre que si les dispositions nationales d'ordre législatif ou réglementaire ont éventuellement pour effet de restreindre (partiellement) la concurrence, les effets des restrictions de concurrence d'ordre privé qui *viennent s'y ajouter* ne pourraient manquer d'être encore plus sensibles. Le raisonnement de cette phrase du n° 88 de la décision ne porterait pas sur les restrictions qui découleraient ou seraient couvertes par la réglementation, mais bien sur celles qui s'y ajouteraient. La présentation que ferait Vander Elst de l'appréciation de la décision sur ce point serait pour ces raisons erronée.

L'on ne saurait également accepter l'argument invoqué par Vander Elst selon lequel l'appréciation de la décision sur ce point serait ... «incompatible avec le concept juridique du groupe de société». En effet, on ne saurait admettre un tel argument qui tendrait à assimiler le contrôle économique ou fiscal de l'État au contrôle qu'une société mère exerce sur sa filiale tel que la Cour l'a défini dans ses arrêts *Centrafarm.*

Enfin, les mesures prises par les requérantes, et notamment les différentes mesures de la recommandation feraient partie d'un système de distribution mis en place par les requérantes et considéré à juste titre dans les articles 1 et 2 de la décision comme constituant une infraction de l'article 85, paragraphe 1, du traité. Ce serait dès lors pour l'ensemble des mesures prises (notamment par la recommandation) qu'il faudrait vérifier si elles auraient influencé le jeu de la concurrence de manière sensible et non pas contrairement à ce que soutiendraient certaines des requérantes, pour une ou pour certaines de ces mesures prises *isolément.*

FEDETAB fait remarquer en réplique que, sur le point capital de la restriction de la concurrence, on assisterait, depuis le début de l'affaire, à un dialogue de sourds, mis en relief par M[e] van Gerven lors de son intervention clôturant la seconde audition: «Suivant la Commission, étant donné que la concurrence résiduelle est limitée, chaque restriction additionnelle de la part des fabricants prend d'autant plus d'importance, alors que le point de vue des fabricants est le suivant: la concurrence, étant déjà exclue dans une très forte mesure par l'intervention des autorités, chaque restriction du côté des fabricants sera nécessairement peu sensible» (PV du 22 septembre 1976, affaire IV/29.149, p. 139). Ce serait cette question fondamentale qui diviserait toujours les parties.

La Commission croirait pouvoir y donner une réponse favorable à la condamnation des accords et de la recommandation par référence à une conception abstraite de la notion de concurrence, entendue comme modèle théorique de la concurrence parfaite, sans égard à la situation du marché et en perdant de vue que le traité tendrait à protéger la «workable competition».

Ainsi, la Commission citerait les pourcentages des ventes de cigarettes en Belgique. La requérante ne discute pas ces chiffres, mais seulement leur pertinence. En effet, ce ne serait pas la part du marché qui serait en cause mais le champ laissé au libre jeu de la concurrence par la réglementation fiscale et les autres législations.

La Commission persisterait dans son application erronée de l'article 85, paragraphe 1, en dépit de l'interprétation donnée par la Cour dans l'affaire *Suiker Unie,* qui devrait précisément servir de guide en l'espèce. En effet, si les réglementations dans les deux cas sont à l'évidence différentes, le fait serait que dans chaque cas la législation serait tellement contraignante que les participants sur le marché auraient perdu leur liberté d'action au point que les actions qu'ils entreprendraient n'auraient plus d'effet sensible sur l'*évolution des prix* sur ce marché. Par contre, sur le marché des tabacs manufacturés en Belgique, la concurrence serait restée extrêmement vive entre les fabricants au niveau des magasins, de la composition des paquets de cigarettes, de la publicité, du choix du meilleur emplacement dans les rayons de vente, de la qualité du produit.

Quant à la «tendance à la concentration» de l'industrie belge du tabac, relevée par la Commission, cette industrie serait caractérisée par la présence de 124 fabricants.

Vander Elst soutient que la Commission a éludé, dans son mémoire en défense, la question de savoir si *un effet multiplicateur trop élevé* fausse la concurrence,

étant donné qu'il déforme la relation entre les coûts des opérateurs sur le marché et les prix de marché.

Elle fait valoir en outre que la *fixation du PVD par le fabricant ou l'importateur,* qu'il s'agisse d'un prix maximum comme prévu par l'article 5, paragraphe 1, 1re phrase de la directive 72/464 ou d'un PVD imposé comme le prévoit la deuxième phrase de ce paragraphe, constitue une intervention de l'État dans le jeu de la concurrence. Cette fixation serait plus une nécessité fiscale qu'une réglementation répondant aux impératifs d'une libre concurrence et d'une libre formation des prix.

L'accise minimum constituerait, elle aussi, une intervention dans le jeu de la concurrence. En effet, elle protégerait les classes de prix fiscalement les plus productives — les plus chères — de l'effet multiplicateur des classes de prix fiscalement moins productives — moins chères.

La requérante critique ensuite ce qu'elle appelle *la pratique de «sous-bandelettage»* que la Commission préconiserait comme moyen conforme au droit communautaire de la concurrence, pouvant se substituer à la situation créée par la recommandation. Cette pratique impliquerait que le prix serait réduit non seulement du montant auquel le négoce (le fabricant) entend renoncer, mais encore de l'incidence fiscale de ce montant (ou, en cas de renonciation de la part du fabricant, de l'incidence sur la marge). Or, il serait évident que l'État belge ne consentirait nullement, pas plus que les autres États membres, à une telle formule qui lui ferait perdre d'importantes recettes fiscales. Le droit national et les directives communautaires lui donneraient raison.

L'assiette de la taxation ne serait nulle part le prix qui figure sur la bandelette. Selon le droit belge ce serait le PVD qui inclut les frais *usuels* (article 7 du règlement de 1948 sur les tabacs) et, selon l'article 4, paragraphe 1, de la directive 72/464, même le prix *maximum* de vente au détail. Il ne ferait guère de doute qu'une formule qui permettrait à un fabricant de fixer un nombre quelconque de «prix maxima» pour un seul et même produit en recourant à un nombre quelconque de bandelettes différentes, n'aurait plus grand-chose à voir avec une taxation selon le prix *maximum.* Ce ne serait plus alors une taxation selon le *prix maximum,* mais selon le *prix* effectif *à la consommation.* Or ce ne serait pas là ce que prévoit la directive. L'article 5, paragraphe 1, de la directive serait destiné à *assurer* la taxation d'un seul prix maximum conformément à l'article 4, paragraphe 1. Si, en effet, le débiteur de l'accise est *seul* à «déterminer les prix *maxima* de vente au détail de chacun de ses produits», cela assurerait l'*unicité* du prix maximum pour chaque produit d'un débiteur fiscal donné.

Selon le système de prix maxima institué par la Communauté, la conséquence d'un sous-bandelettage serait que l'État pourrait se faire payer par le débiteur fiscal, le fabricant, la différence par rapport à la taxe due sur le prix maximum. La conséquence en serait, en effet, soit que le fabricant est imposé sur un prix plus élevé que le prix de la consommation, soit que le consommateur est imposé à un taux supérieur au taux légal. Lorsque, comme en Belgique, le fabricant doit acquitter aussi, par l'intermédiaire de la bandelette fiscale, la TVA, ce régime serait en outre en contradiction avec le droit communautaire de la TVA, lequel ne permettrait d'imposer que le prix effectif à la consommation.

Cependant, la Commission méconnaîtrait, selon la requérante, avant tout l'influence qu'exerceraient les réglementations fiscales sur la concurrence. En effet, elle serait telle qu'en ce qui concerne les conditions de distribution des fabricants et des négociants on ne se trouverait pas en présence de conditions «normales» de marché, mais en présence

de conditions de concurrence faussées, contraires au traité, et que, dans ces conditions, la recommandation n'exercerait pas d'effet sensible sur la concurrence.

La requérante expose une analyse chiffrée de l'influence exercée par les réglementations fiscales sur la concurrence. Sur la base de cette analyse elle conclut que les effets de distorsion et de restriction de la concurrence provoqués par les réglementations fiscales dans leur ensemble peuvent se résumer comme suit:

Le *multiplicateur,* considéré isolément,

— multiplierait en faveur de l'État tout élément de coût des fabricants et des négociants au niveau du PVD,

— élargirait considérablement l'éventail des PVD, bien plus que cela ne correspondrait aux efforts de compétition des fabricants et des négociants,

— entraînerait des différences de prix entre les diverses formes de la distribution, qui seraient sans rapport avec les différences dans les prestations de distribution,

— favoriserait les formes de distribution déjà fortes par les capitaux dont elles disposeraient et par leur disposition concurrentielle, qui offriraient un service réduit, et défavoriserait le commerce traditionnel plus faible sur le plan de la concurrence et des capitaux, qui offrirait un service étendu,

— conduirait à l'absurde, en faveur de l'État, le principe de la concurrence de performance,

— porterait à des niveaux prohibitifs les frais de distribution par unité pour de petites marques.

L'accise minima

— restreindrait rapidement, au-dessous de la classe de prix la plus vendue, l'éventail possible des PVD, en rendant l'effet multiplicateur impossible «vers le bas»

La taxation du prix maximum, c-à-d. l'interdiction du sous-bandelettage

— empêcherait les fabricants, les importateurs et le négoce d'appliquer des PVD différents par produit.

Le prix fixe et le multiplicateur

— feraient obstacle à l'aménagement individuel de la rémunération des prestations du négoce ainsi qu'à la fixation de PVD différents par le négoce.

Le contrôle des prix

— amènerait les fabricants, le négoce et l'État à négocier, à l'occasion de chaque modification de prix, sur la part de chacun au prix final

— empêcherait la rémunération individuelle des prestations et l'aménagement individuel des prix au-delà d'une limite tracée relativement bas.

Les réglementations dans leur ensemble

— conféreraient au marché un degré de transparence exceptionnel.

La requérante estime que le régime fiscal des cigarettes, fondé sur les directives CEE, tel qu'il existe en Belgique, est en contradiction, en raison de ses effets, avec les principes du traité et de la loi, et notamment avec

— le principe d'une taxation identique de produits identiques,

— l'impératif d'une concurrence qui ne soit pas faussée,

— l'impératif de la possibilité d'importations parallèles,

— l'impératif d'une concurrence fondée sur la performance et

— le postulat d'autonomie de l'article 85.

L'assiette de taxation prévue par le droit communautaire, sur la base d'un prix maximum fictif (plutot que, comme à l'heure actuelle, sur la base d'un prix de fait — «Festpreis»), serait en contradiction, elle aussi, avec des principes du traité ou juridiques, à savoir celui de la taxation identique de produits identiques et celui du paiement d'une taxe de consommation par le consommateur et non par le fabricant.

La requérante invoque la thèse, développée également par Jubilé, selon laquelle les diverses réglementations fiscales *provoquent des mesures* qui corrigent la distorsion des différences de coûts de distribution au niveau du PVD. *La recommandation représenterait une telle mesure.*

De plus, la recommandation n'aurait pas d'effets sensibles de restriction de la concurrence, en ce que

— elle ne serait pas obligatoire

— elle aurait recueilli l'accord de la distribution (à l'exception des entreprises du genre de GB)

— elle n'aurait pas, au total, l'effet des ententes interdites par l'article 85, paragraphe 1 de «permettre aux intéressés de faire des bénéfices excessifs» (arrêt *Suiker Unie,* att. 70) mais son effet serait de ne pas imposer des prix excessifs au consommateur.

L'appréciation de la Commission de la question de la sensibilité serait erronée notamment parce qu'elle reposerait sur la thèse suivante: dans l'éventualité où une réglementation de l'État entraînerait une restriction de la concurrence, les restrictions supplémentaires de caractère privé seraient *d'autant plus sensibles par conséquent.*

D'une part, cette thèse serait erronée en ce qu'elle ne serait pas conforme à la notion de concurrence efficace selon laquelle il importerait de savoir, pour l'application des règles de concurrence, s'il y a concurence efficace, ce qui voudrait dire aussi *concurrence non faussée.*

D'autre part, cette thèse serait erronée dès lors que les règles fiscales faussent la concurrence dans le *seul but de maximaliser les recettes de l'État.*

Dans son mémoire en duplique, la *Commission* renvoie, en ce qui concerne *l'incidence réelle que des réglementations tant nationales que communautaires invoquées par les requérantes ont pu avoir sur le jeu de la concurrence,* à ce qu'elle a dit à ce sujet dans son mémoire en défensee et ajoute, à la lumière des répliques, les observations générales suivantes:

1. La réglementation fiscale belge et l'effet multiplicateur

La Commission relève notamment que, dans leurs répliques, les requérantes n'auraient plus maintenu leurs affirmations selon lesquelles *l'effet multiplicateur* «fixe» les éléments économiques du PVD à un niveau déterminé et empêche leurs fluctuations. Elle prend note également de ce que les requérantes ne contesteraient plus non plus que le régime fiscal en cause n'empêche pas les fabricants ou les importateurs de se concurrencer lors du choix du PVD de leurs produits.

Se référant à des affirmations de Jubilé (dans sa requête) et de BAT (dans sa réplique), la Commission fait observer que ces requérantes ont admis que les grossistes peuvent se concurrencer en acceptant des marges plus ou moins élevées. Elle fait également remarquer

que les requérantes n'ont pas maintenu que la concurrence aurait été restreinte dans les domaines autres que ceux des prix et des marges.

En ce qui concerne *l'article 58 du Code belge de la TVA,* la Commission affirme avoir, dans le cadre de l'article 169, mis le gouvernement belge en demeure de présenter ses observations à ce sujet. En effet, la Commission considère que cette disposition est contraire aux articles 30 à 36 du traité.

La Commission tient toutefois à souligner que, si les fabricants ou importateurs doivent prendre en considération les marges des négociants lorsqu'ils prédéterminent le PVD, la nécessité de prédéterminer le PVD n'exclurait cependant pas le fait que les marges octroyées aux négociants peuvent fluctuer individuellement et que ce n'est que globalement que les fabricants ou importateurs doivent en tenir compte.

Quant à la *politique fiscale belge,* la Commission fait valoir que s'il est exact que l'État belge a procédé à de telles augmentations du taux de la charge fiscale, il n'en découlerait cependant pas que de telles augmentations auraient pour effet de ne plus permettre aux éléments économiques du PVD — que cette charge fiscale vient grever — de fluctuer. La preuve que l'État belge, tout en augmentant la charge fiscale, laisse un large champ libre au jeu de la concurrence, serait fournie par le fait qu'il mettrait à la disposition des entreprises tout un éventail de bandelettes fiscales correspondant à des PVD différents (duplique, annexe 13), ce qui permettrait aux entreprises de faire en sorte que les fluctuations des éléments économiques du PVD que leurs effets concurrentiels pourraient entraîner se reflètent dans le choix du PVD.

La Commission fait valoir *en conclusion* que les requérantes n'auraient pas démontré en quoi la réglementation fiscale belge rendrait nécessaire la concertation *entre fabricants* au sujet des avantages à accorder aux négociants. Les requérantes n'auraient pas davantage prouvé que cette réglementation priverait la concertation *qu'elles pratiqueraient* au sujet de ces avantages de tout effet sensible.

2. L'harmonisation fiscale communautaire

La Commisssion fait observer que les directives 72/464 et 77/805, fondées sur les articles 99 et 100 du traité, ont pour but d'éliminer, pour autant que l'établissement et le fonctionnement du marché commun le nécessitent, les distorsions de concurrence qui pourraient exister du fait de la disparité des législations fiscales en la matière. Les directives n'auraient cependant pas pour autant établi que ces disparités étaient ou sont de nature à exclure toute concurrence, ni à exclure la concurrence que les différents fabricants/importateurs opérant sur le marché belge peuvent se faire entre eux au sujet des avantages à accorder aux négociants.

En ce qui concerne les dispositions de ces directives qui permettent aux États membres d'imposer une accise minimale qui ne peut être supérieure à 90 % du montant cumulé de l'accise proportionnelle et de l'accise spécifique qu'ils perçoivent sur les cigarettes de la classe de prix la plus demandée, la Commission maintient que ces dispositions n'excluent pas le jeu de la concurrence étant donné que la gamme des bandelettes correspondant à des PVD différents comprendra toujours un certain nombre de bandelettes correspondant à des PVD infé-

rieurs à ceux des cigarettes de la classe de prix la plus demandée (la cigarette dite «populaire» en ce qui concerne la Belgique).

En tout état de cause, ces dispositions ne permettent pas de démontrer que la concertation que les requérantes ont pratiquée au sujet des avantages à octroyer aux négociants n'aurait pas pu exercer des effets sensibles.

3. L'obligation de notification des hausses de prix en Belgique

La Commission conteste notamment l'affirmation de FEDETAB selon laquelle la Commission aurait méconnu la réalité économique en ce sens que les opérateurs auraient, selon FEDETAB, à leur disposition des marges trop étroites pour leur permettre de poursuivre une autre politique de prix.

Bien que FEDETAB affirme avoir soumis des preuves à la Commission à ce sujet, la Commission maintient que FEDETAB n'a jamais prouvé que ses membres étaient dans l'impossibilité de vendre leurs produits à des prix inférieurs aux PVD notifiés au ministère des affaires économiques ou qu'ils disposeraient de marges trop étroites à cet effet.

L'existence d'une grille de bandelettes fiscales correspondant à tout un éventail de PVD différents suggérerait au contraire que mêmes les autorités belges sont convaincues de l'inverse, puisqu'elles permettraient la fluctuation des PVD dans le cadre de cet éventail de bandelettes correspondant à des PVD différents.

4. Observations relatives à l'ensemble des réglementations (notamment fiscales)

La Commission conteste la conclusion de *Vander Elst* et de *Jubilé* que les dispositions de la recommandation ont été rendues nécessaires par l'existence de ces réglementations fiscales et que ces dispositions avaient en outre pour effet de limiter les distorsions de concurrence découlant de ces réglementations.

Une telle affirmation ne pourrait être acceptée. En effet, l'existence d'une distorsion de concurrence ne pourrait en aucun cas justifier le fait que les opérateurs du marché y ajoutent une restriction supplémentaire de concurrence par des mesures d'ordre privé. Le texte de l'article 85 paragraphe 1 indiquerait clairement que cette disposition s'applique dans toutes les situations où la concurrence est faussée ou restreinte de manière sensible par les concertations pratiquées par les opérateurs du marché et non pas dans la seule situation où il serait établi que la concurrence n'est d'aucune manière restreinte ou faussée par les réglementations des États membres, notamment en matière fiscale.

Une restriction imputable à ces réglementations ne pourrait donc jamais justifier la pratique d'une restriction *complémentaire* des entreprises. Cela ressortirait d'ailleurs également du fait qu'à l'attendu 34 de l'arrêt *Inno/ATAB* la Cour a considéré que l'article 86 interdit l'exploitation abusive par une ou plusieurs entreprises d'une position dominante, *même si un tel abus est favorisé par une disposition législative nationale.* Ainsi qu'il ressort du point 83 de la décision, la Commission estime qu'un tel raisonnement s'applique également à l'article 85.

La Commission complète son mémoire en duplique, sur le plan des *faits*, par la présentation d'un certain nombre de *données chiffrées concernant le marché belge du tabac manufacturé.*

Pour ce qui est du *droit*, la Commission relève que la Cour a à plusieurs reprises (et notamment dans son arrêt *Metro)* indiqué que la concurrence que veut protéger l'article 3 f) du traité est la concurrence efficace («workable competition»). Or, la Commission maintient qu'elle a correctement tenu compte de cette exigence dans sa décision.

En effet, d'une part les actions entreprises par les plaignantes GB et Mestdagh et Huyghebaert prouveraient à elles seules qu'une concurrence efficace reste possible dans ce secteur et d'autre part s'il était établi que les réglementations avaient déjà — ce que la Commission nie — exclu les possibilités de concurrrence efficace, on ne verrait pas pour quelle raison les requérantes s'accrochent avec tant d'acharnement à leur concertation et font preuve d'une telle volonté de réglementer par des mesures d'ordre privé les domaines couverts par la recommandation.

Il serait par contre aisé de comprendre que les requérantes, qui avaient l'assurance qu'au sein du petit groupe de fabricants membres de FEDETAB qu'elles constituent, elles n'allaient pas voir se déclencher de lutte concurrentielle concernant leur part du fabricant/importateur, auraient voulu «geler» la concurrence qui aurait pu s'exercer à propos de l'autre élément économique du PVD (les marges du négoce), ce qui n'est évidemment pas du goût de négociants (tels que GB ou Mestdagh et Huyghebaert) qui seraient incontestablement plus actifs que ne le seraient d'innombrables grossistes et détaillants.

Or, ce serait là que des possibilités de concurrence effective existeraient, et ce serait exactement là que les requérantes les auraient éliminées par leur concertation, à un point tel que le secrétaire de FEDETAB aurait pu déclarer à l'audition du 22 octobre 1975 qu'il avait «géré l'économie de cette industrie» (Défense annexe 2, p. 48).

Treizième moyen: violation des articles 85, paragraphe 1 et 190 du traité, en ce que la décision de la Commission aurait conclu à tort que les diverses mesures prises avant l'entrée en vigueur de la recommandation ainsi que celle-ci elle-même peuvent exercer une influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle, sur le courant des échanges entre États membres, ou ont affecté ces échanges de manière sensible.

Ce moyen est invoqué de manière séparée par les requérantes *HvL, BAT, Jubilé* et *Vander Elst.*

Certaines requérantes, dont notamment *FEDETAB,* font valoir en outre, à l'appui du douzième moyen, que la Commission n'aurait pas répondu adéquatement aux arguments des requérantes concernant la sensibilité de l'influence sur les échanges.

La requérante *BAT* fait notamment valoir que les restrictions de commerce entre États membres seraient le résultat de la législation en vigueur, et non pas des actions menées par FEDETAB et ses membres (voir arrêt *Inno/ATAB* et les conclusions de M. l'avocat général Reischl, qui serait arrivé à la conclusion que les divers éléments du système fiscal belge étaient tels que l'article 58 du Code de la TVA ne pouvait affecter le commerce entre États membres).

Or, ceci serait d'autant plus vrai pour les accords, pratiques ou décisions d'association d'entreprises qui feraient l'objet du présent recours.

De plus, en raison des problèmes posés au commerce entre États membres par le système fiscal appliqué aux produits manufacturés du tabac, l'importation parallèle de ces produits serait effectivement exclue.

Les mesures prises ou recommandées par FEDETAB ne l'auraient été que dans un but de survie face à une fiscalité toujours grandissante et pour assurer un minimum vital nécessaire à la survie des secteurs de l'industrie. Ce ne seraient donc pas ces mesures qui auraient influencé le commerce entre États membres de manière sensible, et la Commission aurait par conséquent commis une erreur préjudiciable à la requérante en rendant sa décision du 20 juillet 1978, qui devrait par conséquent être annulée.

Jubilé conteste notamment l'exactitude de l'affirmation de la Commission (décision n° 107) selon laquelle la recommandation porterait atteinte à la possibilité, par exemple pour les grandes entreprises de distribution, d'organiser des circuits d'importation parallèles. En effet, étant donné que la recommandation ne concernerait de toute façon que les relations des fabricants belges avec leurs clients directs (au niveau du commerce de gros ou de détail) elle laisserait entièrement subsister un tel système d'importations parallèles au niveau du commerce du détail.

Il ne serait pas non plus exact que la recommandation créerait, sous la forme d'une ristourne de fin d'année, une situation concurrentielle artificielle et un obstacle supplémentaire rendant plus difficile aux nouveaux arrivants de *pénétrer sur le marché.* En effet, l'obligation de ce qu'on appellerait «l'ubiquité de la marque» aurait pour conséquence que le nouvel arrivant renoncerait généralement, pour des raisons de coûts, à mettre sur pied un système d'importation propre. La ristourne, assortie de la clause concernant les producteurs indépendants, constituerait donc une *incitation à diminuer les coûts* en utilisant les filières de commercialisation déjà en place.

Selon *Vander Elst,* la motivation de la décision (n^{os} 106, 107) serait insuffisante sous plusieurs aspects, dont notamment celui de la question de savoir si la recommandation, qui serait limitée au territoire de la Belgique, affecterait le commerce entre États membres. Il importerait d'examiner à suffisance «le contexte économique dans lequel (elle) se situe» (arrêt *Papiers peints,* 27^{e} attendu), y compris les obstacles découlant du régime fiscal (voir arrêt *Inno/ATAB).* Or, la Commission n'aurait pas pris correctement connaissance de ces obstacles.

En effet, la Commission n'aurait pas exposé de façon convaincante que la recommandation serait apte à entraver l'importation (aucune incidence sur l'exportation ne serait alléguée). Or, une telle preuve serait indispensable (voir arrêt *Miller,* affaire 19/77, 15^{e} attendu).

Le régime particulier du calcul et de la perception de l'impôt sur la consommation de cigarettes constituerait, au stade actuel de l'harmonisation du droit communautaire, une entrave fondamentale au commerce intracommunautaire. Ce serait pourquoi la Cour aurait constaté qu'en raison de la nécessité de satisfaire aux exigences de contrôle, l'importation et l'exportation des tabacs manufacturés seraient soumises à des entraves inévitables et que le commerce interétatique de ces produits nécessiterait des ressources considérables et des connaissances spécialisées (arrêt *Inno/ATAB,* 15^{e} et 16^{e} attendus).

Hormis le cas (omis par la Commission) où un fabricant étranger aurait constitué un nouveau réseau de distribution qui lui était propre, *parallèlement* au réseau établi, la seule éventualité possible serait que l'un des grossistes spécialisés belges, des détaillants spécialisés ou des supermarchés se fasse importateur. Or, dans la mesure où un de ces opérateurs vendrait également des produits qu'il aurait importés lui-même, il jouirait de la même liberté d'action — dans les limites fixées par l'État — que si la recommandation n'existait pas.

Enfin, la Commission aurait constaté que le fait que les membres de la FEDETAB, en tant que fabricants, procéderaient à des importations, affecterait le commerce entre États membres. Or, dans le secteur des cigarettes ce serait l'impôt qui aurait pour effet de rendre plus difficiles les importations et les exportations au niveau de la commercialisation et de convertir artificiellement en un courant commercial naturel, les importations et les exportations auxquelles procéderaient les fabricants.

La *Commission* relève, dans son mémoire en défense, que les requérantes n'ont pas contesté *les faits* et chiffres relatifs aux importations de produits de tabac manufacturés en Belgique (décision, n° 8 et suivants). Or, l'appréciation de la décision concernant les échanges, contenue notamment aux n^{os} 91 à 93 et 106 et 107, se fonderait et se référerait à ces faits. Elle énoncerait en outre de manière claire et explicite le raisonnement de la Commission à ce sujet.

Pour ce qui est du *droit*, la Commission estime qu'elle n'est pas tenue de motiver le rejet de tous les moyens avancés au cours de la procédure administrative, lorsque sa décision est correctement motivée.

La décision de la Commission (n^{os} 16 à 18 et 93 et 106) aurait repris en outre les considérations exposées par la Cour au 15^{e} attendu de son arrêt *Inno/ATAB*. La Commission n'aurait dès lors pas nié qu'en raison des dispositions fiscales en vigueur les grossistes ou les détaillants subissent des difficultés pratiques pour les importations dites parallèles.

L'influence sur les échanges ici en cause ne se situerait pas principalement au niveau des importations directes par les négociants (que les réglementations fiscales rendraient déjà techniquement difficiles) mais plutôt au niveau des courants d'échange organisés par les fabricants et importateurs, lesquels pourraient aisément surmonter ces difficultés.

Il serait manifeste que les conditions de commercialisation auxquelles seraient soumis les produits que les requérantes vendent en Belgique (y compris les produits qu'elles auraient préalablement importés d'autres États membres) seraient susceptibles d'exercer indirectement des effets sur ces courants d'échanges et notamment sur le volume des produits ainsi importés par les fabricants et importateurs.

Or, la part des produits du tabac importés en Belgique d'autres États membres serait loin d'être négligeable et les entreprises des requérantes seraient d'une taille suffisamment importante pour que leur comportement soit en principe susceptible d'affecter le commerce, ainsi que l'exigerait l'arrêt *Miller*.

Jubilé conteste notamment, en réplique, que les mesures de la recommandation soient susceptibles d'exercer un effet indirect sur le volume des cigarettes importées par les fabricants. Même s'il en était ainsi, il faudrait encore se demander si cet effet indirect ou potentiel est

susceptible d'«affecter» la liberté du commerce entre États membres «dans un sens qui pourrait nuire à la réalisation des objectifs d'un marché unique entre États» (arrêt de la Cour dans les affaires jointes 56 et 58/64, *Consten* et *Grundig/Commission*, Recueil 1966, p. 429). De l'avis de la requérante, les mesures de la recommandation ne seraient *pas* susceptibles, dans les circonstances de l'espèce, de modifier *de manière dommageable* le seul commerce d'importation possible au niveau des fabricants, donc d'affecter le commerce.

Vander Elst fait notamment valoir que le commerce entre États membres ne se trouverait pas affecté du seul fait de la position de marché des fabricants, étant donné que du seul fait des *conséquences des différences de taxation* des tabacs manufacturés dans les États membres, la recommandation réglerait une *situation purement nationale.*

La recommandation *en soi* n'exercerait non plus, pour la réalisation de l'objectif d'un marché unique pour les cigarettes, aucune influence désavantageuse qui aille au-delà des obstacles fiscaux. Elle serait elle-même une conséquence de cette fiscalité.

Cette dernière thèse est invoquée également par *FEDETAB,* qui admet que les requérantes sont pratiquement les seuls importateurs de cigarettes en Belgique. En effet, ces cigarettes seraient en grande majorité produites par des sociétés importantes appartenant souvent aux mêmes groupes multinationaux que les requérantes. Il serait dès lors logique que les importations passent par les canaux des sociétés affiliées, ce qui serait le cas de la vaste majorité des produits en cause.

Les conditions de commercialisation en Belgique via le commerce spécialisé, le secteur HORECA ou les grandes entreprises de distribution, seraient en *aval* de l'importation et n'exerceraient aucune influence sur les courants naturels du commerce interétatique, eu égard à l'exigence de la bandelette fiscale.

On serait amené, dès lors, à estimer qu'il n'y aurait pas d'effet sur le commerce entre États membres, en tout cas pas d'effet sensible.

La *Commission* fait notamment valoir, dans son mémoire en duplique, que les agissements des requérantes qui contrôleraient plus de 95% du total de la production et de l'importation de cigarettes en Belgique, doivent nécessairement être susceptibles d'affecter les échanges de ces produits entre la Belgique et les autres États membres (sans parler des échanges avec le grand-duché de Luxembourg où, étant donné que le régime fiscal est commun avec celui de la Belgique, ces échanges seraient totalement libres).

La Commission invoque la jurisprudence de la Cour, et notamment l'arrêt *Völk/Vervaecke,* attendu 5 (Recueil 1969, p. 295), à l'encontre de la thèse de FEDETAB selon laquelle les conditions de commercialisation en Belgique, étant en aval de l'importation, n'exerceraient aucune influence sur les courants naturels du commerce interétatique, eu égard à l'existence de la bandelette fiscale.

