Einzelheiten der Anwendung des Artikels 85 Absatz 3 aufgeführten Erfordernis einer wirksamen Überwachung bei möglichst einfacher Verwaltungskontrolle Rechnung.

6. Nach Artikel 190 EWG-Vertrag hat die Kommission ihre Entscheidungen zwar mit Gründen zu versehen und dabei die sachlichen und rechtlichen Gesichtspunkte, von denen die Rechtmäßigkeit der Maßnahme abhängt, sowie die Erwägungen aufzuführen, die sie zum Erlaß ihrer eine wettbewerbsrechtliche Zuwiderhandlung feststellenden Entscheidung veranlaßt haben; sie braucht jedoch nicht auf alle sachlichen und rechtlichen Fragen einzugehen, die von allen Beteiligten während des Verwaltungsverfahrens vorgebracht wurden.

7. Der Kommission ist es nicht verwehrt, über mehrere Zuwiderhandlungen gegen Artikel 85 EWG-Vertrag in einer einzigen Entscheidung zu befinden, vorausgesetzt, die Entscheidung erlaubt es jedem Adressaten, sich ein eindeutiges Bild davon zu verschaffen, welche Vorwürfe gegen ihn erhoben werden.

8. Wenn die Kommission auch die im Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft vorgesehenen Verfahrensgarantien zu beachten hat, so kann sie doch bei der Anwendung der entsprechenden Rechtsvorschriften nicht als „Gericht" im Sinne des Artikels 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention betrachtet werden, nach dem jedermann Anspruch darauf hat, daß seine Sache in billiger Weise von einem unabhängigen und unparteiischen Gericht gehört wird.

9. Eine Empfehlung, die von einer Unternehmensvereinigung ausgesprochen wird und die der getreue Ausdruck des Willens der Mitglieder dieser Vereinigung ist, sich auf dem Markt der als verbindlich angesehenen Empfehlung entsprechend zu verhalten, erfüllt die Voraussetzungen für die Anwendung von Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag.

10. Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag gilt auch für Vereinigungen ohne Gewinnzweck, soweit deren eigene Tätigkeit oder die der in ihnen zusammengeschlossenen Unternehmen auf die Folgen abzielt, die diese Vorschrift unterbinden will.

11. Beschlüsse, Vereinbarungen oder Verhaltensweisen sind nur dann geeignet, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, wenn sich anhand objektiver rechtlicher oder tatsächlicher Umstände mit hinreichender Wahrscheinlichkeit voraussehen läßt, daß sie unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell den Warenverkehr zwischen Mitgliedstaaten beeinflussen und dadurch der Errichtung eines einheitlichen Marktes zwischen den Mitgliedstaaten hinderlich sein können.

In den verbundenen Rechtssachen 209 bis 215 und 218/78

1) 209/78: HEINTZ VAN LANDEWYCK SÀRL, Luxemburg, Prozeß- und Zustellungsbevollmächtigter: Rechtsanwalt E. Arendt, Luxemburg, 34b, rue Philippe-II,

Einzelheiten der Anwendung des Artikels 85 Absatz 3 aufgeführten Erfordernis einer wirksamen Überwachung bei möglichst einfacher Verwaltungskontrolle Rechnung.

6. Nach Artikel 190 EWG-Vertrag hat die Kommission ihre Entscheidungen zwar mit Gründen zu versehen und dabei die sachlichen und rechtlichen Gesichtspunkte, von denen die Rechtmäßigkeit der Maßnahme abhängt, sowie die Erwägungen aufzuführen, die sie zum Erlaß ihrer eine wettbewerbsrechtliche Zuwiderhandlung feststellenden Entscheidung veranlaßt haben; sie braucht jedoch nicht auf alle sachlichen und rechtlichen Fragen einzugehen, die von allen Beteiligten während des Verwaltungsverfahrens vorgebracht wurden.

7. Der Kommission ist es nicht verwehrt, über mehrere Zuwiderhandlungen gegen Artikel 85 EWG-Vertrag in einer einzigen Entscheidung zu befinden, vorausgesetzt, die Entscheidung erlaubt es jedem Adressaten, sich ein eindeutiges Bild davon zu verschaffen, welche Vorwürfe gegen ihn erhoben werden.

8. Wenn die Kommission auch die im Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft vorgesehenen Verfahrensgarantien zu beachten hat, so kann sie doch bei der Anwendung der entsprechenden Rechtsvorschriften nicht als „Gericht" im Sinne des Artikels 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention betrachtet werden, nach dem jedermann Anspruch darauf hat, daß seine Sache in billiger Weise von einem unabhängigen und unparteiischen Gericht gehört wird.

9. Eine Empfehlung, die von einer Unternehmensvereinigung ausgesprochen wird und die der getreue Ausdruck des Willens der Mitglieder dieser Vereinigung ist, sich auf dem Markt der als verbindlich angesehenen Empfehlung entsprechend zu verhalten, erfüllt die Voraussetzungen für die Anwendung von Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag.

10. Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag gilt auch für Vereinigungen ohne Gewinnzweck, soweit deren eigene Tätigkeit oder die der in ihnen zusammengeschlossenen Unternehmen auf die Folgen abzielt, die diese Vorschrift unterbinden will.

11. Beschlüsse, Vereinbarungen oder Verhaltensweisen sind nur dann geeignet, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, wenn sich anhand objektiver rechtlicher oder tatsächlicher Umstände mit hinreichender Wahrscheinlichkeit voraussehen läßt, daß sie unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell den Warenverkehr zwischen Mitgliedstaaten beeinflussen und dadurch der Errichtung eines einheitlichen Marktes zwischen den Mitgliedstaaten hinderlich sein können.

In den verbundenen Rechtssachen 209 bis 215 und 218/78

1) 209/78: HEINTZ VAN LANDEWYCK SÀRL, Luxemburg, Prozeß- und Zustellungsbevollmächtigter: Rechtsanwalt E. Arendt, Luxemburg, 34b, rue Philippe-II,

2) 210/78: FÉDÉRATION BELGO-LUXEMBOURGEOISE DES INDUSTRIES DU TABAC ASBL, abgekürzt FEDETAB, Brüssel, Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Léon Goffin und Antoine Braun, Brüssel, Zustellungsbevollmächtigter in Luxemburg: Rechtsanwalt E. Arendt,

3) 211/78: ÉTABLISSEMENTS GOSSET SA, Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Walter van Gerven, Brüssel, Zustellungsbevollmächtigter in Luxemburg: Rechtsanwalt E. Arendt,

4) 212/78: BAT BENELUX SA, Brüssel, Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Philippe-François Lebrun, Brüssel, Zustellungsbevollmächtigter in Luxemburg: Rechtsanwalt E. Arendt,

5) 213/78: COMPAGNIE INDÉPENDANTE DES TABACS CINTA SA, Schaerbeek, Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Edouard Jakhian und Bernard Hanotiau, Brüssel, Zustellungsbevollmächtigter in Luxemburg: Rechtsanwalt E. Arendt,

6) 214/78: WELTAB SA, Brüssel, Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Pierre van Ommeslaghe, Brüssel, Zustellungsbevollmächtigter in Luxemburg: Rechtsanwalt E. Arendt,

7) 215/78: JUBILÉ SA, Lüttich, Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Hans G. Kemmler, Barbara Rapp-Jung und Alexander Böhlke, Frankfurt am Main, Zustellungsbevollmächtigter in Luxemburg: Rechtsanwalt E. Arendt,

8) 218/78: VANDER ELST SA, Antwerpen, Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Hans G. Kemmler, Barbara Rapp-Jung und Alexander Böhlke, Frankfurt am Main, Zustellungsbevollmächtigter in Luxemburg: Rechtsanwalt E. Arendt,

Klägerinnen,

unterstützt durch

die ASSOCIATION DES DÉTAILLANTS EN TABAC ASBL, abgekürzt ATAB, Brüssel, Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Jean-Régnier Thys, Brüssel, Zustellungsbevollmächtigter in Luxemburg: Rechtsanwalt E. Arendt,

die ASSOCIATION NATIONALE DES GROSSISTES EN PRODUITS MANUFACTURÉS DU TABAC, abgekürzt AGROTAB, Lüttich, Berufsverband, Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Jean-Marie van Hille und Nadine François, Gent,

Zustellungsbevollmächtigter: Rechtsanwalt Fernand Entringer, Luxemburg, 2, rue du Palais de Justice,

und

die ASBL FÉDÉRATION NATIONALE DES NÉGOCIANTS EN JOURNAUX, PUBLICATIONS, LIBRAIRIE ET ARTICLES CONNEXES, abgekürzt FNJ, Brüssel, Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Pierre Didier, Brüssel, Zustellungsbevollmächtigter in Luxemburg: Rechtsanwalt E. Arendt,

Streithelferinnen,

gegen

die KOMMISSION DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN, vertreten durch ihren Rechtsberater B. van der Esch als Bevollmächtigten, Beistände: J.-Fr. Verstrynge und G. zur Hausen vom Juristischen Dienst der Kommission, Zustellungsbevollmächtigter: Mario Cervino, Jean-Monnet-Gebäude, Luxemburg-Kirchberg,

Beklagte,

unterstützt durch

SA MESTDAGH FRÈRES & CIE, Gosselies, und SA EUGÈNE HUYGHEBAERT, Mechelen, Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt L. van Bunnen, Brüssel, Zustellungsbevollmächtigter: Rechtsanwalt P. Beghin, 48, avenue de la Liberté, Luxemburg,

die ASBL FÉDÉRATION BELGE DU COMMERCE ALIMENTAIRE, abgekürzt FBCA, Brüssel, Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt L. van Bunnen, Brüssel, Zustellungsbevollmächtigter in Luxemburg: Rechtsanwalt P. Beghin,

und

die SA GB-INNO-BM, Brüssel, Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte M. Waelbroeck und L. van Bunnen, Brüssel, Zustellungsbevollmächtigte: Rechtsanwälte Elvinger und Hoss, 15, Côte d'Eich, Luxemburg,

Streithelferinnen,

wegen Aufhebung — und wegen in einigen Rechtssachen hilfsweise beantragter Abänderung — der Entscheidung der Kommission Nr. 78/670/EWG vom 20. Juli 1978 (IV/28.852 — GB-Inno-BM / FEDETAB; IV/29.127 — Mestdagh-Huyghebaert / FEDETAB und IV/29.149 — „FEDETAB-Empfehlung"; ABl. L 224, S. 29 ff.), mit der den Klägerinnen vorgeworfen wird,

eine oder mehrere Zuwiderhandlungen gegen Artikel 85 EWG-Vertrag begangen zu haben,

erläßt

DER GERICHTSHOF

unter Mitwirkung des Präsidenten H. Kutscher, der Kammerpräsidenten P. Pescatore und T. Koopmans, der Richter J. Mertens de Wilmars, Mackenzie Stuart, A. O'Keeffe, G. Bosco, A. Touffait und O. Due,

Generalanwalt: G. Reischl
Kanzler: A. Van Houtte

folgendes

URTEIL

Tatbestand

I — Sachverhalt und Verfahren

1. Vorgeschichte der vorliegenden Rechtssachen

A — Entwicklung bis zum Erlaß der Entscheidung

1) Am 2. April 1974 erhob die Firma GN-Inno-BM (nachstehend: GB), Brüssel, ein großes Verbrauchermärkte betreibendes Unternehmen des Einzelhandels, bei der Kommission der Europäischen Gemeinschaften eine Beschwerde nach Artikel 3 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 des Rates vom 6. Februar 1962 gegen die Asbl Fédération belgo-luxembourgeoise des industries du tabac (nachstehend: FEDETAB), einen Berufsverband, in dem fast alle belgischen und luxemburgischen Hersteller von Tabakwaren zusammengeschlossen sind, die Asbl Fédération nationale du commerce de gros en produits manufacturés du tabac (nachstehend: FNCG) und die Asbl „Association des détaillants en tabac" (nachstehend: ATAB). Mit dieser Beschwerde richtete sie den Antrag an die Kommission, ein Verfahren gegen diese drei Vereinigungen einzuleiten, um sie zu verpflichten, verschiedene, insbesondere gegen Artikel 85 EWG-Vertrag gerichtete Zuwiderhandlungen abzustellen, die nach Ansicht der Antragstellerin von bestimmten von diesen Vereinigungen getroffenen Vereinbarungen herrührten.

Auf diesen Antrag hin leitete die Kommission am 29. Juli 1974 gemäß Artikel 9 Absatz 3 der Verordnung Nr. 17 ein Verfahren ein, nachdem sie der FEDETAB und der ATAB eine Abschrift der Beschwerde übermittelt hatte. Auch der Asbl Association nationale des gros-

sistes itinérants en produits manufacturés en tabac (nachstehend: ANGIPMT), einem nach der 1974 erfolgten Auflösung der FNCG gegründeten Großhändlerverband, leitete die Kommission eine Abschrift der Beschwerde zu.

Nachdem die FEDETAB, die ATAB und die ANGIPMT zum Antrag von GB Stellung genommen hatten, richtete die Kommission am *18. Juli 1975* eine *Mitteilung der Beschwerdepunkte* an die FEDETAB und deren sämtliche Mitglieder, in der sie erklärte, daß bestimmte Vereinbarungen, Entscheidungen und abgestimmte Verhaltensweisen der FEDETAB und ihrer Mitglieder nach ihrer Auffassung gegen Artikel 85 des Vertrages verstießen.

Im Laufe des Monats Dezember 1975 antworteten die FEDETAB und einige ihrer Mitglieder (unter anderem alle Klägerinnen in den vorliegenden Rechtssachen) auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte. Nachdem GB um die Bekanntgabe der Antworten auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte ersucht hatte, leitete die Kommission ihr am 2. Oktober 1975 einige Antworten (darunter diejenige der FEDETAB) zu. Am 7. Oktober 1975 gingen bei der Kommission Erklärungen der ANGIPMT sowie des Europäischen Tabakwaren-Großhandels-Verbands e.V. (ETV), Köln, ein.

2) Die Firma SA Mestdagh Frères & Cie, ein Großfilialunternehmen des Großhandels, und die Firma SA Eugène Huyghebaert, ein Unternehmen des Lebensmittelgroßhandels, (nachstehend als M und H bezeichnet) richteten am 10. bzw. 13. Oktober 1975 je ein Schreiben an die Kommission, in dem sie erklärten, sich der von GB erhobenen Beschwerde anschließen zu wollen.

Am 21. Oktober 1975 reichten M und H bei der Kommission offizielle Beschwerden nach Artikel 3 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 ein.

Eine *mündliche Anhörung* der FEDETAB, einiger ihrer Mitglieder (unter anderem aller Klägerinnen) und der Firma GB fand am *22. Oktober 1975* statt.

Im November 1975 leitete die Kommission den Firmen M und H Abschriften der Mitteilung der Beschwerdepunkte und einiger Antworten der Klägerinnen zu; den Klägerinnen übermittelte sie eine Abschrift der Beschwerde der Firmen M und H zur Stellungnahme.

3) Am 1. Dezember 1975 meldete die FEDETAB bei der Kommission gemäß den Artikeln 2 und 4 der Verordnung Nr. 17 eine *„Empfehlung bezüglich des Verkaufs von Zigaretten auf dem belgischen Markt"* an, die vom Verwaltungsrat der FEDETAB verabschiedet worden war und die, obgleich sie als einseitiger Rechtsakt der FEDETAB dargestellt wurde, im Hinblick auf eine Anwendung durch alle oder einen Teil ihrer Mitglieder abgefaßt war. Die FEDETAB erstrebte ihren Angaben zufolge mit der Anmeldung die Ausstellung eines Negativattests durch die Kommission oder zumindest die Abgabe einer Erklärung nach Artikel 85 Absatz 3. Wenn nämlich die Empfehlung von der Gesamtheit oder von einem Teil der FEDETAB-Mitglieder angenommen werde, könne sie als eine Vereinbarung oder zumindest als mögliche Grundlage für aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen im Sinne von Artikel 85 ausgelegt werden. Weder die Empfehlung noch die sich möglicherweise aus ihr ergebenden abgestimmten Verhaltensweisen bezweckten oder bewirkten jedoch eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs und seien nicht geeignet, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Hinsichtlich der Empfehlung müsse in jedem Fall eine Nichtanwendbarkeitserklärung nach Artikel 85 Absatz 3 ergehen.

Die übrigen Klägerinnen, Zigarettenherstellerinnen und Mitglieder der FEDETAB, teilten der Kommission im folgenden mit, sie hätten die Absicht, sich an die Empfehlung zu halten, und schlössen sich deren Anmeldung bei der Kommission an.

Im Laufe der Monate Dezember 1975 und Januar 1976 nahmen die Klägerinnen schriftlich zu den Beschwerden von M und H Stellung. Im Februar 1976 leitete die Kommission diese Stellungnahmen den Firmen M und H zu und erhielt von diesen schriftliche Erklärungen. Auch die ANGIPMT übersandte der Kommission einen Schriftsatz.

Mit Entscheidung vom 10. Mai 1976 dehnte die Kommission das am 19. Juli 1974 eingeleitete Verfahren auf die FEDETAB-Empfehlung vom 1. Dezember 1975 aus und richtete am *17. Mai 1976* an die Klägerinnen eine *zweite Mitteilung der Beschwerdepunkte,* die sich auf die Empfehlung bezog.

Die Klägerinnen beantworteten diese Mitteilung der Beschwerdepunkte und die Stellungnahmen von M und H im Laufe des Monats Juli 1976. Im September 1976 nahmen die ATAB und das Consortium tabacs — groep tabak (nachstehend: GT) in Herent, eine faktische Vereinigung einiger früherer Mitglieder der (aufgelösten) ANGIPMT und einiger späterer Mitglieder der Association nationale des grossistes en produits manufacturés du tabac (nachstehend: AGROTAB), eines nach Auflösung der ANGIPMT im Jahre 1977 gegründeten Berufsverbands, schriftlich zu der Mitteilung der Beschwerdepunkte vom 17. Mai 1976 Stellung.

Am *22. September 1976* führte die Kommission eine *zweite mündliche Anhörung* der Klägerinnen durch.

4) In den Monaten Juli und Oktober 1977 richtete die Kommission gemäß Artikel 11 der Verordnung Nr. 17 letzte Auskunftsverlangen an die Klägerinnen.

Am 13. Dezember 1977 gab der Beratende Ausschuß für Kartell- und Monopolfragen gemäß Artikel 10 der Verordnung Nr. 17 seine Stellungnahme ab.

B — Die Entscheidung

Am 20. Juli 1978 erließ die Kommission die Entscheidung Nr. 78/670/EWG „betreffend ein Verfahren nach Artikel 85 des EWG-Vertrags (IV/28.852 — GB-INNO-BM / FEDETAB; IV/29.127 — Mestdagh-Huyghebaert / FEDETAB und IV/29.149 — ‚FEDETAB-Empfehlung')" (ABl. L 224, S. 29 ff.). Nach Artikel 4 ist die Entscheidung an alle Klägerinnen in den vorliegenden Rechtssachen, das heißt an die FEDETAB und an folgende Unternehmen (Mitglieder der FEDETAB) gerichtet:

— Cinta SA (nachstehend: Cinta), Brüssel,

— Éts. Gosset SA (nachstehend: Gosset), Brüssel,

— Jubilé SA (nachstehend: Jubilé), Lüttich,

— Vander Elst SA (nachstehend: Vander Elst), Antwerpen,

— Weltab SA (nachstehend: Weltab), Brüssel,

— BAT Benelux SA (nachstehend: BAT), Brüssel,

— Heintz van Landewyck Sàrl (nachstehend: HvL), Luxemburg.

a) Zusammenfassung des Entscheidungstenors

Nach Artikel 1 der Entscheidung haben die Vereinbarungen zwischen den in Artikel 4 genannten Unternehmen und die von der FEDETAB als Unternehmensvereinigung gefaßten Beschlüsse bezüg-

lich der Organisation des Vertriebs und des Verkaufs von Tabakerzeugnissen in Belgien, die zum Gegenstand hatten,

1. die Anerkennung der Groß- und Einzelhändler durch die FEDETAB, ihre Einteilung in verschiedene Kategorien und die Zuerkennung fester, je nach Kategorie unterschiedlicher Verdienstspannen,
2. die Einhaltung der von den Herstellern vorgeschriebenen Wiederverkaufspreise gemäß dem am 22. Mai und 5. Oktober 1967 zwischen der FEDETAB und der FNCG geschlossenen Abkommen und dem Ergänzungsabkommen hierzu vom 29. Dezember 1970,
3. die Beschränkung des Zugangs zu bestimmten Großhändlerkategorien durch die FEDETAB,
4. das Verbot des Weiterverkaufs an andere Großhändler, das Gegenstand der kollektiven Maßnahmen und des Auslegungsabkommens vom 22. März 1972 war,
5. die Anwendung einheitlicher Zahlungsfristen bei der Belieferung der Groß- und Einzelhändler, die Gegenstand der kollektiven Maßnahmen vom 23. Dezember 1971 war,
6. die von der FEDETAB beschlossene und durch die von einigen ihrer Mitglieder getroffenen Vereinbarungen und kollektiven Maßnahmen sichergestellte Einhaltung der den Einzelhändlern auferlegten Verpflichtung, ein Mindestsortiment anzubieten,

„in der Zeit vom 13. März 1962 bis zum 1. Dezember 1975 Zuwiderhandlungen gegen Artikel 85 Absatz 1 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft dargestellt".

Nach Artikel 2 stellt die am 1. Dezember 1975 in Kraft getretene FEDETAB-Empfehlung, die zum Gegenstand hatte,

1. die Einteilung der belgischen Groß- und Einzelhändler in Kategorien und die Zuerkennung unterschiedlicher Verdienstspannen je nach Kategorie,
2. die Anwendung einheitlicher Zahlungsfristen bei der Belieferung der Groß- und Einzelhändler,
3. die Zahlung einer Jahresabschlußvergütung an die Groß- und Einzelhändler,

„eine Zuwiderhandlung gegen Artikel 85 Absatz 1 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft dar." Weiter heißt es dort: „Hinsichtlich dieser Empfehlung kann eine Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 nicht erteilt werden".

Gemäß Artikel 3 Absatz 1 sind die Klägerinnen gehalten, die in Artikel 2 festgestellte Zuwiderhandlung abzustellen. „Insbesondere", so heißt es dort weiter, „sind sie gehalten, in Zukunft jede Handlung zu unterlassen, welche den gleichen Zweck verfolgt wie die FEDETAB-Empfehlung". Nach Artikel 3 Absatz 2 ist die FEDETAB gehalten, unverzüglich alle ihre Mitglieder, an die diese Entscheidung nicht gerichtet ist, von deren Inhalt zu unterrichten.

b) Zusammenfassung der Begründungserwägungen

1) Sachverhalt

aa) Herstellung und Verbrauch von Tabakwaren in Belgien (Begründungserwägungen 1 bis 10)

Nach Angaben der Kommission werden Tabakwaren in Belgien zu 94 % aus importiertem Rohtabak, zu 4,5 % aus belgischem Rohtabak und zu 1,5 % aus Tabakabfällen hergestellt. Der Verbrauch sei etwa wie folgt aufzuschlüsseln: 70 % Zigaretten, 13 % Rauchtabak, 8 % Zigarren und 8,5 % Zigarillos. Fast alle belgischen und luxemburgischen Hersteller von Tabakwaren gehörten der

FEDETAB an, die Anfang 1946 gegründet worden sei.

Nach einer Darstellung der Zielsetzungen und des Aufbaus der FEDETAB führt die Kommission aus, etwa 95 % der in Belgien verkauften Zigaretten und 75 bis 80 % der in Belgien verkauften Zigarren und Zigarillos würden von den Mitgliedern der FEDETAB hergestellt oder eingeführt. 10 Mitglieder der FEDETAB seien nämlich auch Importeure von Erzeugnissen ausländischer Marken und hätten als solche 1974 51 % der nach Belgien eingeführten Zigaretten und 12 bis 14 % der nach Belgien eingeführten Zigarren importiert, was etwa 5 % des gesamten Zigarettenabsatzes und 10 % des Zigarrenabsatzes in diesem Land ausmache. Diese auch als Importeure auftretenden Hersteller vertrieben die eingeführten Erzeugnisse über das gleiche Vertriebssystem, über das sie die von ihnen selbst hergestellten Erzeugnisse absetzten. Nahezu die gesamte Tabakwareneinfuhren nach Belgien und Luxemburg stammten aus den anderen Mitgliedstaaten der EWG.

bb) Modalitäten der Preisfestsetzung und der Steuererhebung bei Tabakwaren in Belgien (Begründungserwägungen 11 bis 18)

In Belgien unterlägen Tabakwaren einer eigenen steuerrechtlichen Regelung; danach würden sie anstelle der Mehrwertsteuer mit einer wertabhängigen Verbrauchsteuer belegt, die sich nach dem Einzelhandelspreis richte und beispielsweise bei Zigaretten 55,55 % betrage; Zigaretten unterlägen darüber hinaus einer spezifischen Verbrauchssteuer von 0,048 FB pro Stück. Insgesamt betrage die Steuerauswirkung auf den Einzelhandelspreis etwa 70 % dieses Preises. Der Einzelhandelspreis, der bei der Ermittlung des zu entrichtenden Verbrauchssteuerbetrags zugrunde gelegt werde, werde vom Hersteller oder Importeur festgesetzt. Die Verbrauchssteuer werde von letzteren beim Kauf von Steuerbanderolen entrichtet, die auf den hergestellten oder eingeführten Tabakwaren angebracht würden. Auf diesen Banderolen sei der Einzelhandelspreis angegeben; sie dienten als Nachweis der Zahlung aller für das Erzeugnis zu entrichtenden Steuern.

Aufgrund der in den Mitgliedstaaten der EWG für Tabakwaren geltenden Steuervorschriften würden Groß- und Einzelhändler, die Einfuhren unter Umgehung des Herstellers oder des offiziellen Importeurs vornehmen wollten, hieran meistens durch den Umstand gehindert, daß die ausländischen Großhändler, von denen sie diese Erzeugnisse theoretisch beziehen könnten, praktisch nur über Waren verfügten, die bereits mit der Steuerbanderole ihres jeweiligen Landes versehen seien. Hieraus ergäben sich bedeutende technische Hindernisse steuerlichen Ursprungs für derartige Einfuhren.

cc) Von der FEDETAB vor dem 1. Dezember 1975 hinsichtlich des Vertriebs getroffene Maßnahmen (Begründungserwägungen 19 bis 57)

— Beschwerdepunkt betreffend die Anerkennung und Einstufung der Groß- und Einzelhändler durch die FEDETAB und die Zuerkennung fester, je nach Kategorie unterschiedlicher Verdienstspannen

Nach Darstellung der Kommission wurden die (etwa 600) *Großhändler* schon vor Inkrafttreten der Verordnung Nr. 17 am 13. März 1962 von der FEDETAB in sechs Kategorien eingestuft; diese Einteilung war vom Comité belge de distribution, einem privaten Studienzentrum belgischer Vertriebsunternehmen, das in Verbindung mit dem belgischen Ministe-

rium für den Mittelstand arbeitet, festgelegt worden. 1973 habe es folgende Kategorien gegeben: die reisenden Fachgroßhändler (366 Großhändler mit etwa 65 % des Absatzes; die nichtreisenden Fachgroßhändler (163 Großhändler mit etwa 3,5 % des Absatzes; die Lebensmittel- und Tabakgroßhändler (33); die Großhändler des HORECA („Hotels-Restaurants-Cafés")-Sektors (14 Großhändler, die zusammen mit den Lebensmittel- und Tabakgroßhändlern insgesamt 3,6 % des Absatzes getätigt hätten; die Genossenschaften (mit einem Anteil am Absatz von 3,4 %); die Supermärkte und Warenhäuser mit insgesamt 200 bis 300 Einzelhandelsverkaufsstellen (mit einem Anteil am Absatz von 9,3 %). Die übrigen Verkäufe (etwa 15 % des Gesamtabsatzes) erfolgten unmittelbar durch die Hersteller.

Jede dieser Kategorien habe einen Direktnachlaß erhalten, der der vom belgischen Wirtschaftsministerium im Rahmen seines Meldesystems für Preiserhöhungen genehmigten Höchstspanne entsprochen habe. Diese Spanne habe für gängige Zigarettenmarken 9,2 % (9,8 % seit 1. April 1974) und für nicht gängige und Luxuszigaretten 10,2 % betragen. Andere Spannen hätten für Zigarillos und Zigarren gegolten.

Seit dem 1. Januar 1971 hätten die reisenden Fachgroßhändler am Jahresende eine zusätzliche Vergütung von 0,2 % erhalten.

Den Direktnachlaß hätten nur die Genossenschaften und die großen Verbrauchermärkte, die auch als Einzelhändler tätig seien, in voller Höhe für sich behalten, während die eigentlichen Großhändler einen Teil des Nachlasses an die Einzelhändler hätten weitergeben müssen, an die sie ihre Erzeugnisse weiterverkauften.

Der Kommission zufolge wurden die *Einzelhändler*, deren es in Belgien 80 000 gebe, nach einem am 29. Dezember 1970 zwischen der FEDETAB und der FNCG geschlossenen Abkommen in „anerkannte Einzelhändler" (etwa 2 000) und „nicht anerkannte Einzelhändler" unterteilt. Je nachdem, ob ein Einzelhändler anerkannt gewesen sei oder nicht, habe der Anteil an der Höchstspanne, der ihm vom Großhändler eingeräumt worden sei, 8,05 % bzw. 7,05 % des Wiederverkaufspreises der gängigen Zigarettenmarken und 8,25 % bzw. 7,25 % des Wiederverkaufspreises der nicht gängigen Luxuszigarettenmarken betragen.

— Beschwerdepunkt betreffend das Abkommen vom 22. Mai 1967 und 5. Oktober 1967 zwischen der FEDETAB und der FNCG über die Einhaltung der von den Herstellern vorgeschriebenen Wiederverkaufs- und Einzelhandelspreise sowie das Ergänzungsabkommen vom 29. Dezember 1970

Die Kommission schildert eine Reihe von Maßnahmen der FEDETAB und FNCG im Bereich der Wiederverkaufspreise. Unter anderem hätten sich die Großhändler aufgrund eines Abkommens zwischen der FEDETAB und der FNCG vom 22. Mai 1967 verpflichtet, die Tabakerzeugnisse zu dem von den Lieferanten angegebenen Preis ohne irgendwelche Nachlässe oder Vergünstigungen, mit Ausnahme der Verdienstspanne des Einzelhändlers, weiterzuverkaufen. Die Großhändler, die Einzelhandelsgeschäfte betrieben, hätten sich darüber hinaus verpflichtet, die Zigaretten zu dem auf der Steuerbanderole angegebenen Einzelhandelspreis ohne jeden Nachlaß an den Verbraucher weiterzuverkaufen. Durch die Unterzeichnung eines Mustervertrags, den die FEDETAB am gleichen Tag den „anerkannten Einzelhändlern"

vorgelegt habe, hätten sich diese verpflichtet, die Zigaretten zu dem auf der Steuerbanderole angegebenen Preis ohne irgendwelche Nachlässe oder Vergünstigungen an den Verbraucher zu verkaufen. Durch ein Ergänzungsabkommen vom 5. Oktober 1967 zur Auslegung des Abkommens vom 22. Mai 1967 hätten die FEDETAB und die FNCG klargestellt, es werde davon ausgegangen, daß die Großhändler, die auch ein Einzelhandelsgeschäft betrieben, sich verpflichtet hätten, keine Einzelhändler zu beliefern, die nicht den auf der Banderole angegebenen Verkaufspreis einhielten. Mit Schreiben vom 26. Oktober 1967 habe die FNCG den Zigarettengroßhändlern mitgeteilt, die Hersteller würden die Belieferung von Großhändlern einstellen, die Einzelhändler oder Verkaufseinrichtungen belieferten, welche den Verbrauchern noch einen Mengenrabatt gewährten. Mit Schreiben vom 30. Oktober 1967 habe die FEDETAB alle Zigarettengroßhändler aufgefordert, unverzüglich ihre Lieferungen an verschiedene große Verbrauchermärkte einzustellen; hierunter hätten sich auch drei später der Firma GB Entreprises angehörende Gesellschaften befunden.

Durch ein weiteres Ergänzungsabkommen zur Auslegung vom 29. Dezember 1970 hätten sich die FEDETAB und die FNCG verpflichtet, die Anwendung dieser Abkommen systematisch und streng zu kontrollieren. In einer Mustervereinbarung unter der Bezeichnung „Sondervereinbarung über Preisunterschreitungen", die den Großhändlern am 30. Juni 1972 (dem Tag des regulären Auslaufens des Abkommens vom 22. Mai 1967) von der FEDETAB vorgelegt worden sei, hätten diese anerkannt, daß sie von besagtem Abkommen sowie den Ergänzungsabkommen zu seiner Auslegung vom 29. Dezember 1970 und 22. März 1972 (siehe unten) Kenntnis genommen hätten, und hätten sich für die Zeit vom 1. Juli 1972 bis 30. Juni 1977 unter anderem verpflichtet, die Tabakwaren zu den von den Lieferanten angegebenen Preisen ohne irgendwelche Rabatte oder Vergünstigungen weiterzuverkaufen.

Nach Angaben der FEDETAB seien diese Abkommen lange vor 1974, spätestens aber bei Auflösung der FNCG, hinfällig geworden.

— Beschwerdepunkt betreffend die Beschränkung des Zugangs zu bestimmten Großhandelskategorien durch die FEDETAB

Seit dem 1. Januar 1971 habe die FEDETAB beschlossen, keine neuen Großhändler, ausgenommen in den Kategorien „reisende Fachgroßhändler" und „Hotels-Restaurants-Cafés", und auch keine neuen Genossenschaften und Warenhäuser, ausgenommen in den Kategorien „Warenhäuser und Niedrigpreisläden mit vielseitigem Angebot", mehr anzuerkennen. Die Bewerber um Zulassung zu diesen Kategorien hätten sich unter anderem verpflichten müssen, die vorgeschriebenen Preise einzuhalten, ihre Einkäufe bar zu bezahlen und sich an der Einführung aller neuen Marken zu beteiligen.

— Beschwerdepunkt betreffend die kollektiven Maßnahmen und das Ergänzungsabkommen zur Auslegung vom 22. März 1972 über das Verbot des Weiterverkaufs an andere Großhändler

Am 22. März 1972 habe die FNCG ihren Mitgliedern unter Bezugnahme auf das am 29. Dezember 1970 mit der FEDETAB geschlossene Ergänzungsabkommen mitgeteilt, es sei ihnen künftig untersagt, Tabakwaren an folgende Abnehmer zu verkaufen: 1. Lebensmittel-

großhändler und andere Großhändler, die nicht unmittelbar von den Herstellern beliefert würden, wenn es sich um Erzeugnisse handele, die zum Weiterverkauf an Einzelhändler bestimmt seien; 2. Großhändler, die „mengenmäßigen Beschränkungen" unterlägen. Die Nichtbeachtung dieses Verbots werde die Einstellung der Belieferung zur Folge haben. In dem Mustervertrag, zu dessen Unterzeichnung die FEDETAB die Großhändler am 30. Juni 1972 aufgefordert habe und den fast alle unterschrieben hätten, sei die Einhaltung dieser Verpflichtungen von den Großhändlern zugesagt worden.

Nach Angaben der FEDETAB seien das Ergänzungsabkommen zur Auslegung vom 22. März 1972 und die danach geschlossenen Einzelabkommen ohne Folge geblieben und ein Jahr nach Unterzeichnung des Mustervertrags, d. h. am 1. Juli 1973, außer Kraft getreten.

— Beschwerdepunkt betreffend die am 23. Dezember 1971 von den Mitgliedern der FEDETAB hinsichtlich der Zahlungsfristen getroffenen kollektiven Maßnahmen

Mit Schreiben vom 23. Dezember 1971 auf Papier mit dem Briefkopf der FEDETAB hätten neun Tabakwarenhersteller und Mitglieder der FEDETAB den Großhändlern und übrigen Kunden, denen Großhandelsbedingungen eingeräumt worden seien, mitgeteilt, daß die Zahlungsfristen schrittweise nach einem in dem Schreiben angegebenen genauen Zeitplan auf höchstens 15 Tage verkürzt würden. Sie führten im übrigen aus, daß sie Zahlungsverzögerungen der Empfänger des Schreibens solidarisch mit einer Aussetzung der Belieferung beantworten würden. Nach Darstellung der Kommission blieben diese kollektiven Maßnahmen in Kraft, bis am 1. Dezember 1975 die „Empfehlung" in Kraft getreten sei.

— Beschwerdepunkt betreffend die Vereinbarungen und kollektiven Maßnahmen, die von den FEDETAB-Mitgliedern getroffen wurden, um die Einhaltung der Verpflichtung der Einzelhändler sicherzustellen, ein Mindestsortiment anzubieten

Nachdem GB Entreprises ihr Zigarettensortiment von 62 auf 24 Marken verringert habe, habe ihr die FEDETAB am 22. Februar 1972 mitgeteilt, daß die Zigarettenhersteller ihre Lieferungen ab 1. März 1972 einstellen würden, wenn sie ihr Sortiment nicht im früheren Umfang wiederherstelle. Nachdem die FNCG ihren Mitgliedern die Belieferung der GB Entreprises und anderer Verbrauchermarktunternehmen, die ihr Zigarettensortiment ebenfalls verringert hätten, untersagt habe, seien diese Unternehmen zu ihrem früheren Sortiment zurückgekehrt, so daß die kollektive Lieferunterbrechung beendet worden sei.

dd) Die FEDETAB-Empfehlung vom 1. Dezember 1975 (Begründungserwägungen 58 bis 76)

Diese Empfehlung habe die FEDETAB am 1. Dezember 1975 bei der Kommission angemeldet. Sie solle die vorstehend beschriebenen Maßnahmen ersetzen und betreffe nur den Vertrieb im Teilsektor Zigaretten. Die übrigen Klägerinnen hätten der Kommission mitgeteilt, daß sie beabsichtigten, die Empfehlung zu befolgen, und daß sie sich der Anmeldung anschlössen.

Die in der FEDETAB zusammengeschlossenen Unternehmen tätigten 80 % des gesamten Zigarettenabsatzes in Belgien; durch ihren Zusammenschluß in der FEDETAB werde großer Einfluß auf die übrigen Hersteller und Importeure sowie auf die Groß- und Einzelhändler ausgeübt.

Nach Darstellung der Kommission ist der Zigarettenvertrieb in Belgien nach

Inkrafttreten der Empfehlung wie folgt organisiert:

i) Festlegung der Höchstsätze der den Kunden auf die Rechnung zu gewährenden Nachlässe und Mindestvoraussetzungen für deren Gewährung

— Auf der Großhandelsebene

Jeder Kunde, der

— Zigaretten kaufe, um sie hauptsächlich an andere Händler weiterzuverkaufen,

— mehr als 15 Millionen Zigaretten pro Jahr kaufe, die an eine einzige Anschrift lieferbar seien,

— ständig mindestens 50 verschiedene Zigarettenmarken auf Lager halte und laufend verkaufe,

— über Gebäude und Einrichtungen verfüge, die den Anforderungen an seine Tätigkeit entsprächen und eine einwandfreie Lagerung der Erzeugnisse gewährleisteten,

könne auf seine Rechnungen einen Nachlaß in Höhe von 9,20 % des Einzelhandelspreises einschließlich Steuern der gekauften Zigaretten (seit dem 15. Oktober 1977 8,36 %) erhalten.

Zusätzliche Nachlässe könnten unter den nachstehenden Bedingungen bis zu den nachstehend angegebenen Höchstsätzen gewährt werden.

Jeder Kunde, der

— die von ihm bezogenen Tabakerzeugnisse zu vier Fünfteln an mindestens 50 Verkaufsstellen des HORECA-Sektors weiterverkaufe,

— mehr als 5 Millionen Zigaretten pro Jahr kaufe, die an eine einzige Anschrift lieferbar seien,

könne auf seine Rechnungen einen zusätzlichen Nachlaß in Höhe von 1 %, insgesamt also 10,2 % (seit dem 15. Oktober 1977 9,27 %) erhalten.

Jeder Kunde, der

— sich hauptsächlich dem Verkauf von Tabakwaren widme und damit mindestens 70 % seines Umsatzes erziele,

— mehr als 15 Millionen Zigaretten jährlich, lieferbar an eine einzige Anschrift, beziehe und diese an mindestens 30 Verkaufsstellen liefere oder mehr als 8 Millionen Zigaretten pro Jahr beziehe und diese an wenigstens 50 Verkaufsstellen liefere,

— ständig mindestens 90 verschiedene Zigarettenmarken auf Lager halte und laufend verkaufe,

— sich aktiv am Vertrieb der Ware beteilige und die Werbungsmaßnahmen unterstütze,

— bereit sei, aktiv an Einführung und Vertrieb neuer Marken mitzuwirken,

könne auf seine Rechnungen einen zusätzlichen Nachlaß in Höhe von 1,2 %, insgesamt also 10,4 % (seit dem 15. Oktober 1977 9,45 %), erhalten.

— Auf der Einzelhandelsebene

Jeder Kunde, der

— Zigaretten beziehe, um sie hauptsächlich an Endverbraucher weiterzuverkaufen,

— diesen Weiterverkauf in seinen eigenen, im Handelsregister eingetragenen Geschäftsräumen vornehme,

könne auf seine Rechnungen einen Nachlaß in Höhe von 7,25 % (seit dem 15. Oktober 1977 6,59 %) des Einzelhandelspreises der bezogenen Zigaretten erhalten.

Zusätzliche Nachlässe könnten bis zu den nachstehend angegebenen Höchstsätzen solchen Kunden gewährt werden, die nicht nur die vorerwähnten Bedingungen, sondern auch die nachstehenden Kriterien erfüllten.

Jeder Kunde, der

— mindestens 1,8 Millionen Zigaretten pro Jahr verkaufe,

— sein Ladengeschäft und dessen Ausstellungsfläche so einrichte, daß deutlich zu erkennen sei, daß dort Tabakwaren verkauft würden,

— ständig mindestens 60 verschiedene Zigarettenmarken auf Lager halte und laufend verkaufe,

könne auf seine Rechnung einen zusätzlichen Nachlaß in Höhe von 1 %, insgesamt also 8,25 % (seit dem 15. Oktober 1977 7,50 %), erhalten.

Jeder Kunde, der

— sich hauptsächlich dem Verkauf von Tabakerzeugnissen widme und damit mindestens 70 % seines Umsatzes erziele,

— mindestens 3 Millionen Zigaretten pro Jahr kaufe,

— ständig mindestens 80 verschiedene Zigarettenmarken auf Lager halte und laufend verkaufe,

— den Tabakwaren den größten Teil der Ausstellungsfläche seines Ladens vorbehalte,

— Erzeugnisse oder Waren, deren Verkauf oder Lagerung Tabakwaren abträglich sei, weder verkaufe noch lagere,

könne auf seine Rechnungen einen zusätzlichen Nachlaß in Höhe von 2,95 %, insgesamt also 10,2 % (seit dem 15. Oktober 1977 9,27 %) erhalten.

Jeder Kunde, der

— laufend in mindestens 30 eigenen oder angeschlossenen Verkaufsstellen Tabakerzeugnisse verkaufe,

— mindestens 150 Millionen Zigaretten pro Jahr für alle seine eigenen oder angeschlossenen Verkaufsstellen beziehe,

— ständig mindestens 50 verschiedene Zigarettenmarken auf Lager halte und laufend verkaufe,

könne ebenfalls auf seine Rechnungen einen zusätzlichen Nachlaß in Höhe von 2,95 %, insgesamt also 10,2 % (seit dem 15. Oktober 1977 9,27 %), erhalten.

ii) Die Vergütung zum Jahresabschluß

Jeder direkte Kunde (Groß- oder Einzelhändler) könne zum Jahresabschluß von FEDETAB eine Vergütung erhalten, deren Sätze in der Empfehlung genannt würden und die aufgrund seiner im Laufe des Jahres getätigten Käufe von Zigaretten aller Marken bei allen Herstellern berechnet werde, gleichgültig, ob diese Mitglieder der FEDETAB seien oder nicht oder ob es sich bei ihnen um belgische oder ausländische Unternehmen handele.

iii) Die Zahlungsfristen

Normalerweise müßten die Zahlungen in bar erfolgen. Ausnahmsweise könne der Hersteller seinem Kunden eine maximale Zahlungsfrist von 15 Tagen ab Rechnungsdatum einräumen.

2) Anwendbarkeit von Artikel 85 Absatz 1 des Vertrages

aa) Anwendbarkeit von Artikel 85 Absatz 1 auf die von der FEDETAB vor dem 1. Dezember 1975 hinsichtlich des Vertriebs getroffenen Maßnahmen (Begründungserwägungen 77 bis 93)

Unter diesen Maßnahmen stellten nach Auffassung der Kommission die Maßnahmen über die Anerkennung und Einstufung der Groß- und Einzelhändler durch die FEDETAB, über die Zuerkennung fester Verdienstspannen für die verschiedenen Kategorien von Groß- und Einzelhändlern sowie über die Führung eines Mindestsortiments sowohl Be-

schlüsse einer Unternehmensvereinigung als auch Vereinbarungen zwischen Unternehmen dar; bei den Maßnahmen hinsichtlich der Einhaltung der Wiederverkaufs- und Einzelhandelspreise sowie der Zahlungsfristen habe es sich um Vereinbarungen zwischen Unternehmen gehandelt, während die Beschränkung des Zugangs zu bestimmten Großhandelskategorien durch die FEDETAB einen Beschluß einer Unternehmensvereinigung dargestellt habe.

Diese Vereinbarungen und Beschlüsse hätten eine Einschränkung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezweckt und bewirkt.

Die Kommission stützt diese Beurteilung unter anderem auf folgende Gründe:

Die Einstufung der Groß- und Einzelhändler in mehrere Kategorien sowie die Zuerkennung einer festen Verdienstspanne je nach Kategorie durch die FEDETAB habe eine Einschränkung des Wettbewerbs sowohl für die Hersteller als auch für die Großhändler dargestellt; den Herstellern und den Großhändlern sei auf diese Weise die Möglichkeit genommen worden, bei den Gewinnspannen bzw. auf dem Gebiet der den Herstellern geleisteten Dienste miteinander in Wettbewerb zu treten.

Alle Maßnahmen und Schritte, die vor dem 1. Dezember 1975 zur Einhaltung der von den in der FEDETAB zusammengeschlossenen Herstellern individuell festgesetzten Preise unternommen worden seien, hätten die Einschränkung des Preiswettbewerbs auf der Groß- und Einzelhandelsstufe für Erzeugnisse derselben Marke bezweckt und bewirkt.

Der Umstand, daß der belgische Staat durch Artikel 58 des Gesetzes vom 3. Juli 1969 (Mehrwertsteuergesetz), in Kraft getreten am 1. Januar 1971, und durch sonstige Bestimmungen über die Erhebung der Verbrauchssteuern die Einhaltung des auf der Steuerbanderole angegebenen Verbraucherpreises durch den Endverkäufer vorgeschrieben habe, könne die privatrechtliche Regelung, die den belgischen Groß- und Einzelhändlern von der FEDETAB und ihren Mitgliedern vorgeschrieben worden sei, nicht vom Anwendungsbereich des Artikels 85 ausnehmen. Hierzu weist die Kommission unter anderem darauf hin, daß Artikel 58 des Mehrwertsteuergesetzes keine Bestimmung enthalte, die den Abgabepreis der Großhändler an die Einzelhändler festsetze.

Die Begrenzung der Zahl der für die Anerkennung in bestimmten Kategorien in Frage kommenden Großhändler habe für die nicht anerkannten Großhändler eine Beschränkung der Möglichkeit des Zugangs zum Markt dargestellt.

Die Verbote des Weiterverkaufs an bestimmte Zwischenhändler, die den Großhändlern durch die kollektiven Maßnahmen und den Abschluß des Ergänzungsabkommens zur Auslegung vom 22. März 1972 auferlegt worden seien, hätten diesen Zwischenhändlern die Möglichkeit genommen, bestimmte Verkäufe zu tätigen und auf diese Weise ihre Stellung auf dem Markt zu verbessern.

Die am 23. Dezember 1971 erfolgte Festlegung von Höchstzahlungsfristen habe die Wettbewerbsbeschränkungen verschärft, die sich aus den anderen beschränkenden Maßnahmen und insbesondere aus dem Verbot der Gewährung von Vergütungen und Rabatten ergeben hätten.

Die den Einzelhändlern auferlegte Verpflichtung, ein Mindestsortiment anzubieten, habe für diese eine spürbare Einschränkung des Wettbewerbs bedeutet; denn die Einzlhändler seien hierdurch nicht nur daran gehindert worden, den Verkauf einer Zigarettenmarke, für die ihnen höhere Rabatte eingeräumt wor-

den seien, stärker als den Verkauf anderer Marken zu fördern, sondern sie seien auch gezwungen worden, bestimmte schlecht verkäufliche Zigaretten zu führen, wodurch ein Teil ihres Betriebskapitals unproduktiv festgelegt worden sei.

Unzutreffend ist nach Ansicht der Kommission die Behauptung der Klägerinnen, diese Wettbewerbsbeschränkungen seien nicht spürbar gewesen, da die Wettbewerbsmöglichkeiten in diesem Sektor durch die hohe Steuerbelastung und durch das vom belgischen Staat für Tabakerzeugnisse eingeführte Meldesystem für Erhöhungen von Gewinnspannen und Wiederverkaufspreisen eingeschränkt seien, woraus sich die Gleichartigkeit des Verhaltens der betroffenen Unternehmen ergäbe. Dem hält die Kommission unter anderem entgegen, wenn Rechtsvorschriften eventuell eine Einschränkung des Wettbewerbs bewirkten, so müßten die Auswirkungen zusätzlicher privater Wettbewerbsbeschränkungen nur um so spürbarer sein.

Zur Frage der Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten führt die Kommission unter anderem aus, die besagten Beschlüsse und Vereinbarungen seien geeignet gewesen, den Handel zwischen Mitgliedstaaten tatsächlich zu beeinträchtigen, und zwar nicht nur, weil der bedeutendste luxemburgische Zigarettenhersteller Mitglied der FEDETAB gewesen sei und daher alle seine Verkäufe nach Belgien den vorstehend geschilderten Wettbewerbsbeschränkungen unterlegen hätten, sondern vor allem, weil ein bedeutender Teil der jährlichen belgischen Zigaretten- und Zigarreneinfuhren (51 % der Zigaretteneinfuhren, d. h. ungefähr 5 % des Gesamtabsatzes, und 12 bis 14 % der Zigarreneinfuhren, d. h ungefähr 10 % des Gesamtabsatzes) durch der FEDETAB angehörende Hersteller erfolgt sei, die den Vertrieb unter denselben den Wettbewerb einschränkenden Umständen vorgenommen hätten wie den Vertrieb ihrer eigenen Erzeugnisse.

Selbst wenn Paralleleinfuhren durch Groß- oder Einzelhändler wegen der geltenden Steuervorschriften in der Praxis noch mit Schwierigkeiten verbunden gewesen seien, sei festzustellen, daß die Änderung der Vertriebsbedingungen in Belgien dazu angetan gewesen sei, die Handelsströme aus ihrer natürlichen Richtung abzulenken (d. h. aus der Richtung, die sie bei Nichtbestehen der festgestellten Wettbewerbsbeschränkungen genommen hätten) und so den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.

bb) Anwendbarkeit von Artikel 85 Absatz 1 auf die FEDETAB-Empfehlung vom 1. Dezember 1975 (Begründungserwägungen 94 bis 108)

Nach Ansicht der Kommission stellt die Empfehlung einen Beschluß einer Unternehmensvereinigung im Sinne von Artikel 85 Absatz 1 des Vertrages und außerdem eine Vereinbarung zwischen den Unternehmen dar, die ihre Zustimmung zu dieser Empfehlung erklärt hätten. Zur Begründung ihrer Feststellung, die Empfehlung habe eine Einschränkung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezweckt oder bewirkt, führt die Kommission unter anderem folgendes aus:

Die Empfehlung stufe die belgischen Groß- und Einzelhändler entsprechend dem von der FEDETAB und ihren Mitgliedern vor dem 1. Dezember 1975 angewandten System in mehrere Kategorien ein und setze für jede Kategorie bestimmte Gewinnspannen fest. Dies bewirke dieselben spürbaren Einschränkungen des Wettbewerbs wie das bis dahin geltende System.

Das durch die Empfehlung eingeführte System der Jahresabschlußvergütung be-

wirke, daß auf diesem Gebiet der Wettbewerb zwischen den Herstellern, die der Empfehlung zugestimmt hätten, eingeschränkt werde. Die Besonderheit des durch die Empfehlung eingeführten Systems der Kumulierung der Rabattgrundlagen bestehe nämlich darin, daß die von jedem Hersteller gewährte Vergütung nach einem Satz berechnet werde, der dem Gesamtumsatz des Händlers mit allen Herstellern zusammengenommen entspreche. Dieses System mache besondere Bemühungen des Zwischenhändlers uninteressant, bei den Herstellern zusätzliche Vorteile zu erzielen. Zudem erlaube es den Herstellern, mit Sicherheit vorauszusehen, welche Politik ihre Konkurrenten in bezug auf die Verkaufsbedingungen betreiben würden.

Die kollektive und einheitliche Festsetzung maximaler Zahlungsfristen verhindere wie die frühere Regelung den Wettbewerb auf diesem Gebiet.

Das Vorbringen der FEDETAB und einiger ihrer Mitglieder, wonach trotz der Empfehlung ein gewisser Wettbewerb in den von der Empfehlung erfaßten Bereichen fortbestehe, wird nach Ansicht der Kommission durch die von ihr eingeholten Auskünfte nicht gestützt; vielmehr sei das Verhalten der einzelnen Hersteller, von denen sich im übrigen keiner gegen die Empfehlung verwahrt oder erklärt habe, sie nicht berücksichtigen zu wollen, identisch und entspreche den angemeldeten Bestimmungen.

Aus den bereits dargelegten Gründen könne der Ansicht nicht gefolgt werden, daß die in der Empfehlung enthaltenen Wettbewerbsbeschränkungen wegen des Ausmaßes der Eingriffe des belgischen Staats in den Tabaksektor nicht spürbar seien.

Die Empfehlung sei geeignet, den Handel zwischen Mitgliedstaaten aus denselben Gründen wie die früheren Beschlüsse und Vereinbarungen zu beeinträchtigen. Außerdem sei sie hierzu geeignet, weil die Importeure und Hersteller in Belgien oder in den anderen Mitgliedstaaten, die ihr nicht zugestimmt hätten und die ihre Erzeugnisse auf den belgischen Markt bringen und dort weiterverkaufen wollten, gezwungen seien, den belgischen Groß- und Einzelhändlern, um diese zur Mitarbeit zu bewegen, Verkaufsbedingungen zu bieten, die zumindest so günstig seien wie die von den Mitgliedern der FEDETAB eingeräumten Bedingungen; insbesondere müßten sie ihnen eine Jahresabschlußvergütung gewähren, die mindestens so hoch sei wie die in der Empfehlung vorgesehene, ohne daß diese Importeure und Hersteller dafür irgendeine zusätzliche Leistung erhielten.

3) Nichtanwendbarkeit von Artikel 85 Absatz 3

aa) Nichtanwendbarkeit von Artikel 85 Absatz 3 auf die von der FEDETAB vor dem 1. Dezember 1975 hinsichtlich des Vertriebs getroffenen Maßnahmen (Begründungserwägungen 109 bis 112)

Die Kommission führt aus, für die Zeit vom 13. März 1962 bis 1. Dezember 1975 könne sie Artikel 85 Absatz 3 auf die in dieser Zeit fallenden Beschlüsse und Vereinbarungen nicht anwenden, da diese nicht gemäß Artikel 4 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17 bei ihr angemeldet worden seien, obgleich sie zu keiner der Gruppe von Vereinbarungen und Beschlüssen gehörten, die gemäß Artikel 4 Absatz 2 nicht angemeldet zu werden brauchten, und obgleich Artikel 4 Absatz 1 letzter Satz eine Erklärung nach Artikel 85 Absatz 3 zugunsten von Vereinbarungen, hinsichtlich deren eine Pflicht zur Anmeldung bestehe, so lange ausschließe, wie diese Anmeldung nicht erfolgt sei.

bb) Nichtanwendbarkeit von Artikel 85 Absatz 3 auf die FEDETAB-Empfehlung vom 1. Dezember 1975 (Begründungserwägungen 113 bis 134)

Die Kommission untersucht die Auffassung der Klägerinnen, das von ihnen eingeführte System der gemeinsamen Festsetzung der Verdienstspannen, Jahresabschlußvergütungen und Zahlungsfristen trage zu einer Verbesserung des Vertriebs der von den Mitgliedern der FEDETAB, die der Empfehlung zugestimmt hätten, hergestellten Erzeugnisse bei.

Sie wendet sich zunächst gegen die Behauptung, daß das Bestehen einer großen Zahl von Verkaufsstellen und die Verpflichtung des Einzelhändlers, seiner Kundschaft eine Vielzahl von Zigarettenmarken anzubieten, zwangsläufig eine Verbesserung der Warenverteilung bedeuteten. Es sei nämlich nicht ersichtlich, warum das durch die Empfehlung eingeführte Vertriebssystem den Wiederverkäufern und ihren Abnehmern mehr Vorteile einbringen solle als der normale Wettbewerb, der es dem Verbraucher ermögliche, seine Wahl frei zu treffen.

Die sehr große Zahl der Verkaufsstellen in Belgien (80 000 Einzelhändler) könne nur zur Erhöhung der Vertriebskosten für Tabakwaren beitragen, da diese in sehr frischem Zustand verkauft werden müßten, was eine hohe Umschlagsgeschwindigkeit voraussetze. Nur sehr wenige dieser Verkaufsstellen würden von Facheinzelhändlern geführt, während die große Mehrzahl den Kunden nur eine sehr begrenzte Anzahl von Zigarettenmarken anbiete.

Wenn die Dienste der Fachgroßhändler und -einzelhändler wirklich so offensichtlich seien, wie die FEDETAB und ihre Mitglieder behaupteten, könnten die Einzelhändler und Verbraucher nicht umhin, diese Dienste auch weiterhin in Anspruch zu nehmen, selbst wenn die finanziellen Bedingungen, welche die FEDETAB und ihre Mitglieder diesen Fachhändlern böten, nicht günstiger seien als diejenigen, die sie den übrigen Groß- und Einzelhändlern gewährten.

Die Gewährung günstigerer Bedingungen, „um ihr Überleben zu sichern" (obschon die Fachgroßhändler, die 80 % des Absatzes auf dem belgischen Markt tätigten, nicht von einer unmittelbaren Gefahr bedroht schienen), könne nur als Versuch gewertet werden, künstlich Unternehmen auf dem Markt zu erhalten, deren Existenz für die Käufer der nächsten Stufe nicht hinreichend notwendig erscheine und die normalerweise durch den Wettbewerb ausgeschaltet werden müßten.

Im übrigen sei es keineswegs ausgeschlossen, daß bestimmte Wiederverkäufer in Kategorien mit geringerer Gewinnspanne auf mehreren Gebieten (zum Beispiel bei den Lagerungsbedingungen, der Anzahl der verkauften Marken, der Zahl der Kundenbesuche und der Beteiligung an der Einführung neuer Marken) größere Vorteile bieten könnten als die Fachgroßhändler und -einzelhändler.

Zudem könne der Schutz der Fachgroßhändler nicht zur Erklärung der Jahresabschlußvergütung angeführt werden, da diese Vergütung unterschiedslos allen Kategorien von Großhändlern gewährt werde.

Der Nachteil schließlich, der sich für die Groß- und Einzelhändler aus ihrer Verpflichtung ergebe, eine beträchtliche Anzahl von Marken auf Lager zu halten, mache für sie das in der Empfehlung ausgesprochene Verbot, ihnen Zahlungsfristen von mehr als 15 Tagen zu gewähren, noch schwerwiegender; damit würden die den verschiedenen Vertriebsstufen auferlegten Belastungen ohne Nutzen für den Verbraucher noch verstärkt.

Die Kommission stellt daher fest, daß die Empfehlung keine Verbesserung der Warenverteilung nach sich ziehe, die genügen könnte, um die durch die Empfehlung hervorgerufenen wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen aufzuwiegen, und daß sie nicht dazu angetan sei, die Verbraucher angemessen an dem Gewinn zu beteiligen, der sich eventuell aus ihr ergeben könnte.

Somit erfülle die Empfehlung insbesondere aus den vorstehend angeführten Gründen nicht die Voraussetzungen für eine Anwendung von Artikel 85 Absatz 3.

2. Verfahrensablauf

Die Klägerinnen in den vorliegenden Rechtssachen haben jeweils eine Klage erhoben, mit der sie die Aufhebung — in einigen Rechtssachen hilfsweise die Abänderung — der Entscheidung der Kommission vom 20. Juli 1978 begehren. Diese Klagen sind im Laufe der Monate September und Oktober 1978 erhoben und in das Register der Kanzlei des Gerichtshofes eingetragen worden.

Mit besonderen Schriftsätzen haben die Klägerinnen jeweils die Aussetzung des Vollzugs von Artikel 3 Absatz 1 (und in einigen Fällen von Artikel 2) der Entscheidung bis zum Erlaß der Entscheidung des Gerichtshofes in der Hauptsache beantragt. Diese Schriftstücke sind im Laufe des Monats Oktober 1978 in das Register der Kanzlei des Gerichtshofes eingetragen worden.

Mit Beschluß vom 26. Oktober 1978 hat der Gerichtshof die vorliegenden Rechtssachen für die Zwecke des schriftlichen und mündlichen Verfahrens verbunden.

Mit Beschluß vom selben Tage hat der Gerichtshof die ATAB und die AGROTAB als Streithelferinnen zur Unterstützung der Anträge der Klägerinnen zugelassen.

In Wahrnehmung der Aufgaben des Präsidenten des Gerichtshofes gemäß Artikel 85 Absatz 2 und Artikel 11 Absatz 2 der Verfahrensordnung hat der Präsident der Zweiten Kammer im Verfahren der einstweiligen Anordnung mit Beschluß vom 30. Oktober 1978 den Vollzug der Artikel 2 und 3 der Entscheidung bis zur Entscheidung des Gerichtshofes in der Hauptsache ausgesetzt. In der Begründung des Beschlusses wird unter anderem ausgeführt, daß es jedem Mitglied der FEDETAB freistehe, die mit der FEDETAB-Empfehlung vom 1. Dezember 1975 vereinbarten Regeln zu jedem Zeitpunkt außer acht zu lassen.

Mit Beschluß vom 28. März 1979 hat der Gerichtshof die Firmen Mestdagh und Huyghebaert, die FBCA sowie die Firma GB als Streithelferinnen zur Unterstützung der Anträge der Kommission zugelassen.

Mit Beschluß vom 27. Juni 1979 hat der Gerichtshof die Asbl „Fédération nationale des négociants en journaux, publications, librairie et articles connexes" (nachstehend: FNJ) als Streithelferin zur Unterstützung der Anträge der Klägerinnen zugelassen.

Auf Bericht des Berichterstatters und nach Anhörung des Generalanwalts hat der Gerichtshof beschlossen, ohne vorherige Beweisaufnahme in die mündliche Verhandlung einzutreten.

Gemäß Artikel 21 Absatz 2 des Protokolls über die Satzung des Gerichtshofes der EWG hat er jedoch die belgische Regierung ersucht, die nachstehend unter IV aufgeführte Frage bis zum 20. Februar 1980 schriftlich zu beantworten.

II — Anträge der Parteien

1. *Alle Klägerinnen* beantragen in erster Linie oder ausschließlich, die Entscheidung in ihrer Gesamtheit aufzuheben.

Die Firma *Weltab,* Klägerin in der Rechtssache 214/78, beantragt hilfsweise, die Sache an die Kommission zurückzuverweisen, verbunden mit der Anordnung, die Freistellungsanträge nach Artikel 85 Absatz 3 des Vertrages a) hinsichtlich des Vertriebssystems der FEDETAB vor dem 1. Dezember 1975 und b) hinsichtlich der FEDETAB-Empfehlung vom 1. Dezember 1975 zu prüfen.

Die Firma *Jubilé,* Klägerin in der Rechtssache 215/78, beantragt hilfsweise, Artikel 2 der Entscheidung insoweit aufzuheben, als er bestimmt, daß eine Anwendung des Artikels 85 Absatz 3 auf die FEDETAB-Empfehlung nicht gerechtfertigt ist, und Artikel 3 Absatz 1 der genannten Entscheidung dementsprechend aufzuheben.

Die Firma *Vander Elst,* Klägerin in der Rechtssache 218/78, beantragt

hilfsweise,

— Artikel 2 und 3 Absatz 1 der Entscheidung aufzuheben,

erneut hilfsweise,

— Artikel 2 der Entscheidung insoweit aufzuheben, als er bestimmt, daß Artikel 85 Absatz 3 nicht angewandt werden könne,

— Artikel 3 Absatz 1 der Entscheidung aufzuheben.