Selon la Commission, il serait manifeste que les conditions de commercialisation auxquelles sont soumis les produits que les requérantes vendent en Belgique (y compris les produits qu'elles ont préalablement importés d'autres États membres) sont susceptibles d'exercer indirectement les effets sur ces courants d'échanges et notamment sur le volume des produits ainsi importés par les fabricants et importateurs.

En effet, il serait facile de comprendre que lorsque les requérantes se sont concertées sur les avantages financiers à accorder aux négociants par l'intermédiaire desquels ils vendent leurs produits, cette concertation a pour effet de créer des conditions de commercialisation ne résultant pas du libre jeu de la concurrence et résultant notamment en un certain niveau de rémunération de ces intermédiaires dont non seulement

devront tenir compte les autres entreprises qui importent ces produits en Belgique (lorsqu'elles devront déterminer leurs prix de cession de ces produits importés aux négociants), mais qui aura également pour effet de permettre ou d'empêcher des importations par les requérantes elles-mêmes, importations que, selon le cas, celles-ci auraient pu ou n'auraient pas pu effectuer si elles ne s'étaient pas concertées au sujet des avantages pécuniaires à octroyer aux négociants. Or FEDETAB perdrait de vue que la Cour a considéré, dans son arrêt *Miller* (Recueil 1978, p. 131, att. 10),

«qu'en interdisant les accords ayant pour objet ou effet de restreindre la concurrence, qui sont susceptibles d'affecter les échanges entre les États membres, l'article 85, paragraphe 1, du traité n'exige pas qu'il soit établi que de tels accords ont, en effet, sensiblement affecté ces échanges, preuve qui dans la plupart des cas ne saurait d'ailleurs que difficilement être administrée à suffisance de droit, mais demande qu'il soit établi que ces accords sont de nature à avoir un tel effet».

La Commission estime à ce propos qu'en tout état de cause cela a bien été établi par sa décision.

E — Résumé de certains développements des parties intervenantes au sujet des moyens relatifs à l'article 85, paragraphe 1; réponses des parties au principal

1. La *partie intervenante ATAB* affirme appuyer les moyens des requérantes tendant à faire exclure en particulier la recommandation du champ d'application de l'article 85, paragraphe 1, et spécialement ceux démontrant que la Commission, négligeant la jurisprudence de la Cour, et revenant semble-t-il sur sa propre jurisprudence, ne tiendrait plus compte de ce qu'un système de distribution sélective permettrait de *faciliter la vente* d'un produit, *d'assurer la continuité de l'approvisionnement* et constituerait souvent pour les *petites et moyennes entreprises* le seul moyen *d'affronter la concurrence sur le marché*. En effet, il aurait été démontré en l'espèce combien ces dernières auraient besoin des grossistes spécialisés qui fourniraient des prestations d'approvisionnement des détaillants avec les frais d'exploitation que cela impliquerait, que ne fourniraient pas les grossistes non spécialisés.

La *Commission* répond, dans ses observations sur le mémoire d'ATAB, notamment que le système pratiqué par les requérantes ne correspondrait pas à ce qui est communément désigné par les termes «système de distribution sélective». De plus, l'argument présenté concernant les avantages de ce système relèverait de l'appréciation de la recommandation au titre de l'article 85, paragraphe 3.

2. La partie intervenante *AGROTAB* souligne sur le plan des *faits*, la puissance de la force économique des grandes surfaces et les chaînes de distribution en alimentation. Ces entreprises cumuleraient les marges des grossistes et celles des détaillants, puisqu'elles achèteraient en gros et revendraient en détail, de sorte que leur marge de vente globale serait de loin plus élevée que celle des détaillants, laquelle dépasserait elle-même de loin celle des grossistes. Or, les grossistes spécialisés garantiraient à la clientèle une gamme de service étendue (approvisionnement de 80 000 points de vente; gamme étendue de produits en stock; visites régulières à la clientèle), alors que les grandes surfaces se limite-

raient à vendre dans leur propre établissement une gamme très restreinte de produits.

En appliquant la recommandation, les marges de vente seraient pour l'instant de:

— 9,27 % pour les grands magasins;

— 8,36 % pour les chaînes de distribution alimentaire;

— 7,50 % pour les détaillants agréés;

— 6,50 % pour les magasins de détail;

— 2,50 % pour les grossistes.

Si l'on ne pouvait plus s'inspirer de la recommandation, les grossistes spécialisés (dont la marge nette bénéficiaire serait de 0,65 %) n'obtiendraient plus qu'une marge de vente dérisoire, de sorte qu'ils seraient acculés à la faillite.

D'après AGROTAB, le nouveau système de vente exigé implicitement par la Commission aura pour conséquence de faire disparaître les grossistes qui organisent 80 % de la distribution, sans que les grandes surfaces ne reprennent pour autant l'ensemble de ce marché, cela au détriment des consommateurs.

Pour ce qui est du *droit,* AGROTAB signale notamment que la marge de vente normale accordée aux grossistes serait inférieure à la marge de vente autorisée par le ministère des affaires économiques dans le cadre de la loi du 30 juillet 1971 sur la réglementation économique et les prix. La différence entre la marge de vente autorisée au fur et à mesure de chaque achat par les grossistes et la marge de vente autorisée correspondrait exactement à la ristourne de fin d'année.

La Commission estimerait, au point 98 de la décision, que ce système restreindrait la concurrence entre fabricants et rendrait sans intérêt un effort concurrentiel accru des intermédiaires. Or, la ristourne correspondrait à la marge de vente à laquelle l'intermédiaire pourrait prétendre dans le cadre de la législation des prix. Le fait que la ristourne soit demandée par les intermédiaires et accordée par les fabricants n'aurait rien donc à voir avec les moyens de concurrence existant entre producteurs d'une part et intermédiaires d'autre part.

La *Commission* fait notamment valoir que le fait qu'en vertu de la réglementation belge relative à la notification des hausses de prix les fabricants belges devraient notifier les ristournes de fin d'année au ministère des affaires économiques ne serait pas de nature à éliminer l'application de l'article 85, paragraphe 1, du traité à la concertation à laquelle ces fabricants procéderaient au sujet de l'importance de cet avantage qu'ils accorderaient aux négociants. Que les ristournes réellement octroyées aient concordé avec les ristournes notifiées aux autorités belges n'y changerait rien.

3. *La Fédération nationale négociants en journaux, publications, librairie et articles connexes (ci-après FNJ),* partie intervenante, déclare faire siens les développements des requérantes au sujet des moyens relatifs à l'article 85, paragraphe 1.

4. Les parties intervenantes *Mestdagh et Huyghebaert* et la *FBCA* contestent notamment les critères retenus par la recommandation pour justifier la classification des grossistes et des détaillants par catégories.

Pour ce qui est du *volume annuel des ventes,* celui-ci serait manipulé de manière arbitraire en vue d'écarter

certains distributeurs comme Mestdagh et Huyghebaert, tandis qu'en fait des dérogations seraient accordées directement en faveur d'autres, sous le couvert de «mesures transitoires».

Le critère du *nombre de marques desservies* n'aurait rien à voir avec la qualification professionnelle de revendeur et devrait être écarté.

De toute manière, en fonction même de la demande et tout naturellement, les revendeurs dont le volume annuel de vente est grand, seraient amenés à offrir aussi un grand nombre de marques différentes correspondant aux goûts divers de la clientèle. Plus les quantités débitées seraient grandes, plus la gamme sera vaste en fonction même de la diversité de la clientèle. Ainsi, par exemple, la société Mestdagh aurait constaté que, sans obligation aucune de sa part, elle offrirait déjà 89 marques dans ses magasins.

Toutefois, ce qui apparaîtrait inadmissible, ce serait de se servir de ce prétendu critère comme un moyen d'exclure telle ou telle entreprise qui à volume de vente annuel supérieur se verrait refuser un supplément de marge parce qu'elle ne suit pas 90 marques. En Belgique, 17 marques représenteraient à elles seules 71 % du marché. Avec 30 marques, on en couvrirait déjà la quasi-totalité.

En ce qui concerne le *nombre de points de vente desservis,* Mestdagh et Huyghebaert et la FBCA se plaignent de ce que les fabricants concurrents se concerteraient et qu'ils décideraient ensemble le nombre des points de vente qui vaudra tel ou tel avantage.

De toute façon la recommandation serait appliquée de façon arbitraire.

5. La partie intervenante *GB* affirme être bien placée pour savoir que les différentes décisions et ententes auxquelles avaient participé les requérantes, loin de n'avoir aucune suite et de n'avoir pas été appliquées ainsi qu'elles essayeraient de le faire croire, auraient été strictement respectées. GB rappelle à ce propos les faits exposés dans sa plainte du 2 avril 1974 qui, preuves à l'appui, établissaient que les mesures incriminées dans la décision seraient loin d'être restées lettre morte. Ce serait ainsi qu'à plusieurs reprises FEDETAB n'aurait pas hésité à faire usage du boycott pour assurer la mise en œuvre des décisions qu'elle avait prises.

Contestant ensuite la thèse selon laquelle la cause des restrictions de concurrence ne devrait pas être cherchée dans les mesures incriminées, GB fait observer en premier lieu que si *l'article 58 du Code belge de la TVA* impose comme PVD le prix figurant sur la bandelette fiscale, prix qui serait déterminé par le fabricant ou par l'importateur, ce serait là son seul effet sur les prix. Il laisserait toute liberté pour la fixation des marges des divers intermédiaires et permettrait aux fabricants et aux importateurs de se faire concurrence au niveau des prix de détail puisqu'ils resteraient maîtres du prix qu'ils feraient figurer sur la bandelette.

En ce qui concerne l'*impact réel de l'impôt proportionnel* sur le régime de concurrence, GB admet que l'établissement d'une taxe proportionnelle a pour résultat que le PVD, taxe incluse, varie, en valeur absolue, d'un montant supérieur à la variation existant au niveau du prix de vente hors taxe. Toutefois, en

valeur relative, la variation de la charge fiscale resterait strictement proportionnelle (et non «plus que proportionnelle» ainsi que l'affirmerait erronément la Commission dans son mémoire en défense) à la variation du prix net hors taxe. Il s'ensuivrait que, contrairement aux affirmations des requérantes, ce serait l'impôt spécifique qui pourrait être jugé anti-concurrentiel, alors que l'impôt proportionnel permettrait au contraire aux entreprises de tirer pleinement profit de leur position concurrentielle, et aux consommateurs de bénéficier pleinement de celle-ci en profitant d'une réduction du prix de vente, taxe comprise, exactement proportionnelle aux sacrifices consentis par le fabricant sur son prix de vente hors taxe.

GB fait valoir, en outre, que la directive 72/464 du Conseil n'aurait pas pour but de faire supprimer l'accise proportionnelle mais qu'elle envisagerait la *combinaison* d'une accise proportionnelle avec une accise spécifique.

En ce qui concerne la *réglementation belge relative aux déclarations de hausse de prix*, GB fait observer que les «réalités administratives» de ce régime, invoquées par les requérantes, ne concerneraient pas les seuls produits de l'industrie du tabac. Ce régime s'appliquerait en effet «à tous les produits, matières, denrées ou marchandises et à toutes les prestations» (arrêté ministériel du 22 décembre 1971 prescrivant la déclaration de hausse de prix, article 1, paragraphe 1). Contrairement à ce qu'affirmeraient les requérantes, ce régime n'aboutirait pas à la suppression de la concurrence par les prix, ceux-ci pouvant librement fluctuer en dessous du prix déclaré. On ne verrait pas non plus comment ce régime pourrait restreindre la liberté des fabricants et du négoce dans la fixation des marges de distribution: l'ampleur de ces marges serait en effet de toute évidence sans intérêt pour le ministre qui ne serait intéressé que par le niveau du prix de vente au consommateur final et non par les variations individuelles dans la répartition de ce prix de vente entre fabricants, grossistes et distributeurs.

En ce qui concerne *l'argument selon lequel le commerce entre États membres ne serait pas affecté par les restrictions de concurrence incriminées*, GB fait valoir en premier lieu que la simple présence parmi les parties aux ententes contestées de la société *HvL*, la plus importante société luxembourgeoise productrice et exportatrice à destination de la Belgique, démontre déjà que les accords, décisions et recommandations incriminés ont eu, et continuent à avoir un effet sur le commerce intracommunautaire.

GB expose ensuite la mesure dans laquelle, selon elle, les importations des produits manufacturés sont contrôlées par les membres de FEDETAB.

Tout d'abord, ainsi que le reconnaîtrait d'ailleurs FEDETAB dans son mémoire en réplique, les requérantes bénéficieraient «pratiquement toujours» de concessions d'exclusivité, qui seraient accordées le plus souvent par des sociétés importantes appartenant fréquemment aux mêmes groupes multinationaux que les requérantes elles-mêmes.

Ensuite, les obligations imposées par les régimes fiscaux des États membres aboutiraient à rendre pratiquement impossibles les importations par d'autres importateurs que les membres de FEDETAB. En effet, en cas d'exportation de produits mis sur le marché dans un État membre, il ne serait pas possible d'obtenir le remboursement d'accises déjà payées. Compte tenu de l'incidence

considérable de la charge fiscale dans le prix de vente, cette impossibilité priverait l'importation parallèle de tout intérêt. En outre, l'administration belge des douanes et accises n'admettrait pas la mise en vente d'un même produit à des prix bandelettes différents (annexe 5). Dans ces conditions, même si un importateur trouvait un fabricant étranger prêt à lui livrer, il serait obligé d'offrir les cigarettes ainsi obtenues au même prix que l'importateur «officiel» belge. En pratique, les tentatives de GB en vue de réaliser des importations directes de cigarettes se seraient révélées totalement infructueuses, les fabricants étrangers s'abritant derrière des contrats d'exclusivité consentis à des sociétés belges ou refusant purement et simplement de donner suite aux offres faites par GB (annexe 6).

L'impossibilité pratique de procéder à des importations parallèles ne rendrait que plus sensible l'effet des restrictions de concurrence résultant des accords et pratiques incriminés sur le commerce intracommunautaire. Cette situation permettrait en effet aux requérantes de mieux assurer leur contrôle sur les importations et d'éviter ainsi que les produits importés échappent aux restrictions de concurrence qu'elles auraient mises en place.

La quasi-totalité des cigarettes vendues en Belgique, y compris une majorité des cigarettes importées, étant ainsi soumise aux restrictions de concurrence instaurées par la FEDETAB et ses membres, ces restrictions auraient nécessairement un effet sur le commerce intracommunautaire.

L'on ne saurait dès lors soutenir, comme le ferait Jubilé, que la Commission n'aurait pas démontré dans sa décision en quoi le commerce entre États membres serait affecté par les clauses relatives aux délais de paiement et aux marges commerciales figurant dans la recommandation.

Dans ses observations sur le mémoire de GB, *FEDETAB* fait notamment remarquer, sur le plan des *faits*, que le système communautaire de taxation, instauré par la directive 72/464, exigerait une réglementation nationale comme celle applicable en Belgique, ainsi qu'il ressortirait d'une lettre datée du 25 juin 1979 adressée à FEDETAB par le ministère des finances (annexe 1 aux observations de FEDETAB). En effet, d'après cette réglementation le «sous-bandelettage» serait interdit. Si les fabricants renoncent à pratiquer une telle politique, la riposte viendrait immédiatement par une augmentation du droit d'accise.

De plus, ce serait un fait qu'en Belgique, où non seulement la fiscalité mais les marges commerciales seraient entièrement «ad valorem» sur le prix final, le gouvernement interviendrait — quoi qu'en dise GB — dans la fixation des marges commerciales, ainsi qu'il ressortirait des lettres du ministre des affaires économiques du 15 avril 1975 et du 12 février 1976 que FEDETAB joint à ses observations (annexes 3 et 4).

Pour ce qui est du *droit*, FEDETAB invoque, en ce qui concerne l'affectation du commerce entre États membres, troisième condition d'application de l'article 85, paragraphe 1, du traité, l'arrêt de la Cour du 31 mai 1979 dans l'affaire 22/78, *Hugin/Commission* (Recueil 1978, p. 1869) dans lequel la Cour a notamment dit que «... les comportements, dont les effets se localisent à l'intérieur du territoire d'un seul État membre relèvent du domaine de l'ordre juridique national» (attendu 17).

Dans l'affaire *Hugin*, la Cour se serait posée la question de savoir si des échanges de pièces détachées Hugin entre les États membres pourraient être censés avoir lieu, si les conditions du marché étaient entièrement libres, sans être subordonnées à des pratiques restrictives telles que celles de Hugin en l'espèce (attendu 22). Or, cette question pourrait être transposée, aux fins des présentes affaires, dans les termes suivants:

«Des importations de cigarettes et leurs ventes en Belgique à un prix inférieur au prix imposé par les fabricants pourraient-elles être réalisées par la SA GB-Inno-BM si les conditions du marché étaient entièrement libres, sans être subordonnées à des pratiques restrictives telles que celles imputées à FEDETAB et à ses membres, et plus particulièrement la recommandation du 1er décembre 1975?»

Dans le fait, la question serait la suivante: s'il n'y avait pas de classification des intermédiaires ni de dispositions relatives aux ristournes de fin d'année ou aux délais de paiement GB serait-elle libre d'agir comme elle le voudrait?

Or, la réponse *négative* à cette question aurait été donnée par GB elle-même: «Compte tenu de l'incidence considérable de la charge fiscale dans le prix de vente, cette impossibilité (d'obtenir le remboursement d'accises déjà payées) prive l'importation parallèle de tout intérêt». On ne saurait mieux dire.

Ainsi faudrait-il en l'espèce adopter la conclusion que la Cour tirait dans l'affaire *Hugin* (attendu 25):

«Dans ces circonstances, le comportement de Hugin ne saurait être considéré comme ayant l'effet de faire dévier la circulation des marchandises de la voie normale, compte tenu des particularités économiques et techniques du secteur en cause».

Vander Elst fait notamment valoir, dans ses observations sur le mémoire de GB, que, *en ce qui concerne la prétendue marge résiduelle de la concurrence pour l'application des articles 85 et suivants*, GB, comme la Commission, se fonderait sur une marge de concurrence beaucoup plus étendue que ce ne serait le cas en réalité.

Si l'on tient correctement compte de toutes les réglementations étatiques, la marge laissée en théorie pour le jeu de la concurrence concernerait tout au plus la possibilité de modifier la marge bénéficiaire par rapport au «reste des fabricants». Or, la Commission n'aurait pas été en mesure de délimiter correctement la marge résiduelle de concurrence par rapport au domaine qui était déjà entravé par la réglementation fiscale. Cette seule raison suffirait à rendre erronée l'application de l'article 85, paragraphe 1.

En ce qui concerne la *distorsion de la concurrence*, la requérante expose une série d'exemples chiffrés pour illustrer l'effet de distorsion de la concurrence d'un multiplicateur trop élevé. Sur la base de ces exemples, elle défend la thèse selon laquelle l'effet d'un multiplicateur élevé serait en contradiction avec trois «postulats» qu'on pourrait considérer comme fondement des règles de concurrence du traité:

— «selon l'esprit du traité, les prix des marchandises et prestations des services sont déterminés normalement par les lois du marché sans que l'État intervienne» (Commission: L'incidence des réglementations nationales des prix, série concurrence, n° 9/1970);

— «tout opérateur économique doit déterminer de manière autonome la politique qu'il entend suivre sur le

marché commun» (arrêt *Suiker Unie*, 173e attendu);

— le prix doit être dans un rapport raisonnable avec la valeur économique de la prestation fournie (article 86, littera a) et arrêt *United Brands*, Recueil 1978, p. 207, 248e attendu et attendus suivants).

La réglementation fiscale aurait pour effet de restreindre le jeu de la concurrence et le commerce entre États membres de sorte que, à côté d'elle, *la recommandation en elle-même n'aurait pas d'effet sensible.*

Elle aurait pour but et pour effet de corriger la distorsion de concurrence que l'impôt ad valorem provoquerait au niveau de la distribution. Conjuguée à des réglementations fiscales telles que le prix fixe et l'interdiction du sous-bandelettage, elle contribuerait à faire fonctionner la distribution des cigarettes par le moyen d'un réseau de distribution suffisamment dense pour une offre variée avec des opérations de livraison aussi réduites que possible et donc rationnelles. La marge résiduelle du jeu de la concurrence ne suffirait pas à assurer en ce sens le fonctionnement de la distribution.

Pour ce qui est de l'applicabilité de l'article 85, paragraphe 1, à la recommandation, la requérante fait valoir que la *Commission ne peut pas appliquer l'article 85, paragraphe 1, à la recommandation dans l'état actuel de l'harmonisation des accises sur les tabacs manufacturés.*

En effet, la particularité propre au cas d'espèce serait que la Communauté aurait *admis* les dispositions nationales par des *directives.* Or, même dans le domaine fiscal, le législateur communautaire n'aurait pas le droit de limiter les objectifs du traité visant à instaurer un régime dans lequel la concurrence n'est pas faussée, dans lequel les marchandises circulent librement et dans lequel les charges fiscales n'ont pas d'effet discriminatoire, au-delà de la mesure nécessaire pour atteindre le but fiscal recherché. Le droit communautaire des accises sur les tabacs manufacturés *permettrait* cependant aux États membres d'introduire des réglementations qui limiteraient ces objectifs au-delà de la *mesure nécessaire pour atteindre le but fiscal visé.*

F — *Quatorzième moyen:* violation des articles 85, paragraphe 3, et 190 du traité et des droits de la défense, en ce que la Commission aurait refusé d'octroyer une exemption à la recommandation, n'aurait pas rencontré les moyens développés et aurait commis des erreurs de fait à cet égard

Ce moyen a été invoqué, entièrement ou partiellement, par *toutes les requérantes.*

FEDETAB fait valoir qu'en ce qui concerne *le classement des grossistes et des détaillants en catégories et la fixation de marges maxima,* l'organisation de la distribution qu'elle aurait recommandée aurait pour objet de préserver l'existence d'un commerce spécialisé en produits du tabac.

A cet effet, elle aurait établi un classement des intermédiaires en catégories en fonction de critères objectifs et aurait recommandé à ses membres d'octroyer des marges maxima correspondant aux services rendus par chaque catégorie. Dans le cadre de cette recommandation, les intermédiaires spécialisés — et plus particulièrement les grossistes spécialisés (B 2 du barème cigarettes) qui constitueraient l'armature du système — se verraient accorder des marges bénéficiaires légèrement plus élevées que celles octroyées aux intermédiaires non spécialisés.

Les grossistes spécialisés rendraient, en effet, des services appréciables au consommateur et à l'industrie du tabac en général. En raison de la gamme étendue de marques dont ils assureraient

la distribution, les grossistes spécialisés permettraient la diffusion des produits de toute l'industrie. Leur existence dispenserait les fabricants du besoin d'établir leur propre réseau de distribution. Ils permettraient donc un étalement optimum des coûts de distribution entre les divers fabricants et contribueraient donc à l'amélioration des conditions générales de distribution dans le marché en cause. En leur absence, les produits de nombreux fabricants moyens et petits ne trouveraient plus de débouchés.

Les grossistes spécialisés rempliraient également une fonction irremplaçable dans la mesure où ils seraient les seuls à visiter la clientèle dans les points les plus reculés du pays. Leur intervention serait donc indispensable pour que les nombreux points de vente proches du client puissent être approvisionnés de façon adéquate.

La ristourne légèrement supérieure octroyée aux grossistes spécialisés se justifierait par les services plus importants rendus par ces derniers et par les coûts accrus que ceux-ci auraient supporté de ce fait.

La situation serait comparable au niveau du commerce du détail: la recommandation prévoirait l'octroi aux détaillants spécialisés (A 2 du barème) de ristournes supérieures à celles prévues pour les détaillants non spécialisés. Les détaillants offriraient, en effet, au public une gamme plus étendue de produits.

D'autres intermédiaires, tels les grossistes alimentaires (B du barème), par exemple, ne pourraient fournir de tels services: ils ne s'intéresseraient qu'à un nombre réduit de marques; les produits du tabac ne représenteraient qu'un pourcentage limité de leur chiffre d'affaires.

En conséquence, la disparition des grossistes et détaillants spécialisés — qui serait inéluctable si une légère prime ne leur était pas accordée pour les raisons exposées ci-dessus — se traduirait par un appauvrissement des possibilités offertes à la clientèle.

Le maintien d'un commerce spécialisé constituerait un avantage pour le consommateur. Or, la Commission aurait rejeté cette thèse de façon péremptoire et non motivée (décision, n° 118) et aurait de la sorte méconnu l'article 190 du traité et aurait fait une application inexacte de l'article 85, paragraphe 3.

L'amélioration de la distribution résultant des mesures d'organisation du marché prises par la requérante profiterait directement aux consommateurs. La seconde condition à laquelle serait subordonnée l'application de l'article 85, paragraphe 3, serait donc remplie.

La multiplication des points de vente, la présence dans chacun de ceux-ci d'une gamme étendue de cigarettes procureraient en effet un avantage direct et certain au consommateur.

La décision attaquée ne rencontrerait pas expressément ces considérations cependant développées par FEDETAB dans la motivation de la notification.

La recommandation ne contiendrait aucune restriction qui ne soit pas nécessaire pour atteindre les objectifs légitimes poursuivis par FEDETAB. Elle viserait uniquement à assurer le maintien d'une distribution spécialisée en matière de produits du tabac. Elle n'aurait non plus pour effet d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause.

L'élimination des grossistes et détaillants spécialisés entraînerait une réduction du nombre des marques offertes et donc du choix offert au consommateur par la concentration du commerce sur les

marques les plus connues et les mieux introduites. Elle aurait aussi des conséquences sociales graves. La Cour aurait souligné dans son arrêt *Metro* que des considérations d'ordre social — et notamment de préserver l'emploi dans les circonstances d'une conjoncture économique défavorable — peuvent être prises en ligne de compte dans le contexte de l'article 85, paragraphe 3.

Quant aux *délais de paiement*, FEDETAB fait notamment remarquer qu'il aurait déjà été démontré que tout accroissement des charges financières qui résulterait de l'allongement des délais de paiement se répercuterait sur les prix au consommateur.

Ce serait donc assurer une saine distribution que de prévoir des délais de paiement raisonnables pour des marchandises destinées à être vendues très rapidement au comptant aux consommateurs et dont le prix comprendrait une part importante d'impôt que le fabricant doit lui-même verser au fisc, avec tous les risques que cela impliquerait. Il serait donc manifestement erroné de prétendre, comme le ferait la Commission (décision n° 131), que le consommateur ne retire aucun profit d'une limitation des délais de paiement.

Pour ce qui est de la *ristourne de fin d'année*, FEDETAB affirme que les arguments invoqués pour justifier de l'inapplicabilité de l'article 85, paragraphe 1, vaudraient également, à titre subsidiaire, pour justifier l'application de l'article 85, paragraphe 3.

HvL fait valoir que le litige intéresserait uniquement la marge bénéficiaire des grossistes non spécialisés (grandes surfaces et grossistes alimentaires) et non les utilisateurs auxquels il conviendrait de réserver une partie équitable du profit.

L'organisation du marché voulue par les mesures de FEDETAB contribuerait à améliorer la production et la distribution des produits. Elle éviterait que s'instaure parmi les fabricants une émulation qui ne profiterait qu'aux entreprises financièrement plus résistantes sans pour autant bénéficier aux consommateurs et qui favoriserait la toute-puissance des grandes surfaces, éliminant à moyen terme le *commerce spécialisé*.

En essayant de canaliser les conditions financières de la concurrence entre fabricants, la recommandation tenterait de réglementer l'émulation vers une réduction du prix de revient du fabricant grâce au progrès technique et vers des facteurs de promotion de vente tels que notamment la publicité.

La limitation de la liberté d'action des entreprises en matière financière (marge bénéficiaire, délai de paiement et ristourne de fin d'année) serait donc indispensable pour atteindre l'objectif consistant à améliorer la production et la distribution des produits.

Vander Elst fait notamment valoir, en ce qui concerne l'*amélioration de la distribution des produits*, que le nombre de points de vente par habitant en Belgique se situerait approximativement *dans la moyenne* par rapport au nombre des détaillants que l'on relèverait dans les autres États membres.

Contrairement à ce qu'affirmerait la Commission au point 123 de sa décision, la recommandation ne tenterait pas de maintenir «artificiellement» sur le marché des entreprises de distribution que le jeu de la concurrence éliminerait normale-

ment. En effet, en raison de la nécessité d'une commercialisation «en tous lieux», il importerait beaucoup plus à tout fabricant et importateur (comme également au consommateur) de disposer d'un réseau de distribution qui fonctionnerait sur l'ensemble du territoire, qui s'imposerait face à la concurrence croissante des supermarchés et qui ne se limiterait pas uniquement à la distribution des marques de cigarettes les plus populaires mais qui ménagerait également une chance à la commercialisation et au développement des produits demandés par une clientèle plus restreinte. Telle serait la raison pour laquelle, dans le secteur de la commercialisation des cigarettes, les grossistes spécialisés joueraient un rôle «indispensable» qu'au n° 124 de sa décision, la Commission conférerait apparemment aux supermarchés.

La requérante répète que la ristourne de fin d'année aurait pour effet de *favoriser* le jeu de la concurrence et surtout la concurrence d'entreprises nouvellement arrivées sur le marché. Elle rappelle également son explication de la nécessité de délais de paiement très restreints.

Quant à la *participation appropriée de l'utilisateur au profit* qui résulterait de la recommandation, la requérante fait notamment valoir que le refus par la Commission de déclarer l'inapplicabilité de l'interdiction ne donnerait apparemment aucune indication sur le point de savoir pourquoi et par quoi l'utilisateur ne participerait pas, pour une partie équitable, au profit. A cet égard, elle critique tout particulièrement les n^{os} 19 à 132 de la décision.

La Commission n'aurait pas tenu compte, en particulier, du fait que la diminution de l'offre et la diminution des points de vente n'entraîneraient pas une baisse du prix de vente final, ainsi que le montrerait l'exemple des points de revente en France, et qu'elles entraîneraient un renchérissement de la marchandise (jusqu'à 20 % en France).

Pour ce qui est de l'*amélioration de la production*, la requérante souligne les conséquences sociales et économiques qu'entraînerait le raisonnement de la Commission si l'on acceptait de l'appliquer: atteinte à la rentabilité de petites entreprises (petits magasins, bazars, etc.); élimination quasi totale du commerce de gros (ce que la Commission semblerait chercher — décision, n° 124). Quant à la condition de *l'absence d'une élimination du jeu de la concurrence*, la requérante conteste l'affirmation de la Commission, au n° 133 de la décision, selon laquelle, compte tenu de la part du marché détenue par FEDETAB et ses membres, «les accords donnent aux entreprises visées la possibilité pour une partie substantielle des produits en cause, d'élimer la concurrence». En effet, selon la requérante, la recommandation ne viserait qu'une très petite portion des paramètres que les offrants peuvent utiliser dans le jeu de la concurrence, elle permettrait l'adoption de comportements compétitifs individuels et elle contrarierait les incidences des mesures étatiques sur le marché du tabac, qui auraient pour effet de fausser le jeu de la concurrence.

La *Commission* fait valoir, dans son mémoire en défense, que les conditions nécessaires pour pouvoir déclarer inapplicables à la recommandation les dispositions de l'article 85, paragraphe 1, ne seraient pas réunies.

En premier lieu, le système prévu dans la recommandation ne contribuerait pas à *améliorer la distribution* des produits en cause.

En effet, la disparition du système *collectif* établi par la recommandation n'entraînerait pas inévitablement la disparition ou la diminution sensible du nombre des grossistes et détaillants spécialisés. La Commission aurait exprimé ce doute au point 122 de la

décision. Si le négoce spécialisé offre des services réellement appréciés notamment en matière de prix tant par les fournisseurs que par les consommateurs, il n'y aurait aucune raison de craindre leur disparition.

Certes, il serait vrai que la concurrence par les prix ne constituerait pas la seule forme efficace de la concurrence, ni celle à laquelle devrait, en toute circonstances, être accordée une priorité absolue, Vander Elst s'appuyerait sur cette constatation de la Cour, dans l'arrêt *Metro*, pour soutenir que le système serait nécessaire pour le maintien de cette forme de distribution et devrait donc bénéficier de l'exemption en vertu de l'article 85, paragraphe 3. Or, dans ses observations relatives au 11e moyen, la Commission aurait déjà indiqué que la situation du système de distribution sélective de SABA ne serait pas du tout comparable à celle du système collectif de la recommandation, dans le cadre duquel la concurrence que les fabricants pourraient se faire par les prix revêtirait notamment une importance beaucoup plus grande que dans le cas d'un système isolé de distribution sélective.

Même si, ce que conteste d'ailleurs la Commission, le négoce spécialisé disparaissait en l'absence du système prévu par la recommandation, on ne saurait pas en conclure que la distribution dans sa forme actuelle soit meilleure que celle qui existerait en l'absence de ce négoce, ou en cas d'une diminution sensible de celle-ci. D'une part, la partie des produits distribués auparavant par les négociants spécialisés passerait aux négociants non spécialisés. D'autre part, il y aurait probablement comme conséquence une rationalisation de la distribution et une diminution sensible des frais de distribution, économie qui, si elle était répercutée sur le PVD, serait un avantage aussi bien pour les fabricants que pour les consommateurs.

La Commission fait observer que Jubilé et Vander Elst lui reprochent d'avoir critiqué dans la décision les critères de la recommandation pour le classement des grossistes et détaillants à l'intérieur du système. Or, la Commission souligne que les affirmations des nos 125 et 126 de la décision, que les requérantes n'auraient d'ailleurs pas contestées, n'avaient pour objet que de démontrer que le système de classement ne refléterait pas *nécessairement* et toujours le degré différent des services effectivement rendus par les négociants. Il s'agirait cependant d'une considération complémentaire, puisque, comme il aurait déjà été dit au sujet de l'article 85, paragraphe 1 (11e moyen), la décision aurait rejeté la fixation collective des critères communs destinés à déterminer les marges des bénéficiaires.

Quant à la ristourne de fin d'année, aucune des requérantes n'aurait avancé d'arguments spécifiques concernant l'appréciation au titre de l'article 85, paragraphe 3. En ce qui concerne les délais de paiement, celles des requérantes qui prétendraient que des délais plus longs se répercuteraient sur le PVD n'apporteraient aucune preuve à l'appui de cette affirmation.

Selon la Commission, le système de distribution prévu par la recommandation ne contribuerait pas non plus à une *amélioration de la production*, comme le prétendrait Vander Elst. Il ne serait pas justifié de se prévaloir de la considération de la Cour dans l'arrêt *Metro* (att. 43), selon laquelle la recherche d'un élément de stabilisation en ce qui concerne le maintien de l'emploi rentrerait au titre de l'amélioration des conditions générales de la production dans le cadre des objectifs que l'article 85, paragraphe 3, permettrait de viser, pour en tirer les conclusions que la Commission

devrait d'office et dans le cas présent, qui ne serait pas comparable à celui du système SABA, tenir compte de cette considération.

Aux yeux de la Commission, la deuxième condition de l'applicabilité de l'article 85, paragraphe 3, ne serait pas remplie non plus. Le système de la recommandation ne réserverait pas *aux utilisateurs une partie équitable du profit* qui en résulterait.

Vander Elst aurait reproché à la Commission de ne pas avoir suffisamment motivé sur ce point le refus de l'exemption. Dans ses observations relatives au 10e moyen, la Commission aurait déjà expliqué que le point concernant la participation du consommateur au profit éventuel du système revêtirait un caractère tout à fait complémentaire, étant donné que la première condition nécessaire pour obtenir l'exemption, à savoir l'amélioration de la distribution ou de la production des produits ne serait pas remplie. Dans ces conditions, il n'était pas nécessaire de consacrer à cette condition de l'article 85, paragraphe 3, des considérations plus étoffées.

La Commission conclut dès lors à ce que:

— c'est à juste titre qu'elle a considéré que la recommandation du 1er décembre 1975 n'entraîne pas d'améliorations de la distribution suffisantes pour contrebalancer les effets restrictifs de concurrence qu'elle provoque et qu'elle n'est pas susceptible de réserver aux utilisateurs une part équitable du profit qu'elle pourrait éventuellement entraîner;

— la recommandation ne satisfait donc pas aux conditions d'application de l'article 85, paragraphe 3;

— la décision de la Commission est correctement et suffisamment motivée sur ce point;

— ce moyen doit donc être rejeté.

FEDETAB rappelle, dans son mémoire en réplique, que l'organisation de la distribution qu'elle a recommandée a pour objet de préserver l'existence d'un commerce spécialisé en produits de tabac. Cet objectif entrerait dans le cadre des objectifs protégés par l'article 85, paragraphe 3. En effet, l'on ne pourrait sérieusement mettre en doute le fait que le maintien d'un réseau de commerçants spécialisés dans la distribution des produits du tabac constitue une amélioration de la distribution au sens de l'article 85, paragraphe 3.

Pour réfuter la thèse contraire de la Commission, la requérante souligne notamment les considérations suivantes.

La disparition du commerce spécialisé se traduirait par un appauvrissement des possibilités de choix offertes à la clientèle.

Les intermédiaires spécialisés joueraient un rôle irremplaçable dans le lancement et la distribution des produits importés, en favorisant ainsi l'interpénétration des marchés voulue par le traité.

Contrairement à ce que prétendrait la Commission, les fabricants n'imposeraient pas l'existence d'un canal de distribution (celui des intermédiaires spécialisés): celui-ci existerait et les fabricants le respecteraient dans la conviction pratique qu'il serait irremplaçable dans les conditions concrètes du marché des cigarettes. L'existence d'un réseau de distributeurs spécialisés profiterait à toute l'industrie du tabac et non pas uniquement aux «grands» fabricants.

La Commission n'aurait avancé aucun argument sérieux à l'appui de l'affirmation selon laquelle le système recommandé par FEDETAB ne réserverait pas aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulterait.

Les produits du tabac répondraient à un besoin quotidien et journalier. Ils seraient achetés par les consommateurs en petites quantités. Telle serait la raison pour laquelle il serait important que les points de vente soient les plus nombreux possible et les plus proches possible du consommateur et que l'éventail des marques qui y serait distribué soit le plus large possible. Une réduction des points de vente et du choix des produits représenterait une perte sensible de bien-être pour le consommateur.

Toutes les conditions seraient donc remplies pour que la recommandation soit l'objet d'une décision d'exemption.

Vander Elst fait notamment observer, en ce qui concerne *l'amélioration de la distribution des produits,* que la Commission paraîtrait maintenant «douter» que l'abolition de la recommandation entraînerait la disposition ou la diminution des grossistes et détaillants spécialisés, et qu'elle invoquerait un nouveau motif, inspiré de ses propres doutes. En effet, la Commission estimerait maintenant que chaque fabricant pourrait accorder à certains grossistes et détaillants des avantages particuliers sous la forme de l'octroi d'un PVD inférieur, ceci en échange du fait que ces négociants distribueraient tous les produits de ce fabricant.

Or, mis à part le fait que le droit fiscal belge ne permettrait pas la fixation de plusieurs PVD pour les mêmes marques d'un produit, le type de négociant inventé et recommandé par la Commission n'aurait aucune chance sur le marché.

Pour ce qui est de l'arrêt *Metro,* la requérante souligne que, contrairement à ce que semblerait penser la Commission, cet arrêt exprimerait en réalité une idée générale de droit dont le bien-fondé ne se limiterait pas au système de distribution d'un fabricant unique. En effet, la Cour signale, selon la requérante, que les conditions de fait de l'article 85, paragraphe 3, peuvent être d'autant plus remplies «que ces conditions *contribuent* en outre à un renforcement de la concurrence *dans d'autres secteurs que celui des prix*». Or, dans son mémoire en défense, la Commission n'aurait pas envisagé la recommandation sous cet angle.

Au sujet des critères de classement appliqués par la recommandation, la Commission indiquerait que les affirmations des n^{os} 125 et 126 de la décision n'aurait pour objet que de «démontrer» que le système de classement ne reflète «pas nécessairement et toujours» le degré différent des services effectivement rendus par les négociants.

Or, la Commission n'aurait jamais considéré la constatation de la requérante selon laquelle la recommandation n'empêche pas un fabricant/importateur d'accorder à certains intermédiaires d'autres avantages pour des services individuels particuliers. La Commission ne se serait toujours contentée que de faire savoir aux participants à la procédure que seul le «principe» lui importait.

Dans son mémoire en duplique, la *Commission* nie avoir abandonné la motivation de sa décision sur le point de l'*amélioration de la distribution* et l'avoir remplacée par une nouvelle motivation. Au contraire, la Commission déclare maintenir ce qui est dit dans la décision, à savoir que le négoce spécialisé n'est pas menacé si les services qu'il rend sont réellement appréciés par les utilisateurs et consommateurs.

Renvoyant à la possibilité mentionnée dans le mémoire en défense de l'octroi individuel par les fabricants de certains avantages pécuniaires au négoce spécialisé permettant d'aboutir à des PVD moins élevés, la Commission fait valoir qu'il incombe aux entreprises elles-

mêmes de trouver à leurs problèmes des solutions compatibles avec les dispositions en vigueur en matière de concurrence. Même si la création de PVD différents pour un même produit peut s'avérer difficile, ceci ne serait de toute manière pas une raison suffisante pour justifier la restriction horizontale et collective de la concurrence qui frappe les divers produits de différents producteurs (concurrence entre produits de différentes marques).

Cette restriction collective de concurrence concernant les avantages à octroyer aux négociants ne serait pas du tout, contrairement à ce que penserait Vander Elst, susceptible d'être appréciée de la même façon que le système de distribution sélective dans l'affaire *Metro*. On ne pourrait pas en effet déduire de cet arrêt que, d'une part, le maintien d'une forme existante de distribution constitue toujours une «amélioration de la distribution» et, d'autre part, que chaque moyen utilisé pour maintenir le système de distribution en question doit bénéficier de l'exemption de l'article 85, paragraphe 3. On verrait d'ailleurs mal comment la recommandation, qui éliminerait la concurrence entre les requérantes, et subsidiairement entre les grossistes, «contribue à une amélioration de la concurrence pour autant qu'elle porte sur d'autres éléments que le prix» (arrêt *Metro*, attendu 21). Elle n'améliorerait en effet en rien les possibilités de concurrence, ni entre les produits d'une même marque, ni entre produits de différentes marques.

La Commission considère comme vraie, mais seulement dans une certaine mesure, l'affirmation de plusieurs des requérantes selon laquelle une certaine marque de cigarettes doit être disponible partout dans le pays pour pouvoir se maintenir sur le marché. Elle conteste cependant la conclusion tirée par les requérantes selon laquelle seul le négoce spécialisé serait en mesure de commercialiser les cigarettes de façon «ubiquitaire» et que seul ce négoce serait disposé à le faire. Elle insiste qu'il devrait appartenir à l'opérateur lui-même de décider de son comportement économique en fonction des forces du marché et de ses intérêts propres et qu'il ne reviendrait pas à des fabricants qui seraient ses concurrents de déterminer d'une façon concrète quel est le canal de distribution qu'il devrait employer.

En ce qui concerne le fait de réserver *aux utilisateurs une partie équitable du profit éventuel* du système de distribution en cause, la Commission s'en tient à sa thèse selon laquelle une diminution des points de vente peut conduire à une diminution des frais de distribution.

Quant aux préférences du consommateur dans le choix du point de vente où il achète ses cigarettes, la Commission souligne que ce serait au libre jeu de la concurrence de déterminer à qui doit aller cette préférence. Le fait que les grandes surfaces vendraient de plus en plus de cigarettes ne correspondrait pas seulement à une diminution des petits négociants alimentaires. Par exemple, de 1967 à 1973, le chiffre des ventes de cigarettes de GB aurait augmenté de 360 %. Cette évolution serait ainsi l'expression d'un changement d'habitudes du consommateur.

G — Résumé de certains développements des parties intervenantes à propos du quatorzième moyen; réponses des parties au principal

1. La *FNJ*, partie intervenante, précise qu'elle serait l'émanation d'unions professionnelles régionales de marchands

de journaux et tabac couramment appelés «diffuseurs de presse». Elle représenterait ceux-ci auprès des autorités belges et, en particulier, négocierait les forfaits fiscaux applicables à la vente au détail du tabac. Elle collaborerait avec ATAB qui regrouperait d'autres détaillants en tabac que les «diffuseurs de presse».

Les diffuseurs de presse seraient, en Belgique, au nombre approximatif de 4 500. Ils réaliseraient environ 60 % du chiffre national de vente des cigarettes. Globalement importants, ils seraient, au niveau individuel, généralement de très petits détaillants. Dans plus de 90 % des cas, ils fonctionneraient selon un schéma d'entreprise familiale.

Avec des variantes selon les régions et magasins, les diffuseurs de presse réaliseraient quelque 50 % de leur chiffre d'affaires en tabac, les autres 50 % étant réalisés en journaux, papeterie, jouets, etc. La vente de tabac, bien que moins profitable, serait essentielle pour assurer le maintien des diffuseurs de presse.

Les diffuseurs de presse s'approvisionneraient en règle générale auprès des grossistes dits «spécialisés», desquels ils demanderaient une souplesse pratiquement sans équivalent dans d'autres secteurs. Cette souplesse ne serait pas possible, sans, d'une part, des conditions préférentielles accordées aux grossistes spécialisés, ni sans la concurrence à laquelle se livreraient, d'autre part, un nombre important de grossistes spécialisés travaillant, eux aussi, selon le schéma d'entreprise familiale. Cette concurrence s'exercerait tant au niveau des services (livraisons très fréquentes, crédits, assortiment de marques) qu'à celui des prix (remises).

Les diffuseurs de presse s'étonneraient de l'existence de débats à propos de la distinction alléguée entre détaillants agréés et non agréés. Une telle distinction serait pour eux totalement abstraite, parce que a) les grossistes accorderaient des remises sans considération aucune de la classification établie par FEDETAB, b) les forfaits fiscaux (voir annexe II aux observations) taxeraient plus lourdement les détaillants agréés que les autres, ce qui annulerait toute différence éventuelle qui pourrait subsister.

Le maintien en existence des grossistes spécialisés serait nécessaire à l'existence des diffuseurs de presse et, partant, du service rendu au public. Or, le maintien en existence des grossistes spécialisés postulerait le maintien de deux points clés de la recommandation FEDETAB, à savoir une marge préférentielle et des marges maximales communément admises.

En effet, la marge préférentielle permettrait à ces grossistes d'exposer des frais, rendre des services et assurer les remises nécessaires au maintien des diffuseurs de presse. Cette marge rémunérerait des services que les autres grossistes ou grandes surfaces n'assureraient pas.

Sans un système des marges maximales communément admises, la concurrence entre fabricants en matière de marges et primes pourrait, dans un premier temps, conduire les fabricants les plus forts à accroître les avantages accordés tant aux grossistes spécialisés qu'aux autres. Un tel effort ne serait cependant poursuivi, vu le blocage du prix final, qu'en réduisant le bénéfice des fabricants (ce qui

paraîtrait improbable) et/ou en réduisant le coût du service fourni au niveau de la distribution. L'accroissement de marge accordé à certains grossistes se ferait nécessairement par réduction de la marge accordée à d'autres, éliminant ainsi toute différence éventuelle qui pourrait subsister.

En ce qui concerne *l'utilité des diffuseurs de presse*, ceux-ci font valoir que leur service est à ce point recherché par le consommateur qu'ils assureraient quelque 60 % du chiffre national de vente des cigarettes contre 17 à 18 % pour les grandes surfaces en dépit des primes, réductions et autres promotions accordées directement ou indirectement par ces dernières.

Enfin, les diffuseurs de presse souhaitent rappeler que la vente du tabac serait nécessairement liée à celle des journaux. Dans ce secteur micro-économique la réduction d'un quart du bénéfice ne permettrait pas la survie. Leur disparition en tant que détaillants de tabac impliquerait également leur disparition en tant que diffuseurs de journaux. Or, en diffusant la presse dans le public de manière difficilement remplaçable, ils estiment contribuer, dans les limites qui seraient les leurs, à la protection des libertés démocratiques.

Pour ce qui est du *droit*, la FNJ fait valoir, sous l'aspect de *l'amélioration de la distribution*, que l'importance du chiffre d'affaires réalisé collectivement par les diffuseurs tiendrait à la spécificité du service qu'ils rendraient aux consommateurs. Celui-ci dépendrait à son tour du service et des avantages accordés par les grossistes spécialisés. Or, compte tenu de la rigidité du PVD (due à la législation fiscale belge en vigueur), la seule rémunération possible des services rendus par ces grossistes se trouverait dans une différenciation appropriée des marges et avantages accordés par les fabricants.

En ce qui concerne la rationalisation du système de distribution, au niveau des grossistes, la qualité du service rendu dépendrait du maintien de nombreuses entreprises spécialisées. Au niveau des détaillants, il serait vrai qu'un nombre trop élevé de points de vente existerait en Belgique. Toutefois, en écartant du marché les grossistes spécialisés, la décision de la Commission entraînerait la disparition d'une partie importante des quelque 4 500 diffuseurs de presse, qui réaliseraient environ 60 % des ventes. Par contre, la décision de la Commission n'affecterait en rien dans leur existence les quelque 75 000 autres points de vente en épicerie, café, mercerie etc. généralement approvisionnés en quelques marques par des grossistes alimentaires ou Horeca. La rationalisation favorisée par la Commission ne pourrait donc être atteinte par les moyens qu'elle préconise.

La fin d'une structure favorable au commerce traditionnel appellerait la succession du régime des grandes surfaces. Fortes de leur pouvoir d'achat, celles-ci obtiendraient des remises sans équivalent, renforçant ainsi le processus de concentration dans la distribution. Le consommateur final en serait doublement pénalisé en tant qu'il perdrait le service sans être assuré d'obtenir une réduction de prix.

Quant à *la réservation aux utilisateurs d'une partie équitable du profit*, la FNJ

soutient que la recommandation bénéficierait aux diffuseurs de presse (du fait des avantages accordés aux grossistes spécialisés) et aux consommateurs (nombreux points de vente, gamme étendue de marques, produits frais).

Pour ce qui est de *l'absence de restrictions non indispensables,* la nécessité du maintien de l'ensemble des dispositions mises en œuvre par la recommandation apparaîtrait des faits déjà exposés.

En ce qui concerne *l'absence de possibilités d'élimination de la concurrence,* la FNJ fait valoir que si les impératifs du régime fiscal entraînent un comportement globalement similaire des entreprises, les multiples libertés subsistant au niveau des remises et services développeraient une concurrence extrêmement vive, que la recommandation serait loin d'éliminer.

En conclusion, la FNJ fait remarquer que, dans la mesure où la Cour serait amenée à juger de la légalité de la décision sur base de l'article 85, paragraphe 3, elle sera conduite, peut-être à son corps défendant, à quitter le domaine de l'appréciation strictement juridique. Le sens de son arrêt dépendrait alors de son choix de société et de sa vision d'un cadre qualitatif de rapports humains.

La concertation généralisée de la distribution d'une part et la nécessaire compression anti-inflationniste des prix par l'autorité publique d'autre part postuleraient, à peine de disparition du commerce indépendant de détail dans son ensemble, une protection en sa faveur.

Dans ses observations sur le mémoire de la FNJ, la *Commission* souligne que l'entente condamnée par sa décision serait principalement une entente *horizontale* conclue entre les principaux fabricants (qui seraient en outre pour la plupart importateurs et appartiendraient à des groupes multinationaux) exerçant leurs activités sur le marché belge, mais qui aurait également exercé ses effets restrictifs du commerce verticalement sur les négociants.

La Commission voit dans les diverses affirmations contenues dans l'exposé des faits de la FNJ une corroboration, notamment sous l'aspect de la sensibilité, des effets que la concertation des fabricants aurait pu exercer et que les restrictions pratiquées auraient produits.

Pour ce qui est du refus d'octroyer une exemption en application de l'article 85, paragraphe 3, la Commission conteste notamment l'argument de la FNJ selon lequel seul le service des grossistes spécialisés permettrait d'offrir au public, en de nombreux points de vente, une gamme très étendue de marques et de produits frais.

A ce sujet, la Commission rappelle notamment qu'un *nombre de marques* peu élevé (au maximum 30) permettrait de couvrir la quasi-totalité de la consommation des cigarettes et que les minima élevés imposés par la recommandation ne concerneraient dès lors qu'une obligation destinée à couvrir une part supplémentaire infime de cette consommation. Le *nombre de points de vente* au détail auxquels la recommandation imposerait un nombre minimal de marques serait fort limité (2 500 sur 80 000). *Les ventes*

directes des fabricants couvriraient la presque totalité des livraisons aux grandes surfaces et aux détaillants spécialisés. *Les grossistes spécialisés* vendraient la plus grande partie de leurs produits aux *détaillants non spécialisés* auxquels aucune obligation de tenir un nombre minimal ne serait imposée. La *rotation des produits* serait très rapide et par conséquent leur fraîcheur ne serait pas spécialement menacée.

De plus *l'évolution des habitudes du consommateur,* qui achèterait davantage dans les grandes surfaces et davantage qu'auparavant par fardes entières, permettrait de douter de la nécessité réelle pour ce consommateur des services fournis par les négociants spécialisés alors qu'il serait évident que les cigarettes seraient un produit de grande consommation ne nécessitant pas de services spéciaux pour être achetées ou consommées.

2. *GB,* partie intervenante, conteste notamment l'argument des requérantes selon lequel la sauvegarde du commerce spécialisé permettrait une amélioration de la distribution en augmentant la qualité du service rendu au consommateur.

A cet égard, elle fait notamment valoir que la sauvegarde de ce commerce par la mise en œuvre d'un système uniforme de marges de distribution n'aboutirait pas à une «amélioration» de la distribution au profit du consommateur mais bien à la préservation d'une situation acquise. Pour démontrer que le maintien de cette situation peut être qualifié d'amélioration susceptible de bénéficier de l'exemption de l'article 85, paragraphe 3, il faudrait démontrer:

1) que la protection du commerce spécialisé se justifie par les avantages allégués;

2) qu'à défaut de mesures prises par l'ensemble des fabricants et importateurs ce commerce serait amené à disparaître;

3) que les mesures arrêtées sont effectivement de nature à assurer la sauvegarde de ce commerce.

GB souligne qu'il existerait une différence essentielle entre une obligation d'assortiment large (en l'espèce le principal avantage de la spécialisation invoqué par les requérantes) imposée par un fabricant *individuel* à ses revendeurs et une obligation d'assortiment imposée collectivement par *l'ensemble* des fabricants d'un secteur industriel donné. Si, dans le premier cas, une telle obligation est légitime, elle serait suspecte dans le dernier cas.

En l'espèce, on devrait normalement s'attendre, si les lois de la concurrence jouaient réellement entre les fabricants du tabac, à ce que les fabricants des «grandes marques» essayent d'augmenter leurs ventes individuelles au détriment de celles de leurs concurrents, plutôt que de se préoccuper de maintenir sur le marché les marques les moins demandées, et les producteurs les moins rentables. Toutefois, dans le contexte réglementaire belge, où les demandes d'augmentation de prix seraient introduites collectivement par le secteur des produits du tabac, et justifiées par celui-ci sur la base des éléments de coût de l'ensemble des producteurs, cette politique présenterait des avantages. En effet, elle permettrait de justifier les augmentations de prix sollicitées sur la base des coûts de fabrication des producteurs les moins efficaces, ce qui assurerait aux producteurs

les plus efficaces une véritable «rente de situation».

Selon GB, il est peu probable que ce commerce subirait un préjudice grave si la recommandation n'était pas exemptée.

En effet, rien n'empêcherait les fabricants d'accorder, à titre individuel, des conditions plus favorables à certains de leurs distributeurs, si ceux-ci leur assurent des services importants. Une telle mesure, si elle est justifiée eu égard aux conditions du marché, aura naturellement tendance à être suivie par les autres opérateurs. Dès lors, si le commerce spécialisé présente des avantages réels pour les producteurs et pour les consommateurs, sa sauvegarde sera assurée par le jeu de la concurrence.

GB admet que l'octroi d'une marge bénéficiaire plus importante peut permettre au bénéficiaire d'améliorer sa position concurrentielle, par un effort publicitaire accru ou par une politique PVD plus souple, permettant d'attirer une nouvelle clientèle ou, à tout le moins, de conserver la clientèle acquise.

Toutefois, aucune de ces deux possibilités ne serait offerte en l'espèce au commerce spécialisé.

D'une part, la publicité des produits manufacturés du tabac serait assurée directement par les fabricants et les importateurs et nullement par le commerce en détail.

D'autre part, le commerce spécialisé serait dans l'impossibilité de faire profiter les consommateurs de la marge bénéficiaire plus importante dont il bénéficie, en diminuant ses PVD. Cela résulterait, d'une part, de la législation belge sur la TVA à l'adoption de laquelle les requérantes auraient tant contribué, et, d'autre part, du refus systématique de ces mêmes requérantes de livrer des produits de tabac à des prix bandelettes inférieurs aux prix généralement appliqués sur le marché.

FEDETAB soutient qu'en ce qui concerne la réunion de conditions de fond justifiant l'octroi d'une exemption, aucun des arguments invoqués à cet égard par GB pour appuyer la thèse de la Commission ne permet d'invalider la thèse des requérantes selon laquelle les mesures incriminées favorisent effectivement la distribution des produits en cause au profit des consommateurs.

Au contraire, on pourrait douter du bien-fondé de la conviction de GB que la survie du réseau de petits distributeurs spécialisés ne serait pas mise en péril si la thèse de la Commission triomphait. Par exemple, les statistiques montrant la part toujours croissante de la distribution entre les mains des grandes surfaces, et particulièrement de GB, permettraient à bon droit de douter que l'évolution se fasse au profit respectif du commerce spécialisé et des grandes surfaces.

Vander Elst conteste notamment la thèse de GB selon laquelle on n'aboutit à *une amélioration de la distribution* en maintenant la structure actuelle que s'il est démontré que la protection du commerce spécialisé existant se justifie par les avantages qu'il apporte, qu'à défaut de mesures de protection, ce commerce serait amené à disparaître et que la recommandation assure la sauvagarde de ce commerce.

En examinant si ces trois conditions sont remplies, l'intervenante, tout comme la Commission, n'aurait pas vu les points déterminants.

En effet, comme la Commission, elle méconnaîtrait que les principaux opéra-

teurs concernés par la structure du réseau de distribution et, à l'intérieur de celui-ci, par l'obligation d'assortiment, ne seraient pas les commerces de détail spécialisés qui s'approvisionnent *directement auprès des fabricants et importateurs* (ils ne seraient que relativement peu nombreux), mais le *commerce de gros* spécialisé qui distribuerait 80 % des cigarettes vendues en Belgique.

GB supposerait ensuite que la recommandation impose de façon obligatoire que la quasi-totalité de toutes les marques de cigarettes doive être offerte au consommateur final. Elle devrait cependant savoir que l'obligation d'assortiment ne peut être appliquée qu'aux clients directs de fabricants et importateurs.

De plus, GB semblerait se fonder sur le fait que la recommandation aurait pour objet de fixer des marges bénéficiaires minimales. En vérité, il s'agirait de marges maximales qui seraient fixées dans le cadre de la législation belge concernant les hausses de prix. La Commission, à l'avis de laquelle l'intervenante renverrait expressément à cet égard, semblerait également maintenir cette erreur.

Enfin, GB estimerait à tort que tant le droit fiscal belge que le droit communautaire admettraient le sous-bandelettage.

Selon la requérante, il conviendrait de constater que, même en se fondant sur les conditions mentionnées par l'intervenante elle-même, le maintien de la structure actuelle du commerce de détail grâce à la recommandation de FEDETAB entraînerait une amélioration de la distribution des marchandises.

Les fabricants et importateurs de cigarettes en Belgique dépendraient du commerce spécialisé existant parce que seul ce dernier garantirait des conditions de coût intéressantes, l'avantage d'une distribution des marchandises proche des consommateurs dans l'intérêt des fabricants et des consommateurs et soutiendrait l'introduction de nouvelles marques. GB elle-même aurait fourni récemment la meilleure preuve du caractère indispensable du commerce spécialisé: début mars 1979, la requérante aurait introduit sur le marché la nouvelle marque «Belga légère bleu»; jusqu'à fin juillet, GB aurait refusé de distribuer cette marque et elle ne l'aurait intégrée dans son assortiment que lorsque, grâce à la distribution par le commerce de gros spécialisé, on avait la certitude que cette marque était un succès.

Cette cigarette d'une teneur particulièrement pauvre en nicotine et en goudron n'aurait pas pu être mise sur le marché belge dans un système de distribution tel que l'intervenante le préconiserait.

Malgré toutes les observations contraires ultérieures, la Commission aurait vu elle-même le risque d'effondrement du commerce de détail si les avantages dont il bénéficie étaient supprimés et, dans sa décision, elle l'aurait accepté expressément (décision, n° 123).

H — Moyen concernant un principe général de droit

Quinzième moyen: violation du principe général de droit de l'égalité des entreprises publiques et privées devant le traité, en ce que la Commission aurait condamné l'industrie libre en Belgique en même temps qu'elle tolérerait des restrictions de concurrence incontestables dans deux pays à monopole

Ce moyen a été invoqué entièrement ou partiellement par *toutes les requérantes,* sauf Jubilé et Vander Elst.