Alle Klägerinnen beantragen, der Kommission die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

Die *Kommission* beantragt in ihrer Klagebeantwortung, die Klagen als unbegründet abzuweisen und den Klägerinnen die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

In ihrer Gegenerwiderung beantragt die *Kommission,*

— die Klagen als unbegründet abzuweisen;

— die Rügen der Streithelferinnen ATAB und AGROTAB als unbegründet zurückzuweisen;

— die Klägerinnen zur Tragung der Verfahrenskosten zu verurteilen;

— die Streithelferinnen ATAB und AGROTAB zur Tragung der Kosten der Streithilfe zu verurteilen.

2. Die *Streithelferinnen ATAB und AGROTAB* unterstützen die auf Aufhebung der Entscheidung und Verurteilung der Kommission in die Kosten gerichteten Anträge der Klägerinnen.

In ihrer Stellungnahme zu den Anträgen der ATAB und der AGROTAB beantragt die *Kommission,* die von diesen Streithelferinnen erhobenen Rügen als unbegründet zurückzuweisen und ihnen die Kosten ihrer Streithilfe aufzuerlegen.

Die *Streithelferinnen Mestdagh, Huyghebaert, FBCA* und *GB* unterstützen die auf Abweisung der Klage als unbegründet und Verurteilung der Klägerinnen in die Kosten, einschließlich der Kosten ihrer Streithilfe, gerichteten Anträge der Kommission.

In ihrer Beantwortung der Schriftsätze der Streithelferinnen FBCA und GB ersucht die Klägerin *FEDETAB* (Rechtssache 210/78) den Gerichtshof förmlich, den Streithelferinnen die Kosten ihrer Streithilfe aufzuerlegen.

Die Firma *Jubilé,* Klägerin in der Rechtssache 215/78, hat die Schriftsätze der Streithelferinnen Mestdagh, Huyghebaert, FBCA und GB beantwortet, ohne jedoch förmliche Anträge zu stellen, während die *Kommission* in ihrer Stellungnahme zu diesen Schriftsätzen die in ihrer Gegenerwiderung gestellten Anträge wiederholt.

In ihrer Beantwortung des Schriftsatzes der Streithelferin GB beantragt die Klägerin *Vander Elst* (Rechtssache 218/78), GB zur Tragung der Kosten ihrer Streithilfe zu verurteilen.

Die *Streithelferin FNJ* unterstützt die Anträge der Klägerinnen und beantragt förmlich, die Entscheidung aufzuheben und der Kommission die Kosten des Verfahrens, einschließlich der Kosten der Streithilfe, aufzuerlegen.

In ihrer Stellungnahme zum Streithilfeschriftsatz der FNJ beantragt die *Kommission* unter anderem, die von der FNJ erhobenen Rügen zurückzuweisen und diese Streithelferin zur Tragung der Kosten ihrer Streithilfe zu verurteilen.

III — Angriffs- und Verteidigungsmittel der Parteien

A — Von der Mehrzahl der Klägerinnen vorgebrachte und insbesondere den Anspruch auf rechtliches Gehör betreffende Form- und Verfahrensrügen

Erste Rüge: Verletzung von Artikel 19 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 und von Artikel 5 der Verordnung Nr. 99/63, da sich die Kommission geweigert habe, die betroffenen Groß- und Einzelhandelsverbände anzuhören

Zusammenfassung der Klageschriften

Alle Klägerinnen, ausgenommen *Vander Elst,* werfen der Kommission vor, sie haben sich geweigert, die Verbände ANGIPMT, ATAB und GT anzuhören; hierin liege ein Verstoß gegen Artikel 19 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17, wonach dem Antrag einer Person auf Anhörung stattzugeben sei, wenn sie ein ausreichendes Interesse glaubhaft mache, sowie gegen Artikel 5 der Verordnung Nr. 99/63, wonach die Kommission der Person Gelegenheit zu geben habe, sich schriftlich innerhalb einer von der Kommission bestimmten Frist zu äußern.

Zusammenfassung der Klagebeantwortung

Die *Kommission* entgegnet, sie habe sich nicht geweigert, die genannten Verbände anzuhören, sondern habe es lediglich abgelehnt, sie zur Teilnahme an der zweiten mündlichen Anhörung vom 22. September 1976 zu laden, da diese Verbände, die sich der Empfehlung nicht angeschlossen hätten, kein hinlängliches Interesse gehabt hätten, an dieser Anhörung teilzunehmen. Ihnen sei reichlich Gelegenheit gegeben worden, ihren Standpunkt im Verlauf des Verwaltungsverfahrens darzulegen, und sie hätten von dieser Möglichkeit insbesondere durch schriftliche Stellungnahmen Gebrauch gemacht. Die Kommission habe diese Stellungnahmen vor Erlaß ihrer Entscheidung geprüft.

Zweite Rüge: Verletzung von Artikel 19 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17, Artikel 3 Absatz 3 der Verordnung Nr. 99/63 und des Anspruchs auf rechtliches Gehör, da sich die Kommission geweigert habe, dem Ersuchen der FEDETAB um Anhörung zweier Großhandelsverbände stattzugeben

Zusammenfassung der Klageschriften

Diese Rüge wird ganz oder teilweise von der *FEDETAB* und den übrigen Klägerinnen, mit Ausnahme von Jubilé und Vander Elst, erhoben.

Die *FEDETAB* weist darauf hin, daß die Kommission jede Person anhören könne, soweit sie dies für erforderlich halte (Artikel 19 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17) und daß die Unternehmen, gegen die ein Verfahren eingeleitet worden sei, der Kommission die Anhörung von Personen vorschlagen könnten, die die vorgetragenen Tatsachen bestätigen könnten (Artikel 3 Absatz 3 der Verordnung Nr. 99/63). Nach Ansicht der FEDETAB verfügt die Kommission in diesem Zu-

sammenhang nur insoweit über ein Ermessen, als die Ausübung dieser Befugnis den Anspruch auf rechtliches Gehör nicht beeinträchtige.

Am 30. Juni 1976 habe die FEDETAB jedoch die Kommission ersucht, zwei Großhandelsverbände, nämlich das GT und die Nationale Vereniging van familiale Groothandelsondernemingen (nachstehend: NVFG), einen nach Auflösung der FNCG gegründeten faktischen Großhandelsverband mit Sitz in Vrasene, zur Anhörung zu laden.

Mit Schreiben vom 20. Juli 1976 habe die Kommission dieses Ersuchen zurückgewiesen und zur Begründung hierfür ausgeführt: „Die Vereinbarung ... [ist und bleibt] das alleinige Werk der Hersteller ..., an dem ... weder Groß- noch Einzelhändler in irgendeiner Weise beteiligt waren."

Nach Ansicht der FEDETAB sind die Tatsachen, die durch diese Verbände bestätigt werden könnten, von entscheidender Bedeutung für die Frage, ob eine Zuwiderhandlung vorliege und ob eine Freistellung erteilt werden könne.

Die Weigerung der Kommission sei um so willkürlicher, als sie in der angefochtenen Entscheidung ständig auf die angeblichen Auswirkungen auf den Groß- und Einzelhandel hinweise. Daher ergebe sich aus der Entscheidung selbst, daß die Kommission ihr Ermessen überschritten oder sogar mißbraucht habe, indem sie der Klägerin ohne Rechtfertigung die Möglichkeit genommen habe, die von ihr behaupteten Tatsachen bestätigen zu lassen. Die Kommission habe die Verteidigungsrechte damit in erheblicher Weise verletzt.

Zusammenfassung der Klagebeantwortung

Die *Kommission* trägt vor, das im Schreiben der FEDETAB vom 30. Juni 1976 formulierte Ersuchen habe keinen Hinweis darauf enthalten, daß es zu dem Zweck gestellt worden sei, bestimmte von der FEDETAB vorgebrachte Tatsachen bestätigen zu lassen, sondern habe sich vielmehr auf das Ersuchen beschränkt, die genannten Verbände anzuhören, „um die Kommission umfassend ins Bild zu setzen". Angesichts seiner Formulierung habe das Ersuchen der FEDETAB nicht als ein Vorschlag nach Artikel 3 Absatz 3 der Verordnung Nr. 99/63 angesehen werden können.

Aus dem Antwortschreiben der Kommission vom 20. Juli 1976 gehe zweifelsfrei hervor, daß die Kommission ihre Antwort auf der Grundlage von Artikel 5 der Verordnung Nr. 99/63 über die Anhörung Dritter und nicht im Rahmen von Artikel 3 Absatz 3 betreffend die Bestätigung vorgetragener Tatsachen abgegeben habe.

Weder die FEDETAB noch die beiden Verbände hätten das Interesse dieser Verbände glaubhaft gemacht, bei der Anhörung gehört zu werden.

Auf jeden Fall habe die Kommission die beiden betreffenden Großhandelsverbände im Laufe des Verwaltungsverfahrens ausreichend gehört.

Dritte Rüge: Verletzung wesentlicher, den Anspruch auf rechtliches Gehör betreffender Grundsätze über das Anhörungsverfahren nach Verordnungen Nrn. 17 und 99/63, da nicht alle der von der Kommission zur Durchführung der Anhörung vom 22. Oktober 1975 bevollmächtigten Personen während der gesamten Dauer der Anhörung zugegen gewesen seien

Zusammenfassung der Klageschriften

Diese Rüge wird ganz oder teilweise von der *FEDETAB* und den übrigen Klägerinnen, ausgenommen Jubilé und Vander Elst, erhoben. Sie wird auf die Behaup-

tung gestützt, in der Niederschrift der Anhörung sei festgehalten, daß nicht alle von der Kommission bevollmächtigten Personen zugegen gewesen seien, als die Anhörung am 22. Oktober 1975 um 15.00 Uhr fortgesetzt worden sei.

Zusammenfassung der Klagebeantwortung

Die *Kommission* führt aus, auf die von ihr geübte Praxis, nach der allein der die mündliche Anhörung leitende Direktor von der Kommission beauftragt sei, werde in dem Begleitschreiben zur Ladung zu den mündlichen Anhörungen deutlich hingewiesen. Die einzige mit der Durchführung der Anhörung vom 22. Oktober 1975 beauftragte Person sei der Direktor der Direktion „Kartelle und Mißbrauch marktbeherrschender Stellungen", Dennis Thompson, gewesen; daher sei es ohne Belang, daß sich nicht beauftragte Beamte während dieser Anhörung für einige Minuten entfernt hätten.

Vierte Rüge: Verletzung wesentlicher, in den Verordnungen Nrn. 17 und 99/63 sowie in Artikel 190 EWG-Vertrag enthaltener Formvorschriften und Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör, da die Verbindung der verschiedenen Verfahren durch die Kommission nicht zulässig gewesen und in der Entscheidung nicht begründet worden sei

Zusammenfassung der Klageschriften

Diese Rüge wird von *allen Klägerinnen* ganz oder teilweise erhoben.

Die *FEDETAB* und *Vander Elst* rügen unter anderem, daß das Anhörungsverfahren vom 22. Oktober 1975 abgelaufen und abgeschlossen worden sei, ohne daß sie Kenntnis von den Beschwerden der Firmen M und H erhalten hätten, auf die sich die angefochtene Entscheidung gleichwohl ebenfalls stütze. Nach Ansicht von *Vander Elst* hat die Kommission wesentliche Formvorschriften verletzt.

Die Firma *HvL* macht geltend, soweit die Entscheidung die von M und H angeführten Beschwerdepunkte berücksichtige, liege eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör und ein Verstoß gegen die Bestimmungen der Verordnung Nr. 99/63, insbesondere deren Artikel 4, vor.

Zusammenfassung der Klagebeantwortung

Zum *Sachverhalt* trägt die *Kommission* unter anderem vor, die von M und H am 21. Oktober 1975 eingereichten Beschwerden beträfen ausschließlich einen Teil der Maßnahmen, die Gegenstand des Verfahrens seien, das am 29. Juli 1974 im Anschluß an die Beschwerde von GB eingeleitet worden sei und in dessen Verlauf die Kommission den Klägerinnen bereits am 18. Juli 1975 die Beschwerdepunkte mitgeteilt und sich angeschickt habe, am 22. Oktober 1975 eine mündliche Anhörung zu veranstalten.

Der Zusammenhang der drei Beschwerden von GB sowie M und H sei von der FEDETAB und mehreren anderen Klägerinnen wiederholt anerkannt worden, wie insbesondere aus deren Erklärungen deutlich werde, die in der Niederschrift der Anhörung vom 22. Oktober 1975 (Anlage 2 zur Klagebeantwortung, S. 10 bis 12) festgehalten seien. Im übrigen lasse sich schon bei der Lektüre dieser drei Beschwerden feststellen, daß die neuen Beschwerden den gleichen Gegenstand hätten wie die von GB eingereichte Beschwerde.

Die Kommission habe den Klägerinnen die neuen Beschwerden mit Schreiben vom 13. November 1975 zugestellt. Die Klägerinnen hätten zu diesen Beschwerden im Laufe der Monate Dezember 1975 und Januar 1976 schriftlich Stellung

genommen. Nachdem M und H nach Aufforderung durch die Kommission auf die Stellungnahmen der Klägerinnen erwidert hätten, hätten diese im Juli 1976 zu der ihnen von der Kommission zugeleiteten Stellungnahme noch schriftliche Erklärungen abgegeben und sich somit ein *zweites Mal* schriftlich zu den Beschwerden von M und H geäußert.

Zur *Rechtslage* trägt die Kommission unter anderem vor, in keiner Bestimmung sei vorgesehen, daß die Kommission Beschlüsse über eine „Verbindung" von Sachen oder Dossiers zu fassen habe. Da der Verwaltungspraxis der Kommission der Begriff der Verbindung fremd sei, brauche die Entscheidung insoweit keine Begründung zu enthalten. Es habe *nur ein einziges Verfahren* gegeben, das zur Entscheidung vom 20. Juli 1978 geführt habe.

In den „Zucker"-Rechtssachen (verbundene Rechtssachen 40 bis 48, 50, 54 bis 56, 111, 113 und 114/73, *Suiker Unie u. a./Kommission,* Slg. 1975, 1663) habe der Gerichtshof erkannt (Randnr. 111 der Entscheidungsgründe), daß es der Kommission nicht verwehrt sei, über mehrere Zuwiderhandlungen mit einer einzigen Entscheidung zu befinden. Erst recht müsse es der Kommission möglich sein, mit einer einzigen Entscheidung über ein und denselben Verstoß, der Gegenstand mehrerer Beschwerden sei, zu entscheiden, selbst wenn es dabei auch um neue Beschwerden gehe, die im Verlauf eines bereits von der Kommission eingeleiteten Verfahrens eingereicht würden.

Obgleich die Kommission das Verfahren aufgrund der ersten Beschwerde bereits am 29. Juli 1974 eingeleitet und ihre Beschwerdepunkte am 18. Juli 1975 mitgeteilt habe, sei es unter diesen Umständen ausreichend gewesen, daß die Kommission die Klägerinnen vom Inhalt der beiden neuen Beschwerden in Kenntnis gesetzt und ihre Stellungnahme hierzu eingeholt habe, ohne ihnen eine neue formelle Mitteilung der Beschwerdepunkte zuzustellen, die sich inhaltlich zwangsläufig mit der bereits am 18. Juli 1975 abgeschickten Mitteilung der Beschwerdepunkte gedeckt hätte.

Abschließend vertritt die Kommission zu dieser Rüge unter anderem die Ansicht, ihr Verhalten habe den Ablauf des Verfahrens nicht verfälscht und den Anspruch auf rechtliches Gehör nicht geschmälert.

Zusammenfassung der Erwiderungen

Nach Auffassung der *FEDETAB* handelt es sich bei der sehr häufig getroffenen Entscheidung, verschiedene Verfahren zu verbinden, nicht um eine lediglich verwaltungsinterne Maßnahme, sondern sehr wohl um eine Entscheidung im Sinne von Artikel 189 des Vertrages, und zwar insbesondere dann, wenn sie, wie im vorliegenden Fall, die Interessen der Bürger unmittelbar berühre. Demnach bedürfe sie gemäß Artikel 190 des Vertrages einer Begründung.

Der grundlegende Fehler der Kommission liege darin, daß sie drei verschiedene Verfahren vermengt und in einer einzigen Entscheidung behandelt habe, ohne die FEDETAB zuvor davon unterrichtet zu haben. Insbesondere gehe aus dem Schreiben der Kommission vom 13. November 1975 eindeutig hervor, daß die Beschwerden von M und H Gegenstand eines gesonderten Verfahrens gewesen seien. Nun habe die FEDETAB zwar ihre schriftlichen Erklärungen zu diesen Beschwerden abgeben können, doch seien diese Beschwerden vor der Anmeldung der Empfehlung vom 1. Dezember 1975 abgegeben worden und könnten somit nur die früheren Maßnahmen betreffen. Dennoch sei in der angefochtenen Entscheidung ausdrücklich davon die Rede, daß M und H verschiedene Bestimmungen der Empfehlung angegriffen hätten.

Das zweite Verfahren sei somit nicht ordnungsgemäß abgelaufen, da die Mitteilung der Beschwerdepunkte und die mündliche Anhörung, die der FEDETAB zugestanden hätten, nicht erfolgt seien. Daher sei es der FEDETAB nicht möglich gewesen, zu nicht näher erläuterten Beschwerdepunkten Stellung zu nehmen. Hierin liege eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör.

Jubilé betont, diese Rüge beschränke sich nicht auf die Verbindung der Verfahren von M und H, sondern betreffe die *Verbindung aller drei Verfahren;* Gegenstand der Rüge sei weniger die Verbindung an sich als die Verbindung in letzter Minute *durch die verfahrensabschließende Entscheidung selbst.*

Sie bestreitet mit Nichtwissen, daß die Kommission am 10. Mai 1976 die „Ausdehnung" des Verfahrens IV/29.852 auf das Verfahren IV/29.149 beschlossen habe. Noch der Vorentwurf einer Entscheidung sei von der Trennung der Verfahren ausgegangen. Der Kommission solle aufgegeben werden, diesen Vorentwurf sowie den Entscheidungsentwurf (jeweils in der französischen Fassung) vorzulegen.

Das Verhalten der Kommission habe den Ablauf des Verfahrens verfälscht und die Verteidigungsrechte geschmälert.

Daß die Verbindung verschiedener Verfahren nicht ohne Wissen der Betroffenen erfolgen dürfe, ergebe sich auch aus den Verordnungen Nrn. 17 und 99/63, das heißt aus *wesentlichen Formvorschriften.* Artikel 2 der Verordnung Nr. 99/63 bestimme, daß die Kommission den Unternehmen die in Betracht gezogenen Beschwerdepunkte schriftlich mitzuteilen habe. Nach Artikel 4 ziehe die Kommission nur die Beschwerdepunkte in Betracht, zu denen sich der Adressat habe äußern können.

Es sei zwar richtig, daß sich die Klägerin zweimal schriftlich zu den Beschwerden von M und H geäußert habe, jedoch habe sie sich insoweit *niemals* zu Beschwerdepunkten der Kommission geäußert, weil ihr die Kommission im Verfahren IV/29.127 (anders als in den Verfahren IV/28.852 und IV/29.149) niemals Beschwerdepunkte übersandt habe. Die Beschwerden von M und H könnten in diesem Zusammenhang nicht als Beschwerdepunkte betrachtet werden und seien von der Klägerin nie als solche betrachtet worden, weil die Kommission niemals zum Ausdruck gebracht habe, daß sie sich diese Beschwerden zu eigen mache.

Nach Ansicht der Klägerin unterliegt die Kommission einem Irrtum, wenn sie meine, unter den gegebenen Umständen von der Verpflichtung zur formellen Mitteilung von Beschwerdepunkten entbunden gewesen zu sein. Artikel 2 der Verordnung Nr. 99/63 kenne in dieser Hinsicht keine Eischränkung.

Die in der verheimlichten Verbindung der Verfahren begründete Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör habe dazu geführt, daß im Verfahren IV/29.127 keine Anhörung stattgefunden habe. Die Klägerin stellt die Frage, wie sie eine Anhörung hätte beantragen sollen, da sie doch nichts von der Einleitung eines Verfahrens, geschweige denn von diesbezüglichen Beschwerdepunkten, gewußt habe.

Die Klägerin gelangt daher zu der *Schlußfolgerung,* daß die Entscheidung insoweit aufzuheben sei, als sie das Verfahren IV/29.127 überhaupt zum Gegenstand der Entscheidung mache.

Zusammenfassung der Gegenerwiderung

Hinsichtlich des *Sachverhalts* weist die Kommission, unter anderem unter Berufung auf das Verhalten der Klägerinnen während des Verwaltungsverfahrens, de-

ren ansicht zurück, es handle sich um drei verschiedene Verfahren mit verschiedenen Gegenständen.

Selbstverständlich hätten M und H in ihren Anträgen vom 21. Oktober 1975 die „Empfehlung" vom 1. Dezember 1975 nicht angreifen können. Die Kommission habe in ihrer Entscheidung dennoch zu Recht die Ansicht vertreten, daß die Festlegung der Höchstsätze der den Kunden auf die Rechnung zu gewährenden Nachlässe und die Mindestvoraussetzungen für ihre Gewährung, die in der Empfehlung vorgesehen seien, von M und H im Verwaltungsverfahren angegriffen worden seien. Zum einen werde in diesen Bestimmungen der Empfehlung im wesentlichen die vorher bestehende Regelung wieder aufgenommen, gegen die M und H Beschwerde eingereicht hätten; zum anderen hätten M und H sich hierzu mit Schreiben vom 18. Mai 1976 (von dem die Klägerinnen eine Abschrift erhalten hätten) schriftlich geäußert und ihre Beschwerden über die nach der Anmeldung vom 1. Dezember 1975 geltende Regelung aufrechterhalten.

Zur *Rechtslage* nimmt die Kommission Bezug auf ihre Ausführungen in der Klagebeantwortung.

Fünfte Rüge: Verletzung des allgemeinen Grundsatzes der Wahrung des Anspruchs auf rechliches Gehör, da sich die Kommission geweigert habe, Einsicht in die Akten zu gewähren, auf die sich die Entscheidung stütze

Zusammenfassung der Klageschriften

Diese Rüge wird von *allen Klägerinnen* mit Ausnahme von Jubilé erhoben.

Unter anderem von der *FEDETAB* wird diese Rüge hauptsächlich darauf gestützt, daß es die beträchtlichen Befugnisse der Kommission auf dem Gebiet der Wettbewerbsbeschränkungen erforderlich machten, den Betroffenen verfahrensrechtliche Garantien einzuräumen. Hierzu gehöre, daß ihnen die Unterlagen bekannt seien, auf welche die Kommission, stillschweigend oder ausdrücklich, ihre Entscheidung stütze.

Dies gelte um so mehr, als der Gerichtshof für seine Entscheidung über die vorliegenden Klagen die Akten der Kommission kennen müsse und es „gegen elementare Rechtsgrundsätze verstoßen [würde], eine gerichtliche Entscheidung auf Tatsachen und Urkunden zu gründen, von denen die Parteien selbst ... keine Kenntnis nehmen und zu denen sie daher auch nicht Stellung nehmen konnten" (Urteil des Gerichtshofes in den verbundenen Rechtssachen 42 und 49/59, *SNUPAT/Hohe Behörde,* Slg. 1961, 109, 169).

Unter anderem am 8. Juni 1976 habe die FEDETAB durch einen ihrer Berater lediglich davon Kenntnis nehmen können, daß die Kommission keine Unterlagen zu übermitteln gehabt habe (Niederschrift der Sitzung vom 22. September 1976, S. 19).

Die Beschwerden von M und H seien den Klägerinnen erst nach der Anhörung vom 22. Oktober 1975 übermittelt worden, die stattgefunden habe, ohne daß die Klägerinnen Kenntnis von diesen Beschwerden gehabt hätten, auf die sich die angefochtene Entscheidung jedoch gleichfalls stütze.

Nach Erlaß der Entscheidung habe die Kommission Ersuchen um Übermittlung der Unterlagen unbeantwortet gelassen, auf die sie sich für den Erlaß der Entscheidung gestützt habe. Hierzu trägt *Vander Elst* vor, die Kommission habe zwar zu den Punkten, zu denen der Prozeßbevollmächtigte der Klägerin *Akteneinsicht* erbeten habe, Stellung genommen, doch sei keine Akteneinsicht gewährt worden.

Zusammenfassung der Klagebeantwortung

Die *Kommission* macht geltend, sie sei von keiner Klägerin *vor* Erlaß der Entscheidung mit einem Ersuchen um Übermittlung der gesamten Unterlagen befaßt worden. Die Klägerinnen hätten die drei Beschwerden von GB sowie von M und H abschriftlich erhalten und seien von dem Sachverhalt, auf den sich die Beschwerdepunkte der Kommission gestützt hätten, durch die beiden Mitteilungen der Beschwerdepunkte unterrichtet worden. Die FEDETAB habe die erbetene Abschrift des an die Kommission gerichteten Schreibens der ANGIPMT vom 13. Februar 1976 erhalten. Unter diesen Umständen sei es nicht notwendig gewesen, ihnen die gesamten Verwaltungsunterlagen zu übermitteln.

Die Klägerinnen hätten vor Erlaß der Entscheidung kein Ersuchen um Einsichtnahme in ein einzelnes Dokument gestellt, auf das die Kommission nicht eingegangen wäre.

Die *nach* Erlaß der Entscheidung eingereichten Ersuchen um Einsichtnahme in die Verwaltungsunterlagen könnten keinerlei Auswirkung auf den — im übrigen ordnungsgemäßen — Verlauf des Verwaltungsverfahrens gehabt haben, das zu dieser Entscheidung geführt habe. Sie könten deshalb auch nicht angeführt werden, um die Aufhebung dieser Entscheidung zu erwirken.

Sechste Rüge: Verstoß gegen die Artikel 20 Absatz 2 und 21 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17, da die Kommission durch die Weiterleitung bestimmter Angaben an GB eine schwerwiegende Verletzung des Geschäftsgeheimnisses begangen habe

Zusammenfassung der Klageschriften

Diese Rüge wird ganz oder teilweise von der *FEDETAB* und allen anderen Klägerinnen, ausgenommen Jubilé und Vander Elst, erhoben.

Nach Ansicht der *FEDETAB* dürfen von der Kommission eingeholte Informationen, wenn sie *ihrem Wesen nach* unter das Berufsgeheimnis fallen, nicht an Dritte weitergegeben werden, selbst wenn diese Beschwerdeführer sind. Dies ergebe sich aus Artikel 20 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17. Das gelte erst recht, wenn das von den Ermittlungen betroffene Unternehmen *ausdrücklich* angebe, daß die von ihm vorgelegten Unterlagen vertraulich seien.

Dem Schreiben der FEDETAB vom 22. September 1975 sei eine Übersicht über die Entwicklung der Umsätze von 160 Zigarettenmarken während der letzten fünf Jahre beigefügt gewesen (Anlage 11 zur Klageschrift). Dieser Schriftsatz habe ebenfalls eine Übersicht über die Anzahl der von den wichtigsten reisenden Fachgroßhändlern gekauften Zigaretten enthalten sowie eine Übersicht über die Zahlungsfristen der 25 wichtigsten Abnehmer der wichtigsten belgischen Zigarettenhersteller.

Diese drei Tabellen seien ihrem *Wesen* nach vertraulich. In jedem einzelnen Fall sei im Schriftsatz darauf *hingewiesen* worden, daß sie vertraulich seien. Dennoch seien sie der Firma GB mitgeteilt worden, die darüber mit Vergnügen verfügt habe.

Die Verletzung dieses zwingenden Grundsatzes des Gemeinschaftsrechts mache die angefochtene Entscheidung nichtig.

Zusammenfassung der Klagebeantwortung

Zum *Sachverhalt* bestätigt die *Kommission,* daß sie GB mit Schreiben vom 2. Oktober 1975 eine vollständige Abschrift der Antwort der FEDETAB (einschließlich der oben genannten Tabellen) vom

22. September 1975 auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte vom 18. Juli 1975, die auf die Beschwerde der GB vom 2. April 1975 hin erfolgt sei, übermittelt habe.

GB habe nämlich ihre Anhörung sowie insbesondere ihre Ladung zur mündlichen Anhörung beantragt und habe die Kommission außerdem mit Schreiben vom 22. September 1975 ersucht, ihr die Antworten der Klägerinnen auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte vom 18. Juli 1975 zur Kenntnis zu bringen.

In Beantwortung dieses Ersuchens von GB und um ihren Verpflichtungen nach Artikel 19 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 nachzukommen, habe die Kommission der Firma GB einige dieser Antworten (darunter diejenige der FEDETAB) abschriftlich zugeleitet und sie zur mündlichen Anhörung am 22. Oktober 1975 geladen.

Die in den Tabellen enthaltenen Angaben, welche die Entwicklung des Absatzes bestimmter Marken, das Abnahmevolumen bestimmter Großhändler und die Zahlungsfristen beträfen, seien wesentliche Teile der Antwort der FEDETAB. Daher sei es normal, daß die Kommission der Firma GB Abschriften davon zur Verfügung stelle. Diese Vorgehensweise habe es GB erlaubt, ihren Standpunkt zu den wesentlichen Punkten detailliert zur Kenntnis zu bringen.

Zur *Rechtslage* führt die Kommission aus, die Berufung auf Artikel 21 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 könne ohne weiteres zurückgewiesen werden, denn sie habe die in den drei Tabellen enthaltenen Angaben nicht in den Text ihrer Entscheidung aufgenommen.

Die Kommission bestreitet im übrigen, daß diese Angaben unter das Berufsgeheimnis fallen.

Bestimmte in Anwendung der Verordnung Nr. 17 eingeholte Informationen fielen nicht schon deshalb *ihrem Wesen nach* unter das Berufsgeheimnis, weil die Klägerinnen dies behaupteten. Die Kommission weist unter anderem darauf hin, daß die FEDETAB selbst in ihrer Antwort vom 22. September 1975 angegeben habe, die Hersteller selbst hätten ihr die genannten Angaben mitgeteilt; jeder Hersteller habe jedoch gewußt, daß alle anderen Klägerinnen durch ihre Vertreter im Verwaltungsrat der FEDETAB Kenntnis von den ihre Konkurrenten betreffenden Angaben hätten nehmen können. Vor allem aus diesem Grund sei es offenkundig, daß die Hersteller selbst nicht davon ausgegangen seien, daß diese Angaben ihrem Wesen nach als Geschäftsgeheimnisse vor einer Kenntnisnahme durch ihre Konkurrenten geschützt gewesen seien.

Die Kommission vertritt im übrigen die Auffassung, selbst wenn diese Angaben unter das Geschäftsgeheimnis fielen, sei sie zu ihrer Übermittlung an GB nach Artikel 20 Absatz 2 berechtigt und nach Artikel 19 Absatz 2 verpflichtet gewesen. Eine andere als die von ihr eingenommene Haltung hätte die Verteidigungsrechte von GB, insbesondere deren Recht auf umfassende und ordnungsgemäße Anhörung, verletzen können.

Zudem, und dies sei *der entscheidende Punkt,* hätten die Klägerinnen keineswegs nachgewiesen, inwiefern diese Vorgehensweise den Ablauf des Verwaltungsverfahrens verfälscht habe. Die Akten enthielten nichts, was die Vermutung erlaube, daß die angefochtene Entscheidung nicht erlassen worden wäre oder einen anderen Inhalt gehabt hätte.

Zusammenfassung der Erwiderung der FEDETAB

In ihrer Erwiderung macht die *FEDETAB* geltend, unter das Berufsgeheimnis fielen ihrem Wesen nach „insbesondere ... Auskünfte über Unterneh-

men sowie deren Geschäftsbeziehungen oder Kostenelemente" (Artikel 214 des Vertrages) sowie solche Angaben, die über „Übersichten oder Zusammenfassungen, die keine Angaben über einzelne Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen enthalten" hinausgingen (Artikel 20 Absatz 3 der Verordnung Nr. 17).

Daraus ergebe sich, daß die drei Übersichten *ihrem Wesen nach* vertraulich seien. Zudem verliere ein Geschäftsgeheimnis eines Herstellers seinen Geheimnischarakter nicht dadurch, daß der Kommission dieses Geheimnis im Vertrauen auf Artikel 20 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17, nach dem die erlangten Kenntnisse nur zu dem mit der Auskunft oder Nachprüfung verfolgten Zweck verwertet werden dürften, vom Berufsverband der Hersteller mitgeteilt werde. Unabhängig davon, ob ein Geheimnis allen Herstellern bekannt sei oder nicht, bleibe es ein Geheimnis gegenüber der Beschwerdeführerin GB. Somit habe die Kommission diese vertraulichen Unterlagen unter Verletzung des berechtigten, auf Artikel 20 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17 gegründeten Vertrauens der FEDETAB an GB weitergegeben, die von ihnen geschäftlichen Gebrauch mache.

Artikel 20 Absatz 2 der Verordnung sei zu entnehmen, daß die Kommission bestimmten Unterlagen den Charakter von ihrem Wesen nach vertraulichen Unterlagen nur auf der Grundlage der Artikel 19 und 21 absprechen könne. Artikel 21 komme vorliegend nicht in Betracht. Artikel 19 betreffend die Anhörung entbinde die Kommission jedoch nicht davon, „den berechtigten Interessen der Unternehmen an der Wahrung der Geschäftsgeheimnisse Rechnung [zu] tragen" (Schröter in: v. d. Groeben-v. Boeckh-Thiesing, Kommentar zum EWG-Vertrag, 1974, Bd. 1, S. 1039).

Im übrigen sei die vollständige Übermittlung der drei Unterlagen keineswegs erforderlich gewesen, um GB die Abgabe einer detaillierten Stellungnahme zu erlauben. Um ihre Ansicht in Erfahrung zu bringen, sei es nämlich völlig überflüssig gewesen, nach einzelnen Herstellern, Großhändlern und Marken aufgeschlüsselte Zahlen mitzuteilen. Die Weitergabe dieser Detailinformationen stelle eine flagrante Verletzung des Geschäftsgeheimnisses dar, die nach Artikel 214 des Vertrages sowie Artikel 20 Absätze 1 und 2 der Verordnung Nr. 17 untersagt sei und die Artikel 19 der Verordnung bei richtiger Auslegung unter den vorliegenden Umständen nicht rechtfertige.

Die Verletzung des Geschäftsgeheimnisses stelle einen Mangel der Untersuchung und demzufolge der Entscheidung dar, der zur Aufhebung der Entscheidung führen müsse, ohne daß die Klägerin zu beweisen brauche, daß die Entscheidung anders ausgefallen wäre, wenn der Verstoß nicht begangen worden wäre.

Zusammenfassung der Gegenerwiderung

Die *Kommission* weist unter anderem darauf hin, daß sich die Klägerinnen nicht auf die Vorschriften über die *Geschäftsgeheimnisse* berufen hätten (Artikel 19 Absatz 3 und 21 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 sowie Artikel 2 Absatz 2 und 9 Absatz 3 der Verordnung Nr. 99/63).

Was das *Berufsgeheimnis* angeht, bestreitet die Kommission die Behauptung der FEDETAB, daß nach Artikel 20 Absatz 3 der Verordnung Nr. 17 all das *seinem Wesen nach* unter das Berufsgeheimnis falle, was über „Übersichten oder Zusammenfassungen, die keine Angaben über einzelne Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen enthalten", hinausgehe.

Nach Auffassung der Kommission wird in dieser Vorschrift im Gegenteil nur ge-

sagt, was jedenfalls nicht unter die Verpflichtung zur Wahrung des Berufsgeheimnisses durch die Beamten der Kommission falle; keineswegs sei dort jedoch bestimmt, daß alles übrige seinem Wesen nach unter dieses Geheimnis falle.

Die Kommission habe in ihrer Klagebeantwortung die — von den Klägerinnen nicht bestrittenen — Tatsachen vorgetragen, die zeigten, daß die in den drei betreffenden Übersichten enthaltenen Angaben ihren geheimen Charakter dadurch verloren hätten, daß die Hersteller selbst sie an ihren Konkurrenten weitergegeben hätten. Unter diesen Umständen könne nicht mehr davon ausgegangen werden, daß die Tabellen durch die den Kommissionsbeamten obliegende Verpflichtung zur Wahrung des Berufsgeheimnisses geschützt gewesen seien.

B — Von den meisten Klägerinnen erhobene formelle Rügen betreffend Artikel 85 Absatz 3 EWG-Vertrag

Siebte Rüge: Verletzung von Artikel 85 Absätze 1 und 3 EWG-Vertrag, Artikel 4 Absatz 2 Nrn. 1 und 2 Buchstabe a, 5 und 6 Absätze 1 und 2 der Verordnung Nr. 17, des Anspruchs auf rechtliches Gehör sowie der Pflicht zur Begründung der Entscheidung, da die Kommission die Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 des Vertrages auf die vor der Empfehlung vom 1. Dezember 1975 getroffenen Maßnahmen mit der Begründung abgelehnt habe, diese Maßnahmen seien nicht von der Pflicht zur Anmeldung befreit gewesen, und da sie ihre Entscheidung insoweit nicht unter Beantwortung der von den Parteien erhobenen Rügen begründet habe

Zusammenfassung der Klageschriften

Diese Rüge wird ganz oder teilweise von der *FEDETAB* und allen übrigen Klägerinnen, ausgenommen Jubilé und Vander Elst, erhoben.

Die *FEDETAB* wirft der Kommission vor, sie habe nicht dargelegt, aus welchen Gründen sie — lediglich stillschweigend — die von der FEDETAB in ihrem Schreiben vom 22. September 1975 und während der Anhörung vom 22. Oktober 1975 erhobenen Rügen zurückgewiesen habe, aus denen sich ergebe, daß auf die vor der Empfehlung getroffenen und von ihr beanstandeten Maßnahmen die Ausnahmebestimmung des Artikels 4 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 hätte angewendet werden müssen.

Es sei allgemein anerkannt, daß das Fehlen einer Anmeldung dann, wenn eine Vereinbarung, ein Beschluß oder eine abgestimmte Verhaltensweise unter diese Ausnahmevorschrift fallen könne, den Beteiligten an dieser Vereinbarung, diesem Beschluß oder dieser Verhaltensweise nicht die Möglichkeit nehme, sich später auf Artikel 85 Absatz 3 zu berufen und eine rückwirkende Freistellung von Artikel 85 Absatz 1 zu erlangen (Waelbroeck, Le droit de la Communauté économique européenne, Bd. IV, S. 134, Nr. 44 mit weiteren Nachweisen).

Vorliegend habe die FEDETAB geltend gemacht, daß die verschiedenen Vereinbarungen, Beschlüsse beziehungsweise Verhaltensweisen, die den Gegenstand der Mitteilung der Beschwerdepunkte gebildet hätten, gesondert geprüft werden müßten.

Demgemäß habe es der Kommission oblegen, die einzelnen Maßnahmen zu untersuchen und für jede einzelne festzustellen, ob die Voraussetzungen für die Anwendung von Artikel 4 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 erfüllt gewesen seien.

Die Klägerin legt dar, weshalb dies ihrer Ansicht nach tatsächlich der Fall gewesen sei.

Zusammenfassung der Klagebeantwortung

Die *Kommission* nimmt Bezug auf die in den Begründungserwägungen 110 bis 112 der Entscheidung genannten Gründe für die Weigerung, eine Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 hinsichtlich der von der FEDETAB vor dem 1. Dezember 1975 im Bereich des Vertriebs getroffenen Maßnahmen zu erteilen.

Sie macht unter anderem geltend, schon der Wortlaut von Artikel 4 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17, auf den sie in der Begründungserwägung 110 der Entscheidung Bezug genommen habe, erlaube — ohne daß insoweit ein Zweifel fortbestehen könne — den Schluß, daß die betreffenden Maßnahmen aus folgenden Gründen nicht von dieser Bestimmung erfaßt würden:

— An ihnen seien Hersteller aus zwei Mitgliedstaaten (Belgien und Großherzogtum Luxemburg) beteiligt gewesen, von denen mehrere außerdem Tochtergesellschaften mächtiger Gruppen mit Sitz in anderen Mitgliedstaaten seien;

— an ihnen seien mehr als zwei Unternehmen, nämlich zumindest alle Klägerinnen, beteiligt gewesen;

— sie seien nicht lediglich auf die in Nr. 3 dieser Bestimmung aufgezählten Gegenstände gerichtet gewesen (was im übrigen auch von keiner der Klägerinnen behauptet worden sei).

Die Begründung der Entscheidung zur Frage der Befreiung von der Anmeldung sei ordnungsgemäß und ausreichend.

Achte Rüge: Verletzung von Artikel 85 Absatz 3 EWG-Vertrag, der Artikel 4 Absätze 1 und 2, 5 Absätze 1 und 2 sowie 6 Absätze 1 und 2 der Verordnung Nr. 17 und der Artikel 2, 3 und 4 der Verordnung Nr. 27/62, da es die Kommission abgelehnt habe, das Schreiben der FEDETAB vom 26. Januar 1971 und die Anlagen hierzu als Anmeldung anzusehen.

Zusammenfassung der Klageschriften

Diese Rüge wird ganz oder teilweise von der *FEDETAB* und allen übrigen Klägerinnen, ausgenommen Jubilé und Vander Elst, erhoben.

Nach Ansicht der *FEDETAB* steht es fest, daß der Kommission mit dem Schreiben vom 26. Januar 1971 — einschließlich der Anlagen zu diesem Schreiben — alle später von der Kommission beanstandeten Maßnahmen umfassend und ausführlich zur Kenntnis gebracht worden seien und daß dieses Schreiben auch die Gründe genannt habe, deretwegen die Maßnahmen nach Ansicht der FEDETAB entweder nicht unter Artikel 85 Absatz 1 fielen oder jedenfalls der Organisierung des Marktes förderlich gewesen seien.

Die Kommission habe es abgelehnt anzuerkennen, daß diese Unterlagen, die ihr von der FEDETAB im Anschluß an eine Unterredung zwischen deren Direktor und einem Beamten der Generaldirektion Wettbewerb sowie im Anschluß an ein Auskunftsersuchen übersandt worden seien, Anmeldungen im Sinne der Artikel 4 Absatz 1 und 5 der Verordnung Nr. 17 darstellen könnten; hierfür habe sie folgende Gründe genannt:

— Diese Mitteilung sei nicht spontan erfolgt;

— sie enthalte keinen förmlichen Antrag auf Freistellung;

— in ihr werde nicht auf die Artikel 4 und 5 der Verordnung Nr. 17 Bezug genommen;

— sie sei nicht unter Verwendung der in der Verordnung Nr. 27/62 vorgesehenen Formblätter A/B erfolgt und sei nicht in zehn Exemplaren übersandt worden.

Diese Entscheidung stelle eine Ermessensüberschreitung dar und sei aus folgenden Gründen in rechtlicher wie tatsächlicher Hinsicht fehlerhaft:

In keiner Bestimmung der Verordnung Nr. 17 sei vorgesehen, daß die Mitteilungen „spontan" erfolgen müßten. Zweck der Anmeldung sei es, der Kommission eine Vereinbarung, einen Beschluß oder eine Verhaltensweise zur Kenntnis zu bringen. Dies sei vorliegend sehr wohl geschehen. In der Mitteilung vom 26. Januar 1971 und den Anlagen hierzu seien die Gründe und die Rechtfertigungen für die getroffenen Maßnahmen angegeben, und diese Unterlagen erlaubten es der Kommission, sich eine umfassende Meinung zu den aufgeworfenen Fragen zu bilden.

Keine Bestimmung der Verordnungen Nrn. 17 und 27/62 schreibe den Formalismus vor, zu dem die Kommission die Klägerinnen zwingen wolle, indem sie eine ausdrückliche Bezugnahme auf die Verordnung Nr. 17, insbesondere deren Artikel 4 und 5, oder einen ausdrücklichen Freistellungsantrag verlange.

In ihrem Schreiben vom 26. Juni 1978 habe die FEDETAB im übrigen nicht nur die Gründe dargelegt, aus denen nach ihrer Ansicht die von ihr getroffenen Maßnahmen den Wettbewerb nicht beeinträchtigten — und dies schließe ein, daß sie der Auffassung gewesen sei, für ein Verfahren auf der Grundlage von Artikel 85 Absatz 1 sei kein Raum —, sondern sie habe darüber hinaus im einzelnen aufgeführt, aus welchen Gründen sie ihre Preis- und Vertriebspolitik als im Einklang mit dem allgemeinen Interesse stehend angesehen habe — und dies schließe ein, daß sie geglaubt habe, Artikel 85 Absatz 3 in Anspruch nehmen zu können, falls Artikel 85 Absatz 1 für anwendbar gehalten werde.

Die Verordnung Nr. 22/62 sehe zwar Formerfordernisse für die Anmeldungen vor, um den Verwaltungsablauf zu erleichtern und durch die Zahl der erforderlichen Exemplare eine bequeme Übermittlung an die Mitgliedstaaten zu ermöglichen, doch seien diese Verwaltungsmaßregeln nicht bei Strafe der Ungültigkeit vorgesehen.

Daher komme die an die Kommission gerichtete Mitteilung vom 26. Januar 1971 mit ihren Anlagen einer Anmeldung im Sinne von Artikel 4 der Verordnung Nr. 17 gleich. Da dies verkannt worden sei, sei die Entscheidung aufzuheben und die Kommission aufzufordern, über die Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 auf die vor dem 1. Dezember 1975 getroffenen Maßnahmen zu befinden.

Zusammenfassung der Klagebeantwortung

Die *Kommission* führt unter anderem aus, bereits in ihrer ersten Mitteilung der Beschwerdepunkte vom 18. Juli 1975 habe sie die Auffassung geäußert (S. 16), daß hinsichtlich der betreffenden Maßnahmen *so lange* keine Freistellung gewährt werden könne, als diese nicht angemeldet seien, und zwar vor allem deshalb, weil sie von der Pflicht zur Anmeldung nicht befreit seien. Die FEDETAB habe in ihrem Antwortschreiben vom 22. September 1975 dargelegt (S. 84 und 85), daß das Schreiben vom 26. Juni 1971 ihrer Ansicht nach als gültige Anmeldung angesehen werden könne.

Die durch die Verordnung Nr. 27/62 vorgeschriebene Verwendung der Formblätter A/B, in denen ausdrücklich auf die Artikel 4 und 5 der Verordnung Nr. 17 Bezug genommen werde, sei aber vor allem deshalb vorgesehen worden, weil von der Einreichung dieser Anmeldung wichtige Rechtsfolgen abhingen, zu denen die Möglichkeit der Gewährung einer Freistellung und der Ausschluß der Verhängung von Geldbußen gehörten.

Daher könne ein einfaches Schreiben, das zu einem anderen Zweck an die Kommission gerichtet worden sei, in dem weder auf Artikel 85 Absatz 3 des Vertrages noch auf die Artikel 4 oder 5 der Verordnung Nr. 17 Bezug genommen werde und das im übrigen keine vollständige Beantwortung der in den Formblättern A/B gestellten Fragen enthalte, auf keinen Fall als gültige Anmeldung angesehen werden.

Die *FEDETAB* habe es nicht einmal für angebracht gehalten, nach der Stellungnahme zur Mitteilung der Beschwerdepunkte vom 18. Juli 1975 eine ordnungsgemäße Anmeldung einzureichen; sie könne diese Rüge nicht guten Glaubens erheben, da sie doch selbst die Formblätter A/B für die Anmeldung der Empfehlung vom 1. Dezember 1975 verwendet habe. Keinesfalls könne diese Rüge erhoben werden, um die Aufhebung der die Empfehlung betreffenden Teile der Entscheidung zu verlangen.

Neunte Rüge: Verletzung von Artikel 85 Absatz 3 EWG-Vertrag, der Pflicht zur Begründung der Entscheidung und des rechtlichen Gehörs, da die Kommission in ihrer Entscheidung nicht auf die wesentlichen zur Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 vorgetragenen Argumente eingegangen sei

Zusammenfassung der Klageschriften

Diese Rüge wird ganz oder teilweise von der *FEDETAB* und allen anderen Klägerinnen, ausgenommen Jubilé und Vander Elst, erhoben.

Die *FEDETAB* rügt, daß in der angefochtenen Entscheidung nur einige ihrer Argumente geprüft würden (Begründungserwägungen 118 bis 132), obwohl sämtliche Argumente nach ihrer Darlegung in den vorangehenden Begründungserwägungen (114 bis 117) in der Entscheidung einzeln hätten behandelt werden müssen.

Zusammenfassung der Klagebeantwortung

Die *Kommission* führt aus, weit eher als eine Beantwortung der von den Klägerinnen vorgetragenen Argumente enthielten die Begründungserwägungen 118 bis 132 der Entscheidung die Beurteilung der Empfehlung nach Artikel 85 Absatz 3 durch die Kommission. Die Kommission sei nicht gehalten, die Zurückweisung sämtlicher erhobener Rügen zu begründen, wenn ihre Entscheidung ordnungsgemäß begründet sei. Die Begründung der Entscheidung sei in dieser Hinsicht ordnungsgemäß und ausreichend.

Zehnte Rüge: Verletzung der Artikel 4 der Verordnung Nr. 99/63, 19 Absatz 1 der Verordnung N. 17 und 85 Absatz 3 EWG-Vertrag, da die Kommission in ihrer Entscheidung über nicht mitgeteilte Beschwerdepunkte befunden habe.

Zusammenfassung der Klageschriften

Diese Rüge wird ganz oder teilweise von *allen Klägerinnen* erhoben.

Nach Ansicht der *FEDETAB* muß die Kommission den beteiligten Unternehmen vor Erlaß einer Entscheidung Gelegenheit geben, sich zu den von ihr in Betracht gezogenen Beschwerdepunkten zu äußern (Artikel 19 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17); sie dürfe nur die Beschwerdepunkte in Betracht ziehen, zu denen das Unternehmen Gelegenheit zur Äußerung gehabt habe (Artikel 4 der Verordnung Nr. 99/63).

In der zweiten Mitteilung der Beschwerdepunkte habe die Kommission die Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 allein aus der Erwägung abgelehnt, daß die Empfehlung die zweite der vier in diesem Artikel genannten Voraussetzungen, nämlich die Verbesserung der Warener-

zeugung oder die Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts, nicht erfülle. Infolgedessen habe sich die *FEDETAB* in ihrem Schriftsatz vom 2. Juli 1976 und in der Anhörung vom 22. September 1976 lediglich zu dieser Voraussetzung geäußert.

In der angefochtenen Entscheidung werde die Gewährung der Freistellung jedoch auch mit der Begründung abgelehnt, daß die drei anderen Voraussetzungen nicht gegeben seien.

Der Klägerin sei somit die Möglichkeit genommen gewesen, sich zum Vorliegen dieser drei Voraussetzungen zu äußern.

Zusammenfassung der Klagebeantwortung

Die *Kommission* weist darauf hin, diese Rüge betreffe die Begründungserwägungen 132 (teilweise) und 133 der Entscheidung, in denen die Kommission — nachdem sie in den Begründungserwägungen 113 bis 132 des langen und breiten geprüft habe, ob die Empfehlung dazu beitrage, die Erzeugung oder die Verteilung der Waren zu verbessern, und zu der Schlußfolgerung gelangt sei, daß die Empfehlung keine Verbesserung der Warenverteilung nach sich ziehe, welche genüge, um die durch sie hervorgerufenen wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen aufzuwiegen — ergänzend festgestellt habe, daß die Empfehlung nicht dazu angetan sei, die Verbraucher angemessen an dem Gewinn zu beteiligen, der sich eventuell aus ihr ergeben könne, und daß zum anderen die Vereinbarungen wegen des Marktanteils der Mitglieder der FEDETAB *darüber hinaus* den beteiligten Unternehmen die Möglichkeit eröffneten, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten.

Es sei richtig, daß die Kommission diese *letztgenannte* Erwägung bezüglich der in Artikel 85 Absatz 3 Buchstabe b genannten Voraussetzung zusätzlich zu den Erwägungen, die bereits in ihren Mitteilungen der Beschwerdepunkte enthalten gewesen seien, in die Entscheidung aufgenommen habe, und zwar insbesondere wegen der Bedeutung dieser Vertragsvorschrift. Im übrigen sei die Behauptung völlig unzutreffend, die Klägerinnen hätten im Verlauf des Verwaltungsverfahrens nicht zu sämtlichen Voraussetzungen für die Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 Stellung genommen oder nicht Gelegenheit gehabt, sich hierzu zu äußern.

Die Kommission führt unter anderem das Urteil des Gerichtshofes in der Rechtssache 41/69 *(ACF Chemiefarma/ Kommission,* Slg. 1970, 661, Randnrn. 91 bis 94 der Entscheidungsgründe) zur Rechtfertigung dafür an, daß sie in ihrer Entscheidung die Ergebnisse des Verwaltungsverfahrens berücksichtigt und ihre rechtliche Argumentation zur Verweigerung der Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 durch die Begründungserwägungen 132 (letzter Satz) und 133 *ergänzt* habe, während das von der Kommission sowohl in ihren beiden Mitteilungen der Beschwerdepunkte als auch in ihrer Entscheidung zugrunde gelegte Hauptargument die zweite der in Artikel 85 Absatz 3 genannten Bedingungen betreffe.

Der Gerichtshof habe unter anderem in seinem Urteil in den verbundenen Rechtssachen 56 und 58/64 *(Grundig und Consten/Kommission,* Slg. 1966, 320 und insbesondere 399) festgestellt, daß dann, wenn eine der vier Bedingungen des Artikels 85 Absatz 3 nicht erfüllt sei, die Freistellung in keinem Fall gewährt werden könne, daß diese von den Klägerinnen vorgebrachte Rüge allein nicht ausreiche, um aus diesem Grund die Aufhebung der Entscheidung zu erwirken.

C — *Gemeinsames Vorbringen zu den Rügen 1 bis 6 und 10*

Die *FEDETAB* macht in ihrer *Erwiderung* geltend, diese sechs Rügen richteten sich auch gegen eine Verletzung von Artikel 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention. Alle anderen Klägerinnen, ausgenommen Jubilé und Vander Elst, schließen sich den Ausführungen der FEDETAB zu diesem Punkt an.

Die *FEDETAB* erinnert daran, daß nach Artikel 6 der Konvention jedermann Anspruch darauf habe, daß seine Sache in billiger Weise von einem unabhängigen und unparteiischen Gericht gehört werde, das über zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen zu entscheiden habe.

Sie führt das Urteil des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte vom 31. Mai 1978 in der Rechtssache *König* (Séries A Nr. 27, S. 30, Nr. 90 der Entscheidungsgründe) zur Begründung ihrer Auffassung an, daß Artikel 6 der Konvention für die von der Kommission nach den Artikeln 85 ff. des Vertrages sowie aufgrund der Verordnung Nr. 17 eingeleiteten Verfahren gelte. Denn nach dem Urteil in der Rechtssache *König* komme es „für die Frage, ob es in einem Rechtsstreit um die Feststellung eines zivilrechtlichen Anspruchs geht, ... allein auf die Natur des in Rede stehenden Anspruchs an". Daraus ergebe sich, daß es sich bei den durch die Artikel 85 ff. des Vertrages und die Durchführungsverordnung festgelegten Rechten um solche zivilrechtlicher Natur handele, so daß Artikel 6 Absatz 1 der Konvention hierauf anwendbar sein müsse.

Abgesehen davon, daß die Kommission sicherlich kein unabhängiges und unparteiisches Gericht sei, da sie gleichzeitig Verfolgungsorgan, Richter und Verteidiger ihrer eigenen Entscheidung sei, stellten die obengenannten sieben Rügen sämtlich eine Verletzung des durch Artikel 6 der Konvention verbürgten Anspruchs auf eine billigen Prozeß dar.

Die *Kommission* verweist in ihrer *Gegenerwiderung* auf die Ausführungen des Gerichtshofes zu den Grundrechten in den Urteilen in den Rechtssachen 11/70 *(Internationale Handelsgesellschaft,* Slg. 1970, 1125, Randnrn. 3 und 4 der Entscheidungsgründe) und 4/73 *(Nold,* Slg. 1974, 491, Randnr. 13 der Entscheidungsgründe).

Ihrer Ansicht nach könnte der Gerichtshof die Gelegenheit wahrnehmen, um zu erklären, daß die Gemeinschaftsorgane im Rahmen des Gemeinschaftsrechts zur Beachtung der durch die Konvention geschützten Rechte verpflichtet seien und daß er dafür zuständig sei, die Einhaltung dieser Verpflichtung bei der Anwendung des Gemeinschaftsrechts auf den Einzelfall sicherzustellen.

Die Kommission vertritt die Auffassung, angesichts der Auslegung, die der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte der Wendung „zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen" gegeben habe, sei davon auszugehen, daß Artikel 6 Absatz 1 auch für die sich aus der Anwendung von Artikel 85 EWG-Vertrag ergebenden Ansprüche gelte. Die Anwendung dieser Bestimmung könne nämlich unter anderem dazu führen, daß geschäftliche Vereinbarungen zwischen Unternehmen für nichtig erklärt würden.

Für weniger offenkundig hält es die Kommission jedoch, daß sie ein *Gericht* im Sinne von Artikel 6 Absatz 1 der Konvention darstelle, wenn sie von ihren Befugnissen zur Anwendung der Wettbewerbsregeln des EWG-Vertrags Gebrauch mache. Sie betont insbesondere, daß hinsichtlich ihrer Unabhängigkeit von der Exekutive (eines der vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte in seinem Urteil in der Rechts-

sache *Ringeisen*, Séries A Nr. 13, S. 39, Nr. 94 der Entscheidungsgründe, entwickelten Kriterien für das Bestehen eines „Gerichts") Zweifel bestünden, da sie gerade mit der Exekutivgewalt der Gemeinschaft ausgestattet sei.

Selbst für den Fall, daß sie als „Gericht" im oben erläuterten Sinn anzusehen sei, sei das Vorbringen der Klägerinnen deshalb zurückzuweisen, weil sie dieser Bestimmung jedenfalls nicht zuwidergehandelt habe.

D — Von den meisten Klägerinnen erhobene Rügen betreffend Artikel 85 EWG-Vertrag

Vorbemerkungen

Da sowohl die Klägerinnen als auch die Kommission im Zuge ihres Vorbringens auf eine Reihe innerstaatlicher wie auch gemeinschaftsrechtlicher Vorschriften über die Erzeugnisse des Tabakwarensektors Bezug nehmen, ist auf diese Rechtsvorschriften wir folgt einzugehen.

1. Die belgischen steuerrechtlichen Bestimmungen

Tabakwaren, insbesondere Zigaretten, unterliegen in Belgien einer Verbrauchsteuerregelung, die durch die Erhebung einer wertabhängigen Steuer gekennzeichnet ist, welche auf der Grundlage des Kleinverkaufspreises „einschließlich Mehrwertsteuer" (nachstehend kurz KVP genannt) berechnet wird.

Der KVP setzt sich zum einen aus Elementen zusammen, die den „Tabakwert" repräsentieren, nämlich

— dem Anteil des Herstellers oder Importeurs, der den Abgabepreis vor Steuern an den Großhändler darstellt;

— der Verdienstspanne des Großhändlers (Differenz zwischen dem Einkaufspreis des Großhändlers und dem Verkaufspreis des Großhändlers an den Einzelhändler);

— der Verdienstspanne des Einzelhändlers (Differenz zwischen dem Einkaufspreis des Einzelhändlers und dem Verkaufspreis an den Verbraucher);

zum anderen besteht der KVP aus den Elementen der Steuerbelastung, nämlich

— einer *spezifischen* Verbrauchsteuer, ausgedrückt in einem bestimmten Betrag in FB je Stück, sowie einer in gleicher Weise berechneten besonderen Verbrauchsteuer;

— einer *proportionalen* Verbrauchsteuer, ausgedrückt in einem bestimmten Prozentsatz vom KVP, sowie einer in gleicher Weise berechneten besonderen Verbrauchsteuer;

— einer auf der Grundlage des „Tabakwerts" und der Verbrauchsteuer berechneten Mehrwertsteuer, die für Zigaretten gegenwärtig 6 % beträgt.

Der belgische Staat wendet ein nahezu ausschließlich *proportionales* Verbrauchsteuersystem an (es besteht ein Verhältnis von 95 % proportionaler Verbrauchsteuer zu 5 % spezifischer Verbrauchsteuer — dem Mindestbetrag, der nach der Richtlinie 72/464/EWG des Rates vom 19. Dezember 1972 über die anderen Verbrauchsteuern auf Tabakwaren als die Umsatzsteuer (ABl. L 303, S. 12), siehe nachstehend unter 2, erlaubt ist).

Der aus den Elementen der Steuerbelastung bestehende Betrag wird vom Hersteller beziehungsweise Importeur normalerweise beim Kauf der Steuerbanderolen entrichtet, mit denen die verschiedenen hergestellten oder eingeführten Tabakwaren versehen werden und auf denen der für die Berechnung der Steuerbelastung maßgebliche KVP angegeben ist.

Der KVP wird von den Herstellern und Importeuren grundsätzlich frei, jedoch im Rahmen des belgischen Systems der Kontrolle der Höchstpreise (siehe nachstehend unter 3) festgesetzt.

Allerdings sind die Endverkäufer gehalten, die auf der Steuerbanderole angegebenen Preise strikt einzuhalten. Diese Verpflichtung ist in erster Linie durch Artikel 58 des am 1. Januar 1971 in Kraft getretenen belgischen Mehrwertsteuergesetzes eingeführt worden, in dem unter anderem bestimmt ist, daß der auf der Steuerbanderole angegebene Preis „der gebundene Preis für den Verkauf an den Verbraucher sein muß".

Durch ministerielle Verordnung vom 9. April 1974 wurde auch die Verordnung in der Anlage der ministeriellen Verordnung vom 22. Januar 1948 über die Erhebung der Verbrauchsteuern auf Tabakerzeugnisse in diesem Sinne geändert, so daß dort jetzt ebenfalls vorgesehen ist, daß Tabakwaren zu den auf der Steuerbanderole angegebenen Preisen an die Verbraucher zu verkaufen sind.

Aus den genannten Bestimmungen ergibt sich somit, daß der vom Hersteller oder vom Importeur frei festgesetzte KVP automatisch zum gebundenen Verbraucherpreis wird.

2. Die steuerrechtliche Harmonisierung in der Gemeinschaft

Die gemeinschaftsrechtliche Harmonisierung der Besteuerung von Tabakwaren beruht auf der Richtlinie 72/464 des Rates in der Fassung der Ratsrichtlinien 74/318 (ABl. L 180, S. 30), 75/786 ABl. L 330, S. 51), 76/911 (ABl. L 354, S. 33) und 77/805 (ABl. L 338, S. 22).

In den Begründungserwägungen der Richtlinie 72/464, mit der diese Harmonisierung eingeleitet wurde, stellt der Rat zunächst grundsätzlich fest, die Schaffung einer Wirtschaftsunion mit gesundem Wettbewerb und binnenmarktähnlichen Verhältnissen setze auf dem Tabakwarensektor voraus, daß die in den Mitgliedstaaten auf die Erzeugnisse dieses Sektors erhobenen Verbrauchsteuern die Wettbewerbsbedingungen nicht verfälschten und den freien Verkehr dieser Erzeugnisse im Gemeinsamen Markt nicht behinderten (siehe erste Begründungserwägung).

Nach der Feststellung, daß „die zur Zeit bestehenden Verbrauchsteuern auf Tabakwaren ... diesen Erfordernissen nicht [entsprechen]" (zweite Begründungserwägung) führt der Rat unter anderem aus, es liege im Interesse des Gemeinsamen Marktes, die Besteuerung des Verbrauchs von Tabakwaren zu harmonisieren, um stufenweise aus den derzeitigen Regelungen die Faktoren auszuschalten, die geeignet seien, den freien Verkehr zu behindern und die Wettbewerbsbedingungen sowohl auf einzelstaatlicher als auch auf innergemeinschaftlicher Ebene zu verfälschen (dritte Begründungserwägung). Die Harmonisierung der Strukturen der Verbrauchsteuern müsse insbesondere dazu führen, daß es zur Öffnung der nationalen Märkte der Mitgliedstaaten komme; zu diesem Zweck sei es bei Zigaretten geboten, für die Besteuerung dieser Waren die proportionale Verbrauchsteuer mit einer spezifischen Verbrauchsteuer, deren Höhe von jedem Mitgliedstaat nach gemeinschaftlichen Kriterien festzulegen sei, zu verbinden (fünfte und sechste Begründungserwägung).

Schließlich stellt der Rat fest, daß die Harmonisierung der Strukturen der Verbrauchsteuern auf Tabakwaren stufenweise durchgeführt werden solle und daß die Erfordernisse des freien Wettbewerbs eine freie Preisbildung für alle Gruppen von Tabakwaren bedingten (siebte und achte Begründungserwägung).

Demgemäß stellt die Richtlinie in ihrem Artikel 1 den Grundsatz der Harmonisierung der Strukturen der Verbrauchsteuern auf Tabakwaren in mehreren Stufen auf und sieht in Artikel 4 eine Verbrauchsteuerregelung vor, die aus einem nach dem Kleinverkaufshöchstpreis berechneten proportionalen Teilbetrag sowie einem nach Erzeugniseinheit berechneten spezifischen Teilbetrag besteht. Während der ersten Stufe, das heißt bis zum 30. Juni 1978, mußte der spezifische Teilbetrag bei Zigaretten mindestens 5 % des Gesamtbetrags der auf Zigaretten der meistverlangten Preisklasse erhobenen Verbrauchsteuer betragen (Artikel 8). Während der zweiten Stufe gilt dieser Mindestbetrag unverändert fort, doch muß die Umsatzsteuer in die Berechnungsgrundlage einbezogen werden (Artikel 10 b Absatz 2, in die Richtlinie 72/464 eingefügt durch Artikel 3 der Richtlinie 77/805).

Es ist jedoch darauf hinzuweisen, daß es den Mitgliedstaaten nach Artikel 10 (dem späteren Artikel 10 b Absatz 5) der Richtlinie 72/464 erlaubt ist, auf Zigaretten eine Mindestverbrauchsteuer zu erheben, deren Betrag nicht höher sein darf als 90 % des Gesamtbetrags aus proportionaler und spezifischer Verbrauchsteuer, die sie auf die Zigaretten der meistverlangten Preisklasse erheben. Es steht fest, daß der belgische Staat von dieser Möglichkeit bis zu der erlaubten Höchstgrenze Gebrauch macht.

Artikel 5 Absatz 1 der Richtlinie sieht vor, daß die Hersteller und Importeure für jedes ihrer Erzeugnisse den Kleinverkaufshöchstpreis frei bestimmen, daß diese Vorschrift jedoch der Anwendung einzelstaatlicher Rechtsvorschriften über die Preisüberwachung oder die Einhaltung der vorgeschriebenen Preise nicht entgegensteht.

3. Maßnahmen zur Preiskontrolle in Belgien

Nach Artikel 1 Absatz 1 der ministeriellen Verordnung vom 22. Dezember 1971 sind „die Produzenten und Importeure verpflichtet, dem Wirtschaftsministerium ... spätestens drei Monate vor Inkrafttreten jede für den belgischen Markt beabsichtigte Erhöhung der Preise für alle Erzeugnisse, Grundstoffe, Eßwaren und Handelswaren sowie für alle Dienstleistungen anzumelden". Gemäß Artikel 4 dieser Verordnung wird der Lauf dieser Frist gehemmt, wenn die zuständigen Behörden feststellen, daß die Anmeldung der Preiserhöhung nicht alle erforderlichen Angaben enthält. In diesem Fall beginnt die Wartefrist mit dem Eingang der ergänzenden Auskünfte. In Artikel 5 schließlich ist vorgesehen, daß der Wirtschaftsminister dem anmeldenden Unternehmen vor Ablauf der Wartefrist mitteilen kann, „daß die angemeldete Preiserhöhung für die Dauer von höchstens sechs Monaten überhaupt nicht oder teilweise nicht durchgeführt werden darf". Nach Ablauf der festgesetzten Frist kann das Unternehmen, das eine Preiserhöhung angemeldet hat, diese jedoch entsprechend der Anmeldung durchführen. Es ist jedoch weiterhin verpflichtet, die von ihm tatsächlich angewandten Preise zu melden (Artikel 5 Absatz 2 der ministeriellen Verordnung vom 20. April 1972 zur Änderung der ministeriellen Verordnung vom 22. Dezember 1971).

Elfte Rüge: Verletzung der Artikel 85 Absatz 1 und 190 EWG-Vertrag, da die Kommission alle Beschwerdepunkte mit Ausnahme desjenigen für begründet gehalten habe, der das Verbot von Verkäufen mit Prämiengewährung betreffe, und entschieden habe, daß die von der FEDETAB vorgeschlagenen Maßnahmen nach Artikel 85 Absatz 1 verboten seien, obgleich diese Maßnahmen keine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne dieser Bestimmung darstellten.

Zusammenfassung der Klageschriften

Diese Rüge wird ganz oder teilweise von *allen Klägerinnen,* ausgenommen Vander Elst, erhoben. Letztere erhebt diese Rüge in ihrer Klageschrift nicht als gesonderte Rüge, macht jedoch in ihrer Erwiderung hierzu einige Ausführungen.

1. Klageschrift der FEDETAB

a) Zum Sachverhalt

Die *FEDETAB* rügt zunächst, daß die Kommission in zahlreichen Punkten entweder unrichtige tatsächliche Feststellungen getroffen, Tatsachen falsch ausgelegt oder schließlich Tatsachen nicht berücksichtigt habe, obwohl sie zweifellos von Bedeutung für die Tatbestandsvoraussetzungen für eine Anwendung von Artikel 85 Absatz 1 gewesen seien. Die Anlage 5 zur Klageschrift enthalte eine Aufstellung dieser tatsächlichen Unrichtigkeiten.

Für schwerwiegender hält die FEDETAB jedoch tiefliegende Mängel in der Analyse der Belastungen, denen der Tabak- und insbesondere der Zigarettenmarkt aus dem Gesichtspunkt des Gesundheitsschutzes sowie in steuerlicher Hinsicht unterliege und die ihn zu einem ganz besonderen, mit keinem anderen vergleichbaren Markt machten. Diese Mängel seien um so bedauerlicher, als die Kommission sowohl in den Antwortschreiben auf die Mitteilungen der Beschwerdepunkte als auch während der Anhörung unablässig auf diese Faktoren aufmerksam gemacht worden sei.

Die FEDETAB sieht sich daher gezwungen, diese Einzelpunkte erneut aufzugreifen.

aa) Auswirkung der steuerlichen Belastungen

Die FEDETAB beanstandet vor allem das Fehlen jeglicher Untersuchung der Auswirkung eines *proportionalen* oder *wertabhängigen* Verbrauchsteuersystems auf den tatsächlichen oder potentiellen Wettbewerb. Sie schildert die Belastungen und Beschränkungen, die ihrer Ansicht nach den Wettbewerb auf dem Zigarettenmarkt verfälschten und weder ihr noch ihren Mitgliedern vorzuwerfen seien.

i) Aus historischen Gründen liege der Verbrauchsteuer immer entweder der KVP oder die Anzahl der hergestellten oder verkauften Zigaretten zugrunde. Im ersten Fall werde die Steuer durch einen *Prozentsatz (proportionale* oder *wertabhängige* Steuer), im zweiten Fall durch einen *unveränderlichen* Geldbetrag *(spezifische* Steuer) definiert. Diese beiden Steuern unterschieden sich in ihrer Konzeption und in den Auswirkungen, die sie auf die Preise und Wettbewerbsbedingungen hätten, grundlegend voneinander. Belgien wende das System der proportionalen Steuer an.

ii) Die steuerrechtliche Harmonisierung auf Gemeinschaftsebene gehe von dieser grundlegenden Verschiedenheit aus. Im Rahmen dieser Harmonisierung erfülle Belgien die Mindestverpflichtung.

iii) In einem System proportionaler Verbrauchsteuern rufe jede Änderung des Selbstkostenpreises oder eines seiner Bestandteile eine *verstärkte* Wirkung auf den Endverkaufspreis hervor. Für Industrie und Handel bedeute dies, daß eine Änderung des Preises „ab Werk" oder der Handelsspanne eine verstärkte Wirkung auf den KVP hervorrufe, die dem Multiplikator direkt proportional sei.

Die FEDETAB stützt diese These auf zwei Zahlenbeispiele für die Auswirkung derselben Erhöhung des „Herstelleranteils" auf den KVP, je nachdem, ob es sich um ein rein proportionales oder rein spezifisches System handelt. Die in diesen Beispielen verwendeten Zahlen bezögen sich auf die im Mai 1975 in Belgien bestehende Lage. Der KVP für die Ziga-

rette der meistverkauften Preisklasse habe damals genau 1 FB je Stück beziehungsweise 1 000 FB je tausend Stück betragen. Im ersten Beispiel mache die Verbrauchersteuer 61,5 % des KVP aus; im zweiten Beispiel betrage sie 615 FB für tausend Zigaretten. Im ersten Beispiel habe sich die Anhebung des Herstelleranteils beziehungsweise des Preises ab Werk um 5 FB als Erhöhung des KVP um 22 FB ausgewirkt. Im zweiten Beispiel wirke sich die Anhebung um 5 FB auf der Verbraucherebene lediglich als eine Preiserhöhung um 6 FB aus.

Der Vergleich dieser beiden Beispiele mache die durch die proportionale Verbrauchsteuer hervorgerufenen Verzerrungen deutlich. Der Multiplikator sei das Verhältnis zwischen dem (als Einheit zugrunde gelegten) KVP und dem Gesamtanteil der nicht proportionalen Bestandteile dieses Preises. Je geringer der Anteil dieser Bestandteile sei, um so größer sei der Multiplikator. Der Multiplikator wachse somit nach Maßgabe der proportionalen Elemente; je stärker deren *Prozentanteil* steige, desto größer werde der *Multiplikator.*

iv) Im Laufe der ersten Harmonisierungsstufe vom 1. Januar 1973 bis 30. Juni 1978 und damit während des Zeitraums, in den die beanstandeten Wettbewerbsbeschränkungen fielen, sei der Multiplikator von 3,46 auf 4,70 gestiegen, so daß sich die Lage in Belgien in einer Richtung entwickelt habe, die den mit der Harmonisierung angestrebten Zielen entgegengesetzt sei.

v) Der Hersteller, der die proportionale Verbrauchsteuer abzuführen habe, deren *Berechnungsgrundlage* der KVP *einschließlich aller Abgaben* sei, sei gezwungen, alle Elemente des KVP im voraus zu bestimmen, nämlich den Herstelleranteil, die Handelsspanne und den Betrag der einzelnen Steuern, da der Staat die Verbrauchsteuer auf die Gesamtheit aller dieser Elemente erhebe. Dieser Zwang stelle eine Besonderheit des Tabaksektors dar.

vi) Erhöhe ein Hersteller seinen Anteil, so schaffe er zwischen sich und seinen Konkurrenten bei den Verkaufspreisen einen Abstand, der dem Multiplikator direkt proportional sei und in keinem Verhältnis mehr zu den Abständen zwischen den Preisen ab Werk oder den Herstelleranteilen stehe. Dieser Umstand führe zu unnatürlichen Wettbewerbsbedingungen und veranlasse die Hersteller dazu, ihre Selbstkostenpreise in einem Maße zu senken, daß es ihnen nicht mehr möglich sei, den Herstelleranteil noch mit einer zusätzlichen Vergütung für den Handel zu belasten.

Der Herstelleranteil werde im übrigen von der belgischen Preiskommission kontrolliert (1977 habe er nur 18,21 % betragen). Diese Gegebenheiten führten für die belgischen Hersteller zu einer *Uniformität* der Wettbewerbssituation, ohne daß die Vereinbarungen, Maßnahmen oder die Empfehlung hieran etwas änderten. Ziel dieser Maßnahmen sei die *Aufrechterhaltung eines zweckmäßigen Vertriebsnetzes.*

vii) Aus der dem System innewohnenden Logik folge, daß die Absicht eines Herstellers, in Wettbewerb zu einem anderen Hersteller zu treten und seinen KVP zu senken, *zwangsläufig* ein Sinken der den Händlern, die seine Erzeugnisse vertrieben, eingeräumten Gewinnspanne nach sich ziehen würde. Wolle er eine größere Gewinnspanne einräumen, so würde dies *zwangsläufig* zu einem erheblichen Anstieg des Endpreises mit dem Risiko einer Absatzverschlechterung führen.

viii) Die belgischen Preiskontrollbestimmungen schränkten die Möglichkei-

ten für einen horizontalen Wettbewerb bei den maximalen Gewinnspannen ein, denn der belgische Wirtschaftsminister setze eine Höchstspanne fest, die auf jeder Handelsstufe einzuhalten sei. In der Mitteilung der Beschwerdepunkte vom 17. Mai 1975 habe sich die Kommission im übrigen in dieser Hinsicht eindeutig geäußert.

Diese Festsetzung der Höchstspannen erfolge nicht für jeden einzelnen Hersteller, sondern gelte für den gesamten Zigarettensektor. Der kollektive Charakter der Handelsspannen habe seine Ursache somit nicht in der beanstandeten Maßnahme, sondern beruhe vielmehr auf den Rechtsvorschriften.

ix) Gestützt vor allem auf die vorstehenden Erwägungen, gelangt die FEDETAB zu dem Ergebnis, daß die belgische proportionale Verbrauchsteuer auf der Grundlage des KVP und die belgischen Preiskontrollbestimmungen die Wettbewerbsbedingungen aus folgenden Gründen verfälschten:

— Die Veränderung eines der Elemente des Selbstkostenpreises führe zu einer Veränderung des KVP, die durch den Multiplikator verstärkt werde.

— Sie zwängen den Hersteller, den KVP und die Handelsspannen im voraus zu bestimmen.

— Sie schrieben allgemein verbindliche Höchstspannen auf jeder Handelsstufe vor, wie durch ein Schreiben der Preisbehörde an die FEDETAB bestätigt werde (Anlage 6 zur Klageschrift).

— Sie stellten die Steuereinnahmen des Staates durch die Festsetzung einer Mindestverbrauchsteuer sicher; diese werde durch die Festlegung eines Grundbetrags für die Steuerbanderole erhöht, durch die ein Mindestverkaufspreis in einer bestimmten Höhe amtlich festgesetzt werde.

bb) Einfluß von Maßnahmen zum Schutz der Gesundheit

Die Kommission habe die Beschränkungen nicht berücksichtigt, die der Gesundheitsschutz der Vermarktung von Tabakwaren auferlege, obwohl sie auf diesen Gesichtspunkt — die Verpflichtung, die Zigarettenpackungen mit Aufschriften zu versehen, die eine Warnung vor den Gefahren des Tabakgenusses enthielten, (belgisches Gesetz vom 3. April 1975) und die für die Zigarettenwerbung geltende Regelung — hingewiesen worden sei.

cc) Struktur und Rolle der FEDETAB

Die FEDETAB betont, in ihr seien ausschließlich Tabakhersteller zusammengeschlossen. Allerdings gehörten einige ihrer Mitglieder in ihrer Eigenschaft als Importeure von Tabakwaren der Fédération des Importateurs (Verband der Importeure) an. Die FEDETAB habe niemals irgendwelche Schritte unternommen, die die Einfuhr oder die Importeure hätten behindern können.

In ihrem Aufbau umfasse die FEDETAB im wesentlichen drei Sektionen: Zigaretten, Zigarren und Zigarillos sowie Rauch-, Kau- und Schnupftabak. In jeder Sektion seien Groß-, Mittel- und Kleinunternehmen *in gleicher Zahl* vertreten.

Die FEDETAB; die kraft ihrer Rechtsform als Vereinigung ohne Gewinnzweck die Eigenschaft einer *juristischen Person* besitze, sei ein Berufsverband, der über eine *Selbständigkeit in seiner Geschäftsführung* verfüge, die ihn eindeutig von seinen Mitgliedern unterscheide.

Die FEDETAB sei der anerkannte Gesprächspartner der Tabakwarenindustrie in Belgien.

dd) Die beanstandeten Vereinbarungen

i) Zeit vor dem 1. Dezember 1975

— Die Anerkennung und Einstufung der Groß- und Einzelhändler durch die FEDETAB und die Zuerkennung fester, je nach Kategorie unterschiedlicher Verdienstspannen

Die FEDETAB habe die Großhändler in acht Kategorien eingeteilt, wobei sie sich an die vom Comité belge de la distribution (belgischer Vertriebsausschuß) vorgenommene Einteilung angelehnt habe. Diese Einteilung sei erfolgt, um jedem Unternehmen, dem Großhandelsbedingungen eingeräumt würden, eine seiner Aufgabe entsprechende Vergütung zu gewähren und jede Diskriminierung auszuschalten. Die großen Verbrauchermärkte hätten die Hersteller jedoch gezwungen, ihnen dieselben Konditionen einzuräumen wie den Fachgroßhändlern, die allein eine besondere Vergütung verdienten.

Nachdem die Fachgroßhändler Schutzmaßnahmen verlangt hätten, habe die FEDETAB am 21. Dezember 1970 das Dokument „Vertriebspolitik nach dem 1. Januar 1971" erarbeitet. Dieses Dokument habe den Zugang zu den (allein noch bestehenden) maximalen Großhandelskonditionen für neue Bewerber bestimmter Kategorien erschwert, insbesondere für Lebensmittelgroßhändler. Es habe sich dabei um ein Arbeitsinstrument ohne verbindliche Wirkung gehandelt. Es sei Gegenstand des in den Begründungserwägungen 40 bis 44 der angefochtenen Entscheidung behandelten Beschwerdepunkts.

— Das Abkommen vom 22. Mai 1967 und 5. Oktober 1967 zwischen der FEDETAB und der FNCG (Einhaltung der von den Herstellern vorgeschriebenen Wiederverkaufspreise), das Ergänzungsabkommen vom 29. Dezember 1970 sowie die damit zusammenhängenden Übereinkommen und Empfehlungen

Die FEDETAB trägt vor, dieses Übereinkommen gegen die von den Großhändlern, die Einzelhandelsgeschäfte betrieben, praktizierte Preisunterbietung auf der Einzelhandelsstufe sei 1972 erneuert worden. Das erneuerte Abkommen sei jedoch nicht angewandt worden. Artikel 58 des Mehrwertsteuergesetzes habe der Preisunterbietung auf der Einzelhandelsstufe seit 1971 ein Ende gesetzt.

Die den „Kleinhändlern" am 22. Mai 1967 vorgelegte Mustervereinbarung sei niemals angewandt worden und durch die Entscheidung der FEDETAB vom Januar 1968 hinfällig geworden.

Das Auslegungsabkommen vom 5. Oktober 1967 habe sich niemals praktisch ausgewirkt. Es seien auch zu keiner Zeit Sanktionen verhängt worden.

Die FEDETAB betont, die beiden Schreiben vom 26. Oktober 1967 und 8. Mai 1970 stammten von der FNCG, die ihren Mitgliedern mitgeteilt habe, sie dürften den anderen Einzelhändlern keinen niedrigeren Verkaufspreis in Rechnung stellen als den von ihrem Lieferanten vorgesehenen und die den „anerkannten Einzelhändlern" vorbehaltenen Konditionen nur den von der FEDETAB offiziell anerkannten Einzelhändlern gewähren. Bei Nichtbeachtung dieser Regeln würden den Großhändlern die Großhandelskonditionen entzogen.

Mehrere Großhändler hätten Einzelhändlern, die nicht in den Listen der FEDETAB erfaßt gewesen seien, weiter die für anerkannte Einzelhändler geltenden Konditionen eingeräumt. Keinem Großhändler seien jemals die Großhandelskonditionen entzogen worden.

Das von der FEDETAB und der FNCG unterzeichnete Auslegungsabkommen vom 29. Dezember 1970 sei der Direktion Kartelle und marktbeherrschende Stellungen mitgeteilt worden, ohne die geringste Reaktion hervorzurufen.

— Die Abkommen und Empfehlungen über das Verbot des Weiterverkaufs an andere Großhändler

Die Empfehlung, welche die FNCG ihren Mitgliedern am 22. März 1972 zugesandt habe, habe mit der FEDETAB nichts zu tun gehabt und sei auch ohne jede Folge geblieben.

Die FEDETAB räumt ein, sie habe die Großhändler am 30. Juni 1972 aufgefordert, eine Mustervereinbarung zu unterzeichnen, in der sich diese verpflichtet hätten, Tabakwaren an bestimmte Groß- und Einzelhändler (nämlich die in der Begründungserwägung 46 der Entscheidung genannten) weiterzuverkaufen. Zwar habe die Nichtbeachtung dieser Verpflichtungen den Verlust der Großhandelskonditionen nach sich ziehen können, doch seien die Vereinbarungen nicht angewandt worden und 1973 ausgelaufen.

— Die am 23. Dezember 1971 von den Mitgliedern der FEDETAB auf dem Gebiet der Zahlungsfristen getroffenen kollektiven Maßnahmen

FEDETAB führt aus, im Anschluß an eine Bitte von GB, die Zahlungsfristen auf 90 Tage zum Monatsende zu verlängern, hätten die Mitglieder der FEDETAB den Großhändlern und übrigen Kunden, denen Großhandelsbedingungen eingeräumt worden seien, mitgeteilt, daß sie beschlossen hätten, die langen Zahlungsfristen abzuschaffen und die Fristen auf höchstens 15 Tage zu verkürzen. Dabei habe es sich um einen Akt der Notwehr gegen die in Anlehnung an das Verhalten der großen Verbrauchermärkte von den Großhändlern verfolgten Praktiken gehandelt, lange Zahlungsfristen in Anspruch zu nehmen. Denn die Einräumung einer Zahlungsfrist von einem Monat führe zu einer Erhöhung des Preises für eine Packung gängiger Zigaretten, die damals für 32 FB verkauft worden sei, um einen Franken.

— Die Vereinbarungen und kollektiven Maßnahmen, die von den FEDETAB-Mitgliedern getroffen wurden, um die Einhaltung der Verpflichtung der Einzelhändler, ein Mindestsortiment anzubieten, sicherzustellen

Der Grund für diese Vereinbarungen und Maßnahmen sei der Boykott der Erzeugnisse von Weltab und Jubilé, den GB und andere als Vergeltungsmaßnahme gegen die Verweigerung der Verlängerung der Zahlungsfristen durchgeführt hätten. Auch hier handele es sich um einen Akt der Notwehr.

ii) Die FEDETAB-Empfehlung vom 1. Dezember 1975

Die FEDETAB unterstreicht, es handele sich nicht wie in der Vergangenheit um vertikale Vereinbarungen, sondern um eine *Empfehlung*, die ausschließlich an die Hersteller gerichtet sei und somit *horizontalen* Charakter habe. Soweit mehrere Hersteller der Empfehlung beigetreten seien, stelle diese dennoch lediglich eine *horizontale Vereinbarung* dar.

Im Interesse eines gesunden Vertriebs sehe die Empfehlung auf der Grundlage objektiver Kriterien unterschiedliche Höchstsätze für die den Abnehmern zu gewährenden Nachlässe nach Maßgabe der erbrachten Dienstleistungen vor. Den Herstellern werde keineswegs ein einheitliches Verhalten vorgeschrieben, sondern sie behielten völlige Handlungsfreiheit.

Die Verzeichnisse der Einzelhändler würden auf der Grundlage objektiver Kriterien erstellt.

Die Bestimmungen über die Barzahlung seien von demselben Geist geprägt. Es bestehe nämlich die Gefahr, daß sich jede Verlängerung der Zahlungsfristen, unter anderem wegen der Multiplikatorwirkung der für Zigaretten geltenden belgischen Steuerregelung, zum Nachteil der Verbraucher unweigerlich auf die Preise auswirke.

Die Hersteller, die die Berechtigung der Empfehlung erkannt hätten, wendeten diese sowohl bei der Auswahl ihrer Kundschaft als auch bei der Kreditgewährung flexibel, je nach ihrer jeweiligen Situation, an.

b) Rechtsausführungen der FEDETAB

Die FEDETAB erinnert daran, sie habe in ihrer Beantwortung der ersten Mitteilung der Beschwerdepunkte geltend gemacht, daß die Aufrechterhaltung eines redlichen *und* geregelten Wettbewerbs eine wesentliche Voraussetzung für eine wirksame Wettbewerbspolitik sei. Bei der Anwendung dieses — im übrigen vom Gerichtshof in seinem Urteil vom 25. Oktober 1977 in der Rechtssache 26/76 *Metro/Kommission,* Slg. 1977, 1905) anerkannten — Grundsatzes auf den konkreten Fall habe die Kommission nicht berücksichtigt, daß die beanstandeten Vereinbarungen wegen ihrer günstigen Wirkung auf die Marktstruktur nicht unter das Verbot des Artikels 85 Absatz 1 fielen.

Die Kommission habe in der Empfehlung — einschließlich des Teils, der sich auf eine Einteilung der Groß- und Einzelhändler nach drei objektiven Kriterien beziehe — lediglich eine Zuwiderhandlung gegen Artikel 85 Absatz 1 gesehen. Sie habe unter anderem den von der Klägerin sowohl in ihren Schriftsätzen als auch bei den Anhörungen mehrfach betonten Umstand außer acht gelassen, daß es eine Diskriminierung darstellen würde, den großen Verbrauchermärkten oder den nichtspezialisierten Großhändlern die gleiche Vergütung zu gewähren wie den Fachgroßhändlern, obwohl sie nicht die gleichen wirtschaftlichen Funktionen erfüllten.

Ferner habe die FEDETAB die Kommission auf die *sozialen* Aspekte dieses Verfahrens hingewiesen. Die Antwort der Kommission (Begründungserwägung 123 der Entscheidung) sei unvereinbar mit einer vernünftigen Auslegung von Artikel 85 Absatz 1, wie sie der Gerichtshof in seinem Urteil in der Rechtssache *Metro* vorgenommen habe:

„Das Bestreben, für den Fachgroß- und -einzelhandel ein gewisses Preisniveau aufrechtzuerhalten, welches mit dem Bestreben einhergeht, im Interesse des Verbrauchers die Möglichkeit des Fortbestands dieses Vertriebsweges neben neuen Vertriebsformen mit andersartiger Wettbewerbspolitik zu erhalten, gehört zu den Zielen, die verfolgt werden dürfen, ohne daß dabei zwangsläufig gegen das Verbot des Artikels 85 Absatz 1 verstoßen würde, und kann, sollte letzteres ganz oder teilweise der Fall sein, den Tatbestand des Artikels 85 Absatz 3 erfüllen." (Slg. 1977, 1875, Randnr. 21 der Entscheidungsgründe).

2. *HvL* schließt sich den Ausführungen der FEDETAB zur Ansicht der Kommission an, die diese hinsichtlich der Anwendbarkeit von Artikel 85 Absatz 1 auf die vor der Empfehlung getroffenen Maßnahmen vertrete.

Im Hinblick auf die Zeit danach bestätigt HvL, daß sie der Empfehlung beigetreten sei. Auf diese sei Artikel 85 Absatz 1 unter anderem deshalb nicht anwendbar, weil die in der Empfehlung vorgesehenen Maßnahmen innerhalb der belgisch-lu-

xemburgischen Wirtschaftsunion das Ziel verfolgten, einen gesunden Wettstreit zwischen den Herstellern zu fördern, um eine Zerrüttung des Marktes zu verhindern, die zur Beseitigung einer Vielzahl von Verkaufsstellen führen würde. Im Bereich der EWG gebe es, unter anderem in Anbetracht der italienischen und französischen Monopole, keinen gemeinsamen Markt für Tabakwaren.

In der Rechtssache 82/77 *(Van Tiggele,* Slg. 1978, 25) habe sich die Kommission zugunsten von Mindestgewinnspannen geäußert. Ihre Ausführungen gälten erst recht für den Tabakwarenmarkt in Belgien.

3. Die *Klägerinnen Gosset, Weltab und Cinta* machen sich das tatsächliche Vorbringen der FEDETAB zu eigen und schließen sich deren Rechtsausführungen zu dieser Rüge an.

Gosset unterzieht jedoch darüber hinaus die in der Empfehlung vorgenommene Einstufung der Groß- und Einzelhändler in Kategorien einer eingehenden Prüfung.

Zur Rechtslage macht sie geltend, in der Rechtssache *Metro* hätten sowohl die Kommission als auch der Gerichtshof anerkannt, daß eine Aufgabentrennung im Handel gerechtfertigt und mit einem gesunden Wettbewerb vereinbar sei.

Die Maßnahmen auf dem Gebiet der Zahlungsfristen stellten eine Reaktion auf die Versuche der großen Verbrauchermärkte dar, übermäßige Vorteile herauszuholen. Eine Maßnahme, die zur Verhütung des Mißbrauchs von Wirtschaftskraft bestimmt sei, könne dem Vertrag nicht zuwiderlaufen, da doch das Erfordernis eines unverfälschten und redlichen Wettbewerbs eine seiner grundlegenden Zielsetzungen sei.

4. *Jubilé* beanstandet, daß die Wettbewerbsbeschränkung für die Kommission *im Prinzip* der Einstufung selbst liege, und führt aus, in jedem Fall habe die Kommission der Tatsache, daß die Empfehlung der Einstufung neue Kriterien zugrunde lege, keinerlei Rechnung getragen. Diese Kriterien bezweckten eine Objektivierung gerade der von den Zwischenhändlern den Herstellern zu erbringenden Leistungen. Eine derart schematische Anwendung des Artikels 85 verstoße gegen die Grundsätze, die der Gerichtshof in seinem Urteil in der Rechtssache *Metro* (Slg. 1977, 1875, Randnr. 20 der Entscheidungsgründe) aufgestellt habe.

Zu Unrecht gehe die Kommission davon aus, daß die Zahlungsfristen einheitlich und kollektiv festgesetzt würden. Die Empfehlung sei nicht verbindlich. Zudem lasse die Kommission unberücksichtigt, daß zumindest die Klägerin gerade im Hinblick auf die Zahlungsfristen ihre Zustimmung ausdrücklich dahin eingeschränkt habe, daß sie „autonom und unabhängig von besagter Empfehlung" am Prinzip der Barzahlung festzuhalten gedenke (Anlage 6 zur Klageschrift).

Zusammenfassung der Klagebeantwortung

a) Vorbemerkungen

Die *Kommission* widmet den von den Klägerinnen angeführten einzelstaatlichen und gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen einige *einleitende Erwägungen.*

aa) Die belgische steuerrechtliche Regelung und der Multiplikatoreffekt

Die Kommission räumt ein, daß sich der proportionale Teil der Steuerbelastung ändere, wenn sich eines der wirtschaftlichen Elemente, die den „Tabakwert" bildeten, verändere. Da in Belgien der größte Teil der Steuerbelastung aus pro-

portionalen Elementen bestehe und die Sätze dieser proportionalen Elemente relativ hoch seien, wirke sich eine Änderung des Herstelleranteils (oder der Handelsspannen) dahin gehend aus, daß sich die Gesamtsteuerbelastung und folglich der KVP überproportional änderten. Dies bezeichneten die Klägerinnen als „Multiplikatoreffekt".

Es sei jedoch zu bemerken, daß dieser Multiplikatoreffekt bei Änderungen des Herstelleranteils (oder der Handelsspannen) sowohl nach unten als auch nach oben eintrete.

Der Multiplikatoreffekt habe also zur Folge, daß die Auswirkungen von Schwankungen des Herstelleranteils (oder der Handelsspannen) auf die Entwicklung des KVP verstärkt würden. Keineswegs würden diese wirtschaftlichen Elemente aber dadurch auf einer bestimmten Höhe „fixiert" bzw. Schwankungen dieser Elemente nach oben oder nach unten unterbunden.

Die Wettbewerbsmöglichkeiten, die durch den Multiplikatoreffekt keineswegs ausgeschaltet würden, könnten zumindest zwei Konsequenzen haben:

i) Bei einem gegebenen KVP bleibe es den Wettbewerbsanstrengungen überlassen, wie die Hersteller (und Importeure) und die Händler untereinander die Summe der wirtschaftlichen Elemente aufteilten, die den „Tabakwert" des KVP darstellten, das heißt welchen Umfang der Herstelleranteil im Vergleich zu den Handelsspannen haben solle;

ii) eine etwaige Reduzierung des Herstelleranteils (oder der Handelsspannen) könne sich auf die freie Festlegung eines neuen KVP auswirken, insbesondere durch die Wahl eines im Vergleich zu früher niedrigeren KVP.

Überdies schließe die belgische Steuerregelung nicht aus, daß Hersteller, Importeure und Händler bei den Preisen (oder Verdienstspannen) von Erzeugnissen unterschiedlicher Marken in Wettbewerb miteinander treten könnten. Sie gebe ferner allen Wirtschaftsteilnehmern die Möglichkeit, bei allen Tabakwaren in bezug auf Dienstleistungen und sonstige Wettbewerbsvorteile, die sie ihren Kunden böten, miteinander zu konkurrieren.

Durch Artikel 85 des am 1. Januar 1971 in Kraft getretenen belgischen Mehrwertsteuergesetzes sei es nunmehr untersagt, die Erzeugnisse zu einem niedrigeren als dem auf der Banderole angegebenen KVP an den Verbraucher zu verkaufen. Aus diesem Verbot und aus der Tatsache, daß normalerweise die Hersteller und Importeure die Steuern durch Erwerb der Steuerbanderole zu entrichten hätten, ergebe sich die Schwierigkeit für die *Händler,* eine aus ihren Wettbewerbsanstrengungen folgende Verringerung ihrer Verdienstspanne unmittelbar, unverzüglich und aus eigener Initiative über den KVP weiterzugeben. Diese Regelung verhindere jedoch keineswegs, daß eine solche durch die Wettbewerbsbemühungen der Händler bewirkte Verringerung der Handelsspanne *indirekt* durch freie Festsetzung eines neuen KVP weitergegeben werden könne. Außerdem befinde sich der *Hersteller* (oder Importeur) in einer anderen Lage.

Hingegen könne der Hersteller (und Importeur) bei der Festsetzung des neuen KVP aufgrund des Multiplikatoreffekts die Wirkung seiner Wettbewerbsanstrengungen (oder die der Händler) verstärken, denn für eine Reduzierung um eine Währungseinheit infolge dieser Bemühungen erhalte er eine überproportionale Senkung des KVP. In diesem Fall wirke der Multiplikator nicht bremsend auf den Wettbewerb der Hersteller und Importeure (oder Händler), sondern verstärke ihre Bemühungen vielmehr und begünstige die wettbewerbsfähigen Unternehmen.

Somit sei es unrichtig zu behaupten, wie dies insbesondere die FEDETAB tue, daß die Hersteller durch die Regelung gezwungen seien, „den KVP und die Handelsspannen im voraus festzulegen".

bb) Die Harmonisierung innerhalb der Gemeinschaft

Die durch die Richtlinie 72/464 des Rates und die folgenden Richtlinien ausgestaltete steuerrechtliche Harmonisierung innerhalb der Gemeinschaft lasse die freie Preisbildung beim KVP unberührt und schalte einen etwaigen Wettbewerb zwischen Herstellern und Importeuren (oder Händlern) in bezug auf den Herstelleranteil (oder die Verdienstspannen), aus denen sich der KVP zusammensetze, nicht aus.

Zu dem Umstand, daß der belgische Staat von der in Artikel 10 (dem späteren Artikel 10b) der Richtlinie 72/464 Gebrauch mache, wonach die Mitgliedstaaten auf Zigaretten eine Mindestverbrauchsteuer erheben können, führt die Kommission aus, diese Mindestgrenze betreffe nur einen Bestandteil des KVP — die Verbrauchsteuer — und enge Schwankungen der wirtschaftlichen Elemente des KVP, also des Herstelleranteils und der Handelsspannen, keineswegs ein.

cc) Die belgischen Rechtsvorschriften über die Anmeldungspflicht für Preiserhöhungen

Nach Ansicht der Kommission schaltet diese Regelung den Wettbewerb nicht aus und schränkt ihn noch nicht einmal ein. Sie könne also nicht zur Rechtfertigung der Maßnahmen der Klägerinnen oder zum Nachweis dafür herangezogen werden, daß ihre Maßnahmen wegen des Bestehens dieser Regelung keine spürbaren Auswirkungen hätten haben können. Dies habe die FEDETAB selbst bezüglich des belgischen Marktes erklärt (S. 48 ihres im Anschluß an die Beschwerde von GB an die Kommission gerichteten Vermerks vom 14. Oktober 1974).

dd) Die belgischen Maßnahmen zum Schutz der Gesundheit

Nach Auffassung der Kommission sind diese Maßnahmen nicht geeignet, die Wettbewerbsmöglichkeiten der Hersteller und Importeure (oder Händler) von Tabakwaren auszuschalten oder wesentlich einzuschränken.

b) Wettbewerbsbeschränkung

In ihrer Antwort auf diese Rüge unterscheidet die Kommission zwischen den Maßnahmen vor dem 1. Dezember 1975 und der Empfehlung.

aa) Die Maßnahmen vor dem 1. Dezember 1975:

i) Die Anerkennung und Einstufung der Groß- und Einzelhändler durch die FEDETAB sowie die Zuerkennung fester Verdienstspannen für die verschiedenen Kategorien (Begründungserwägungen 19 bis 27 und 81 der Entscheidung);

ii) Das Abkommen vom 22. Mai 1967 und 5. Oktober 1967 zwischen der FEDETAB und der FNCG bezüglich der Einhaltung der von den Herstellern vorgeschriebenen Wiederverkaufs- und Einzelhandelspreise und das Ergänzungsabkommen vom 29. Dezember 1970 (Begründungserwägungen 28 bis 38 sowie 82 und 83 der Entscheidung);

iii) Die Beschränkung des Zugangs zu bestimmten Großhändlerkategorien durch die FEDETAB (Begründungserwägungen 40 bis 44 und 84 der Entscheidung);

iv) Die kollektiven Maßnahmen und das Auslegungsabkommen vom 22. März 1972 über das Verbot des Weiterver-

kaufs an andere Großhändler (Begründungserwägungen 45 bis 50 und 85 der Entscheidung);

v) Die am 23. Dezember 1971 von den Mitgliedern der FEDETAB auf dem Gebiet der Zahlungsfristen getroffenen kollektiven Maßnahmen (Begründungserwägungen 51, 52 und 86 der Entscheidung);

vi) Die Vereinbarungen und kollektiven Maßnahmen, die von den FEDETAB-Mitgliedern getroffen wurden, um die Einhaltung der Verpflichtung der Einzelhändler, ein Mindestsortiment anzubieten, sicherzustellen (Begründungserwägungen 53 bis 57 und 87).

zu i) Nach Ansicht der Kommission hat die FEDETAB eingeräumt, die Spannen derjenigen Großhändler, die keine Fachgroßhändler seien, einheitlich und ohne objektive Rechtfertigung festgesetzt zu haben. Darüber hinaus habe sie jedoch Großhändlern derselben Kategorie die Möglichkeit genommen, infolge von Wettbewerb eine unterschiedliche Vergütung zu erlangen (siehe Begründungserwägung 81 der Entscheidung), und habe jeden Anreiz für einen Wettbewerb der Klägerinnen *untereinander* bezüglich der Höhe der den Händlern einzuräumenden Spannen beseitigt.

Zu ii) Die FEDETAB habe sich lediglich dahin geäußert, sie habe diese Maßnahmen mit dem alleinigen Ziel getroffen, die „Preisunterbietung" zu unterbinden. Nach Ansicht der Kommission gingen diese Maßnahmen jedoch in ihrer Zielsetzung und in ihrem Zweck wesentlich weiter. *Für die Zeit vor dem 1. Januar 1971* hätten sie nämlich die Verpflichtung zur uneingeschränkten Einhaltung der von den Klägerinnen festgelegten Kleinverkaufspreise sowie Großhändler- und Einzelhändlerspannen bewirkt. Im übrigen liege die Bedeutung der *Erneuerung* dieser Maßnahmen, die im Jahre 1972 nach Inkrafttreten von Artikel 58 des Mehrwertsteuergesetzes am 1. Januar 1971 erfolgt sei, darin, daß dieses System der kollektiven Einhaltung der vorgeschriebenen Preise von einer besonderen Verpflichtung der Klägerinnen begleitet gewesen sei, die Auszeichnung ihrer Erzeugnisse mit einem niedrigeren Preis abzulehnen, wie es einige Großhändler von ihnen verlangt hätten (vgl. Zurückweisung der Bitte von GB).

Zu iii) Diese Maßnahme habe einen zusätzlichen und diskriminierenden Beschränkungseffekt in das System eingeführt, worüber vor allem M und H Beschwerde geführt hätten.

Zu iv) Das Schreiben der FNCG vom 22. März 1972 beziehe sich auf das am 29. Dezember 1970 zwischen der FNCG und der FEDETAB geschlossene Auslegungsabkommen. Die Maßnahme vom 22. März 1972 unterstütze und vervollständige diejenige vom 29. Dezember 1970, an der die FEDETAB beteiligt gewesen sei und die später durch die Initiative der FEDETAB vom 30. Juni 1972 mit verbindlicher Wirkung für die Großhändler ausgestattet worden sei; das Schreiben könne daher als Teil des von der FEDETAB und den übrigen Klägerinnen errichteten Systems angesehen werden.

Zu v) Die FEDETAB habe diese Maßnahme als „Notwehrreaktion" bezeichnet und geltend gemacht, daß „jede Verzögerung der Reaktion ... einen Zusammenbruch des Marktes bewirkt" hätte. Damit habe die FEDETAB mittelbar zugegeben, daß die Einräumung von Zahlungsfristen ein wichtiges Mittel für den Wettbewerb zwischen den einzelnen auf dem Markt tätigen Unternehmen sei. Genau dies habe aber die Kommission in

der Begründungserwägung 86 der Entscheidung ausgeführt.

Zu vi) Auch hier erkenne die FEDETAB die Tatsachen an und beschränke sich auf den Versuch, sie unter Berufung auf eine Notwehrlage zu rechtfertigen. Die von der FEDETAB in diesem Zusammenhang eingenommene Haltung beruhe auf der Ansicht, daß GB oder ein anderes Verbrauchermarktunternehmen nicht frei wählen könnten, welche Erzeugnisse sie verkaufen wollten, und es ihnen insbesondere nicht freistehe, nur die Erzeugnisse einer bestimmten Zahl von Herstellern oder einer bestimmten Zahl von Marken oder Aufmachungen zu verkaufen und auf diese Weise die Gefahr einer Wiederherstellung des Wettbewerbs *zwischen Herstellern* heraufzubeschwören.

bb) Die Empfehlung vom 1. Dezember 1975

Die Kommission tritt dem Vorbringen mehrerer Klägerinnen, namentlich der FEDETAB, entgegen, die unter Berufung auf das Urteil des Gerichtshofes in der Rechtssache *Metro* (insbesondere Randnrn. 20 bis 22 der Entscheidungsgründe) erklärt hätten, daß die beanstandeten Vereinbarungen wegen ihres günstigen Einflusses auf die Marktstruktur nicht unter das Verbot des Artikels 85 Absatz 1 fielen. FEDETAB habe dem hinzugefügt, daß die Aufrechterhaltung eines geordneten und lauteren Wettbewerbs eine wesentliche Voraussetzung für eine wirksame Wettbewerbspolitik bilde.

Nach Ansicht der Kommission setzt die Gedankenführung des Gerichtshofes jedoch das Bestehen eines wirksamen Wettbewerbs zwischen mehreren konkurrierenden Herstellern (oder Importeuren) voraus, die auch in einer solchen Lage durch Einführung eines *individuellen* selektiven Vertriebssystems miteinander in Wettbewerb träten (s. auch Randnr. 22 der Entscheidungsgründe).

Die Rechtssache *Metro* unterscheide sich damit grundlegend von der vorliegenden Rechtssache, da sich hier fast alle konkurrierenden Hersteller (und Importeure) darüber verständigt hätten, ein kollektives Vertriebssystem einzuführen und anzuwenden, das heißt ein Vertriebssystem, das es mit sich bringe, daß sie sich durch dieses System keine Konkurrenz machten; dagegen sei es in der Rechtssache *Metro* für einen einzigen Hersteller darum gegangen, angesichts des Wettbewerbs der übrigen Hersteller ein Vertriebssystem einzuführen, das geeignet gewesen sei, den von ihm geführten Wettbewerb gegenüber seinen Wettbewerbern zu verstärken, ohne daß erwiesen gewesen sei, daß die anderen Hersteller das gleiche Vertriebssystem angewendet hätten.

Die Entscheidung der Kommission hindere bestimmte Hersteller in keiner Weise daran, bestimmten Fachgroßhändlern einzeln höhere Verdienstspannen einzuräumen, die sich nach den erbrachten Dienstleistungen richteten, wenn diese zahlreicher oder besser seien als die der übrigen Großhändler. Die Entscheidung untersage hingegen, daß konkurrierende Hersteller sich über die Höhe der Vergünstigungen für Fachgroßhändler (oder sonstige Großhändler) *verständigten* und die Marktkräfte daran hinderten, das Ausmaß der Vergünstigungen vor allem nach Maßgabe der Dienstleistungen zu bestimmen, die diese Großhändler einzeln erbringen könnten. Eine solche Freiheit setze voraus, daß die Großhändler die Möglichkeit hätten, den Wettbewerb zwischen Herstellern (und Importeuren) zum Zuge kommen zu lassen, was die Klägerinnen hartnäckig verweigerten. Zwar habe der Gerichtshof im Urteil in der Rechtssache *Metro* erklärt

(Randnr. 29 der Entscheidungsgründe), die Kommission habe dadurch, daß sie die Aufgabentrennung zwischen Groß- und Einzelhändlern als grundsätzlich mit der Forderung nach einem unverfälschten Wettbewerb vereinbar angesehen habe, Artikel 85 Absatz 1 nicht verletzt. Diese Erwägung könne im vorliegenden Fall jedoch nicht dazu führen, daß die zwischen konkurrierenden Herstellern vorgenommene Abstimmung über die Vergünstigungen für Groß- und Einzelhändler, die *nicht* die Aufgabentrennung zwischen diesen Händlern betreffe, vom Anwendungsbereich des Artikels 85 Absatz 1 ausgenommen werde.

Hinsichtlich der *Einstufung der Zwischenhändler* habe die Kommission — entgegen dem Vorbringen insbesondere von *Jubilé* — die neuen in der Empfehlung aufgestellten Kriterien berücksichtigt (Begründungserwägung 97 der Entscheidung) und nicht behauptet, daß die Einstufung der Zwischenhändler als solche einen Verstoß gegen Artikel 85 Absatz 1 darstelle.

Zum Kriterium der *Sortimentsbindung* bemerkt die Kommission, daß die Hersteller die Zahl der Zigarettenaufmachungen und -marken (die die Großhändler verkaufen müßten, um die Verdienstspannen für die jeweilige Kategorie für sich in Anspruch nehmen zu können) selbst festlegten, statt es jedem Händler freizustellen, diese Zahl nach Maßgabe seiner eigenen Interessen individuell zu bestimmen. Die Nichtbeachtung der Mindestzahl von 90 Aufmachungen (von den derzeit in Belgien vertriebenen 220 Aufmachungen) bewirke nämlich, daß dieser Händler sofort die zusätzliche Verdienstspanne verliere, die von den Klägerinnen unter dieser Bedingung gewährt werde.

Hinsichtlich der *Jahresabschlußvergütung* sei Ziel der Empfehlung, daß alle Klägerinnen die gleichen Vergütungssätze anwendeten. Auch hier wollten die Klägerinnen nicht das Risiko auf sich nehmen, daß es zu einem Wettbewerb zwischen ihnen komme.

Die Möglichkeit eines Wettbewerbs zwischen den Klägerinnen auf dem Gebiet der *Zahlungsfristen* sei schon dadurch erwiesen, daß die Zahlungsfristen vor der Verabschiedung der Empfehlung unterschiedlich gewesen seien (s. die auf Seite 60 des Schreibens der FEDETAB vom 22. September 1975 aufgeführte Tabelle).

Bei *all diesen Vergünstigungen* (Verdienstspannen, Vergütungen, Zahlungsfristen), die die Hersteller (und Importeure) den Händlern gewähren könnten, hätten die Klägerinnen im Verhältnis zueinander wissentlich an die Stelle der Wettbewerbsrisiken die Zusammenarbeit bei den in der Empfehlung enthaltenen Maßnahmen gesetzt, was zu Wettbewerbsbedingungen geführt habe, die nicht den normalen Marktbedingungen entsprächen. Die Festsetzung dieser Bestandteile des von den Herstellern gegenüber den Händlern angewandten Abgabepreises für die betreffenden Erzeugnisse beeinträchtige auch dann den Wettbewerb, wenn sie nur unverbindlichen Charakter habe, da sie es allen Klägerinnen ermögliche, mit hinlänglicher Sicherheit vorauszusehen, welche Politik ihre Wettbewerber bei den Vergünstigungen für die Händler verfolgen würden.

Daher kommt die Kommission zu dem Ergebnis, in ihrer Entscheidung werde zu Recht erklärt, daß

1. die vor dem 1. Dezember 1975 getroffenen Maßnahmen eine Einschränkung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes sowohl zwischen Herstellern als auch zwischen Großhändlern bezweckten und bewirkten;

2. die Empfehlung eine Einschränkung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes zwischen Herstellern und hilfsweise zwischen Großhändlern bezwecke und bewirke.

Ihre Entscheidung sei in diesem Punkt ordnungsgemäß und ausreichend begründet.

Diese Rüge müsse daher zurückgewiesen werden.

Zusammenfassung der Erwiderungen

1. Erwiderung der FEDETAB

a) Als Einleitung zu ihren Ausführungen zu dieser und der nächsten Rüge macht die *FEDETAB* unter anderem geltend, die Kommission verkenne den Einfluß, den die *belgischen Rechtsvorschriften über Preiserhöhungen* auf die Verwaltungspraxis und auf die wirtschaftliche Lage der Zigarettenhersteller hätten.

Der Tabakwarensektor sei der Bereich, in den der Finanzminister im Rahmen dieser Rechtsvorschriften hauptsächlich eingreife, und nur hier komme es zu regelmäßigen Eingriffen. Wenn die Verwaltung mit jedem Hersteller, Importeur oder Händler über jede Zigarettenmarke verhandeln würde, könnte der Minister die Auswirkungen jeder Änderung der Kleinverkaufspreise und damit der Verbrauchsteuern auf den Haushalt nicht mit der erforderlichen Genauigkeit veranschlagen. Daher würden die Verhandlungen mit den Vertretern der einzelnen Marktteilnehmer geführt, obwohl der Wortlaut der Vorschriften theoretisch die Möglichkeit individueller Preiserhöhungen bestehen lasse.

Zudem hätten die Geschäftsleute keinen Spielraum, eine andere Preis- und Kostenpolitik zu verfolgen als diejenige, die sie der zuständigen Verwaltung unterbreitet hätten und die von jener vor der Genehmigung einer Preiserhöhung sorgfältig geprüft worden sei. Hinzu komme die Auswirkung des Multiplikators auf den Wettbewerb.

Die Ausführungen der Kommission zu diesen Rechtsvorschriften gingen daher an der Wirklichkeit und an den Problemen vorbei, die sich den Geschäftsleuten auf diesem ganz besonderen Markt stellten.

b) Die FEDETAB widerspricht dem Vorbringen der Kommission, wonach die vorliegende Rüge und die hierzu vorgetragenen Ausführungen keine Stütze im Urteil in der Rechtssache *Metro* fänden.

Sie führt die Randnrn. 20 und 21 der Entscheidungsgründe dieses Urteils zur Stützung ihrer Ansicht an, daß die Organisierung des Zigarettenvertriebs, die sich aus den von ihr vorgeschlagenen Maßnahmen ergebe und die auf eine Aufgabentrennung zwischen Groß- und Einzelhändlern gerichtet sei, sowie auf die Einräumung eines kleinen Vorteils für Fachgroß- und -einzelhändler, um diese am Leben zu erhalten, angesichts des Gefüges und der Gegebenheiten des betreffenden Marktes keine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Artikel 85 Absatz 1 darstelle.

Hinsichtlich der sozialen Aspekte der vorliegenden Rechtssachen nimmt die FEDETAB ausdrücklich auf die Ausführungen der Streithelferinnen ATAB und AGROTAB bezug; deren Lage ermögliche ihnen eine Einschätzung der Bedrohung, welche die Entscheidung der Kommission für den wirtschaftlichen Bestand ihrer Mitglieder darstelle, falls die angefochtene Entscheidung aufrechterhalten werde.

2. Die Klägerinnen *Gosset, BAT, Cinta* und *Weltab* machen sich die in der Erwiderung der FEDETAB enthaltenen Ausführungen zu eigen, denen sich *HvL* gleichfalls allgemein anschließt.

3. *Jubilé* weist auf die Fülle der staatlichen Folgemaßnahmen hin, die aus der überaus hohen Proportionalität der Tabaksteuer in Belgien resultierten, wobei sie unter anderem an den Sachzwang zu Kleinverkaufs*höchst*preisen, das Regulativ der *Mindest*steuer, das staatliche *Fest*preissystem und nicht zuletzt die Handhabung der Preis*kontrolle* erinnert.

Aus dem Zusammenwirken der verschiedenen Staatseingriffe ergäben sich Situationen, die an und für sich ebenfalls vom Staat geregelt werden sollten, aber nicht geregelt seien. Deren Bewältigung durch wissentliche Zusammenarbeit sei nach Auffassung der Klägerin deshalb *keine* Wettbewerbsbeschränkung im Sinn von Artikel 85 Absatz 1, weil sie an die Stelle der durch den Staat verfälschten Wettbewerbsrisiken trete.

Die Klägerin beruft sich für ihre Auffassung auf das *Wertsystem des Vertrages*, dem ein System unverfälschten Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes zugrunde liege. Nach ihrer Ansicht sind private Maßnahmen, auch wenn sie allgemein als Wettbewerbsbeschränkungen zu werten sein sollten, dann keine solchen, wenn sie sich im Umfeld staatlich verfälschter Marktbedingungen und eines daraus resultierenden nicht schützenswerten Wettbewerbs bewegten.

Dies solle *nicht* besagen, daß wegen der staatlichen Verfälschungen des Wettbewerbs *jede* wissentliche Zusammenarbeit der Klägerinnen gerechtfertigt sei, mit der Folge, daß Artikel 85 Absatz 1 für die Tabakbranche in Belgien fortan überhaupt unanwendbar würde. Es bedeute *lediglich*, daß die Maßnahmen der *Empfehlung, zumal sie oder gerade weil sie unverbindlich seien*, keine Wettbewerbsbeschränkungen seien.

Die Kommission behaupte nun, die Maßnahmen beeinträchtigten den Wettbewerb trotz der Unverbindlichkeit der Empfehlung, da sie es allen Klägerinnen ermöglichten, mit hinlänglicher Sicherheit vorauszusehen, welche Politik ihre Wettbewerber bei den Vergünstigungen für die Händler verfolgen würden. Die Kommission habe ihre Entscheidung jedoch keineswegs so begründet. Diese nachträgliche Auswechslung der Begründung der Entscheidung sei nach *Artikel 190* des Vertrages unzulässig.

Zum anderen sei das von der Kommission aufgestellte sogenannte Selbständigkeitspostulat vorliegend nicht einschlägig. Denn für dieses Postulat bleibe im Bereich der Preise auf einem Sektor wie dem Tabaksektor in Belgien wenig Raum, da die Preise branchenweit infolge der staatlichen Wettbewerbsverfälschungen ohnehin transparent seien. Soweit nicht die Steuervorschriften diese Transparenz bedingten, beruhe sie auf dem System der Preiskontrolle. Dieses werde im Tabaksektor den belgischen Vorschriften entsprechend *kollektiv* gehandhabt, nicht zuletzt deshalb, weil die steuerliche Belastung kollektiv bestimmt werde.

4. *Vander Elst* führt aus, entgegen dem Vorbringen der Kommission sei das Urteil in der Rechtssache *Metro* für den vorliegenden Fall wesentlich, weil der Gerichtshof darin anerkenne, daß Maßnahmen, die der Erhaltung des traditionellen Handels dienten, nicht unbedingt wettbewerbsbeschränkend seien oder freigestellt werden könnten.

Wesentlich an der rechtlichen Würdigung des Saba-Vertriebssystems sei für den vorliegenden Fall, daß es erlaube, Groß- und Einzelhändler nach ihren Funktionen besser zu unterscheiden, und daß es einräume, dem Preiswettbewerb komme insoweit kein absoluter Vorrang zu. Dieser Unterscheidung der Groß- und Einzelhändler nach ihren Funktionen diene aber auch die Empfehlung.

Zur kollektiven Natur der Empfehlung sei zu sagen, daß die Gefährdung des traditionellen Handels hier, anders als beim Saba-Vertriebssystem, nicht auf einen normalen Wettbewerb zwischen den einzelnen Vertriebsformen, sondern auf ein wettbewerbsverfälschendes Steuersystem zurückgehe.

Generalanwalt Reischl habe in seinen Schlußanträgen in der Rechtssache 13/77 *(INNO/ATAB,* Slg. 1977, 2152, 2164) die grundsätzliche Berechtigung des Anliegens anerkannt, dem Verbraucher ein ausreichend dichtes Vertriebsnetz mit einer umfassenden Auswahl zur Verfügung zu stellen.

Die Empfehlung verhindere zusammen mit tabaksteuerrechtlichen Vorschriften wie Festpreis und Verbot der Unterbanderolierung, daß sich der Multiplikatoreffekt ungehindert auf der Ebene des Handels auswirken könne, was die Ubiquität und die Dichte des Vertriebs gefährden würde.

Nach Auffassung der Klägerin verfälscht der Multiplikator nicht nur den Wettbewerb zwischen den einzelnen Vertriebsformen, sondern auch den zwischen großen und kleinen Marken. Denn die Vertriebskosten pro Einheit auf der Handelsebene seien für kleine Marken höher als für große. Durch den Multiplikatoreffekt würden sie vervielfacht und wirkten sich daher als Marktzugangssperre für kleine Marken aus.

Die Empfehlung sei geeignet, auch diesen vom Multiplikator ausgehenden Verzerrungseffekt abzuschwächen.

Zusammenfassung der Gegenerwiderung

Bevor sie auf die materiellen Rügen eingeht, äußert sich die *Kommission* allgemein zu den belgischen und gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften sowie zu den Zahlangaben über den belgischen Tabakwarenmarkt. Bezüglich dieser Ausführungen und Angaben wird auf die Zusammenfassung des Vorbringens der Kommission zur zwölften Rüge verwiesen.

a) Hinsichtlich des *Sachverhalts* widerspricht die Kommission in erster Linie einer von mehreren Klägerinnen aufgestellten Behauptung, wonach die Sätze der Zigarettenpreistafel, welche die Empfehlung zur Anwendung gebracht habe, nur die Direktverkäufe zwischen Herstellern (oder Importeuren) und von ihnen belieferten Händlern beträfen, nicht aber die über Großhändler an Kleinhändler getätigten Verkäufe. Einer solchen Behauptung widersprächen nämlich der Grundgedanke überhaupt und auch der Wortlaut der Empfehlung, so wie sie der Kommission angemeldet worden sei (Klagebeantwortung, Anlage 7). Dort heiße es: „Die Beibehaltung dieser Verhaltensweise in einem System von Höchstnachlässen erfordert, daß auch für Zwischennachlässe Höchstwerte festgesetzt werden" (Anlage III zur Anmeldung, S. 1).

Die Tatsache, daß sich die Empfehlung nicht auf die Direktverkäufe beschränke, gehe auch aus den Erklärungen der FEDETAB sowie aus denen der ANGIPMT und der GT während des Verwaltungsverfahrens hervor.

Nach Auffassung der Kommission steht deshalb fest, daß die Empfehlung auch zur Anwendung bei Verkäufen von Großhändlern an Kleinhändler bestimmt sei.

b) Zur *Rechtslage* führt die Kommission aus, den beiden Punkten, die nach Ansicht der FEDETAB den Gegenstand der Auseinandersetzung bildeten, auf der diese Rüge beruhe, liege eine tiefgreifende Verkennung der Tragweite der Entscheidung durch die FEDETAB (und die anderen Klägerinnen) und eine

grundlegend falsche Darstellung dessen zugrunde, was von der Kommission am 20. Juli 1978 entschieden worden sei.

aa) Begründung der Abstimmung mit der Notwendigkeit, die Groß- und Einzelhandelsfunktionen voneinander zu trennen

Nach Auffassung der Kommission spielt das Problem der Trennung zwischen den Funktionen des Groß- und Einzelhandels hierbei keine Rolle. Die Kommission beschränke sich darauf, die von den Klägerinnen eingeführte und praktizierte Abstimmung zu verurteilen. In einem System des freien Wettbewerbs müsse jeder Wirtschaftsteilnehmer frei entscheiden können, wie er seine Tätigkeit für sich am besten gestalte.

Zudem habe die im vorliegenden Fall von den Klägerinnen praktizierte Abstimmung zwischen Herstellern *nicht nur zum Ziel*, die Trennung zwischen den Funktionen des Groß- und Kleinhandels zu schützen, sondern sei eine sehr viel umfassendere Abstimmung, die die gesamte Politik der Verdienstspannen und sonstigen pekuniären Vorteile umfasse, welche die Hersteller (oder Importeure) den Händlern einräumten.

Die Kommission weist deshalb nochmals *nachdrücklich* darauf hin, daß die Klägerinnen systematisch versuchten, den Anschein zu erwecken, als bestünde zwischen ihnen keine horizontale Abstimmung, während gerade hierin der Kern ihrer Absprache liege und die Wirkungen dieser horizontalen Abstimmung am schädlichsten seien.

bb) Begründung der Abstimmung mit der Notwendigkeit, den Fachhandel zu erhalten

Hierzu bemerkt die Kommission, daß auch sie in ihrer Entscheidung an keiner Stelle und in keiner Weise davon ausgegangen sei, daß der Fachhandel abgeschafft werden müsse.

Die Entscheidung der Kommission hindere die Hersteller keineswegs daran, den Fachhändlern entsprechend ihren Leistungen *individuell* höhere Verdienstspannen einzuräumen. Die Entscheidung greife die diesbezügliche horizontale Abstimmung der Klägerinnen an.

cc) Beurteilung der Wettbewerbsbeschränkungen infolge der Abstimmung zwischen den Klägerinnen

Die Kommission führt die Urteile des Gerichtshofes in den Rechtssachen 8/72 und 73/74 *(Cementhandelaren/Kommissie*n, Slg. 1972, 977, bzw. *Papiers peints/ Kommission*, Slg. 1975, 1491) zur Begründung für ihre Auffassung an, daß die Marktregelung, welche die FEDETAB-Mitglieder angewandt hätten und noch anwendeten und die die horizontale Abstimmung zwischen diesen Herstellern (oder Importeuren) über die Verdienstspannen und die sonstigen den Händlern zu gewährenden finanziellen Vorteile betreffe, den Wettbewerb im Sinne des Artikels 85 Absatz 1 beschränke und verfälsche, weil die Klägerinnen durch diese Abstimmung die Wettbewerbsrisiken wissentlich durch die Zusammenarbeit bei den in der Empfehlung enthaltenen Maßnahmen ersetzt hätten und eine derartige Zusammenarbeit zu Wettbewerbsbedingungen führe, die den normalen Marktbedingungen nicht entsprächen.

Denn die Festsetzung der Hauptelemente des Preises für die Abgabe der Erzeugnisse durch die Hersteller (oder Importeure) an die Händler, beeinträchtige, selbst wenn sie nur als Richtwert erfolge, den Wettbewerb dadurch, daß es allen Klägerinnen möglich werde, mit einem angemessenen Maß von Sicherheit vorauszusehen, welche Politik ihre Konkurrenten hinsichtlich dieser den Händlern zu gewährenden finanziellen Vorteile verfolgten.

Zwölfte Rüge: Verletzung der Artikel 85 Absatz 1 und 190 EWG-Vertrag, da die Kommission zu Unrecht angenommen habe, daß die betreffenden Maßnahmen den Wettbewerb spürbar eingeschränkt hätten

Diese Rüge wird ganz oder teilweise in direkter oder indirekter Form von *allen Klägerinnen* erhoben.

Die *FEDETAB* macht geltend, die außerordentlichen — und für kein anderes Erzeugnis bestehenden — Beschränkungen, die das belgische Recht auf dem Gebiet der Steuern, der Preiskontrolle sowie des öffentlichen Gesundheitsschutzes vorsehe, seien in Verbindung mit den in anderen Mitgliedstaaten bestehenden gleichartigen Beschränkungen derart einschneidend, daß sie die Anwendung von Artikel 85 Absatz 1 ausschlössen, weil in dem Bereich, der durch die beanstandeten Vereinbarungen (aus der Zeit vor dem 1. Dezember 1975) und durch die Empfehlung vom 1. Dezember 1975 erfaßt werde, praktisch kein Wettbewerb bestehe.

Die Kommission habe zwar in der Begründungserwägung 88 der Entscheidung einräumen müssen, daß, „wenn nationale Rechtsvorschriften eventuell eine Einschränkung des Wettbewerbs bewirken, ... die Auswirkungen dazukommender privater Wettbewerbsbeschränkungen folglich um so spürbarer [sind]".

Mit dieser Begründung habe sich die Kommission jedoch in Gegensatz zur Auffassung des Gerichtshofes gestellt, der in seinem Urteil in den verbundenen Rechtssachen *Suiker Unie u. a.* folgendes ausgeführt habe:

„Hatte schon, wie bereits festgestellt, insbesondere das System der nationalen Quoten aufgrund der dadurch geförderten Tendenz zur Abschottung der nationalen Märkte zur Folge, daß den Wettbewerbsregeln nur mehr ein schmaler Anwendungsbereich verblieb, so wurde dieser Bereich seinerseits durch die Sonderregelung für den italienischen Markt grundlegend eingeengt.

Aus alledem folgt, daß die beanstandete Verhaltensweise den Wettbewerb nicht spürbar beeinträchtigen konnte und daher nicht unter das in Artikel 85 EWG-Vertrag ausgesprochene Verbot fiel." (Slg. 1975, 1663, Randnrn. 71 und 72 Entscheidungsgründe.)

Wenn die Kommission mit den Worten „abgesehen davon, daß die Tabakbranche nicht die einzige ist, die mit sehr hohen Steuern belastet wird ...", fortfahre (Begründungserwägung 88 der Entscheidung), zeige sie, daß sie die den *wesentlichen* Unterschied zwischen dem System einer spezifischen Verbrauchsteuer und einem proportionalen System, wie es *allein* auf dem Tabaksektor bestehe, nicht verstanden habe.

Denn wenn wegen des Eingreifens der Behörden und der Struktur der den Multiplikatoreffekt betreffenden Steuer der Wettbewerb im Bereich der Preise und Gewinnspannen *praktisch ausgeschlossen* sei, so sei jede Beschränkung in diesem Bereich seitens der Hersteller notwendigerweise wenig spürbar.