FEDETAB fait valoir que l'ouverture des marchés français et italiens, pays à monopole d'État pour le tabac, serait entravée par de nombreux et importants obstacles d'ordre légal et administratif, dont les principaux seraient les suivants:

a) absence des arrêtés d'exécution de la loi n° 724 du 10 décembre 1975 en Italie, aménageant le monopole;

b) maintien du monopole de fabrication;

c) fixation des prix des produits indigènes et importés, par marques et à un niveau si bas que les importations s'en trouveraient entravées;

d) maintien artificiel d'écarts considérables entre les prix des produits indigènes et des produits importés comparables, les pertes du monopole étant à charge de l'État;

e) maintien en fait du réseau de distribution exclusif des monopoles et inexistence totale d'un quelconque réseau de grossistes indépendants;

f) maintien du monopole des débitants entraînant une restriction des points de vente et l'exclusion totale des grandes surfaces;

g) prohibition totale (Italie) ou limitation draconienne (France) de la publicité.

FEDETAB se plaint de ce que la Commission, ayant ouvert contre les monopoles une procédure sur base de l'article 169 du traité, en aurait limité l'objet à deux points mineurs, tels le maintien d'un monopole d'exportation et le maintien du droit exclusif d'importation des produits en libre pratique dans un autre État membre mais provenant de pays tiers.

Or, la Commission ne pourrait décider d'une manière arbitraire s'il y a lieu ou non de poursuivre du chef d'une infraction au traité commise par un État ou par une entreprise. Elle serait tenue par les principes généraux du droit communautaire.

En effet, il serait généralement admis que le traité s'applique sans distinction aux entreprises publiques et privées (à la seule exception de l'article 90, paragraphe 2). La Commission ne pourrait donc se montrer plus tolérante à l'égard d'une entreprise publique pour la seule raison qu'elle est publique.

Dans le cas d'une infraction commise par un État membre, la Commission aurait l'obligation d'ouvrir une procédure sur base de l'article 169. En revanche, à l'égard des infractions du traité commises par des entreprises, la Commission conserverait son pouvoir d'appréciation et ne serait pas obligée d'engager une procédure (voir Gleiss, Hirsch, Kommentar zum EWG-Kartellrecht, règlement 17, article 3, note 5). Il en résulterait que la poursuite des infractions commises par un État membre devrait avoir la priorité sur la poursuite des infractions commises par les entreprises.

En tout cas, si la Commission a un pouvoir discrétionnaire, celui-ci serait limité en ce sens qu'à l'égard de plusieurs infractions comparables, elle ne pourrait interdire les moindres et négliger les plus graves.

La Commission méconnaîtrait ces trois règles limitant son pouvoir discrétionnaire en ordonnant à l'industrie belge de supprimer la recommandation, dont l'effet sur les échanges serait purement théorique, tout en tolérant depuis 1970 la persistence de la structure du monopole en France et en Italie.

La *Commission* conteste, dans son mémoire en défense, l'affirmation selon laquelle elle tolérerait «des restrictions de concurrence incontestables dans deux pays à monopole», à savoir la France et l'Italie. En effet, elle aurait exigé l'aménagement, au titre de l'article 37 du traité, des monopoles à caractère commercial dont disposeraient ces deux États membres. Elle donne un résumé des procédures qu'elle aurait menées en vue de l'aménagement de ces monopoles.

Par ailleurs, elle aurait engagé depuis 1976 des procédures pour infraction présumée aux articles 85 et 86 à l'encontre des contrats d'exclusivité conclus par le SEITA et l'AAMS avec la plupart des fabricants étrangers de produits manufacturés du tabac (parmi lesquels figuraient des sociétés contrôlées par certains groupes auxquels appartiendraient les requérantes).

Les requérantes auraient, dans la présentation de ce moyen, mélangé les dispositions spécifiques concernant les entreprises publiques (article 90) et celles de l'article 37 concernant l'aménagement des monopoles nationaux à caractère commercial, lesquelles relèveraient du chapitre du traité relatif à l'élimination des restrictions quantitatives entre États membres. Une telle confusion ne permettrait pas de comprendre le raisonnement juridique exact des requérantes sur ce point, raisonnement auquel la Commission ne pourrait dès lors que répondre en mettant les requérantes en demeure de s'expliquer clairement.

On ne saurait en tout état de cause accepter l'affirmation avancée par certaines requérantes, et notamment par FEDETAB, selon laquelle la poursuite des infractions commises par un État membre devrait avoir la priorité sur la poursuite des infractions commises par les entreprises pour en tirer la conclusion que l'article 85 ne pourrait s'appliquer aux mesures incriminées ou que la Commission ne pourrait ouvrir une procédure et prendre une décision d'interdiction à leur égard.

Se référant aux explications fournies par la Commission, *FEDETAB* affirme, dans son mémoire en réplique, s'en tenir à sa conviction que la Commission n'aurait pas respecté les limites de son pouvoir discrétionnaire que lui imposerait le principe d'égalité des entreprises devant le traité. En effet les procédures récemment ouvertes par la Commission n'y changeraient rien. Elles n'auraient par pour objet l'aménagement du monopole en vue d'exclure toute discrimination.

La *Commission* énumère, dans son mémoire en duplique, les actions qu'elle a engagées en ce qui concerne la Belgique, la France, l'Italie et les Pays-Bas en vue de libéraliser le secteur des tabacs manufacturés.

En ce qui concerne *la Belgique*, la Commission affirme avoir adressé le 24 octobre 1978 une lettre au gouvernement belge lui demandant de s'expliquer au sujet de la pratique tendant à refuser de fournir des bandelettes correspondant à des PVD différents pour des cigarettes d'une même marque. Le gouvernement belge n'aurait pas répondu à cette lettre.

Le 22 janvier 1979, la Commission aurait mis le gouvernement en demeure de présenter ses observations au sujet de l'article 58 du Code de la TVA (annexe 11 à la duplique).

En ce qui concerne *la France*, la Commission aurait notamment ouvert le 30 novembre 1978 une procédure à l'encontre de la France pour infraction aux articles 37 et 30 concernant notamment les conditions de commercialisation pratiquées par ce pays. Le gouvernement français aurait répondu par lettre du

19 janvier 1979 à la mise en demeure de la Commission du 5 décembre 1978. Cette procédure suivrait son cours.

Le 26 octobre 1978, la Commission aurait en outre adressé une lettre au gouvernement français en lui demandant de s'expliquer au sujet de la fixation des PVD. Le gouvernement n'aurait pas encore répondu à cette lettre.

En ce qui concerne *l'Italie,* suite à l'ouverture par la Commission, en janvier 1979, d'une procédure pour infraction aux articles 37 et 30, les autorités italiennes auraient présenté à la Commission un projet de décret d'application de la loi qui mettrait fin au monopole d'importation et de commercialisation en gros. Cette procédure suivrait son cours.

Quant aux *Pays-Bas,* cet État membre avait mis fin, en 1978, suite à une procédure engagée par la Commission, à une infraction aux dispositions des directives fiscales. Le 14 décembre 1978, la Commission aurait ouvert la procédure de l'article 93, paragraphe 2, à l'encontre de certaines aides accordées dans le secteur des cigarettes. La procédure suivrait son cours.

La Commission préparerait actuellement une communication des griefs au titre de l'article 85 à l'encontre du système de distribution mis en place par la Stichting Sigarettenindustrie.

Pour ce qui est du *droit,* la Commission est d'avis qu'en définitive, le seul argument que FEDETAB invoque serait celui selon lequel la Commission aurait outrepassé les limites de son pouvoir discrétionnaire, limites que lui imposerait le principe de l'égalité de traitement des entreprises publiques et privées.

Or, même si l'on devait admettre qu'une telle limite existe, la Commission ne voit pas comment dans les circonstances de l'espèce elle aurait outrepassé cette limite. Ce que les requérantes chercheraient plutôt ce serait d'avoir un alibi que leur permettrait d'échapper à l'interdiction édictée par l'article 85 en arguant des violations qu'auraient commises d'autres entreprises ou États membres. Une infraction ne pourrait cependant jamais en justifier une autre.

I — Moyens invoqués par quelques requérantes seulement

Seizième moyen: violation des articles 85 et 190 du traité, en ce que la Commission aurait de façon erronée considéré la recommandation du 1er décembre 1975 comme la prolongation des mesures prises avant cette date et n'aurait pas correctement apprécié la recommandation pour cette raison

Ce moyen est invoqué de manière séparée par les seules requérantes *Jubilé* et *Vander Elst.* Certaines autres requérantes ont cependant consacré des considérations de fait à ce sujet, et notamment *FEDETAB.*

Jubilé fait remarquer que, selon la Commission, les dispositions de la recommandation ne feraient que prolonger les accords et décisions antérieurs au 1er décembre 1975.

Cette conception, qui servirait de fil conducteur à toute la décision (n° 103), constituerait une méconnaissance capitale de la recommandation et serait d'une gravité telle qu'elle justifierait sur ce seul point une annulation de la décision, pour application de l'article 85, paragraphe 1, à des *faits inexacts.*

Cette thèse est reprise par *Vander Elst,* qui fait valoir qu'une comparaison des restrictions à la concurrence qui, selon la Commission, seraient issues des anciens accords avec la teneur de la recommandation montrerait qu'il s'agit de deux *situations de fait tout à fait différentes,* entraînant donc des *effets différents sur le jeu de la concurrence.*

En effet, les obligations imposées sous l'empire des anciens accords (voir article 1er, 2) à 6) de la décision attaquée) ne seraient pas contenues dans la recommandation. Celle-ci n'établirait plus de marges bénéficiaires déterminées mais elle recommanderait des marges maximales. Elle laisserait toute liberté aux fabricants pour prévoir d'autres ristournes individuelles, elle ne lierait plus en rien les grossistes en ce qui concerne leurs conditions de revente et elle ne contiendrait donc plus aucun élément constitutif d'une restriction verticale au jeu de la concurrence.

Le fait que *l'ensemble de l'appréciation juridique* de la recommandation soit également fondé sur la méconnaissance des différences effectives entre la recommandation et les anciens accords, *ressortirait* notamment des nos 60, 96, 97 et 103 de la décision. Cette erreur sur les circonstances de fait conduirait la Commission à motiver les prétendus effets restrictifs du jeu de la concurrence de la recommandation par les effets des anciens accords.

La *Commission* estime, en ce qui concerne les *faits*, que dans l'exposé des faits de la décision, elle aurait consacré deux parties bien distinctes à la description des mesures antérieures (nos 19 à 57) et à la recommandation (nos 58 à 76). Aucune confusion sur l'objet de ces mesures ne serait possible. Au contraire, au n° 60 de la décision, la Commission aurait même fait remarquer que cette recommandation «... est destinée à remplacer les mesures décrites au point I C ci-avant».

Le dispositif de la décision aurait dès lors correctement maintenu cette distinction en traitant l'application de l'article 85 à ces mesures dans deux articles séparés, à savoir: l'article 1 pour les mesures antérieures; l'article 2 pour la recommandation.

Ce serait dans cette ligne que devrait également se lire l'appréciation juridique de la décision qui aurait examiné ces mesures de manière distincte, à savoir aux nos 77 à 93 et 110 et 112 (mesures antérieures) et aux nos 94 à 108 et 113 à 134 (recommandation).

Il serait évident que les mesures antérieures et postérieures au 1er décembre 1975, même si elles permettraient de constater certaines différences, auraient des objets similaires, concernant notamment les marges du négoce, les ristournes de fin d'année et la concertation sur les délais de paiement maxima. Il serait en outre établi que *toutes* les requérantes auraient appliqué ces mesures tant avant qu'après le 1er décembre 1975.

Pour ce qui est du *droit*, la Commission fait remarquer que dans son arrêt *Suiker Unie* (attendu 111), la Cour aurait considéré que rien n'interdit à la Commission de statuer par une décision unique sur plusieurs infractions, à condition que la décision permette à tout destinataire de dégager avec précision les griefs retenus à son égard. Or, la décision de la Commission permettrait de faire clairement la distinction entre les différentes mesures.

La Commission maintient qu'il est parfaitement licite et normal au regard de l'article 190 du traité de se référer, dans la partie de sa motivation concernant l'appréciation de certaines mesures, aux effets semblables ou identiques que des mesures ayant eu des objets similaires ont exercés auparavant.

Dix-septième moyen: violation des articles 85 et 190 du traité, en ce que la Commission aurait à tort considéré la recommandation comme ayant constitué un accord entre entreprises ou comme ayant créé des obligations pour les requérantes

Ce moyen est invoqué de manière séparée par les seules requérantes *Jubilé* et *Vander Elst.* Certaines autres requérantes ont consacré des considérations de fait à ce sujet, et notamment *FEDETAB.*

Jubilé fait valoir que la Commission méconnaîtrait déjà *dans les faits* que la recommandation, envisagée d'après son esprit et sa finalité, ne comporterait qu'une recommandation et, donc, précisément, aucune «réelle obligation» (décision, n° 61). On ne saurait inventer une telle obligation juridique du fait que la recommandation émanerait du conseil d'administration de FEDETAB. Il se pourrait que la genèse de la recommandation lui donne le caractère d'une décision émanant d'une association d'entreprises; mais cette genèse n'aurait rien à voir avec son caractère juridiquement obligatoire.

Vander Elst fait observer que la Commission qualifierait la recommandation d'*accord* intervenu entre celles des entreprises qui, comme la requérante, lui auraient fait savoir par écrit qu'elles souscrivaient à cette recommandation. La Commission se fonderait sur la nature «réellement obligatoire» de la recommandation (décision, n^{os} 61 et 99).

Cette appréciation juridique serait erronée. En effet, seul pourrait être qualifié d'accord un *contrat* obligatoire au titre du droit national, conclu entre deux ou plusieurs parties. La recommandation ne sortirait toutefois *aucun effet obligatoire* quant au comportement sur le marché de même que toute mesure destinée à en garantir le respect. La recommandation laisserait chaque fabricant *libre* de la respecter, de la respecter en partie ou de ne pas la respecter.

Cependant, la requérante considère la recommandation comme ligne directrice de son comportement.

Après avoir rappelé, sur le plan des faits, les termes de la notification de la recommandation effectuée par FEDETAB et le fait que *toutes* les requérantes auraient indiqué à la Commission qu'elles faisaient leur la notification de FEDETAB et qu'elles avaient l'intention de se conformer à la recommandation, la *Commission* fait valoir, dans son mémoire en défense, que ce serait de manière correcte qu'elle aurait considéré au n° 94 de la décision que la recommandation devrait être considérée comme une décision d'association d'entreprises au sens de l'article 85, paragraphe 1, et en outre comme un accord conclu entre les entreprises qui ont déclaré lui adhérer.

Sur le plan juridique, la Commission ne pourrait donc se rallier à la thèse défendue notamment par Vander Elst selon laquelle «. . . seul peut être qualifié d'accord un *contrat* obligatoire au titre du droit national, conclu entre deux ou plusieurs parties».

En effet, dans le cas d'espèce, il serait établi ainsi que ce fut le cas pour les gentlemen's agreements dans l'affaire Quinine (affaire 44/69, *Buchler/Commission,* Recueil 1970, p. 733, att. 25), que les requérantes se seraient mutuellement déclarées disposées à se conformer à la recommandation et admettraient s'y être conformées depuis le 1er décembre 1975 et que la recommandation constituerait ainsi la fidèle expression de la volonté commune des membres de l'entente concernant leur comportement sur le marché belge.

Dans son mémoire en réplique, *Vander Elst* persiste dans sa thèse selon laquelle la recommandation n'imposerait d'obligation *ni sur le plan horizontal, ni sur le plan vertical.* Si le fabricant suit la recommandation et si le négociant y souscrit, leus relations contractuelles dépendront des critères que le négociant remplira dans chaque cas particulier. Cette situation juridique serait toute différente de celle dans laquelle le passage d'un négociant d'une catégorie à une autre serait subordonné à un acte d'agrément.

Dans son mémoire en duplique, la *Commission* fait remarquer, sur le plan des *faits,* que le principal objet de controverse soulevé par le présent moyen concernerait le fait de savoir si la recommandation était ou non obligatoire.

A ce propos, il faudrait faire une distinction des différentes significations possibles du mot «obligation» selon le contexte où il est employé et on ne pourrait confondre les obligations que la recommandation créérait pour les entreprises qui y auraient adhéré et les obligations qui en découleraient pour les tiers.

Lorsqu'elle utilise le mot «obligation» au n° 61 de la décision, ce serait évidemment dans ce dernier sens de contrainte économique pour les autres entreprises du secteur que le mot «obligation» serait employé, ainsi qu'il ressortirait d'une lecture de ce point.

Quant à la question de savoir si, par leur adhésion à la recommandation, les requérantes s'obligent à en respecter le contenu, la Commission est d'avis qu'une réponse affirmative à cette question ressort clairement des termes des lettres par lesquelles les requérantes ont déclaré adhérer à la recommandation. Cela ressortirait également de l'article 8, paragraphe 2, des statuts de FEDETAB, ainsi que des termes de la notification de la recommandation.

Pour ce qui est du *droit,* la Commission est d'avis que le point de savoir si la recommandation a ou non un caractère obligatoire n'est pas de nature à vicier la considération du n° 94 de la décision qui a qualifié la recommandation comme suit:

«La recommandation ... doit être considérée comme une décision d'associations d'entreprises au sens de l'article 85 (1), et en outre comme un accord conclu entre les entreprises qui ont déclaré y adhérer.»

En effet, que la recommandation ait ou non eu un caractère obligatoire ne serait également pas de nature à la priver d'effet restrictif, à partir du moment où les requérantes se seraient mutuellement déclarées disposées à se conformer à ses dispositions (ce que les requérantes n'auraient pas contesté et qui ressortirait d'ailleurs de leurs lettres adressées à la Commission à la suite de la notification, défense annexe 7) et admettraient s'y conformer depuis le 1er décembre 1975.

Dix-huitième moyen: violation des articles 85 et 190 du traité en ce que la Commission aurait à tort estimé que HvL se serait concertée avec les autres participants au sujet des mesures antérieures au 1er décembre 1975

Ce moyen est invoqué par la seule requérante *HvL,* qui consacre également à divers endroits de sa requête des considérations relatives au marché luxembourgeois, lesquelles, d'après la Commission, seraient dépourvues de pertinence.

HvL affirme, en ce qui concerne la période avant le 1er décembre 1975, n'avoir signé aucune des conventions visées à la décision, sauf que, par lettre du 23 décembre 1971, elle aurait participé à la mesure collective prise en matière de délais de paiement.

Elle se serait alignée sur le comportement des autres fabricants et importateurs belges en ce qui concerne l'organisation du marché belge, sans que pour cela, l'on puisse présumer l'existence d'une entente ou d'une pratique concertée.

La *Commission* relève, sur le plan des *faits,* que FEDETAB préciserait que la mesure prise le 23 décembre 1971 serait une mesure collective et que «... pour donner à la lettre de FEDETAB tout le poids requis, les principaux fabricants membres de FEDETAB décident d'y apposer leur signature». Cela supposerait que FEDETAB entendait engager ses membres fabricants (y compris HvL) même lorsqu'ils ne signaient pas les autres mesures prises et les accords conclus par leur fédération en leur nom. Leur comportement montrerait en outre que tel était bien leur intention.

Pour ce qui est du *droit,* la Commission estime que dans les circonstances de fait susvisées, la décision pourrait valablement être adressée aux membres de FEDETAB, non seulement dans la mesure où ils auraient participé directement aux mesures concernées, mais également dans la mesure où ils seraient responsables de l'adoption de telles mesures par le biais de leur association professionnelle.

IV — Question posée par la Cour au gouvernement belge et réponse de celui-ci

Le 18 janvier 1980, la Cour a invité le gouvernement belge, conformément à l'article 21, paragraphe 2, du statut de la Cour, à répondre, par écrit, avant le 20 février 1980, à la question suivante:

«Compte tenu des dispositions législatives ou réglementaires en matière du droit fiscal belge ainsi que de la pratique administrative belge en matière d'accises, est-il permis au fabricant ou importateur de mettre en vente *simultanément* des cigarettes de la même qualité, de la même marque, et présentées en nombre égal sous le même emballage mais *à des prix-bandelette différents?*»

Après avoir obtenu de la Cour une prorogation du délai susvisé, le gouvernement belge a, le 25 février 1980, donné une réponse *négative* à la question posée par la Cour et a exposé un commentaire détaillé justifiant sa réponse.

V — Question posées par la Cour aux parties

Par lettre du 3 mars 1980, la Cour a invité la Commission et les parties requérantes à répondre à l'audience aux questions suivantes:

1. Questions à la Commission

a) A quel stade se trouvent les procédures engagées par la Commission contre la République française et la République italienne en vertu de l'article 169 du traité CEE et pour quelles raisons la Commission a-t-elle écarté, dans ce contexte, d'autres points critiqués par les requérantes et concernant la commercialisation des cigarettes importées dans les États mentionnés?

b) La Commission est priée d'exposer plus en détail sa thèse «que les conditions de commercialisation auxquelles sont soumis les produits que les requérantes vendent en Belgique (y compris les produits qu'elles ont préalablement importés d'autres États membres) sont susceptibles d'exercer *indirectement*

des effets sur ces courants d'échanges» (mémoire en duplique, p. 128).

2. Questions aux requérantes

a) Les producteurs de cigarettes qui ont donné leur accord à la recommandation FEDETAB, respectent-ils exactement les marges indiquées dans cette recommandation ou y a-t-il des différenciations et écarts (si oui, dans quelle mesure)?

b) Les producteurs de cigarettes ont-ils jamais essayé d'agir isolément dans le cadre de la réglementation belge sur le contrôle des prix et se sont-ils heurtés à des obstacles de la part de l'administration qui exigerait des démarches concertées?

c) Pour autant que les producteurs belges sont en même temps importateurs, s'agit-il exclusivement des cigarettes produites par des entreprises étrangères appartenant au même groupe que l'importateur des cigarettes?

d) Quel est l'intérêt que les requérantes attachent à une décision d'exemption en vertu de l'article 85, paragraphe 3, du traité CEE pour les mesures appliquées avant la recommandation du 1er décembre 1975?

e) Quels sont les autres avantages et compensations que les producteurs peuvent accorder à leurs clients en dehors des marges bénéficiaires et des ristournes de fin d'année (v. particulièrement requête 215/78, p. 16; mémoire en réplique 218/78, p. 9 et 67)?

VI — Procédure orale

A l'audience des 6 et 7 mai 1980, les parties suivantes ont été entendues en leurs observations orales: la requérante HvL, représentée par Me D. Arendt, avocat au barreau de Luxembourg; la requérante FEDETAB, représentée par Mes L. Goffin, A. Braun, P. F. Lebrun et P. van Ommeslaghe, avocats au barreau de Bruxelles, et par Mes H. G. Kemmler et B. Rapp-Jung, avocats au barreau de Frankfurt-am-Main; la requérante Gosset, représentée par Me W. Van Gerven, avocat au barreau de Bruxelles; la requérante BAT, représentée par Me P. F. Lebrun; la requérante Cinta, représentée par Me E. Jakhian, avocat au barreau de Bruxelles; la requérante Weltab, représentée par Me P. van Ommeslaghe; les requérantes Jubilé et Vander Elst, représentées par Mes H. G. Kemmler et B. Rapp-Jung, ainsi que par Me A. Boehlke, avocat au barreau de Frankfurt-am-Main; la partie intervenante ATAB, représentée par Me J. R. Thys, avocat au barreau de Bruxelles; la partie intervenante AGROTAB, représentée par Me J. M. van Hille, avocat au barreau de Gand; la partie intervenante FNJ, représentée par Me Pierre Didier, avocat au barreau de Bruxelles; la Commission des Communautés européennes, représentée par son conseiller juridique M. B. van der Esch, en qualité d'agent, assisté de MM. J. F. Verstrynge et G. zur Hausen, membres du service juridique; les parties intervenantes Mestdagh, Huyghebaert et la FBCA, représentées par Me L. van Bunnen, avocat au barreau de Bruxelles; la partie intevenante, GB-Inno-BM, représentée par Me L. van Bunnen et par Me A. Vandencasteele, avocat au barreau de Bruxelles.

Au cours de l'audience, la Commission et les parties requérantes ont répondu aux questions écrites posées par la Cour. Leurs réponses peuvent être résumées comme suit:

A — Réponses aux questions écrites

1. Réponses de la Commission

a) Répondant à la première question, que la Cour lui a posée, la *Commission* a donné un compte rendu de l'état actuel

des procédures en manquement d'État, au titre de l'article 169 du traité, qu'elle a intentées contre la République française et l'Italie. Dans le cadre de sa réponse, la Commission a traité également des obstacles à l'ouverture des marchés français et italiens énumérés par FEDETAB dans sa requête (voir ci-dessus sous la rubrique «Moyen concurrent un principe général de droit») et a nié avoir écarté ces points.

b) Pour ce qui est de la deuxième question posée par la Cour à la Commission, celle-ci a affirmé avoir démontré dans ses mémoires (et notamment dans sa duplique, à la page 128) la réalité de l'affectation du commerce entre États membres, même compte tenu des entraves inhérentes aux réglementations fiscales belges. La Commission aurait fait explicitement mention dans sa décision — par exemple aux n^{os} 93 et 107 — des difficultés auxquelles se heurtent les importations parallèles par les négociants. Elle aurait cependant estimé que ces difficultés peuvent et sont aisément surmontées par les fabricants importateurs. Les chiffres d'importation cités par les requérantes elles-mêmes permettraient de n'en pas douter. Ainsi, le 27 octobre 1978, à l'audience en référé, la requérante Cinta, importatrice de la «Gauloise», aurait mentionné le fait que 56 % de son chiffre d'affaires serait réalisé en produits étrangers. Elle aurait cité des chiffres selon lesquels les importations en Belgique en provenance de France seraient passées de 500 millions de cigarettes à plus d'un milliard et en provenance d'Allemagne de 45 millions à 140 millions.

Il ne serait dès lors pas étonnant que la Commission ait considéré que, malgré les difficultés susvisées, la modification des conditions de commercialisation en Belgique était de nature à détourner les courants commerciaux de leur orientation naturelle, c'est-à-dire de celle qu'ils auraient connue en l'absence des restrictions de concurrence constatées, ainsi que la Cour l'aurait indiqué dans son arrêt du 15 mai 1975 dans l'affaire 71/74, «*Frubo*» (Recueil 1975, p. 563).

Lorsqu'en effet, les requérantes fixeraient collectivement le niveau maximal des divers avantages pécuniaires qu'elles octroient à leurs revendeurs respectifs, grossistes et détaillants, elles excluraient de ce fait également la concurrence par les prix qu'elles pourraient se faire entre elles à ce sujet lors de la revente des produits qu'elles importent des autres États membres. Cette concertation de la part des requérantes aurait pour effet de créer des conditions de commercialisation ne résultant pas du libre jeu de la concurrence mais aboutissant notamment à un certain niveau de rémunération de ces intermédiaires. Ce serait de ce niveau dont devront tenir compte les autres entreprises qui importent ou désirent importer ces produits en Belgique, notamment lorsqu'elles devront déterminer leurs prix de cession aux négociants. De plus, selon la Commission, c'est ce niveau qui aura également pour effet de permettre ou d'empêcher des importations que les requérantes elles-mêmes auraient pu ou n'auraient pas pu effectuer si elles ne s'étaient pas concertées au sujet des avantages pécuniaires à octroyer aux négociants.

En l'absence de la concertation, certains auraient peut-être pu importer davantage tandis que d'autres auraient peut-être moins importé, de sorte qu'en tout état de case la concertation des requérantes

serait susceptible d'affecter le commerce entre États membres.

2. Réponses des parties requérantes

a) En ce qui concerne la mesure dans laquelle les producteurs belges des cigarettes respecteraient les marges indiquées dans la recommandation, *FEDETAB* a affirmé que ces marges sont respectées par Cinta, par Vander Elst, par Jubilé, par BAT et par Weltab qui aurait indiqué qu'elle suit le leader Vander Elst à ce sujet. *HvL* a affirmé qu'elle respecte scrupuleusement les marges en question.

b) Quant à la question de savoir si les producteurs des cigarettes ont jamais essayé d'agir isolément dans le cadre de la réglementation belge sur le contrôle des prix, la requérante *BAT* a soutenu qu'une tentative isolée de politique de prix serait absolument vaine. A cet égard, elle a cité l'expérience qu'elle aurait vécue en introduisant une nouvelle marque de cigarettes, à savoir la marque «Gold Dollar», au prix de 32 francs le paquet de 25 cigarettes, mais qui était passée à 37 francs le paquet après la hausse des prix du 15 octobre 1977, la bandelette à 37 francs étant alors la moins élevée offerte par l'administration. Après la restauration suite à une demande de la requérante, de la bandelette à 35 francs, la bandelette la moins élevée serait passée sans avertissement aucun à 38 francs le paquet, le seul commentaire de l'administration à ce sujet étant que «quelques classes de prix parmi les moins élevées sont supprimées». Cette expérience démontrerait que ce serait l'État qui gère le prix des cigarettes.

c) Répondant à la troisième question posée par la Cour, *FEDETAB* a affirmé, chiffres à l'appui, que, pour autant que les producteurs belges sont en même temps importateurs, il s'agirait presque exclusivement de cigarettes produites par les entreprises étrangères appartenant au même groupe que celui de l'importateur.

d) Pour ce qui est de la quatrième question, *Weltab* a expliqué les raisons pour lesquelles la majorité des requérantes maintiennent leurs conclusions en ce qui concerne les mesures appliquées avant la recommandation du 1er décembre 1975. Elle a affirmé, d'une part, que ces requérantes, pour des raisons de moralité commerciale, souhaiteraient ne pas encourir une condamnation. D'autre part, les accords antérieurs à 1975 comporteraient aussi des classements d'intermédiaires qui seraient comparables à certains égards à ceux que comporterait la recommandation, de sorte qu'il aurait paru un peu incohérent de renoncer à discuter la situation antérieure.

e) En réponse à la dernière question, *FEDETAB* a indiqué une série d'avantages et de compensations que les producteurs peuvent accorder à leurs clients en dehors des marges bénéficiaires et des ristournes de fin d'année. Il s'agirait notamment de la périodicité des visites, du dépannage rapide en cas de rupture de stocks chez les détaillants, d'actions promotionnelles et publicitaires, de primes de lancement, de la fourniture d'échantillons gratuits et de conseils juridiques.

B — Réponses à des questions posées par la Cour lors de l'audience

1. Répondant à une demande de commenter la thèse selon laquelle si la recommandation prévoit des marges de distribution, et plus particulièrement des

marges pour les grossistes, ce serait en réalité le gouvernement belge qui fixerait, dans le cadre du contrôle des prix, les marges de négoce, la *Commission* a fait remarquer que, malgré une certaine apparence d'identité, il s'agirait de deux choses bien distinctes. En effet, le contrôle belge des prix ne concernerait que les hausses maximales des PVD. Il aurait pour but de freiner l'inflation des prix. En donnant son «fiat» aux hausses maximales des PVD proposées par FEDETAB, le ministre belge ferait état d'un élément de calcul particulier, à savoir une augmentation déterminée de la marge maximale des grossistes. Or, le rôle de l'entente serait différent. FEDETAB prendrait acte de l'élément de calcul qui aurait permis au ministre d'approuver la hausse des PVD et transformerait par la suite cet élément de calcul en restriction de concurrence en bonne et due forme. Les deux actions, gouvernementale et professionnelle, se compléteraient ainsi presque à merveille. La Commission a ajouté que tout cela aurait trait aux hausses des marges qui se répercuteraient sur les PVD, tandis que le principal effet horizontal de l'entente résiderait dans l'interdiction que se feraient les fabricants de cigarettes d'accorder individuellement, en dehors du classement, des marges plus importantes à tel ou tel grossiste, et cela aux dépens de leurs propres marges bénéficiaires, sans répercussion sur les PVD.