Anders sei es, wenn die Beschränkungen Faktoren beträfen, hinsichtlich deren noch ein Wettbewerb bestehe. Sowohl in den Antwortschriftsätzen auf die Darlegung der Beschwerdepunkte als auch während der Anhörungen sei aber gerade gezeigt worden, daß der Wettbewerb zwischen den Herstellern im Bereich der Marken, der Zusammenstellung der Zigarettenpackungen, der Werbung und der Qualität der Ware nach wie vor äußerst lebhaft sei.

Vander Elst bestreitet nicht, daß ähnliche Verhaltensweisen wie die in der Empfehlung angesprochenen in *anderen* Marktsektoren als wettbewerbsbeschränkend

angesehen werden könnten; sie macht jedoch geltend, daß gemeinschaftsrechtliche und nationale Regelungen für den Zigarettensektor in Belgien das Verhalten der belgischen Zigarettenhersteller so entscheidend beeinflußten, daß die Empfehlung, zu der es ohne jene Regelungen keinesfalls gekommen wäre, *keine spürbaren Wettbewerbsbeschränkungen* bezwecken oder bewirken könne.

Die Kommission habe dem vom Gerichtshof vor allem in seinem Urteil in den verbundenen Rechtssachen *Suiker Unie u. a.* entwickelten *Begriff der Spürbarkeit* von Wettbewerbsbeschränkungen verkannt. Sie habe nämlich die Berücksichtigung des Einflusses der staatlichen Beschränkungen auf die Empfehlung und auf das Verhalten der Zigarettenhersteller *prinzipiell* abgelehnt (Begründungserwägung 88 der Entscheidung).

Da die Kommission Art, Umfang und Wirkung der staatlichen Regelungen nicht erkannt oder nicht hinreichend berücksichtigt habe, sei die Entscheidung wegen Tatsachen- oder Rechtsirrtums nichtig. Jedenfalls sei sie in diesem wesentlichen Punkt nicht hinreichend begründet.

Vander Elst wirft der Kommission in erster Linie vor, in der Begründungserwägung 88 der Entscheidung den Begriff der Spürbarkeit verkannt zu haben. Die These des „um so spürbarer" zusammen mit den Worten *„eventuell* ... eine Einschränkung des Wettbewerbs bewirken" zeige deutlich die Rechtsauffassung der Kommission, sie brauche bei der Prüfung, ob ein privates Verhalten den Wettbewerb spürbar einschränke, dem staatlichen Einfluß auf dieses Verhalten entweder *gar nicht oder* allenfalls *in der Weise* Rechnung zu tragen, daß sie die Spürbarkeit bejahe.

Aus dem Urteil in den verbundenen Rechtssachen *Suiker Unie u. a.* ergebe sich, daß, kämen zu staatlichen Beschränkungen private hinzu, die Auswirkungen der staatlichen Regelungen auf die privaten daraufhin zu untersuchen seien, ob sie überhaupt Raum für wirksamen unverfälschten Wettbewerb beließen. Diesen Erwägungen des Gerichtshofes liege das Konzept des wirksamen Wettbewerbs („workable competition") zugrunde, das der Gerichtshof unter anderem in seinem Urteil in der Rechtssache *Metro* (Slg. 1977, 1875, Randnr. 20 der Entscheidungsgründe) entwickelt habe. Damit sei die von der Kommission gewählte These der „um so spürbareren Wirkung" nicht vereinbar.

Des weiteren stehe die Rechtsmeinung der Kommission in Widerspruch zu ihrer Entscheidungspraxis und der Rechtsprechung des Gerichtshofes über die Beurteilung von Wettbewerbsbeschränkungen innerhalb eines Konzerns (vgl. unter anderem Rechtssache 22/71, *Béguelin,* Slg. 1971, 949; Rechtssache 6/72, *Continental Can,* Slg. 1973, 215, Randnr. 15 der Entscheidungsgründe; verbundene Rechtssachen 6 und 7/73, *Commercial Solvents,* Slg. 1974, 223, Randnr. 37 der Entscheidungsgründe; Rechtssache 16/74, *Centrafarm/Winthrop,* Slg. 1974, 1183; Entscheidung der Kommission vom 30. Juni 1970, *Kodak,* ABl. L 147, S. 24). Der Einfluß des belgischen Staats entspreche dem einer Obergesellschaft innerhalb eines Konzerns.

Vander Elst tritt sodann der Behauptung der Kommission entgegen, wonach Tabakwaren nicht als einzige einer sehr hohen Steuerbelastung und einer staatlichen Preiskontrolle unterworfen seien (Begründungserwägungen 105 und 88 der Entscheidung). Damit verkenne die Kommission Art und Wirkung der staatlichen Regelungen und folglich deren speziellen Einfluß auf das Wettbewerbsverhalten der Zigarettenhersteller. Jedenfalls habe sie die Spürbarkeit insoweit

unter Verletzung von Artikel 190 des Vertrages nicht hinreichend begründet.

Nach Auffassung von Vander Elst beeinflussen diese staatlichen Regelungen das Wettbewerbsverhalten der belgischen Zigarettenhersteller auf eine Weise, daß hinsichtlich ihrer dem Handel zu gewährenden Vertriebsbedingungen kein Raum unverfälscht wirksamen Wettbewerbs bestehe.

Diese Auffassung stützt sie auf eine Übersicht über die staatlichen Einflüsse, in der sie insbesondere folgende Einflüsse anführt:

In erster Linie verweist sie auf *die wettbewerbsverzerrende Wirkung der Tabaksteuer mit hohem Multiplikator.* Denn die zum Endpreis proportionale Steuer habe zur Folge, daß sich jedes Kostenelement auf Herstellungs- und Distributionsebene auf der Ebene des KVP verfielfache. Diese Steuer unterwerfe mit anderen Worten jedes Kostenelement der Zigarette dem Effekt eines Multiplikators.

Der Wettbewerb werde auch durch die *Mindeststeuer* beschränkt. Denn überhöhter Multiplikator und Mindeststeuer (die 90 % der Gesamtsteuerbelastung der meistverkauften Preisklasse betrage) bewirkten, daß etwa 80 % der Zigaretten in Belgien in oder unter der meistverkauften Preisklasse (FB 41 je 25 Stück) lägen.

Gemäß Artikel 5 Absatz 1 erster Satz der Richtlinie 72/464 des Rates *bestimmten die Hersteller und Importeure frei für jedes ihrer Erzeugnisse den Kleinverkaufshöchstpreis.* Diese Vorschrift habe zur Folge, daß der Hersteller oder Importeur zugleich mit dem maximalen Endpreis die Handelsspanne festlegen müsse. Denn da Steuer und Fabrikabgabepreis feststünden, sei der Handel auf die Differenz beschränkt.

Das durch Artikel 58 des belgischen Mehrwertsteuergesetzes eingeführte System der verbindlichen *Endverkaufspreise* bringe es mit sich, daß der Handel seine Spanne auch nicht zum Teil an den Verbraucher abgeben könne.

Die Klägerin hebt schließlich die Auswirkung *der belgischen Preiskontrolle und deren Praxis bei Zigaretten* auf den Wettbewerb hervor.

Gemäß der ministeriellen Verordnung vom 22. Dezember 1971 über die Pflicht zur Anmeldung von Preiserhöhungen nebst Änderungen und Ergänzungen seien Hersteller und Importeure gehalten, jede Preiserhöhung auf dem belgischen Markt spätestens drei Monate vor ihrer Anwendung dem Wirtschaftsministerium — Preisbehörde — anzumelden. Der Wirtschaftsminister könne darauf mit stillschweigender Zustimmung oder mit einer Empfehlung reagieren, die eine Ablehnung oder Beschränkung der angemeldeten Erhöhung zum Inhalt habe. Eine dennoch beachsichtigte Preiserhöhung sei fünf Werktage vor der Anwendung schriftlich mitzuteilen. Entspreche sie der stillschweigenden Zustimmung beziehungsweise der Empfehlung des Ministers, sei ihre Durchführung mit Ablauf der fünf Tage genehmigt. Gehe sie über die Empfehlung des Ministers hinaus, werde ihre Durchführung um mindestens weitere zwei Monate verschoben; ein weiterer Aufschub sei nicht ausgeschlossen.

In der Tabakbranche erwarte die Verwaltung, daß der Antrag durch den Verband gestellt werde. Bei jeder Preiserhöhung müsse der Finanzminister die neue meistverkaufte Preisklasse bestimmen, daraus die Mindeststeuer (90 % der Gesamtsteuerbelastung der meistverkauften Preisklasse) sowie den Mindestanteil der spezifischen Steuer (5 % in FB der Gesamtsteuerbelastung der meistverkauften Preisklasse) ableiten und könne daraus die Erhöhung seines Steueraufkommens ermitteln. Ferner müsse er rechtzeitig neue Banderolen vorsehen.

Bei einer Preiserhöhung müsse die Steuer, und bei einer Steuererhöhung müßten die Preise neu bestimmt werden.

Bei den Preis-/Steuerverhandlungen zwischen der FEDETAB und der Regierung seien alle Kostenelemente einschließlich der verschiedenen Höchstspannen der einzelnen Handelsstufen und der Jahresabschlußvergütung entsprechend der Empfehlung *Kalkulationsgrundlage* der beiden befaßten Ministerien.

Die Kommission habe diese staatlichen Einflüsse nicht korrekt zur Kenntnis genommen.

Zu den *einzelnen Bestandteilen der Empfehlung* führt die Klägerin aus, diese hätten eine spürbare Beschränkung des Wettbewerbs weder bezweckt noch bewirkt.

Was die *Einstufung der Händler und die Höchstspannen* angehe, behaupte die Kommission, die Empfehlung stufe die belgischen Groß- und Einzelhändler entsprechend dem vor dem 1. Dezember 1975 angewandten System in mehrere Kategorien ein und setze für jede bestimmte Verdienstspannen fest; dies bewirke „dieselbe spürbare Einschränkung des Wettbewerbs zwischen den betreffenden Herstellern sowie den betreffenden Wiederverkäufern" (Begründungserwägungen 96 und 97 der Entscheidung).

Die Kommission verkenne jedoch, daß die Empfehlung im Gegensatz zu dem vor dem 1. Dezember 1975 angewandten System nur noch das horizontale Verhältnis der Hersteller untereinander betreffe, nicht mehr das vertikale zu den Händlern. Demzufolge *lasse* die Empfehlung den Wiederverkäufern gerade *die Freiheit,* „ihrerseits mit ihren den Einzelhändlern berechneten Wiederverkaufspreisen untereinander in Wettbewerb zu treten".

Soweit aus der nur mehr horizontalen Empfehlung über die Höchstspannen sich noch eine Beschränkung des Wettbewerbs der Zwischenhändler ergebe, sei sie daher nicht mehr spürbar. Dabei sei zu berücksichtigen, daß knapp 80 % der Direktabnehmer der Hersteller Zwischenhändler seien und nur etwa 20 %, bei denen es sich zu etwa 17 % um Supermärkte handele, direkt an den Verbraucher verkauften. Der Wettbewerb unter den Zwischenhändlern, den die Empfehlung somit offenlasse, sei erheblich.

Zur *behaupteten Wettbewerbsbeschränkung zwischen den betreffenden Herstellern* vertritt die Klägerin die Auffassung, die Kommission rüge zu Unrecht, die Empfehlung hindere, ebenso wie das vor dem 1. Dezember 1975 geltende System, die Berücksichtigung der Leistungen, die die Zwischenhändler individuell erbringen könnten (Begründungserwägung 97). Die Empfehlung stehe, im Gegensatz zu dem alten System mit seinem Verbot von Rabatten usw., dem Entgelt für individuelle Leistungen keineswegs mehr im Wege.

Jedenfalls hätte sich die Kommission bei der rechtlichen Würdigung der Einstufung damit auseinandersetzen müssen, daß sie selektive Vertriebssysteme als einen mit Artikel 85 Absatz 1 vereinbaren Bestandteil des Wettbewerbs betrachte (Entscheidung vom 15. Dezember 1975, SABA, ABl. L 28, S. 76). Der Gerichtshof habe sie darin bestätigt und anerkannt, daß Art und Intensität des Wettbewerbs je nach den in Betracht kommenden Waren und der wirtschaftlichen Struktur des betroffenen Marktsektors verschieden sein könnten (Urteil in der Rechtssache *Metro,* Slg. 1977, 1875, 1906).

Die Zigarettenhersteller bezweckten mit der Einstufung ihrer Direktkunden, den Vertrieb von Zigaretten auf dem traditionellen Weg über Fachgroßhandel und -einzelhandel neben der Vertriebsform über Supermärkte aufrechtzuerhalten.

Zum Kriterium der *Sortimentsbindung* führt die Klägerin aus, die Kommission halte den Wettbewerb für spürbar beschränkt, weil die Händler „gezwungen [seien], bestimmte schlecht verkäufliche Zigarettenmarken zu führen, wodurch ein Teil ihres Betriebskapitals unproduktiv festgelegt [werde]" (Begründungserwägung 97).

Die Einhaltung eines bestimmten Mindestsortiments (von 90 Marken für den Fachgroßhandel bis 50 für die Supermärkte, und zwar letztere in ihrer Gesamtheit, nicht für jede ihrer Verkaufsstellen) sei jedoch kein Zwang, sondern lediglich eines der Kriterien für die Einstufung der Händler. Außerdem könne sich jeder Händler aus einer Gesamtzahl von 220 derzeit in Belgien vermarkteten Zigarettenaufmachungen die seiner Nachfrage entsprechenden auswählen.

Es sei unerfindlich, wieso ein Mindestsortiment den Händler daran hindern solle, den Verkauf einer Marke mehr als den Verkauf anderer Marken zu forcieren, wie dies die Kommission behaupte (Begründungserwägungen 97 f.).

Die Sortimentsbindung sichere die „Ubiquität" auch der kleinen Marken. Diese seien *nicht* „schlecht verkäuflich", wie die Kommission schreibe. Hier mache sie sich die Interessen der Supermärkte zu eigen, die dahin gingen, nur die „runner" zu vertreiben. Freilich werde in anderen Branchen das Problem kleiner Marken dadurch gelöst, daß die „Spezialität" die Mehrkosten, die aus ihrem Vertrieb erwüchsen, selbst trage. Dem stehe bei Zigaretten jedoch der Multiplikatoreffekt der Steuer entgegen.

Die Klägerin nimmt sodann zur Behauptung der Kommission Stellung, durch das System der Jahresabschlußvergütungen werde eine spürbare Wettbewerbsbeschränkung bewirkt, da a) im freien Wettbewerb zählende *besondere Bemühungen* des Zwischenhändlers, zusätzliche Vorteile bei einzelnen Herstellern zu erzielen, an Bedeutung verlören, b) die *Konzentrierung* der Käufe der Händler bei einem Hersteller ihre Bedeutung verliere und c) das ganze System den *Marktzugang* für newcomer erschwere (Begründungserwägung 98).

Zu a macht die Klägerin geltend, die Empfehlung schalte die Gewährung individueller Leistungsentgelte für besondere Bemühungen nicht schlechthin, sondern lediglich in der Form der proportionalen Handelsspanne aus.

Was die Punkte b und c angehe, favorisiere die Empfehlung die Konzentrierung der Käufe eines Händlers bei bestimmten Herstellern durch die Jahresabschlußvergütung in der Tat nicht. Zigaretten seien ein zu vertriebsintensiver Artikel mit zu kleinem Preis, als daß die Konzentrierung der Händler auf bestimmte Hersteller sinnvoll wäre.

Wegen des Gebots der Vertriebsdichte sei der gesamte Vertriebsaufwand pro Marke und Hersteller in einem Lande nicht proportional zur vertriebenen Menge. Die Empfehlung etabliere ein Vertriebssystem, das dem newcomer zu Bedingungen offenstehe, die sich aus einer Mischung der Vertriebskosten der großen und der kleinen Marken ergäben und die das Mengenelement nur im Rahmen der Kriterien für die Einstufung der Händler und nur pauschaliert durch die geringe Jahresabschlußvergütung berücksichtigten. Diese Vergütung sei daher keineswegs spürbar wettbewerbsbeschränkend.

Bezüglich der *Zahlungsfristen* behaupte die Kommission (Begründungserwägungen 100 und 101), die kollektive und einheitliche Festsetzung maximaler Zahlungsfristen verhindere den Wettbewerb auf diesem Gebiet.

Dieser Vorwurf treffe für die Klägerin jedoch nicht zu. Sie habe der Kommission nämlich mit Schreiben vom 18. Dezember 1975 erklärt, daß in ihrem Unternehmen „Barzahlung immer die Regel" gewesen sei und daß sie diese Zahlungsweise „autonom, unabhängig von dieser Empfehlung, weiter praktizieren" werde.

Im übrigen vertritt die Klägerin die Auffassung, daß eine von allen Herstellern praktizierte Regel sofortiger Barzahlung den Wettbewerb nicht beschränken, sondern im Gegenteil Wettbewerbsverzerrungen und Diskriminierungen vorbeugen würde. Der Wettbewerb bei den Zahlungsfristen führe nämlich wegen des Einflusses der steuerrechtlichen Vorschriften zu Wettbewerbsverzerrungen zum Nachteil der Hersteller und des traditionellen Handels.

Der Staat mache den Zigarettenhersteller zu seinem Steuereintreiber, und zwar gleichermaßen für die Tabak- wie für die Mehrwertsteuer. Die Schuld der Händler an die Hersteller sei zu 4/5 Erstattung einer vom Hersteller beglichenen Steuerschuld. Von daher erscheine es legitim, wenn die Hersteller nach einer wettbewerbs*neutralen* Handhabung der Zahlungsfrist und nach einer Verringerung des ihnen auferlegten individuellen Risikos strebten.

Auch hinsichtlich der Zahlungsfrist bezwecke oder bewirke die Empfehlung daher keine spürbare Wettbewerbsbeschränkung.

In ihrer Klagebeantwortung erinnert die *Kommission zum Sachverhalt* zunächst daran, sie habe in der Begründungserwägung 8 der Entscheidung erklärt, daß „ungefähr 95 % aller in Belgien verkauften Zigaretten und 75 bis 80 % aller in Belgien verkauften Zigarren und Zigarillos ... von den Mitgliedern der FEDETAB hergestellt oder eingeführt" würden, während sie zuvor (Begründungserwägung 1) bereits festgestellt habe, daß fast alle belgischen und luxemburgischen Hersteller von Tabakwaren der FEDETAB angehörten. Diese Tatsachen und Zahlen seien von den Klägerinnen nicht bestritten worden.

In der Entscheidung der Kommission werde sodann angeführt (Begründungserwägungen 88 bis 93 hinsichtlich der Maßnahmen vor dem 1. Dezember 1975 und Begründungserwägungen 102 bis 107 hinsichtlich der Empfehlung), aus welchen rechtlichen Erwägungen die Kommission der Ansicht sei, daß die Wettbewerbsbeschränkungen sich spürbar auf den Wettbewerb und den Handel zwischen den Mitgliedstaaten ausgewirkt hätten.

Im Gegensatz zu dem, was insbesondere Vander Elst vorgebracht habe, fehle es somit nicht an einer Begründung in diesem Punkt.

Was die Berufung mehrerer Klägerinnen auf bestimmte Abschnitte der Entscheidungsgründe des Urteils in den verbundenen Rechtssachen *Suiker Unie u. a.* (insbesondere die Randnrn. 66, 71 und 72 der Entscheidungsgründe) angehe, sei die rechtliche Situation auf dem belgischen Tabakwarenmarkt völlig anders als die Rechtslage, die seinerzeit auf dem italienischen Zuckermarkt gegeben gewesen sei (vgl. Randnrn. 67 bis 69 des Urteils in den verbundenen Rechtssachen *Suiker Unie u. a.).*

Zur *Rechtslage* macht die Kommission geltend, im Gegensatz zu den Ausführungen von Vander Elst sei nach der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofes zur Beurteilung der Spürbarkeit einer Vereinbarung neben dem tatsächlichen Rahmen, in dem die Vereinbarung getroffen werde, insbesondere die Stellung der Beteiligten am Markt zu würdigen (Urteile in den Rechtssachen 56/65,

LTM/MBU, Slg. 1966, 281; 5/69, *Völk/Vervaecke,* Slg. 1969, 295; 1/71, *Cadillon/Höss,* Slg. 1971, 351 und 19/77, *Miller/Kommission,* Slg. 1978, 131, Randnr. 10 der Entscheidungsgründe).

Im vorliegenden Fall sei jedoch die *Marktposition der Beteiligten* (siehe Begründungserwägung 8 der Entscheidung) so bedeutend, daß das Verhalten der Unternehmen spürbare Auswirkungen haben könne.

Die Kommission bemerkt in diesem Zusammenhang, daß der Tabakwarenmarkt in Belgien in den letzten Jahren eine starke Tendenz zur Konzentration gezeigt habe; die meisten belgischen Hersteller würden heute von multinationalen Konzernen beherrscht. So repräsentierten die sieben der FEDETAB angehörenden Klägerinnen in diesen Rechtssachen faktisch nur vier große Gruppen, nämlich Rothmans, Philip Morris (Weltab), British American Tobacco (BAT), Seita (Cinta) sowie einen unabhängigen Hersteller, Gosset.

Was den *tatsächlichen Rahmen* angehe, in dem die Vereinbarung getroffen worden sei, habe die Kommission in ihrer Entscheidung nicht die Ansicht vertreten, die belgischen Vorschriften hätten keinerlei Auswirkungen auf den Wettbewerb gehabt. Sie habe diesen Vorschriften vielmehr in ihrer Beurteilung in den Begründungserwägungen 83, 88, 93, 105 und 107 Rechnung getragen. Statt dessen habe sie die Auffassung vertreten, der Umstand, daß der belgische Staat die Einhaltung des auf der Steuerbanderole angegebenen Verbrauchspreises durch den Endverkäufer zwingend vorgeschrieben habe, bewirke nicht, daß die einschlägige Privatregelung, die den belgischen Groß- und Einzelhändlern von der FEDETAB und ihren Mitgliedern in diesem Bereich auferlegt worden sei, aus dem Anwendungsbereich von Artikel 85 Absatz 1 herausfalle, da es diese Regelung doch mit sich bringe, daß die Hersteller sich hinsichtlich der zu gewährenden Vorteile keine Konkurrenz machten.

Die Kommission habe in der Entscheidung sodann ausgeführt, daß Artikel 85 Absatz 1 es verbiete, den Wettbewerb innerhalb des Gemeinsamen Marktes spürbar einzuschränken, wenn die Einschränkung geeignet sei, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, *auch wenn diese Einschränkung* durch eine innerstaatliche Rechtsvorschrift *begünstigt werde.* Im vorliegenden Fall hätten die Klägerinnen jedoch keinen Nachweis dafür erbracht, daß *die von ihnen angewandten* Beschränkungen durch irgendeine einzelstaatliche oder gemeinschaftsrechtliche Regelung begünstigt worden seien.

Wenn nationale Rechtsvorschriften eventuell eine (teilweise) Einschränkung des Wettbewerbs bewirkten, so sind die Auswirkungen *hinzukommender* privater Wettbewerbsbeschränkungen nach Ansicht der Kommission zwangsläufig um so spürbarer. Die Argumentation in diesem Satz der Begründungserwägung 88 der Entscheidung beziehe sich nicht auf die Beschränkungen, die möglicherweise durch die Regelung hervorgerufen oder von dieser gedeckt würden, sondern auf die hinzukommenden Beschränkungen. Die Darstellung, die Vander Elst von der Würdigung dieser Frage in der Entscheidung gebe, sei daher falsch.

Auch das Vorbringen von Vander Elst könne nicht akzeptiert werden, wonach die Würdigung dieser Frage in der Entscheidung „im Widerspruch zum Rechtsgedanken des Konzernprivilegs" stehe. Einer solchen Argumentation, bei der die wirtschaftliche oder steuerliche Kontrolle durch den Staat der Kontrolle einer Muttergesellschaft über ihre Tochtergesellschaft im Sinne der Definition des Gerichtshofes in seinen Urteilen in den Rechtssachen *Centrafarm* gleichgestellt werde, könne nicht gefolgt werden.

Die Maßnahmen der Klägerinnen, insbesondere die verschiedenen Maßnahmen der Empfehlung, seien Teil des von den Klägerinnen aufgebauten Vertriebssystems, das in den Artikeln 1 und 2 der Entscheidung zu Recht als ein Verstoß gegen Artikel 85 Absatz 1 angesehen werde. Daher müsse für die Gesamtheit der insbesondere mit der Empfehlung getroffenen Maßnahmen und nicht, wie einige der Klägerinnen verlangten, *einzeln* für nur eine oder einige dieser Maßnahmen geprüft werden, ob sie den Wettbewerb spürbar beeinflußt hätten.

Die *FEDETAB* bemerkt in ihrer Erwiderung, in der entscheidenden Frage der Wettbewerbsbeschränkung rede man seit Beginn des Verfahrens aneinander vorbei. Dies habe Rechtsanwalt van Gerven in seiner Stellungnahme zum Abschluß der zweiten Anhörung mit folgenden Worten deutlich gemacht: „Nach Auffassung der Kommission fällt, da der verbleibende Wettbewerb begrenzt ist, jede zusätzliche Beschränkung seitens der Hersteller um so mehr ins Gewicht. Demgegenüber vertreten die Hersteller folgenden Standpunkt: Da der Wettbewerb durch den Eingriff der Behörden bereits in hohem Maße ausgeschlossen ist, ist jede Beschränkung seitens der Hersteller zwangsläufig wenig spürbar." (Niederschrift vom 22. September 1976, Verfahren IV/29.149, S. 139). In dieser grundlegenden Frage gingen die Ansichten der Parteien noch immer auseinander.

Die Kommission glaube, diese Frage im Sinne einer Verurteilung der Vereinbarungen und der Empfehlung beantworten zu können, die sich auf eine abstrakte Auffassung des Wettbewerbsbegriffs stütze, der als theoretisches Modell des vollkommenen Wettbewerbs, ohne Rücksicht auf die Marktlage und unter Außerachtlassung des Umstands verstanden werde, daß der Vertrag auf den Schutz der „workable competition" gerichtet sei.

So führe die Kommission die Anteile am Zigarettenabsatz in Belgien an. Die Klägerin bestreite nicht diese Zahlen, sondern lediglich deren Erheblichkeit. Es gehe nämlich nicht um den Marktanteil, sondern darum, welcher Raum dem freien Wettbewerb durch die steuerrechtlichen und sonstigen Vorschriften gelassen werde.

Die Kommission beharre trotz der vom Gerichtshof im Urteil in den verbundenen Rechtssachen *Suiker Unie u. a.* vorgenommenen Auslegung, die gerade im vorliegenden Fall als Richtschnur dienen müsse, auf ihrer unrichtigen Anwendung von Artikel 85 Absatz 1. Zwar seien die Regelungen in beiden Fällen offenkundig unterschiedlich, doch gehe von den Rechtsvorschriften in beiden Fällen unzweifelhaft eine derartige Beschränkungswirkung aus, daß die Marktteilnehmer ihre Handlungsfreiheit in einem Maße eingebüßt hätten, daß die von ihnen unternommenen Schritte keine spürbare Wirkung mehr auf die *Preisentwicklung* auf diesem Markt hätten. Statt dessen habe sich auf dem belgischen Tabakwarenmarkt ein äußerst lebhafter Wettbewerb zwischen den Herstellern auf der Ebene der Ladengeschäfte, der Zusammenstellung der Zigarettenpackungen, der Werbung, der Wahl des besten Platzes in den Verkaufsauslagen und der Qualität der Ware erhalten.

Zu der von der Kommission behaupteten „Tendenz zur Konzentration" in der belgischen Tabakindustrie führt die Klägerin aus, dieser Industriezweig sei durch die Tätigkeit von124 Herstellern gekennzeichnet.

Vander Elst führt aus, die Kommission habe in ihrer Klagebeantwortung die Frage gemieden, ob *der erhöhte Multiplikator* den Wettbewerb verfälsche, weil er

das Verhältnis zwischen den Kosten der Marktteilnehmer und dem Marktpreis verzerre.

Sie macht ferner geltend, daß die *Bestimmung des KVP durch die Hersteller und Importeure*, gleichgültig, ob sie mit Artikel 5 Absatz 1 Satz 1 der Richtlinie 72/464 auf einen maximalen oder mit Artikel 5 Absatz 1 Satz 2 der Richtlinie auf einen verbindlichen KVP gerichtet sei, einen staatlichen Wettbewerbseingriff darstelle. Sie sei eher eine fiskalische Notwendigkeit als eine den Erfordernissen freien Wettbewerbs und freier Preisbildung entsprechende Regelung.

Die *Mindeststeuer* sei ebenfalls ein Eingriff in den Wettbewerb, der die steuerlich ergiebigeren — teureren — Preisklassen vor dem Multiplikatoreffekt bei den steuerlich weniger ergiebigen — billigeren — Preisklassen schütze.

Die Klägerin setzt sich sodann mit der von ihr als „Unterbanderolierung" bezeichneten Praxis auseinander, für die sich die Kommission als eine dem Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft entsprechende Alternative zu der durch die Empfehlung geschaffenen Lage ausspreche. Diese Praxis bringe es mit sich, daß der KVP nicht nur um den Betrag gesenkt würde, auf den der Handel (der Hersteller) gegenüber dem üblichen Preis verzichten wolle, sondern zusätzlich noch um die Steuerinzidenz dieses Betrags (beziehungsweise bei Verzicht des Herstellers auch noch um die Inzidenz auf die Handelsspanne). Nun sei aber klar, daß sich das der belgische Staat wie auch die anderen Mitgliedstaaten keineswegs gefallen lassen würden, denn ihnen entgingen daduch erhebliche Steuereinnahmen. Nationales Recht und EG-Richtlinien gäben ihnen darin recht.

Denn Besteuerungsgrundlage sei nirgends der Banderolenpreis. Nach belgischem Recht sei es der KVP, der die *üblichen* Kosten einschließe (Artikel 7 der Tabakverordnung von 1948), und nach Artikel 4 Absatz 1 der Richtlinie 72/464 sogar der Kleinverkaufs*höchst*preis. Es könne wohl kaum bezweifelt werden, daß es mit einer Besteuerung nach dem *Höchst*preis nichts mehr zu tun habe, wenn ein Hersteller für ein und dasselbe seiner Erzeugnisse durch beliebig unterschiedliche Banderolen beliebig viele „Höchstpreise" festlegen könne. Dies wäre keine Besteuerung nach dem *Höchst*preis mehr, sondern nach dem effektiven *Verbrauchspreis.* Dies wolle die Richtlinie keineswegs. Vielmehr solle Artikel 5 Absatz 1 der Richtlinie die Besteuerung eines einzigen Höchstpreises gemäß Artikel 4 Absatz 1 *sichern.* Wenn nämlich *nur* der Fiskalschuldner selbst „für jedes seiner Erzeugnisse den Kleinverkaufs*höchst*preis bestimmt", so sichere dies die *Unizität* des Höchstpreises pro Erzeugnis eines Steuerschuldners.

Nach dem von der Gemeinschaft eingeführten Höchstpreissystem wäre daher Folge des Versuchs einer Unterbanderolierung, daß der Staat die Differenz zu der auf den Höchstpreis geschuldeten Steuer beim Steuerschuldner, dem Hersteller, holen dürfte. Dies habe zur Folge, daß entweder der Hersteller auf einen höheren als den Verbraucherpreis oder der Verbraucher zu einem höheren als dem gesetzlichen Satz besteuert werde. Soweit, wie in Belgien, der Hersteller mit dem Kauf der Banderole auch die Mehrwertsteuer entrichten müsse, stehe die Regelung zudem mit dem Mehrwertsteuerrecht der Gemeinschaft in Widerspruch, das nur den effektiven Verbraucherpreis zu besteuern erlaube.

Die Kommission verkenne vor allem den Einfluß, den die fiskalischen Regelungen auf den Wettbewerb ausübten. Er sei derart, daß hinsichtlich der Distributionsbedingungen der Hersteller und Händler gerade keine „normalen", son-

dern dem Vertrag zuwiderlaufende verfälschte Wettbewerbsbedingungen herrschten, und daß deshalb die Empfehlung für sich genommen keine spürbare Wirkung entfalte.

Die Klägerin nimmt eine auf Zahlenangaben gestützte Analyse des Einflusses der steuerrechtlichen Vorschriften auf den Wettbewerb vor. Auf der Grundlage dieser Analyse faßt sie die wettbewerbsverzerrenden und -beschränkenden Wirkungen der steuerrechtlichen Regelungen insgesamt wie folgt zusammen:

Der *Multiplikator,* für sich genommen,

— verfielfache zugunsten des Staats jedes Kostenelement der Hersteller und der Händler auf der Ebene des Endverkaufspreises,

— ziehe den Fächer des Kleinverkaufspreises sehr viel breiter auseinander, als dies den Wettbewerbsanstrengungen der Hersteller und Händler entspreche,

— führe zu Preisunterschieden bei den Vertriebsformen, die völlig außer Verhältnis zu den Unterschieden in den Vertriebsleistungen stünden,

— begünstige die bereits kapital- und wettbewerbsstarken Vertriebsformen, die wenig Service erbrächten, und benachteilige den traditionellen, wettbewerbs- und kapitalschwächeren Handel, der viel Service erbringe,

— führe das Prinzip des Leistungswettbewerbs zugunsten des Staats ad absurdum,

— treibe die Vertriebskosten pro Einheit für kleine Marken auf prohibitive Höhe.

Die Mindeststeuer

— beschränke rasch unterhalb der meistverkauften Preisklasse den möglichen Fächer der Kleinverkaufspreise, indem sie den Multiplikatoreffekt „nach unten" ausschalte.

Die Höchstpreisbesteuerung beziehungsweise das Verbot der Unterbanderolierung

— hindere Hersteller, Importeure und Handel daran, unterschiedliche Kleinverkaufspreise pro Erzeugnis anzuwenden.

Der Festpreis und der Multiplikator

— beeinträchtigten die individuelle Gestaltung des Leistungsentgelts an den Handel sowie unterschiedliche Kleinverkaufspreise des Handels.

Die Preiskontrolle

— veranlasse Hersteller, Handel und Staat, bei jeder Preisänderung über den Anteil eines jeden am Endpreis zu verhandeln.

— verhindere individuelles Leistungsentgelt und individuelle Preisgestaltung oberhalb einer relativ niedrig angesetzten Grenze.

Die Regelungen zusammen

— verliehen dem Markt ein außergewöhnliches Maß an Transparenz.

Nach Auffassung der Klägerin stehen die steuerrechtlichen Regelungen, das heißt das auf den EG-Richtlinien beruhende Steuersystem für Zigaretten, wie es in Belgien gelte, wegen dieser Wirkungen im Widerspruch zu Vertrags- und Rechtsgrundsätzen. Insbesondere seien zu nennen:

— das Prinzip gleicher Besteuerung gleicher Erzeugnisse,

— das Gebot eines unverfälschten Wettbewerbs,

— das Gebot der Möglichkeit von Parallelimporten,

— das Gebot des Leistungswettbewerbs und

— das Selbständigkeitspostulat des Artikels 85.

Auch die vom Gemeinschaftsrecht vorgesehene Steuerbemessung nach einem fiktiven Höchstpreis (statt, wie derzeit, nach einem Festpreis) stehe im Widerspruch zu Vertrags- oder Rechtsgrundsätzen, nämlich dem der gleichen Besteuerung gleicher Erzeugnisse und dem der Bezahlung einer Verbrauchssteuer durch den Verbraucher und nicht durch den Hersteller.

Die Klägerin vertritt die auch von Jubilé vorgetragene Ansicht, die steuerrechtlichen Regelungen *bedingten Maßnahmen*, die der Verzerrung der Kostenunterschiede für die Distribution auf der Ebene des KVP steuerten. *Eine solche Maßnahme sei die Empfehlung.*

Darüber hinaus habe sie keine spürbaren wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen, weil sie

— nicht verbindlich sei;

— die Zustimmung des Handels habe (mit Ausnahme von Unternehmen von der Art der GB);

— insgesamt nicht die Wirkung von Kartellen habe, die Artikel 85 Absatz 1 verbiete, nämlich solcher, „die den Beteiligten ermöglichen, überhöhte Gewinne zu machen" (Urteil des Gerichtshofes in den verbundenen Rechtssachen *Suiker Unie u. a.*, Slg. 1975, 1663, Randnr. 70 der Entscheidungsgründe), sondern vielmehr die Möglichkeit bewirke, dem Verbraucher keine überhöhten Preise aufzuerlegen.

Die rechtliche Würdigung der Frage der Spürbarkeit durch die Kommission sei auch deshalb verfehlt, weil sie auf der These beruhe, wenn staatliche Regelungen eventuell eine Einschränkung bewirkten, so seien hinzukommende private Wettbewerbsbeschränkungen *folglich um so spürbarer.*

Zum einen stimme diese These mit dem Konzept des wirksamen Wettbewerbs nicht überein, wonach es für die Anwendung der Wettbewerbsvorschriften darauf ankomme, ob überhaupt wirksamer, und das heiße auch *unverfälschter* Wettbewerb herrsche.

Zum anderen sei die Anwendung der These verfehlt, wenn die steuerrechtlichen Regelungen den Wettbewerb einzig und allein zum *Zweck staatlicher Gewinnmaximierung* verfälschten.

Die *Kommission* nimmt in ihrer Gegenerwiderung zur Frage der tatsächlichen Auswirkung der von den Klägerinnen angeführten einzelstaatlichen und gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften auf den Wettbewerb Bezug auf ihr Vorbringen in der Klagebeantwortung und fügt, auf die Erwiderungen eingehend, folgende allgemeine Bemerkungen hinzu:

1. Die belgische steuerrechtliche Regelung und der Multiplikatoreffekt

Die Kommission weist darauf hin, daß die Klägerinnen in ihren Erwiderungen die Behauptung, der Multipliktoreffekt „fixiere" die wirtschaftlichen Elemente des KVP auf einer bestimmten Höhe und unterbinde ihre Schwankungen, nicht aufrechterhalten hätten. Die Kommission nehme auch zur Kenntnis, daß die Klägerinnen nicht mehr bestritten, daß das umstrittene Steuersystem die Hersteller oder Importeure nicht daran hindere, bei der Wahl des KVP für ihre Erzeugnisse in Wettbewerb miteinander zu treten.

Unter Bezugnahme auf die Erklärungen von Jubilé (enthalten in deren Klageschrift) und von BAT (enthalten in deren Erwiderung) führt die Kommission aus, diese Klägerinnen hätten eingeräumt, daß die Großhändler dadurch miteinander in Wettbewerb treten könnten, daß sie unterschiedlich hohe Handelsspannen akzeptierten. Die Kommission weist fer-

ner darauf hin, daß die Klägerinnen ihre Behauptung nicht aufrechterhalten hätten, der Wettbewerb sei in anderen Bereichen als denen der Preise und der Handelsspannen beschränkt.

Zu *Artikel 58 des belgischen Mehrwertsteuergesetzes* trägt die Kommission vor, sie habe die belgische Regierung im Rahmen von Artikel 169 aufgefordert, sich hierzu zu äußern. Die Kommission halte diese Bestimmung nämlich für einen Verstoß gegen die Artikel 30 bis 36 des Vertrages.

Die Hersteller oder Importeure müßten zwar die Handelsspanne berücksichtigen, wenn sie den KVP im voraus festlegten, doch schließe die Notwendigkeit, den KVP im voraus festzulegen, die Tatsache nicht aus, daß die den Händlern gewährten Spannen individuell schwanken könnten und der Hersteller oder Importeur sie nur global zu berücksichtigen brauche.

Zur *belgischen Steuerpolitik* führt die Kommission aus, der belgische Staat habe zwar Erhöhungen der Steuerlasten in Form der Anhebung des Satzes der Steuerbelastung vorgenommen, doch ergebe sich daraus nicht, daß diese Erhöhungen dazu geführt hätten, Schwankungen der wirtschaftlichen Elemente des KVP, die durch diese Steuern belastet würden, unmöglich zu machen. Der Nachweis, daß der belgische Staat auch bei Erhöhung der Steuerlast dem Wettbewerb weitgehend freien Raum lasse, werde dadurch erbracht, daß er den Unternehmen eine ganze Palette von Steuerbanderolen für verschiedene Kleinverkaufspreise zur Verfügung stelle (Anlage 13 zur Gegenerwiderung), so daß diese Unternehmen die Schwankungen der wirtschaftlichen Elemente des KVP, zu denen ihre Wettbewerbsanstrengungen führen könnten, in der Wahl des KVP zum Ausdruck bringen könnten.

Die Kommission gelangt zu der *Schlußfolgerung,* daß die Klägerinnen nicht bewiesen hätten, inwiefern die belgische steuerrechtliche Regelung die Abstimmung *zwischen Herstellern* über die den Händlern einzuräumenden Vorteile erforderlich mache. Ebensowenig hätten die Klägerinnen bewiesen, daß diese Regelung der Abstimmung, *die sie* hinsichtlich dieser Vorteile *vornähmen,* jede spürbare Wirkung nehme.

2. Die Harmonisierung des Steuerrechts in der Gemeinschaft

Die auf den Artikeln 99 und 100 des Vertrages beruhenden Richtlinien 72/464 und 77/805 verfolgten das Ziel, die Wettbewerbsbeschränkungen, die sich aus der unterschiedlichen Steuergesetzgebung in diesem Bereich ergeben könnten, zu beseitigen, soweit die Errichtung und das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes dies erforderten. In diesen Richtlinien sei jedoch nicht festgestellt worden, daß diese Unterschiede geeignet seien oder geeignet gewesen seien, jeden Wettbewerb beziehungsweise den Wettbewerb auszuschließen, in den die verschiedenen auf dem belgischen Markt tätigen Hersteller/Importeure miteinander hinsichtlich der den Händlern zu gewährenden Vorteile treten könnten.

Was die Bestimmungen dieser Richtlinien angehe, die den Mitgliedstaaten die Erhebung einer Mindestverbrauchsteuer gestatteten, welche nicht höher sei als 90 % des Gesamtbetrags der proportionalen und der spezifischen Verbrauchsteuer, die auf Zigaretten der meistgefragten Preisklasse erhoben werde, bleibe die Kommission dabei, daß diese Bestimmungen den Wettbewerb nicht ausschlössen. Denn unter den den verschiedenen Kleinverkaufspreisen entsprechenden Steuerbanderolen werde immer eine gewisse Anzahl von Banderolen für Kleinverkaufspreise sein, die unter dem

Preis der Zigaretten der meistgefragten Preisklasse lägen (in Belgien der sogenannten „Popularklasse").

Jedenfalls könnten diese Bestimmungen nicht als Begründung für die Ansicht herangezogen werden, daß die von den Klägerinnen vorgenommene Abstimmung hinsichtlich der den Händlern zu gewährenden Vorteile keine spürbaren Auswirkungen hätte haben können.

3. Die Anmeldungspflicht für Preiserhöhungen in Belgien

Die Kommission widerspricht insbesondere der Behauptung der FEDETAB, die Kommission habe die wirtschaftliche Realität verkannt, die darin liege, daß die Wirtschaftsteilnehmer über Verdienstspannen verfügten, die zu niedrig seien, um ihnen eine andere Preispolitik zu ermöglichen.

Obwohl die FEDETAB behaupte, der Kommission hierfür Belege vorgelegt zu haben, bleibe die Kommission bei der Auffassung, daß die FEDETAB niemals nachgewiesen habe, daß es ihren Mitgliedern nicht möglich sei, ihre Erzeugnisse zu Preisen zu verkaufen, die unter den dem Wirtschaftsminister gemeldeten Kleinverkaufspreisen lägen, beziehungsweise nur über dafür zu geringe Verdienstspannen verfügten.

Der Umstand, daß es eine Tabelle für die Steuerbanderolen gebe, die einer ganzen Skala verschiedener Kleinverkaufspreise entspreche, lasse vielmehr darauf schließen, daß auch die belgischen Behörden vom Gegenteil überzeugt seien, da sie die Schwankung der Kleinverkaufspreise innerhalb der Spannweite dieses Fächers von Banderolen, die verschiedenen Kleinverkaufspreisen entsprächen, ermöglichten.

4. Bemerkungen zur Gesamtheit der Regelungen (insbesondere der steuerlichen Regelungen)

Die Kommission widerspricht der von *Vander Elst* und *Jubilé* gezogenen Schlußfolgerung, daß die Bestimmungen der Empfehlung durch das Bestehen dieser Steuerregelungen notwendig geworden seien und daß diese Bestimmungen außerdem eine Begrenzung der aus diesen Regelungen resultierenden Wettbewerbsverzerrungen bewirkt hätten.

Diese Behauptung könne nicht hingenommen werden. Das Bestehen einer Wettbewerbsverzerrung könne es keinesfalls rechtfertigen, daß die Marktteilnehmer durch Maßnahmen privater Art eine zusätzliche Wettbewerbsbeschränkung bewirkten. Der Wortlaut von Artikel 85 Absatz 1 besage eindeutig, daß diese Bestimmung in allen Situationen gelte, in denen der Wettbewerb durch die Abstimmungen der Marktteilnehmer verfälscht oder spürbar beeinträchtigt werde, und nicht nur in einer Situation, für die nachgewiesen werde, daß der Wettbewerb durch die Rechtsvorschriften und insbesondere die steuerrechtlichen Regelungen der Mitgliedstaaten in keiner Weise beeinträchtigt oder verfälscht werde.

Eine auf diese Regelungen zurückzuführende Beschränkung könne also niemals eine *zusätzliche* Beschränkung durch die Unternehmen rechtfertigen. Dies gehe übrigens auch daraus hervor, daß der Gerichtshof in der Randnummer 34 der Entscheidungsgründe des Urteils in der Rechtssache *INNO/ATAB* festgestellt habe, daß Artikel 86 die mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung durch ein oder mehrere Unternehmen verbiete, *auch wenn ein solcher Mißbrauch durch eine innerstaatliche Gesetzesbestimmung begünstigt werde.* Wie aus der Begründungserwägung 83 der Entscheidung hervorgehe, sei die Kommission der Meinung, daß dies auch für Artikel 85 gelte.

Die Kommission vervollständigt ihr Vorbringen zum *Sachverhalt* in der Gegenerwiderung durch die Vorlage einer Reihe von *Zahlenangaben über den belgischen Tabakwarenmarkt.*

Zur *Rechtslage* führt die Kommission aus, der Gerichtshof habe wiederholt erklärt (unter anderem in seinem Urteil in der Rechtssache *Metro),* daß der Wettbewerb, den Artikel 3 Buchstabe f des Vertrages schützen wolle, der wirksame Wettbewerb („workable competition") sei. Die Kommission bleibe dabei, daß sie dieses Erfordernis in ihrer Entscheidung richtig berücksichtigt habe.

Die von den Beschwerdeführerinnen GB sowie M und H unternommenen Schritte bewiesen allein schon, daß ein wirksamer Wettbewerb in diesem Sektor noch möglich sei. Wäre es erwiesen, daß die Regelungen bereits die Möglichkeiten eines wirksamen Wettbewerbs ausgeschaltet hätten — was die Kommission bestreite —, so sei es nicht einzusehen, aus welchen Gründen die Klägerinnen so beharrlich an ihrer Abstimmung festhielten und die unter die Empfehlung fallenden Bereiche unbedingt durch Maßnahmen privater Art regeln wollten.

Dagegen sei es leicht zu verstehen, daß die Klägerinnen, die sicher gewesen seien, daß es innerhalb der kleinen Gruppe der der FEDETAB angehörenden Hersteller nicht zu einem Konkurrenzkampf um ihren Hersteller- beziehungsweise Importeuranteil kommen werde, den bei dem anderen wirtschaftlichen Element des KVP (den Handelsspannen) möglichen Wettbewerb hätten „einfrieren" wollen. Dies sei selbstverständlich nicht nach dem Geschmack der Händler (wie GB oder M und H), die ohne Frage aktiver seien als zahlreiche Groß- und Einzelhändler.

Hier lägen die Möglichkeiten für einen wirksamen Wettbewerb, und gerade hier hätten die Klägerinnen diese Möglichkeiten durch ihre Abstimmung so weitgehend ausgeschaltet, daß der Sekretär der FEDETAB in der Anhörung vom 22. Oktober 1975 habe erklären können, er habe „diesen Industriezweig verwaltet" (Anlage 2 zur Klagebeantwortung, S. 48).

Dreizehnte Rüge: Verletzung der Artikel 85 Absatz 1 und 190 EWG-Vertrag, da die Kommission in ihrer Entscheidung zu Unrecht zu dem Ergebnis gelangt sei, daß die verschiedenen vor Inkrafttreten der Empfehlung getroffenen Maßnahmen sowie die Empfehlung selbst einen mittelbaren oder unmittelbaren, tatsächlichen oder potentiellen Einfluß auf die Handelsströme zwischen den Mitgliedstaaten ausüben könnten oder diesen Handel spürbar beeinträchtigt hätten

Diese Rüge wird als gesonderte Rüge von den Klägerinnen *HvL, BAT, Jubilé* und *Vander Elst* erhoben.

Einige Klägerinnen, unter anderem die *FEDETAB,* machen darüber hinaus in ihren Ausführungen zur zwölften Rüge geltend, die Kommission sei auf die Argumente der Klägerinnen zur Spürbarkeit des Einflusses auf den Handelsverkehr nicht in angemessener Weise eingegangen.

Die Klägerin *BAT* führt unter anderem aus, die Beschränkungen des Handels zwischen Mitgliedstaaten seien das Ergebnis der geltenden Rechtsvorschriften und nicht der von der FEDETAB und ihren Mitgliedern unternommenen Schritte (vgl. Urteil in der Rechtssache *INNO/ATAB* und die Schlußanträge von Generalanwalt Reischl, der zu dem Ergebnis gelangt sei, daß die einzelnen Elemente des belgischen Steuersystems so geartet gewesen seien, daß Artikel 58 des Mehrwertsteuergesetzes den Handel zwischen Mitgliedstaaten nicht habe behindern können).

Dies gelte um so mehr für die Vereinbarungen, Verhaltensweisen oder Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen, die den Gegenstand der Klage bildeten.

Zudem sei wegen der Probleme, die das für Tabakwaren geltende Steuersystem für den Handel zwischen Mitgliedstaaten aufwerfe, die Parelleleinfuhr dieser Erzeugnisse tatsächlich ausgeschlossen.

Die von der FEDETAB ergriffenen oder empfohlenen Maßnahmen hätten ausschließlich zum Ziel gehabt, angesichts einer ständig zunehmenden Steuerbelastung das Überleben zu ermöglichen und das Existenzminimum zu sichern, das zum Überleben dieser Industriezweige erforderlich sei. Es seien also nicht diese Maßnahmen gewesen, die den Handel zwischen Mitgliedstaaten spürbar beeinflußt hätten. In der Entscheidung der Kommission vom 20. Juli 1978 liege somit eine die Klägerin schädigende Fehlbeurteilung; die Entscheidung müsse daher aufgehoben werden.

Jubilé tritt unter anderem der Feststellung der Kommission entgegen, die Empfehlung beeinträchtige, zum Beispiel für große Vertriebsunternehmen, die Möglichkeit, parallele Importsysteme aufzubauen (Begründungserwägung 107 der Entscheidung). Da die Empfehlung ohnehin nur das Verhältnis der belgischen Hersteller zu ihren direkten Abnehmern (auf der Groß- beziehungsweise Einzelhandelsebene) betreffe, lasse sie solch ein paralleles Importsystem auf der Einzelhandelsebene völlig unberührt.

Unrichtig sei auch, daß die Empfehlung in Form der Jahresabschlußvergütung eine verfälschte Wettbewerbslage und daraus resultierend ein zusätzliches Hindernis schaffe, das den *Marktzugang* für newcomer erschwere. Der Zwang zur sogenannten Ubiquität der Marke bringe es mit sich, daß der newcomer aus Kostengründen in der Regel davon Abstand nehme, ein eigenes Importsystem aufzubauen. Die Jahresabschlußvergütung mit Außenseiterklausel stelle einen *kostensparenden Anreiz* zur Mitbenutzung der etablierten Absatzorganisationen dar.

Nach Ansicht von *Vander Elst* ist die Begründung der Entscheidung (Begründungserwägungen 106, 107) in mehrfacher Hinsicht unzureichend; dies betreffe insbesondere die Frage, ob die auf das Gebiet Belgiens beschränkte Empfehlung den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtige. Zu untersuchen sei „der gesamtwirtschaftliche Zusammenhang, in dem [sie] sich betätigt" (Urteil in der Rechtssache *Papiers Peints,* Slg. 1975, 1491, Randnr. 27 der Entscheidungsgründe), und zwar unter Einbeziehung der sich aus dem Steuersystem ergebenden Handelshemmnisse (vgl. Urteil in der Rechtssache *INNO/ATAB*). Die Kommission habe diese Hemmnisse nicht in gehöriger Weise zur Kenntnis genommen.

Die Kommission habe nicht überzeugend dargetan, daß die Empfehlung geeignet sei, den Import zu behindern (eine Wirkung auf den Export sei nicht behauptet worden). Dieser Nachweis sei jedoch unabdingbar (vgl. Urteil in der Rechtssache 19/77, *Miller,* Slg. 1978, 131, Randnr. 15 der Entscheidungsgründe).

Aus der besonderen Technik bei Berechnung und Erhebung der Zigarettensteuer ergebe sich beim derzeitigen Stand der Harmonisierung des Gemeinschaftsrechts ein prinzipielles Handelshemmnis. Der Gerichtshof habe deshalb festgestellt, daß zur Zeit Einfuhr und Ausfuhr von Tabakerzeugnissen wegen der Notwendigkeit, den Anforderungen der Steuerkontrollen gerecht zu werden, unvermeidlichen Behinderungen ausgesetzt seien und daß zwischenstaatlicher Handel erhebliche Mittel und Fachkenntnisse erfordere (Urteil in der Rechtssache *INNO/ATAB,* Randnrn. 15 und 16 der Entscheidungsgründe).

Abgesehen von dem Fall (den wohl auch die Kommission nicht im Auge habe), daß sich ein ausländischer Hersteller ein eigenes neues Vertriebsnetz *neben* dem etablierten aufbaue, komme nur in Betracht, daß sich einer der belgischen Fachgroßhändler oder -einzelhändler beziehungsweise Supermärkte zum Importeur konstituiere. Soweit ein Großhändler, Einzelhändler oder Supermarkt auch eigene Importe absetze, sei er — im Rahmen des vom Staat abgesteckten Spielraums — genauso frei wie ohne die Empfehlung.

Die Kommission habe schließlich festgestellt, die Tatsache, daß die FEDETAB-Mitglieder als Hersteller Einfuhren vornähmen, beeinträchtige den Handel zwischen Mitgliedstaaten. Auf dem Zigarettensektor habe jedoch die Steuer zur Folge, Ein- und Ausfuhren auf der Handelsebene zu erschweren und Ein- und Ausfuhren auf der Herstellerebene dadurch künstlich zum natürlichen Handelsstrom zu machen.

Die *Kommission* weist in ihrer Klagebeantwortung darauf hin, daß die Klägerinnen den in der Entscheidung dargelegten Sachverhalt und die darin enthaltenen Zahlenangaben über die belgischen Tabakwareneinfuhren (Begründungserwägungen 8 ff. der Entscheidung) nicht bestritten hätten. Die insbesondere in den Begründungserwägungen 91 bis 93 sowie 106 bis 107 enthaltene Beurteilung der den Handelsverkehr betreffenden Fragen stütze und beziehe sich auf diesen Sachverhalt. Die Entscheidung enthalte zu diesem Punkt ferner eine klare und erschöpfende Begründung der Kommission.

Zur *Rechtslage* führt die Kommission aus, sie halte sie nicht für verpflichtet, die Zurückweisung aller vorgebrachten Argumente zu begründen, wenn ihre Entscheidung ordnungsgemäß begründet sei.

Die Entscheidung der Kommission habe die Ausführungen des Gerichtshofes in Randnummer 15 der Entscheidungsgründe des Urteils in der Rechtssache *INNO/ATAB* übernommen (Begründungserwägungen 16 bis 18 sowie 93 und 106 der Entscheidung). Die Kommission habe mithin nicht in Abrede gestellt, daß die Groß- oder die Einzelhändler wegen der geltenden Steuervorschriften bei Paralleleinfuhren vor praktischen Schwierigkeiten stünden.

Der hier in Rede stehende Einfluß auf den Handel liege somit nicht auf der Ebene der unmittelbaren Einfuhren durch die Händler (die durch die steuerrechtlichen Regelungen erschwert oder sogar unmöglich gemacht würden), sondern auf der Ebene der Handelsströme, die von den Herstellern/Importeuren geschaffen worden seien, welche diese Schwierigkeiten leicht überwinden könnten.

Es liege auf der Hand, daß die Absatzbedingungen, denen die von ihnen in Belgien verkauften Waren unterlägen (einschließlich der Waren, die sie zuvor aus anderen Mitgliedstaaten eingeführt hätten) geeignet seien, sich auf diese Handelsströme und insbesondere auf das Volumen der von den Herstellern/Importeuren eingeführten Waren mittelbar auszuwirken.

Der Anteil der aus anderen Mitgliedstaaten nach Belgien eingeführten Tabakwaren sei jedoch keineswegs unerheblich, und die Unternehmen der Klägerinnen seien so groß, daß ihr Verhalten den Handel grundsätzlich zu beeinträchtigen vermöge, wie dies im Urteil in der Rechtssache *Miller* gefordert werde.

Jubilé bestreitet in ihrer Erwiderung unter anderem, daß die Maßnahmen der Empfehlung geeignet seien, sich mittelbar auf das Volumen der von den Herstellern getätigten Zigaretteneinfuhren auszuwirken. Selbst wenn dies zutreffe, stelle sich die Frage, ob diese mittelbare oder potentielle Auswirkung geeignet sei, die Freiheit des Handels zwischen Mit-

gliedstaaten zu „beeinträchtigen", und zwar „in einer Weise ..., die der Verwirklichung der Ziele eines einheitlichen zwischenstaatlichen Marktes nachteilig sein kann" (Urteil des Gerichtshofes in den verbundenen Rechtssachen 56 und 58/64, *Consten und Grundig/Kommission*, Slg. 1966, 321, 389). Nach Meinung der Klägerin sind unter den gegebenen Verhältnissen die Maßnahmen der Empfehlung *nicht* geeignet, den einzig möglichen Importhandel auf der Herstellerebene *in abträglicher Weise* zu verändern, das heißt den Handel zu beeinträchtigen.

Vander Elst macht unter anderem geltend, der Handel zwischen Mitgliedstaaten sei nicht bereits wegen der Marktstellung der Hersteller beeinträchtigt, denn schon als *Steuerfolge* ergebe sich wegen der Unterschiede in der Besteuerung von Tabakwaren in den Mitgliedstaaten, daß die Empfehlung einen *rein nationalen Sachverhalt regele.*

Die Empfehlung habe *als solche* auch keinen über die Steuerhemmnisse hinausgehenden nachteiligen Einfluß auf die Verwirklichung des Ziels eines einheitlichen Markts für Zigaretten. Sie sei selbst Steuerfolge.

Letztere These wird auch von der *FEDETAB* vertreten, die einräumt, daß die Klägerinnen praktisch die einzigen Zigarettenimporteure in Belgien seien. Denn diese Zigaretten würden ganz überwiegend von großen Unternehmen hergestellt, die oft denselben multinationalen Konzernen angehörten wie die Klägerinnen. Es sei daher folgerichtig, daß die Einfuhren über die Kanäle der angegliederten Unternehmen abgewickelt würden; dies sei bei der großen Mehrheit der betreffenden Erzeugnisse der Fall.

Die in Belgien bestehenden Bedingungen für die Vermarktung über den Fachhandel, den HORECA-Sektor oder die großen Vertriebsunternehmen kämen *nach* der Einfuhr zum Tragen hätten aufgrund der erforderlichen Steuerbanderole keinerlei Einfluß auf den normalen zwischenstaatlichen Handel.

Daher sei davon auszugehen, daß es keine oder jedenfalls keinen spürbaren Einfluß auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten gebe.

Die *Kommission* führt in ihrer Gegenerwiderung unter anderem aus, das Vorgehen der Klägerinnen, die mehr als 95 % der gesamten Zigarettenproduktion und -einfuhr in Belgien kontrollierten, sei zwangsläufig geeignet, den Handel mit diesen Waren zwischen Belgien und den übrigen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen (ganz abgesehen vom Handel mit dem Großherzogtum Luxemburg, der aufgrund des mit Belgien gemeinsamen Steuersystems völlig liberalisiert sei).

Unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des Gerichtshofes, unter anderem auf das Urteil in der Rechtssache *Völk/Vervaecke* (Slg. 1969, 295, Randnr. 5 der Entscheidungsgründe) tritt die Kommission der Ansicht der FEDETAB entgegen, wonach die in Belgien bestehenden Vermarktungsbedingungen *nach* der Einfuhr zum Tragen kämen und daher aufgrund der erforderlichen Steuerbanderole keinerlei Einfluß auf den normalen zwischenstaatlichen Handel hätten.

Nach Ansicht der Kommission sind die Absatzbedingungen, denen die von den Klägerinnen in Belgien verkauften Waren unterlägen (einschließlich der Waren, die sie zuvor aus anderen Mitgliedstaaten eingeführt hätten) offensichtlich geeignet, sich auf die Handelsströme und insbesondere auf das Volumen der von den Herstellern/Importeuren getätigten Wareneinfuhren mittelbar auszuwirken.

Es liege auf der Hand, daß die Abstimmung der Klägerinnen über die ihren Vertriebshändlern einzuräumenden finanziellen Vorteile Absatzbedingungen bewirke, die sich nicht aus einem freien Wettbewerb ergäben und für diese Zwischenhändler ein bestimmtes Verdienstniveau zur Folge hätten, das nicht nur

von den anderen Unternehmen, die diese Waren nach Belgien einführten, berücksichtigt werden müsse (nämlich bei der Festsetzung ihrer Preise für die Abgabe der Importware an die Händler), sondern außerdem bewirke, daß Einfuhren der Klägerinnen ermöglicht beziehungsweise verhindert würden, die diese hätten beziehungsweise nicht hätten durchführen können, wenn sie sich nicht über die den Händlern einzuräumenden finanziellen Vorteile abgestimmt hätten. Die FEDETAB übersehe hierbei das Urteil des Gerichtshofes in der Rechtssache *Miller* (Slg. 1978, 131, Randnr. 15 der Entscheidungsgründe), in dem es heiße:

„Artikel 85 Absatz 1 des Vertrages fordert für das Verbot der Vereinbarungen, die den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und einer Einschränkung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken, nicht den Nachweis, daß derartige Vereinbarungen diesen Handel tatsächlich spürbar beeinträchtigt haben — ein Nachweis, der in den meisten Fällen ohnehin nur schwer in rechtlich hinreichender Form geführt werden könnte —, er verlangt vielmehr den Nachweis, daß diese Vereinbarungen geeignet sind, eine derartige Wirkung zu entfalten."

Nach Ansicht der Kommission ist dies in ihrer Entscheidung auf jeden Fall klar festgestellt worden.

E — Zusammenfassung bestimmter Ausführungen der Streithelferinnen zu den Artikel 85 Absatz 1 betreffenden Rügen; Stellungnahmen der Hauptparteien

1. Die *Streithelferin ATAB* führt aus, sie unterstütze die von den Klägerinnen erhobenen Rügen, nach denen insbesondere die Empfehlung vom Anwendungsbereich des Artikels 85 Absatz 1 ausgenommen werden müsse, und vor allem jene Rügen, mit denen beanstandet werde, daß es die Kommission unter Außerachtlassung der Rechtsprechung des Gerichtshofes und, wie es scheine, entgegen ihrer eigenen Entscheidungspraxis unberücksichtigt lasse, daß es ein selektives Vertriebssystem erlaube, den *Absatz* eines Erzeugnisses zu *erleichtern* sowie die *Kontinuität der Belieferung zu gewährleisten,* und daß ein solches System für die *kleinen und mittleren Unternehmen* oftmals das *einzige Mittel* sei, *sich dem Wettbewerb auf dem Markt zu stellen.* Im vorliegenden Fall sei dargelegt worden, in welchem Maße letztere auf die Fachgroßhändler angewiesen seien, die bei der Belieferung der Einzelhändler mit den entsprechenden Betriebskosten verbundene Leistungen erbrächten, die von den nichtspezialisierten Großhändlern nicht erbracht würden.

In ihrer Stellungnahme zum Schriftsatz der ATAB führt die *Kommission* unter anderem aus, das von den Klägerinnen angewandte System entspreche nicht dem, was gemeinhin als „kollektives Vertriebssystem" bezeichnet werde. Im übrigen betreffe das Vorbringen hinsichtlich der Vorteile dieses Systems eine Frage der Beurteilung der Empfehlung nach Artikel 85 Absatz 3.

2. Was den *Sachverhalt* angeht, hebt die *AGROTAB* die Wirtschaftskraft der großen Verbrauchermärkte und Lebensmittelhandelsketten hervor. Diese Unternehmen erhielten sowohl die Gewinnspanne des Großhandels als auch die des Einzelhandels, da sie en gros einkauften und als Einzelhändler weiterverkauften, so daß ihre Gesamtverkaufsspanne weitaus höher sei als die der Einzelhändler, die ihrerseits wiederum weit über derjenigen der Großhändler liege. Die Fachgroßhändler hielten jedoch ein ausgedehntes Dienstleistungsangebot für die Kundschaft bereit (Belieferung von 80 000 Verkaufsstellen, Lagerung eines ausgedehnten Sortiments, regelmäßige Kundenbesuche), während sich die großen Verbrauchermärkte darauf beschränkten,

in ihren eigenen Geschäftslokalen ein sehr begrenztes Warensortiment zu verkaufen.

Bei Anwendung der Empfehlung beliefen sich die Verkaufsspannen auf

— 9,27 % für die Warenhäuser;

— 8,36 % für die Lebensmittelhandelsketten;

— 7,50 % für die anerkannten Einzelhändler;

— 6,50 % für die Einzelhandelsgeschäfte;

— 2,50 % für die Großhändler.

Wenn man sich nicht mehr an der Empfehlung ausrichten könnte, würden die Fachgroßhändler (deren Nettogewinnspanne 0,65 % betrage) nur noch eine verschwindend kleine Verkaufsspanne erzielen und damit in den Konkurs getrieben.

Das von der Kommission unausgesprochen verlangte neue Verkaufssystem werde zwar zum Verschwinden der Großhändler führen, die den Vertrieb zu 80 % organisierten, doch würden die großen Verbrauchermärkte diesen Markt zum Nachteil der Verbraucher nicht in seiner Gesamtheit übernehmen.

Zur *Rechtslage* weist die AGROTAB unter anderem darauf hin, daß die den Großhändlern eingeräumte normale Verkaufsspanne geringer sei als die Verkaufsspanne, die der belgische Wirtschaftsminister im Rahmen des Gesetzes vom 30. Juli 1971 betreffend die Wirtschaft und die Preise zulasse. Der Unterschied zwischen der Verkaufsspanne, die den Großhändlern bei den einzelnen Einkäufen jeweils eingeräumt werde, und der zugelassenen Verkaufsspanne entspreche genau der Jahresabschlußvergütung.

Die Kommission gehe in der Begründungserwägung der Entscheidung davon aus, daß dieses System den Wettbewerb zwischen Herstellern einschränke und eine verstärkte Wettbewerbsanstrengung der Zwischenhändler sinnlos mache. Die Vergütung entspreche jedoch der Verkaufsspanne, die der Zwischenhändler im Rahmen der preisrechtlichen Vorschriften beanspruchen könne. Der Umstand, daß die Vergütung von Zwischenhändlern beantragt und von den Herstellern gewährt werde, habe daher nichts mit den zwischen Herstellern einerseits und Zwischenhändlern andererseits bestehenden Wettbewerbsmöglichkeiten zu tun.

Die *Kommission* macht unter anderem geltend, der Umstand, daß die belgischen Hersteller gemäß den belgischen Rechtsvorschriften über die Anmeldung von Preiserhöhungen, die Jahresabschlußvergütungen beim Wirtschaftsministerium anzumelden hätten, sei nicht geeignet, die Anwendung von Artikel 85 Absatz 1 des Vertrages auf die Abstimmung entfallen zu lassen, welche die Hersteller hinsichtlich des Umfangs dieser den Händlern eingeräumten Vergünstigung vornähmen. Es spiele keine Rolle, daß die tatsächlich gewährten Vergütungen den Vergütungen entsprochen hätten, die den belgischen Behörden gemeldet worden seien.

3. Die Streithelferin *Fédération Nationale des Négociants en Journaux, Publications, Librairie et Articles connexes (nachstehend: FNJ)* macht sich das Vorbringen der Klägerinnen zu den Artikel 85 Absatz 1 betreffenden Rügen zu eigen.

4. Die Streithelferinnen *Mestdagh und Huyghebaert (M und H)* sowie *FBCA* beanstanden unter anderem die Kriterien, die in der Empfehlung niedergelegt seien, um die Einstufung der Groß- und Einzelhändler in Kategorien zu rechtfertigen.

Das *jährliche Absatzvolumen* werde willkürlich manipuliert, um bestimmte Händler wie M und H auszuschließen, wäh-

rend zugunsten anderer unter dem Deckmantel von „Übergangsmaßnahmen" unmittelbar Ausnahmen gemacht würden.

Das Kriterium der *Anzahl der ausgelieferten Marken* habe nichts mit der beruflichen Qualifikation des Wiederverkäufers zu tun und müsse daher unberücksichtigt bleiben.

Die Wiederverkäufer mit hohem Jahresabsatz müßten ohnehin bereits wegen der Nachfrage und aus ganz natürlichen Gründen ebenfalls eine große Anzahl verschiedener Marken anbieten, die dem unterschiedlichen Geschmack der Kundschaft entsprächen. Je größer die umgesetzten Mengen seien, desto weiter sei gerade wegen der unterschiedlichen Zusammensetzung der Kundschaft die Palette der Marken. So habe zum Beispiel die Firma Mestdagh festgestellt, daß sie ohne jede dahin gehende Verpflichtung bereits 89 Marken in ihren Geschäften anbiete.

Als unzulässig erscheine es jedoch, sich dieses angeblichen Kriteriums als eines Mittels zum Ausschluß dieses oder jenes Unternehmens zu bedienen, dem bei höherem Jahresabsatz eine Zulage bei der Spanne verweigert werde, weil es nicht 90 Marken anbiete. In Belgien entfalle ein Marktanteil von 71 % auf nur 17 Marken. Mit 30 Marken decke man bereits nahezu den gesamten Markt ab.

Bezüglich der *Anzahl der belieferten Verkaufsstellen* führen M und H sowie die FBCA Klage darüber, daß im Wettbewerb miteinander stehende Hersteller sich abstimmten und gemeinsam die Anzahl der Verkaufsstellen festlegten, nach der sich dann die Gewährung eines bestimmten Vorteils jeweils richte.

Jedenfalls werde die Empfehlung willkürlich angewandt.

5. Die Streithelferin *GB* führt aus, sie wisse aus eigener Anschauung, daß die verschiedenen Beschlüsse und Absprachen, an denen sich die Klägerinnen beteiligt hätten, keineswegs ohne Folgen geblieben und nicht angewandt, wie die Klägerinnen glauben machen wollten, sondern strikt eingehalten worden seien. GB verweist hierzu auf die in ihrer Beschwerde vom 2. April 1974 vorgetragenen Tatsachen, die sich auf Beweise stützten und aus denen eindeutig hervorgehe, daß die in der Entscheidung beanstandeten Maßnahmen keineswegs nur auf dem Papier gestanden hätten. So habe die FEDETAB nicht gezögert, sich des Mittels des Boykotts zu bedienen, um die Durchführung ihrer Entscheidungen sicherzustellen.

GB widerspricht sodann der *These, wonach die Ursache für die Wettbewerbsbeschränkungen nicht in den beanstandeten Maßnahmen zu suchen sei.* Sie führt zunächst aus, zwar schreibe *Artikel 58 des belgischen Mehrwertsteuergesetzes* als KVP den auf der Steuerbanderole angegebenen Preis vor, der vom Hersteller oder vom Importeur festgelegt werde, doch sei dies die einzige Auswirkung dieser Vorschrift auf die Preise. Sie schränke die Freiheit zur Festsetzung der Spannen der verschiedenen Zwischenhändler in keiner Weise ein und erlaube es den Herstellern und Importeuren, auf der Ebene der Kleinverkaufspreise in Wettbewerb miteinander zu treten, da sie bestimmten, welchen Preis sie auf die Banderole setzen ließen.

Was die *tatsächliche Auswirkung der Proportionalsteuer* auf den Wettbewerb angeht, räumt GB ein, daß die Einführung einer Proportionalsteuer dazu führe, daß der KVP einschließlich Steuern sich, in absoluten Zahlen ausgedrückt, um einen Betrag verändere, der die Veränderung auf der Ebene des Verkaufspreises vor Steuern übersteige. Relativ gesehen

bleibe jedoch die Veränderung dieser Steuerbelastung der Veränderung des Nettopreises vor Steuern streng proportional (und sei nicht, wie die Kommission in ihrer Klagebeantwortung zu Unrecht ausführe, „überproportional"). Daraus ergebe sich, daß entgegen den Behauptungen der Klägerinnen die spezifische Steuer als wettbewerbswidrig angesehen werden könne, während die proportionale Steuer es im Gegenteil den Unternehmen erlaube, alle Vorteile ihrer Wettbewerbsstellung auszuschöpfen, und die Verbraucher in die Lage versetze, dies in vollem Umfang zu nutzen, indem sie sie in den Genuß einer Senkung des Verkaufspreises einschließlich Steuern kommen lasse, die den vom Hersteller bei seinem Verkaufspreis vor Steuern gebrachten Opfern genau proportional sei.

GB macht ferner geltend, Ziel der Richtlinie 72/464 des Rates sei nicht die Abschaffung der proportionalen Verbrauchssteuer; vielmehr sehe die Richtlinie der *Kombination* einer proportionalen mit einer spezifischen Verbrauchssteuer vor.

Zu den *belgischen Rechtsvorschriften über die Anmeldung von Preiserhöhungen* führt GB aus, die von den Klägerinnen angeführte „Verwaltungswirklichkeit" dieses Systems betreffe nicht nur die Erzeugnisse der Tabakindustrie. Denn dieses System gelte „für alle Erzeugnisse, Grundstoffe, Eßwaren und Handelswaren sowie für alle Dienstleistungen" (Artikel 1 Absatz 1 der ministeriellen Verordnung vom 22. Dezember 1971 über die Pflicht zur Anmeldung von Preiserhöhungen). Entgegen dem Vorbringen der Klägerinnen führe dieses System nicht zu einer Beseitigung des Preiswettbewerbs, da die Preise unterhalb des angemeldeten Preises frei schwanken könnten. Es sei auch nicht ersichtlich, wie dieses System die Freiheit der Hersteller und des Handels bei der Festsetzung der Handelsspannen einschränken könne. Denn das Ausmaß dieser Spannen sei offenkundig ohne Belang für den Minister, den allein die Höhe des Endverbraucherpreises interessiere und nicht die individuellen Unterschiede bei der Aufteilung dieses Verkaufspreises zwischen Herstellern, Großhändlern und Einzelhändlern.

Zu dem *Argument, der Handel zwischen Mitgliedstaaten werde durch die beanstandeten Wettbewerbsbeschränkungen nicht beeinträchtigt,* macht GB in erster Linie geltend, allein der Umstand, daß die Firma *HvL,* der bedeutendste luxemburgische Hersteller und nach Belgien ausführende Exporteur, zu den Beteiligten an den beanstandeten Absprachen gehöre, mache bereits deutlich, daß die beanstandeten Vereinbarungen, Beschlüsse und Empfehlungen sich auf den innergemeinschaftlichen Handel ausgewirkt hätten und weiter auswirkten.

GB legt sodann dar, in welchem Maße die Tabakwareneinfuhren ihrer Ansicht nach von den Mitgliedern der FEDETAB kontrolliert werden.

Zunächst kämen, wie die FEDETAB im übrigen in ihrer Erwiderung zugegeben habe, die Klägerinnen „praktisch immer" in den Genuß von Exklusivkonzessionen, die in den meisten Fällen von großen Unternehmen erteilt würden, welche häufig denselben multinationalen Konzernen angehörten wie die Klägerinnen selbst.

Des weiteren machten die in den Steuersystemen der Mitgliedstaaten vorgesehenen Verpflichtungen Einfuhren durch andere Importeuere als die Mitglieder der FEDETAB letztlich praktisch unmöglich. Denn im Fall der Ausfuhr von Erzeugnissen, die in einem Mitgliedstaat auf den Markt gebracht worden seien, sei es nicht möglich, sich die bereits gezahlten Verbrauchsteuern erstatten zu lassen. Angesichts der beträchtlichen

Auswirkung der Steuerbelastung auf den Verkaufspreis verliere die Paralleleinfuhr aufgrund dieser fehlenden Erstattungsmöglichkeit jeden Reiz. Zudem lasse es die belgische Zoll- und Verbrauchsteuerverwaltung nicht zu, daß ein und dasselbe Erzeugnis zu unterschiedlichen Banderolenpreisen angeboten werde (Anlage 5). Selbst wenn ein Importeur einen ausländischen Hersteller finde, der bereit sei, ihn zu beliefern, sei er unter diesen Umständen gezwungen, die ihm von diesem gelieferten Zigaretten zum selben Preis anzubieten wie der „offizielle" belgische Importeur. In der Praxis hätten sich die Versuche von GB, Zigaretten direkt einzuführen, als völlig vergeblich herausgestellt, da sich die ausländischen Hersteller hinter ihren mit belgischen Unternehmen abgeschlossenen Exklusivverträgen verschanzt oder sich ganz einfach geweigert hätten, auf die Angebote von GB einzugehen (Anlage 6).

Die praktische Unmöglichkeit von Paralleleinfuhren mache die Wirkung der sich aus den beanstandeten Vereinbarungen und Verhaltensweisen ergebenden Wettbewerbsbeschränkungen im innergemeinschaftlichen Handel nur noch spürbarer. Diese Situation erlaube es den Klägerinnen nämlich, ihre Kontrolle über die Einfuhren besser abzusichern, und so zu verhindern, daß die eingeführten Erzeugnisse den von ihnen geschaffenen Wettbebewerbsbeschränungen entgingen.

Da nahezu die Gesamtheit der in Belgien verkauften Zigaretten einschließlich der Mehrheit der eingeführten Zigaretten, auf diese Weise den von der FEDETAB und ihren Mitgliedern errichteten Wettbewerbsbeschränkungen unterlägen, wirkten sich diese Beschränkungen zwangsläufig auf den innergemeinschaftlichen Handel aus.

Es könne daher, entgegen dem Vorbringen von Jubilé, keine Rede davon sein, daß die Kommission in ihrer Entscheidung nicht den Nachweis erbracht habe, daß der Handel zwischen Mitgliedstaaten durch die in der Empfehlung enthaltenen Klauseln über die Zahlungsfristen beeinträchtigt werde.

In ihren Erklärungen zum Schriftsatz von GB bemerkt die *FEDETAB* zum *Sachverhalt* unter anderem, das durch die Richtlinie 72/464 geschaffene gemeinschaftsrechtliche Besteuerungssystem verlange eine einzelstaatliche Regelung wie die in Belgien geltende, wie sich aus einem Schreiben des Finanzministers an die FEDETAB vom 25. Juni 1979 ergebe (Anlage 1 zu den Erklärungen der FEDETAB). Nach der belgischen Regelung sei die „Unterbanderolierung" verboten. Würden die Hersteller die von ihnen verfolgte Politik aufgeben, so käme es im Gegensatz sofort zu einer Erhöhung der Verbrauchsteuer.

Es sei eine Tatsache, daß die Regierung in Belgien, wo nicht nur die Besteuerung, sondern auch die Handelsspannen wertabhängig nach dem Endpreis berechnet würden, in die Festsetzung der Handelsspannen eingreife, wie auch immer sich GB hierzu äußere; dies gehe aus den Schreiben des Wirtschaftsministers vom 15. April 1975 und 12. Februar 1976 hervor, die die FEDETAB ihren Erklärungen beifügt (Anlagen 3 und 4).

Zur *Rechtslage* führt die FEDETAB bezüglich der Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten als der dritten Voraussetzung für die Anwendung von Artikel 85 Absatz 1 das Urteil des Gerichtshofes vom 31. Mai 1979 in der Rechtssache 22/78 *Hugin/Kommission,* Slg. 1979, 1869) an. Wie der Gerichtshof dort unter anderem ausgeführt habe, „fallen Verhaltensweisen, deren Auswirkungen sich auf das Gebiet eines einzigen Mitgliedstaats beschränken, unter den Geltungsbereich der nationalen Rechtsordnung" (Randnr. 17 der Entscheidungsgründe).

In der Rechtssache *Hugin* habe der Gerichtshof geprüft, ob davon ausgegangen werden könne, daß Hugin-Ersatzteile zwischen den Mitgliedstaaten gehandelt würden, wenn der Markt vollkommen frei und keinen restriktiven Praktiken unterworfen wäre, wie sie Hugin im vorliegenden Fall angewandt habe (Randnr. 22 der Entscheidungsgründe). Diese Frage könne für den vorliegenden Fall wie folgt umgeformt werden:

„Könnte die SA GB-INNO-BM Zigaretten nach Belgien einführen und zu einem unter dem von den Herstellern festgesetzten Preis verkaufen, wenn der Markt vollkommen frei und keinen restriktiven Praktiken unterworfen wäre, wie sie der FEDETAB und ihren Mitgliedern, insbesondere im Hinblick auf die Empfehlung vom 1. Dezember 1975, vorgeworfen werden?"

Tatsächlich gehe es um folgende Frage: Könnte GB handeln wie sie wollte, wenn es weder eine Klassifizierung der Zwischenhändler noch Bestimmungen über die Jahresabschlußvergütung oder über die Zahlungsfristen gäbe?

GB selbst habe diese Frage jedoch mit folgenden Worten *verneint:* „In Anbetracht der erheblichen Auswirkung der Steuerbelastung auf den Verkaufspreis wird die Paralleleinfuhr dadurch [daß es unmöglich ist, die bereits gezahlte Verbrauchsteuer erstattet zu erhalten] völlig uninteressant". Besser könne man es nicht sagen.

Daher habe auch im vorliegenden Fall die Schlußfolgerung zu gelten, die der Gerichtshof in der Rechtssache *Hugin* gezogen habe (Randnr. 25 der Entscheidungsgründe):

„Demnach ist unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen und technischen Besonderheiten des untersuchten Sektors nicht davon auszugehen, daß das Verhalten von Hugin zu Verschiebungen des Warenverkehrs geführt hat".

Vander Elst macht in ihrer Stellungnahme zum Schriftsatz der Streithelferin GB unter anderem geltend, *hinsichtlich des angeblich verbliebenen Wettbewerbsraums für die Anwendung der Artikel 85 ff.* gehe GB, wie die Kommission, von einem bei weitem größeren Wettbewerbsraum aus, als er in Wahrheit bestehe.

Bei richtiger Berücksichtigung sämtlicher staatlicher Regelungen verbleibe als Raum, in dem Wettbewerb theoretisch möglich sei, allenfalls die Möglichkeit, die Handelsspanne im Verhältnis zum „Rest des Herstellers" (wie der Herstelleranteil in Belgien genannt werde) zu verändern. Die Kommission sei nicht in der Lage gewesen, den verbleibenden Wettbewerbsraum richtig von dem abzugrenzen, der durch die fiskalischen Regelungen bereits versperrt sei. Schon deshalb sei die Anwendung von Artikel 85 Absatz 1 fehlerhaft.

Zur Frage der *Verfälschung des Wettbewerbs* führt die Klägerin eine Reihe von mit Zahlenangaben versehenen Beispielen an, um den wettbewerbsverfälschenden Effekt eines erhöhten Multiplikators zu verdeutlichen. Gestützt auf diese Beispiele vertritt sie die Auffassung, der Effekt eines hohen Multiplikators laufe drei „Postulaten" zuwider, die man als Grundlage der Wettbewerbsregeln des Vertrages ansehen könne:

„— daß ‚nach dem Geist des Vertrages die Preise für Waren und Dienstleistungen normalerweise von den Gesetzen des Marktes ohne jede staatliche Intervention bestimmt werden' (Kommission der EG: Die Wirkung nationaler Preisregelungen, Reihe Wettbewerb Nr. 9/1970);

— daß ‚jeder Unternehmer selbständig zu bestimmen hat, welche Politik er auf dem Gemeinsamen Markt zu betreiben gedenkt' (Urteil des Ge-

richtshofes in den verbundenen Rechtssachen *Suiker Unie u. a.*, Randnr. 173 der Entscheidungsgründe);

— daß zwischen dem wirtschaftlichen Wert einer Leistung und ihrem Preis kein ‚übertriebenes Mißverhältnis' bestehen darf (Artikel 86 Buchstabe a des Vertrages und Urteil in der Rechtssache *United Brands*, Slg. 1978, 207, Randnrn. 248 ff. der Entscheidungsgründe".

Die Wirkungen der fiskalischen Regelungen auf den Wettbewerb und auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten seien derart beschränkend, daß die *Empfehlung als solche* neben ihnen *keine spürbare Wirkung entfalte.*

Sie bezwecke und bewirke, der von der proportionalen Steuer ausgehenden Wettbewerbsverfälschung auf der Distributionsebene zu steuern. Gemeinsam mit fiskalischen Regelungen wie Festpreis und Verbot der Unterbanderolierung halte sie einen funktionierenden Zigarettenvertrieb mittels einer hinreichenden Vertriebsdichte für ein vielflätiges Angebot mit möglichst wenigen und entsprechend rationellen Liefervorgängen aufrecht. Der Restwettbewerb könne einen in diesem Sinne funktionierenden Vertrieb nicht gewährleisten.

Zur Anwendbarkeit von Artikel 85 Absatz 1 auf die Empfehlung führt die Klägerin aus, die *Kommission könne Artikel 85 Absatz 1 beim gegenwärtigen Stand der Harmonisierung der Verbrauchsteuern auf Tabakwaren nicht auf die Empfehlung anwenden.*

Denn im vorliegenden Fall bestehe die Besonderheit, daß die Gemeinschaft die staatlichen Regelungen *durch Richtlinien gestattet* habe. Auch im Fiskalbereich dürfe der Gemeinschaftsgesetzgeber die Vertragsziele des unverfälschten Wettbewerbs, des freien Warenverkehrs und der nichtdiskriminierenden Besteuerung nicht stärker einschränken, als dies zur Erfüllung des Fiskalziels erforderlich sei. Das gemeinschaftliche Tabaksteuerrecht *erlaube* jedoch den Mitgliedstaaten Regelungen, die diese Vertragsziele *stärker als zur Erreichung des Fiskalziels erforderlich* einengten.

F — *Vierzehnte Rüge:* Verletzung der Artikel 3 und 190 EWG-Vertrag sowie des Anspruchs auf rechtliches Gehör, da die Kommission eine Freistellung für die Empfehlung verweigert habe, auf die vorgebrachten Rügen nicht eingegangen sei und Fehler bei der Tatsachenfeststellung begangen habe

Diese Rüge wird ganz oder teilweise von *allen Klägerinnen* erhoben.

Die *FEDETAB* führt zu der *Einstufung der Groß- und Einzelhändler in Kategorien und der Festsetzung von Höchstspannen* aus, Ziel der von ihr empfohlenen Organisierung des Vertriebs sei es gewesen, den Fortbestand eines Fachhandels für Tabakwaren zu sichern.

Zu diesem Zweck habe sie ein System zur Einstufung der Zwischenhändler in Kategorien nach objektiven Kriterien geschaffen und habe ihren Mitgliedern empfohlen, Höchstspannen zu gewähren, die den von jeder Kategorie erbrachten Dienstleistungen entsprächen. Im Rahmen dieser Empfehlung würden den Fachhändlern — insbesondere den Fachgroßhändlern (B 2 der Tabelle Zigaretten), die das Rückgrat des Systems bildeten — Gewinnspannen eingeräumt, die etwas höher seien als die den nichtspezialisierten Händlern gewährten.

Denn die Fachgroßhändler erbrächten für den Verbraucher und für die Tabakindustrie im allgemeinen beträchtliche Dienstleistungen. Aufgrund der großen Palette von Marken, deren Vertrieb sie

sicherstellten, ermöglichten die Fachgroßhändler den Absatz der Erzeugnisse der gesamten Industrie. Ihr Vorhandensein befreie die Hersteller von der Notwendigkeit, ein eigenes Vertriebsnetz einzurichten. Sie ermöglichten somit eine optimale Verteilung der Vertriebskosten auf die einzelnen Hersteller und trügen dadurch zur Verbesserung der allgemeinen Vertriebsbedingungen auf dem betreffenden Markt bei. Gäbe es sie nicht, würden die Erzeugnisse zahlreicher kleiner und mittlerer Hersteller keine Absatzmöglichkeit mehr finden.

Die Fachgroßhändler seien auch im Hinblick auf eine weitere Funktion unersetzlich, da sie als einzige die Kundschaft in den entlegensten Gebieten des Landes besuchten. Ihre Tätigkeit sei also unverzichtbar, damit zahlreiche kundennahe Verkaufsstellen angemessen beliefert werden könnten.

Die etwas höhere Vergütung, welche den Fachgroßhändlern gewährt werde, finde ihre Rechtfertigung in den von ihnen erbrachten bedeutenderen Dienstleistungen und den höheren Kosten, die sie aus diesem Grund zu tragen hätten.

Auf der Ebene des Einzelhandels sei die Lage vergleichbar: Die Empfehlung sehe vor, daß den Facheinzelhändlern (A 2 der Tabelle) höhere Vergütungen als den nichtspezialisierten Einzelhändlern eingeräumt würden. Die Facheinzelhändler hielten nämlich für das Publikum eine größere Palette von Erzeugnissen bereit.

Andere Händler, wie zum Beispiel die Lebensmittelgroßhändler (B der Tabelle), könnten derartige Dienstleistungen nicht erbringen, denn sie seien nur an einer beschränkten Anzahl von Marken interessiert, und nur ein begrenzter Prozentsatz ihres Umsatzes entfalle auf Tabakerzeugnisse.

Infolgedessen würde sich das Verschwinden der Fachgroß- und -einzelhändler — das unvermeidlich wäre, räumte man ihnen aus den vorstehend dargelegten Gründen nicht eine geringe Prämie ein — in einer Verschlechterung der der Kundschaft gebotenen Einkaufsmöglichkeiten niederschlagen.

Die Aufrechterhaltung eines Fachhandels sei für den Verbraucher vorteilhaft. Die Kommission habe diese These jedoch kategorisch und ohne Begründung verworfen (Begründungserwägung 118 der Entscheidung); damit habe sie gegen Artikel 190 des Vertrages verstoßen und Artikel 85 Absatz 3 unrichtig angewandt.

Die Verbesserung der Warenverteilung, die sich aus den von der Klägerin getroffenen Maßnahmen zur Organisierung des Marktes ergebe, komme dem Verbraucher unmittelbar zugute. Die zweite Voraussetzung für die Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 sei damit erfüllt.

Die Vermehrung der Verkaufsstellen und das Bereithalten eines ausgedehnten Zigarettenangebots in jeder dieser Verkaufsstellen verschaffe dem Verbraucher einen unmittelbaren und unbestreitbaren Vorteil.

Die angegriffene Entscheidung gehe nicht ausdrücklich auf diese Erwägungen ein, obwohl die FEDETAB sie in der Begründung der Anmeldung vorgetragen habe.

Die Empfehlung enthalte keine Beschränkung, die nicht zur Erreichung der von der FEDETAB verfolgten legitimen Zielsetzungen erforderlich sei. Sie sei ausschließlich darauf gerichtet, die Aufrechterhaltung eines Fachhandels für Tabakwaren sicherzustellen. Sie bewirke auch keine Ausschaltung des Wettbewerbs für einen wesentlichen Teil der betreffenden Erzeugnisse.

Die Beseitigung der Fachgroß- und -einzelhändler würde nach Ansicht der FEDETAB durch die Konzentrierung des Handels auf die bekanntesten und

besteingeführten Marken zu einer Verringerung der Zahl der angebotenen Marken und damit der dem Verbraucher gebotenen Auswahl führen. Sie würde auch schwerwiegende soziale Konsequenzen haben. Der Gerichtshof habe in seinem Urteil in der Rechtssache *Metro* betont, daß Überlegungen sozialer Art — insbesondere das Bestreben, Arbeitsplätze unter den Bedingungen einer ungünstigen Wirtschaftskonjunktur zu erhalten — im Rahmen von Artikel 85 Absatz 3 Berücksichtigung finden könnten.

Hinsichtlich der *Zahlungsfristen* bemerkt die FEDETAB unter anderem, es sei bereits dargetan worden, daß jeder Anstieg der Kapitalkosten, der sich aus einer Verlängerung der Zahlungsfristen ergebe, auf die Verbraucherpreise durchschlage.

Somit werde ein gesunder Vertrieb gewährleistet, wenn man vernünftige Zahlungsfristen für Waren vorsehe, die dazu bestimmt seien, sehr rasch und gegen Barzahlung an die Verbraucher verkauft zu werden, und in deren Preis ein bedeutender Steueranteil enthalten sei, den der Hersteller selbst mit allen hierin liegenden Risiken an die Steuerverwaltung abzuführen habe. Daher sei die von der Kommission aufgestellte Behauptung offenkundig irrig, daß der Verbraucher keinen Vorteil aus der Begrenzung der Zahlungsfristen ziehe (Begründungserwägung 131 der Entscheidung).

Zur *Jahresabschlußvergütung* führt die FEDETAB aus, die für die Unanwendbarkeit von Artikel 85 Absatz 1 vorgetragenen Argumente hätten hilfsweise ebenfalls Geltung, um die Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 zu rechtfertigen.

Nach Ansicht von *HvL* betrifft der Rechtsstreit ausschließlich die Gewinnspanne der nichtspezialisierten Großhändler (große Verbrauchermärkte und Lebensmittelgroßhändler) und nicht die Frage der angemessenen Beteiligung der Verbraucher am Gewinn.

Die mit den Maßnahmen der FEDETAB angestrebte Organisierung des Marktes trage zur Verbesserung der Warenerzeugung und -verteilung bei. Sie verhindere, daß es zwischen den Herstellern zu einem Konkurrenzkampf komme, der nur den finanziell widerstandsfähigsten Unternehmen zugute kommen würde, ohne jedoch für die Verbraucher von Nutzen zu sein, und der die Allmacht der großen Verbrauchermärkte durch die mittelfristige Ausschaltung des *Fachhandels* fördern würde.

Indem sie versuche, die finanziellen Wettbewerbsbedingungen zwischen den Herstellern zu kanalisieren, strebe die Empfehlung eine Regulierung des Konkurrenzkampfes an, und zwar mit dem Ziel einer Senkung des Selbstkostenpreises des Herstellers aufgrund des technischen Fortschritts sowie in Richtung auf Faktoren der Absatzförderung, wie etwa die Werbung.

Die Begrenzung der Handlungsfreiheit der Unternehmen im finanziellen Bereich (Gewinnspanne, Zahlungsfrist und Jahresabschlußvergütung) sei daher unverzichtbar, um das Ziel der Verbesserung der Warenerzeugung und -verteilung zu erreichen.

Zur Frage der *Verbesserung der Warenverteilung* führt *Vander Elst* unter anderem aus, die Zahl der Verkaufsstellen pro Einwohner in Belgien liege, verglichen mit der Zahl der Einzelhändler in den übrigen Mitgliedstaaten, ungefähr *in der Mitte.*

Entgegen der von der Kommission in der Begründungserwägung 123 der Entscheidung vertretenen Auffassung sei die Empfehlung keineswegs ein Versuch, „künstlich" Unternehmen auf dem Markt zu halten, die normalerweise durch den Wettbewerb ausgeschaltet

werden müßten. Wegen der Notwendigkeit ubiquitären Vertriebs habe vielmehr jeder Hersteller und Importeur (wie auch der Verbraucher) ein Interesse an einem Vertriebsnetz, das im ganzen Land funktioniere, das sich gegen die wachsende Konkurrenz der Supermärkte behaupte und das sich nicht nur auf die Verteilung der gängigsten Zigarettenmarken beschränke, sondern auch den von einem kleineren Kundenstamm gefragten Erzeugnissen eine Vermarktungs- und Entwicklungschance einräume. Daher spielten die Fachgroßhändler für den Zigarettenvertrieb jene „unentbehrliche Rolle", die die Kommission in der Begründungserwägung 124 ihrer Entscheidung offenbar den Supermärkten beimesse.

Die Klägerin wiederholt, daß die Jahresabschlußvergütung eine den Wettbewerb, vor allem auch den Wettbewerb von newcomern, *begünstigende* Wirkung habe. Sie verweist desgleichen auf ihre Erläuterung der Notwendigkeit kurzer Zahlungsfristen.

Zur Frage der sich aus der Empfehlung ergebenden *angemessenen Beteiligung des Verbrauchers am entstehenden Gewinn* trägt die Klägerin unter anderem vor, die Ablehnung der Freistellung durch die Kommission gebe keinen erkennbaren Hinweis darauf, weshalb und wodurch der Verbraucher am angemessenen Gewinn nicht beteiligt werde. In diesem Zusammenhang kritisiert sie vor allem die Begründungserwägungen 119 bis 132 der Entscheidung.

Die Kommission habe unter anderem nicht der Tatsache Rechnung getragen, daß die Verringerung des Warenangebots und die Verringerung der Verkaufsstellen keinen geringeren Endverkaufspreis zur Folge hätte, sondern, wie das Beispiel der „points de revente" in Frankreich zeige, zu einer Verteuerung der Ware (dort bis zu 20 %) führe.

Bezüglich der *Verbesserung der Warenerzeugung* weist die Klägerin auf die sozialen und volkswirtschaftlichen Folgen hin, die eintreten würden, folge man dem Gedankengang der Kommission: Beeinträchtigung der Rentabilität der kleinen Betriebe (kleine Lebensmittel-, Schreibwaren-, Zeitungsgeschäfte usw.); weitgehende Ausschaltung des Großhandels (was die Kommission, siehe Begründungserwägung 124 der Entscheidung, anzustreben scheine). Auf die Voraussetzung der *mangelnden Ausschaltung des Wettbewerbs* eingehend, widerspricht die Klägerin der von der Kommission in der Begründungserwägung 133 ihrer Entscheidung getroffenen Feststellung, wonach „die Vereinbarungen wegen des Marktanteils der Mitglieder der FEDETAB den beteiligten Unternehmen die Möglichkeit [eröffnen], für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten". Nach Ansicht der Klägerin bezieht sich die Empfehlung nämlich nur auf einen sehr kleinen Ausschnitt aus den Wettbewerbsparametern der Anbieter, läßt auch insoweit individuelles Wettbewerbsverhalten zu und wirkt den wettbewerbsverzerrenden staatlichen Einflüssen auf dem Tabakmarkt entgegen.

Die *Kommission* führt in ihrer Klagebeantwortung aus, es fehle an den nötigen Voraussetzungen, um die Bestimmungen von Artikel 85 Absatz 1 für nicht anwendbar auf die Empfehlung erklären zu können.

Zunächst trage das System der Empfehlung nicht zur *Verbesserung der Verteilung* der betreffenden Erzeugnisse bei.

Denn die Aufhebung des eingeführten *Kollektiv*systems führe nicht unvermeidlich dazu, daß es keine oder nur noch wenige Fachgroß- und -einzelhändler geben werde. Die Kommission habe diesen Zweifel in der Begründungserwägung 122 der Entscheidung geäußert.

Wenn die von den Fachhändlern angebotenen Leistungen, insbesondere bei den Preisen, von den Lieferanten und den Verbrauchern wirklich so geschätzt würden, bestehe kein Grund zu der Befürchtung, daß sie verschwinden würden.

Es treffe zwar zu, daß der Preiswettbewerb weder die einzige wirksame Form noch diejenige Form des Wettbewerbs darstelle, die unter allen Umständen absoluten Vorrang erhalten müsse. Vander Elst stütze sich auf diese Feststellung des Gerichtshofes im Urteil in der Rechtssache *Metro,* um zu behaupten, daß das System für den Fortbestand dieser Form des Vertriebs notwendig sei und daher eine Freistellung gemäß Artikel 85 Absatz 3 gewährt werden müsse. In ihren Ausführungen zur elften Rüge habe die Kommission indes bereits aufgezeigt, daß die Gegebenheiten des selektiven Vertriebssystems von SABA mit denen des Kollektivsystems der Empfehlung keineswegs vergleichbar seien, im Rahmen dessen der Preiswettbewerb der Hersteller untereinander viel größere Bedeutung habe als im Fall eines einzelnen selektiven Vertriebssystems.

Selbst wenn man annehme, was die Kommission jedoch bestreite, daß es ohne das in der Empfehlung vorgesehene System keinen Fachhandel mehr gäbe, könne man daraus nicht den Schluß ziehen, daß der Vertrieb in seiner jetzigen Form besser sei als ohne diesen Fachhandel oder als bei einer erheblich verringerten Zahl der Fachhändler. Zum einen würde der Anteil der bisher von Fachhändlern vertriebenen Waren von nichtspezialisierten Händlern übernommen werden. Zum anderen würde es wahrscheinlich zu einer Rationalisierung des Vertriebs sowie einer erheblichen Senkung der Vertriebskosten und damit zu Einsparungen kommen, die sich, würden sie im KVP weitergegeben, sowohl für die Hersteller als auch für die Verbraucher vorteilhaft auswirken würden.

Die Kommission geht sodann auf den Vorwurf von Jubilé und Vander Elst ein, sie habe in ihrer Entscheidung die Kriterien der Empfehlung für die Einstufung der Groß- und Einzelhändler beanstandet. Mit den in den Begründungserwägungen 125 und 126 getroffenen — im übrigen von den Klägerinnen nicht bestrittenen — Feststellungen habe nur bewiesen werden sollen, daß dieses Einstufungssystem nicht immer und *unbedingt* das unterschiedliche Ausmaß der von den Händlern wirklich erbrachten Dienstleistungen widerspiegele. Es handele sich hierbei jedoch um eine zusätzliche Erwägung, denn wie schon in bezug auf Artikel 85 Absatz 1 (elfte Rüge) dargelegt worden sei, sei in der Entscheidung die kollektive Festsetzung der gemeinsamen Kriterien zur Bestimmung der Zwischenhändlerspannen verworfen worden.

Zur Frage der Beurteilung der Jahresabschlußvergütung nach Artikel 85 Absatz 3 habe keine der Klägerinnen besondere Argumente vorgebracht. Diejenigen Klägerinnen, die behaupteten, daß längere Zahlungsfristen sich auf den KVP auswirkten, hätten für diese Behauptung keinerlei Nachweis erbracht.

Das durch die Empfehlung vorgesehene Vertriebssystem trägt nach Ansicht der Kommission auch nicht, wie Vander Elst behaupte, zu einer *Verbesserung der Warenerzeugung* bei. Es sei nicht gerechtfertigt, sich auf die Ausführungen des Gerichtshofes im Urteil in der Rechtssache *Metro* (Randnr. 43 der Entscheidungsgründe) zu berufen, wonach das Streben nach einem stabilisierenden Element für die Erhaltung von Arbeitsplätzen unter dem Gesichtspunkt der Verbesserung der allgemeinen Bedingungen der Warenerzeugung zu den Zielen gehöre, die Artikel 85 Absatz 3 zu verfolgen gestatte, um daraus zu folgern, daß die Kommission diese Erwägung von

Amts wegen und im vorliegenden Fall, der mit dem Fall des SABA-Systems nicht vergleichbar sei, berücksichtigen müsse.

Nach Ansicht der Kommission ist die weitere Voraussetzung für die Anwendbarkeit des Artikels 85 Absatz 3 ebensowenig erfüllt. Das System der Empfehlung *beteilige die Verbraucher nicht angemessen am entstehenden Gewinn.*

Vander Elst werfe der Kommission in diesem Zusammenhang vor, sie habe in diesem Punkt die Verweigerung der Freistellung nicht hinreichend begründet. In ihren Ausführungen zur zehnten Rüge habe die Kommission jedoch bereits dargelegt, daß die Ausführungen zur Beteiligung des Verbrauchers an dem möglicherweise aus dem System entstehenden Gewinn nur eine Ergänzung seien, da die erste für eine Freistellung notwendige Voraussetzung, nämlich die Verbesserung der Warenverteilung oder -erzeugung, nicht erfüllt sei. Unter diesen Umständen erübrige es sich, zu dieser Bedingung des Artikels 85 Absatz 3 umfassendere Erwägungen anzustellen.

Die Kommission gelangt daher zu folgendem Ergebnis:

— Sie sei zu Recht von der Erwägung ausgegangen, daß die Empfehlung vom 1. Dezember 1975 keine Verbesserung der Warenverteilung nach sich ziehe, welche genüge, um die durch sie hervorgerufenen wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen aufzuwiegen, und daß sie nicht dazu angetan sei, die Verbraucher angemessen an dem Gewinn zu beteiligen, der sich eventuell aus ihr ergeben könnte.

— Die Empfehlung erfülle somit nicht die Voraussetzungen für eine Anwendung des Artikels 85 Absatz 3.

— Die Entscheidung der Kommission sei in diesem Punkt zutreffend und hinreichend begründet.

— Diese Rüge sei daher zurückzuweisen.

Die *FEDETAB* weist in ihrer Erwiderung darauf hin, die von ihr empfohlene Organisierung des Vertriebs sei auf die Erhaltung eines Fachhandels für Tabakwaren gerichtet. Dieses Ziel falle unter die von Artikel 85 Absatz 3 geschützten Zielsetzungen. Denn man könne nicht ernsthaft in Zweifel ziehen, daß die Erhaltung eines Fachhändlernetzes für den Vertrieb von Tabakwaren eine Verbesserung der Warenverteilung im Sinne von Artikel 85 Absatz 3 darstelle.

Der gegenteiligen Ansicht der Kommission tritt die Klägerin unter anderem mit folgenden Ausführungen entgegen.

Das Verschwinden des Fachhandels würde sich nach ihrer Ansicht in einer Verschlechterung der der Kundschaft gebotenen Wahlmöglichkeiten niederschlagen.

Die Fachhändler spielten für die Einführung und den Vertrieb importierter Erzeugnisse eine Rolle, in der sie nicht ersetzbar seien; auf diese Weise förderten sie die vom Vertrag gewollte Durchdringung der Märkte.

Entgegen der Behauptung der Kommission setzten die Hersteller keinen bestimmten Vertriebsweg (denjenigen über die Fachhändler) durch, denn dieser Weg bestehe, und die Hersteller hielten sich in der praktischen Überzeugung an ihn, daß er unter den gegebenen Bedingungen auf dem Zigarettenmarkt nicht zu ersetzen sei. Das Bestehen eines Fachhändlernetzes komme der gesamten Tabakindustrie und nicht nur den „großen" Herstellern zugute.

Die Kommission habe nicht ein ernst zu nehmendes Argument für ihre Behauptung vorgetragen, wonach das von der FEDETAB empfohlene System den Verbrauchern keine angemessene Beteiligung an dem entstehenden Gewinn einräume.

Tabakwaren seien ein Artikel des täglichen Bedarfs. Sie würden von den Verbrauchern in kleinen Mengen gekauft. Aus diesem Grund sei es wichtig, daß die Verkaufsstellen möglichst zahlreich sowie möglichst nahe beim Verbraucher gelegen seien und daß dort ein möglichst breiter Fächer von Marken vertrieben werde. Eine Einschränkung der Zahl der Verkaufsstellen und der Auswahl beeinträchtige das Wohl des Verbrauchers spürbar.

Somit seien alle Voraussetzungen dafür erfüllt, daß hinsichtlich der Empfehlung eine Freistellung erteilt werde.

Vander Elst führt zur Frage der *Verbesserung der Warenverteilung* unter anderem aus, die Kommission „bezweifle" jetzt, daß die Aufhebung der Empfehlung die Verringerung oder das Verschwinden der Fachgroß- und -Einzelhändler nach sich ziehen könne, und führe eine neue, auf ihren eigenen Zweifeln aufgebaute Begründung an. Die Kommission meine nämlich nunmehr, jeder Hersteller könne bestimmten Groß- und Einzelhändlern Sondervergünstigungen in Form von niedrigeren Kleinverkaufspreisen dafür einräumen, daß diese Händler alle Erzeugnisse dieses Herstellers vertrieben.

Abgesehen davon, daß das belgische Steuerrecht verschiedene Kleinverkaufspreise für dieselben Marken eines Herstellers nicht zulasse, hätte die von der Kommission erfundene und empfohlene Art von Händlern nach Ansicht der Klägerin keine Marktchance.

Zum Urteil in der Rechtssache *Metro* betont die Klägerin, im Gegensatz zu der Auffassung, die die Kommission zu vertreten scheine, enthalte dieses Urteil einen allgemeinen Rechtsgedanken, der nicht nur für das Vertriebssystem eines einzigen Herstellers zu gelten habe. Der Gerichtshof weise nämlich darauf hin, daß der Tatbestand von Artikel 85 Absatz 3 um so mehr erfüllt sein könne, „wenn diese Bedingungen überdies zu einer Stärkung des Wettbewerbs in *anderen Bereichen als dem der Preise beitragen*". In ihrer Klagebeantwortung habe die Kommission die Empfehlung unter diesem Gesichtspunkt nicht geprüft..

Zu den in der Empfehlung aufgestellten Einstufungskriterien führe die Kommission aus, sie habe mit den Feststellungen in den Begründungserwägungen 125 und 126 der Entscheidung nur „beweisen" wollen, daß das Einstufungssystem der Empfehlung „nicht immer und unbedingt" das unterschiedliche Ausmaß der wirklich von den Händlern erbrachten Dienstleistungen widerspiegele.

Die Kommission sei jedoch überhaupt nicht auf die Feststellung der Klägerin eingegangen, die Empfehlung hindere den Hersteller/Importeur nicht daran, bestimmten Händlern als Anreiz für besondere und individuelle Leistungen andere Vorteile zu gewähren. Sie habe die Verfahrensbeteiligten immer nur wissen lassen, ihr gehe es allein ums „Prinzip".

In ihrer Gegenerwiderung bestreitet die *Kommission,* daß sie die Begründung der Entscheidung zur Frage der *Verbesserung der Warenverteilung* aufgegeben und durch eine neue Begründung ersetzt habe. Die Kommission halte im Gegenteil an den Ausführungen der Entscheidung, nämlich daran fest, daß keine Gefahr für den Fachhandel bestehe, wenn die von ihm erbrachten Dienstleistungen von den Verbrauchern und Benutzern wirklich geschätzt würden.

Die Kommission geht auf die in ihrer Klagebeantwortung erwähnte Möglichkeit ein, dem Fachhandel seitens der Hersteller individuell bestimmte finanzielle Vorteile zu gewähren, was niedrigere Kleinverkaufspreise ermöglichen würde. Nach Auffassung der Kommission ist es eher die Aufgabe der Unter-

nehmen selbst, Lösungen für ihre Probleme zu finden, die mit den geltenden Wettbewerbsbestimmungen vereinbar seien. Auch wenn die Schaffung verschiedener Kleinverkaufspreise für ein und dasselbe Erzeugnis sich als schwierig erweisen könne, sei dies auf keinen Fall ein ausreichender Grund, um die horizontale und kollektive Wettbewerbsbeschränkung zu rechtfertigen, welche die einzelnen Erzeugnisse verschiedener Hersteller (Wettbewerb zwischen Erzeugnissen verschiedener Marken) treffe.

Diese kollektive Wettbewerbsbeschränkung hinsichtlich der den Händlern zu gewährenden finanziellen Vorteile könne im Gegensatz zur Auffassung von Van der Elst keinesfalls genauso wie das selektive Vertriebssystem in der Rechtssache *Metro* beurteilt werden. Aus diesem Urteil dürfe nämlich nicht der Schluß gezogen werden, daß einerseits das Festhalten an einer bestehenden Vertriebsform stets eine „Verbesserung der Warenverteilung" darstelle und daß andererseits hinsichtlich jedes zur Erhaltung des betreffenden Vertriebssystems benutzten Mittels eine Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 gewährt werden müsse. Im übrigen sei nicht ersichtlich, inwiefern die Empfehlung, die den Wettbewerb zwischen den Klägerinnen und nebenbei zwischen den Großhändlern ausschalte, „zu einer Stärkung des Wettbewerbs in anderen Bereichen als dem der Preise beitragen" könne (Urteil in der Rechtssache *Metro*, Randnr. 21 der Entscheidungsgründe). Denn sie stärke die Wettbewerbsmöglichkeiten weder zwischen den Erzeugnissen ein und derselben Marke noch zwischen den Erzeugnissen verschiedener Marken.

Die Kommission bezeichnet, wenn auch nur in einem bestimmten Maße, das Vorbringen mehrerer Klägerinnen als zutreffend, daß eine bestimmte Zigarettenmarke im ganzen Land zur Verfügung stehen müsse, damit sie sich auf dem Markt behaupten könne. Falsch sei jedoch der von der Klägerin gezogene Schluß, daß nur der Fachhandel in der Lage sei, die Zigaretten „ubiquitär" anzubieten, und daß nur dieser Handel hierzu bereit sei. Die Kommission bekräftigt ihre Auffassung, daß der Marktteilnehmer selbst über sein Wirtschaftsverhalten entsprechend den Marktkräften und seinen eigenen Interessen zu entscheiden habe und daß nicht Hersteller, die seine Konkurrenten seien, konkret darüber zu entscheiden hätten, welchen Vertriebsweg er zu benutzen habe.

Zur Frage der *angemessenen Beteiligung der Verbraucher am etwaigen Gewinn* aus dem in Rede stehenden Vertriebssystem bleibt die Kommission bei ihrer Auffassung, daß eine Verringerung der Zahl der Verkaufsstellen zu einer Senkung der Vertriebskosten führen könne.

Was die Präferenzen des Verbrauchers bei der Wahl der von ihm für den Zigarettenkauf aufgesuchten Verkaufsstelle angeht, weist die Kommission darauf hin, daß es dem freien Wettbewerb überlassen bleiben müsse, wohin diese Präferenzen gingen. Die Tatsache, daß die großen Verbrauchermärkte immer mehr Zigaretten verkauften, entspreche zweifellos nicht nur einem Rückgang der Zahl der kleinen Lebensmittelgeschäfte. Zum Beispiel hätte sich der Zigarettenabsatz von GB von 1967 bis 1973 um 360 % erhöht. In dieser Entwicklung komme auch eine Änderung der Verbrauchergewohnheiten zum Ausdruck.

G — Zusammenfassung bestimmter Ausführungen der Streithelferinnen zur vierzehnten Rüge; Stellungnahmen der Hauptparteien

1. Die Streithelferin *FNJ* bezeichnet sich als Zusammenschluß regionaler Berufsverbände der gewöhnlich als „Presse-

vertriebshändler" bezeichneten Zeitungs- und Tabakhändler. Sie vertrete diese gegenüber den belgischen Behörden und handele insbesondere die für den Einzelhandel mit Tabak geltenden Steuerpauschalen aus. Sie arbeite mit der ATAB zusammen, in der andere Tabakeinzelhändler als die „Pressevertriebshändler" zusammengeschlossen seien.

In Belgien gebe es annähernd 4 500 Pressevertriebshändler. Sie erzielten ungefähr 60 % des nationalen Umsatzes beim Verkauf von Zigaretten. In ihrer Gesamtheit bedeutend, seien die Pressevertriebshändler einzeln gesehen in der Regel sehr kleine Einzelhändler. In mehr als 90 % der Fälle arbeiteten sie nach dem Muster eines Famlienbetriebs.

Die Pressevertriebshändler erzielten, mit Abweichungen nach Regionen und Geschäften, etwa 50 % ihres Umsatzes bei Tabakwaren, während die übrigen 50 % bei Zeitungen und Zeitschriften, Papierwaren, Spielzeug usw. erzielt würden. Der Tabakwarenverkauf sei, obwohl wenig gewinnbringend, für den Fortbestand der Pressevertriebshändler von wesentlicher Bedeutung.

Die Pressevertriebshändler bezögen ihre Ware in der Regel von sogenannten „Fach"großhändlern, von denen sie eine Flexibilität verlangten, für die es in anderen Branchen praktisch keine Entsprechung gebe. Diese Flexibilität wäre nicht möglich, wenn es die den Fachgroßhändlern eingeräumten Vorzugsbedingungen und den Wettbewerb nicht gäbe, in dem eine bedeutende Zahl von Fachgroßhändlern miteinander stünden, die ebenfalls nach dem Muster von Familienbetrieben arbeiteten. Dieser Wettbewerb werde sowohl auf der Ebene der Dienstleistungen (sehr häufige Belieferung, Kredite, Warensortiment) als auch bei den Preisen (Nachlässe) ausgetragen.

Die Pressevertriebshändler zeigen sich erstaunt von den Erörterungen über die angebliche Unterscheidung zwischen anerkannten und nicht anerkannten Einzelhändlern. Sie halten eine derartige Unterscheidung für völlig abstrakt, weil a) die Großhändler Nachlässe ohne jede Rücksicht auf die von der FEDETAB vorgenommene Einteilung einräumten und weil b) die anerkannten Einzelhändler aufgrund der Steuerpauschalen (siehe Anlage 2 zum Schriftsatz) höher besteuert würden als die anderen Einzelhändler, wodurch jeder eventuell verbleibende Unterschied aufgehoben werde.

Der Fortbestand der Fachgroßhändler sei für die Existenz der Pressevertriebshändler und somit für die Dienstleistungen gegenüber der Allgemeinheit notwendig. Der Fortbestand der Fachgroßhändler verlange jedoch die Beibehaltung von zwei wesentlichen Punkten der FEDETAB-Empfehlung, nämlich einer Vorzugsspanne und allgemein anerkannter Höchstspannen.

Denn die Vorzugsspanne erlaube es diesen Großhändlern, Kosten vorzulegen, Leistungen zu erbringen und Nachlässe einzuräumen, die für den Fortbestand der Pressevertriebshändler notwendig seien. Durch diese Vorzugsspanne würden Dienstleistungen vergütet, die die anderen Großhändler oder großen Verbrauchermärkte nicht erbrächten.

Ohne ein System allgemein anerkannter Höchstspannen könnte der Wettbewerb zwischen Herstellern im Bereich der Spannen und Prämien nach Ansicht der FNJ die stärksten Hersteller in der ersten Zeit veranlassen, die den Fachgroßhändlern wie den anderen Großhändlern eingeräumten Vorteile zu erweitern. Ein solches Bemühen könnte jedoch angesichts des Preisstopps bei den Endverkaufspreisen nur fortgesetzt werden, indem der Gewinn der Hersteller verringert (was nach Ansicht der Pressever-

triebshändler unwahrscheinlich wäre) und/oder die Kosten der auf der Vertriebsebene erbrachten Leistungen gesenkt würden. Die bestimmten Großhändlern gewährte Erhöhung der Spanne könne nur durch die Verringerung der den übrigen eingeräumten Spanne ermöglicht werden, wodurch die für die Qualität der Dienstleistung nötige Vielfalt der Großhändler beseitigt würde.

Auf die *Nützlichkeit der Pressevertriebshändler* eingehend, machen diese geltend, nach ihrer Leistung bestehe eine solche Nachfrage seitens der Verbraucher, daß sie etwa 60 % des inländischen Zigarettenumsatzes abwickelten, während die großen Verbrauchermärkte trotz der Prämien, Preisnachlässe und anderen Verkaufsanreize, die sie direkt oder indirekt gewährten, nur 17 bis 18 % des Umsatzes tätigten.

Schließlich erinnern die Pressevertriebshändler daran, daß zwischen dem Tabakwarenverkauf und dem Zeitungsverkauf ein notwendiger Zusammenhang bestehe. In diesem mikroökonomischen Sektor erlaube ein Gewinnrückgang um ein Viertel nicht das Überleben. Ihr Verschwinden als Tabakwareneinzelhändler würde auch ihr Verschwinden als Zeitungs- und Zeitschriftenvertriebshändler bedingen. Ihrer Ansicht nach leisten sie jedoch dadurch, daß sie die Presseerzeugnisse auf eine schwer zu ersetzende Weise an die Allgemeinheit vertrieben, im Rahmen ihrer Möglichkeiten einen Beitrag zum Schutz der demokratischen Freiheiten.

Zur *Rechtslage* führt die FNJ bezüglich des Gesichtspunkts der *Verbesserung der Warenverteilung* aus, das Ausmaß des von den Vertriebshändlern gemeinsam erzielten Umsatzes sei auf die Besonderheit der Dienstleistung zurückzuführen, die sie für den Verbraucher erbrächten. Diese hänge ihrerseits von der Leistung der Fachgroßhändler und von den Vergünstigungen ab, die diese gewährten. Aufgrund der (auf die geltenden Rechtsvorschriften zurückzuführenden) Unbeweglichkeit des KVP sei eine Vergütung dieser Dienstleistungen nur möglich über eine angemessene Differenzierung der von den Herstellern eingeräumten Spannen und Vergünstigungen.

Was die Rationalisierung des Vertriebssystems auf der Großhandelsebene angehe, hänge die Qualität der erbrachten Leistung vom Fortbestand einer großen Zahl von Fachbetrieben ab. Für die Einzelhandelsebene sei zwar richtig, daß es in Belgien zu viele Verkaufsstellen gebe; indem sie die Fachgroßhändler vom Markt verdränge, führe die Entscheidung der Kommission jedoch zum Verschwinden eines erheblichen Teils der etwa 4 500 Pressevertriebshändler, die ungefähr 60 % des Absatzes tätigten. Dagegen berühre die Entscheidung der Kommission in keiner Weise die Existenz der etwa 75 000 anderen Verkaufsstellen in Lebensmittelgeschäften, Gaststätten, Kurzwarenhandlungen usw., die im allgemeinen von den Lebensmittelgroßhändlern oder den Großhändlern des HORECA-Sektors mit einigen Marken beliefert würden. Die von der Kommission angestrebte Rationalisierung könne daher nicht mit den von ihr befürworteten Mitteln erreicht werden.

Das Verschwinden einer für den herkömmlichen Handel günstigen Struktur würde das System der großen Verbrauchermärkte nachrücken lassen. Diese würden mit ihrer starken Nachfragemacht Nachlässe ohnegleichen erlangen und damit den Konzentrationsprozeß im Handel beschleunigen. Der Endverbraucher würde dadurch doppelt bestraft, daß er die Dienstleistung verlöre, ohne sicher mit einer Preissenkung rechnen zu können.

Zur Frage der *angemessenen Beteiligung der Verbraucher am Gewinn* trägt die

FNJ vor, die Empfehlung komme den Pressevertriebshändlern (wegen der den Fachgroßhändlern eingeräumten Vergünstigungen) und den Verbrauchern (wegen der zahlreichen Verkaufsstellen, der sehr großen Auswahl an Marken und des Frischegrads der Erzeugnisse) zugute.

Was das *Fehlen nicht unerläßlicher Beschränkungen* angehe, ergebe sich die Notwendigkeit, die Gesamtheit der durch die FEDETAB-Empfehlung getroffenen Regelungen aufrechtzuerhalten, aus der bereits erfolgten Darlegung des Sachverhalts.

Zum Gesichtspunkt des *Fehlens von Möglichkeiten zur Ausschaltung des Wettbewerbs* führt die FNJ aus, die durch die steuerrechtlichen Vorschriften auferlegten Beschränkungen führten zwar zu einem insgesamt gleichartigen Verhalten der Unternehmen, doch komme es infolge der zahlreichen auf der Ebene der Nachlässe und Dienstleistungen verbleibenden Handlungsmöglichkeiten zur Entwicklung eines äußerst lebhaften Wettbewerbs.

Aus alledem zieht die FNJ die *Schlußfolgerung,* daß der Gerichtshof, soweit er nach Artikel 85 Absatz 3 über die Rechtmäßigkeit der Entscheidung zu befinden habe, möglicherweise gegen seinen Willen den Bereich der streng juristischen Bewertung werde verlassen müssen. Welche Richtung er seinem Urteil gebe, werde also davon abhängen, für welches Gesellschaftsbild er sich entscheide und welche Sicht er von den qualitativen Rahmenbedingungen menschlicher Beziehungen habe.

Die allgemeine Konzentration im Handel einerseits und die aus Gründen der Inflationsbekämpfung erforderliche Niedrighaltung der Preise durch die staatlichen Behörden andererseits verlangten einen Schutz für den unabängigen Einzelhandel, wenn dieser nicht in seiner Gesamtheit verschwinden solle.

In ihrer Stellungnahme zum Schriftsatz der FNJ betont die *Kommission,* das in ihrer Entscheidung verurteilte Kartell sei im wesentlichen ein *horizontales* Kartell zwischen den wichtigsten auf dem belgischen Markt tätigen Herstellern (die außerdem größtenteils Importeure seien und multinationalen Konzernen angehörten), das seine handelsbeschränkenden Wirkungen jedoch auch vertikal auf die Händler entfaltet habe.

Die Kommission sieht in den einzelnen in der von der FNJ gegebenen Sachverhaltsdarstellung enthaltenen Ausführungen, insbesondere hinsichtlich der Frage der Spürbarkeit, einen Beweis für die Wirkungen, die von der Abstimmung zwischen den Herstellern hätten ausgehen und welche die praktizierten Beschränkungen hätten entfalten können.

Im Zusammenhang mit der abgelehnten Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 tritt die Kommission unter anderem der Auffassung der FNJ entgegen, wonach es allein die Leistung der Fachgroßhändler möglich mache, dem Publikum in zahlreichen Verkaufsstellen eine sehr große Auswahl an Marken und frischen Erzeugnissen anzubieten.

Hierzu erinnert die Kommission daran, daß mit einer geringen *Anzahl von Marken* (höchstens 30) nahezu der gesamte Zigarettenverbrauch gedeckt werden könne und daß es sich bei den in der Empfehlung vorgeschriebenen umfangreichen Mindestsortimente demgemäß um eine Verpflichtung handele, die nur dazu bestimmt sei, einen verschwindend kleinen zusätzlichen Anteil dieses Verbrauchs zu decken. Die *Zahl der Einzelhandelsverkaufsstellen,* denen in der Empfehlung ein Mindestsortiment vorgeschrieben werde, sei sehr begrenzt (2 500 von 80 000). Die *Direktverkäufe der Her-*

steller deckten fast die gesamten Lieferungen an die großen Verbrauchermärkte und die Facheinzelhändler. Die *Fachgroßhändler* verkauften den größten Teil ihrer Erzeugnisse an die *nichtspezialisierten Einzelhändler,* die keinerlei Verpflichtung zur Bereithaltung eines Mindestsortiments unterlägen. Der *Umschlag der Erzeugnisse* erfolge sehr schnell, und es drohe daher kein besonderer Frischeverlust.

Zudem seien aufgrund der *Entwicklung der Gewohnheiten der Verbraucher,* die vermehrt in großen Verbrauchermärkten und häufiger als früher ganze Stangen kauften, Zweifel daran erlaubt, daß die Leistungen der Fachhändler für den Verbraucher wirklich nötig seien, da es doch auf der Hand liege, daß es sich bei Zigaretten um einen sehr gängigen Verbrauchsartikel handele, für dessen Kauf und Verbrauch keine besonderen Dienstleistungen erforderlich seien.

2. Die Streithelferin *GB* widerspricht unter anderem dem Vorbringen der Klägerinnen, wonach die Aufrechterhaltung des Fachhandels eine Verbesserung der Warenverteilung durch die Verbesserung der dem Verbraucher gebotenen Leistungen ermögliche.

Hierzu macht sie unter anderem geltend, die Aufrechterhaltung dieses Handels durch die Einführung eines einheitlichen Systems von Handelsspannen führe nicht zu einer „Verbesserung" der Warenverteilung zugunsten des Verbrauchers, sondern vielmehr zur Aufrechterhaltung eines erreichten Zustands. Um die Aufrechterhaltung dieses Zustands als eine Verbesserung ansehen zu können, die eine Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 rechtfertigen könnte, müsse nachgewiesen werden, daß

1) der Schutz des Fachhandels aufgrund der behaupteten Vorteile gerechtfertigt sei;

2) es zum Verschwinden dieses Handels führen würde, wenn es keine von allen Herstellern und Importeuren getroffenen Maßnahmen gäbe;

3) die getroffenen Maßnahmen tatsächlich geeignet seien, den Schutz dieses Handels zu gewährleisten.

GB betont, es bestehe ein wesentlicher Unterschied zwischen der Verpflichtung zur Bereithaltung eines großen Sortiments (was die Klägerinnen im vorliegenden Fall als Hauptvorteil des Fachhandels bezeichneten), die ein *einzelner* Hersteller seinen Wiederverkäufern vorschreibe, und einer Sortimentsbindung, die von der *Gesamtheit* der Hersteller eines bestimmten industriellen Sektors kollektiv vorgeschrieben werde. Im erstgenannten Fall sei eine derartige Verpflichtung berechtigt, während sie im zweiten Fall verdächtig sei.

Wenn die Gesetze des Wettbewerbs wirklich zwischen den Tabakherstellern wirkten, sei vorliegend normalerweise zu erwarten, daß die Hersteller der „großen Marken" versuchen würden, ihren individuellen Absatz zum Nachteil des Absatzes ihrer Konkurrenten zu erhöhen, anstatt sich darum zu bemühen, die am wenigsten verlangten Marken und die am wenigsten rentablen Hersteller auf dem Markt zu erhalten. Unter den Gegebenheiten der in Belgien geltenden Rechtsvorschriften, wo die Anträge auf Preiserhöhungen von der Tabakwarenbranche kollektiv gestellt und von ihr unter Berufung auf die Kostenelemente aller Hersteller begründet würden, biete diese Politik jedoch Vorteile. Sie erlaube es nämlich, beantragte Preiserhöhungen mit den Herstellungskosten der am wenigsten leistungsfähigen Hersteller zu begründen, was den leistungsfähigsten Herstellern einen nicht auf eigener Lei-

stung beruhenden zusätzlichen Gewinn sichere.

GB hält es für wenig wahrscheinlich, daß dieser Handel erheblich geschädigt würde, wenn hinsichtlich der Empfehlung keine Freistellung erteilt würde.