2. La Cour ayant demandé quelle est l'utilité de la recommandation si en réalité, ainsi que le soutiendraient les requérantes, les possibilités de concurrence en matière de prix et de marge commerciale étaient quasi inexistantes en raison des diverses interventions de l'État belge, FEDETAB a répondu en ce sens que, dans le domaine résiduel très restreint, notamment en matière des marges, laissé par les contraintes législatives, la recommandation opérerait un classement qui garantirait au négoce une certaine survie. Ce classement, qui permettrait surtout de distinguer les grossistes et les détaillants selon leurs fonctions, assurerait également une bonne organisation de la distribution.

L'avocat général a présenté ses conclusions à l'audience du 3 juillet 1980.

En droit

I — Considérations générales

1 Les présents recours ont pour objet l'annulation de la décision de la Commission 78/670/CEE, du 20 juillet 1978, relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE (IV/28.852 GB-Inno-BM-FEDETAB et IV/29.127 Mestdagh-Huyghebaert-Fedetab et IV/29.149 — recommandation «FEDETAB») (JO n° L 224, p. 29 et suiv.) faisant grief aux parties requérantes d'avoir commis diverses infractions audit article.

2 Les requérantes, qui représentent l'ensemble des destinataires de cette décision énumérés à l'article 4 de celle-ci, sont l'association sans but lucratif Fédération belgo-luxembourgeoise des industries du tabac à Bruxelles (ci-après dénommée FEDETAB), association professionnelle regroupant presque tous les fabricants belges et luxembourgeois de tabacs manufacturés, et, à titre individuel, sept de ses membres les plus importants, à savoir:

— Cinta SA (ci-après Cinta), à Bruxelles,

— Éts Gosset SA (ci-après Gosset), à Bruxelles,

— Jubilé SA (ci-après Jubilé), à Liège,

— Vander Elst SA (ci-après Vander Elst), à Anvers,

— Weltab SA (ci-après Weltab), à Bruxelles,

— BAT Benelux SA (ci-après BAT), à Bruxelles,

— Heintz van Landewyck sàrl (ci-après HvL), à Luxembourg.

3 Les mesures incriminées par la décision attaquée et décrites ci-dessous portent sur la distribution des produits manufacturés du tabac en Belgique et se divisent en deux groupes. Il s'agit, d'une part, de certaines décisions prises par FEDETAB et de certains accords conclus par celle-ci avec d'autres associations professionnelles du secteur desdits produits, pendant la période allant du 1er février 1962 au 1er décembre 1975, et, d'autre part, des dispositions d'une «recommandation» adoptée par FEDETAB en matière de vente de cigarettes sur le marché belge et notifiée par elle à la Commission le 1er décembre 1975.

4 Les requérantes ayant invoqué de nombreux moyens relatifs au déroulement de la procédure administrative qui a précédé la décision attaquée, il convient d'indiquer d'abord les grandes lignes de cette procédure, en vue de faciliter l'examen de l'argumentation développée par les parties au sujet desdits moyens.

5 Par plainte déposée le 2 avril 1974 devant la Commission au titre de l'article 3, paragraphe 2 du règlement n° 17/62, la société GB-Inno-BM (ci-après GB), société belge de commercialisation par grandes surfaces, a demandé à la Commission d'ouvrir une procédure contre FEDETAB, contre l'association sans but lucratif «Fédération nationale du commerce de gros en produits manufacturés du tabac» (ci-après FNCG) et contre l'association sans but

lucratif «Association des détaillants du tabac» (ci-après ATAB). Suite à cette plainte, la Commission a engagé une procédure en application dudit article au cours de laquelle elle a notamment adressé, le 18 juillet 1975, à FEDETAB, à ATAB et à l'association sans but lucratif «Association nationale des grossistes itinérants en produits manufacturés du tabac» (ci-après ANGIPMT), association créée à la suite de la dissolution de la FNCG, une communication de griefs, dans laquelle elle a déclaré qu'à son avis certains accords, décisions et pratiques concertées de FEDETAB et de ses membres étaient contraires à l'article 85 du traité.

6 L'audition des requérantes dans les présentes affaires et de la plaignante GB avait été fixée au 22 octobre 1975. Le 21 octobre 1975, la SA Mestdagh Frères et Cie, société exerçant les activités de revendeur en gros à succursales multiples, et la SA Eugène Huyghebaert, société exerçant les activités de grossiste en alimentation, ont demandé de se joindre à la plainte de GB et ont déposé des plaintes devant la Commission au titre de l'article 3, paragraphe 2, du règlement n° 17/62.

7 L'audition ayant eu lieu, comme prévu, le 22 octobre 1975, la procédure a été, par la suite, étendue à la «Recommandation en matière de vente de cigarettes sur le marché belge» adoptée par FEDETAB et notifiée par celle-ci le 1er décembre 1975, conformément aux articles 2 et 4 du règlement n° 17/62. La Commission a, le 17 mai 1976, adressé à FEDETAB et aux autres requérantes, qui avaient, de leur côté, notifié la recommandation, une seconde communication des griefs, laquelle se rapportait à ladite recommandation, et qui a fait l'objet, le 22 septembre 1976, d'une seconde audition des requérantes.

8 Après avoir adressé d'ultimes demandes de renseignements aux requérantes et obtenu l'avis du comité consultatif en matière d'ententes et de positions dominantes, la Commission a pris la décision attaquée du 20 juillet 1978, qui a pour objet tant les plaintes de GB et de Mestdagh et Huyghebaert que la recommandation FEDETAB du 1er décembre 1975.

9 Selon l'article premier de la décision, les accords entre les destinataires de celle-ci et les décisions d'association d'entreprises adoptées par FEDETAB et relatifs à l'organisation de la distribution et de la vente des produits du tabac en Belgique et ayant pour objet:

1. l'octroi par FEDETAB de son agrément aux grossistes et aux détaillants, le classement de ceux-ci en diverses catégories et l'attribution à ces dernières de marges fixes différentes;

2. le respect des prix de revente imposés par les fabricants prévu par une convention conclue les 22 mai et 5 octobre 1967 entre FEDETAB et FNCG et son avenant du 29 décembre 1970;

3. la limitation par FEDETAB de l'accès à certaines catégories de grossistes;

4. l'interdiction de revente à d'autres grossistes qui constituait l'objet de mesures collectives et d'un avenant interprétatif du 22 mars 1972;

5. l'application aux grossistes et aux détaillants de délais de paiement uniformes qui constituait l'objet de mesures collectives du 23 décembre 1971;

6. le respect de l'obligation imposée aux détaillants d'offrir un assortiment minimal, décidé par FEDETAB et assuré par les accords et mesures collectives pris par certains de ses membres

«ont constitué, pour la période allant du 13 mars 1962 au 1er décembre 1975, des infractions à l'article 85, paragraphe 1 du traité».

10 Aux termes de l'article 2, la recommandation FEDETAB, entrée en vigueur le 1er décembre 1975 et ayant pour objet:

1. la répartition des grossistes et des détaillants belges en catégories et l'attribution à ces dernières de marges différentes;

2. l'application aux grossistes et aux détaillants de délais de paiement uniformes;

3. l'attribution aux grossistes et aux détaillants d'une ristourne de fin d'année.

«constitue une infraction à l'article 85, paragraphe 1 du traité ... et ne peut bénéficier d'une exemption au titre du paragraphe 3 du même article».

11 L'article 3, paragraphe 1, dispose que les destinataires de la décision sont tenus de mettre fin à l'infraction visée à l'article 2 et qu'en particulier «ils s'abstiendront désormais de tout acte quelconque ayant le même objet» que la recommandation FEDETAB. Aux termes du deuxième paragraphe de l'article 3, FEDETAB est tenue d'informer sans délai tous ses membres non destinataires de la décision du contenu de celle-ci.

12 Par ordonnance du 30 octobre 1978, le président de la deuxième chambre de la Cour, remplaçant le président de la Cour, en vertu des articles 85, paragraphe 2, et 11, paragraphe 2, du règlement de procédure, statuant au provisoire, a ordonné qu'il soit sursis à l'exécution des articles 2 et 3 de la décision, jusqu'à ce que la Cour ait statué au fond.

13 Par requêtes déposées au greffe de la Cour au cours des mois de septembre et d'octobre 1978, chacune des requérantes a introduit un recours ayant pour objet l'annulation, et, dans certains cas, à titre subsidiaire la réformation, de la décision litigieuse pour autant qu'elle les concerne.

14 La Cour a, par ordonnances datées respectivement du 26 octobre 1978, 28 mars 1979 et 27 juin 1979, admis l'intervention de diverses parties à l'appui tant des conclusions des requérantes que de celles de la Commission.

15 En raison de leur connexité, il convient de joindre les présentes affaires aux fins de l'arrêt.

II — Moyens de forme et de procédure

Premier moyen: refus par la Commission d'entendre certaines associations de grossistes et de détaillants intéressées

16 Toutes les requérantes, sauf Vander Elst, reprochent à la Commission d'avoir refusé de donner suite à la demande des associations ANGIPMT et ATAB et du Consortium tabacs-groep tabak (ci-après GT), association de fait regroupant notamment certains des anciens membres de l'ANGIPMT, d'être entendus au cours de la procédure administrative. Ce refus constituerait une violation des dispositions de l'article 19, paragraphe 2, du règlement n° 17/62 et de l'article 5 du règlement n° 99/63.

17 Aux termes de l'article 19, paragraphe 2, du règlement n° 17/62, si des personnes physiques ou morales justifiant d'un intérêt suffisant demandent à être entendues, il doit être fait droit à leur demande. A cette fin, la Commission leur donne, en vertu de l'article 5 du règlement n° 99/63, l'occasion de faire connaître leur point de vue par écrit dans le délai qu'elle fixe.

18 Il ressort du dossier que le comportement de la Commission est critiqué dans la seule mesure où celle-ci a refusé d'inviter les associations susvisées à la seconde audition du 22 septembre 1976 relative à la recommandation FEDETAB. Par contre, il ressort également du dossier qu'au cours de la procédure, ces associations ont fait parvenir à la Commission leurs prises de position écrites au sujet de la recommandation. Il en résulte que la Commission n'a pas refusé d'entendre lesdites associations, en violation des dispositions réglementaires précitées, étant donné que, conformément à l'article 5 du règlement n° 99/63, la Commission leur a donné l'occasion de faire connaître leur point de vue par écrit, possibilité qu'elles ont effectivement utilisée.

19 Ce moyen doit donc être rejeté.

Deuxième moyen: refus par la Commission d'accéder à la demande de FEDETAB d'entendre deux associations de grossistes

20 Le 30 juin 1976, FEDETAB a adressé une lettre à la Commission par laquelle elle a demandé à celle-ci de convoquer à la seconde audition du 22 septembre 1976 deux associations de grossistes, à savoir le GT et la Nationale Vereniging van familiale Groothandelsondernemingen (ci-après NVFG). Il ressort cependant du premier paragraphe de cette lettre que celle-ci avait

pour objet en premier lieu d'informer la Commission que FEDETAB n'avait aucune objection à ce que l'ANGIPMT assiste à l'audition du 22 septembre 1976. Toutefois, dans le second paragraphe, il est dit que «FEDETAB souhaite cependant pour que la Commission soit complètement éclairée de convoquer également» la NVFG et le GT. Il est à remarquer également que cette lettre a été adressée à la Commission après la réception par FEDETAB de la seconde communication des griefs relative à la recommandation mais avant la réponse de FEDETAB à ladite communication.

21 Le 20 juillet 1976, après transmission à la Commission de la réponse de FEDETAB à la seconde communication des griefs, la Commission a répondu à la lettre du 30 juin 1976 en signalant sa décision de n'inviter finalement à l'audition que «FEDETAB et ceux de ses membres qui en auront fait la demande». Elle a justifié cette décision en indiquant qu'elle voyait dans la recommandation une «entente qui a été et reste le fait des seuls producteurs et à laquelle . . . les grossistes et les détaillants n'ont . . . pris aucune part».

22 Selon FEDETAB la lettre du 30 juin 1976 aurait constitué une demande au titre de l'article 3, paragraphe 3, du règlement n° 99/63, aux termes duquel les entreprises et associations d'entreprises contre lesquelles une procédure est engagée «peuvent . . . proposer que la Commission entende des personnes qui sont susceptibles de confirmer les faits invoqués» par elles dans leurs observations écrites sur les griefs retenus contre elles.

23 Par contre, la Commission maintient qu'en vertu de la formulation de la lettre du 30 juin 1976, qui traiterait sur un pied d'égalité la demande de l'ANGIPMT et la demande introduite par FEDETAB pour le compte de la NVFG et du GT, il s'agissait d'une demande d'audition des tiers au sens de l'article 5 du règlement n° 99/63 et non d'une proposition, au titre de l'article 3, paragraphe 3, que soient confirmés certains faits par des témoins. Ce serait bien dans le contexte de l'article 5 que la Commission aurait placé sa réponse du 20 juillet 1976.

24 Il ressort des paragraphes 1 et 2 de l'article 3 du règlement n° 99/63 que les entreprises et les associations d'entreprises contre lesquelles une procédure a

été engagée peuvent exposer tous les moyens et faits utiles à leur défense dans leurs observations écrites sur les griefs retenus contre elles. Le paragraphe 3 de cet article permet à ces entreprises et associations de proposer que la Commission entende des tiers susceptibles de confirmer les faits invoqués par elles dans leurs observations écrites. Or, au moment où FEDETAB a adressé sa lettre du 30 juin 1976 à la Commission, elle n'avait pas encore transmis à celle-ci sa réponse écrite à la seconde communication des griefs, de sorte que cette lettre n'aurait pu en tout cas constituer une proposition valable au sens de l'article 3, paragraphe 3. De plus, il y a lieu de remarquer que la réponse écrite de FEDETAB du 12 juillet 1976 n'a contenu aucune proposition en ce sens et que la lettre de la Commission du 20 juillet 1976 n'a suscité aucune réaction de la part de FEDETAB à l'appui d'une telle proposition.

25 Pour ces motifs le présent moyen doit être rejeté.

Troisième moyen: absence de personnes mandatées pendant une partie de l'audition du 22 septembre 1976

26 Ce moyen, invoqué par FEDETAB et par les autres requérantes sauf Jubilé et Vander Elst, est fondé sur l'affirmation selon laquelle des personnes mandatées par la Commission s'étaient absentées momentanément lors de l'audition.

27 La Commission a toutefois répondu, sans être contredite, que la seule personne mandatée pour procéder à cette audition était M. Dennis Thompson, directeur de la direction «Ententes et abus et position dominante» qui était présent pendant toute la durée de l'audition. L'absence momentanée de certaines personnes non mandatées par la Commission est donc dépourvue de pertinence.

28 Il s'ensuit que ce moyen doit également être rejeté.

Quatrième moyen: jonction irrégulière et non motivée des plaintes de Mestdagh et Huyghebaert

29 Ce moyen se fonde essentiellement sur l'affirmation selon laquelle la Commission avait engagé trois procédures séparées, jointes par la suite par

décision non motivée, dont chacune se distinguait des autres par l'attribution d'un numéro administratif distinct. La Commission aurait toutefois omis d'adresser une communication des griefs séparée au sujet des plaintes de Mestdagh et Huyghebaert, cela en violation de l'article 2 du règlement n° 99/63, de sorte que les requérantes auraient été privées, en violation de l'article 4 dudit règlement, de la possibilité de prendre position, soit par écrit, soit oralement, sur des griefs retenus par la Commission mais dont la nature leur restait inconnue.

30 La Commission soutient qu'il n'y aurait eu qu'une seule procédure ayant abouti à la décision du 20 juillet 1978. Aucune réglementation ne prévoirait que la Commission doit prendre des décisions formelles de jonction d'affaires et sa pratique administrative ne connaîtrait pas la notion de jonction. Dans le cas d'espèce, elle aurait mené la procédure administrative et statué par une décision unique sur une même infraction faisant l'objet de plaintes successives ayant le même objet, cela sans porter atteinte aux droits de la défense et sans fausser le déroulement de la procédure.

31 Il convient de faire observer au sujet du présent moyen que Mestdagh et Huyghebaert ont adressé, respectivement les 10 et 13 octobre 1975, chacune une lettre à la Commission par laquelle elles demandaient à se joindre à la plainte de GB. Le 20 octobre 1975, la Commission a informé FEDETAB que la plainte de Mestdagh serait jointe à celle de GB et qu'il avait été décidé d'accepter la présence de Mestdagh à l'audition du 22 octobre 1975. Il convient toutefois de noter qu'à la demande des requérantes, Mestdagh et Huyghebaert n'ont pas été entendues lors de cette audition. En outre, par lettre du 13 novembre 1975, la Commission a transmis copie des plaintes de Mestdagh et Huyghebaert aux requérantes. Celles-ci ont pris position par écrit sur lesdites plaintes dans le courant des mois de décembre 1975 et de janvier 1976.

32 Aux termes de l'article 2, paragraphe 1, du règlement n° 99/63, la Commission «communique par écrit aux entreprises et associations d'entreprises, les griefs retenus contre elles». Selon l'article 4 de ce règlement, «dans ses décisions la Commission ne retient contre les entreprises et associations d'entreprises destinataires que les griefs au sujet desquels ces dernières ont eu l'occasion de faire connaître leur point de vue». Il ressort de l'ensemble de ces

dispositions que la Commission ne doit retenir dans sa décision que des griefs communiqués par écrit aux entreprises et associations concernées auxquelles a été accordée la faculté de faire connaître leur point de vue. Par contre, rien ne s'oppose à ce que la Commission statue par une décision unique sur une même infraction faisant l'objet de plusieurs plaintes successivement déposées au cours d'une même procédure.

33 La plainte de Mestdagh et Huyghebaert porte exclusivement sur l'exclusion de ces entreprises, qui ne serait fondée sur aucun critère objectif, des catégories de grossistes comprises dans le classement établi par les fabricants de cigarettes par l'entremise de FEDETAB, de sorte que lesdites entreprises se verraient refuser effectivement des conditions de gros. Cette plainte se situe donc dans le cadre plus général de celle déposée par GB. En outre, Mestdagh et Huyghebaert ayant, à la demande de la Commission, répondu par écrit aux prises de position des requérantes, celles-ci ont encore présenté en juillet 1976 des observations écrites sur cette réponse, exprimant ainsi une seconde fois leur point de vue au sujet des plaintes de Mestdagh et Huyghebaert.

34 Dans ces circonstances, il y a lieu de constater que la plainte de Mestdagh et Huyghebaert, n'a rendu nécessaire, pour assurer le respect des droits de la défense, ni l'engagement d'une procédure séparée, ni une communication de griefs supplémentaire. En informant les requérantes du contenu de la plainte de Mestdagh et Huyghebaert et en recueillant leur prise de position écrite à ce sujet la Commission a assuré le respect de ces droits.

35 Il résulte des considérations précédentes que le moyen doit être rejeté.

Cinquième moyen: refus de communiquer le dossier

36 Ce moyen, invoqué par toutes les requérantes sauf Jubilé, est tiré de la violation du principe général des droits de la défense, en ce que la Commission aurait refusé de communiquer le dossier sur lequel se fonde la décision attaquée.

37 Par lettre du 21 mai 1976, FEDETAB a demandé à la Commission de lui communiquer une lettre adressée à celle-ci par l'ANGIPMT, qui serait datée du 13 février 1976, «ainsi que tous les autres documents ayant amené la Commission au libellé des griefs et dont elle pourrait faire état à l'audition fixée dès à présent au 29 juin prochain». En réponse à cette demande la Commission a, le 26 mai 1976, communiqué à FEDETAB, sans autres documents, la lettre susvisée datée en réalité du 2 mars 1976.

38 Cette réponse n'a suscité aucune réaction de la part des requérantes en ce qui concerne la production d'autres documents. Par ailleurs il est constant que, outre la lettre de l'ANGIPMT, la Commission a transmis aux requérantes les deux communications des griefs et les plaintes de GB et de Mestdagh et Huyghebaert.

39 Même si, dans son mémoire en réplique, FEDETAB énumère certains faits ou documents prétendument non communiqués sur lesquels la décision serait fondée, elle n'est pas parvenue à établir que la Commission aurait refusé de produire au cours de la procédure administrative des documents relatifs à des faits essentiels, privant de la sorte les requérantes d'éléments nécessaires à leur défense. En effet, ainsi que la Cour l'a observé dans son arrêt du 13 février 1979 dans l'affaire 85/76, *Hoffmann-La Roche/Commission* (Recueil 1979, p. 461), il suffit que la communication des griefs énonce, même sommairement, mais de manière claire, les faits essentiels sur lesquels la Commission se base, à condition toujours que celle-ci fournisse, au cours de la procédure administrative, les éléments nécessaires à la défense. La Commission ayant fourni à FEDETAB, outre les deux communications des griefs, les plaintes de GB et de Mestdagh et Huyghebaert et la lettre de l'ANGIPMT, il n'est pas établi qu'elle ait omis de communiquer aux requérantes les éléments nécessaires à leur défense.

40 Les requérantes FEDETAB et Vander Elst ont également demandé à la Commission, après l'adoption de la décision attaquée, de mettre à leur disposition le dossier sur lequel celle-ci s'est fondée. Le fait que la Commission a refusé de leur communiquer le dossier administratif, ne saurait être invoqué pour obtenir l'annulation de la décision, les demandes de prise de connaissance du dossier introduites après l'adoption de la décision ne pouvant avoir eu aucune incidence sur le déroulement de la procédure administrative.

Sixième moyen: violation du secret professionnel

41 Ce moyen, invoqué par FEDETAB et par toutes les autres requérantes, sauf Jubilé et Vander Elst, repose sur l'affirmation de FEDETAB, selon laquelle la Commission aurait transmis à GB des informations qui auraient été par leur nature couvertes par le secret professionnel et communiquées sous cette réserve. FEDETAB a joint à son mémoire du 22 septembre 1975 rédigé en réponse à la première communication des griefs, trois tableaux, le premier traçant l'évolution des recettes au cours des cinq années précédentes de 160 marques de cigarettes, le second exposant le nombre des cigarettes achetées par les principaux spécialistes, et le troisième indiquant les délais de paiement des vingt-cinq principaux clients des principaux fabricants belges de cigarettes. Elle a souligné dans son mémoire le caractère confidentiel de ces tableaux. Or, la Commission a communiqué à la plaignante GB la totalité de la réponse de FEDETAB, y compris lesdits tableaux. Ce faisant, elle aurait violé l'article 20, paragraphe 1 du règlement n° 17/62 aux termes duquel «sans préjudice des dispositions des articles 19 et 21, la Commission et les autorités compétentes des États membres ainsi que leurs fonctionnaires et autres agents sont tenus de ne pas divulguer les informations qu'ils ont recueillies en application du présent règlement et qui, par leur nature, sont couvertes par le secret professionnel». Cette violation d'un principe d'ordre public communautaire vicierait la décision de la Commission.

42 La Commission, pour sa part, ne conteste pas, qu'elle a, le 2 octobre 1975, communiqué à GB la totalité de la réponse de FEDETAB, y compris les tableaux. Cette communication a eu lieu, selon la Commission, suite à une demande de GB qui, ayant demandé à être entendue et notamment à être invitée à l'audition, avait également demandé à pouvoir prendre connaissance des réponses des requérantes à la première communication des griefs. Pour justifier son attitude, la Commission invoque notamment les arguments suivants.

43 En premier lieu, les données litigieuses n'auraient pas été couvertes par le secret professionnel. Ayant été communiquées à FEDETAB par les fabricants, elles étaient connues de toutes les requérantes par le biais de leurs représentants siégeant au Conseil d'administration de FEDETAB. Elles auraient perdu de ce fait leur caractère confidentiel, et ne devaient pas être considérées comme protégées par l'obligation de respect du secret professionnel qui incombe aux fonctionnaires de la Commission.

44 En second lieu, même à supposer que ces données fussent couvertes par le secret, l'article 20, paragraphe 2, du règlement n° 17/62 aurait donné à la Commission le droit et l'article 19, paragraphe 2, lui aurait imposé le devoir de les transmettre à GB. Si elle avait agi différemment, elle aurait violé le droit de GB à être complètement entendue.

45 Enfin, la Commission fait valoir que les requérantes n'ont d'aucune manière prouvé en quoi l'action de la Commission à l'égard des tableaux a faussé le déroulement de la procédure administrative.

46 Il convient de répondre à cette argumentation en faisant observer, en premier lieu, que des informations ayant le caractère de secret professionnel, communiquées à une association professionnelle par ses membres, et de ce fait ayant perdu ce caractère parmi ceux-ci, ne le perdent pas à l'égard des tiers. Dans l'hypothèse où cette association transmet de telles données à la Commission dans le cadre d'une procédure engagée en vertu du règlement n° 17/62, la Commission ne saurait invoquer les dispositions des articles 19 et 20 de ce règlement pour justifier la transmission de ces données à des tiers plaignants. En effet, l'article 19, paragraphe 2, n'attribue à ceux-ci qu'un droit à être entendus et non le droit à recevoir des informations confidentielles.

47 Toutefois, il y a lieu de constater que, dans le cas d'espèce, même à supposer que les trois tableaux fussent couverts par le secret professionnel et de ce fait communiqués à tort par la Commission à GB, cette irrégularité de procédure n'entraînerait l'annulation en tout ou en partie de la décision que s'il était établi qu'en l'absence de cette irrégularité la décision attaquée aurait pu avoir un contenu différent. L'examen du dossier a révélé que la communication litigieuse n'a fourni à GB aucun argument susceptible d'avoir une influence sur le contenu de la décision en cause.

Septième moyen: dispense de notification

48 Selon ce moyen, invoqué par FEDETAB et par toutes les requérantes sauf Jubilé et Vander Elst, basé sur l'argument de FEDETAB, la Commission aurait violé notamment l'article 85, paragraphes 1 et 3, du traité, et l'article 4 du règlement n° 17/62 en refusant l'application de l'article 85, paragraphe 3, du traité aux mesures antérieures à la recommandation du 1er décembre 1975

au motif que ces mesures n'auraient pas été notifiées alors qu'elles n'étaient pas dispensées de notification. De plus, la motivation de la décision de la Commission sur ce point serait inexacte et insuffisante.

49 FEDETAB fait notamment valoir, à l'appui de cette thèse, que toutes les mesures antérieures, ou à tout le moins la plus grande partie d'entre elles, remplissaient les conditions de dispense de notification prévues par l'article 4, paragraphe 2, littera a), du règlement et aux termes duquel:

«2. Le paragraphe 1 n'est pas applicable aux accords, décisions et pratiques concertées, lorsque:

1) N'y participent que des entreprises ressortissant à un seul État membre et que ces accords, décisions ou pratiques ne concernent, ni l'importation ni l'exportation entre États membres;

2) N'y participent que deux entreprises et que ces accords ont seulement pour effet:

a) de restreindre la liberté de formation des prix aux conditions de transaction d'une partie au contrat lors de la revente de marchandises qu'elle acquiert de l'autre partie au contrat . . .».

La Commission aurait dû examiner, selon FEDETAB, les différentes mesures et vérifier pour chacune d'elles si les conditions de dispense de notification se trouvaient remplies. D'après FEDETAB, tel était effectivement le cas.

50 En effet, l'octroi par FEDETAB de son agrément aux grossistes et aux détaillants et le classement de ceux-ci en catégories, ainsi que les obligations quant à l'assortiment à offrir par les détaillants résulteraient de décisions de la seule FEDETAB, association dotée de la personnalité juridique et agissant par ses organes statutaires. Il ne s'agirait, dès lors, pas d'un accord entre entreprises ni d'une décision prise par ces entreprises comme telles. Ces décisions pourraient donc, selon FEDETAB, bénéficier de la dispense de notification prévue par l'article 4, paragraphe 1, du règlement.

51 De plus, pour ce qui est des conventions conclues entre FEDETAB et la FNCG, il s'agirait d'accords entre deux fédérations professionnelles, agissant comme telles au nom de leurs membres mais non en qualité de mandataires, de sorte que ces accords pourraient, selon FEDETAB, bénéficier de l'exemption prévue par l'article 4, paragraphe 2, alinéa 1.

52 Les «accords-types» signés par plusieurs distributeurs à l'invitation de FEDETAB et comportant un engagement de respecter l'interdiction de revente à certains grossistes ne constitueraient en réalité que des engagements unilatéraux de ces distributeurs, de sorte que ces accords-types pourraient, selon FEDETAB, bénéficier de l'exemption prévue par l'article 4, paragraphe 2, littera a), du règlement.

53 Pour ce qui est des mesures collectives prises le 23 décembre 1971 en matière de délais de paiement, FEDETAB, fait valoir qu'il ne s'agissait pas de décisions d'entreprises ou d'accords entre plusieurs entreprises, mais plutôt d'accords conclus par chacun des fabricants avec chacun de ses clients. De tels accords ne seraient évidemment pas sujets à notification.

54 La Commission expose, au n° 110 de la décision, qu'elle ne pouvait appliquer l'article 85, paragraphe 3, du traité aux mesures prises en matière de distribution relevant de la période allant du 13 mars 1962 au 1er décembre 1975 (décrites aux nos 19 à 57 de la décision), étant donné qu'elles ne lui avaient pas été notifiées conformément à l'article 4, paragraphe 1, du règlement n° 17/62 alors qu'elles n'entraient dans aucune des catégories d'accords et décisions dispensés de notification en vertu du deuxième paragraphe de cet article.

55 Il y a lieu d'observer, qu'en édictant les mesures concernées, FEDETAB agissait effectivement au nom de ses membres, c'est-à-dire la majorité des fabricants belges et un fabricant luxembourgeois (la requérante HvL) de tabacs manufacturés. Cela ressort, d'une façon particulièrement claire, de l'article 8, paragraphe 2, des statuts de FEDETAB selon lequel pour être admis comme membre de FEDETAB, il faut adhérer aux statuts de celle-ci et à toutes les décisions prises en vertu desdits statuts et remplir les obligations qui y sont stipulées. Ces fabricants participaient ainsi auxdites mesures par le truchement de leur association professionnelle. Cette constatation se trouve renforcée par diverses affirmations de FEDETAB elle-même. En effet, par lettre du 26 janvier 1971 adressée à la Commission en réponse à une demande de renseignements, FEDETAB a donné un compte-rendu de sa politique et de la pratique en matière de distribution des produits du tabac manufacturés en Belgique. A la page 2, au point B, de cette lettre, se référant au caractère libre du système de distribution, FEDETAB ajoute: «La seule restriction — convenue uniquement entre les membres de FEDETAB et qui ne lie pas les fabricants étrangers — est de réserver les conditions de gros aux grossistes «reconnus» en raison des services particuliers qu'ils rendent à

l'industrie». Il ressort en outre du texte même de la convention du 22 mai 1967 en matière de bradage (annexe II à ladite lettre) que celle-ci a été conclue entre la FNCG et FEDETAB agissant au nom de leurs membres respectifs. Le participation réelle de ces membres au contenu de la convention est clairement exposée par l'article 1er qui dispose:

«Les grossistes de la Belgique représentés par la soussignée de première part (FNCG) s'engagent tant entre eux qu'envers les fabricants de cigarettes, représentés par la soussignée de la seconde part (FEDETAB), à vendre les produits manufacturés du tabac achetés par eux aux prix indiqués par les fournisseurs, sans aucune remise . . .».