Denn nichts hindere die Hersteller daran, einigen ihrer Händler individuell günstigere Konditionen einzuräumen, wenn diese bedeutende Dienstleistungen erbrächten. Es bestehe eine natürliche Vermutung dafür, daß sich die übrigen Marktteilnehmer diesem Schritt anschlössen, wenn er angesichts der Marktbedingungen gerechtfertigt sei. Wenn der Fachhandel also den Herstellern und den Verbrauchern wirkliche Vorteile böte, so sei sein Fortbestand durch das Wirken des Wettbewerbs gesichert.

GB räumt ein, daß es die Gewährung einer höheren Gewinnspanne dem Begünstigten erlauben könne, seine Wettbewerbsposition durch verstärkte Werbungsbemühungen oder durch eine flexiblere Politik bei den Kleinverkaufspreisen und damit durch Maßnahmen zu verbessern, die es ihm ermöglichten, neue Kunden anzuziehen oder zumindest seine bisherigen Kunden zu halten.

Vorliegend biete sich dem Fachhandel jedoch keine dieser beiden Möglichkeiten.

Einerseits werde die Werbung für Tabakwaren unmittelbar von den Herstellern und Importeuren betrieben, nicht jedoch vom Einzelhandel.

Andererseits sei es dem Fachhandel nicht möglich, den Verbrauchern die ihnen gewährte höhere Gewinnspanne durch Senkung der Kleinverkaufspreise zugute kommen zu lassen. Dies ergebe sich zum einen aus den belgischen Mehrwertsteuerbestimmungen, zu deren Erlaß die Klägerinnen so sehr beigetragen hätten, und zum anderen aus der systematischen Weigerung eben dieser Klägerinnen, Tabakerzeugnisse zu Banderolenpreisen zu liefern, die unter den auf dem Markt allgemein geltenden Preisen lägen.

Zur Frage, ob die sachlichen Voraussetzungen für eine Freistellung gegeben sind, vertritt die *FEDETAB* die Auffassung, keines der von GB in diesem Zusammenhang zur Unterstützung der Meinung der Kommission angeführten Argumente könne die Ansicht der Klägerinnen erschüttern, daß die angegriffenen Maßnahmen den Vertrieb der betreffenden Erzeugnisse zum Vorteil der Verbraucher wirksam förderten.

Man könne im Gegenteil daran zweifeln, ob die Überzeugung von GB begründet sei, der Fortbestand des Netzes der kleinen Fachhändler sei nicht gefährdet, wenn die Ansicht der Kommission den Sieg davontrage. Die Statistiken zeigten zum Beispiel, daß der Anteil am Handel, der sich in den Händen der großen Verbrauchermärkte und insbesondere von GB befinde, ständig wachse, und ließen mit gutem Recht daran zweifeln, daß die Entwicklung zum beiderseitigen Vorteil des Fachhandels und der großen Verbrauchermärkte verlaufen werde.

Vander Elst widerspricht unter anderem der von GB vertretenen Auffassung, wonach eine *Verbesserung der Warenverteilung* im Sinne der Aufrechterhaltung der derzeitigen Struktur nur dann vorliegen könne, wenn nachgewiesen werde, daß der Schutz des bestehenden Fachhandels hinsichtlich der durch ihn erbrachten Vorteile gerechtfertigt sei, daß der Fachhandel bei Wegfall dieses Schutzes verschwände und daß die Empfehlung dessen Weiterbestehen absichere.

Bei der Prüfung, ob diese Kriterien vorlägen, habe die Streithelferin, ebenso wie die Kommission, das Wesentliche verkannt.

So verkenne sie, ebenso wie die Kommission, daß im Mittelpunkt der Vertriebs-

struktur und, innerhalb dieser, der Sortimentsbindung nicht die Facheinzelhändler stünden, die *direkt von den Herstellern/Importeuren bezögen* (dies seien nur verhältnismäßig wenige), sondern der Fach*großhandel*, der 80 % der in Belgien verkauften Zigaretten vertreibe.

Die Streithelferin unterstelle sodann, die Empfehlung verlange zwingend, daß dem Endverbraucher nahezu alle Zigarettenmarken angeboten werden müßten. Dabei müßte die Streithelferin nach Ansicht der Klägerin wissen, daß die Sortimentsbindung nur gegenüber den Direktabnehmern der Hersteller/Importeure geltend gemacht werden könne.

Ferner scheine GB davon auszugehen, die Empfehlung habe Mindestgewinnspannen zum Gegenstand. Tatsächlich handele es sich um Höchstspannen, die im Rahmen der belgischen Gesetzgebung über Preiserhöhungen festgelegt würden. Auch die Kommission, auf die sich die Streithelferin in diesem Zusammenhang ausdrücklich beziehe, scheine an diesem Irrtum festzuhalten.

Schließlich gehe GB zu Unrecht davon aus, das belgische und das gemeinschaftliche Steuerrecht gestatteten die Unterbanderolierung.

Demgegenüber sei festzustellen, daß auch gemessen an den von der Streithelferin selbst genannten Voraussetzungen eine Verbesserung der Warenverteilung durch die Aufrechterhaltung der derzeitigen Struktur des Fachhandels durch die FEDETAB-Empfehlung zu bejahen sei.

Die Hersteller/Importeure von Zigaretten in Belgien seien auf den bestehenden Fachhandel angewiesen, da nur er allein kostengünstig den Vorteil einer verbrauchernahen Warenverteilung im Interesse der Hersteller und Verbraucher garantiere und die Einführung neuer Marken unterstütze. GB selbst habe jüngst den besten Beweis für die Unentbehrlichkeit des Fachhandels geliefert: Anfang März 1979 habe die Klägerin die neue Marke „Belga extra légère bleu" auf dem Markt eingeführt; bis Ende Juli habe GB den Vertrieb dieser Marke abgelehnt und sie erst dann in ihr Sortiment aufgenommen, als dank des Vertriebs durch den Fachgroßhandel festgestanden habe, daß sie ein Erfolg werden würde.

Diese besonders nikotin- und teerarme Zigarette hätte nach Ansicht der Klägerin in einem Vertriebssystem nach Art des von der Streithelferin befürworteten nicht am belgischen Markt untergebracht werden können.

Die Gefahr, daß der Fachhandel bei Wegfall der ihm gewährten Vorteile zusammenbräche, habe die Kommission trotz aller späteren gegenteiligen Beteuerungen selbst gesehen und in ihrer Entscheidung (Begründungserwägung 123) ausdrücklich in Kauf genommen.

H — Rügen, die einen allgemeinen Rechtsgrundsatz betreffen

Fünfzehnte Rüge: Verletzung des allgemeinen Rechtsgrundsatzes der Gleichheit der öffentlichen und privaten Unternehmen vor dem Vertrag, da die Kommission die freie Industrie in Belgien verurteilt habe und gleichzeitig unbestreitbare Wettbewerbsbeschränkungen in zwei Ländern mit Staatsmonopolen dulde

Diese Rüge wird ganz oder teilweise von *allen Klägerinnen*, ausgenommen Jubilé und Vander Elst, erhoben.

Die *FEDETAB* macht geltend, die Öffnung des französischen und des italienischen Marktes — Länder mit staatlichem Tabakmonopol — werde durch zahlreiche bedeutende Hindernisse rechtlicher und administrativer Art behindert; deren wichtigste seien die folgenden:

a) Fehlen der Durchführungserlasse zum italienischen Gesetz Nr. 724 vom 10. Dezember 1975 zur Umformung des Monopols;

b) Aufrechterhaltung des Herstellungsmonopols;

c) Festsetzung der Preise der inländischen und eingeführten Erzeugnisse nach Marken und auf einem derart niedrigen Niveau, daß die Einfuhren dadurch behindert würden;

d) künstliche Aufrechterhaltung beträchtlicher Unterschiede zwischen den Preisen inländischer Erzeugnisse und den Preisen vergleichbarer eingeführter Erzeugnisse, wobei die Verluste des Monopols vom Staat getragen würden;

e) faktische Aufrechterhaltung des Exklusivvertriebsnetzes der Monopole und völliges Fehlen eines Vertriebsnetzes unabhängiger Großhändler;

f) Aufrechterhaltung des Monopols der Einzelhändler mit der Folge einer Einschränkung der Verkaufsstellen und des völligen Ausschlusses der großen Verbrauchermärkte;

g) völliges Verbot (Italien) oder drakonische Begrenzung (Frankreich) der Werbung.

Die FEDETAB rügt, die Kommission habe nach der Eröffnung eines gegen die Monopole gerichteten Verfahrens nach Artikel 169 EWG-Vertrag den Gegenstand dieses Verfahrens auf zwei weniger bedeutende Punkte beschränkt, nämlich die Beibehaltung eines Ausfuhrmonopols und die Beibehaltung des ausschließlichen Rechts zur Einfuhr von Erzeugnissen, die sich in einem anderen Mitgliedstaat im freien Verkehr befänden, jedoch aus Drittländern stammten.

Die Kommission könne jedoch nicht willkürlich darüber entscheiden, ob Verfolgungsmaßnahmen wegen einer von einem Staat oder von einem Unternehmen begangenen Vertragsverletzung durchzuführen seien oder nicht. Sie sei an die allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts gebunden.

Es sei allgemein anerkannt, daß der Vertrag ohne Unterschied für öffentliche und private Unternehmen gelte (ausgenommen lediglich Artikel 90 Absatz 2). Daher dürfe sich die Kommission gegenüber einem öffentlichen Unternehmen nicht allein deshalb toleranter zeigen, weil es sich um ein öffentliches Unternehmen handele.

Im Fall der Vertragsverletzung durch einen Mitgliedstaat sei die Kommission zur Einleitung eines Verfahrens auf der Grundlage von Artikel 169 verpflichtet. Dagegen liege die Eröffnung eines Verfahrens im Fall einer Zuwiderhandlung durch ein Unternehmen im pflichtgemäßen Ermessen der Kommission; eine dahin gehende Verpflichtung bestehe nicht (Gleiss/Hirsch, Kommentar zum EWG-Kartellrecht, Verordnung Nr. 17, Artikel 3, Randnr. 5). Daraus ergebe sich, daß die Verfolgung von Vertragsverletzungen durch einen Mitgliedstaat Vorrang vor der Verfolgung von Vertragsverletzungen durch die Unternehmen haben müsse.

Zwar verfüge die Kommission über ein Ermessen, doch sei dieses jedenfalls in dem Sinne begrenzt, daß sie angesichts mehrerer vergleichbarer Zuwiderhandlungen nicht die weniger bedeutenden untersagen und die schwerwiegenderen außer acht lassen dürfe.

Es stelle eine Verkennung dieser drei das Ermessen der Kommission begrenzenden Regeln dar, wenn die Kommission die belgische Industrie anweise, die Empfehlung aufzuheben, deren Auswirkung auf den Handelsverkehr rein theoretischer Natur sei, während sie gleichzeitig seit 1970 den Fortbestand der Monopolstruktur in Frankreich und Italien dulde.

Die *Kommission* widerspricht in ihrer Klagebeantwortung der Behauptung, sie dulde „unbestreitbare Wettbewerbsbeschränkungen in zwei Ländern mit Staatsmonopolen", daß heißt in Frankreich und in Italien. Denn sie habe die Umformung der staatlichen Handelsmonopole, die diese beiden Mitgliedstaaten innehätten, nach Artikel 37 EWG-Vertrag verlangt. Sie gibt eine zusammenfassende Darstellung der Verfahren, die sie mit dem Ziel der Umformung dieser Monopole durchgeführt habe.

Ferner führe sie seit 1976 Verfahren wegen des Verdachts der Verletzung der Artikel 85 und 86 durch, deren Gegenstand die von der SEITA und der AAMS mit den meisten ausländischen Herstellern von Tabakwaren geschlossenen Ausschließlichkeitsverträge seien (zu diesen ausländischen Herstellern gehörten Unternehmen, die von bestimmten Konzernen kontrolliert würden, denen die Klägerinnen angehörten).

Die Klägerinnen hätten in ihrem Vorbringen zu dieser Rüge die besonderen Bestimmungen über öffentliche Unternehmen (Artikel 90) und die Bestimmungen des Artikel 37 über die Umformung der staatlichen Handelsmonopole miteinander verquickt; die letztgenannte Vorschrift gehöre zum Kapitel des Vertrages über die Beseitigung der mengenmäßigen Beschränkungen zwischen den Mitgliedstaaten. Dieses Durcheinander mache ein genaues Verständnis der Rechtsausführungen der Klägerinnen zu diesem Punkt unmöglich, so daß die Kommission hierauf nur mit der Aufforderung an die Klägerinnen antworten könne, ihr Vorbringen zu verdeutlichen.

Keinesfalls könne man der von einigen Klägerinnen, insbesondere der FEDETAB, vorgetragenen Ansicht folgen, die Verfolgung von Zuwiderhandlungen eines Mitgliedstaats müsse Vorrang vor der Verfolgung von durch Unternehmen begangenen Zuwiderhandlungen haben, und Artikel 85 könne demgemäß auf die beanstandeten Maßnahmen keine Anwendung finden, oder die Kommission dürfe kein Verfahren einleiten und keine ein Verbot dieser Maßnahmen aussprechende Entscheidung erlassen.

Unter Bezugnahme auf die von der Kommission gegebenen Erläuterungen hält die *FEDETAB* in ihrer Erwiderung an der Auffassung fest, die Kommission habe die durch den Grundsatz der Gleichheit der Unternehmen vor dem Vertrag gezogenen Grenzen ihres Ermessens nicht eingehalten. Die von der Kommission unlängst eingeleiteten Verfahren änderten hieran nichts. Sie hätten nicht die Umformung des Monopols mit dem Ziel der Beseitigung jeglicher Diskriminierung zum Gegenstand.

Die *Kommission* schildert in ihrer Gegenerwiderung die einzelnen Schritte, die sie gegenüber Belgien, Frankreich, Italien und den Niederlanden mit dem Ziel der Liberalisierung des Tabakwarensektors unternommen habe.

Im Falle *Belgiens* habe sie am 24. Oktober 1978 ein Schreiben an die belgische Regierung gerichtet, mit dem sie diese ersucht habe, sich zu der Praxis zu äußern, die Abgabe von unterschiedliche Kleinverkaufspreise ausweisenden Steuerbanderolen für Zigaretten derselben Marke zu verweigern. Die belgische Regierung habe auf dieses Schreiben nicht geantwortet.

Am 22. Januar 1979 habe die Kommission die Regierung aufgefordert, sich zu Artikel 58 des Mehrwertsteuergesetzes zu äußern (Anlage 11 zur Gegenerwiderung).

Gegen *Frankreich* habe die Kommission unter anderem am 30. November 1978 ein Verfahren wegen Verletzung der Artikel 37 und 30 eingeleitet, das insbesondere die in diesem Land praktizierten Vermarktungsbedingungen betreffe. Die französische Regierung habe mit Schrei-

ben vom 19. Januar 1979 auf die Aufforderung der Kommission vom 5. Dezember 1978 geantwortet. Dieses Verfahren laufe.

Mit Schreiben vom 26. Oktober 1978 habe die Kommission die französische Regierung ersucht, sich zur Festsetzung der Kleinverkaufspreise zu äußern. Dieses Schreiben habe die Regierung bisher nicht beantwortet.

Im Falle *Italiens* habe die Kommission im Januar 1979 ein Verfahren wegen Verletzung der Artikel 37 und 30 eingeleitet; die italienischen Behörden hätten der Kommission daraufhin den Entwurf einer Verordnung zur Durchführung des Gesetzes zur Abschaffung des Einfuhr- und Großhandelsmonopols unterbreitet. Dieses Verfahren laufe.

Die *Niederlande* hätten 1978 im Anschluß an ein von der Kommission eingeleitetes Verfahren eine Zuwiderhandlung gegen die Bestimmungen der Steuerrichtlinien abgestellt. Am 14. Dezember 1978 habe die Komission im Hinblick auf bestimmte Beihilfen für den Zigarettensektor ein Verfahren nach Artikel 93 Absatz 2 eingeleitet. Das Verfahren laufe.

Die Kommission bereite gegenwärtig eine Mitteilung der Beschwerdepunkte nach Artikel 85 im Hinblick auf das von der Stichting Sigarettenindustrie geschaffene Vertriebssystem vor.

Zur *Rechtslage* führt die Kommission aus, die FEDETAB mache letztlich nur geltend, daß die Kommission die Grenzen ihres Ermessens überschritten habe, die ihr durch den Grundsatz der Gleichbehandlung der öffentlichen und privaten Unternehmen gezogen seien.

Selbst wenn man einmal davon ausgehe, daß eine derartige Begrenzung bestehe, sei nicht ersichtlich, inwiefern die Kommission sie im vorliegenden Fall überschritten haben solle. Mit der Behauptung von Rechtsverstößen durch andere Unternehmen oder Mitgliedstaaten versuchten die Klägerinnen vielmehr, sich ein Alibi zu verschaffen, um dem in Artikel 85 niedergelegten Verbot zu entgehen. Eine Zuwiderhandlung könne jedoch niemals eine andere rechtfertigen.

I — Rügen, die nur von einigen Klägerinnen erhoben werden

Sechzehnte Rüge: Verletzung der Artikel 85 und 190 EWG-Vertrag, da die Kommission in der Empfehlung vom 1. Dezember 1975 fälschlich eine Fortführung der vor diesem Zeitpunkt getroffenen Maßnahmen gesehen und die Empfehlung daher fehlerhaft beurteilt habe

Diese Rüge wird nur von den Klägerinnen *Jubilé* und *Vander Elst* als gesonderte Rüge erhoben. Einige der übrigen Klägerinnen, unter anderem die *FEDETAB*, haben jedoch hierzu tatsächliche Ausführungen gemacht.

Jubilé weist auf die Darstellung der Kommission hin, wonach die Bestimmungen der Empfehlung lediglich vor dem 1. Dezember 1975 in Kraft getretene Vereinbarungen und Beschlüsse verlängerten.

Diese Auffassung, die sich wie ein roter Faden durch die gesamte Entscheidung ziehe (Begründungserwägung 103), sei eine kapitale Verkennung der Empfehlung und derart gravierend, daß sie allein in diesem Punkt eine Aufhebung der Entscheidung wegen Anwendung des Artikels 85 Absatz 1 auf einen *falschen Sachverhalt* rechtfertige.

Vander Elst vertritt gleichfalls diese Auffassung und macht geltend, ein Vergleich der laut Kommission aus den alten Vereinbarungen resultierenden Wettbewerbsbeschränkungen mit dem Inhalt der Empfehlung zeige, daß es sich um zwei *völlig unterschiedliche Sachverhalte* mit entsprechend *unterschiedlichen Wirkungen auf den Wettbewerb* handele.

Denn die Empfehlung sehe keine der durch die früheren Vereinbarungen auferlegten Verpflichtungen (siehe Artikel 1 Nrn. 2 bis 6 der angefochtenen Entscheidung) mehr vor. Sie setze keine bestimmten Handelsspannen mehr fest, sondern empfehle maximale Spannen; sie lasse den Herstellern hinsichtlich anderer individueller Vergütungen jede Freiheit, lege den Abnehmern keinerlei Bindung hinsichtlich ihrer Wiederverkaufsbedingungen mehr auf und enthalte daher kein Element einer vertikalen Wettbewerbsbeschränkung mehr.

Daß gleichwohl die *gesamte rechtliche Würdigung* der Empfehlung auf dieser Verkennung der tatsächlichen Unterschiede zwischen Empfehlung und alten Vereinbarungen *beruhe,* zeigten zum Beispiel die Begründungserwägungen 60, 96, 97 und 103 der Entscheidung. Dieser Irrtum in tatsächlicher Hinsicht führe die Kommission dazu, die angeblichen wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen der Empfehlung mit jenen der alten Vereinbarungen zu begründen.

Die *Kommission* trägt zum *Sachverhalt* vor, in der Darstellung des Sachverhalts in der Entscheidung habe sie die früheren Maßnahmen und die Empfehlung in zwei deutlich voneinander getrennten Teilen beschrieben (Begründungserwägungen 19 bis 57 beziehungsweise 58 bis 76). Hinsichtlich des Gegenstands dieser Maßnahmen könne es keine Unklarheit geben. In der Begründungserwägung 60 der Entscheidung werde vielmehr sogar ausgeführt, daß diese Empfehlung „die vorstehend unter I C beschriebenen Maßnahmen ersetzen soll".

Im Tenor der Entscheidung sei diese Unterscheidung korrekt beibehalten worden, indem die Anwendung von Artikel 85 auf diese Maßnahmen in zwei getrennten Artikeln behandelt werde, nämlich in Artikel 1 für die Maßnahmen vor dem 1. Dezember 1975 und in Artikel 2 für die Empfehlung.

In Entsprechung hierzu sei auch die rechtliche Würdigung der Entscheidung zu sehen, in der diese Maßnahmen ebenfalls getrennt untersucht würden, nämlich in den Begründungserwägungen 77 bis 93 sowie 110 und 112 (für die früheren Maßnahmen) und in den Begründungserwägungen 94 bis 108 sowie 113 bis 134 (für die Empfehlung).

Es sei offenkundig, daß der Gegenstand der Maßnahmen vor und nach dem 1. Dezember 1975 gleichartig sei, auch wenn gewisse Unterschiede festgestellt werden könnten. Beide beträfen insbesondere die Verdienstspannen, die Jahresabschlußvergütungen und die Abstimmung über die maximalen Zahlungsfristen. Ferner sei erwiesen, daß *sämtliche* Klägerinnen diese Maßnahmen sowohl vor als auch nach dem 1. Dezember 1975 angewandt hätten.

Zur *Rechtslage* führt die Kommission aus, der Gerichtshof habe in seinem Urteil in den verbundenen Rechtssachen *Suiker Unie u. a.* befunden (Randnr. 111 der Entscheidungsgründe), daß es der Kommission nicht verwehrt sei, über mehrere Zuwiderhandlungen mit einer einzigen Entscheidung zu befinden, vorausgesetzt, die Entscheidung erlaube es jedem Adressaten, sich ein eindeutiges Bild davon zu verschaffen, welche Vorwürfe gegen ihn erhoben würden. Bei der Entscheidung der Kommission sei es möglich gewesen, klar zwischen den verschiedenen Maßnahmen zu unterscheiden.

Die Kommission hält es im Hinblick auf Artikel 190 EWG-Vertrag für durchaus zulässig und normal, in dem Teil ihrer Begründung, der die Würdigung bestimmter Maßnahmen betreffe, auf ähnliche oder identische Wirkungen Bezug zu nehmen, die Maßnahmen mit gleichartigem Gegenstand vorher gehabt hätten.

Siebzehnte Rüge: Verletzung der Artikel 85 und 190 EWG-Vertrag, da die Kommission zu Unrecht davon ausgegangen sei, daß die Empfehlung eine Vereinbarung zwischen Unternehmen darstelle oder den Klägerinnen Verpflichtungen auferlege

Diese Rüge wird nur von den Klägerinnen *Jubilé* und *Vander Elst* als gesonderte Rüge erhoben. Einige der übrigen Klägerinnen, insbesondere die *FEDETAB,* haben hierzu tatsächliche Ausführungen gemacht.

Nach Ansicht von *Jubilé* verkennt die Kommission bereits im Tatsächlichen, daß die Empfehlung nach Sinn und Zweck lediglich eine Empfehlung, also gerade keine „wirkliche Verpflichtung" (Begründungserwägung 61 der Entscheidung) enthalte. Es gehe nicht an, aus dem Umstand, daß die Empfehlung vom Verwaltungsrat der FEDETAB verabschiedet worden sei, eine solche rechtliche Verpflichtung zu konstruieren. Man könne der Auffassung sein, daß die Entstehungsgeschichte den Charakter der Empfehlung als Beschluß einer Unternehmensvereinigung begründe; diese Entstehungsgeschichte sage aber nichts über die rechtliche Verbindlichkeit der Empfehlung.

Vander Elst weist darauf hin, die Kommission qualifiziere die Empfehlung als *Vereinbarung* derjenigen Unternehmen, die, wie auch die Klägerin, ihr schriftlich mitgeteilt hätten, sie schlössen sich der Empfehlung an. Die Kommission gehe von der „wirklich verpflichtenden" Natur der Empfehlung aus (Begründungserwägungen 61 und 99 Entscheidung).

Diese rechtliche Würdigung treffe nicht zu. Als Vereinbarung könne nur ein nach nationalem Recht verbindlicher zwei- oder mehrseitiger *Vertrag* gewertet werden. Der Empfehlung *fehle* jedoch *die verbindliche Wirkung* für das Marktverhalten ebenso wie jedes die Einhaltung sichernde Mittel. Sie stelle die Befolgung, Teilbefolgung oder Nichtbefolgung in das *Belieben* jedes Herstellers.

Wie die Klägerin einräumt, sieht sie die Empfehlung jedoch als Richtschnur für ihr Verhalten an.

Nach einer Wiedergabe eines Teils der Anmeldung der Empfehlung durch die FEDETAB trägt die *Kommission* in ihrer Klagebeantwortung zum Sachverhalt vor, *alle* Klägerinnen hätten gegenüber der Kommission geäußert, daß sie die Empfehlung befolgen wollten und sich der Anmeldung der FEDETAB anschlössen. Daher werde in der Entscheidung der Kommission in der Begründungserwägung 94 zutreffend ausgeführt, daß die Empfehlung als ein Beschluß einer Unternehmensvereinigung im Sinne von Artikel 85 Absatz 1 und außerdem als eine Vereinbarung zwischen den Unternehmen anzusehen sei, die ihre Zustimmung zu dieser Empfehlung erklärt hätten.

In rechtlicher Hinsicht könne sich die Kommission daher der insbesondere von Vander Elst vetretenen Auffassung nicht anschließen, wonach „als Vereinbarung nur ein nach nationalem Recht verbindlicher zwei- oder mehrseitiger *Vertrag* gewertet werden" könne.

Im vorliegenden Fall stehe fest, wie dies auch für die Gentlemen's Agreements in der Rechtssache Chinin (Rechtssache 44/69, *Buchler/Kommission,* Slg. 1970, 733, Randnr. 25 der Entscheidungsgründe) zugetroffen habe, daß sich die Klägerinnen wechselseitig bereit erklärt hätten, die Empfehlung zu befolgen, daß sie einräumten, sich seit dem 1. Dezember 1975 an sie gehalten zu haben, und daß die Empfehlung mithin den gemeinsamen Willen der Mitglieder des Kartells bezüglich ihrer Verhaltensweise auf dem belgischen Markt genau widerspiegele.

Vander Elst hält ausdrücklich an ihrer Auffassung fest, daß die Empfehlung *weder horizontal noch vertikal verbindlich sei.* Wenn der Hersteller die Empfehlung befolge und der Händler zustimme, richteten sich ihre Vertragsverbindungen danach, welche Kriterien der Händler jeweils erfülle. Diese Rechtslage sei eine völlig andere als jene, bei der der Wechsel eines Händlers von einer Kategorie in eine andere von einem Akt der Zulassung abhängig gewesen sei.

In ihrer Gegenerwiderung weist die *Kommission* zum *Sachverhalt* darauf hin, der dieser Rüge zugrunde liegende Hauptstreitpunkt betreffe die Frage, ob die Empfehlung verbindlich gewesen sei oder nicht.

In diesem Zusammenhang sei zwischen den verschiedenen möglichen Bedeutungen des Begriffs „Verpflichtung" je nach Kontext zu unterscheiden; die für die beteiligten Unternehmen aus der Empfehlung resultierenden Verpflichtungen seien nicht mit den Verpflichtungen zu verwechseln, die sich hieraus für Dritte ergäben.

In der Begründungserwägung 61 ihrer Entscheidung verwende die Kommission das Wort „Verpflichtung" selbstverständlich in dieser letzteren Bedeutung, nämlich als wirtschaftlichen Zwang für die anderen Unternehmen der Branche, wie aus der Lektüre dieses Abschnitts ersichtlich werde.

Die Frage, ob sich die Klägerinnen durch ihre Zustimmung zu der Empfehlung verpflichtet hätten, diese inhaltlich zu befolgen, ist nach Ansicht der Kommission aufgrund der Wendungen, mit denen die Klägerinnen der Empfehlung zugestimmt hätten, eindeutig zu bejahen. Dies ergebe sich auch aus Artikel 8 Absatz 2 der Satzung der FEDETAB und aus dem Wortlaut der Anmeldung der Empfehlung.

Zur *Rechtslage* vertritt die Kommission die Auffassung, die Frage nach der Verbindlichkeit der Empfehlung ändere nichts an der Begründungserwägung 94 der Entscheidung, in der die Empfehlung wie folgt gewertet worden sei:

„Die Empfehlung ... ist als ein Beschluß einer Unternehmensvereinigung im Sinne von Artikel 85 Absatz 1 und außerdem als eine Vereinbarung zwischen den Unternehmen, welche ihre Zustimmung zu dieser Empfehlung erklärt haben, zu betrachten."

Ebensowenig ändere die Frage nach der Verbindlichkeit der Empfehlung etwas an deren beschränkenden Wirkungen, da sich die Klägerinnen wechselseitig bereit erklärt hätten, der Empfehlung Folge zu leisten (was sie nicht bestritten hätten und was im übrigen aus ihren Schreiben an die Kommission im Anschluß an die Anmeldung hervorgehe, Anlage 7 zur Klagebeantwortung), und dies zugegebenermaßen auch seit dem 1. Dezember 1975 täten.

Achtzehnte Rüge: Verletzung der Artikel 85 und 190 EWG-Vertrag, da die Kommission zu Unrecht angenommen habe, HvL habe sich mit den übrigen Beteiligten hinsichtlich der vor dem 1. Dezember 1975 getroffenen Maßnahmen abgestimmt

Diese Rüge wird nur von der Klägerin *HvL* erhoben. Diese widmet dem luxemburgischen Markt ferner an verschiedenen Stellen ihrer Klageschrift Ausführungen, welche die Kommission für unerheblich hält.

HvL trägt vor, was die Zeit vor dem 1. Dezember 1975 angehe, habe sie keine der in der Entscheidung angeführten Abkommen unterzeichnet; mit Schreiben vom 23. Dezember 1971 habe sie sich lediglich der kollektiven Maßnahme auf dem Gebiet der Zahlungsfristen angeschlossen.

Sie habe sich am Verhalten der anderen belgischen Hersteller und Importeure hinsichtlich der Organisierung des belgischen Marktes ausgerichtet, ohne daß man deswegen von der Existenz eines Kartells oder einer abgestimmten Verhaltensweise ausgehen könne.

Die *Kommission* trägt zum *Sachverhalt* vor, die FEDETAB habe darauf hingewiesen, daß es sich bei der am 23. Dezember 1971 getroffenen Maßnahme um eine kollektive Maßnahme handele, und habe dazu erläutert: „Die der FEDETAB angehörenden wichtigsten Hersteller beschließen, sie zu unterzeichnen, um dem Schreiben der FEDETAB das nötige Gewicht zu verleihen." Dem sei zu entnehmen, daß die FEDETAB die ihr angehörenden Hersteller (einschließlich HvL) habe verpflichten wollen, auch wenn diese die übrigen von ihrem Verband in ihrem Namen getroffenen Maßnahmen und geschlossenen Vereinbarungen nicht unterzeichneten. Ihr Verhalten zeige übrigens, daß sie dies auch beabsichtigt hätten.

Zur *Rechtslage* vertritt die Kommission die Ansicht, unter den geschilderten Gegebenheiten habe die Entscheidung wirksam an die Mitglieder der FEDETAB gerichtet werden können, und zwar nicht nur soweit sich diese an den betreffenden Maßnahmen unmittelbar beteiligt hätten, sondern auch soweit sie für den Erlaß dieser Maßnahmen über ihren Berufsverband verantwortlich seien.

IV — Frage des Gerichtshofes an die belgische Regierung; Antwort

Der Gerichtshof hat die belgische Regierung am 18. Januar 1980 gemäß Artikel 21 § 2 der Satzung des Gerichtshofes ersucht, bis zum 20. Februar 1980 folgende Frage schriftlich zu beantworten:

„Ist es dem Hersteller oder Importeur nach den belgischen steuerrechtlichen Vorschriften und der auf dem Gebiet der Verbrauchsteuern bestehenden belgischen Verwaltungspraxis erlaubt, Zigaretten derselben Qualität und Marke in der gleichen Stückzahl und in der gleichen Verpackung *gleichzeitig zu unterschiedlichen Banderolenpreisen* anzubieten?"

Nach Verlängerung der genannten Frist durch den Gerichtshof hat die belgische Regierung diese Frage mit am 25. Februar 1980 eingegangenem Schriftsatz *verneint* und ihre Antwort in einer ausführlichen Erläuterung begründet.

V — Fragen des Gerichtshofes an die Parteien

Mit Schreiben vom 3. März 1980 hat der Gerichtshof die Kommission und die Klägerinnen ersucht, in der mündlichen Verhandlung folgende Fragen zu beantworten:

1. Fragen an die Kommission

a) In welchem Stadium befinden sich die Verfahren, die die Kommission gegen die Französische und die Italienische Republik nach Artikel 169 EWG-Vertrag eingeleitet hat, und aus welchen Gründen hat die Kommission in diesem Zusammenhang andere von den Klägerinnen beanstandete Punkte ausgeklammert, welche die Vermarktung eingeführter Zigaretten in diesen Mitgliedstaaten betreffen?

b) Die Kommission wird gebeten, ihre Auffassung näher zu erläutern, „daß die Absatzbedingungen, denen die von den Klägerinnen in Belgien verkauften Waren unterliegen (einschließlich der Waren, die sie zuvor aus anderen Mitgliedstaaten eingeführt haben) ... geeignet sind, sich auf die Handelsströme ... *mittel-*

bar auszuwirken" (Gegenerwiderung, S. 128).

2. Fragen an die Klägerinnen

a) Halten die Zigarettenhersteller, die der FEDETAB-Empfehlung zugestimmt haben, die in dieser Empfehlung genannten Spannen genau ein, oder gibt es Differenzierungen und Abweichungen (wenn ja, in welchem Maße)?

b) Haben die Zigarettenhersteller je versucht, im Rahmen der belgischen Rechtsvorschriften über die Preiskontrolle allein zu handeln, und sind sie dabei auf Hindernisse seitens der ein abgestimmtes Vorgehen verlangenden Verwaltung gestoßen?

c) Führen die belgischen Hersteller, die gleichzeitig Importeure sind, ausschließlich Zigaretten ein, die von ausländischen Unternehmen hergestellt werden, welche demselben Konzern wie der Zigarettenimporteur angehören?

d) Welches Interesse haben die Klägerinnen an einer Freistellungsentscheidung gemäß Artikel 85 Absatz 3 EWG-Vertrag hinsichtlich der vor der Empfehlung vom 1. Dezember 1975 angewandten Maßnahmen?

e) Welche anderen Vorteile und Vergütungen können die Hersteller ihren Abnehmern außer den Gewinnspannen und den Jahresabschlußvergütungen gewähren (s. insbesondere Klageschrift in der Rechtssache 215/78, S. 16; Erwiderung in der Rechtssache 218/78, S. 9 und 67)?

VI — Mündliche Verhandlung

In der Sitzung vom 6. und 7. Mai 1980 haben folgende Parteien und Verfahrensbeteiligte mündlich zur Sache verhandelt: die Klägerin HvL, vertreten durch Rechtsanwalt D. Arendt, Luxemburg; die Klägerin FEDETAB, vertreten durch Rechtsanwälte L. Goffin, A. Braun, P. F. Lebrun und P. van Ommeslaghe, Brüssel, sowie Rechtsanwälte H. G. Kemmler und B. Rapp-Jung, Frankfurt am Main; die Klägerin Gosset, vertreten durch Rechtsanwalt Van Gerven, Brüssel; die Klägerin BAT, vertreten durch Rechtsanwalt P. F. Lebrun; die Klägerin Cinta, vertreten durch Rechtsanwalt E. Jakhian, Brüssel; die Klägerin Weltab, vertreten durch Rechtsanwalt P. van Ommeslaghe; die Klägerinnen Jubilé und Vander Elst, vertreten durch Rechtsanwälte H. G. Kemmler und B. Rapp-Jung sowie A. Boehlke, Frankfurt am Main; die Streithelferin ATAB, vertreten durch Rechtsanwalt J. R. Thys, Brüssel; die Streithelferin AGROTAB, vertreten durch Rechtsanwalt J. M. van Hille, Gent; die Klägerin FNJ, vertreten durch Rechtsanwalt Pierre Didier, Brüssel; die Kommission der Europäischen Gemeinschaften, vertreten durch ihren Rechtsberater B. van der Esch als Bevollmächtigten, Beistand: J. F. Verstrynge und G. zur Hausen vom Juristischen Dienst; die Streithelferinnen Mestdagh, Huyghebaert und FBCA, vertreten durch Rechtsanwalt L. van Bunnen, Brüssel; die Streithelferin GB-INNO-BM, vertreten durch Rechtsanwälte L. Bunnen und A. Vandencasteele, Brüssel.

Die Kommission und die Klägerinnen haben in der Sitzung die schriftlichen Fragen des Gerichtshofes beantwortet. Die Antworten lassen sich wie folgt zusammenfassen:

A — Beantwortung der schriftlichen Fragen

1. Antworten der Kommission

a) In Beantwortung der ihr vom Gerichtshof gestellten ersten Frage hat die *Kommission* über den gegenwärtigen

Stand der von ihr nach Artikel 169 EWG-Vertrag gegen die Französische Republik und Italien eingeleiteten Vertragsverletzungsverfahren berichtet. Im Rahmen ihrer Antwort ist die Kommission ebenfalls auf die von der FEDETAB in ihrer Klageschrift aufgeführten Hindernisse für die Öffnung des französischen und italienischen Marktes (siehe vorstehend unter „Rügen, die einen allgemeinen Rechtsgrundsatz betreffen") eingegangen und hat in Abrede gestellt, diese Punkte ausgeklammert zu haben.

b) Zur zweiten Frage des Gerichtshofes hat die Kommission ausgeführt, sie habe in ihren Schriftsätzen (insbesondere in ihrer Gegenerwiderung S. 128) nachgewiesen, daß der Handel zwischen Mitgliedstaaten tatsächlich beeinträchtigt sei, und zwar auch, wenn man die sich aus dem belgischen Steuerrecht ergebenden Beeinträchtigungen berücksichtige. Die Kommission habe in ihrer Entscheidung — zum Beispiel in den Begründungserwägungen 93 und 107 — ausdrücklich auf die Schwierigkeiten hingewiesen, die Paralleleinfuhren durch die Händler entgegenstünden. Sie habe jedoch angenommen, daß diese Schwierigkeiten von den einführenden Herstellern leicht überwunden werden könnten und tatsächlich auch überwunden würden. Die von den Klägerinnen angeführten Einfuhrzahlen selbst ließen hieran keinen Zweifel zu. So habe die Klägerin Cinta, der Importeur der „Gauloise", am 27. Oktober 1978 in der Verhandlung über den Erlaß einer einstweiligen Anordnung erwähnt, daß sie 56 % ihres Umsatzes mit ausländischen Erzeugnissen erziele. Sie habe Zahlen genannt, wonach die Einfuhren aus Frankreich nach Belgien von 500 Millionen Zigaretten auf mehr als eine Milliarde und die von Deutschland nach Belgien von 45 Millionen auf 140 Millionen angestiegen seien.

Daher sei es nicht verwunderlich, daß die Kommission zu der Ansicht gelangt sei, daß die Veränderung der Wettbewerbsbedingungen in Belgien trotz der erwähnten Schwierigkeiten geeignet seien, die Handelsströme aus ihrer natürlichen Richtung, d. h. aus der Richtung abzulenken, die sie bei Fehlen der festgestellten Wettbewerbsbeschränkungen genommen hätten, wie der Gerichtshof in seinem Urteil vom 15. Mai 1975 in der Rechtssache 71/74 (Frubo, Slg. 1975, 563) ausgeführt habe.

Wenn die Klägerinnen nämlich die Obergrenze der einzelnen finanziellen Vergünstigungen, die sie ihren jeweiligen Wiederverkäufern, Groß- und Einzelhändlern, einräumen können, kollektiv festlegten, schlössen sie damit auch den Preiswettbewerb aus, in den sie in diesem Bereich beim Weiterverkauf der von ihnen aus den anderen Mitgliedstaaten eingeführten Erzeugnisse untereinander treten könnten. Diese Abstimmung der Klägerinnen führe zur Schaffung von Wettbewerbsbedingungen, die sich nicht aus dem freien Wirken des Wettbewerbs ergäben, sondern namentlich ein bestimmtes Vergütungsniveau für diese Zwischenhändler bewirkten. Diesem Niveau müßten die übrigen Unternehmen, die diese Erzeugnisse nach Belgien einführten oder einzuführen beabsichtigten, insbesondere bei der Festsetzung ihrer Abgabepreise gegenüber den Händlern Rechnung tragen. Dieses Niveau bewirke außerdem, daß Einfuhren ermöglicht oder verhindert würden, die die Klägerinnen selbst getätigt oder nicht getätigt hätten, wenn sie sich nicht über die den Händlern einzuräumenden finanziellen Vergünstigungen abgestimmt hätten.

Bei fehlender Abstimmung hätten manche vielleicht mehr einführen können, während andere vielleicht weniger eingeführt hätten, so daß die Abstimmung der Klägerinnen in jedem Fall ge-

eignet sei, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.

2. Antworten der Klägerinnen

a) Zu der Frage, in welchem Maße die belgischen Zigarettenhersteller die in der Empfehlung genannten Spannen einhalten, hat die *FEDETAB* vorgetragen, diese Spannen würden von Cinta, Vander Elst, Jubilé, BAT und Weltab eingehalten; letztere habe darauf hingewiesen, daß sie insoweit dem Marktführer Vander Elst folge. *HvL* hat vorgetragen, sie halte die betreffenden Spannen genauestens ein.

b) Zu der Frage, ob die Zigarettenhersteller je versucht haben, im Rahmen der belgischen Rechtsvorschriften über die Preiskontrolle allein zu handeln, hat die Klägerin *BAT* ausgeführt, der Versuch eines preispolitischen Alleingangs sei völlig vergeblich. In diesem Zusammenhang hat sie auf ihre Erfahrung bei der Einführung einer neuen Zigarettenmarke, der Marke „Gold Dollar", zum Preis von 32 FB für die Packung mit 25 Zigaretten hingewiesen; der Packungspreis sei nach der Preisanhebung vom 15. Oktober 1977 auf 37 FB angestiegen, da die Verwaltung als niedrigste Steuerbanderole diejenige mit einem Betrag von 37 FB bereitgehalten habe. Nach der auf Antrag der Klägerin erfolgten Wiedereinführung der Steuerbanderole zu 35 FB sei der niedrigste Banderolenbetrag ohne jede Vorankündigung auf 38 FB je Packung festgesetzt worden; die Verwaltung habe sich insoweit mit dem Kommentar begnügt, daß „einige der niedrigsten Preisklassen ... abgeschafft" würden. Diese Erfahrung zeige, daß der Staat die Preisgestaltung für Zigaretten in der Hand habe.

c) In Beantwortung der dritten Frage des Gerichtshofes hat die *FEDETAB* unter Angabe von Zahlen vorgetragen, soweit die belgischen Hersteller gleichzeitig als Importeure tätig seien, betreffe dies fast ausschließlich Zigaretten, die von den zum gleichen Konzern wie der Importeur gehörenden ausländischen Unternehmen hergestellt würden.

d) In Beantwortung der vierten Frage hat *Weltab* die Gründe dargelegt, aus denen die meisten Klägerinnen ihre Anträge bezüglich der vor der Empfehlung vom 1. Dezember 1975 angewandten Maßnahmen aufrechterhielten. Zum einen wollten diese Klägerinnen aus Gründen der Geschäftsehre eine Verurteilung vermeiden. Zum anderen enthielten die Vereinbarungen aus der Zeit vor 1975 auch Einteilungen der Zwischenhändler, die sich in gewisser Hinsicht mit den in der Empfehlung enthaltenen vergleichen ließen, so daß es ein wenig inkohärent gewesen wäre, auf die Erörterung der früher bestehenden Lage zu verzichten.

e) In Beantwortung der letzten Frage hat die *FEDETAB* eine Reihe von Vergünstigungen und Vergütungen angeführt, die die Hersteller ihren Kunden neben den Gewinnspannen und den Jahresabschlußvergütungen einräumen könnten. Dabei handele es sich unter anderem um regelmäßige Besuche, die schnelle Ergänzung ausgegangener Lagerbestände bei den Einzelhändlern, Verkaufsförderungs- und Werbemaßnahmen, Einführungsprämien, die Lieferung von Gratismustern und um die Gewährung von Rechtsberatung.

B — Antworten auf vom Gerichtshof während der Sitzung gestellte Fragen

1. Die *Kommission* ist vom Gerichtshof aufgefordert worden, zu der Ansicht Stellung zu nehmen, die Empfehlung sehe zwar Handelsspannen, insbesondere

Großhandelsspannen, vor, doch würden die Handelsspannen in Wahrheit von der belgischen Regierung im Rahmen der Preiskontrolle festgelegt. Hierauf hat die Kommission geantwortet, es handele sich trotz eines gewissen Anscheins von Gleichheit um zwei ganz verschiedene Dinge. Die belgische Preiskontrolle nämlich betreffe nur die maximalen Erhöhungen der KVP. Ihr Zweck sei es, die Inflation zu dämpfen. Als der belgische Minister der von der FEDETAB vorgeschlagenen maximalen Erhöhung der KVP zugestimmt habe, habe er einen besonderen Rechnungsposten berücksichtigt, und zwar eine bestimmte Erhöhung der maximalen Großhandelsspanne. Der Vereinbarung jedoch kommt eine andere Rolle zu. Die FEDETAB nehme den Rechnungsposten, aufgrund dessen der Minister die Anhebung der KVP genehmigt habe, zur Kenntnis und verwandele ihn sodann in eine regelrechte Wettbewerbsbeschränkung. Die beiden Verhaltensweisen, hier der Regierung und dort der Wirtschaft, ergänzten sich somit auf fast ideale Weise. All dies betreffe die Erhöhungen der Spannen, die auf die KVP umgeschlagen würden, während die wichtigste horizontale Wirkung der Vereinbarung darin liege, daß sich die Zigarettenhersteller das Verbot auferlegten, dem einen oder anderen Großhändler außerhalb der Einstufung auf Kosten ihrer eigenen Gewinnspannen ohne Auswirkung auf die KVP individuell größere Spannen einzuräumen.

2. Der Gerichtshof hat ferner die Frage gestellt, wozu die Empfehlung diene, wenn es, wie die Klägerinnen geltend machten, wegen der verschiedenen Eingriffe des belgischen Staats praktisch keinen Wettbewerb bei Preisen und Gewinnspannen gebe. Die *FEDETAB* hat hierauf geantwortet, in dem vor allem bei den Spannen sehr kleinen Restbereich, der infolge der von den Rechtsvorschriften ausgehenden Zwänge noch übrig sei, schaffe die Empfehlung eine Einstufung, die dem Handel ein gewisses Überleben sichere. Diese Einstufung, aufgrund deren vor allem die Groß- und Einzelhändler nach ihren Funktionen unterschieden werden könnten, gewährleiste auch eine gute Organisation des Vertriebs.

Der Generalanwalt hat seine Schlußanträge in der Sitzung vom 3. Juli 1980 vorgetragen.

Entscheidungsgründe

I — Allgemeine Erwägungen

1 Mit den vorliegenden Klagen wird die Aufhebung der Entscheidung der Kommission Nr. 78/670/EWG vom 20. Juli 1978 betreffend ein Verfahren nach Artikel 85 des EWG-Vertrags (IV/28.852-GB-INNO-BM / FEDETAB; IV/29.127 — Mestdagh — Huyghebaert / FEDETAB und IV/29.149 — „FEDETAB-Empfehlung"; ABl. Nr. L 224, S. 29 ff.) begehrt, mit der den Klägerinnen verschiedene Verstöße gegen den genannten Artikel vorgeworfen werden.

2 Klägerinnen sind alle in Artikel 4 der Entscheidung genannten Adressaten der Entscheidung, nämlich die Association sans but lucratif Fédération belgo-luxembourgeoise des industries du tabac, Brüssel, (nachstehend: FEDETAB), ein Berufsverband, in dem fast alle belgischen und luxemburgischen Hersteller von Tabakwaren zusammengeschlossen sind, sowie sieben ihrer wichtigsten Mitglieder, und zwar die folgenden Firmen:

— Cinta SA (nachstehend: Cinta), Brüssel,

— Éts. Gosset SA (nachstehend: Gosset), Brüssel,

— Jubilé SA (nachstehend: Jubilé), Lüttich,

— Vander Elst SA (nachstehend: Vander Elst), Antwerpen,

— Weltab SA (nachstehend: Weltab), Brüssel,

— BAT Benelux SA (nachstehend: BAT), Brüssel,

— Heintz van Landewyck Sàrl (nachstehend: HvL), Luxemburg.

3 Die mit der angefochtenen Entscheidung beanstandeten und nachstehend beschriebenen Maßnahmen betreffen den Vertrieb von Tabakwaren in Belgien. Sie lassen sich in zwei Gruppen einteilen. Zum einen handelt es sich um bestimmte Entscheidungen der FEDETAB und um bestimmte Vereinbarungen zwischen dieser und anderen Berufsverbänden des betreffenden Sektors aus der Zeit zwischen dem 1. Februar 1962 und dem 1. Dezember 1975; zum anderen geht es um die Bestimmungen einer von der FEDETAB erlassenen und von ihr am 1. Dezember 1975 bei der Kommission angemeldeten „Empfehlung" bezüglich des Verkaufs von Zigaretten auf dem belgischen Markt.

4 Da die Klägerinnen zahlreiche Rügen im Hinblick auf den Ablauf des der angefochtenen Entscheidung vorausgegangenen Verwaltungsverfahrens erhoben haben, ist dieses Verfahren zunächst in großen Zügen darzustellen, um das Verständnis des Parteivorbringens zu den einzelnen Rügen zu erleichtern.

5 Mit einer am 2. April 1974 eingereichten Beschwerde nach Artikel 3 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 beantragte die Firma GB-INNO-BM (nachstehend: GB), ein Unternehmen des Einzelhandels, das große Verbrauchermärkte betreibt, bei der Kommission die Einleitung eines Verfahrens gegen die FEDETAB, die Association sans but lucratif „Fédération nationale du commerce de gros en produits manufacturés du tabac" (nachstehend: FNCG)

und die Association sans but lucratif „Association des détaillants du tabac" (nachstehend: ATAB). Auf diesen Antrag hin leitete die Kommission gemäß der genannten Vorschrift ein Verfahren ein, in dessen Verlauf sie an die FEDETAB, die ATAB und die Association sans but lucratif „Association nationale des grossistes itinérants en produits manufacturés du tabac" (nachstehend: ANGIPMT), einen nach der Auflösung der FNCG gegründeten Großhändlerverband, unter anderem am 18. Juli 1975 eine Mitteilung der Beschwerdepunkte richtete; in dieser erklärte sie, daß nach ihrer Auffassung bestimmte Vereinbarungen, Entscheidungen und abgestimmte Verhaltensweisen der FEDETAB und ihrer Mitglieder gegen Artikel 85 des Vertrages verstießen.

6 Die mündliche Anhörung der Klägerinnen in den vorliegenden Rechtssachen sowie der Beschwerdeführerin GB wurde auf den 22. Oktober 1975 angesetzt. Am 21. Oktober 1975 erklärten die Firma SA Mestdagh Frères und Cie, ein Großfilialunternehmen des Großhandels, und die Firma SA Eugène Huyghebaert, ein Unternehmen des Lebensmittelgroßhandels, sich der von GB erhobenen Beschwerde anschließen zu wollen, und reichten bei der Kommission Beschwerden nach Artikel 3 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 ein.

7 Nachdem die Anhörung wie vorgesehen am 22. Oktober 1975 stattgefunden hatte, wurde das Verfahren auf die „Empfehlung bezüglich des Verkaufs von Zigaretten auf dem belgischen Markt" ausgedehnt, die die FEDETAB erlassen und gemäß Artikel 2 und 4 der Verordnung Nr. 17 am 1. Dezember 1975 angemeldet hatte. Die Kommission richtete am 17. Mai 1976 an die FEDETAB und die übrigen Klägerinnen, die die Empfehlung ebenfalls angemeldet hatten, eine zweite Mitteilung der Beschwerdepunkte, die sich auf die genannte Empfehlung bezog und am 22. September 1976 Gegenstand einer zweiten Anhörung der Klägerinnen war.

8 Nachdem die Kommission letzte Auskunftsverlangen an die Klägerinnen gerichtet und die Stellungnahme des Beratenden Ausschusses für Kartell- und Monopolfragen eingeholt hatte, erließ sie am 20. Juli 1978 die angefochtene Entscheidung, die sich sowohl auf die Beschwerden von GB sowie Mestdagh und Huyghebaert wie auf die FEDETAB-Empfehlung vom 1. Dezember 1975 erstreckt.

9 Nach Artikel 1 der Entscheidung haben die Vereinbarungen zwischen den Adressaten der Entscheidung und die von der FEDETAB als Unternehmensvereinigung gefaßten Beschlüsse bezüglich der Organisation des Vertriebs und des Verkaufs von Tabakerzeugnissen in Belgien, die zum Gegenstand hatten

1. die Anerkennung der Groß- und Einzelhändler durch die FEDETAB, ihre Einteilung in verschiedene Kategorien und die Zuerkennung fester, je nach Kategorien unterschiedlicher Verdienstspannen,

2. die Einhaltung der von den Herstellern vorgeschriebenen Wiederverkaufspreise gemäß dem am 22. Mai und 5. Oktober 1967 zwischen der FEDETAB und der FNCG geschlossenen Abkommen und dem Ergänzungsabkommen hierzu vom 29. Dezember 1970,

3. die Beschränkung des Zugangs zu bestimmten Großhändlerkategorien durch die FEDETAB,

4. das Verbot des Weiterverkaufs an andere Großhändler, das Gegenstand der kollektiven Maßnahmen und des Auslegungsabkommens vom 22. März 1972 war,

5. die Anwendung einheitlicher Zahlungsfristen bei der Belieferung der Groß- und Einzelhändler, die Gegenstand der kollektiven Maßnahmen vom 23. Dezember 1971 war,

6. die von der FEDETAB beschlossene und durch die von einigen ihrer Mitglieder getroffenen Vereinbarungen und kollektiven Maßnahmen sichergestellte Einhaltung der den Einzelhändlern auferlegten Verpflichtung, ein Mindestsortiment anzubieten,

„in der Zeit vom 13. März 1962 bis zum 1. Dezember 1975 Zuwiderhandlungen gegen Artikel 85 Absatz 1 des Vertrages ... dargestellt".

10 Nach Artikel 2 stellt die am 1. Dezember 1975 in Kraft getretene FEDETAB-Empfehlung, die zum Gegenstand hatte

1. die Einteilung der belgischen Groß- und Einzelhändler in Kategorien und die Zuerkennung unterschiedlicher Verdienstspannen je nach Kategorie,

2. die Anwendung einheitlicher Zahlungsfristen bei der Belieferung der Groß- und Einzelhändler,

3. die Zahlung einer Jahresabschlußvergütung an die Groß- und Einzelhändler,

„eine Zuwiderhandlung gegen Artikel 85 Absatz 1 des Vertrages ... dar". Weiter heißt es dort: „Hinsichtlich dieser Empfehlung kann eine Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 nicht erteilt werden".

11 Gemäß Artikel 3 Absatz 1 sind die Adressaten der Entscheidung gehalten, die in Artikel 2 festgestellte Zuwiderhandlung abzustellen. „Insbesondere", so heißt es dort weiter, „sind sie gehalten, in Zukunft jede Handlung zu unterlassen, welche den gleichen Zweck verfolgt wie die FEDETAB-Empfehlung". Nach Artikel 3 Absatz 2 ist die FEDETAB gehalten, unverzüglich alle ihre Mitglieder, an die diese Entscheidung nicht gerichtet ist, von deren Inhalt zu unterrichten.

12 Mit Beschluß vom 30. Oktober 1978 hat der Präsident der Zweiten Kammer, der gemäß Artikel 85 Absatz 2 und Artikel 11 Absatz 2 der Verfahrensordnung die Aufgaben des Präsidenten des Gerichtshofes wahrnahm, im Verfahren der einstweiligen Anordnung den Vollzug der Artikel 2 und 3 der Entscheidung bis zur Entscheidung des Gerichtshofes in der Hauptsache ausgesetzt.

13 Mit in den Monaten September und Oktober 1978 bei der Kanzlei des Gerichtshofes eingereichten Klageschriften haben die Klägerinnen Klage erhoben auf Aufhebung und in einigen Rechtssachen hilfsweise auf Abänderung der angefochtenen Entscheidung, soweit sie dadurch betroffen sind.

14 Mit Beschlüssen vom 26. Oktober 1978, 28. Mai 1979 und 27. Juni 1979 hat der Gerichtshof auf seiten der Klägerinnen und auf seiten der Kommission verschiedene Streithelfer zugelassen.

15 Die vorliegenden Rechtssachen sind wegen Ihres Zusammenhangs für die Zwecke einer gemeinsamen Entscheidung zu verbinden.

II — Form- und Verfahrensrügen

Erste Rüge: Weigerung der Kommission, bestimmte betroffene Groß- und Einzelhandelsverbände anzuhören

16 Alle Klägerinnen, ausgenommen Vander Elst, werfen der Kommission vor, sie habe sich geweigert, dem Antrag stattzugeben, die Verbände ANGIPMT und ATAB sowie des Consortium tabacs-groep tabak (nachstehend: GT), einer faktischen Vereinigung, der unter anderem einige frühere Mitglieder der ANGIPMT angehören, im Verwaltungsverfahren anzuhören. Diese Weigerung stelle eine Verletzung von Artikel 19 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 und von Artikel 5 der Verordnung Nr. 99/63 dar.

17 Beantragen Personen oder Personenvereinigungen ihre Anhörung, so ist diesem Antrag nach Artikel 19 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 stattzugeben, wenn sie ein ausreichendes Interesse glaubhaft machen. Zu diesem Zweck gibt ihnen die Kommission nach Artikel 5 der Verordnung Nr. 99/63 Gelegenheit, sich schriftlich innerhalb einer von ihr bestimmten Frist zu äußern.

18 Wie sich aus den Akten ergibt, wird das Verhalten der Kommission nur insoweit gerügt, als sie sich geweigert hat, die genannten Verbände zu der zweiten Anhörung vom 22. September 1976 über die FEDETAB-Empfehlung einzuladen. Aus den Akten ergibt sich jedoch ebenfalls, daß diese Verbände der Kommission während des Verfahrens ihre schriftlichen Stellungnahmen zu der Empfehlung zugeleitet haben. Somit hat es die Kommission nicht unter Verstoß gegen die vorgenannten Vorschriften abgelehnt, diese Verbände anzuhören, da sie ihnen gemäß Artikel 5 der Verordnung Nr. 99/63 Gelegenheit zur schriftlichen Äußerung gegeben hat. Von dieser Möglichkeit haben die Verbände auch tatsächlich Gebrauch gemacht.

19 Diese Rüge ist daher zurückzuweisen.

Zweite Rüge: Weigerung der Kommission, dem Ersuchen der FEDETAB um Anhörung zweier Großhandelsverbände stattzugeben

20 Mit Schreiben vom 30. Juni 1976 ersuchte die FEDETAB die Kommission, zwei Großhandelsverbände, und zwar das GT und die Nationale Vereniging van familiale Groothandelsondernemingen (nachstehend: NVFG), zur zweiten Anhörung am 22. September 1976 zu laden. Wie sich jedoch aus dem ersten Absatz dieses Schreibens ergibt, sollte die Kommission durch dieses

Schreiben in erster Linie davon in Kenntnis gesetzt werden, daß die FEDETAB keine Einwände gegen die Teilnahme der ANGIPMT an der Anhörung vom 22. September 1976 hatte. Allerdings heißt es im zweiten Absatz: „Um die Kommission umfassend ins Bild zu setzen, wünscht die FEDETAB jedoch, daß auch [die NVFG und das GT] eingeladen werden". Es ist ferner darauf hinzuweisen, daß dieses Schreiben an die Kommission gerichtet wurde, nachdem die FEDETAB die die Empfehlung betreffende zweite Mitteilung der Beschwerdepunkte erhalten und bevor sie auf diese Mitteilung geantwortet hatte.

21 Nachdem die FEDETAB der Kommission ihre Antwort auf die zweite Mitteilung der Beschwerdepunkte zugeleitet hatte, antwortete die Kommission am 20. Juli 1976 auf das Schreiben vom 30. Juni 1976, sie habe schließlich beschlossen, nur „die FEDETAB und diejenigen ihrer Mitglieder, die einen dahin gehenden Antrag gestellt haben" zu der Anordnung einzuladen. Zur Begründung führte sie an, ihrer Ansicht nach sei die Empfehlung eine „Vereinbarung, die das alleinige Werk der Hersteller ist und bleibt, an dem ... weder Groß- noch Einzelhändler in irgendeiner Weise beteiligt waren".

22 Nach Ansicht der FEDETAB stellte das Schreiben vom 30. Juni 1976 einen Vorschlag im Sinne von Artikel 3 Absatz 3 der Verordnung Nr. 99/63 dar, nach dem die Unternehmen und Unternehmnesvereinigungen, gegen die ein Verfahren eingeleitet worden ist, „vorschlagen [können], daß die Kommission Personen hört, die die ... Tatsachen bestätigen können", die sie in ihren schriftlichen Stellungnahmen zu den in Betracht gezogenen Beschwerdepunkten vorgetragen haben.

23 Demgegenüber bleibt die Kommission bei ihrer Auffassung, nach dem Wortlaut des Schreibens vom 30. Juni 1976, in dem der Antrag der ANGIPMT und das Ersuchen der FEDETAB um Anhörung der NVFG und des GT als gleichrangig behandelt würden, habe es sich um einen Antrag auf Anhörung Dritter im Sinne von Artikel 5 der Verordnung Nr. 99/63 und nicht um einen Vorschlag gemäß Artikel 3 Absatz 3 gehandelt, bestimmte Tatsachen von Zeugen bestätigen zu lassen. Auf der Grundlage dieses Artikels 5 habe die Kommission ihre Antwort vom 20. Juli 1976 abgegeben.

24 Nach Artikel 3 Absatz 1 und 2 der Verordnung Nr. 99/63 können die Unternehmen und Unternehmensvereinigungen, gegen die ein Verfahren einge-

leitet worden ist, in ihren schriftlichen Bemerkungen zu den gegen sie in Betracht gezogenen Beschwerdepunkten alles zu ihrer Verteidigung Zweckdienliche vortragen. Nach Absatz 3 dieses Artikels können diese Unternehmen und Vereinigungen vorschlagen, daß die Kommission Personen hört, die die in den schriftlichen Bemerkungen vorgetragenen Tatsachen bestätigen können. Als die FEDETAB jedoch ihr Schreiben vom 30. Juni 1976 an die Kommission richtete, hatte sie dieser ihre schriftliche Antwort auf die zweite Mitteilung der Beschwerdepunkte noch nicht zugeleitet, so daß dieses Schreiben keinesfalls einen wirksamen Vorschlag im Sinne von Artikel 3 Absatz 3 hätte darstellen können. Zudem enthielt die schriftliche Antwort der FEDETAB vom 12. Juli 1976 keinen dahin gehenden Vorschlag; auch das Schreiben der Kommission vom 20. Juli 1976 führte nicht zu einer Reaktion seitens der FEDETAB im Sinne einer Bekräftigung eines solchen Vorschlags.

25 Aus diesen Gründen ist die vorliegende Rüge zurückzuweisen.

Dritte Rüge: Abwesenheit von Bevollmächtigten der Kommission während eines Teils der mündlichen Anhörung vom 22. September 1976

26 Diese von der FEDETAB und den übrigen Klägerinnen, ausgenommen Jubilé und Van der Elst, erhobene Rüge wird auf die Behauptung gestützt, Bevollmächtigte der Kommission hätten sich während der Anhörung zeitweilig entfernt.

27 Die Kommission hat jedoch unwidersprochen ausgeführt, die einzige zur Durchführung dieser Anhörung bevollmächtigte Person sei der Direktor der Direktion „Kartelle und Mißbrauch marktbeherrschender Stellungen", Dennis Thompson, gewesen; dieser sei während der gesamten Anhörung zugegen gewesen. Die vorübergehende Abwesenheit von Personen, die nicht Bevollmächtigte der Kommission waren ist ohne Belang.

28 Diese Rüge ist daher ebenfalls zurückzuweisen.

Vierte Rüge: Unzulässige Verbindung der Beschwerden von Mestdagh und Huyghebaert ohne Begründung

29 Diese Rüge wird im wesentlichen darauf gestützt, daß die Kommission drei getrennte Verfahren eingeleitet habe, die später ohne Begründung verbunden

worden seien; es habe sich bei diesen Verfahren um eigenständige Verfahren mit je einem Aktenzeichen der Verwaltung gehandelt. Dennoch habe es die Kommission unter Verstoß gegen Artikel 2 der Verordnung Nr. 99/63 unterlassen, eine die Beschwerden von Mestdagh und Huyghebaert betreffende gesonderte Mitteilung der Beschwerdepunkte an die Klägerinnen zu richten. Diesen sei damit unter Verletzung von Artikel 4 dieser Verordnung die Möglichkeit genommen worden, sich schriftlich oder mündlich zu den von der Kommission in Betracht gezogenen, ihnen jedoch unbekannt gebliebenen Beschwerdepunkten zu äußern.

30 Nach Darstellung der Kommission gab es nur ein einziges Verfahren, das zu der Entscheidung vom 20. Juli 1978 geführt habe. Es gebe keine Bestimmung, wonach die Kommission die Verbindung von Verfahren förmlich beschließen müsse; ihrer Verwaltungspraxis sei der Begriff der Verbindung fremd. Im vorliegenden Fall habe sie das Verwaltungsverfahren durchgeführt und mit einer einzigen Entscheidung über ein und denselben Verstoß abgeschlossen, der Gegenstand mehrerer aufeinanderfolgender Beschwerden über denselben Gegenstand gewesen sei. Sie habe damit das rechtliche Gehör nicht beeinträchtigt und den Ablauf des Verfahrens nicht verfälscht.

31 Mestdagh und Huyghebaert haben am 10. bzw. 13. Oktober 1975 an die Kommission je ein Schreiben mit der Bitte gerichtet, sich der Beschwerde von GB anschließen zu können. Am 20. Oktober 1975 teilte die Kommission der FEDETAB mit, daß die Beschwerde von Mestdagh mit der von GB erhobenen verbunden werde und daß beschlossen worden sei, Mestdagh zu der Anhörung vom 22. Oktober 1975 zuzulassen. Auf Antrag der Klägerinnen sind Mestdagh und Huyghebaert allerdings in dieser Sitzung nicht angehört worden. Außerdem hat die Kommission den Klägerinnen mit Schreiben vom 13. November 1975 die Beschwerden von Mestdagh und Huyghebaert zugeleitet. Diese haben sich während der Monate Dezember 1975 und Januar 1976 schriftlich zu diesen Beschwerden geäußert.

32 Nach Artikel 2 Absatz 1 der Verordnung Nr. 99/63 teilt die Kommission „den Unternehmen und Unternehmensvereinigungen die in Betracht gezogenen Beschwerdepunkte schriftlich mit". Gemäß Artikel 4 dieser Verordnung zieht die Kommission „in ihren Entscheidungen nur die Beschwerdepunkte in Betracht, zu denen die Unternehmen und Unternehmensvereinigungen, gegen die sich die Entscheidung richtet, Gelegenheit zu Äußerung gehabt haben". Aus diesen Bestimmungen geht hervor, daß die Kommission in ihrer

Entscheidung nur die den betroffenen Unternehmen und Unternehmensvereinigungen schriftlich mitgeteilten Beschwerdepunkte in Betracht ziehen darf, wenn sie den Betroffenen die Möglichkeit eingeräumt hat, sich hierzu zu äußern. Es spricht jedoch nichts dagegen, daß die Kommission mit einer einzigen Entscheidung über ein und denselben Verstoß befindet, der Gegenstand mehrerer Beschwerden ist, die im Verlaufe ein und desselben Verfahrens nacheinander erhoben worden sind.

33 Die Beschwerde von Mestdagh und Huyghebaert betrifft allein den Umstand, daß diese Unternehmen ohne Rechtfertigung durch ein objektives Kriterium von den Großhandelskategorien ausgeschlossen worden seien, die in der von den Zigarettenherstellern durch Vermittlung der FEDETAB aufgestellten Einstufung festgelegt seien; damit würden diesen Unternehmen Großhandelsbedingungen verweigert. Diese Beschwerde ist somit in dem allgemeineren Rahmen der Beschwerde von GB zu sehen. Zudem haben Mestdagh und Huyghebaert auf Ersuchen der Kommission schriftlich auf die Stellungnahmen der Klägerinnen geantwortet; diese haben sich daraufhin im Juli 1976 erneut schriftlich zu diesen Antworten geäußert und damit ein zweites Mal ihren Standpunkt zu den Beschwerden von Mestdagh und Huyghebaert dargelegt.

34 Unter diesen Umständen ist festzustellen, daß auf die Beschwerde von Mestdagh und Huyghebaert zur Wahrung des rechtlichen Gehörs weder die Einleitung eines gesonderten Verfahrens noch eine zusätzliche Mitteilung von Beschwerdepunkten erforderlich war. Indem die Kommission die Klägerinnen vom Inhalt der Beschwerde von Mestdagh und Huyghebaert unterrichtet und ihre schriftliche Stellungnahme hierzu eingeholt hat, hat sie dem Anspruch auf rechtliches Gehör Rechnung getragen.

35 Auch diese Rüge ist somit zurückzuweisen.

Fünfte Rüge: Verweigerung der Akteneinsicht

36 Diese Rüge, die alle Klägerinnen mit Ausnahme von Jubilé erheben, wird auf die Verletzung des allgemeinen Grundsatzes des rechtlichen Gehörs gestützt; sie wird darin gesehen, daß die Kommission sich geweigert habe, Einsicht in die Akten zu gewähren, auf welche die angefochtene Entscheidung gestützt sei.

37 Mit Schreiben vom 21. Mai 1976 hatte die FEDETAB die Kommission ersucht, ihr ein an letztere gerichtetes Schreiben der ANGIPMT, das das Datum vom 13. Februar 1976 trage, „sowie alle anderen Unterlagen" zu übermitteln, „die die Kommission zur Abfassung der Beschwerdepunkte veranlaßt haben und auf die sie bei der derzeit auf den 29. Juni 1976 festgesetzten Anhörung Bezug nehmen könnte". Hierauf übermittelte die Kommission der FEDETAB am 26. Mai 1976 das vorgenannte, in Wirklichkeit vom 2. März 1976 datierende Schreiben ohne weitere Unterlagen.

38 Auf diese Antwort reagierten die Klägerinnen, was die Vorlage weiterer Unterlagen betrifft, nicht. Im übrigen hat die Kommission den Klägerinnen außer dem Schreiben von ANGIPMT die beiden Mitteilungen der Beschwerdepunkte und die Beschwerden von GB sowie von Mestdagh und Huyghebaert übermittelt.

39 FEDETAB hat zwar in ihrer Erwiderung bestimmte, ihr angeblich nicht mitgeteilte Umstände und Unterlagen aufgezählt, auf denen die Entscheidung beruhen soll, sie konnte aber nicht nachweisen, daß die Kommission es im Verwaltungsverfahren abgelehnt habe, Einsicht in Unterlagen über wesentliche Umstände zu gewähren, und den Klägerinnen damit Angaben vorenthalten habe, die zur Wahrung des rechtlichen Gehörs notwendig gewesen seien. Nach dem Urteil des Gerichtshofes vom 13. Februar 1979 in der Rechtssache 85/76 *(Hoffmann-La Roche/Kommission,* Slg. 1979, 461) genügt es, daß bei der Mitteilung der Beschwerdepunkte die wesentlichen Tatsachen, auf die sich die Kommission stützt, sei es auch nur in gedrängter Form, klar angegeben werden, sofern die Kommission nur die zur Verteidigung notwendigen Angaben im Laufe des Verwaltungsverfahrens macht. Da die Kommission der FEDETAB außer den beiden Mitteilungen der Beschwerdepunkte die Beschwerden von GB sowie von Mestdagh und Huyghebaert und das Schreiben von ANGIPMT übermittelt hat, ist nicht nachgewiesen, daß sie den Klägerinnen die für ihre Verteidigung notwendigen Angaben nicht gemacht hat.

40 Die Klägerinnen FEDETAB und Vander Elst haben die Kommission nach Erlaß der Entscheidung weiterhin ersucht, ihnen die Unterlagen zur Verfügung zu stellen, die sie zugrunde gelegt habe. Daß die Kommission die Einsicht in die Verwaltungsakten abgelehnt hat, ist kein Grund für die Anfechtung der Entscheidung, da die Ersuchen um Einsichtnahme in die Akten nach Erlaß der Entscheidung gestellt wurden und somit keinen Einfluß auf den Ablauf des Verwaltungsverfahrens haben konnten.

Sechste Rüge: Verletzung des Berufsgeheimnisses

41 Diese Rüge wird von der FEDETAB und allen anderen Klägerinnen, ausgenommen Jubilé und Vander Elst, erhoben; sie beruht auf der Behauptung von FEDETAB, die Kommission habe GB Informationen weitergegeben, die ihrem Wesen nach unter das Berufsgeheimnis fielen und die unter Hinweis darauf übermittelt worden seien. Dem Schreiben der FEDETAB vom 22. September 1975, das als Antwort auf die erste Mitteilung der Beschwerdepunkte abgesetzt worden sei, seien drei Tabellen beigefügt gewesen; die erste habe die Entwicklung der Umsätze von 160 Zigarettenmarken während der letzten 5 Jahre dargestellt, die zweite die Anzahl der von den wichtigsten Fachhändlern gekauften Zigaretten enthalten und die dritte die Zahlungsfristen der 25 wichtigsten Abnehmer der wichtigsten belgischen Zigarettenhersteller wiedergegeben. Sie habe in ihrem Schreiben darauf hingewiesen, daß diese Tabellen vertraulich seien. Dennoch habe die Kommission der Beschwerdeführerin GB die gesamte Antwort von FEDETAB einschließlich der Tabellen übermittelt. Damit habe sie gegen Artikel 20 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 verstoßen, der folgendes bestimmt: „Die Kommission und die zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten sowie ihre Beamten und sonstigen Bediensteten sind verpflichtet, Kenntnisse nicht preiszugeben, die sie bei Anwendung dieser Verordnung erlangt haben und die ihrem Wesen nach unter das Berufsgeheimnis fallen; die Artikel 19 und 21 bleiben unberührt." Diese Verletzung eines zwingenden Grundsatzes des Gemeinschaftsrechts führe zur Nichtigkeit der Entscheidung der Kommission.

42 Die Kommission bestreitet nicht, GB am 2. Oktober 1975 die gesamte Antwort von FEDETAB einschließlich der Tabellen übermittelt zu haben. Diese Übermittlung habe auf Ersuchen von GB stattgefunden, die ihre Anhörung sowie insbesondere ihre Ladung zur mündlichen Anhörung beantragt und die Kommission außerdem ersucht habe, ihr die Antworten der Klägerinnen auf die erste Mitteilung der Beschwerdepunkte zur Kenntnis zu bringen. Ihre Haltung rechtfertigt die Kommission wie folgt:

43 Die streitigen Angaben fielen nicht unter das Berufsgeheimnis. Da sie der FEDETAB von den Herstellern mitgeteilt worden seien, seien sie allen Klägerinnen durch ihre Vertreter im Verwaltungsrat der FEDETAB bekannt gewesen. Dadurch hätten sie ihren vertraulichen Charakter verloren; sie seien daher nicht mehr durch die Verpflichtung zur Wahrung des Berufsgeheimnisses geschützt, die den Beamten der Kommission obliege.

44 Selbst wenn die Angaben aber unter das Berufsgeheimnis fielen, sei die Kommission zu ihrer Übermittlung an GB nach Artikel 20 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 berechtigt und nach Artikel 19 Absatz 2 verpflichtet gewesen. Hätte sie anders gehandelt, hätte sie den Anspruch von GB auf rechtliches Gehör verletzt.

45 Schließlich hätten die Klägerinnen keineswegs nachgewiesen, inwiefern das Vorgehen der Kommission im Hinblick auf die Tabellen den Ablauf des Verwaltungsverfahrens verfälscht habe.

46 Informationen, die als Berufsgeheimnis geschützt sind, die einer Berufsvereinigung von ihren Mitgliedern mitgeteilt werden und die deshalb diesen Schutz unter den Mitgliedern verloren haben, verlieren ihn nicht gegenüber Dritten. Übermittelt die Berufsvereinigung solche Angaben der Kommission im Rahmen eines Verfahrens nach der Verordnung Nr. 17, so kann sich die Kommission nicht auf die Artikel 19 und 20 dieser Verordnung berufen, um die Übermittlung der Angaben an die Beschwerdeführer zu rechtfertigen. Artikel 19 Absatz 2 räumt diesen nur ein Anhörungsrecht ein, nicht aber das Recht auf Erlangung vertraulicher Informationen.

47 Im vorliegenden Fall jedoch zöge, selbst unterstellt, daß die drei Tabellen unter das Berufsgeheimnis fallen und GB deshalb von der Kommission zu Unrecht mitgeteilt wurden, dieser Verfahrensverstoß auch eine teilweise Aufhebung der Entscheidung nur dann nach sich, wenn nachgewiesen wäre, daß die angefochtene Entscheidung ohne diesen Verfahrensverstoß einen anderen Inhalt hätte haben können. Aus den Akten ergibt sich, daß GB aus der fraglichen Übermittlung kein Argument ziehen konnte, das einen Einfluß auf den Inhalt der Entscheidung hätte haben können.

Siebte Rüge: Befreiung von der Pflicht zur Anmeldung

48 Diese Rüge wird von der FEDETAB und allen übrigen Klägerinnen, ausgenommen Jubilé und Vander Elst erhoben, und beruht auf dem Vorbringen von FEDETAB; danach soll die Kommission insbesondere Artikel 85 Absätze 1 und 2 EWG-Vertrag sowie Artikel 4 der Verordnung Nr. 17 dadurch verletzt haben, daß sie die Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 EWG-Vertrag auf die vor der Empfehlung vom 1. Dezember 1975 getroffenen Maßnahmen mit der Begründung abgelehnt habe, diese Maßnahmen seien nicht

angemeldet worden, obwohl sie von der Pflicht zur Anmeldung nicht befreit gewesen seien. Ferner sei die Begründung der Entscheidung der Kommission insoweit ungenau und unzureichend.

49 Diese Auffassung stützt die FEDETAB darauf, daß diese Maßnahmen oder wenigstens ihr größter Teil die Voraussetzungen für die Befreiung von der Anmeldepflicht erfüllten, die in Aritkel 4 Absatz 2 Unterabsatz 1 Nr. 2 Buchstabe a der Verordnung Nr. 17 wie folgt normiert seien:

„2. Absatz (1) gilt nicht für Vereinbarungen, Beschlüsse und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, wenn

1) an ihnen nur Unternehmen aus einem Mitgliedstaat beteiligt sind und die Vereinbarungen, Beschlüsse oder Verhaltensweisen nicht die Ein- oder Ausfuhr zwischen Mitgliedstaaten betreffen;

2) an ihnen nur zwei Unternehmen beteiligt sind und die Vereinbarungen lediglich

a) einen Vertragsbeteiligten bei der Weiterveräußerung von Waren, die er von dem anderen Vertragsbeteiligten bezieht, in der Freiheit der Gestaltung von Preisen oder Geschäftsbedingungen beschränken . . .".

Nach Auffassung von FEDETAB hätte die Kommission alle Maßnahmen einzeln daraufhin untersuchen müssen, ob sie die Voraussetzungen für die Befreiung von der Anmeldepflicht erfüllten. FEDETAB legt dar, weshalb dies ihrer Ansicht nach tatsächlich der Fall gewesen sei.

50 Die Anerkennung der Groß- und Einzelhändler durch die FEDETAB, ihre Einteilung in verschiedene Kategorien und die Verpflichtungen hinsichtlich des von den Einzelhändlern anzubietenden Sortiments ergäben sich allein aus den Beschlüssen der FEDETAB, einer Vereinigung mit Rechtspersönlichkeit, die durch ihre satzungsmäßigen Organe handele. Es handele sich somit nicht um eine Vereinbarung von Unternehmen noch um einen Beschluß dieser Unternehmen als solcher. Diese Beschlüsse könnten somit von der Anmeldepflicht nach Artikel 4 Absatz 1 der Verordnung befreit werden.

51 Die Vereinbarungen der FEDETAB mit der FNCG seien Vereinbarungen zwischen zwei Berufsverbänden, die als solche im Namen ihrer Mitglieder, nicht aber als Bevollmächtigte handelten, so daß sie gemäß Artikel 4 Absatz 2 Unterabsatz 1 Nr. 1 befreit werden könnten.

52 Die Mustervereinbarungen schließlich, die mehrere Zwischenhändler auf Aufforderung der FEDETAB unterzeichnet und in denen sie sich verpflichtet hätten, das Verbot des Weiterverkaufs an bestimmte Großhändler zu beachten, stellten in Wirklichkeit nur einseitige Verpflichtungen dieser Zwischenhändler dar, so daß die Mustervereinbarungen gemäß Artikel 4 Absatz 2 Unterabsatz 1 Nr. 2 Buchstabe a befreit werden könnten.

53 Ferner seien die am 23. Dezember 1971 hinsichtlich der Zahlungsfristen getroffenen kollektiven Vereinbarungen keine Beschlüsse von Unternehmen und keine Vereinbarungen zwischen mehreren Unternehmen, sondern vielmehr Vereinbarungen eines jeden Herstellers mit jedem seiner Kunden. Solche Vereinbarungen seien offensichtlich nicht anmeldepflichtig.

54 Die Kommission legt in der Begründungserwägung 110 ihrer Entscheidung dar, daß sie Artikel 85 Absatz 3 EWG-Vertrag auf die in den Begründungserwägungen 19 bis 57 der Entscheidung beschriebenen, auf den Zeitraum vom 13. März 1962 bis zum 1. Dezember 1975 bezüglichen Vertriebsmaßnahmen nicht anwenden könne, da diese nicht gemäß Artikel 4 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17 bei ihr angemeldet worden seien, obgleich sie zu keiner der Gruppen von Vereinbarungen und Beschlüssen gehörten, für die gemäß Artikel 4 Absatz 2 kein Anlaß zur Anmeldung bestehe.

55 Beim Erlaß der fraglichen Maßnahmen handelte FEDETAB tatsächlich im Namen ihrer Mitglieder, also der Mehrzahl der belgischen Tabakwarenhersteller sowie eines luxemburgischen Tabakwarenherstellers, der Klägerin HvL. Das ergibt sich besonders klar aus Artikel 8 Absatz 2 der Satzung der FEDETAB, wonach die FEDETAB als Mitglied nur den aufnimmt, der sich an ihre Satzung und an alle Beschlüsse hält, die kraft dieser Satzung getroffen werden, und der die dort niedergelegten Verpflichtungen erfüllt. Diese Hersteller hatten somit über ihren Berufsverband an diesen Maßnahmen Teil. Das findet sich auch in mehreren Ausführungen der FEDETAB selbst bestätigt. In Erfüllung eines Auskunftsverlangens hatte die FEDETAB der Kommission mit Schreiben vom 26. Januar 1971 einen Bericht über ihre Politik und Praxis für den Vertrieb von Tabakwaren in Belgien übersandt. Auf Seite 2 unter Punkt B dieses Schreibens nimmt die FEDETAB auf die großzügige Natur dieses Vertriebssystems Bezug und führt aus: „Die einzige Einschränkung — die ausschließlich zwischen den Mitgliedern der FEDETAB vereinbart wurde und außenstehende Hersteller nicht bindet — besteht darin, die Großhandelsbedingungen aufgrund ihrer besonderen Leistungen für die In-

dustrie anerkannten Großhändlern vorzubehalten." Im übrigen ergibt sich aus dem Wortlaut des Abkommens vom 22. Mai 1967 über die Preisunterbietung (Anlage II zu diesem Schreiben), daß dieses zwischen der FNCG und der FEDETAB im Namen ihrer jeweiligen Mitglieder geschlossen wurde. Die tatsächliche Mitwirkung dieser Mitglieder am Inhalt des Abkommens ergibt sich klar aus dessen Artikel 1:

„Die belgischen Großhändler, vertreten durch die Unterfertigte zu 1 (FNCG), verpflichten sich sowohl untereinander wie gegenüber den Zigarettenherstellern, vertreten durch die Unterfertigte zu 2 (FEDETAB), die von ihnen gekauften Tabakwaren zu den von den Lieferanten angegebenen Preisen ohne irgendwelche Rabatte weiterzuverkaufen."

56 Die fraglichen Maßnahmen fielen also nicht unter Artikel 4 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17, da an ihr Hersteller mit Sitz in zwei Mitgliedstaaten, nämlich Belgien und dem Großherzogtum Luxemburg, und mehr als zwei Unternehmen teilnahmen, nämlich zumindest die Klägerinnen. Da diese Maßnahmen nicht von der Anmeldepflicht befreit waren, ist diese Rüge zurückzuweisen.

Achte Rüge: Weigerung, das Schreiben der FEDETAB vom 26. Januar 1971 als Anmeldung anzusehen

57 Diese Rüge wird von der FEDETAB und allen übrigen Klägerinnen, ausgenommen Jubilé und Vander Elst erhoben; danach soll sich die Kommission zu Unrecht geweigert haben, das vorgenannte Schreiben der FEDETAB vom 26. Januar 1971 als gültige Anmeldung der beim Vertrieb der Tabakwaren angewandten Maßnahmen anzusehen, obwohl dieses Schreiben einschließlich der Anlagen dazu der Kommission alle später von dieser beanstandeten Maßnahmen zur Kenntnis gebracht und auch die Gründe genannt habe, deretwegen die Maßnahmen entweder nicht unter Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag fielen oder jedenfalls der Organisierung des Marktes förderlich gewesen seien.

58 In der Begründungserwägung 111 ihrer Entscheidung führt die Kommission unter anderem aus, dieses in Erfüllung eines förmlichen auf Artikel 11 der Verordnung Nr. 17 gestützten Auskunftverlangens an sie gerichtete Schreiben enthalte keinen Antrag auf Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 EWG-Vertrag und beziehe sich nicht auf die Anwendung der Artikel 4 und 5 der

Verordnung Nr. 17. Die FEDETAB habe hierbei auch nicht die durch die Verordnung Nr. 27 der Kommission (ABl. Nr. 35 vom 10. Mai 1962, S. 1118/62) vorgeschriebenen Anmeldeformblätter benutzt.

59 In ihrer Klagebeantwortung führt die Kommission weiter aus, bereits in ihrer ersten Mitteilung der Beschwerdepunkte vom 18. Juli 1975 habe sie angezeigt, daß hinsichtlich der betreffenden Maßnahmen so lange keine Freistellung gewährt werden könne, als diese nicht angemeldet seien.

60 In ihrer Antwort vom 22. September 1975 auf die erste Mitteilung der Beschwerdepunkte führte die FEDETAB aus, daß das Schreiben vom 26. Juni 1971 sehr wohl als gültige Anmeldung betrachtet werden könne.

61 Die Form, der Inhalt und die sonstigen Einzelheiten der unter anderem in Artikel 4 der Verordnung Nr. 17 vorgesehenen Anmeldungen sind in Artikel 4 der Verordnung Nr. 27 in der Fassung des einzigen Artikels der Verordnung Nr. 1133/68 der Kommission vom 26. Juli 1968 (ABl. 189, S. 1) geregelt. Danach ist für Anmeldungen das als Anlage zur Verordnung Nr. 1133/68 abgedruckte Formblatt A/B zu verwenden; die Anmeldungen müssen die dort geforderten Angaben enthalten.

62 Die Verwendung des Formblatts ist somit zwingend vorgeschrieben; sie stellt eine unabdingbare Voraussetzung für die Gültigkeit der Anmeldung dar. Diese Voraussetzung trägt dem in Artikel 87 Absatz 2 Buchstabe b EWG-Vertrag für die Festlegung der Einzelheiten der Anwendung des Artikels 85 Absatz 3 aufgeführten Erfordernis einer wirksamen Überwachung bei möglichst einfacher Verwaltungskontrolle Rechnung. Der vorliegende Fall ist ein eindrückliches Beispiel für die Verwirrung und die Mißverständnisse, zu denen eine Anmeldung führen kann, für die nicht das vorgeschriebene Formblatt verwendet wird. Schließlich hat die FEDETAB erst in ihrer Antwort vom 22. September 1975 auf die erste Mitteilung der Beschwerdepunkte hin vorgetragen, das Schreiben vom 26. Januar 1971 stelle eine Anmeldung dar.

63 Aus diesen Gründen ist die Rüge zurückzuweisen.

Neunte Rüge: Ungenügendes Eingehen auf die zur Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 EWG-Vertrag vorgetragenen Argumente

64 Diese Rüge wird von der FEDETAB und allen anderen Klägerinnen, ausgenommen Jubilé und Vander Elst erhoben; danach soll die Kommission in ihrer Entscheidung nicht alle Argumente der FEDETAB zur Anwendbarkeit des Artikels 85 Absatz 3 auf die Bestimmungen der Empfehlung geprüft haben, sondern nur einige, und damit ihre Pflicht aus Artikel 190 EWG-Vertrag verletzt haben, ihre Entscheidung mit Gründen zu versehen.

65 In den Begründungserwägungen 114 bis 117 ihrer Entscheidung gibt die Kommission einige Argumente der Parteien wieder; die Begründungserwägungen 118 bis 132 enthalten dann ihre Beurteilung der Empfehlung im Hinblick auf die Anwendung des Artikel 85 Absatz 3. Diese Beurteilung geht zwar teilweise auf diese Argumente ein, weist sie aber nicht detailliert zurück, sondern entwickelt selbständig, in allgemeiner Formulierung die Gründe, aus denen eine Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 im vorliegenden Fall ausgeschlossen war.

66 Nach Artikel 190 EWG-Vertrag hat die Kommission ihre Entscheidungen zwar mit Gründen zu versehen und dabei die sachlichen und rechtlichen Gesichtspunkte, von denen die Rechtmäßigkeit der Maßnahme abhängt, sowie die Erwägungen aufzuführen, die sie zum Erlaß ihrer Entscheidung veranlaßt haben; sie braucht jedoch nicht auf alle sachlichen und rechtlichen Fragen einzugehen, die von allen Beteiligten während des Verwaltungsverfahrens vorgebracht wurden. Da die vorliegende Rüge gerade von einer solchen Pflicht ausgeht, ist sie zurückzuweisen.

Zehnte Rüge: Die Kommission habe Beschwerdepunkte berücksichtigt, die nicht mitgeteilt worden seien

67 Nach dieser von allen Klägerinnen erhobenen Rüge soll die Kommission Artikel 19 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17 und Artikel 4 der Verordnung Nr. 99/63 dadurch verletzt haben, daß sie den Klägerinnen keine Gelegenheit zur Stellungnahme zu bestimmten Beschwerdepunkten gegeben habe, die sie in der angefochtenen Entscheidung in Betracht gezogen habe. In der zweiten Mitteilung der Beschwerdepunkte habe die Kommission die Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 allein aus der Erwägung abgelehnt, daß die Empfehlung die zweite der vier in diesem Artikel genannten Voraussetzun-

gen, nämlich die Verbesserung der Warenerzeugung oder die Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts, nicht erfülle. Infolgedessen hätten sich die Klägerinnen lediglich zu dieser Voraussetzung geäußert. In der angefochtenen Entscheidung werde die Gewährung der Freistellung jedoch auch mit der Begründung abgelehnt, daß die drei anderen Voraussetzungen nicht gegeben seien. Den Klägerinnen sei somit die Möglichkeit genommen gewesen, sich zum Vorliegen dieser Voraussetzungen zu äußern.

68 Nach dem Urteil des Gerichtshofes vom 15. Juli 1970 in der Rechtssache 41/69 *(AFC Chemiefarma/Kommission,* Slg. 1970, 661, 694, Randnrn. 91 bis 93 der Entscheidungsgründe) braucht die Entscheidung nicht notwendig ein Abbild der Mitteilung der Beschwerdepunkte zu sein. Die Kommission muß die Ergebnisse des Verwaltungsverfahrens berücksichtigen, sei es, um bestimmte Beschwerdepunkte fallen zu lassen, die sich als nicht ausreichend begründet erwiesen haben, sei es, um ihre Argumente, auf die sie die aufrecht erhaltenen Beschwerdepunkte stützt, in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht neu zu ordnen oder zu ergänzen. Diese letztere Möglichkeit steht mit dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs, den Artikel 4 der Verordnung 99/63 enthält, nicht im Widerspruch.

69 In der zweiten Mitteilung der Beschwerdepunkte wird die Verweigerung der Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 EWG-Vertrag für den vorliegenden Fall ausschließlich darauf gestützt, daß die zweite Voraussetzung dieses Absatzes nicht erfüllt sei. Dieser Beschwerdepunkt wird in der Entscheidung nach einer ausführlichen Begründung (Begründungserwägungen 113 bis 131) in der Begründungserwägung 132 berücksichtigt.

70 In der Entscheidung werden allerdings auch zwei andere Beschwerdepunkte berücksichtigt. In der Begründungserwägung 132 heißt es weiter, daß die Empfehlung „nicht dazu angetan ist, die Verbraucher angemessen an dem Gewinn zu beteiligen, der sich eventuell aus ihr ergeben könnte". Nach der Begründungserwägung 133 eröffnen im übrigen „die Vereinbarungen wegen des Marktanteils der Mitglieder der FEDETAB den beteiligten Unternehmen die Möglichkeit, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten".

71 Die Kommission führt aus, die Klägerinnen hätten sich bereits während des Verwaltungsverfahrens und insbesondere bei der Anmeldung der Empfeh-

lung ausgiebig zu den vier Voraussetzungen des Artikels 85 Absatz 3 geäußert. Die erste Voraussetzung (angemessene Beteiligung der Verbraucher am Gewinn) sei bereits in der ersten Mitteilung der Beschwerdepunkte aufgeführt. Die Kommission habe die Äußerungen der Klägerinnen zu dieser Voraussetzung in ihrer Entscheidung zusammengefaßt (insbesondere die Begründungserwägungen 114 bis 117) und auf einige dieser Argumente auch geantwortet (Begründungserwägungen 119, 121, 122, 125, 126 und 131).

72 Dieses Vorbringen der Kommission trifft zu. Da die beiden Mitteilungen der Beschwerdepunkte als Einheit zu betrachten sind und die erste Voraussetzung in der ersten Mitteilung angeführt wurde, ist festzustellen, daß der diesbezüglich in der Begründungserwägung 131 der Entscheidung in Betracht gezogene Beschwerdepunkt keine Verletzung des Artikels 4 der Verordnung Nr. 99/63 darstellt.

73 Soweit in der Begründungserwägung 133 der Entscheidung auch die vierte Voraussetzung des Artikels 85 Absatz 3 EWG-Vertrag angeführt wird, macht die Kommission geltend, es handele sich nur um eine Ergänzung ihrer rechtlichen Argumentation, die die Versagung der Freistellung untermauern solle, während ihre wesentliche Argumentation die zweite Voraussetzung betreffe.

74 Diese vierte Voraussetzung wurde in den beiden Mitteilungen der Beschwerdepunkte im Rahmen der Frage der Anwendung des Artikels 85 Absatz 3 in keinem Beschwerdepunkt ausdrücklich in Betracht gezogen. Da aber die Frage, in welchem Umfang die Empfehlung den Klägerinnen die Möglichkeit gibt, den Wettbewerb auszuschalten, den eigentlichen Kern der zweiten Mitteilung der Beschwerdepunkte bildet, zu der die Klägerinnen Stellung genommen haben, stellt es keine Verletzung des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs in Widerspruch zu Artikel 4 der Verordnung Nr. 99/63 dar, wenn sie in dem Teil der Entscheidung aufgegriffen wird, der sich auf die Anwendbarkeit des Artikels 85 Absatz 3 auf die Empfehlung bezieht. Deshalb ist diese Rüge zurückzuweisen.

Elfte Rüge: Fehlerhafte Beurteilung der Empfehlung im Verhältnis zu den früheren Maßnahmen

75 Die Klägerinnen Jubilé und Vander Elst werfen der Kommission vor, sie habe die Artikel 85 und 190 EWG-Vertrag dadurch verletzt, daß sie in der Empfehlung vom 1. Dezember 1975 fälschlich eine Fortführung der vor diesem Zeitpunkt getroffenen Maßnahmen gesehen und die Empfehlung daher fehlerhaft beurteilt habe. Ein Vergleich der Ansicht der Kommission aus den alten Vereinbarungen resultierenden Wettbewerbsbeschränkungen mit dem Inhalt der Empfehlung zeige, daß es sich um zwei völlig unterschiedliche Sachverhalte mit entsprechend unterschiedlichen Auswirkungen auf den Wettbewerb handele. Dieser Irrtum in tatsächlicher Hinsicht habe die Kommission dazu geführt, die angeblich wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen der Empfehlung mit jenen der alten Vereinbarungen zu begründen.

76 Sowohl im Sachverhalt der Entscheidung wie in der rechtlichen Beurteilung werden die Empfehlung und die ihr vorhergehenden Maßnahmen getrennt behandelt. Zum Sachverhalt wird in der Begründungserwägung 60 der Entscheidung ausgeführt, daß die Empfehlung „die vorstehend unter I. C beschriebenen Maßnahmen ersetzen soll", also die alten Maßnahmen; dies ist eine schlichte Sachverhaltsfeststellung, die unanfechtbar ist. Auch im Tenor der Entscheidung werden die beiden Gruppen von Maßnahmen dadurch auseinander gehalten, daß ihnen jeweils ein eigener Artikel gewidmet ist: Artikel 1 betrifft die alten Maßnahmen, Artikel 2 die Empfehlung.

77 Nach dem Urteil des Gerichtshofes vom 16. Dezember 1975 in den verbundenen Rechtssachen 40 bis 48, 50, 54 bis 56, 111, 113 und 114/73 *(Suiker Unie und andere/Kommission,* Slg. 1975, 1663, 1954, Randnr. 111 der Entscheidungsgründe) ist es der Kommission nicht verwehrt, über mehrere Zuwiderhandlungen in einer einzigen Entscheidung zu befinden, vorausgesetzt, die Entscheidung erlaubt es jedem Adressaten, sich ein eindeutiges Bild davon zu verschaffen, welche Vorwürfe gegen ihn erhoben werden. Der Aufbau der Entscheidung gestattet es, zwischen den unterschiedlichen Maßnahmen klar zu unterscheiden, selbst wenn der Empfehlung in der rechtlichen Beurteilung verschiedentlich Ziele oder Wirkungen beigemessen werden, die denen ähnlich oder gleich sind, die bestimmte alte Maßnahmen kennzeichnen.

78 Die Kommission hat also nicht durch unzureichende oder fehlende Begründungen den Artikel 190 EWG-Vertrag verletzt. Die sachlichen Ungenauigkeiten, die die Klägerinnen anführen, und die Rechtsfehler, die darauf beruhen sollen, sind im Rahmen der Sachrügen zu prüfen.

III — Die Rügen 1 bis 6 und 10 in Verhältnis zu Artikel 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention

79 Die FEDETAB macht in ihrer Erwiderung geltend, das Verhalten der Kommission, auf das sich diese sieben Rügen bezögen, verletze auch Artikel 6 Absatz 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention, wonach jedermann Anspruch darauf habe, daß seine Sache in billiger Weise von einem unabhängigen und unparteiischen Gericht gehört werde, das über zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen zu entscheiden habe. Sie führt unter anderem das Urteil des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte vom 31. Mai 1978 in der Rechtssache König (Séries A Nr. 27, S. 30, Nr. 90 der Entscheidungsgründe) zur Begründung ihrer Auffassung an, daß die in Artikel 85 ff. EWG-Vertrag und in der Durchführungsverordnung hierzu festgelegten Rechte zivilrechtliche Ansprüche im Sinne des Artikels 6 Absatz 1 der Konvention seien.

80 In ihrer Antwort führte die Kommission aus, sie sei auch bei der Anwendung der Wettbewerbsregeln des EWG-Vertrages kein Gericht im Sinne dieser Bestimmungen. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte sei eines der Merkmale eines „Gerichts" seine Unabhängigkeit von der Verwaltung (vgl. Urteil Ringeisen, Séries A Nr. 13, S. 39, Nr. 94 der Entscheidungsgründe); da sie gerade mit der Exekutivgewalt der Gemeinschaft ausgestattet sei, sei es zumindest zweifelhaft, ob sie in Ermangelung der Unabhängigkeit von eben dieser Gewalt ein Gericht in diesem Sinne darstellen könnte.

81 Die Argumentation der FEDETAB ist irrig. Wenn die Kommission auch die gemeinschaftsrechtlichen Verfahrensgarantien zu beachten hat — was sie, wie ausgeführt, getan hat —, so kann sie doch deswegen nicht als „Gericht" im Sinne des Artikels 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention betrachtet werden.

IV — Rüge, die einen allgemeinen Rechtsgrundsatz betrifft

82 Alle Klägerinnen, ausgenommen Jubilé und Vander Elst, werfen der Kommission vor, den allgemeinen Rechtsgrundsatz der Gleichheit der öffentlichen und privaten Unternehmen vor dem EWG-Vertrag verletzt zu haben. Die Kommission habe die Vertriebspraktiken der Klägerinnen verurteilt und gleichzeitig unbestreitbare Wettbewerbsbeschränkungen in Frankreich und in Italien geduldet, wo Staatsmonopole für Tabakwaren bestünden.

83 Für diese Auffassung macht die FEDETAB unter anderem geltend, die Öffnung des französischen und des italienischen Marktes werde durch zahlreiche erhebliche Hindernisse rechtlicher und administrativer Art behindert, die sie in ihrer Klageschrift aufführt. In ihrer Erwiderung bemerkt sie zu den Erklärungen der Kommission, die insbesondere die von dieser im Hinblick auf die Umformung dieser Monopole eingeleiteten Verfahren betreffen, sie sei weiterhin überzeugt, daß die Kommission die ihrem Ermessen durch den Grundsatz der Gleichheit der Unternehmen vor dem EWG-Vertrag gezogenen Grenzen nicht eingehalten habe.

84 Dieses Vorbringen ist zurückzuweisen. Aus den Akten ergibt sich, daß die Kommission eine Reihe von Maßnahmen gegen die vorgenannten Staaten eingeleitet hat, so daß das klägerische Vorbringen sachlich nicht zutrifft. Selbst wenn die Kommission aber gegen einige ihrer Verpflichtungen aus Artikel 155 EWG-Vertrag verstoßen hätte, indem sie für die Anwendung des Gemeinschaftsrechts auf dem Gebiete des Wettbewerbs und der Umformung der Staatsmonopole auf dem Gebiete der Tabakwaren nicht Sorge getragen hätte, so würde dies doch Verstöße der Klägerinnen gegen das gemeinschaftliche Wettbewerbsrecht auf dem gleichen Sektor nicht rechtfertigen.

V — Sachrügen zu Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag

A — Unrichtige Beurteilung von Wesen und Tragweite der Empfehlung

85 *Jubilé* und *Vander Elst* machen geltend, die Kommission habe die Artikel 85 und 190 EWG-Vertrag dadurch verletzt, daß sie die Empfehlung zu Unrecht als eine Vereinbarung zwischen Unternehmen, als Beschluß einer Unternehmensvereinigung oder als für die Klägerinnen verbindlich angesehen habe. Um als eine derartige Vereinbarung angesehen werden zu können, hätte die Empfehlung nach Ansicht dieser Klägerinnen die Wesensmerkmale eines

nach dem innerstaatlichen Recht verbindlichen Vertrags aufweisen müssen. Im vorliegenden Fall liege jedoch kein derartiger Vertrag vor, da es an der verbindlichen Wirkung fehle.

86 Diesem Vorbringen kann nicht gefolgt werden, denn die klagenden Mitglieder der FEDETAB haben der Kommission mitgeteilt, daß sie sich der Anmeldung der Empfehlung anschlössen; im Laufe des Verfahrens vor dem Gerichtshof haben sie eingeräumt, die Empfehlung seit dem 1. Dezember 1975 befolgt zu haben. Die Empfehlung ist somit ein getreuer Ausdruck des Willens der Klägerinnen, sich auf dem belgischen Zigarettenmarkt der Empfehlung entsprechend zu verhalten. Daher sind die Voraussetzungen für die Anwendung von Artikel 85 Absatz 1 erfüllt.

87 Einige Klägerinnen und die Streithelferin AGROTAB werfen der Kommission ferner vor, sie habe die Empfehlung zu Unrecht als Beschluß einer Unternehmervereinigung im Sinne von Artikel 85 Absatz 1 bezeichnet. Die Empfehlung sei von der FEDETAB ausgesprochen worden, bei der es sich um eine Vereinigung ohne Gewinnzweck handele und die als solche nicht am Wirtschaftsleben teilnehme.

88 Auch dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden. Zum einen sind die Beschlüsse der FEDETAB, wie sich aus Artikel 8 ihrer Satzung ergibt, für ihre Mitglieder verbindlich. Zum anderen gilt Artikel 85 Absatz 1 auch für Vereinigungen, soweit deren eigene Tätigkeit oder die der in ihnen zusammengeschlossenen Unternehmen auf die Folgen abzielt, die diese Vorschrift unterbinden will. Da mehrere Hersteller ausdrücklich erklärt haben, die Bestimmungen der Empfehlung befolgen zu wollen, ist diese nicht schon deshalb der Anwendung des Artikels 85 EWG-Vertrag entzogen, weil sie von einer Vereinigung ohne Gewinnzweck herrührt.

89 Ebensowenig kann der Auffassung beigetreten werden, die Empfehlung sei nicht verbindlich gewesen, und in der Begründungserwägung 61 der angefochtenen Entscheidung sei zu Unrecht von einer wirklichen Verpflichtung für alle Unternehmen der betreffenden Branche die Rede. Denn unabhängig davon, daß die Bestimmungen der Empfehlung gemäß Artikel 8 der Satzung der FEDETAB für deren Mitglieder verbindlich sind, ist darauf hinzuweisen, daß die Annahme der Empfehlung durch sieben Unternehmen, die Klägerinnen in den vorliegenden Rechtssachen, die einen wesentlichen Teil des ge-

samten Zigarettenverkaufs in Belgien kontrollieren, einen Einfluß auf den Wettbewerb auf dem betreffenden Markt ausübt.

B — Von der Klägerin HvL geltend gemachte unrichtige Beurteilung

90 Die Klägerin HvL, ein luxemburgischer Zigarettenhersteller, wirft der Kommission vor, sie habe ihr gegenüber die Artikel 85 und 190 EWG-Vertrag dadurch verletzt, daß sie zu Unrecht angenommen habe, HvL habe sich mit den übrigen Beteiligten hinsichtlich der vor dem 1. Dezember 1975 getroffenen Maßnahmen abgestimmt. Hierzu trägt die Klägerin vor, was die Zeit vor dem 1. Dezember 1975 angehe, habe sie keine der in der Entscheidung angeführten Abkommen unterzeichnet. Eine Ausnahme bilde lediglich das Schreiben vom 23. Dezember 1971 zur Festlegung maximaler Zahlungsfristen. Daher könnten ihr nur die in diesem Schreiben angesprochenen Maßnahmen zum Vorwurf gemacht werden. Wegen des auf dem belgischen Markt bestehenden Drucks habe sie sich am Verhalten der anderen belgischen Hersteller und Importeure ausgerichtet, ohne daß man deswegen von der Existenz eines Kartells oder einer abgestimmten Verhaltensweise ausgehen könne.

91 Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden. Die Klägerin ist seit 1947 Mitglied der FEDETAB. Nach Artikel 8 der Satzung mußte sie sich unter anderem allen aufgrund dieser Satzung gefaßten Beschlüssen anschließen. Zudem handelte die FEDETAB, wie bereits hinsichtlich der früheren Maßnahmen festgestellt wurde, tatsächlich im Namen ihrer Mitglieder, die am Erlaß und an der Einhaltung dieser Maßnahmen durch Vermittlung ihres Berufsverbandes beteiligt waren.

C — Rügen, die die Beeinträchtigung des Wettbewerbs betreffen

92 Die Klägerinnen machen des weiteren geltend, mit ihrer Entscheidung habe die Kommission Artikel 85 Absatz 1 verletzt, da sie zu Unrecht angenommen habe, die beanstandeten Maßnahmen bezweckten oder bewirkten eine zumindest spürbare Einschränkung des Wettbewerbs.

1. Einleitende Bemerkungen

93 Zur Würdigung des Vorbringens der Klägerinnen sind zunächst Wesen und Tragweite der beanstandeten Maßnahmen im Hinblick auf ihre Prüfung nach Artikel 85 EWG-Vertrag darzulegen.

a) Inhalt der beanstandeten Maßnahmen

i) Die Zeit vor dem 1. Dezember 1975

94 Wie bereits ausgeführt, nennt die Kommission in Artikel 1 der Entscheidung die Maßnahmen, die sie für die Zeit vor dem 1. Dezember 1975 als Verstöße gegen Artikel 85 Absatz 1 beanstandet.

95 Es handelt sich in erster Linie um die Anerkennung der Groß- und Einzelhändler durch die FEDETAB, um ihre Einstufung in verschiedene Kategorien nach einer vom Comité belge de distribution festgelegten Einteilung und um die Zuerkennung fester, je nach Kategorie unterschiedlicher Verdienstspannen, und zwar vornehmlich mittels Gewährung eines Direktnachlasses, der der vom belgischen Wirtschaftsministerium im Rahmen seines Meldesystems für Preiserhöhungen genehmigten Höchstspanne entsprach. Diesen Nachlaß haben der Kommission zufolge nur die Genossenschaften und die großen Verbrauchermärkte, die auch als Einzelhändler tätig seien, für sich behalten, während die eigentlichen Großhändler einen Teil des Nachlasses an die Einzelhändler hätten weitergeben müssen, an die sie ihre Erzeugnisse weiterverkauften. Die 80 000 belgischen Einzelhändler seien nach einem am 29. Dezember 1970 zwischen der FEDETAB und der FNCG geschlossenen Abkommen in „anerkannte Einzelhändler" (etwa 2000) und „nicht anerkannte Einzelhändler" unterteilt worden. Letzteren habe der Großhändler einen geringeren Anteil an dem Nachlaß eingeräumt als den anerkannten Einzelhändlern.

96 Die Kommission weist sodann auf eine Reihe von Maßnahmen der FEDETAB und der FNCG im Bereich der Wiederverkaufspreise hin. Unter anderem hätten sich die Großhändler aufgrund eines Abkommens zwischen der FEDETAB und der FNCG vom 22. Mai 1967 verpflichtet, die Tabakerzeugnisse ohne irgendwelche Nachlässe oder Vergünstigungen, mit Ausnahme der Verdienstspanne des Einzelhändlers, zu dem von den Lieferanten angegebenen Preis, weiterzuverkaufen. Aufgrund desselben Abkommens hätten sich die Großhändler, die Einzelhandelsgeschäfte betrieben, verpflichtet, die Zigaretten ohne jeden Nachlaß zu dem auf der Steuerbanderole angegebenen Einzelhandelspreis an den Verbraucher weiterzuverkaufen. Durch die Unterzeichnung eines Mustervertrags, den ihnen die FEDETAB vorgelegt habe, seien die anerkannten Einzelhändler eine ähnliche Verpflichtung eingegangen. Durch ein Ergänzungsabkommen vom 5. Oktober 1967 zur Auslegung des vorgenannten Abkommens hätten die FEDETAB und die FNCG

klargestellt, man gehe davon aus, daß die Großhändler, die auch Einzelhandelsgeschäfte betrieben, sich verpflichtet hätten, keine Einzelhändler zu beliefern, die den auf der Banderole angegebenen Verkaufspreis nicht einhielten. Durch ein weiteres Ergänzungsabkommen zur Auslegung, daß die FEDETAB und die FNCG am 29. Dezember 1970 unterzeichnet hätten, seien sie die Verpflichtung eingegangen, die Anwendung dieser Abkommen systematisch und streng zu kontrollieren. In einer Mustervereinbarung unter der Bezeichnung „Sondervereinbarung über Preisunterschreitung", die die FEDETAB den Großhändlern am 30. Juni 1972 (dem regulären Tag des Auslaufens des Abkommens vom 22. Mai 1967) vorgelegt habe, hätten diese bestätigt, daß sie von besagtem Abkommen sowie den Ergänzungsabkommen zu seiner Auslegung vom 29. Dezember 1970 und 22. März 1972 (siehe nachstehend) Kenntnis genommen hätten; außerdem hätten sie sich für die Zeit vom 1. Juli 1972 bis 30. Juni 1977 verpflichtet, die Tabakwaren ohne irgendwelche Rabatte oder Vergünstigungen zu den von den Lieferanten angegebenen Preisen weiterzuverkaufen.

97 Seit dem 1. Januar 1971 habe sich die FEDETAB geweigert, neue Großhändler, außer in den Kategorien „reisende Fachgroßhändler" und „Hotels — Restaurants — Cafés", und auch neue Genossenschaften und Unternehmen mit großer Verkaufsfläche, außer in den Kategorien „Warenhäuser und Niedrigpreisläden mit vielseitigem Angebot", anzuerkennen. Die Bewerber um Zulassung zu diesen Kategorien hätten sich unter anderem verpflichten müssen, die vorgeschriebenen Preise einzuhalten, ihre Einkäufe bar zu bezahlen und sich an der Einführung aller neuen Marken zu beteiligen.

98 Unter Bezugnahme auf das Ergänzungsabkommen vom 29. Dezember 1970 habe die FNCG ihren Mitgliedern durch ergänzendes Schreiben zur Auslegung vom 22. März 1972 mitgeteilt, es sei ihnen künftig untersagt, an Lebensmittelgroßhändler und andere nicht unmittelbar von den Herstellern belieferte Großhändler sowie an Großhändler zu verkaufen, die „mengenmäßigen Beschränkungen" seitens der Hersteller unterlägen. Die Nichtbeachtung dieses Verbots werde die Einstellung der Belieferung zur Folge haben. Dieses Verbot sei durch einen Mustervertrag verstärkt worden, den nahezu alle Großhändler, nachdem sie am 30. Juni 1972 von der FEDETAB hierzu aufgefordert worden seien, unterzeichnet hätten und durch den sie sich verpflichtet hätten, das genannte Verkaufsverbot einzuhalten. Die Nichtbeachtung dieser Verpflichtungen zog der Kommission zufolge den Anspruch auf die Jahresabschlußvergütungen und den Verlust der Großhandelsbedingungen nach sich.

99 Die Kommission wirft den Klägerinnen ebenfalls die von den Mitgliedern der FEDETAB auf dem Gebiet der Zahlungsfristen getroffenen kollektiven Maßnahmen vor. Mit Schreiben vom 23. Dezember 1971 auf Papier mit dem Briefkopf der FEDETAB hätten neun ihr angehörende Hersteller allen Kunden, denen Großhandelsbedingungen eingeräumt worden seien, mitgeteilt, die Zahlungsfristen würden auf höchstens fünfzehn Tage verkürzt, und die Hersteller würden die Belieferung bei Nichteinhaltung dieser Fristen einstellen. Der Kommission zufolge wurden diese Maßnahmen bis zum Inkrafttreten der Empfehlung am 1. Dezember 1975 angewandt.

100 Schließlich wirft die Kommission den Klägerinnen vor, bestimmte Kategorien von Einzelhändlern, nämlich die „Warenhäuser mit vielseitigem Angebot" und die „Niedrigpreisläden mit vielseitigem Angebot", verpflichtet zu haben, ein von der FEDETAB festgelegtes Mindestsortiment anzubieten; die Einhaltung dieser Verpflichtung habe sie durch verschiedene kollektive Maßnahmen sichergestellt, zu denen unter anderem die Unterbrechung der Zigarettenlieferungen an GB im März 1972 gehört habe.

101 Die Klägerinnen bestreiten nicht, daß die Sachverhaltsdarstellung durch die Kommission im wesentlichen zutrifft. Sie beschränken sich auf das Vorbringen, die die vorgeschriebenen Preise betreffenden Maßnahmen seien im August 1974 weggefallen, und die Maßnahmen bezüglich des Wiederverkaufsverbots seien ohne Folgen geblieben und ohnehin am 1. Juli 1973 ausgelaufen.

ii) Die FEDETAB-Empfehlung vom 1. Dezember 1975

102 Diese Empfehlung, die an die Stelle der früheren Maßnahmen getreten und von der FEDETAB am 1. Dezember 1975 bei der Kommission angemeldet worden ist, betrifft nur den Teilsektor Zigaretten. Unstreitig haben die übrigen Klägerinnen der Kommission mitgeteilt, sie beabsichtigten, die Empfehlung zu befolgen, und sie schlössen sich der Anmeldung an. Der Begründung der Kommissionsentscheidung zufolge üben die in der FEDETAB zusammengeschlossenen Unternehmen großen Einfluß auf die übrigen Hersteller und Importeure sowie auf die Groß- und Einzelhändler aus. Die Empfehlung stelle somit für alle Unternehmen der Branche eine regelrechte Verpflichtung dar. Sie sei ein Beschluß einer Unternehmensvereinigung und eine Vereinbarung zwischen Unternehmen, die eine spürbare Einschränkung des Wettbewerbs zwischen den Herstellern und in zweiter Linie zwischen den Groß-

händlern innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezwecke und bewirke. Auch die Voraussetzungen für die Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 EWG-Vertrag lägen nicht vor, da die Empfehlung keine Verbesserung der Warenverteilung zur Folge habe, die ausreiche, um die von ihr ausgehenden wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen aufzuwiegen, und da sie nicht dazu angetan sei, die Verbraucher angemessen an dem Gewinn zu beteiligen, der sich eventuell aus ihr ergeben könne.

103 Im Rahmen der Empfehlung ist der Zigarettenhandel in Belgien nach den folgenden drei Grundsätzen organisiert:

— Einteilung der Groß- und Einzelhändler in Kategorien, Festsetzung unterschiedlicher, den Kunden auf die Rechnung zu gewährender Höchstnachlässe sowohl auf der Großhandels- als auch auf der Einzelhandelsstufe und Aufstellung von Mindestkriterien (Grad der Spezialisierung auf Tabakerzeugnisse, Verkaufsvolumen, Zahl der angebotenen Marken und Zahl der belieferten Verkaufsstellen) als Voraussetzung für die Gewährung dieser Nachlässe;

— Gewährung einer Jahresabschlußvergütung an die Groß- und Einzelhändler durch die FEDETAB, die auf der Grundlage ihrer im Laufe des Jahres getätigten Zigarettenkäufe aller Marken bei allen Herstellern, gleichgültig, ob sie Mitglieder der FEDETAB sind oder nicht, oder ob es sich bei ihnen um belgische oder ausländische Unternehmer handelt, berechnet wird;

— Grundsatz der Barzahlung mit der Möglichkeit, ausnahmsweise eine Zahlungsfrist von 15 Tagen ab Rechnungsdatum zu gewähren.

104 Daraus ergibt sich, daß die verschiedenen vor dem 1. Dezember 1975 ergriffenen Maßnahmen und die in der Empfehlung enthaltenen Regelungen zwar in einzelnen Punkten voneinander abweichen, daß sie jedoch im wesentlichen gleichartige Gegenstände, nämlich die Gewinnspannen der Groß- und Einzelhändler (nachstehend: „Handelsspannen"), die Jahresabschlußvergütungen und die Zahlungsfristen, betreffen.

105 Zur Prüfung der Frage, ob die beanstandeten Maßnahmen eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezwecken oder bewirken, sind daher zunächst für

beide Zeiträume zusammen die Maßnahmen bezüglich der Handelsspannen, der Jahresabschlußvergütung und der Zahlungsfristen gesondert zu untersuchen.

2. Die Maßnahmen bezüglich der Handelsspannen, der Jahresabschlußvergütung und der maximalen Zahlungsfristen

a) Die Handelsspannen

106 Wie aus der Schilderung der beanstandeten Maßnahmen hervorgeht, sind diese vor allem dadurch gekennzeichnet, daß die Tabakwarenhersteller eine Einteilung des Handels auf der Groß- und Einzelhandelsstufe und dieser Einteilung entsprechende Spannen vereinbart haben. Dieses System hat durch die FEDETAB-Empfehlung vom 1. Dezember 1975 nur insoweit eine Änderung erfahren, als nach dieser Empfehlung, wie die Kommission in der Begründungserwägung 97 der angefochtenen Entscheidung ausgeführt hat, drei neue Kriterien bei der Festsetzung der Verdienstspannen berücksichtigt werden, nämlich das jährliche Absatzvolumen, die Zahl der angebotenen Marken und die Zahl der belieferten Verkaufsstellen. Außerdem beschränkt sich die durch die Empfehlung geschaffene Regelung auf den Teilsektor Zigaretten, während die Maßnahmen, die vor der Empfehlung in Kraft waren, für alle Tabakwaren galten.

107 Die Kommission stellt in Artikel 1 und 2 der Entscheidung fest, daß die Einteilung der belgischen Groß- und Einzelhändler in Kategorien und die Zuerkennung unterschiedlicher Verdienstspannen je nach Kategorie eine Zuwiderhandlung gegen Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag darstelle. Zur Begründung führt sie unter anderem an, dieses System stelle sowohl für die Hersteller als auch für die Großhändler eine Einschränkung des Wettbewerbs dar (Begründungserwägungen 81 und 97). Denn den Herstellern werde auf diese Weise die Möglichkeit genommen, einander im Bereich der Gewinnspannen Konkurrenz zu machen, während die Großhändler die Möglichkeit verlören, auf dem Gebiet ihrer den Herstellern geleisteten Dienste miteinander in Wettbewerb zu treten. Weder im Rahmen des vor der Empfehlung geltenden Systems noch in dem der durch die Empfehlung vom 1. Dezember 1975 geschaffenen Regelung wurden die Leistungen berücksichtigt, die die Zwischenhändler über die für die Einteilung berücksichtigten Leistungen hinaus individuell erbringen könnten.

108 Im Verfahren vor dem Gerichtshof hat die Kommission betont, der Schwerpunkt der betreffenden Maßnahmen liege in der horizontalen Abstimmung der Klägerinnen über die Spannen und sonstigen finanziellen Vergünstigungen, die die Hersteller und Importeure den Händlern gewährten. Nach Ansicht der Kommission entspricht die Vereinheitlichung dieser Spannen und Vergünstigungen völlig einer Abstimmung zwischen Herstellern und Importeuren über die Preise, durch die der für die Dienstleistung des Zwischenhändlers zu zahlende Preis festgelegt werde. Dieses System stelle eine schwerwiegende Verletzung des vom EWG-Vertrag gewollten Wettbewerbssystems dar.

109 Es ist daher zu prüfen, ob die beanstandeten Maßnahmen, soweit sie die Handelsspannen und sonstigen finanziellen Vergünstigungen betreffen, für die betreffende Branche unter Verstoß gegen Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezwecken oder bewirken.

110 Der Inhalt der beanstandeten Maßnahmen läßt auf den ersten Blick erkennen, daß diese namentlich darauf gerichtet sind, den Herstellern und Importeuren die Möglichkeit zu nehmen, mit den Großhändlern je nach der Marktlage individuelle Spannen und weitergehende Vergünstigungen auszuhandeln. Dies wird durch den Umstand bestätigt, daß die Klägerinnen eingeräumt haben, sie hätten sich an die durch die Empfehlung und durch die vor der Empfehlung geltenden Maßnahmen geschaffenen Regelung im Bereich der Spannen gehalten.

111 Die Klägerinnen machen jedoch geltend, bestimmte belgische Rechtsvorschriften und Verwaltungspraktiken auf dem Tabakwarensektor wirkten sich so entscheidend auf das Verhalten der belgischen Hersteller und Importeure dieser Waren im Bereich der Spannen und der sonstigen dem Handel zu gewährenden finanziellen Vergünstigungen und im Bereich der Endverkaufspreise aus, daß die beanstandeten Maßnahmen keine — zumindest keine spürbare — Einschränkung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken könnten.

112 Daher sind das Wesen und die Tragweite dieser belgischen Rechtsvorschriften und der Verwaltungspraktiken zu prüfen und ihre möglichen Auswirkungen auf den Wettbewerb zu beurteilen.

i) Die belgischen Rechtsvorschriften und Verwaltungspraktiken

— Die belgischen Bestimmungen über die Verbrauchsteuer auf Tabakwaren

113 Wie sich aus den Akten ergibt, unterliegen Tabakwaren und insbesondere Zigaretten in Belgien einer steuerrechtlichen Regelung, die durch die Erhebung einer wertabhängigen Steuer gekennzeichnet ist, welche auf der Grundlage des Kleinverkaufspreises „einschließlich Mehrwertsteuer" (nachstehend kurz als „KVP" bezeichnet) berechnet wird. Der Gesamtbetrag dieser beiden Steuern ist vom Hersteller oder vom Importeur normalerweise beim Kauf der Steuerbanderolen zu entrichten, mit denen die verschiedenen Tabakwaren versehen werden, bevor diese in den Handel gelangen, und zwar unabhängig davon, ob sie in Belgien hergestellt oder dorthin eingeführt worden sind, und auf denen der für die Berechnung der zu zahlenden Steuer maßgebliche KVP angegeben ist.

114 Nach belgischem Recht hat der Endverkäufer die auf den Steuerbanderolen angegebenen Preise strikt einzuhalten. Diese Verpflichtung ergibt sich aus Artikel 58 des belgischen Mehrwertsteuergesetzes vom 3. Juli 1969, in dem unter anderem vorgesehen ist, daß die Mehrwertsteuer auf der Grundlage des auf der Steuerbanderole angegebenen Preises zu berechnen ist, der der gebundene Preis für den Verkauf an den Verbraucher sein muß. Seit dem 1. Januar 1971, dem Tag des Inkrafttretens von Artikel 58, wird der vom Hersteller oder vom Importeur frei festgesetzte KVP automatisch zum gebundenen Verbraucherpreis.

115 Es ist unstreitig, daß Tabakwaren während der gesamten Geltungsdauer der umstrittenen Maßnahmen und jedenfalls seit dem 13. März 1962, dem Tag des Inkrafttretens der Verordnung Nr. 17 des Rates vom 6. Februar 1962, einer hohen proportionalen Verbrauchsteuer unterlagen und noch unterliegen.

116 Wie sich aus den Akten ergibt, setzt sich der Steueranteil am KVP aus folgenden Elementen zusammen: einer spezifischen Verbrauchsteuer, ausgedrückt in einem bestimmten Betrag in FB je Stück, einer proportionalen Verbrauchsteuer, ausgedrückt in einem bestimmten Prozentsatz vom KVP und einer auf der Grundlage der nichtfiskalischen Bestandteile des KVP und der gesamten Verbrauchsteuer berechneten Mehrwertsteuer. Bei dieser Ver-

brauchsteuer handelt es sich um eine nahezu ausschließlich proportionale Steuer, da das Verhältnis zwischen spezifischer und proportionaler Verbrauchsteuer 5 zu 95 beträgt. Wie sich einer von der Kommission in ihrer Gegenerwiderung vorgelegten Übersicht, deren Richtigkeit von den Klägerinnen nicht in Zweifel gezogen worden ist, entnehmen läßt, betrug der Anteil der Verbrauchsteuern am Preis einer Packung zu 25 Zigaretten in der in Belgien meistverlangten Preisklasse (41 FB) 65,65 % und der Anteil der Mehrwertsteuer 5,66 %; der Gesamtsteueranteil am KVP belief sich somit auf 71,31 %. In der Begründungserwägung 11 der Kommissionsentscheidung wird festgestellt, daß die Gesamtsteuerauswirkung auf den KVP etwa 70 % dieses Preises beträgt. Somit beläuft sich der nichtfiskalische Teil des KVP, der sich aus dem Anteil des Herstellers oder Importeurs und aus den Handelsspannen zusammensetzt, auf etwa 30 %.

117 Das zwischen der spezifischen und der proportionalen Verbrauchsteuer bestehende Verhältnis von 5 zu 95 steht im Einklang mit der in der Richtlinie 72/464 des Rates vom 19. Dezember 1972 über die anderen Verbrauchsteuern auf Tabak als die Umsatzsteuer (ABl. L 303, S. 1) in der Fassung der Richtlinie 77/805 des Rates vom 19. Dezember 1977 (AB. L 338, S. 22) aufgestellten Mindestanforderung. In dieser Richtlinie ist der Grundsatz der Harmonisierung der einzelstaatlichen Verbrauchsteuerstrukturen in mehreren Stufen im Rahmen eines von den einzelnen Mitgliedstaaten zu schaffenden Verbrauchsteuersystems niedergelegt, das ein auf der Grundlage des KVP berechnetes proportionales Element und ein nach Produkteinheiten berechnetes spezifisches Element enthält. Nach den Begründungserwägungen der Richtlinie sollen durch diese Harmonisierung aus den in den Mitgliedstaaten für den Tabakverbrauch geltenden steuerlichen Regelungen vor allem die Faktoren ausgeschaltet werden, die geeignet sind, den freien Verkehr zu behindern und die Wettbewerbsbedingungen sowohl auf einzelstaatlicher als auch auf innergemeinschaftlicher Ebene zu verfälschen.

118 Nach Artikel 10 der Richtlinie 72/464 und Artikel 10b Absatz 5 der Richtlinie 77/805 können die Mitgliedstaaten jedoch auf Zigaretten eine Mindestverbrauchsteuer erheben, deren Betrag nicht höher sein darf als 90 % des Gesamtbetrags aus proportionaler und spezifischer Verbrauchsteuer, die sie auf die Zigaretten der meistverlangten Preisklasse erheben. Unstreitig schöpft der belgische Staat diese Möglichkeit voll aus.