56 Il résulte de ces considérations que les mesures en cause ne relevaient pas de l'article 4, paragraphe 2, du règlement n° 17/62, étant donné qu'y participaient des fabricants ressortissant de deux États membres, à savoir de la Belgique et du grand-duché de Luxembourg, et plus de deux entreprises, à savoir à tout le moins les requérantes. Ces mesures n'étant pas dispensées de notification, le présent moyen doit donc être rejeté.

Huitième moyen: refus de considérer la lettre de FEDETAB du 26 janvier 1971 comme notification

57 Selon ce moyen, invoqué par FEDETAB et par toutes les autres requérantes, sauf Jubilé et Vander Elst, la Commission aurait, à tort, refusé de considérer comme une notification valable des mesures pratiquées en matière de distribution des produits du tabac manufacturés la lettre susvisée de FEDETAB du 26 janvier 1971, alors que cette lettre, y compris ses annexes, aurait porté à la connaissance de la Commission les mesures par la suite incriminées par celle-ci et aurait exposé les motifs pour lesquels ces mesures soit ne tombaient pas sous le coup de l'article 85, paragraphe 1, du traité, soit, en tout cas étaient favorables à l'organisation du marché.

58 Dans la décision (n° 111), la Commission relève notamment que cette lettre, adressée à la Commission en réponse à une demande formelle de renseignements au titre de l'article 11 du règlement n° 17/62, ne contient aucune demande d'exemption au titre de l'article 85, paragraphe 3, du traité et ne se réfère pas à l'application des articles 4 et 5 du règlement n° 17/62. De plus,

FEDETAB n'aurait pas utilisé à cette occasion les formulaires de notification prescrits par le règlement n° 27 de la Commission (JO n° 35 du 10 mai 1962, p. 1118/62).

59 Dans le mémoire en défense, la Commission relève également que dans la première communication des griefs du 18 juillet 1975 elle avait indiqué que les mesures concernées ne pouvaient pas être exemptées aussi longtemps qu'elles n'étaient pas notifiées.

60 Dans sa réponse du 22 septembre 1975, à la première communication des griefs, FEDETAB a exposé qu'à ses yeux la lettre du 26 juin 1971 pouvait être considérée comme une notification valable.

61 La forme, la teneur et les autres modalités des notifications prévues notamment à l'article 4 du règlement n° 17/62 sont réglées par l'article 4 du règlement n° 27/62 tel que modifié par l'article unique du règlement n° 1133/68 de la Commission du 26 juillet 1968 (JO n° L 189, p. 1). Il résulte des termes mêmes de cette disposition que les notifications doivent être présentées au moyen d'un formulaire A/B reproduit en annexe du règlement n° 1133/68 et qu'elles doivent contenir les renseignements demandés dans ledit formulaire.

62 L'utilisation du formulaire est donc obligatoire et constitue une condition préalable indispensable à la validité de la notification. Cette condition tient compte de la nécessité, exprimée à l'article 87, paragraphe 2 b), du traité, dans le cadre des modalités d'application de l'article 85, paragraphe 3, d'assurer une surveillance efficace et de simplifier dans toute la mesure du possible le contrôle administratif. Le cas d'espèce fournit un exemple frappant de la confusion et des malentendus auxquels pouvait donner lieu une notification par un moyen autre que le formulaire prescrit. En effet, ce n'est que dans sa réponse du 22 septembre 1975 à la première communication des griefs que FEDETAB a affirmé pour la première fois que la lettre du 26 janvier 1971 constituait une notification.

63 Pour les raisons exposées ci-dessus, il y a donc lieu de rejeter le présent moyen.

Neuvième moyen: réponse insuffisante aux arguments concernant l'application de l'article 85, paragraphe 3, du traité

64 Selon ce moyen invoqué par FEDETAB et par toutes les autres requérantes, sauf Jubilé et Vander Elst, la Commission, au lieu de prendre en considération dans sa décision chacun des arguments de FEDETAB au sujet de l'applicabilité de l'article 85, paragraphe 3, aux dispositions de la recommandation, n'aurait examiné que quelques-uns de ces arguments, cela en violation de l'obligation de motiver sa décision qui lui est imposée par l'article 190 du traité.

65 Il ressort de la décision que la Commission, après avoir rappelé (n^{os} 114 à 117) certains arguments des parties, a exposé (n^{os} 118 à 132) son appréciation de la recommandation au regard de l'application de l'article 85, paragraphe 3. Cette appréciation, si elle contient des éléments de réponse auxdits arguments, constitue, non une réfutation détaillée de ceux-ci, mais un développement autonome exposant, en termes généraux, les motifs pour lesquels l'octroi d'une exemption au titre de l'article 85, paragraphe 3, était exclu en l'espèce.

66 Si, en vertu de l'article 190 du traité, la Commission est tenue de motiver ses décisions en mentionnant les éléments de fait et de droit dont dépend la justification légale de la mesure et les considérations qui l'ont amenée à prendre sa décision, il n'est pas exigé qu'elle discute tous les points de fait et de droit qui ont été soulevés par chaque intéressé au cours de la procédure administrative. Le présent moyen, fondé précisément sur l'hypothèse d'une telle exigence, doit donc être rejeté.

Dixième moyen: la Commission aurait pris en considération des griefs non communiqués

67 Ce moyen, invoqué par toutes les requérantes, reproche à la Commission d'avoir violé les dispositions des articles 19, paragraphe 1, du règlement n° 17/62 et 4 du règlement n° 99/63 en ce qu'elle aurait omis de donner aux requérantes l'occasion d'exprimer leur point de vue au sujet de certains griefs retenus par elle dans la décision attaquée. Dans la seconde communication des griefs, la Commission aurait refusé de faire bénéficier la recommandation de l'exemption de l'article 85, paragraphe 3, par la seule considération qu'elle ne réunirait pas la première des quatre conditions prévues par cet article, à

savoir l'amélioration de la production ou de la distribution des produits ou la promotion du progrès technique ou économique. Les requérantes ne se seraient, dès lors, expliquées que sur cette seule condition. Or, la décision attaquée refuserait le bénéfice de l'exemption au motif également que les trois autres conditions de l'article 85, paragraphe 3, ne seraient pas réunies. Les requérantes auraient donc été privées de la possibilité de donner leur point de vue sur l'existence de ces conditions.

68 Ainsi que la Cour l'a dit dans son arrêt du 15 juillet 1970 dans l'affaire 41/69 *ACF Chemiefarma/Commission* (Recueil 1970, p. 661, à la page 693, attendus 91 à 93), la décision ne doit pas nécessairement être une copie de l'exposé des griefs. En effet, la Commission doit tenir compte des éléments résultant de la procédure administrative soit pour abandonner des griefs qui se seraient révélés mal fondés, soit pour aménager et compléter tant en fait qu'en droit son argumentation à l'appui des griefs qu'elle retient. Cette dernière possibilité n'est pas en contradiction avec le principe des droits de la défense sanctionnés par l'article 4 du règlement n° 99/63.

69 Dans le cas d'espèce, il ressort d'un examen de la seconde communication des griefs que le refus de l'octroi de l'exemption de l'article 85, paragraphe 3, du traité est basé exclusivement sur la constatation que la première condition dudit paragraphe ne serait pas remplie. Dans la décision, après l'exposé d'une motivation détaillée (n^{os} 113 à 131), ce grief est retenu au n° 132.

70 Par contre, il y a lieu de remarquer qu'il est effectivement fait état de deux autres griefs dans la décision. En effet, au n° 132 il est ajouté que la recommandation «n'est pas susceptible de réserver aux utilisateurs une part équitable du profit qu'elle pourrait éventuellement entraîner». De plus, au n° 133, il est dit que, «compte tenu de la part du marché détenue par FEDETAB, les accords donnent aux entreprises visées la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence».

71 La Commission fait observer en premier lieu que les requérantes s'étaient déjà largement expliquées au sujet des quatre conditions de l'article 85, para-

graphe 3, au cours de la procédure administrative, et notamment lors de la notification de la recommandation. Quant à la deuxième condition (réservation aux utilisateurs d'une part équitable du profit), celle-ci aurait été mentionnée dans la première communication des griefs. De plus, la Commission aurait résumé dans sa décision les déclarations des requérantes au sujet de cette condition (notamment aux n^{os} 114 à 117) et aurait également répondu à certains de leurs arguments (aux n^{os} 119, 121, 122, 125, 126 et 131).

72 Les affirmations de la Commission étant exactes, la Cour est amenée à constater que, compte tenu du fait que les deux communications des griefs doivent être considérées dans leur ensemble et que la seconde condition est mentionnée dans la première communication, le grief retenu à son sujet au n° 131 de la décision ne saurait constituer une infraction à l'article 4 du règlement n° 99/63.

73 Pour ce qui est de la mention, au n° 133 de la décision, de la quatrième condition de l'article 85, paragraphe 3 du traité, la Commission fait valoir qu'il ne s'agit que d'un complément à son argumentation en droit à l'appui du refus d'octroyer l'exemption, son argumentation principale concernant la première condition.

74 Il est constant qu'aucun grief relatif à la quatrième condition n'a été retenu expressément dans les deux communications des griefs dans le cadre de la question de l'applicabilité des dispositions de l'article 85, paragraphe 3. Étant donné cependant que la question de savoir dans quelle mesure la recommandation donne aux requérantes la possibilité d'éliminer la concurrence, constitue le fond même de la deuxième communication des griefs, sur laquelle les requérantes ont donné leur point de vue, son introduction, dans la partie de la décision relative à l'applicabilité de l'article 85, paragraphe 3, à la recommandation, ne saurait constituer une violation des droits de la défense contraire à l'article 4 du règlement n° 99/63. Pour cette raison il y a lieu de rejeter le présent moyen.

Onzième moyen: appréciation erronée de la recommandation par rapport aux mesures antérieures

75 Les requérantes Jubilé et Vander Elst reprochent à la Commission d'avoir violé les dispositions des articles 85 et 190 du traité, en ce qu'elle aurait de façon erronée considéré la recommandation du 1er décembre 1975 comme la prolongation des mesures prises avant cette date et n'aurait pas correctement apprécié la recommandation pour cette raison. En effet, une comparaison des restrictions à la concurrence qui, selon la Commission, seraient issues des anciens accords, avec la teneur de la recommandation, montrerait qu'il s'agit de deux situations de fait tout à fait différentes entraînant donc des effets différents sur le jeu de la concurrence. Cette erreur sur les circonstances de fait aurait conduit la Commission à motiver les prétendus effets restrictifs du jeu de la concurrence découlant de la recommandation par les effets des anciens accords.

76 A cet égard, il convient d'observer en premier lieu que la recommandation et les mesures antérieures à celle-ci sont traitées de façon séparée dans la décision tant sur le plan des faits que sur celui de l'appréciation juridique. Pour ce qui est des faits, il est dit au n° 60 de la décision, que la recommandation «... est destinée à remplacer les mesures décrites au point I C ci-avant [à savoir les mesures antérieures]», ce qui constitue une simple constatation de fait qui ne se prête à aucune contestation. Le dispositif maintient la distinction entre les deux séries de mesures en leur consacrant deux articles séparés, à savoir: l'article 1er pour les mesures antérieures; l'article 2 pour la recommandation.

77 Ainsi que la Cour l'a dit dans son arrêt du 16 décembre 1975 dans les affaires jointes 40 à 48, 50, 54 à 56, 111, 113 et 114/73 *Suiker Unie et autres /Commission* (Recueil 1975, p. 1663 à p. 1930, att. 111), rien n'interdit à la Commission de statuer par une décision unique sur plusieurs infractions, à condition que la décision permette à tout destinataire de dégager avec précision les griefs retenus à son égard. Or, en raison de sa structure, la décision permet de faire, d'une façon claire, la distinction entre les différentes mesures, même s'il est vrai que dans l'appréciation juridique de la recommandation il est, à divers endroits, attribué à celle-ci des objets ou des effets semblables ou identiques à ceux qui caractériseraient certaines mesures anciennes.

78 Il en résulte que la Commission n'a pas violé les dispositions de l'article 190 du traité par insuffisance ou défaut de motivation. Pour ce qui est des diverses inexactitudes sur le plan des faits invoqués par les requérantes et des erreurs de droit qui en découleraient, il convient de les considérer dans le cadre de l'examen des moyens de fond.

III — Sur les six premiers moyens et le dixième moyen par rapport à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme

79 Dans son mémoire en réplique, FEDETAB soutient que le comportement de la Commission qui fait l'objet des sept moyens susvisés constitue également une violation de l'article 6, paragraphe 1, de la Convention européenne des droits de l'homme aux termes duquel quiconque a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement par un tribunal indépendant et impartial, qui décidera des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil. Se prévalant de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (notamment son arrêt *König* du 31 mai 1978, séries A, n° 27, p. 30, par. 90), FEDETAB fait valoir que les droits délimités par les articles 85 et suivants du traité en matière de concurrence et par le règlement d'application seraient des droits de caractère civil au sens des dispositions de l'article 6, paragraphe 1, de la Convention.

80 La Commission répond en faisant remarquer qu'elle ne constitue pas un tribunal au sens desdites dispositions, lorsqu'elle applique les règles de concurrence du traité. Relevant qu'un des critères de l'existence d'un «tribunal» dégagés par la Cour européenne des droits de l'homme est son indépendance du pouvoir exécutif (voir arrêt *Ringeisen*, séries A n° 13, p. 39, par. 94), la Commission fait observer que, étant précisément investie du pouvoir exécutif communautaire, il serait pour le moins douteux que, faute d'indépendance à l'égard de ce même pouvoir, elle puisse constituer un tribunal au sens susvisé.

81 L'argumentation de FEDETAB manque de pertinence. En effet, la Commission, tout en étant tenue de respecter les garanties procédurales prévues par le droit communautaire — garanties qui ont été respectées, ainsi qu'il résulte de ce qui précède — ne saurait être qualifiée, pour autant, de «tribunal» au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

IV — Moyen concernant un principe général de droit

82 Toutes les requérantes, sauf Jubilé et Vander Elst, reprochent à la Commission d'avoir violé un principe général de droit, à savoir celui de l'égalité des entreprises publiques et privées au regard des dispositions du traité. En effet, la Commission aurait comdamné les pratiques des requérantes en matière de distribution en même temps qu'elle tolérerait des restrictions de concurrence incontestables en France et en Italie, pays à monopole d'État pour les produits du tabac.

83 A l'appui de cette thèse FEDETAB a fait notamment valoir que l'ouverture des marchés français et italiens serait entravée par de nombreux et importants obstacles d'ordre légal et administratif qu'elle énumère dans sa requête introductive d'instance. Répondant dans son mémoire en réplique aux explications de la Commission, qui portent notamment sur les procédures que celle-ci aurait engagées en vue de l'aménagement de ces monopoles, FEDETAB déclare s'en tenir à la conviction que la Commission n'aurait pas respecté les limites de son pouvoir discrétionnaire que lui imposerait le principe d'égalité des entreprises devant le traité.

84 Cet argument doit être rejeté. En effet, il apparaît du dossier que diverses actions ont été engagées par la Commission à l'égard des États membres mentionnés plus haut, de sorte que ledit argument n'est pas exact en fait. En tout état de cause, même à supposer que la Commission eût manqué à certaines de ses obligations découlant de l'article 155 du traité en omettant de veiller à l'application du droit communautaire en matière de concurrence et d'aménagement des monopoles d'État dans le secteur des tabacs manufacturés, cette circonstance ne saurait justifier des infractions éventuelles au droit communautaire de la concurrence commises en l'espèce par les requérantes dans le même secteur.

V — Moyens de fond relatifs à l'article 85, paragraphe 1, du traité

A — Appréciation erronée de la nature et de la portée de la recommandation

85 *Jubilé* et *Vander Elst* soutiennent que la Commission aurait violé les articles 85 et 190 du traité, en ce qu'elle aurait à tort considéré la recommandation comme ayant constitué un accord entre entreprises ou une décision d'association d'entreprises ou comme ayant créé des obligations pour les requérantes. Pour constituer un tel accord, la recommandation aurait dû comporter les

éléments constitutifs d'un contrat obligatoire au titre du droit national. Or, en l'espèce, il ne s'agirait pas d'un tel contrat, étant donné que l'effet obligatoire ferait défaut.

86 Cet argument ne saurait être retenu. En effet, dans le cas d'espèce, les requérantes membres de FEDETAB ont fait savoir à la Commission qu'elles faisaient leur la notification de la recommandation et, au cours de la procédure devant la Cour, elles ont admis s'y être conformées depuis le 1er décembre 1975. Il en résulte que la recommandation constitue l'expression fidèle de la volonté des requérantes de se comporter sur le marché belge des cigarettes conformément aux termes de la recommandation. Les conditions nécessaires pour l'application de l'article 85, paragraphe 1, sont dès lors réunies.

87 Certaines requérantes, ainsi que la partie intervenante AGROTAB, reprochent en outre à la Commission d'avoir désigné à tort la recommandation comme une décision d'association d'entreprises au sens de l'article 85, paragraphe 1. La recommandation aurait été émise par FEDETAB, association sans but lucratif qui, en tant que telle, ne participerait pas à la vie économique.

88 Cette thèse ne saurait non plus être retenue. D'une part, ainsi qu'il ressort de l'article 8 des statuts de FEDETAB, les décisions prises par celle-ci sont obligatoires pour ses membres. D'autre part, l'article 85, paragraphe 1, s'applique également aux associations dans la mesure où leur activité propre ou celle des entreprises qui y adhèrent tend à produire les effets qu'il vise à réprimer. Étant donné que plusieurs fabricants ont déclaré expressément se conformer aux dispositions de la recommandation, celle-ci ne saurait échapper à l'article 85 du traité du seul fait qu'elle a été émise par une association sans but lucratif.

89 Il n'est pas non plus possible d'accepter la thèse selon laquelle la recommandation n'aurait pas d'effet obligatoire et que ce serait à tort qu'au n° 61 de la décision attaquée il est fait mention d'une réelle obligation pour toutes les entreprises du secteur en cause. En effet, outre le fait qu'en vertu de l'article 8 des statuts de FEDETAB les dispositions de la recommandation sont obligatoires pour les membres de celle-ci, il y a lieu de relever également que l'acceptation de la recommandation par sept entreprises, requérantes dans les présentes affaires, qui contrôlent une partie substantielle du total des ventes

de cigarettes en Belgique exerce une influence profonde sur le jeu de la concurrence sur le marché en cause.

B — Appréciation erronée alléguée par la requérante HvL

90 La requérante HvL, fabricant luxembourgeois de cigarettes, se plaint de ce qu'il y aurait, à son égard, violation des articles 85 et 190 du traité, en ce que la Commission aurait à tort estimé que HvL se serait concertée avec les autres participants au sujet des mesures antérieures au 1er décembre 1975. A cet égard, la requérante fait remarquer qu'en ce qui concerne la période antérieure au 1er décembre, elle n'aurait signé aucune des conventions visées à la décision, sauf la lettre du 23 décembre 1971 établissant des délais maxima de paiement. Il s'ensuivrait que seules les mesures visées dans cette lettre pourraient lui être reprochées. Elle se serait alignée, en raison des pressions du marché belge, sur le comportement des autres fabricants et importateurs belges, sans que pour cela l'on puisse présumer l'existence d'une entente ou d'une pratique concertée.

91 Cette thèse ne saurait être retenue. En effet, la requérante est membre de FEDETAB depuis 1947 et en vertu de l'article 8 des statuts de celle-ci, elle a dû adhérer notamment à toutes les décisions prises en vertu desdits statuts. De plus, ainsi qu'il l'a déjà été constaté à propos des mesures antérieures, FEDETAB agissait effectivement au nom de ses membres, qui participaient à l'adoption et au respect desdites mesures par le truchement de leur association professionnelle.

C — Moyens portant sur l'atteinte à la concurrence

92 Les requérantes font valoir en outre en substance que, par sa décision, la Commission aurait violé l'article 85, paragraphe 1, du traité, en ce qu'elle aurait estimé à tort que les mesures incriminées auraient pour objet ou pour effet de restreindre, à tout le moins de manière sensible, le jeu de la concurrence.

1. Remarques introductives

93 Pour mieux apprécier l'argumentation des requérantes il convient en premier lieu de rappeler la nature et la portée des mesures incriminées en vue de leur examen dans la perspective de l'article 85 du traité.

a) Rappel du contenu des mesures incriminées

i) La période antérieure au 1er décembre 1975

94 Ainsi qu'il a déjà été exposé, la Commission énumère à l'article 1 de la décision les mesures qu'elle condamne comme constitutives d'infractions à l'article 85, paragraphe 1, pour la période antérieure au 1er décembre 1975.

95 Il s'agit en premier lieu de l'octroi par FEDETAB de son agrément aux grossistes et aux détaillants, du classement de ceux-ci en différentes catégories, suivant une classification établie par le Comité belge de distribution et l'attribution à ces catégories de marges fixes différentes, à savoir, pour l'essentiel, une ristourne directe représentant la marge maximale admise par le ministère belge des affaires économiques dans le cadre de son système de notification des hausses de prix. Cette ristourne était conservée, selon la Commission, par les seules coopératives et grandes surfaces, qui joueraient également le rôle de détaillants, les grossistes proprement dits devant en céder une partie aux détaillants auxquels ils revendaient leurs produits. Les détaillants, au nombre de 80 000 en Belgique, étaient répartis, d'après la Commission, aux termes d'un accord conclu le 29 décembre 1970 entre FEDETAB et la FNCG, en «détaillants agréés» (au nombre d'environ 2 000) et en «détaillants non agréés», ces derniers recevant du grossiste une fraction de la ristourne moins élevée que celle concédée aux détaillants agréés.

96 La Commission signale ensuite une série de mesures prises par FEDETAB et la FNCG en matière de prix de revente. Elle attire l'attention notamment sur une convention du 22 mai 1967 conclue entre FEDETAB et la FNCG aux termes de laquelle les grossistes se seraient engagés à revendre les produits manufacturés du tabac aux prix indiqués par les fournisseurs sans aucune remise ou avantage autres que la marge du détaillant. En vertu de la même convention, les grossistes exploitant les magasins de détail se seraient engagés à revendre les cigarettes au prix de détail indiqué sur la bandelette fiscale, sans aucune remise au consommateur. Par la signature d'un accord-type qui leur aurait été soumis par FEDETAB, les détaillants agréés auraient souscrit à un engagement semblable. Par avenant interprétatif à la convention

susvisée, daté du 5 octobre 1967, FEDETAB et la FNCG auraient précisé que les grossistes exploitant des magasins de détail étaient censés s'être engagés à refuser de livrer aux détaillants que ne respectaient pas le prix figurant sur la bandelette fiscale. Par nouvel avenant interprétatif du 29 décembre 1970, signé par FEDETAB et la FNCG, celles-ci se seraient engagées à exercer un contrôle systématique et strict sur l'exécution des conventions. Par accord-type dénommé «accord particulier en matière de bradage» que FEDETAB aurait soumis le 30 juin 1972 (date normale d'expiration de la convention du 22 mai 1967) aux grossistes, ceux-ci auraient reconnu avoir pris connaissance de ladite convention ainsi que de l'avenant du 29 décembre 1970 et de l'avenant du 22 mars 1972 (voir ci-dessous) et se seraient engagés pour la période allant du 1er juillet 1972 au 30 juin 1977, à revendre les produits manufacturés du tabac aux prix indiqués par les fournisseurs sans aucun rabais ou avantage.

97 La Commission se réfère également au refus opéré par FEDETAB depuis le 1er janvier 1971 d'agréer de nouveaux grossistes, sauf dans les catégories «itinérants spécialisés» ou «hôtels-restaurants-cafés», ou de nouvelles coopératives ou grandes surfaces, sauf dans les catégories «grands magasins et magasins populaires à rayons multiples». Les candidats à l'admission dans ces catégories devaient s'engager notamment à respecter les prix imposés, régler leurs achats au comptant et participer à la promotion de toute nouvelle marque.

98 La Commission renvoie en outre à un avenant interprétatif du 22 mars 1972 par lequel la FNCG, se référant à l'avenant interprétatif du 29 décembre 1970, a informé ses membres qu'étaient désormais interdites des reventes, d'une part, aux grossistes en alimentation et autres non directement approvisionnés par les fabricants dans le cas de produits destinés à être revendus aux détaillants, et, d'autre part, aux grossistes dits «contingentés» par les fabricants. Le non-respect de cette interdiction entraînerait la suppression de fournitures. Cet avenant était renforcé, selon la Commission, par les termes d'un accord-type, signé par presque tous les grossistes suite à une invitation que FEDETAB leur aurait adressée le 30 juin 1972, et aux termes duquel les grossistes se seraient engagés à respecter notamment l'interdiction de revente susvisée. La sanction du non-respect de ces engagements était, d'après la Commission, la perte des remises de fin d'année et la perte des conditions de gros.

99 Des mesures collectives prises par les membres de FEDETAB en matière de délais de paiement font également l'objet d'un grief soulevé par la Commission à l'encontre des requérantes. En effet, par lettre du 23 décembre 1971, rédigée sur papier à en-tête de FEDETAB, neuf fabricants, membres de celle-ci, auraient informé tous les bénéficiaires des conditions de gros que les délais de paiement allaient être réduits à un maximum de quinze jours et que les fabricants suspendraient les livraisons en cas de non respect des délais. D'après la Commission, ces mesures ont été appliquées jusqu'à l'entrée en vigueur de la recommandation le 1er décembre 1975.

100 La Commission fait enfin grief aux requérantes d'avoir imposé à certaines catégories de détaillants, à savoir les «grands magasins à rayons multiples», et les «magasins populaires à rayons multiples», l'obligation d'offrir un assortiment minimal décidé par FEDETAB et d'avoir fait assurer le respect de cette obligation par diverses mesures collectives, dont notamment l'interruption des livraisons de cigarettes à GB en mars 1972.

101 Il y a lieu de remarquer que les requérantes ne contestent pas l'exactitude, en substance, des faits allégués par la Commission, sauf à affirmer que les mesures relatives aux prix imposés seraient devenues caduques en août 1974 et que celles relatives à l'interdiction de revente n'auraient eu aucune suite et auraient en tout cas pris fin le 1er juillet 1973.

ii) La recommandation «FEDETAB» du 1er décembre 1975

102 Cette recommandation, qui a remplacé les mesures antérieures et qui a été notifiée par FEDETAB à la Commission le 1er décembre 1975, ne concerne que le sous-secteur des cigarettes. Il est constant que les autres requérantes ont informé la Commission qu'elles avaient l'intention de se conformer à la recommandation et qu'elles faisaient leur la notification. D'après la motivation de la décision de la Commission, les entreprises regroupées au sein de FEDETAB exerceraient une grande influence sur les autres fabricants et importateurs ainsi que sur les grossistes et détaillants. La recommandation constituerait, dès lors, une réelle obligation pour toutes les entreprises du secteur. Elle constituerait une décision d'association d'entreprises et un accord entre celles-ci qui aurait pour objet et pour effet de restreindre de façon sensible le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun entre

les fabricants et, subsidiairement, entre les grossistes. De plus, elle ne satisferait pas aux conditions d'application de l'article 85, paragraphe 3, du traité, en ce qu'elle n'entraînerait pas d'améliorations de la distribution suffisantes pour contrebalancer les effets restrictifs de concurrence qu'elle provoquerait et qu'elle ne serait pas susceptible de réserver aux utilisateurs une part équitable du profit qu'elle pourrait éventuellement entraîner.

103 Dans le cadre de la recommandation, l'organisation de la distribution des cigarettes en Belgique est axée sur les trois principes suivants:

— la répartition des grossistes et des détaillants en catégories et la fixation, tant au niveau du commerce en gros qu'à celui du commerce de détail, des remises maximales différenciées à accorder sur facture aux clients et les critères minimaux (degré de spécialisation en produits du tabac, volume de ventes, nombre de marques offertes et nombre de points de vente desservis) à satisfaire par ceux-ci pour en bénéficier;

— l'octroi par FEDETAB au grossiste ou au détaillant d'une ristourne de fin d'année, calculée en fonction de ses achats de cigarettes de toutes marques réalisés au cours de l'année, auprès de tout fabricant, membre ou non de FEDETAB, belge ou étranger;

— le principe du paiement au comptant, avec la possibilité d'accorder, à titre exceptionnel, un délai maximum de 15 jours à compter de la date de la facture.

104 Il ressort de cette analyse que les diverses mesures prises antérieurement au 1er décembre 1975 et celles contenues dans la recommandation, même si elles diffèrent à certains égards, ont pour l'essentiel des objets similaires concernant les marges bénéficiaires des grossistes et des détaillants (ci-après «marges du négoce»), les ristournes de fin d'année et les délais de paiement.

105 Aux fins de l'examen de la question de savoir si les mesures incriminées ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun, il convient donc de considérer

d'abord, et de façon séparée, pour l'ensemble des deux périodes, les mesures portant sur les marges du négoce, la ristourne de fin d'année et les délais de paiement.

2. Les mesures portant sur les marges du négoce, la ristourne de fin d'année et les délais maxima de paiement

a) Les marges du négoce

106 Ainsi qu'il ressort de l'exposé des mesures incriminées, celles-ci sont notamment caractérisées par l'accord des fabricants des produits manufacturés du tabac sur le classement du négoce tant au niveau du commerce en gros qu'à celui du détail, et sur les marges correspondant à ce classement. Ce système a été modifié, en vertu de la recommandation FEDETAB du 1er décembre 1975, en ce sens seulement que celle-ci prend en considération, ainsi que la Commission l'a relevé au n° 97 de la décision attaquée trois nouveaux critères pour établir le montant des diverses marges, à savoir le volume annuel des ventes, le nombre de marques offertes et le nombre des points de vente desservis. De plus, le régime instauré par la recommandation se limite au seul sous-secteur des cigarettes alors que les mesures en vigueur antérieurement à celle-ci s'appliquaient à l'ensemble des produits manufacturés du tabac.