— Die Maßnahmen zur Preiskontrolle in Belgien und die belgische Steuerpolitik

119 Nach der ministeriellen Verordnung vom 22. Dezember 1971 haben die Hersteller und Importeure dem Wirtschaftsministerium spätestens 3 Monate vor ihrem Inkrafttreten jede für den belgischen Markt beabsichtigte Erhöhung der Preise für alle Erzeugnisse, Grundstoffe, Eßwaren und Handelswaren sowie für alle Dienstleistungen anzumelden. Der Wirtschaftsminister kann dem anmeldenden Unternehmen vor Ablauf der Wartefrist mitteilen, daß die angemeldete Preiserhöhung für die Dauer von höchstens 6 Monaten überhaupt nicht oder teilweise nicht durchgeführt werden darf. Nach Ablauf der vom Minister festgesetzten Frist kann das Unternehmen die von ihm angemeldete Preiserhöhung vornehmen, hat jedoch die von ihm tatsächlich angewandten Preise zu melden.

120 Zwar sind im Tabakwarensektor individuelle Anmeldungen durch einzelne Unternehmen möglich, doch werden die Verhandlungen über Preiserhöhungen in der Praxis in den meisten Fällen von den Berufsverbänden der einzelnen Branchen dieses Sektors geführt. Zudem werden im Rahmen der kollektiven Verhandlungen alle Elemente des KVP, einschließlich der verschiedenen maximalen Handelsspannen, einer sehr genauen Prüfung sowohl durch das Wirtschaftsministerium als auch durch das Finanzministerium unterzogen, das wesentlichen Einfluß auf den Umfang der Erhöhung des KVP nimmt.

121 Denn da die Besteuerung von Tabakwaren eine sehr wichtige Steuerquelle ist, achtet die Regierung darauf, daß die Steuereinnahmen nicht durch eine zu starke Anhebung des KVP verringert werden, die zu einem Rückgang des Verbrauchs führen könnte. Die Klägerinnen haben einige Beispielsfälle angeführt, in denen die Regierung durch ihr Eingreifen eine solche Erhöhung verhindert hat.

122 Wie die belgische Regierung zudem in ihrer Antwort auf eine schriftliche Frage des Gerichtshofes ausgeführt hat, ist es dem Hersteller oder Importeur nach den belgischen steuerrechtlichen Vorschriften nicht erlaubt, Zigaretten derselben Qualität und Marke in der gleichen Zahl und in der gleichen Verpackung gleichzeitig zu unterschiedlichen Banderolenpreisen anzubieten. Die belgische Regierung weist darauf hin, daß dies im Einklang mit Artikel 4 Absatz 1 der Richtlinie 72/464 des Rates stehe, nach der die proportionale

Verbrauchsteuer auf der Grundlage des Kleinverkaufshöchstpreises zu berechnen ist. Nach Ansicht der belgischen Regierung würde ein gleichzeitiges Nebeneinander mehrerer Höchstpreise für das gleiche Erzeugnis in allen Fällen, außer im Fall des höchsten Preises, dazu führen, daß die Verbrauchsteuer auf einer niedrigeren als der gesetzlichen Grundlage erhoben würde.

ii) Beurteilung der Auswirkungen der unter i) dargestellten Vorschriften und Praktiken auf den Wettbewerb

123 In den Begründungserwägungen 4 bis 18 der Entscheidung beschreibt die Kommission die Einzelheiten der Preisfestsetzung und Steuererhebung bei Tabakwaren in Belgien; in der Begründungserwägung 36 weist sie auf das Inkrafttreten von Artikel 58 des belgischen Mehrwertsteuergesetzes am 1. Januar 1971 hin.

124 In der Begründungserwägung 88 der Entscheidung bezeichnet die Kommission die Behauptung der FEDETAB und der betreffenden Unternehmen als unzutreffend, die vor der Empfehlung angewandten Maßnahmen stellten keine spürbare Wettbewerbsbeschränkung dar, weil infolge der Steuerbelastung und angesichts des vom belgischen Staat bei Tabakerzeugnissen eingeführten Meldesystems für Erhöhungen von Verdienstspannen und Wiederverkaufspreisen die Wettbewerbsmöglichkeiten in diesem Sektor von staatlicher Seite erheblich eingeschränkt würden, woraus sich die Gleichartigkeit des Verhaltens der hier tätigen Unternehmen ergebe. Wenn nationale Rechtsvorschriften eventuell eine Einschränkung des Wettbewerbs bewirkten, so seien die Auswirkungen dazukommender privater Wettbewerbsbeschränkungen zwangsläufig um so spürbarer.

125 Dieselben Gründe führt die Kommission in der Begründungserwägung 105 der Entscheidung zur Zurückweisung der Ansicht an, daß die „in der ‚Empfehlung' enthaltenen Wettbewerbsbeschränkungen wegen des Ausmaßes der Interventionen des belgischen Staats auf dem Tabaksektor nicht spürbar seien".

126 Zunächst ist somit zu prüfen, ob die vorstehend beschriebenen belgischen Rechtsvorschriften und ihre Anwendung entgegen der Ansicht der Kommission den Herstellern und Importeuren, wie dies von den Klägerinnen behauptet wird, die Möglichkeit nehmen, im Bereich der dem Handel einzu-

räumenden Spannen in einen nennenswerten Wettbewerb miteinander zu treten, oder ob aufgrund der Vorschriften und ihrer Anwendung ernsthaft am Bestehen einer solchen Möglichkeit gezweifelt werden kann. In beiden Fällen müßte der Gerichtshof feststellen, daß die angefochtene Entscheidung der Kommission den Auswirkungen dieser Regelung und ihrer Anwendung durch die zuständigen belgischen Behörden auf die Wettbewerbsmöglichkeiten dieser Marktteilnehmer nicht richtig oder hinreichend Rechnung getragen hat.

127 Im Rahmen eines im wesentlichen proportionalen Verbrauchsteuersystems, wie es in Belgien gilt, zieht, wie die Parteien übereinstimmend einräumen, jede Änderung des im KVP enthaltenen Anteils des Herstellers oder Importeurs eine um ein mehrfaches größere Veränderung der Steuerbelastung und damit des KVP nach sich, wenn diese Änderung so gestaltet ist, daß sie im Preis weitergegeben wird. Dieser Multiplikatoreffekt tritt grundsätzlich sowohl bei einer Änderung nach oben als auch bei einer solchen nach unten ein. Im letzten Fall wird die Degressionswirkung des Multiplikators, die für den Verbraucher günstig ist, durch die vom belgischen Staat im Einklang mit den Richtlinien 72/464 und 77/805 des Rates eingeführte Mindestverbrauchsteuer begrenzt, da diese auf 90 % des Gesamtbetrags der vom belgischen Staat auf die Zigaretten der meistgefragten Preisklasse erhobenen proportionalen und spezifischen Verbrauchsteuer festgesetzt ist.

128 Dieser Multiplikatoreffekt führt in Verbindung mit der vom belgischen Staat zur Sicherstellung seiner Steuereinnahmen angewandten Mindestverbrauchsteuer dazu, daß der Spielraum für einen Wettbewerb des Herstellers oder des Importeurs bei den Handelsspannen, der Auswirkungen auf den KVP hätte, begrenzt ist.

129 Außerdem hindert zwar die belgische Verbrauchsteuer- und Preiskontrollregelung den Hersteller oder Importeur grundsätzlich nicht daran, den von ihm für richtig gehaltenen KVP für seine Erzeugnisse zu wählen, doch unterliegt diese Wahlfreiheit praktisch verschiedenen Einschränkungen. So scheint die praktische Durchführung der Maßnahmen zur Preiskontrolle auf dem Tabaksektor, an denen insbesondere die Finanzbehörden beteiligt sind, wie bereits ausgeführt, kollektive Verhandlungen mit den Berufsverbänden zu begünstigen, die die einzelnen Branchen des Sektors vertreten, wenngleich dieses System auch die Möglichkeit für einzelne Unternehmen nicht ausschließt, individuelle Anmeldungen, insbesondere im Fall der Einführung

einer neuen Marke, vorzunehmen. Im Rahmen dieser Verhandlungen üben die Finanzbehörden, denen in erster Linie an der Sicherung des Aufkommens aus der Besteuerung der betreffenden Erzeugnisse gelegen ist, großen Einfluß auf die Festsetzung des KVP aus. Im Laufe des Verfahrens hat sich gezeigt, daß der belgische Staat in der Lage ist, mit Hilfe der Palette der Steuerbanderolen die Freiheit der Unternehmen bei der Wahl des KVP für ihre Erzeugnisse zu beeinträchtigen. Hierzu hat die Klägerin BAT vorgetragen, nach Einführung einer neuen billigen Zigarettenmarke sei sie gezwungen gewesen, deren Preis um 6 FB je Packung anzuheben, um sie zu einem Preis anbieten zu können, der dem auf der von der Verwaltung angebotenen Steuerbanderole der untersten Stufe ausgewiesenen Betrag entsprochen habe, da die Verwaltung die Banderolen mit noch niedrigeren Beträgen abgeschafft habe.

130 Aus alledem ergibt sich, daß die belgischen Verbrauchsteuer- und Preiskontrollvorschriften sowie ihre Anwendung im Rahmen der staatlichen Steuerpolitik den Herstellern und Importeuren praktisch die Möglichkeit nehmen, miteinander in einen Wettbewerb zu treten, der sich auf die Höhe des KVP auswirken könnte.

131 Dagegen ist in keiner Weise nachgewiesen worden, daß diese Regelung oder ihre Durchführung den Hersteller oder Importeur daran hindert, bestimmten Großhändlern aus dem ihnen zustehenden Anteil an einem bestimmten KVP individuell eine höhere Spanne einzuräumen. Durch die Abstimmung über die Obergrenze der den Großhändlern gewährten Spannen legen sich die Klägerinnen kollektiv den Verzicht auf, untereinander in einen solchen Wettbewerb zu treten, und verringern gleichzeitig den Anreiz für diese Zwischenhändler, eine Verkaufspolitik zu betreiben, durch die die Erzeugnisse desjenigen Herstellers oder Importeurs begünstigt werden, bei dem sie eine günstigere Spanne erzielen oder zu erzielen hoffen.

132 Nach Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag ist jede Einschränkung des Wettbewerbs auf allen Handelsstufen zwischen Erzeuger und Endverbraucher untersagt. So ist in Artikel 85 Absatz 1 Buchstabe a allgemein von der Festsetzung „sonstiger Geschäftsbedingungen", in Buchstabe b von der Einschränkung oder Kontrolle „der Erzeugung" und „des Absatzes" und in Buchstabe c ohne jede Unterscheidung zwischen den einzelnen Handelsstufen von der Aufteilung „der Märkte oder Versorgungsquellen" die Rede.

133 Zudem ist im vorliegenden Fall der Steueranteil am KVP zwar hoch, doch bleibt dem Hersteller oder Importeur genügend Spielraum, um einen wirksamen Wettbewerb zu ermöglichen, da es sich hier um Massenbedarfsgüter handelt, bei denen eine sehr geringe Preissenkung auf der Ebene der Produktion oder der Einfuhr eine spürbare Auswirkung auf den Verbrauch haben kann.

134 Die Abstimmung bei den Spannen, die Gegenstand der Empfehlung vom 1. Dezember 1975 wie auch der vorher getroffenen Maßnahmen ist und auf eine Vereinbarung zwischen den meisten Herstellern und Importeuren bestimmter Massenbedarfsgüter in einem wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes, nämlich Belgien, zurückgeht, ist also dann als unter das Verbot von Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag fallende Einschränkung des Wettbewerbs anzusehen, wenn sie den Handel zwischen den Mitgliedstaaten spürbar zu beeinträchtigen geeignet ist und wenn es im vorliegenden Fall keine Anhaltspunkte für die Feststellung gibt, daß das von den Klägerinnen geschaffene Vertriebssystem in seiner Gesamtheit nicht unter dieses Verbot fällt.

136 Hinsichtlich des letzten Punktes machen die Klägerinnen unter Bezugnahme auf das Urteil des Gerichtshofes vom 25. Oktober 1977 in der Rechtssache 26/76 *(Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG/Kommission,* Slg. 1977, 1875) geltend, das Ziel, dem Fachhandel ein bestimmtes Verdienstniveau zu sichern, um diese Vertriebsform aufrechtzuerhalten, falle wegen des damit verbundenen günstigen Einflusses auf die Marktstruktur nicht notwendig unter das Verbot von Artikel 85 Absatz 1. In dem genannten Urteil habe der Gerichtshof anerkannt, daß Maßnahmen, die der Aufrechterhaltung der herkömmlichen Formen des Handels dienten, indem sie zwischen den Aufgaben des Großhandels und denen des Einzelhandels unterschieden, nicht notwendig wettbewerbsbeschränkend seien und Gegenstand einer Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 sein könnten. Insbesondere habe der Gerichtshof anerkannt, daß dem Preiswettbewerb kein absoluter Vorrang vor den übrigen wirksamen Wettbewerbsformen zukomme.

136 Die Klägerinnen werfen der Kommission vor, sie habe diese Gesichtspunkte bei der Beurteilung des durch die betreffenden Maßnahmen geschaffenen Vertriebssystems nicht richtig berücksichtigt.

137 Die Kommission beanstandet jedoch nicht den Grundsatz der Aufgabentrennung beim Handel, sondern vielmehr die Abstimmung zwischen Herstellern und Importeuren über die den Händlern einzuräumenden finanziellen Vergünstigungen.

138 Zudem hat der Gerichtshof in seinem Urteil in der Rechtssache *Metro* zwar der Frage, ob ein selektives Vertriebssystem mit Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag in Einklang steht, einige Ausführungen gewidmet, doch handelte es sich in jener Rechtssache, anders als in den vorliegenden Rechtssachen, um ein System, das für den Vertrieb hochtechnisierter langlebiger Verbrauchsgüter gedacht war, so daß die Händler aufgrund qualitativer Kriterien ausgewählt werden mußten.

139 Im übrigen richtete sich die Klage in jener Rechtssache gegen eine Kommissionsentscheidung, mit der ein von einem einzelnen Hersteller eingerichtetes Vertriebssystem gemäß Artikel 85 Absatz 3 vom Verbot des Artikels 85 Absatz 1 freigestellt worden war. Außerdem hat der Gerichtshof darauf hingewiesen, daß die Kommission darauf zu achten habe, daß die Starrheit der Preisstruktur auf der Ebene der vom betreffenden Hersteller anerkannten Händler nicht noch stärker werde, was geschehen könne, wenn die Anzahl der selektiven Vertriebssnetze für den Absatz desselben Erzeugnisses größer werden sollte.

140 Somit findet die Ansicht der Klägerinnen, die Kommission sei zu Unrecht davon ausgegangen, daß die beanstandeten Maßnahmen den Wettbewerb, insbesondere bei der Gewährung der Handelsspannen, einschränkten, keine Stütze in den Ausführungen des Gerichtshofes im Urteil in der Rechtssache *Metro.*

141 Die Vereinbarung der Klägerinnen über das Ausmaß der ihren direkten Abnehmern einzuräumenden Spannen, die verhindert, daß die Marktkräfte den Umfang dieser Vergünstigungen vor allem nach Maßgabe der Dienstleistungen bestimmen, die diese Großhändler einzeln erbringen könnten, stellt demnach eine Einschränkung des Wettbewerbs dar, die nach Artikel 85 Absatz 1 verboten ist, sofern sie auch den Handel zwischen Mitgliedstaaten spürbar zu beeinträchtigen geeignet ist.

b) Die Jahresabschlußvergütung

142 Wie aus den Anlagen zum Schreiben der FEDETAB an die Kommission vom 26. Januar 1971 hervorgeht, zahlten die der FEDETAB angehörenden Hersteller den Groß- und Einzelhändlern über die FEDETAB seit dem 1. Januar 1971 eine Jahresabschlußvergütung, deren Betrag nach Maßgabe der Zigarettenverkäufe im Laufe des Jahres zwischen 0,20 FB und 2,00 FB je 1 000 Zigaretten schwankte. Weder in der Begründung (Begründungserwägungen 19 bis 27 und 81) noch in Artikel 1 des Tenors der angefochtenen Entscheidung ist jedoch für die Zeit vor Inkrafttreten der Empfehlung in eindeutiger Weise von dieser Vergütung die Rede. Folglich ist die Jahresabschlußvergütung allein im Rahmen der Empfehlung zu prüfen.

143 Insoweit ist unstreitig, daß, wie die Kommission in der Begründungserwägung 74 der Entscheidung festgestellt hat, jeder direkte Kunde (Groß- und Einzelhändler) von der FEDETAB diese Vergütung erhalten kann, deren Sätze in der Empfehlung genannt werden und die aufgrund seiner im Laufe des Jahres getätigten Käufe von Zigaretten aller Marken bei allen Herstellern berechnet wird, gleichgültig, ob sie Mitglieder der FEDETAB sind oder nicht oder ob es sich bei ihnen um belgische oder ausländische Unternehmen handelt. Nach den Akten beläuft sich die Vergütung nur auf einen Bruchteil eines Prozents vom Einkaufspreis. Die Auskünfte, die zur Berechnung der jedem Kunden zustehenden Vergütungen auf Zigaretten erforderlich sind, werden zentral bei der FEDETAB oder bei einer hierzu ermächtigten Stelle erfaßt.

144 Nach Ansicht der Kommission bewirkt das durch die Empfehlung eingeführte System der Jahresabschlußvergütung eine Einschränkung des Wettbewerbs zwischen den Herstellern, die der Empfehlung zugestimmt haben, da besondere Wettbewerbsbemühungen des Zwischenhändlers, bei den Herstellern zusätzliche Vorteile zu erzielen, und die Konzentrierung der Käufe eines Zwischenhändlers bei einem bestimmten Hersteller durch dieses System ihre Bedeutung verlören; zudem erschwere das System für alle neu am Markt auftretenden Hersteller den Zugang zum Markt.

145 Demgegenüber macht die Klägerin FEDETAB geltend, die Differenzierung der Jahresabschlußvergütung je nach verkauften Mengen stelle gerade einen Anreiz für besondere Wettbewerbsanstrengungen dar. Zudem erreiche die Summe der direkten Spannen und der Jahresabschlußvergütungen genau die

vom Wirtschaftsminister im Rahmen der Preiserhöhungsverhandlungen genehmigten Höchstbeträge. Niemandem sei die Gewährung der Vergütung förmlich vorgeschrieben, doch werde sie von den Großhändlern mit Nachdruck gefordert, so daß sich dem praktisch kein Lieferant entziehen könne. In Anbetracht ihrer äußerst geringen Höhe könne sie keinesfalls eine schwere Belastung für den Hersteller sein, wie hoch auch immer der Anteil der bei ihm getätigten Käufe des Wiederverkäufers sei.

146 Die Klägerinnen haben sich im Rahmen der Empfehlung über die Jahresabschlußvergütung in gleicher Weise wie über die dem Handel eingeräumten direkten Spannen abgestimmt. Wie sich aus dem Vorbringen der FEDETAB selbst ergibt, ist die Vergütung in Verbindung mit den direkten Spannen zu beurteilen; so gesehen stellt sie ein Element der Höchstspannen dar, deren Niveau die Klägerinnen im Wege eines gemeinsamen Vorgehens festgelegt haben, das, wie bereits ausgeführt, eine spürbare Einschränkung des individuellen Wettbewerbs in diesem Bereich zwischen Herstellern und Importeuren auf dem belgischen Zigarettenmarkt bezweckt und bewirkt.

c) Die Regeln über die Zahlungsfristen

147 Was die vor Inkrafttreten der Empfehlung getroffenen Maßnahmen im Bereich der maximalen Zahlungsfristen angeht, ist daran zu erinnern, daß neun Zigarettenhersteller, darunter die Klägerinnen mit Ausnahme von BAT, den Großhändlern und übrigen Kunden, denen Großhandelsbedingungen eingeräumt wurden, mit Schreiben vom 23. Dezember 1971 auf Papier mit dem Briefkopf der FEDETAB ihren Beschluß mitgeteilt hatten, die langen Zahlungsfristen abzuschaffen und die Zahlungsfristen schrittweise auf höchstens 15 Tage zu verkürzen.

148 Die Empfehlung vom 1. Dezember 1975 stellt den Grundsatz der Barzahlung auf; ausnahmsweise kann der Hersteller einem oder mehreren seiner Kunden ein Zahlungsziel einräumen, das 15 Tage nach Rechnungsdatum nicht überschreiten darf.

149 Nach Darstellung der FEDETAB liegen der Empfehlung hinsichtlich der Zahlungsfristen dieselben Erwägungen zugrunde wie diejenigen, die zu dem Schreiben vom 23. Dezember 1971 geführt hätten. Jene Mitteilung sei im Anschluß an eine Bitte von GB, einem große Verbrauchermärkte betreiben-

den Unternehmen des Handels, erfolgt, die Zahlungsfristen auf 90 Tage zum Monatsende zu verlängern; dieses Vorgehen sei Teil einer Pressionspolitik aller großen Verbrauchermärkte und Warenhäuser gewesen. Die wichtigsten der FEDETAB angehörenden Hersteller hätten die Unterzeichnung des Schreibens beschlossen, „um dem Schreiben der FEDETAB den nötigen Nachdruck zu verleihen". Diese Erwiderung sei ein Akt der Notwehr gewesen. Denn jede erhebliche Verlängerung der Zahlungsfristen wirke sich namentlich wegen des Multiplikatoreffekts des belgischen Steuersystems für Zigaretten unweigerlich zum Nachteil der Verbraucher auf die Preise aus. Unter diesen Umständen hätte nach Ansicht der FEDETAB jede Verzögerung zum Zusammenbruch des Marktes geführt.

150 Ferner verweisen die Klägerinnen zur Rechtfertigung der Bestimmungen der Empfehlung über die Zahlungsfristen auf die Auswirkungen, die das belgische Steuersystem insbesondere wegen der Nachfragemacht der großen Verbrauchermärkte auf die Wettbewerbsmöglichkeiten in diesem Bereich habe. Diese Bestimmungen beeinträchtigen den schützenswerten Wettbewerb nicht, sondern seien dazu angetan, Auswüchsen sogenannten Wettbewerbs zu begegnen, wie er von den großen Verbrauchermärkten unter Ausnutzung des Umstands betrieben werde, daß der belgische Staat den Zigarettenhersteller oder -importeur zu seinem Steuereintreiber mache. Die Schuld der Händler bestehe zu 4/5 aus der Erstattung einer bereits vom Hersteller oder Importeur beglichenen Steuerschuld, die damit die finanziellen Risiken eventueller Zahlungsausfälle auf der Handelsebene trügen. Berücksichtige man zudem den Umstand, daß Zigaretten im Durchschnitt alle 10 Tage und in Supermärkten sogar alle 3 Tage umgeschlagen würden, so erscheine jeder darüber hinaus gehende Wettbewerb nicht schützenswert, und zwar schon gar nicht dann, wenn mehrere Verbrauchermarktunternehmen unter Ausnutzung ihrer Marktstellung noch versuchten, lange Zahlungsfristen mit dem Ziel durchzusetzten, zinsloses Fremdkapital für die Finanzierung anderer Produkte als Zigaretten verfügbar zu haben. Es erscheine somit legitim, wenn die Hersteller unter dem Blickwinkel der Selbsthilfe eine wettbewerbsneutrale Handhabung der Zahlungsfristen anstrebten.

151 Wie sich den Begründungserwägungen 86 und 100 der angefochtenen Entscheidung entnehmen läßt, ist die Kommission der Ansicht, daß die von der FEDETAB und ihren Mitgliedern vorgenommene kollektive und einheitliche Festlegung maximaler Zahlungsfristen für die Kunden, denen Großhandelsbedingungen eingeräumt werden, eine Verhinderung des Wettbewerbs in diesem Bereich bewirkte und noch bewirkt und die sich aus den übrigen Maß-

nahmen im Bereich der Zahlungsfristen und der Jahresabschlußvergütung ergebenden Wettbewerbsbeschränkungen verstärkte und weiterhin verstärkt. Die Kommission betont in den Begründungserwägungen 101 und 102 der Entscheidung ferner, ihre Nachforschungen hätten ergeben, daß eine Tendenz bestehe, diese Fristen abzukürzen und sie generell auf 15 Tage oder weniger festzusetzen, und daß das Verhalten der einzelnen Hersteller, von denen sich keiner gegen die Empfehlung verwahrt habe, den Bestimmungen der Empfehlung entspreche.

152 Im Laufe des Verfahrens in den vorliegenden Rechtssachen haben einige Klägerinnen diese Behauptungen der Kommission bestritten und geltend gemacht, die Zahlungsfristen würden flexibel und nicht einheitlich gehandhabt. Die Klägerinnen Jubilé und Vander Elst weisen darauf hin, daß sie die Kommission in ihren jeweiligen Schreiben vom 18. Dezember 1975, mit denen sie die Kommission von ihrer Entscheidung, sich der Empfehlung anzuschließen, in Kenntnis gesetzt hätten, mitgeteilt hätten, daß in ihren Unternehmen immer der Grundsatz der Barzahlung gegolten habe und daß sie hieran autonom und unabhängig von der Empfehlung festzuhalten gedächten. Wenn daher die Zustimmung zur Empfehlung entgegen ihrer Ansicht eine Vereinbarung im Sinne von Artikel 85 EWG-Vertrag darstellen sollte, seien die Klägerinnen jedenfalls bezüglich der Zahlungsfristen hieran nicht beteiligt und sei die Entscheidung insoweit ihnen gegenüber unrichtig.

153 Das belgische Steuersystem, das den Hersteller oder Importeur zum Schuldner des im KVP enthaltenen sehr hohen Steuranteil macht, übt zwar unzweifelhaft wegen des schnellen Warenumschlags und der hohen Bankzinsen einen Einfluß auf den Wettbewerb aus, den sich diese Wirtschaftsteilnehmer im Bereich der Zahlungsfristen bereiten können; dies bedeutet jedoch nicht, daß jede Möglichkeit für einen wirksamen Wettbewerb in diesem Bereich ausgeschlossen wäre. Auch darf nicht übersehen werden, daß die Gewährung einer Zahlungsfrist für den Händler durch den Hersteller der Einräumung einer zusätzlichen Spanne zugunsten des Händlers gleichkommt, die durch die belgischen Steuer- oder Preiskontrollvorschriften keineswegs untersagt oder ausgeschlossen ist. Diese Feststellungen werden durch den Umstand gestützt, daß die tatsächlichen Fristen für die Begleichung der Rechnungen der übrigen Klägerinnen, mit Ausnahme von HvL, nach einer der Antwort der Klägerin FEDETAB vom 22. September 1975 auf die erste Mitteilung der Klagefrist beigefügten Übersicht von Hersteller zu Hersteller und von Kunde zu Kunde unterschiedlich waren und zwischen 0 (Barzahlung) und 40 Tagen betrugen.

154 Die mit dem Schreiben vom 23. Dezember 1971 und im Rahmen der Empfehlung getroffenen kollektiven Regelung der Zahlungsfristen haben ihrem Inhalt nach zumindest den Zweck, den Wettbewerb spürbar einzuschränken. Damit werden sie unter der Voraussetzung vom Verbot des Artikels 85 Absatz 1 erfaßt, daß sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind.

155 Da feststeht, daß ein Wettbewerb der Klägerinnen untereinander auf dem Gebiet der Zahlungsfristen möglich ist und daß die betreffenden Bestimmungen den Zweck haben, diesen Wettbewerb durch die Festlegung einer Höchstfrist von 15 Tagen, die im Falle der Empfehlung nur ausnahmsweise eingeräumt werden kann, spürbar einzuschränken, bedarf die Frage, in welchem Maße diese Bestimmungen von den Klägerinnen angewandt wurden, keiner Prüfung.

156 Zum Vorbringen der Klägerinnen Jubilé und Vander Elst, in ihrem Unternehmen habe immer der Grundsatz der Barzahlung gegolten, und sie gedächten hieran unabhängig von der Empfehlung festzuhalten, ist festzustellen, daß eine derartige Absichtserklärung keine Berücksichtigung finden kann, da sich die Mitglieder der FEDETAB, wie bereits mehrfach erwähnt, nach Artikel 8 der Satzung des Verbandes dessen auf der Grundlage seiner Satzung gefaßten Beschlüssen anschließen müssen.

3. Die früheren Maßnahmen: Einhaltung der von den Herstellern festgesetzten Verkaufspreise durch die Großhändler und durch bestimmte Einzelhändler; Begrenzung der Anerkennung von Großhändlern bestimmter Kategorien; Verbot für die anerkannten Großhändler, bestimmte andere Großhändler zu beliefern; Verpflichtung, ein Mindestwarensortiment anzubieten

157 Das zwischen der FEDETAB und der FNCG für einen Zeitraum von 5 Jahren geschlossene Abkommen vom 22. Mai 1967, das durch den den anerkannten Einzelhändlern von der FEDETAB vorgelegten und von diesen unterzeichneten Mustervertrag und durch die Ergänzungsabkommen zur Auslegung vom 5. Oktober 1967 und 29. Dezember 1970 bekräftigt wurde, umfaßte eine Reihe von Kollektivmaßnahmen, an denen sich unter anderem die Klägerinnen beteiligten. Diese Maßnahmen betrafen zum einen das Verbot an die Großhändler, Tabakwaren an die Einzelhändler zu anderen als

den von den Lieferfirmen angegebenen Preisen weiterzuverkaufen und über die Einhandelsspanne hinaus irgendwelche Nachlässe oder Vergünstigungen zu gewähren; zum anderen sollten diese Maßnahmen die Einzelhändler anhalten, den auf der Steuerbanderole ausgewiesenen Preis beim Verkauf an den Verbraucher strikt einzuhalten.

158 Wie die FEDETAB in ihrer Klageschrift einräumt, bezweckten diese Maßnahmen im wesentlichen, Preisunterbietungen sowohl auf der Großhandels- als auch auf der Einzelhandelsstufe zu verhindern. Der FEDETAB zufolge gefährdeten Preisunterbietungen die Existenz des Fachgroß- und -einzelhandels. Dessen Verschwinden sei für den Verbraucher von Nachteil. Nach dem Vorbringen der FEDETAB in ihrer Klageschrift hat das Bemühen um Schutz dieser Marktteilnehmer auch hinter ihrer Politik gestanden, neuen Bewerbern um Aufnahme in bestimmte Kategorien, namentlich den Lebensmittelfachgroßhändlern, vom 1. Januar 1971 an keine Großhandelsbedingungen.

159 Der am 1. Januar 1971 in Kraft getretene Artikel 58 des belgischen Mehrwertsteuergesetzes, nach dem der auf der Steuerbanderole ausgewiesene Preis der gebundene Verbraucherpreis ist, verbot von diesem Tage an jede Preisermäßigung auf der Einzelhandelsstufe.

160 Dagegen steht fest, daß die vorgenannten Maßnahmen auf der Großhandelsstufe durch die als „Sondervereinbarung über Preisunterbietungen" bezeichnete Mustervereinbarung erneuert wurden, die die FEDETAB den Großhändlern am 30. Juni 1972 vorgelegt hatte und die von nahezu allen Großhändlern unterzeichnet worden war. Durch diese Vereinbarung verpflichteten sich die Großhändler für einen Zeitraum von 5 Jahren nicht nur, die von den Lieferfirmen angegebenen Preise beim Weiterverkauf der betreffenden Erzeugnisse einzuhalten, ohne irgendwelche Nachlässe oder Vergünstigungen zu gewähren, sondern sie verpflichteten sich auch zur Einhaltung des Verbots des Weiterverkaufs von Tabakwaren an solche Großhändler, die „mengenmäßigen Beschränkungen" seitens der Hersteller unterlagen, sowie an Lebensmittelgroßhändler oder andere von den Herstellern nicht direkt belieferte Großhändler, sofern diese Erzeugnisse zum Weiterverkauf an Einzelhändler bestimmt waren, und an Einzelhändler, wenn es eindeutig war, daß die Lieferung nicht für deren gewöhnliche Kundschaft bestimmt war. Dieses Verbot stellte eine Bekräftigung der bereits erwähnten Mitteilung vom 22. März 1972 dar, die die FNCG an ihre Mitglieder gerichtet hatte und die, was die vorerwähnten Großhändler angeht, in dieselbe Richtung ging.

161 Wie sich bereits aus dem Inhalt der vorstehend beschriebenen Maßnahmen ergibt, sollten diese Maßnahmen im wesentlichen verhindern, daß es sowohl auf der Großhandelsstufe als auch — zumindest vor dem 1. Januar 1971, dem Tag des Inkrafttretens von Artikel 58 des Mehrwertsteuergesetzes — auf der Einzelhandelsstufe zu einem Wettbewerb zwischen den der FEDETAB angehörenden Herstellern und Importeuren bei den Wiederverkaufspreisen für ihre Erzeugnisse kam.

162 Eine Regelung, die auf eine derart allgemeine und systematische Einschränkung des Wettbewerbs gerichtet ist, fällt unzweifelhaft unter das Verbot von Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag, wenn sie darüber hinaus geeignet ist, den Handel zwischen Mitgliedstaaten spürbar zu beeinträchtigen.

163 Die Verpflichtung, ein Mindestsortiment von 60 Zigarettenmarken anzubieten, die einer begrenzten Zahl von Einzelhändlern im Rahmen der vor Inkrafttreten der Empfehlung angewandten Maßnahmen auferlegt wurde, — eine Verpflichtung, deren Einhaltung durch die Aussetzung der Belieferung bestimmter Unternehmen, unter anderem der Firma GB, sichergestellt wurde — wird von der Kommission (Begründungserwägung 87 der Entscheidung) deshalb beanstandet, weil sie die Einzelhändler daran gehindert habe, den Verkauf bestimmter Zigarettenmarken stärker als den Verkauf anderer Marken zu fördern, und sie gezwungen habe, bestimmte schlecht verkäufliche Zigarettenmarken zu führen, wodurch ein Teil ihres Betriebskapitals unproduktiv festgelegt worden sei.

164 Da jedoch bereits festgestellt wurde, daß die früheren Maßnahmen, soweit sie die Handelsspannen, die Zahlungsfristen und die Einhaltung der von den Herstellern und Importeuren festgelegten Preise betrafen, ihrem Wesensgehalt nach grundsätzlich unter das Verbot des Artikels 85 Absatz 1 fallen, bedarf es keines gesonderten Ausspruchs über die Vereinbarkeit der bestimmten Einzelhändlern vor dem 1. Dezember 1975 auferlegten Verpflichtung zum Angebot eines Mindestsortiments mit dieser Vertragsbestimmung.

4. Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten

165 Es bleibt zu prüfen, ob die vorstehend festgestellten Beschränkungen geeignet sind, den Handel zwischen Mitgliedstaaten spürbar zu beeinträchtigen.

Denn nur bei Bejahung dieser Frage fallen diese Beschränkungen unter das Verbot des Artikels 85 Absatz 1.

166 Die Kommission macht in der angefochtenen Entscheidung geltend, die vor Inkrafttreten der Empfehlung getroffenen Maßnahmen seien geeignet gewesen, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, weil die Einfuhr von Tabakwaren nach Belgien zu einem sehr erheblichen Teil von Herstellern vorgenommen werde, die der FEDETAB angehörten, und weil diese den Handel mit den eingeführten Erzeugnissen zu denselben wettbewerbsbeschränkenden Bedingungen abwickelten wie den mit eigenen Erzeugnissen. Im übrigen hätten die Importeure und Hersteller in Belgien und in den anderen Mitgliedstaaten, die sich nicht den von der FEDETAB und der FNCG vorgeschriebenen restriktiven Vetriebsregeln angeschlossen hätten, dennoch diesen Regeln unterlegen, wenn sie ihre Erzeugnisse einschließlich derjenigen mit Ursprung in anderen Mitgliedstaaten an einen Groß- oder Einzelhändler weiterverkauft hätten, der sich an die von den beiden Verbänden vorgeschriebene Regelung gehalten habe, was angesichts der starken Marktstellung der Mitglieder dieser beiden Verbände praktisch die Regel gewesen sei.

167 Aufgrund dieser Erwägungen stellt die Kommission in der Begründungserwägung 93 der Entscheidung fest, selbst wenn Parallelimporte durch Groß- oder Einzelhändler wegen der in Kraft befindlichen Steuervorschriften in der Praxis noch mit Schwierigkeiten verbunden gewesen seien, sei doch die Änderung der Vertriebsbedingungen in Belgien dazu angetan gewesen, die Handelsströme aus ihrer natürlichen Richtung abzulenken (d. h. aus der Richtung, die sie bei Nichtbestehen der festgestellten Wettbewerbsbeschränkungen genommen hätten) und so den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.

168 Hinsichtlich der in der Empfehlung vorgesehenen Maßnahmen macht die Kommission in der Begründungserwägung 106 der Entscheidung geltend, diese seien aus denselben Gründen wie die vor Inkrafttreten der Empfehlung angewandten Maßnahmen geeignet, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.

169 Gegen diese Begründung wenden sich die Klägerinnen unter anderem mit dem Vorbringen, der Handel zwischen Mitgliedstaaten werde durch die Marktposition der der FEDETAB angehörenden Hersteller und Importeure nicht beeinträchtigt, da die beanstandeten Maßnahmen schon wegen der Auswirkungen der unterschiedlichen Besteuerung von Tabakwaren in den Mitgliedstaaten eine ausschließlich nationale Situationen regelten. Beim derzeitigen Stand der Harmonisierung der Tabakverbrauchsteuern stellten die einzelnen Systeme zur Berechnung und Erhebung dieser Steuern eine schwerwiegende Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels dar und verhinderten den Aufbau paralleler Einfuhrsysteme. Selbst wenn man unterstelle, daß sich die beanstandeten Maßnahmen mittelbar auf das Volumen der von den Herstellern vorgenommenen Tabakwareneinfuhren auswirken könnten, stehe doch keineswegs fest, daß diese Wirkung geeignet sei, die Freiheit des Handels zwischen Mitgliedstaaten in einer Weise zu beeinträchtigen, die der Verwirklichung der Zielsetzungen eines einheitlichen Marktes zwischen den Mitgliedstaaten abträglich sein könne.

170 Angesichts dieser unterschiedlichen Auffassungen ist zunächst darauf hinzuweisen, daß nach dem Urteil des Gerichtshofes vom 30. Juni 1966 in der Rechtssache 56/65 (*Société Technique Minière/Maschinenbau Ulm GmbH*, Slg. 1966, 281) Beschlüsse, Vereinbarungen oder Verhaltungsweisen nur dann geeignet sind, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, wenn sich anhand objektiver rechtlicher oder tatsächlicher Umstände mit hinreichender Wahrscheinlichkeit voraussehen läßt, daß sie unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell den Warenverkehr zwischen Mitgliedstaaten beeinflussen und dadurch der Errichtung eines einheitlichen Marktes zwischen den Mitgliedstaaten hinderlich sein können.

171 Wie in den Begründungserwägungen 8 und 91 der Entscheidung festgestellt wird, wird ein bedeutender Teil der in Belgien verkauften Tabakwaren durch der FEDETAB angehörende Hersteller eingeführt, die die importierten Erzeugnisse über das gleiche Vertriebsnetz wie die von ihnen selbst hergestellten Erzeugnisse vertreiben. So haben diese Hersteller zum Beispiel 1974 51 % der nach Belgien importierten Zigaretten und 12 bis 14 % der importierten Zigarren, d. h. etwa 5 % der in diesem Land verkauften Zigaretten und 10 % der dort abgesetzten Zigarren, eingeführt.

172 Die Paralleleinfuhr von Tabakwaren nach Belgien ist zwar wegen der steuerrechtlichen und technischen Schwierigkeiten, die der Gerichtshof in seinem Urteil vom 16. November 1977 in der Rechtssache 13/77 *(INNO/ATAB,* Slg. 1977, 2115) festgestellt hat, weitgehend ausgeschlossen, doch geht der Einfluß auf den innergemeinschaftlichen Handel in den vorliegenden Rechtssachen, wie sich aus der Begründung der angefochtenen Entscheidung eindeutig ergibt, insbesondere von den umfangreichen Einfuhren durch die der FEDETAB angehörenden Hersteller aus. In diesem Zusammenhang ist festzustellen, daß die vorstehend geschilderten Wettbewerbsbeschränkungen im Bereich der Handelsspannen, der Jahresabschlußvergütung und der Zahlungsfristen geeignet sind, die Handelsströme im Tabakwarensektor aus der Richtung abzulenken, die sie andernfalls genommen hätten. Dies gilt um so mehr für die vor Inkrafttreten der Empfehlung angewandten Maßnahmen, durch die die strikte Einhaltung der von den Herstellern und Importeuren festgesetzten Preise auf jeder Handelsstufe sichergestellt werden sollte. Denn durch ihre Abstimmung über die Grundzüge der den Zwischenhändlern einzuräumenden Verkaufsbedingungen verringerten die Klägerinnen spürbar den Anreiz für diese, als Gegenleistung für individuelle finanzielle Vergünstigungen, den Verkauf bestimmter eingeführter Erzeugnisse gegenüber anderen Einfuhrerzeugnissen zu fördern.

173 Zu Recht stellt die Kommission daher in ihrer Entscheidung fest, daß die von den Klägerinnen ausgehenden Wettbewerbsbeschränkungen geeignet sind, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.

VI — Sachrüge zu Artikel 85 Absatz 3 EWG-Vertrag

174 Die Klägerinnen machen im wesentlichen geltend, die Kommission habe Artikel 85 Absatz 3 EWG-Vertrag und den Grundsatz des rechtlichen Gehörs dadurch verletzt, daß sie zu Unrecht eine Freistellung für die Empfehlung verweigert habe, auf die von den Klägerinnen vorgebrachten Rügen nicht eingegangen sei und insoweit Fehler bei der Tatsachenfeststellung begangen habe.

175 Bevor auf das Vorbringen der Parteien zur Anwendbarkeit des Artikels 85 Absatz 3 auf die Empfehlung eingegangen wird, ist daran zu erinnern, daß für eine Artikel 85 Absatz 1 zuwiderlaufende Vereinbarung eine Freistellung

nach Absatz 3 dieses Artikels nur erteilt werden kann, wenn die Vereinbarung

— zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beiträgt,

— die Verbraucher zugleich an dem entstehenden Gewinn angemessen beteiligt,

— den beteiligten Unternehmen keine Beschränkungen auferlegt, die für die Verwirklichung dieser Ziele unerläßlich sind, und

— keine Möglichkeiten eröffnet, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten.

176 Wie der Gerichtshof im Urteil in der Rechtssache *Metro* (Randnr. 21 der Entscheidungsgründe) ausgeführt hat, zeigen die der Kommission in Artikel 85 Absatz 3 eingeräumten Befugnisse, daß das Erfordernis der Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs mit der Wahrung andersartiger Ziele in Einklang gebracht werden kann und daß zu diesem Zweck bestimmte Beschränkungen des Wettbewerbs zulässig sind, wenn sie für die Verwirklichung dieser Ziele unerläßlich sind und nicht zu einer Ausschaltung des Wettbewerbs für einen wesentlichen Teil des Gemeinsamen Marktes führen.

177 In der Begründungserwägung 132 der angefochtenen Entscheidung stellt die Kommission unter Bezugnahme auf die Begründungserwägungen 113 bis 131 fest, daß für die Empfehlung keine Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 erteilt werden könne, weil die Voraussetzung für die Anwendung dieser Bestimmung nicht erfüllt seien. Insbesondere führe die Empfehlung nicht zu einer Verbesserung der Warenverteilung, die ausreiche, um die durch sie hervorgerufenen wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen aufzuwiegen; auch sei sie nicht dazu angetan, die Verbraucher angemessen an dem Gewinn zu beteiligen, der sich eventuell aus ihr ergeben könne.

178 In der angefochtenen Entscheidung begründet die Kommission die Aufrechterhaltung ihrer Weigerung, Artikel 85 Absatz 3 auf die Empfehlung anzuwenden, unter anderem damit, es sei keineswegs erwiesen, daß das durch die

Empfehlung geschaffene Vertriebssystem für die Abnehmer dieser Kunden vorteilhafter sei als der normale Wettbewerb, der die Wahlfreiheit des Verbrauchers sicherstelle. Die Kommission räumt zwar ein, daß es dieses System mit seiner großen Zahl von Groß- und Einzelhändlern möglich mache, dem Verbraucher eine Vielzahl von Zigarettenmarken anzubieten; diese Auswahl bestehe jedoch nur bei den Facheinzelhändlern, die nur einen geringen Teil der 80 000 Verkaufsstellen ausmachten, während deren große Mehrzahl der Kundschaft nur eine begrenzte Anzahl von Marken anbiete. Diese Vielzahl von Verkaufsstellen könne im übrigen die Vertriebskosen nur erhöhen.

179 Die Kommission tritt auch der Ansicht entgegen, daß die Beseitigung des durch die Empfehlung geschaffenen kollektiven Systems unweigerlich zum Verschwinden des Fachhandels führen müsse. Wenn die Dienstleistungen dieses Fachhandels von den Verbrauchern tatsächlich geschätzt würden, wäre dieser Handel nämlich auch dann nicht gefährdet, wenn ihm die FEDETAB und ihre Mitglieder keine günstigeren finanziellen Bedingungen mehr einräumten als dem nicht spezialisierten Handel. Die Kommission bezweifelt auch, daß eine Gefahr für das Überleben der Fachgroßhändler bestehe, die etwa 80 % der Zigarettenverkäufe auf dem belgischen Markt tätigten; die Gewährung günstigerer Bedingungen für diese Großhändler stelle einen Versuch dar, künstlich Unternehmen auf dem Markt zu erhalten, die für die Käufer der nächsten Stufe nicht hinreichend notwendig erschienen und die normalerweise durch den Wettbewerb ausgeschaltet werden müßten.

180 In der Begründungserwägung 133 der Entscheidung stellt die Kommission zu den Bestimmungen der Empfehlung weiter fest, diese erfüllten auch die letzte Voraussetzung für die Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 nicht, da „die Vereinbarungen wegen des Marktanteils der Mitglieder der FEDETAB den beteiligten Unternehmen die Möglichkeit [eröffnen], für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten".

181 Die Klägerinnen machen geltend, Ziel der Empfehlung sei es, den Fortbestand eines traditionellen, sehr dichten Vertriebsnetzes in Belgien, das insbesondere 80 000 Einzelhändler umfasse, zu sichern; dank dieses Vertriebsnetzes könne dem Verbraucher selbst in den entlegendsten Gegenden des Landes eine breite Markenpalette zur Verfügung gestellt werden, was wiederum zur Stärkung des Wettbewerbs beitrage. Der Fortbestand dieses Systems

hänge jedoch vom Fachhandel und insbesondere von den Fachgroßhändlern ab, die die Versorgung der sehr zahlreichen, über das ganze Land verstreuten kleinen Einzelhändler sicherstellten.

182 Die Empfehlung enthalte keine Beschränkung, die nicht zur Erreichung dieser Zielsetzungen erforderlich sei. Insbesondere müsse den Fachgroß- und -einzelhändlern eine geringe zusätzliche Prämie eingeräumt werden, um das Überleben dieser Händler angesichts des von anderen Marktteilnehmern betriebenen Wettbewerbs zu sichern, zu denen namentlich die großen Verbrauchermärkte und Warenhäuser gehörten, die nicht dieselbe Dienstleistung erbrächten. Die Ausschaltung zahlreicher Fachhändler würde nach Ansicht der Klägerinnen nicht nur zu einer Verringerung der Zahl, der dem Verbraucher angebotenen Marken führen, sondern auch schwerwiegende soziale Auswirkungen haben. Der Gerichtshof habe in seinem Urteil in der Rechtssache *Metro* betont, daß sozialpolitische Erwägungen — namentlich die Sorge um die Erhaltung der Arbeitsplätze unter konjunkturell ungünstigen Bedingungen — im Rahmen von Artikel 85 Absatz 3 Berücksichtigung finden könnten.

183 Hierzu ist zunächst zu bemerken, daß die Empfehlung im Bereich der Herstellung und des Vertriebs von Zigaretten ohne Zweifel sowohl für zahlreiche kleine Einzelhändler, zu denen namentlich die belgischen Zeitungs- und Tabakhändler gehörten, die ausweislich der Akten etwa 60 % des inländischen Zigarettenverkaufs abwickeln, als auch für die Verbraucher gewisse Vorteile mit sich bringt. In der Tat wird der Zigarettenkauf für den Verbraucher durch diese große Zahl von Verkaufsstellen in Belgien unbestreitbar erleichtert. Freilich muß auch gesehen werden, daß der Verbraucher eine sehr ausgedehnte Markenpalette nur bei einer beschränkten Zahl von Fachhändlern oder halbspezialisierten Händlern findet; vor allem neue und kleine Marken werden über diese abgesetzt.

184 Die Zahl der Händler und Marken stellt jedoch nicht unbedingt das wesentliche Kriterium für eine Verbesserung des Vertriebs im Sinne von Artikel 85 Absatz 3 dar. Die Qualität eines Vertriebssektors bemißt sich vielmehr vor allem nach seiner geschäftlichen Flexibilität und seiner Fähigkeit, auf die von den Herstellern und den Verbrauchern ausgehenden Anregungen zu reagieren. Was den letztgenannten Aspekt angeht, hängt die Effizienz des Handels unter anderem davon ab, daß dieser seine Bemühungen auf die in den Augen der Verbraucher besten Erzeugnisse konzentriert; ferner bemißt sie sich nach

der Fähigkeit des Handels, sich neuen Kaufgewohnheiten anzupassen, die bei den Käufern eventuell erkennbar werden. Wie sich jedoch aus dem von der Kommission vorgelegten und von den übrigen Parteien der vorliegenden Rechtssachen nicht bestrittenen Zahlen ergibt, haben die Zigarettenverkäufe der Warenhäuser und Verbrauchermärkte wesentlich stärker zugenommen als die der übrigen Endverkäufer, und zwar obwohl die Warenhäuser und Verbrauchermärkte nur eine begrenzte Zahl aller auf dem belgischen Markt abgesetzten Zigarettenmarken anbieten.

185 Somit bestehen ernsthafte Zweifel, ob die sich aus der Empfehlung für den Vertrieb ergebenden Vorteile die einschneidenden Beschränkungen, die der Wettbewerb im Bereich der dem Handel eingeräumten Verkaufsbedingungen durch die Empfehlung erfährt, hinreichend ausgleichen können, so daß die Schlußfolgerung gerechtfertigt wäre, daß die Empfehlung im Sinne von Artikel 85 Absatz 3 zur Verbesserung des Zigarettenvertriebs beiträgt.

186 Diese Frage braucht jedoch nicht abschließend beantwortet zu werden, denn es fehlt im vorliegenden Fall eine andere Voraussetzung für die Anwendung von Artikel 85 Absatz 3.

187 Eine Freistellung für die in der Empfehlung enthaltenen Bestimmungen würde nämlich voraussetzen, daß diese den Mitgliedern der FEDETAB nicht die Möglichkeit eröffnen, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten.

188 Wie die Kommission in der Begründungserwägung 8 der angefochtenen Entscheidung ausführt, werden etwa 95 % aller in Belgien verkauften Zigaretten von den Mitgliedern der FEDETAB hergestellt oder eingeführt. 10 Mitglieder der FEDETAB, die auch Importeure von Erzeugnissen ausländischer Marken sind, haben 1974 51 % der nach Belgien eingeführten Zigaretten importiert, was etwa 5 % des gesamten Zigarettenabsatzes in diesem Land ausmacht. Außerdem tätigen die sieben klagenden Unternehmen allein einen sehr hohen Anteil aller Zigarettenverkäufe in Belgien, der in der Begründungserwägung 61 der Entscheidung mit 80 % und in der Gegenerwiderung der Kommission mit 92 % angegeben wird. Nach den von der Kommission ebenfalls in ihrer Gegenerwiderung vorgelegten und nicht bestrittenen Zah-

len entfallen ferner zwei Drittel der Zigarettenverkäufe in Belgien auf nur 10 Marken, die größtenteils von einem oder mehreren der klagenden Unternehmen vertrieben werden.

189 Wie bereits festgestellt, dienen die Bestimmungen der Empfehlung, der sich die klagenden Unternehmen angeschlossen haben, dem Zweck, durch eine Kollektivvereinbarung den Wettbewerb zu beschränken, den sich diese Marktteilnehmer gegenseitig einzeln insoweit bereiten könnten. In Anbetracht des sehr großen Anteils, den die Mitglieder der FEDETAB und insbesondere die klagenden Unternehmen am belgischen Zigarettenmarkt halten, bewirkt die Empfehlung, daß den Klägerinnen die Möglichkeit eröffnet wird, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten. Deshalb kommt eine Freistellung der Empfehlung nach Artikel 85 Absatz 3 keinesfalls in Betracht.

VII — Ergebnis

190 Aus den dargelegten Gründen sind die Klagen somit in ihrer Gesamtheit als unbegründet abzuweisen.

Kosten

191 Nach Artikel 69 § 2 der Verfahrensordnung ist die unterliegende Partei zur Tragung der Kosten zu verurteilen.

192 Die Klägerinnen sind mit ihrem Vorbringen unterlegen und daher als Gesamtschuldner zur Tragung der gesamten Kosten der Kommission einschließlich derjenigen des Verfahrens der einstweiligen Anordnung sowie der Kosten der auf seiten der Kommission beigetretenen Streithelferinnen zu verurteilen.

193 Die auf seiten der Klägerinnen beigetretenen Streithelferinnen tragen ihre eigenen Kosten.

Aus diesen Gründen

hat

DER GERICHTSHOF

für Recht erkannt und entschieden:

1. **Die Klagen werden abgewiesen.**

2. **Die Klägerinnen werden verurteilt, die Kosten der Kommission, einschließlich der durch das Verfahren der einstweiligen Anordnung und durch den Beitritt der Streithelferinnen Firma SA Mestdagh Frères und Cie, Firma SA Eugène Huyghebaert, Firma GB-INNO-BM und Fédération Belge du Commerce alimentaire entstandenen Kosten, als Gesamtschuldner zu tragen.**

3. **Die Streithelferinnen Association des détaillants en tabac Asbl, Association nationale des grossistes en produits manufacturés du tabac und Fédération nationale des négociants en journaux, publications, librairie et articles connexes tragen ihre eigenen Kosten.**

Kutscher Pescatore Koopmans Mertens de Wilmars Mackenzie Stuart

O'Keeffe Bosco Touffait Due

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 29. Oktober 1980.

Der Kanzler

A. Van Houtte

Der Präsident

H. Kutscher

INHALTSVERZEICHNIS

Tatbestand

I — Sachverhalt und Verfahren 3130

1. Vorgeschichte der vorliegenden Rechtssachen 3130

A — Entwicklung bis zum Erlaß der Entscheidung 3130

B — Die Entscheidung 3132

a) Zusammenfassung des Entscheidungstenors 3132

b) Zusammenfassung der Begründungserwägungen 3133

1) Sachverhalt 3133

aa) Herstellung und Verbrauch von Tabakwaren in Belgien (Begründungserwägungen 1 bis 10) 3133

bb) Modalitäten der Preisfestsetzung und der Steuererhebung bei Tabakwaren in Belgien (Begründungserwägungen 11 bis 18) . 3134

cc) Von der FEDETAB vor dem 1. Dezember 1975 hinsichtlich des Vertriebs getroffene Maßnahmen (Begründungserwägungen 19 bis 57) 3134

dd) Die FEDETAB-Empfehlung vom 1. Dezember 1975 (Begründungserwägungen 58 bis 76) 3137

i) Festlegung der Höchstsätze der den Kunden auf die Rechnung zu gewährenden Nachlässe und Mindestvoraussetzungen für deren Gewährung 3138

ii) Die Vergütung zum Jahresabschluß 3139

iii) Die Zahlungsfristen 3139

2) Anwendbarkeit von Artikel 85 Absatz 1 des Vertrages 3139

aa) auf die von der FEDETAP vor dem 1. Dezember 1975 hinsichtlich des Vertriebs getroffenen Maßnahmen (Begründungserwägungen 77 bis 93) 3139

bb) auf die FEDETAP-Empfehlung vom 1. Dezember 1975 (Begründungserwägungen 94 bis 108) 3141

3) Nichtwendbarkeit von Artikel 85 Absatz 3 3142

aa) auf die von der FEDETAP vor dem 1. Dezember 1975 hinsichtlich des Vertriebs getroffenen Maßnahmen (Begründungserwägungen 109 bis 112) 3142

bb) auf die FEDETAP-Empfehlung vom 1. Dezember 1975 (Begründungserwägungen 113 bis 134) 3143

2. Verfahrensablauf 3144

II — Anträge der Parteien 3144

III — Angriffs- und Verteidigungsmittel der Parteien 3146

A — Von der Mehrzahl der Klägerinnen vorgebrachte und insbesondere den Anspruch auf rechtliches Gehör betreffende Form- und Verfahrensrügen . . 3146

Erste Rüge: Verletzung von Artikel 19 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 und Artikel 5 der Verordnung Nr. 99/63 (verweigerte Anhörung bestimmter Groß- und Einzelhandelsverbände) 3146

Zweite Rüge: Verletzung von Artikel 19 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17, Artikel 3 Absatz 3 der Verordnung Nr. 99/63 und des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Zurückweisung des Ersuchens um Anhörung zweier Großhandelsverbände) 3146

Dritte Rüge: Verletzung wesentlicher, den Anspruch auf rechtliches Gehör betreffender Grundsätze über das Anhörungsverfahren nach den Verordnungen Nrn. 17 und 99/63 3147

Vierte Rüge: Verletzung wesentlicher, in den Verordnungen Nrn. 17 und 99/63 sowie in Artikel 190 EWG-Vertrag enthaltener Formvorschriften und Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör (unzulässige und nicht begründete Verbindung der verschiedenen Verfahren) 3148

Fünfte Rüge: Verletzung des allgemeinen Grundsatzes der Wahrung des Anspruchs auf rechtliches Gehör (verweigerte Übermittlung der Akten) . . . 3151

Sechste Rüge: Verstoß gegen die Artikel 20 Absatz 2 und 21 Absatz 2 der Verordnung Nr. 17 (Berufsgeheimnis) 3152

B — Von den meisten Klägerinnen erhobene formelle Rügen betreffend Artikel 85 Absatz 3 EWG-Vertrag 3155

Siebte Rüge: Verletzung von Artikel 85 Absatz 1 und 3 EWG-Vertrag, Artikel 4 Absatz 2 Nrn. 1 und 2 Buchstabe a, 5 und 6 Absätze 1 und 2 der Verordnung Nr. 17, des Anspruchs auf rechtliches Gehör sowie der Pflicht zur Begründung der Entscheidung (Frage der Befreiung von der Pflicht zur Anmeldung der vor der Empfehlung getroffenen Maßnahmen) 3155

Achte Rüge: Verletzung von Artikel 85 Absatz 3 EWG-Vertrag, der Artikel 4 Absätze 1 und 2, 5 Absätze 1 und 2 sowie 6 Absätze 1 und 2 der Verordnung Nr. 17 und der Artikel 2, 3 und 4 der Verordnung Nr. 27/62 (Weigerung, ein Schreiben als Anmeldung anzusehen) 3156

Neunte Rüge: Verletzung von Artikel 85 Absatz 3 EWG-Vertrag, der Pflicht zur Begründung der Entscheidung und des Anspruchs auf rechtliches Gehör (fehlendes Eingehen auf die wesentlichen zur Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 vorgetragenen Argumente) 3158

Zehnte Rüge: Verletzung von Artikel 4 der Verordnung Nr. 99/63, Artikel 19 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17/62 und Artikel 85 Absatz 3 EWG-Vertrag (fehlende Mitteilung der Artikel 85 Absatz 3 betreffenden Erwägungen) 3158

C — Gemeinsames Vorbringen zu den Rügen 1 bis 6 und 10 3160

D — Von den meisten Klägerinnen erhobene Rügen betreffend Artikel 85 EWG-Vertrag 3161

Vorbemerkungen 3161

1. Die belgischen steuerrechtlichen Bestimmungen 3161

2. Die steuerrechtliche Harmonisierung in der Gemeinschaft 3162

3. Maßnahmen zur Preiskontrolle in Belgien 3163

Elfte Rüge: Verletzung der Artikel 85 Absatz 1 und 190 EWG-Vertrag (Wettbewerbsbeschränkung) 3163

Zwölfte Rüge: Verletzung der Artikel 85 Absatz 1 und 190 EWG-Vertrag (Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung) 3180

Dreizehnte Rüge: Verletzung der Artikel 85 Absatz 1 und 190 EWG-Vertrag (Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten) 3193

E — Zusammenfassung bestimmter Ausführungen der Streithelferinnen zu den Artikel 85 Absatz 1 betreffenden Rügen; Stellungnahmen der Hauptparteien 3197

F — *Vierzehnte Rüge:* Verweigerung einer Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 3203

G — Zusammenfassung bestimmter Ausführungen der Streithelferinnen zur vierzehnten Rüge; Stellungnahmen der Hauptparteien 3210

H — Rügen, die einen allgemeinen Rechtsgrundsatz betreffen 3216

Fünfzehnte Rüge: Verletzung des Grundsatzes der Gleichheit der öffentlichen und privaten Unternehmen vor dem Vertrag 3216

I — Rügen, die nur von einigen Klägerinnen erhoben werden 3219

Sechzehnte Rüge: Verletzung der Artikel 85 und 190 EWG-Vertrag (unrichtige Beurteilung des Wesens der Empfehlung) 3219

Siebzehnte Rüge: Verletzung der Artikel 85 und 190 EWG-Vertrag (unrichtige Qualifizierung der Empfehlung) 3221

Achtzehnte Rüge: Verletzung der Artikel 85 und 190 EWG-Vertrag (unrichtige Beurteilung des Verhaltens der Klägerin Heintz van Landewyck) 3222

IV — Frage des Gerichtshofes an die belgische Regierung; Antwort 3223

V — Fragen des Gerichtshofes an die Parteien 3223

1. Fragen an die Kommission 3223

2. Fragen an die Klägerinnen 3224

VI — Mündliche Verhandlung 3224

A — Beantwortung der schriftlichen Fragen 3224

1. Antworten der Kommission 3224

2. Antworten der Klägerinnen 3226

B — Antworten auf vom Gerichtshof während der Sitzung gestellte Fragen . . . 3226

Entscheidungsgründe

I — Allgemeine Erwägungen 3227

II — Form- und Verfahrensrügen 3232

Erste Rüge: Weigerung der Kommission, bestimmte betroffene Groß- und Einzelhandelsverbände anzuhören 3232

Zweite Rüge: Weigerung der Kommission, dem Ersuchen der FEDETAB um Anhörung zweier Großhandelsverbände stattzugeben 3232

Dritte Rüge: Abwesenheit von Bevollmächtigten der Kommission während eines Teils der mündlichen Anhörung vom 22. September 1976 3234

Vierte Rüge: Unzulässige Verbindung der Beschwerden von Mestdagh und Huyghebaert ohne Begründung 3234

Fünfte Rüge: Verweigerung der Akteneinsicht 3236

Sechste Rüge: Verletzung des Berufsgeheimnisses 3238

Siebte Rüge: Befreiung von der Pflicht zur Anmeldung 3239

Achte Rüge: Weigerung, das Schreiben der FEDETAB vom 26. Januar 1971 als Anmeldung anzusehen 3242

Neunte Rüge: Ungenügendes Eingehen auf die zur Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 EWG-Vertrag vorgetragenen Argumente 3244

Zehnte Rüge: Die Kommission habe Beschwerdepunkte berücksichtigt, die nicht mitgeteilt worden seien. 3244

Elfte Rüge: Fehlerhafte Beurteilung der Empfehlung im Verhältnis zu den früheren Maßnahmen 3247

III — Die Rügen 1 bis 6 und 10 im Verhältnis zu Artikel 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention 3248

IV — Rüge, die einen allgemeinen Rechtsgrundsatz betrifft 3249

V — Sachrügen zu Artikel 85 Absatz 1 EWG-Vertrag 3249

A — Unrichtige Beurteilung von Wesen und Tragweite der Empfehlung 3249

B — Von der Klägerin HvL geltend gemachte unrichtige Beurteilung 3251

C — Rügen, die die Beeinträchtigung des Wettbewerbs betreffen 3251

1. Einleitende Bemerkungen 3251

a) Inhalt der beanstandeten Maßnahmen 3252

i) Die Zeit vor dem 1. Dezember 1975 3252

ii) Die FEDETAB-Empfehlung vom 1. Dezember 1975. 3254

2. Die Maßnahmen bezüglich der Handelsspannen, der Jahresabschlußvergütung und der maximalen Zahlungsfristen 3256

a) Die Handelsspannen 3256

i) Die belgischen Rechtsvorschriften und Verwaltungspraktiken . . . 3258

— Die belgischen Bestimmungen über die Verbrauchsteuer auf Tabakwaren 3258

— Die Maßnahmen zur Preiskontrolle in Belgien und die belgische Steuerpolitik 3260

ii) Beurteilung der Auswirkungen der unter i) dargestellten Vorschriften und Praktiken auf den Wettbewerb. 3261

b) Die Jahresabschlußvergütung 3266

c) Die Regeln über die Zahlungsfristen 3267

3. Die früheren Maßnahmen: Einhaltung der von den Herstellern festgesetzten Verkaufspreise durch die Großhändler und durch bestimmte Einzelhändler; Begrenzung der Anerkennung von Großhändlern bestimmter Kategorien; Verbot für die anerkannten Großhändler, bestimmte andere Großhändler zu beliefern; Verpflichtung, ein Mindestwarensortiment anzubieten 3270

4. Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten 3272

VI — Sachrüge zu Artikel 85 Absatz 3 EWG-Vertrag 3275

VII — Ergebnis 3280