107 La Commission constate, aux articles 1 et 2 de la décision, que le classement des grossistes et détaillants belges en catégories et l'attribution à ces dernières de marges différentes constitue une infraction à l'article 85, paragraphe 1, du traité. Elle motive cette constatation en faisant notamment valoir, (nos 81 et 97), que ce système constitue une restriction de la concurrence aussi bien pour les fabricants que pour les grossistes. En effet, il priverait les fabricants de la possibilité de se faire concurrence dans le domaine des marges bénéficiaires et les grossistes dans celui des services qu'ils rendent aux producteurs. Tant dans le système antérieur au 1er décembre 1975 que dans celui instauré par la recommandation de cette date, il ne serait pas tenu compte des services, autres que ceux entrant en ligne de compte pour le classement, que peuvent rendre individuellement les intermédiaires.

108 Au cours de la procédure devant la Cour, la Commission a souligné que le fond des mesures en cause serait constitué par la concertation horizontale des requérantes au sujet des marges et autres avantages pécuniaires que les fabricants et importateurs octroient aux négociants. Pour la Commission, l'uniformisation de ces marges et avantages serait le strict équivalent d'une entente de prix entre producteurs et importateurs réglementant le prix à payer pour le service des intermédiaires. Ce système constituerait une grave infraction au régime concurrentiel voulu par le traité.

109 Dans cette perspective, il convient d'examiner si les mesures incriminées, pour autant qu'elles portent sur les marges du négoce et sur les autres avantages pécuniaires, ont pour objet ou pour effet, contrairement à l'article 85, paragraphe 1, du traité, d'empêcher, de restreindre ou de fausser de manière sensible le jeu de la concurrence dans le secteur des produits en cause à l'intérieur du marché commun.

110 A première vue, il apparaît du contenu même des mesures incriminées que celles-ci ont notamment pour objet d'exclure la possibilité pour les fabricants et les importateurs de négocier avec les grossistes des marges individuelles et des avantages plus favorables selon la situation du marché. Ceci est confirmé par le fait que les requérantes ont admis s'être conformées au régime en matière de marges, établi tant par la recommandation que par les mesures en vigueur antérieurement à celle-ci.

111 Les requérantes soutiennent cependant que diverses réglementations et pratiques administratives nationales applicables en Belgique dans le secteur des produits manufacturés du tabac ont une incidence si décisive sur le comportement des fabricants et importateurs belges de ces produits, tant pour les marges et autres avantages pécuniaires à consentir au négoce que pour les prix de vente aux consommateurs, que les mesures incriminées ne pourraient avoir pour objet ou pour effet de restreindre, à tout le moins de manière sensible, le jeu de la concurrence.

112 Il résulte des considérations précédentes qu'il convient d'examiner la nature et la portée desdites réglementations et pratiques administratives belges et d'apprécier leurs effets éventuels sur la concurrence.

i) Les réglementations et pratiques administratives belges

— La réglementation fiscale belge en matière des droits d'accise sur les tabacs

113 Il ressort du dossier que les produits manufacturés du tabac, et notamment les cigarettes, sont soumis en Belgique à un régime fiscal caractérisé par l'application d'un droit d'accise «ad valorem» calculé sur le prix de vente au détail «TVA comprise» (ci-après dénommé en abrégé le «PVD»). Le montant cumulé de ces deux impositions doit être acquitté par le fabricant ou par l'importateur lors de l'achat des bandelettes fiscales apposées sur les divers produits du tabac avant leur commercialisation, qu'ils soient fabriqués en Belgique ou importés dans ce pays, et qui indiquent le PVD pris en considération pour le calcul des charges fiscales dues.

114 Lors de la vente au niveau du détail, les revendeurs doivent, en vertu du droit belge, respecter strictement les prix indiqués sur les bandelettes. Cette obligation découle de l'article 58 de la loi belge du 3 juillet 1969 créant le code de la TVA, qui dispose notamment qu'en ce qui concerne lesdits produits, cette taxe est calculée sur la base du prix inscrit sur la bandelette fiscale, qui doit être le prix imposé de vente au consommateur. Il s'ensuit qu'à partir du 1er janvier 1971, date d'entrée en vigueur des dispositions de l'article 58, le PVD choisi par le fabricant ou par l'importateur devient automatiquement le prix imposé de vente au consommateur.

115 Il est constant que, pendant toute la durée d'application des mesures litigieuses, et en tout cas à partir du 13 mars 1962, date d'entrée en vigueur du règlement n° 17 du Conseil du 6 février 1962, les produits manufacturés du tabac ont été et sont toujours frappés d'un droit d'accise proportionnel élevé.

116 En effet, il ressort du dossier que la proportion du PVD constituée par la charge fiscale se décompose comme suit: un droit d'accise spécifique s'élevant à un montant déterminé en FB par pièce; un droit d'accise proportionnel s'élevant à un pourcentage déterminé du PVD; un droit de TVA calculé sur la valeur des éléments non fiscaux du PVD et sur l'accise totale.

Or, cette accise est presque exclusivement proportionnelle, le rapport entre le droit d'accise spécifique et le droit d'accise proportionnel étant de 5 à 95. Il ressort d'un tableau chiffré fourni par la Commission dans son mémoire en duplique, et dont l'exactitude n'a pas été contestée par les requérantes, que, au 1er janvier 1979, les accises constituaient 65,65 % et la TVA 5,66 % d'un paquet de 25 cigarettes dans la catégorie de prix des cigarettes les plus demandées en Belgique — 41 BFR — de sorte que la part des taxes contenues dans ce PVD était de 71,31 %. La décision de la Commission constate, au n° 11, que dans son ensemble, l'incidence fiscale sur le PVD est d'environ 70 % de ce prix. Il en résulte que la proportion non fiscale du PVD, composée, d'une part, de la quote-part du fabricant ou de l'importateur et, d'autre part, des marges commerciales, constitue à peu près 30 % du PVD.

117 Il convient de remarquer que le rapport de 5 à 95, entre le droit d'accise spécifique et le droit d'accise proportionnel est conforme à l'exigence minimum posée par la directive 72/464 du Conseil du 19 décembre 1972 concernant les impôts autres que les taxes sur le chiffre d'affaires frappant la consommation des tabacs manufacturés (JO n° L 303, p. 1) telle que modifiée notamment par la directive 77/805 du Conseil du 19 décembre 1977 (JO n° L 338, p. 22). Cette directive énonce le principe de l'harmonisation des structures nationales des accises en plusieurs étapes dans le cadre d'un système d'accises, à établir par chaque État membre, comportant un élément proportionnel calculé sur le PVD et un élément spécifique calculé par unité de produit. Ainsi qu'il ressort du préambule de la directive, cette harmonisation a notamment pour objet d'éliminer progressivement des régimes d'impôts frappant, dans les États membres, la consommation des tabacs, les facteurs susceptibles d'entraver la libre circulation de ces produits et de fausser les conditions de la concurrence, tant sur le plan national que sur le plan communautaire.

118 L'article 10 de la directive 72/464 et l'article 10 ter (5) de la directive 77/805 permettent, toutefois, aux États membres de percevoir sur les cigarettes une accise minimum dont le montant ne peut être supérieur à 90 % du montant cumulé de l'accise proportionnelle et de l'accise spécifique qu'ils perçoivent sur la classe des cigarettes la plus demandée. Il est constant que l'État belge utilise cette possibilité jusqu'au maximum permis.

— Les mesures de contrôle des prix en Belgique et la politique fiscale belge

119 L'arrêté ministériel du 22 décembre 1971 prévoit que les producteurs et importateurs sont tenus de faire connaître au ministère des affaires économiques, au plus tard trois mois avant son application, toute hausse de prix qu'ils se proposent d'appliquer sur le marché belge à tous les produits, matières, denrées ou marchandises et à toutes les prestations. Le ministre des affaires économiques peut signifier à l'entreprise déclarante, avant l'expiration du délai susvisé, que la hausse déclarée ne peut être appliquée en tout ou en partie pendant un délai maximum de six mois. A l'expiration du délai fixé par le ministre, l'entreprise peut appliquer la hausse telle que déclarée, mais elle doit notifier ses prix réellement pratiqués.

120 Il y a toutefois lieu de remarquer que si, dans le secteur des tabacs manufacturés, des notifications individuelles par des entreprises isolées sont possibles, il apparaît néanmoins qu'en pratique les négociations en matière de hausse de prix sont menées, dans la plupart des cas, par les associations professionnelles des différentes branches du secteur. Il apparaît en outre que, dans le cadre de ces négociations collectives, tous les éléments du PVD, y compris les différentes marges maximales du négoce, sont soumis à un examen minutieux, tant par le ministère des affaires économiques que par le ministère des finances, que exerce une influence importante sur le montant de l'augmentation du PVD.

121 En effet, étant donné que les tabacs manufacturés constituent une source très importante de revenus fiscaux, le gouvernement veille à ce que les rentrées fiscales ne soient pas diminuées en raison d'une augmentation trop forte des PVD, qui pourrait provoquer une diminution de la consommation. Les requérantes ont cité, à titre d'exemple, certaines interventions gouvernementales qui ont eu pour effet d'empêcher une telle augmentation.

122 Au surplus, ainsi que le gouvernement belge l'a affirmé, en réponse à une question écrite posée par la Cour, il n'est pas permis, en vertu des dispositions législatives et réglementaires belges en matière de droit fiscal, au fabricant ou à l'importateur de mettre en vente simultanément des cigarettes de la même qualité, de la même marque, et présentées en nombre égal sous le même emballage, mais à des prix de bandelette différents. Le gouvernement belge fait remarquer que cette condition est conforme à l'article 4, paragraphe 1, de la directive 72/464 du Conseil qui prévoit que l'accise propor-

tionnelle est calculée sur le prix maximum de vente au détail. En effet, d'après le gouvernement belge, s'il devait exister plusieurs prix maxima pour un même produit, à une même époque, il s'ensuivrait que dans tous les cas sauf un — celui du prix plus élevé — l'accise aurait été perçue sur une base inférieure à la base légale.

ii) Appréciation des effets sur la concurrence provoqués par les réglementations et pratiques visées sous i)

123 Aux n^{os} 4 à 18 de la décision la Commission a décrit les modalités de fixation des prix et de perception de l'impôt sur les produits manufacturés du tabac en Belgique et elle a fait état, au n° 36, de l'entrée en vigueur, le 1er janvier 1971, de l'article 58 du Code belge de la TVA.

124 La Commission considère, au n° 88 de la décision, que ce serait à tort que FEDETAB et les entreprises en cause soutiennent que les mesures antérieures à la recommandation ne constitueraient pas des restrictions sensibles de la concurrence du fait qu'en raison de l'importance des taxes fiscales et du système de notification des augmentations des marges et des prix de revente pour les produits du tabac appliqués par l'État belge, celui-ci réduirait d'une manière considérable le champ d'activité possible de la concurrence dans ce secteur et pousserait de la sorte les entreprises qui y opèrent à une similitude de comportement. Elle ajoute que, si des dispositions nationales d'ordre législatif ou réglementaire ont éventuellement pour effet de restreindre la concurrence, les effets des restrictions d'ordre privé qui viennent s'y ajouter ne peuvent manquer d'être encore plus sensibles.

125 Au n° 105 de la décision, la Commission invoque le même raisonnement pour rejeter la thèse selon laquelle «les restrictions de concurrence contenues dans la recommandation ne seraient pas sensibles en raison de l'importance des interventions de l'État belge dans le secteur du tabac».

126 Il est donc nécessaire de considérer en premier lieu si, contrairement à la thèse de la Commission, la réglementation belge et son application, telles que décrites plus haut, ont pour effet, soit d'exclure, ainsi que le soutiennent les requérantes, la possibilité pour les fabricants et les importateurs de se faire

concurrence de manière sensible en matière des marges à consentir au négoce, soit de mettre sérieusement en doute l'existence d'une telle possibilité. En effet, dans chacun de ces deux cas, la Cour serait amenée à constater que la décision attaquée de la Commission n'aurait pas tenu correctement ou suffisamment compte de l'incidence de ladite réglementation et de son application par les autorités compétentes belges sur les possibilités concurrentielles de ces opérateurs.

127 A cet égard, il convient d'observer en premier lieu, ainsi que les parties sont d'accord pour l'admettre, que, dans un système d'accises essentiellement proportionnel, comme celui qui s'applique en Belgique, toute modification de la quote-part du fabricant ou de l'importateur comprise dans le PVD entraîne une variation plusieurs fois plus grande dans la charge fiscale et, partant, du PVD lui-même, dans le cas où ladite modification est aménagée de manière à se répercuter sur ce prix. Cet effet multiplicateur fonctionne, en principe, tant pour une modification à la hausse, que pour une modification à la baisse. Toutefois, dans ce dernier cas, l'incidence dégressive du multiplicateur, qui joue en faveur du consommateur, est limitée par l'accise minimum instaurée par l'État belge conformément aux directives 72/464 et 77/805 du Conseil, en raison du fait que cette accise est fixée à 90 % du montant cumulé de l'accise proportionnelle et de l'accise spécifique perçu par l'État belge sur la classe des cigarettes la plus demandée.

128 Il résulte de cet effet multiplicateur, combiné avec l'accise minimum pratiquée par l'État belge pour garantir ses revenus fiscaux, que tout effort concurrentiel en matière de marges, de la part du fabricant ou de l'importateur, qui se répercute sur le PVD, s'en trouve limité.

129 De plus, si, en principe, la réglementation belge en matière de taxes sur la consommation et de contrôle des prix n'empêche pas le fabricant ou l'importateur de choisir le PVD qu'il souhaite pour chacun de ses produits, cette liberté de choix est, sur le plan pratique, soumise à diverses contraintes. En effet, ainsi qu'il a déjà été indiqué, il semble que l'application pratique, dans le secteur des tabacs manufacturés, des mesures de contrôle des prix, auxquelles participent en particulier les autorités financières, favorise des négociations collectives avec les associations professionnelles représentant les différentes branches du secteur, même si ce régime n'exclut pas la possibilité pour des entreprises isolées de procéder à des notifications individuelles,

particulièrement dans le cas de l'introduction d'une nouvelle marque. Or, dans le cadre de telles négociations, les autorités financières, dont le souci est surtout de garantir les revenus provenant de la taxation des produits en cause, exercent une influence importante sur la fixation des PVD. Il est également apparu au cours de la procédure que l'État belge est en mesure, en utilisant l'éventail des bandelettes fiscales, d'entraver la liberté des entreprises en matière du choix des PVD pour leurs produits. A cet égard, la requérante BAT a affirmé qu'après avoir introduit une nouvelle marque de cigarettes bon marché, elle s'est vue contrainte d'en augmenter le prix de 6 BFR le paquet pour pouvoir les mettre en vente à un prix correspondant à la bandelette la moins élevée offerte par l'administration, celle-ci ayant supprimé les bandelettes correspondant à des prix inférieurs.

130 Il résulte de l'ensemble des considérations développées ci-dessus que, dans le secteur des tabacs manufacturés, la réglementation belge en matière de taxes sur la consommation et de contrôle des prix, ainsi que son application dans le cadre de la politique fiscale poursuivie par l'État, a pour effet de rendre quasiment inexistante la possibilité pour les fabricants et les importateurs de se faire concurrence, dont l'effet se répercuterait sur le montant du PVD.

131 Par contre, il y a lieu de relever qu'il n'a nullement été établi que ladite réglementation ou son exécution, empêche le fabricant ou l'importateur d'accorder individuellement, sur la part qui leur revient à l'intérieur d'un PVD donné, une marge plus grande à certains grossistes. Or, en se concertant sur le niveau maximal des marges qu'elles octroient aux grossistes, les requérantes s'interdisent collectivement de se livrer à une telle concurrence et réduisent en même temps l'incitation pour ces intermédiaires à poursuivre une politique de vente qui avantagerait les produits du fabricant ou de l'importateur desquels ils obtiennent ou espèrent obtenir une marge plus favorable.

132 A cet égard, il y a lieu de relever que l'article 85, paragraphe 1, du traité interdit toute restriction au jeu de la concurrence, à tout échelon du commerce entre le producteur et le consommateur ultime. C'est ainsi que l'article 85, paragraphe 1, parle à la lettre a) en termes généraux des «conditions de transaction», à la lettre b) de «la production» ainsi que des «débouchés» et, à la lettre c), sans aucune distinction entre les stades respectifs du commerce, des «marchés» ou «sources» d'approvisionnement.

33 En outre, dans le cas d'espèce, même si la part du PVD attribuable au fisc est importante, il reste au producteur ou à l'importateur une marge suffisante pour permettre une concurrence effective et cela à propos de produits de consommation courante issus d'une fabrication de masse pour lesquels une réduction de prix très restreinte au niveau de la production ou de l'importation peut avoir un effet sensible au niveau de la consommation.

34 La concertation en matière de marges, que comporte tant la recommandation du 1er décembre 1975 que les mesures prises antérieurement à celle-ci, et qui résulte d'une entente entre la plupart des producteurs et des importateurs de produits de grande consommation dans une partie substantielle du marché commun, à savoir la Belgique, doit donc être considérée comme constitutive d'une restriction de la concurrence relevant de l'interdiction de l'article 85, paragraphe 1, du traité, à supposer, d'une part, qu'elle soit susceptible d'affecter de façon sensible le commerce entre États membres et, d'autre part, qu'il n'existe pas en l'espèce d'autres éléments permettant de constater que le système de distribution mis sur pied par les requérantes ne tombe pas, dans son ensemble, sous le coup de ladite interdiction.

35 A ce dernier égard, s'appuyant sur l'arrêt de la Cour du 25 octobre 1977 dans l'affaire 26/76, *Metro SB-Großmärkte GmbH/Commission* (Recueil 1977, p. 1875), les requérantes font valoir que l'objectif d'assurer un certain niveau de rémunération pour le commerce spécialisé en vue de maintenir cette voie de distribution ne tomberait pas nécessairement, compte tenu de son influence bénéfique sur la structure du marché, sous le coup de l'interdiction de l'article 85, paragraphe 1. La Cour aurait reconnu, dans l'arrêt cité, que des mesures qui servent à maintenir le commerce traditionnel, en différenciant les fonctions du commerce de gros par rapport à celles du commerce de détail, ne seraient pas obligatoirement restrictives de la concurrence et qu'elles pourraient faire l'objet d'une exemption au titre de l'article 85, paragraphe 3. Surtout, la Cour aurait admis que la concurrence par les prix n'a pas une priorité absolue par rapport à d'autres formes effectives de la concurrence.

36 Les requérantes reprochent à la Commission de n'avoir pas tenu correctement compte de ces éléments dans l'appréciation du système de distribution qui fait l'objet des mesures susvisées.

137 Il y a lieu, toutefois, de remarquer que la Commission ne critique pas le principe de la séparation des fonctions entre les intermédiaires mais plutôt la concertation entre fabricants et importateurs concernant les avantages pécuniaires à accorder à ceux-là.

138 De plus, s'il est exact que la Cour a consacré, dans son arrêt *Metro,* certaines considérations à la question de la conformité éventuelle d'un système de distribution sélective avec l'article 85, paragraphe 1, du traité, il s'agissait en l'espèce d'un système conçu, à la différence de celui en cause dans les présentes affaires, en vue de diffuser des biens de consommation durables d'une haute technicité, de sorte que les revendeurs devaient être sélectionnés en fonction de critères qualitatifs.

139 Il convient également de rappeler que, dans la même affaire, la requérante attaquait une décision de la Commission dans la mesure où elle avait accordé à un système de distribution mis sur pied par un fabricant individuel le bénéfice d'une exemption, au titre de l'article 85, paragraphe 3, de l'interdiction de l'article 85, paragraphe 1. De plus, la Cour a indiqué qu'il appartiendrait à la Commission de veiller à ce que la rigidité de la structure des prix au niveau des distributeurs agréés du fabricant en cause, ne soit pas renforcée, ce qui pourrait se produire dans l'hypothèse d'une multiplication de réseaux de distribution sélective pour la commercialisation d'un même produit.

140 Il apparaît donc que la thèse des requérantes, selon laquelle la Commission aurait à tort estimé que les mesures incriminées restreignent le jeu de la concurrence, notamment en matière de l'octroi de marges au négoce, ne trouve aucune justification dans le raisonnement de la Cour dans l'affaire *Metro.*

141 Il y a donc lieu de conclure que l'accord des requérantes au sujet de l'importance des marges à consentir à leurs revendeurs directs, qui empêche les forces du marché de déterminer l'ampleur de ces avantages, notamment en fonction des services que ces intermédiaires pourraient rendre individuellement, comporte une restriction de la concurrence, laquelle est interdite par l'article 85, paragraphe 1, à supposer qu'elle soit également susceptible d'affecter de manière sensible le commerce entre États membres.

b) La ristourne de fin d'année

42 Il ressort des annexes à la lettre du 26 janvier 1971 adressée par FEDETAB à la Commission qu'à partir du 1er janvier 1971 les fabricants membres de FEDETAB versaient, par l'entremise de celle-ci, aux grossistes et aux détaillants une ristourne de fin d'année dont le montant variait, en fonction de la vente de cigarettes au cours de l'année, entre 20 centimes et 200 centimes par 1000 cigarettes. Il convient de remarquer, cependant, que ni la motivation (nos 19 à 27 et 81), ni l'article 1 du dispositif de la décision attaquée ne font clairement état de cette ristourne pour la période antérieure à la recommandation. Il en résulte que c'est dans le seul cadre de la recommandation qu'il y a lieu d'examiner la ristourne de fin d'année.

43 A cet égard, il est constant que, ainsi que la Commission l'a relevé au n° 74 de la décision, chaque client direct — grossiste ou détaillant — peut bénéficier de la part de FEDETAB de cette ristourne dont le barème figure dans la recommandation et qui est calculée en fonction de ses achats de cigarettes de toutes marques réalisés au cours de l'année, auprès de tout fabricant, membre ou non de FEDETAB, belge ou étranger. Il ressort du dossier que la ristourne ne s'élève qu'à une fraction d'un pour cent du prix d'achat. Les renseignements nécessaires au calcul des ristournes sur les cigarettes revenant à chaque client sont centralisés par FEDETAB ou par un organisme habilité à cet effet.

44 D'après la Commission, le système de ristourne de fin d'année mis au point par la recommandation aurait pour effet de restreindre le jeu de la concurrence entre les fabricants qui y ont adhéré, en ce qu'il rendrait sans intérêt un effort concurrentiel accru de la part des intermédiaires en vue d'obtenir des avantages supplémentaires, sans intérêt la concentration des achats des intermédiaires auprès d'un fabricant déterminé, et plus difficile l'accès au marché pour les fabricants désirant y pénétrer.

45 La requérante FEDETAB soutient par contre que l'effort concurrentiel est stimulé précisément par la différenciation des taux de la ristourne d'après les quantités vendues. Elle fait en outre valoir qu'en additionnant la somme des marges directes et des ristournes de fin d'année on arrive exactement au

maxima autorisé par le ministère des affaires économiques, dans le cadre des négociations en matière d'augmentation des prix. La ristourne ne serait formellement imposée à personne, mais elle serait réclamée avec force par les grossistes, de sorte qu'aucun fournisseur ne pourrait en fait s'y soustraire. Elle ne pourrait en aucun cas constituer, compte tenu de son montant minime, une lourde charge pour le fabricant, quelle que soit la part des achats faits chez lui par le revendeur.

146 Il convient de remarquer en premier lieu, à propos de ladite ristourne, que tout comme les marges directes consenties au négoce, elle fait l'objet, dans le cadre de la recommandation, d'une concertation entre les requérantes. Ainsi qu'il ressort de l'affirmation de FEDETAB elle-même, elle doit être considérée conjointement avec les marges directes; à ce titre elle constitue un élément des marges maximales dont le niveau fait l'objet d'une action collective de la part des requérantes, qui a pour objet et pour effet, ainsi qu'il a déjà été indiqué, de restreindre sensiblement le jeu de la concurrence individuelle en cette matière entre fabricants et importateurs dans le marché belge de cigarettes.

c) Les règles en matière des délais de paiement

147 Pour ce qui est des mesures prises antérieurement à la recommandation, en matière de délais de paiement maxima, il convient de rappeler que, par lettre du 23 décembre 1971, rédigée sur papier à en-tête de FEDETAB, neuf fabricants de cigarettes, y compris les autres requérantes sauf la société BAT, informèrent les grossistes et autres bénéficiaires des conditions de gros qu'ils avaient décidé de mettre un terme aux longs crédits et que ceux-ci seraient ramenés progressivement à un maximum de 15 jours.

148 La recommandation du 1er décembre 1975 énonce la règle du paiement au comptant, sous réserve de la possibilité pour le fabricant d'accorder, à titre exceptionnel, à un ou plusieurs de ses clients un délai qui ne peut être supérieur à quinze jours à compter de la date de la facture.

149 D'après FEDETAB, la recommandation s'inspire des mêmes préoccupations en matière de délais de paiement que celles qui ont provoqué la lettre du 23 décembre 1971. Selon FEDETAB, cette communication faisait suite à une demande de l'entreprise GB, société de commercialisation par grandes

surfaces, de porter les délais de crédit à 90 jours fin de mois, action qui faisait partie d'une politique de pression de tous les magasins à grande surface. Elle ajoute que, «pour donner à la lettre de FEDETAB tout le poids requis», les principaux fabricants membres de FEDETAB décidèrent d'y apposer leur signature. Cette riposte aurait été une action de légitime défense. En effet, tout prolongement important des délais de crédit aurait une répercussion inévitable sur les prix au détriment du consommateur en raison notamment de l'effet multiplicateur du système fiscal belge pour les cigarettes. Dans ces circonstances, tout retard aurait provoqué, d'après FEDETAB, un effondrement du marché.

150 D'autre part, les requérantes invoquent, pour la défense des dispositions de la recommandation en matière de délais de paiement, l'incidence du système fiscal belge sur les possibilités concurrentielles dans ce domaine, compte tenu particulièrement de la puissance de la demande représentée par les grandes surfaces. En effet, lesdites dispositions ne porteraient pas atteinte à une concurrence légitime mais seraient de nature à contrecarrer les excès de concurrence auxquels se livreraient les grandes surfaces qui mettraient à profit le fait que l'État belge ferait du fabricant ou de l'importateur de cigarettes le percepteur des impôts grevant celles-ci. La dette des intermédiaires serait donc constituée, à concurrence de $^4/_5$, par le remboursement d'une obligation fiscale déjà acquittée par le fabricant ou l'importateur qui supporterait ainsi les risques financiers d'éventuels défauts au niveau du commerce. Si l'on considère en outre le fait que la vitesse de rotation des stocks de cigarettes serait en moyenne de 10 jours, et même de 3 jours dans les grandes surfaces, toute concurrence allant au-delà de ces délais ne serait pas légitime, et cela encore moins lorsque plusieurs sociétés à grande surface chercheraient encore, en profitant de leur position sur le marché, à imposer les délais très importants avec l'intention de disposer des capitaux d'emprunt à intérêt nul pour le financement de produits autres que les cigarettes. Il paraîtrait donc légitime que, dans une optique d'autodéfense, les fabricants et les importateurs s'efforcent de faire en sorte que les délais de paiement soient utilisés de façon neutre au regard du jeu de la concurrence.

151 Il ressort des n^{os} 86 et 100 de la décision attaquée que la Commission considère notamment que l'imposition collective et uniforme par FEDETAB et par ses membres de délais maximaux de paiement aux bénéficiaires des conditions de gros avaient et ont toujours pour effet d'empêcher la concurrence de jouer dans ce domaine et de renforcer les restrictions de concurrence décou-

lant des autres mesures prises en matière de marges et de ristourne de fin d'année. La Commission insiste également, aux n^{os} 101 et 102 de la décision, sur le fait que, d'après les renseignements qu'elle a recueillis, les délais appliqués en pratique manifestent une tendance à se stabiliser autour d'une durée égale ou inférieure à 15 jours et que, contrairement aux dires de FEDETAB et de certains de ses membres, le comportement des différents producteurs, dont aucun n'aurait désavoué la recommandation, serait conforme aux dispositions de celle-ci.

152 Au cours de la procédure dans les présentes affaires, certaines requérantes ont contesté ces dernières affirmations de la Commission et ont soutenu que l'application des délais de paiement est souple et non uniforme. Pour leur part, les requérantes Jubilé et Vander Elst attirent l'attention sur le fait que, dans leurs lettres respectives du 18 décembre 1975 informant la Commission de leur décision d'adhérer à la recommandation, elles ont fait savoir à la Commission que le paiement comptant a toujours été de règle dans leurs sociétés et qu'elles continueraient à le pratiquer à titre autonome indépendamment de la recommandation. Elles font dès lors valoir que, si tant est qu'il faille considérer l'approbation de la recommandation comme un accord au sens de l'article 85 du traité, elles ne seraient en tout état de cause pas partie à cet accord en ce qui concerne les délais de paiement, et, sur ce point, ce serait donc à tort que la décision leur a été adressée.

153 S'il est vrai que le système fiscal belge, qui fait du fabricant ou de l'importateur le redevable de l'élément fiscal très élevé du PVD, exerce une influence certaine, compte tenu de la rotation rapide des stocks et des intérêts bancaires élevés sur la concurrence à laquelle ces opérateurs peuvent se livrer en matière des délais de paiement, il n'en résulte pas pour autant que toute possibilité d'une concurrence efficace dans ce domaine se trouve exclue. Il importe également de ne pas perdre de vue le fait que l'octroi, par le fabricant au négociant, d'un délai de paiement, constitue l'équivalent d'une marge supplémentaire accordée à ce dernier, laquelle n'est nullement interdite ni exclue par la réglementation belge en matière fiscale ou de contrôle des prix. Ces constatations sont renforcées par le fait qu'il ressort d'un tableau joint à la réponse de la requérante FEDETAB du 22 septembre 1975 à la première communication des griefs que les délais effectifs de paiement des factures aux autres requérantes, sauf la société HvL, variaient de fabricant à fabricant et de client à client, allant de zéro (paiement comptant) à quarante jours.

154 Les dispositions prises collectivement en matière de délais de paiement tant en vertu de la lettre du 23 décembre 1971 que dans le cadre de la recommandation ont, de par leur contenu, à tout le moins pour objet de restreindre de façon sensible la concurrence ce qui suffit pour les faire tomber sous l'interdiction de l'article 85, paragraphe 1, dans le cas où elles seraient à considérer comme susceptibles d'affecter le commerce entre États membres.

155 Étant donné que l'existence de possibilités de concurrence entre les requérantes au sujet de ces délais doit être considérée comme établie et que les dispositions susvisées ont pour objet de les restreindre de façon sensible par l'établissement d'un délai maximum de 15 jours, lequel, dans le cas de la recommandation, ne peut être consenti qu'à titre exceptionnel, il n'y a pas lieu d'examiner la question de savoir dans quelle mesure ces dispositions ont été mises en vigueur par les requérantes.

156 Pour ce qui est de l'affirmation des requérantes Jubilé et Vander Elst selon laquelle la règle du paiement comptant aurait toujours été de règle dans leurs sociétés et qu'elles continueraient à le pratiquer indépendamment de la recommandation, il y a lieu de déclarer qu'une telle manifestation d'intention ne saurait être prise en considération, étant donné que, ainsi qu'il a été indiqué à plusieurs reprises, d'après l'article 8 des statuts de FEDETAB, les membres de cette association doivent adhérer aux décisions prises par celle-ci en vertu de ses statuts.

3. Les mesures antérieures visant le respect par les grossistes et par certains détaillants des prix de vente fixés par les fabricants, la limitation de l'agrément de grossistes de certaines catégories, l'interdiction faite aux grossistes agréés d'approvisionner certains autres grossistes et l'obligation d'offrir un assortiment minimum de marques

157 La convention du 22 mai 1967 conclue entre FEDETAB et la FNCG pour une période de 5 ans, renforcée tant par l'accord-type, soumis par FEDETAB aux détaillants agréés et souscrit par ceux-ci, que par les avenants interprétatifs du 5 octobre 1967 et du 29 décembre 1970, contenait un ensemble de mesures collectives auxquelles participaient notamment les requérantes et avait pour objet, d'une part, d'interdire aux grossistes de revendre aux détaillants les produits manufacturés du tabac à des prix différents de

ceux indiqués par les fournisseurs sans aucune remise ou avantage autre que la marge du détaillant et, d'autre part, de faire respecter strictement par les détaillants, lors de la revente par ceux-ci au consommateur, le prix indiqué sur la bandelette fiscale.

158 Ces mesures avaient essentiellement pour objectif, ainsi que l'admet FEDETAB dans sa requête, d'empêcher le bradage tant au niveau du commerce de gros qu'à celui de détail. D'après FEDETAB, le bradage mettait en péril l'existence des grossistes et des détaillants spécialisés dont la disparition serait préjudiciable au consommateur. Il apparaît en outre des affirmations de FEDETAB dans sa requête que le souci de protéger ces opérateurs ait également inspiré la politique de fermer à partir du 1er janvier 1971, l'accès aux conditions maxima de gros à de nouveaux candidats de certaines catégories, et notamment aux grossistes spécialisés en alimentation.

159 L'article 58 du Code belge de la TVA, entré en vigueur le 1er janvier 1971, prévoyant que le prix inscrit sur la bandelette fiscale doit être le prix imposé de vente au consommateur, a interdit désormais toute diminution de prix accordée au niveau du détail.

160 Par contre, il est admis qu'au niveau du commerce en gros, les mesures susvisées ont été renouvelées par l'accord-type, dénommé «accord particulier en matière de bradage», soumis par FEDETAB aux grossistes le 30 juin 1972 et signé par la quasi-totalité de ceux-ci. En vertu de cet accord, les grossistes se sont engagés, pour une période de 5 ans, non seulement à respecter, lors de la revente des produits en cause, les prix indiqués par les fournisseurs sans aucune remise ou avantage, mais également à respecter l'interdiction de revente des produits manufacturés de tabac, d'une part à des grossistes «contingentés» par les fabricants et à des grossistes en alimentation ou à d'autres non directement approvisionnés par les fabricants lorsque ces produits étaient destinés à être revendus à des détaillants, et, d'autre part, aux détaillants au cas où il était évident que la livraison n'était pas destinée à la clientèle normale de ceux-ci. Cette interdiction renforçait les termes de la communication du 22 mars 1972, cités plus haut, que la FNCG avait adressée à ses membres et qui, en ce qui concerne les grossistes susvisés, allait dans le même sens.

161 Il ressort du contenu même des mesures décrites ci-dessus que celles-ci avaient essentiellement pour but d'empêcher surtout que la concurrence s'établisse entre les fabricants et importateurs membres de FEDETAB en matière de prix de revente de leurs produits tant au niveau du commerce en gros que, à tout le moins avant le 1er janvier 1971, date de l'entrée en vigueur de l'article 58 du Code de la TVA, à celui du commerce du détail.

162 Une réglementation ayant pour objet une telle restriction générale et systématique de la concurrence tombe incontestablement sous l'interdiction de l'article 85, paragraphe 1, du traité dans le cas où elle est également susceptible d'affecter de façon sensible le commerce entre États membres.

163 En ce qui concerne l'obligation imposée dans le cadre des mesures antérieures à la recommandation à un nombre restreint de détaillants, d'offrir un assortiment minimal de 60 marques de cigarettes — obligation dont le respect a été assuré par l'interruption de livraisons à certaines entreprises, dont notamment GB — la Commission critique cette mesure (décision n° 87) en ce qu'elle aurait empêché les détaillants de pousser la vente de certaines marques au détriment d'autres et qu'elle les aurait contraintes à offrir des marques dont la vente est faible et qui immobiliseraient une partie de leur fonds de roulement.

164 Étant donné, toutefois, qu'il a déjà été constaté que, dans la mesure où elles portaient sur les marges du négoce, les délais de paiement et le respect des prix fixés par les fabricants et les importateurs, les mesures antérieures tombent en principe, en ce qui concerne leur aspect essentiel, sous le coup de l'interdiction de l'article 85, paragraphe 1, il n'y a pas lieu de se prononcer séparément sur la compatibilité de cette disposition avec l'obligation imposée à certains détaillants avant le 1er décembre 1975, d'offrir un assortiment minimum de marques.

4. Affectation du commerce entre États membres

165 Il reste à examiner la question de savoir si les restrictions constatées ci-dessus sont également susceptibles d'affecter de manière sensible le commerce entre

États membres. En effet, ce n'est que dans le cas d'une réponse affirmative à cette question que lesdites restrictions tombent sous le coup de l'interdiction de l'article 85, paragraphe 1.

166 La Commission fait valoir, dans la décision attaquée que les mesures antérieures à la recommandation étaient susceptibles d'affecter le commerce entre États membres parce que certains fabricants membres de FEDETAB importaient une partie très substantielle des tabacs manufacturés importés en Belgique et en assuraient la distribution dans les mêmes conditions restrictives de la concurrence que leurs propres produits. De plus, les importateurs et les fabricants belges ou ceux des autres États membres qui n'avaient pas adhéré aux règles restrictives établies par FEDETAB et la FNCG en matière de distribution se voyaient soumis à l'application de ces règles, dès lors qu'ils revendaient leurs produits, y compris ceux provenant d'autres États membres, à un grossiste ou à un détaillant qui respectaient la réglementation imposée par ces deux associations, ce qui, compte tenu de la forte position sur le marché détenue par celles-ci, était la pratique générale.

167 Eu égard à ces considérations, la Commission a constaté, au n° 93 de la décision, que, même si, en raison des dispositions fiscales en vigueur, il subsistait des difficultés pratiques d'importation parallèles par les grossistes et les détaillants, il n'en reste pas moins que la modification des conditions de commercialisation en Belgique était de nature à détourner les courants commerciaux de leur orientation naturelle, c'est-à-dire de celle qu'ils auraient connue en l'absence des restrictions de concurrence constatées par la Commission, et à affecter ainsi le commerce entre États membres.

168 Pour ce qui est des mesures figurant dans la recommandation, la Commission fait valoir, au n° 106 de la décision, que celles-ci sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres pour les mêmes motifs que ceux qu'elle expose en ce qui concerne les mesures antérieures.

169 Les requérantes critiquent cette motivation en soutenant notamment que le commerce entre États membres ne se trouverait pas affecté du fait de la position du marché des fabricants et importateurs membres de FEDETAB, étant donné que, du seul fait des conséquences des différences de taxation des tabacs manufacturés dans les États membres, les mesures incriminées régleraient une situation purement nationale. En effet, au stade actuel de l'harmonisation des impôts frappant la consommation des tabacs manufacturés, les régimes particuliers de calcul et de perception de ces impôts constitueraient une entrave fondamentale au commerce intracommunautaire et empêcheraient la mise en place de systèmes d'importation parallèles. De plus, même à supposer que les mesures incriminées soient susceptibles d'exercer un effet indirect sur le volume des produits manufacturés du tabac importés par les fabricants, il ne serait nullement établi que cet effet est de nature à affecter la liberté de commerce entre États membres dans un sens qui pourrait nuire à la réalisation des objectifs d'un marché unique entre États.

170 En présence de ces thèses opposées, il convient de rappeler en premier lieu que, ainsi que la Cour l'a observé dans son arrêt du 30 juin 1966 dans l'affaire 56/65, *Société technique minière/Maschinenbau Ulm GmbH* (Recueil 1966, p. 337), pour qu'une décision, un accord ou une entente soit susceptible d'affecter le commerce entre États membres, ils doivent, sur la base d'un ensemble d'éléments de droit ou de fait, permettre d'envisager avec un degré de probabilité suffisant qu'ils puissent exercer une influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle, sur les courants d'échanges entre États membres et cela de manière à faire craindre qu'ils puissent entraver la réalisation d'un marché unique entre États membres.

171 A cet égard, il y a lieu de remarquer qu'il est constant, ainsi qu'il est dit aux n^{os} 8 et 91 de la décision, qu'une partie importante des produits manufacturés du tabac vendus en Belgique sont importés par l'intermédiaire de producteurs membres de FEDETAB qui les commercialisent en utilisant les mêmes réseaux de distribution que pour les produits qu'ils fabriquent eux-mêmes. A titre d'exemple, ces producteurs ont importé, en 1974, 51 % des cigarettes et 12 à 14 % des cigares introduits en Belgique, soit environ 5 % des cigarettes et 10 % des cigares vendus dans ce pays.

172 En outre, si, en raison de difficultés d'ordre fiscal et technique que la Cour a relevées dans son arrêt du 16 novembre 1977 dans l'affaire 13/77 *INNO/ATAB* (Recueil 1977, p. 2115), les importations parallèles en Belgique de tabacs manufacturés sont largement exclues, il y a lieu d'observer que l'influence sur les échanges en cause dans les présentes affaires se situe, ainsi qu'il ressort clairement de la motivation de la décision attaquée, surtout au niveau des importations de gros volume effectuées par les fabricants membres de FEDETAB. A cet égard, force est de constater que les restrictions de concurrence signalées plus haut en matière de marges du négoce, de la ristourne de fin d'année et des délais de paiement sont susceptibles de détourner les courants commerciaux dans le domaine des tabacs manufacturés de l'orientation qu'ils auraient autrement connue. Il en va de même, à plus forte raison, en ce qui concerne celles des mesures antérieures à la recommandation qui visaient à assurer le respect strict, à chaque échelon de la distribution, des prix fixés par les fabricants et importateurs. En effet, en se concertant sur ces aspects fondamentaux des conditions de vente à consentir aux intermédiaires, les requérantes réduisaient encore sensiblement l'incitation pour ceux-ci de favoriser, en contrepartie d'avantages pécuniaires individuels, la vente, en ce qui concerne les produits importés, de certains produits par rapport à d'autres.

173 C'est dès lors à juste titre que la décision de la Commission constate que ces restrictions de la concurrence de la part des requérantes sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres.

VI — Moyen de fond relatif à l'article 85, paragraphe 3, du traité

174 Les requérantes font valoir, en substance, que la Commission aurait violé les dispositions de l'article 85, paragraphe 3, du traité et les droits de la défense, en ce qu'elle aurait à tort refusé d'octroyer une exemption à la recommandation, n'aurait pas pris en considération les moyens développés par les requérantes et aurait commis des erreurs de fait à cet égard.

175 Avant d'examiner l'argumentation des parties à l'égard de l'applicabilité, à la recommandation, de l'article 85, paragraphe 3, il y a lieu de rappeler qu'un accord qui s'avère être contraire aux dispositions de l'article 85, para-

graphe 1, ne peut faire l'objet d'une exemption au titre du troisième paragraphe de cet article que s'il satisfait aux conditions suivantes:

— contribuer à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique;

— réserver en même temps aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte;

— ne pas imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs;

— ne pas donner à ces entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence.

176 A cet égard, il convient également de rappeler, ainsi que la Cour l'a dit dans son arrêt *Metro* (attendu 21), que les compétences octroyées à la Commission par l'article 85, paragraphe 3, démontrent que la nécessité du maintien d'une concurrence efficace peut être conciliée avec la sauvegarde d'objectifs de nature différente et que, dans ce but, certaines restrictions de concurrence sont admissibles lorsqu'elles sont indispensables à la réalisation de ces objectifs et n'aboutissent pas à éliminer la concurrence pour une partie substantielle du marché commun.

177 Au n° 132 de la décision attaquée, la Commission constate, sur la base de la motivation exposée aux n^{os} 113 à 131, que la recommandation ne peut bénéficier d'une exemption au titre de l'article 85, paragraphe 3, parce qu'elle ne satisfait pas aux conditions d'application de cette disposition. En particulier, la recommandation n'entraînerait pas d'améliorations de la distribution suffisantes pour contrebalancer les effets restrictifs de concurrence qu'elle provoquerait et elle ne serait pas susceptible de réserver aux utilisateurs une part équitable du profit qu'elle pourrait éventuellement entraîner.

178 En motivant, dans la décision attaquée, le maintien de son refus d'octroyer à la recommandation le bénéfice de l'article 85, paragraphe 3, la Commission fait notamment valoir qu'il ne serait nullement établi que le système de distri-

bution érigé par la recommandation apporterait aux clients directs des membres de FEDETAB et aux acheteurs de ces clients plus d'avantages que ne le ferait le jeu normal de la concurrence, lequel assurerait le libre choix du consommateur. Tout en reconnaissant que ce système permet, par le biais d'un nombre très élevé de grossistes et de détaillants d'offrir au consommateur un grand choix de marques, la Commission soutient que ce choix n'existe que chez les détaillants spécialisés, qui ne représentent qu'une faible part des 80 000 points de vente, dont la grande majorité n'offriraient à la clientèle qu'un nombre très restreint de marques. Cette multiplicité de points de vente ne pourrait d'ailleurs qu'augmenter les frais de la distribution.

179 La Commission conteste également la thèse selon laquelle la disparition du système collectif établi par la recommandation entraînerait inévitablement la disparition du commerce spécialisé. En effet, ce commerce ne serait pas menacé, même s'il ne bénéficiait plus de la part de FEDETAB et de ses membres de conditions financières plus favorables que celles accordées au négoce non spécialisé, si tant est que ses services sont réellement appréciés par les utilisateurs et les consommateurs. Tout en exprimant des doutes au sujet du danger qui menacerait la survie des grossistes spécialisés, qui assurent environ 80 % des ventes de cigarettes sur le marché belge, la Commission considère que l'octroi à ces grossistes de conditions plus favorables constitue une tentative d'imposer artificiellement le maintien sur le marché d'entreprises dont le caractère nécessaire n'apparaît pas avec suffisamment d'évidence aux acheteurs de l'échelon ultérieur et dont le jeu de la concurrence devrait normalement entraîner l'élimination.

180 Au n° 133 de la décision, la Commission, se référant également aux dispositions de la recommandation, constate en outre que celle-ci ne satisfait pas non plus à la dernière condition d'application de l'article 85, paragraphe 3, étant donné que, «compte tenu de la part du marché détenue par FEDETAB et par ses membres, les accords donnent aux entreprises visées la possibilité pour une partie substantielle des produits en cause d'éliminer la concurrence».

181 Les requérantes soutiennent que l'objectif de la recommandation est le maintien en Belgique d'un réseau de distribution traditionnel très dense, comportant notamment 80 000 détaillants, qui permettrait de mettre à la disposition et au profit du consommateur, même dans les coins les plus reculés du pays, une gamme étendue de marques, ce qui, à son tour, contribuerait à renforcer le jeu de la concurrence. Or, le maintien de ce système dépendrait du négoce

spécialisé, et particulièrement des grossistes spécialisés, qui assureraient l'approvisionnement des très nombreux petits détaillants disséminés dans tout le pays.

182 La recommandation ne contiendrait aucune restriction qui ne soit pas nécessaire pour atteindre l'objectif susvisé. En particulier, une légère prime supplémentaire devrait être accordée aux grossistes et aux détaillants spécialisés pour assurer la survie de ces intermédiaires face à la concurrence d'autres opérateurs, dont notamment les grandes surfaces qui n'assureraient pas le même service. L'élimination de nombreux intermédiaires spécialisés entraînerait, d'après les requérantes, non seulement une diminution du nombre de marques offertes au consommateur, mais également des conséquences sociales graves. A ce dernier égard, il importerait d'observer que la Cour aurait souligné dans son arrêt *Metro* que des considérations d'ordre social — et notamment le souci de préserver l'emploi dans les circonstances d'une conjoncture économique défavorable — peuvent être prises en compte dans le contexte de l'article 85, paragraphe 3.

183 Il convient de remarquer à cet égard, en premier lieu, que la recommandation comporte sans doute certains avantages, en matière de production et de distribution de cigarettes, tant pour de nombreux petits détaillants, dont notamment les marchands belges de journaux et de tabacs, qui, ainsi qu'il ressort du dossier, réalisent environ 60 % du chiffre national de vente des cigarettes, que pour les consommateurs. En effet, l'existence d'un nombre très élevé de points de vente en Belgique facilite incontestablement, pour le consommateur, l'achat des cigarettes, même s'il y a lieu d'observer qu'il ne trouve une gamme très étendue de marques qu'auprès d'un nombre restreint de détaillants spécialisés ou semi-spécialisés, lesquels constituent un débouché en particulier pour les nouvelles ou les petites marques.

184 Toutefois, le nombre d'intermédiaires et de marques ne constitue pas nécessairement le critère essentiel d'une amélioration de la distribution au sens de l'article 85, paragraphe 3. En effet, la qualité d'un secteur de distribution se mesure surtout à sa flexibilité commerciale et à sa capacité de réagir aux incitations émanant tantôt des producteurs, tantôt des consommateurs. A ce dernier égard, l'efficacité de la distribution implique notamment que celle-ci puisse concentrer ses activités sur les produits les plus performants aux yeux

des consommateurs et se mesure aussi à l'adaptabilité aux nouvelles habitudes d'achat qui se manifestent éventuellement auprès de ceux-ci. Or, il ressort des chiffres fournis par la Commission, dont l'exactitude n'a pas été contestée par les autres parties dans les présentes affaires, que les ventes de cigarettes réalisées par les grandes surfaces connaissent une progression beaucoup plus importante que celles réalisées par les autres revendeurs aux consommateurs, et cela en dépit du fait que les grandes surfaces n'offrent qu'un nombre restreint de la totalité des marques de cigarettes écoulées sur le marché belge.

185 Il résulte de ces considérations qu'il est permis de douter sérieusement que les avantages en matière de distribution découlant de la recommandation soient susceptibles de compenser suffisamment les restrictions rigoureuses qu'elle impose à la concurrence dans le domaine des conditions de vente accordées au négoce, pour justifier la conclusion qu'elle contribue, au sens de l'article 85, paragraphe 3, à l'amélioration de la distribution des cigarettes.

186 Il n'est toutefois pas nécessaire de se prononcer définitivement sur cette question, étant donné qu'il y a lieu de constater qu'une autre condition d'application de l'article 85, paragraphe 3, fait défaut en l'espèce.

187 En effet, pour que les dispositions de la recommandation puissent bénéficier de l'octroi d'une exemption, il faudrait qu'elles ne donnent pas aux membres de FEDETAB la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence.

188 A cet égard, il y a lieu de rappeler, ainsi que la Commission l'a indiqué au n° 8 de la décision attaquée, que les entreprises membres de FEDETAB produisent ou importent environ 95 % des cigarettes vendues en Belgique, et que 10 membres de FEDETAB, qui sont également importateurs de produits de marques étrangères, ont importé en 1974, 51 % des cigarettes importées en Belgique, ce qui représente environ 5 % des cigarettes vendues dans ce pays. De plus, les sept sociétés requérantes assurent à elles seules un pourcentage très élevé, chiffré à 80 % au n° 61 de la décision et à 92 % dans le mémoire en duplique de la Commission, du total des ventes de cigarettes en Belgique. Il est également à noter que, d'après les chiffres non contestés fournis par la Commission, également dans son mémoire en duplique, près

de deux tiers des ventes des cigarettes en Belgique sont le fait d'une dizaine de marques seulement, commercialisées, pour la plus grande partie, par une ou plusieurs parmi les sociétés requérantes.

89 Ainsi qu'il a déjà été constaté, les dispositions de la recommandation, à laquelle ont adhéré les sociétés requérantes, ont pour objet de restreindre, par le biais d'un accord collectif la concurrence que ces opérateurs pourraient se faire individuellement à ce sujet. Il y a lieu de constater que, dans ce domaine, compte tenu de la part très importante du marché des cigarettes en Belgique détenue par les membres de FEDETAB, et en particulier par les sociétés requérantes, la recommandation a pour effet de donner aux requérantes la possibilité d'éliminer concurrence pour une partie substantielle des produits en cause. Il en résulte que la recommandation ne saurait en aucun cas bénéficier d'une exemption au titre de l'article 85, paragraphe 3.

VII — Conclusion

90 Il résulte de l'ensemble des considérations exposées ci-dessus que les recours doivent être rejetés dans leur ensemble comme non fondés.

Sur les dépens

91 Aux termes de l'article 69, paragraphe 2, du règlement de procédure, toute partie qui succombe est condamnée aux dépens.

92 Les requérantes ayant succombé en leurs moyens, il y a lieu de les condamner solidairement à l'ensemble des dépens exposés par la Commission, y compris ceux du référé, ainsi qu'aux dépens exposés par les parties qui sont intervenues au soutien de la Commission.

93 Les parties qui sont intervenues à l'appui des requérantes supporteront leurs propres dépens.

Par ces motifs,

LA COUR

déclare et arrête:

1) **Les recours sont rejetés.**

2) **Les requérantes sont condamnées solidairement aux dépens de la Commission y compris ceux afférents au référé et aux interventions de la SA Eugène Huyghebaert, la Société GB-INNO-BM et la Fédération Belge du Commerce alimentaire.**

3) **Les parties intervenantes, Association des détaillants en tabac, Association nationale des grossistes en produits manufacturés du tabac, et Fédération nationale des négociants en journaux, publications librairie et articles connexes, supporteront leurs propres dépens.**

Kutscher Pescatore Koopmans Mertens de Wilmars Mackenzie Stuart

O'Keeffe Bosco Touffait Due

Ainsi prononcé en audience publique à Luxembourg le 29 octobre 1980.

Le greffier

A. Van Houtte

Le président

H. Kutscher

TABLE DES MATIÈRES

Partie «en fait»

I — Faits et procédure . . . 3130

1. Historique des présentes affaires . . . 3130

A — Faits antérieurs à l'adoption de la décision . . . 3130

B — La décision . . . 3132

a) Résumé du dispositif . . . 3132

b) Résumé de l'exposé des motifs . . . 3133

1) Exposé des faits . . . 3133

aa) La production et la consommation de tabacs manufacturés en Belgique (préambule — n^os 1 à 10) . . . 3133

bb) Les modalités de fixation des prix et de perception de l'impôt des produits manufacturés du tabac en Belgique (n^os 11 à 18) . 3134

cc) Les mesures prises par FEDETAB en matière de distribution avant le 1^er décembre 1975 (n^os 19 à 57) . . . 3134

dd) La recommandation FEDETAB du 1^er décembre 1975 (n^os 58 à 76) . . . 3137

i) La fixation des remises maximales à accorder sur facture aux clients et les critères minimaux à remplir par ceux-ci pour en bénéficier . . . 3138

ii) La ristourne de fin d'année . . . 3139

iii) Les délais de paiement . . . 3139

2) L'applicabilité de l'article 85, paragraphe 1, du traité . . . 3139

aa) aux mesures prises par FEDETAB en matière de distribution avant le 1^er décembre 1975 (n^os 77 à 93) . . . 3139

bb) à la recommandation FEDETAB du 1^er décembre 1975 (n^os 94 à 108) . . . 3141

3) Inapplicabilité de l'article 85, paragraphe 3 . . . 3142

aa) aux mesures prises par FEDETAB en matière de distribution avant le 1^er décembre 1975 (n^os 109 à 112) . . . 3142

bb) à la recommandation FEDETAB du 1^er décembre 1975 (n^os 113 à 134) . . . 3143

2. Déroulement de la procédure . . . 3144

II — Conclusions des parties . . . 3144

III — Moyens et arguments des parties . . . 3146

A — Moyens de forme et de procédure touchant notamment les droits de la défense et communs à la plupart des requérantes . . . 3146

Premier moyen: violation de l'article 19, paragraphe 2, du règlement n° 17/62 et de l'article 5 du règlement n° 99/63 (refus d'entendre certaines associations de grossistes et de détaillants) . . . 3146

Deuxième moyen: violation de l'article 19, paragraphe 2, du règlement n° 17/62 et de l'article 3, paragraphe 3, du règlement n° 99/63, et des droits de la défense (rejet d'une demande d'entendre des associations de grossistes) 3146

Troisième moyen: violation des principes fondamentaux relevant du droit de la défense et régissant les auditions telles qu'elles ont été organisées par les règlements n^{os} 17/62 et 99/63 3147

Quatrième moyen: violation des formalités substantielles prévues par les règlements n^{os} 17/62 et 99/63 de l'article 190 du traité et des droits de la défense (jonction irrégulière et non motivée des différentes affaires) 3148

Cinquième moyen: violation du principe général des droits de la défense (refus de communiquer le dossier) 3151

Sixième moyen: violation des articles 20, paragraphe 2 et 21, paragraphe 2, du règlement n° 17/62 (secret professionnel) 3152

B — Moyens formels communs à la plupart des requérantes concernant l'article 85, paragraphe 3, du traité 3155

Septième moyen: violation des articles 85, paragraphe 1, et 3 du traité, 4, paragraphe 2, 1er et 2^{e} litt. a), 5 et 6, paragraphes 1 et 2 du règlement n° 17/62, des droits de la défense et de l'obligation de motiver la décision (question de la dispense de notification des mesures antérieures à la recommandation) 3155

Huitième moyen: violation de l'article 85, paragraphe 3 du traité, des articles 4, paragraphes 1 et 2, 5, paragraphes 1 et 2, et 6, paragraphes 1 et 2, du règlement n° 17/62, et des articles 2, 3 et 4 du règlement n° 27/62 (refus de considérer une lettre comme notification) 3156

Neuvième moyen: violation de l'article 85, paragraphe 3 du traité, de l'obligation de motiver la décision et des droits de la défense (défaut de réponse aux arguments essentiels concernant l'article 85, paragraphe 3) 3158

Dixième moyen: violation des articles 4 du règlement n° 99/63, 19, paragraphe 1, du règlement n° 17/62 et 85, paragraphe 3, du traité (non-communication des considérations concernant l'article 85, paragraphe 3) . . 3158

C — Observation commune aux moyens 1 à 6 et 10 3160

D — Moyens relatifs à l'article 85, paragraphe 1 du traité et communs à la plupart des requérantes 3161

Remarques liminaires 3161

1. La réglementation fiscale belge 3161

2. L'harmonisation fiscale communautaire 3162

3. Mesures de contrôle des prix en Belgique 3163

Onzième moyen: violation des articles 85, paragraphe 1, et 190 du traité (restriction de concurrence) 3163

Douzième moyen: violation des articles 85, paragraphe 1, et 190 du traité (sensibilité de la restriction) 3180

Treizième moyen: violation des articles 85, paragraphe 1, et 190 du traité (affectation des échanges entre États membres) 3193

E — Résumé de certains développements des parties intervenantes au sujet des moyens relatifs à l'article 85, paragraphe 1; réponse des parties au principal 3197

F — *Quatorzième moyen:* refus d'octroyer une exemption en vertu de l'article 85, paragraphe 3 3203

G — Résumé de certains développements des parties intervenantes à propos du quatorzième moyen; réponses des parties au principal 3210

H — Moyens concernant un principe général de droit 3216

Quinzième moyen: violation du principe de l'égalité des entreprises publiques et privées devant le traité 3216

I — Moyens invoqués par quelques requérantes seulement 3219

Seizième moyen: violation des articles 85 et 190 du traité (appréciation erronée de la nature de la recommandation) 3219

Dix-septième moyen: violation des articles 85 et 190 du traité (qualification erronée de la recommandation) 3221

Dix-huitième moyen: violation des articles 85 et 190 du traité (appréciation erronée du comportement de la requérante Heintz van Landewyck) 3222

IV — Question posée par la Cour au gouvernement belge et réponse de celui-ci 3223

V — Questions posées par la Cour aux parties 3223

1. Questions à la Commission 3223

2. Questions aux requérantes 3224

VI — Procédure orale 3224

A — Réponses aux questions écrites 3224

1. Réponses de la Commission 3224

2. Réponses des parties requérantes 3226

B — Réponses à des questions posées par la Cour lors de l'audience 3226

Partie «en droit»

I — Considérations générales 3227

II — Moyens de forme et de procédure 3232

Premier moyen: refus par la Commission d'entendre certaines associations de grossistes et de détaillants intéressées 3232

Deuxième moyen: refus par la Commission d'accéder à la demande de FEDETAB d'entendre deux associations de grossistes 3232

Troisième moyen: absence de personnes mandatées pendant une partie de l'audition orale du 22 septembre 1976 3234

Quatrième moyen: jonction irrégulière et non motivée des plaintes de Mestdagh et Huyghebaert 3234

Cinquième moyen: refus de communiquer le dossier 3236

Sixième moyen: violation du secret professionnel 3238

Septième moyen: dispense de notification 3239

Huitième moyen: refus de considérer la lettre de FEDETAB du 26 janvier 1971 comme notification 3242

Neuvième moyen: réponse insuffisante aux arguments concernant l'application de l'article 85, paragraphe 3, du traité 3244

Dixième moyen: la Commission aurait pris en considération des griefs non communiqués 3244

Onzième moyen: appréciation erronée de la recommandation par rapport aux mesures antérieures 3247

III — Sur les six premiers moyens et le dixième moyen par rapport à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme 3248

IV — Moyen concernant un principe général de droit 3249

V — Moyens de fond relatifs à l'article 85, paragraphe 1, du traité 3249

A — Appréciation erronée de la nature et de la portée de la recommandation . . 3249

B — Appréciation erronée alléguée par la requérante HvL 3251

C — Moyens portant sur l'atteinte à la concurrence 3251

1. Remarques introductives 3251

a) Rappel du contenu des mesures incriminées 3252

i) La période antérieure au 1er décembre 1975 3252

ii) La recommandation «FEDETAB» du 1er décembre 1975 3254

2. Les mesures portant sur les marges du négoce, la ristourne de fin d'année et les délais maxima de paiement 3256

a) Les marges du négoce 3256

i) Les réglementations et pratiques administratives belges 3258

— La réglementation fiscale belge en matière des droits d'accise sur les tabacs 3258

— Les mesures de contrôle des prix en Belgique et la politique fiscale belge 3260

ii) Appréciation des effets sur la concurrence provoqués par les réglementations et pratiques visées sous i) 3261

b) La ristourne de fin d'année 3266

c) Les règles en matière des délais de paiement 3267

3. Les mesures antérieures visant le respect par les grossistes et par certains détaillants des prix de vente fixés par les fabricants, la limitation de l'agrément de grossistes de certaines catégories, l'interdiction faite aux grossistes agréés d'approvisionner certains autres grossistes et l'obligation d'offrir un assortiment minimum de marques 3270

4. Affectation du commerce entre États membres 3272

VI — Moyen de fond relatif à l'article 85, paragraphe 3, du traité 3275

VII — Conclusion 3280