om bij de wijze van toepassing van artikel 85, lid 3, een doeltreffend toezicht te verzekeren en de administratieve controle zo veel mogelijk te vereenvoudigen.

6. Krachtens artikel 190 EEG-Verdrag is de Commissie weliswaar gehouden, haar beschikkingen met redenen te omkleden met vermelding van de feitelijke en juridische gegevens waarvan de rechtmatigheid van de maatregel afhangt en van de overwegingen die haar tot het nemen van haar beschikking hebben geleid, doch het is niet vereist dat zij ingaat op alle feitelijke en rechtspunten die door elke betrokkene tijdens de administratieve procedure zijn opgeworpen.

7. Aan de Commissie wordt nergens verboden zich bij één enkele beschikking over verschillende inbreuken op artikel 85 EEG-Verdrag uit te spreken, zolang slechts ieder der adressaten in de beschikking nauwkeurig kan lezen welke grieven er tegen hemzelf bestaan.

8. De Commissie is weliswaar gehouden, de door het communautaire mededingingsrecht voorgeschreven procedurele garanties te eerbiedigen, doch zij kan bij de toepassing van de gemeenschapsvoorschriften niet als zodanig als een „Rechterlijke instantie" worden aangemerkt in de zin van artikel 6 van het Europese Verdrag inzake de rechten van de mens, volgens hetwelk eenieder recht heeft op een eerlijke behandeling van zijn zaak door een onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie.

9. Een van een ondernemersvereniging uitgaande aanbeveling, die de getrouwe uitdrukking van de wil van haar leden vormt om zich op de markt overeenkomstig de bewoordingen van de aanbeveling te gedragen, voldoet aan de voor toepassing van artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag noodzakelijke voorwaarden.

10. Artikel 85, lid 1, is ook van toepassing op verenigingen zonder winstoogmerk, voorzover haar eigen activiteiten of die van de aangesloten ondernemingen ertoe strekken de gevolgen teweeg te brengen die deze bepaling beoogt tegen te gaan.

11. Wil van ongunstige beïnvloeding van de handel tussen de Lid-Staten sprake zijn, dan moet een besluit, overeenkomst of kartel, gezien het geheel hunner objectieve bestanddelen — feitelijk en rechtens — met een voldoende mate van waarschijnlijkheid doen verwachten, dat zij, al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel, op het ruilverkeer tussen Lid-Staten een zodanige invloed kunnen uitoefenen, dat de totstandkoming van een gemeenschappelijke markt tussen genoemde Staten wordt belemmerd.

In de gevoegde zaken 209 tot 215 en 218/78

1) 209/78: HEINTZ VAN LANDEWYCK SÀRL, te Luxemburg, te dezen vertegenwoordigd door E. Arendt, advocaat te Luxemburg, en domicilie gekozen hebbende te diens kantore aldaar, rue Philippe II 34b,

om bij de wijze van toepassing van artikel 85, lid 3, een doeltreffend toezicht te verzekeren en de administratieve controle zo veel mogelijk te vereenvoudigen.

6. Krachtens artikel 190 EEG-Verdrag is de Commissie weliswaar gehouden, haar beschikkingen met redenen te omkleden met vermelding van de feitelijke en juridische gegevens waarvan de rechtmatigheid van de maatregel afhangt en van de overwegingen die haar tot het nemen van haar beschikking hebben geleid, doch het is niet vereist dat zij ingaat op alle feitelijke en rechtspunten die door elke betrokkene tijdens de administratieve procedure zijn opgeworpen.

7. Aan de Commissie wordt nergens verboden zich bij één enkele beschikking over verschillende inbreuken op artikel 85 EEG-Verdrag uit te spreken, zolang slechts ieder der adressaten in de beschikking nauwkeurig kan lezen welke grieven er tegen hemzelf bestaan.

8. De Commissie is weliswaar gehouden, de door het communautaire mededingingsrecht voorgeschreven procedurele garanties te eerbiedigen, doch zij kan bij de toepassing van de gemeenschapsvoorschriften niet als zodanig als een „Rechterlijke instantie" worden aangemerkt in de zin van artikel 6 van het Europese Verdrag inzake de rechten van de mens, volgens hetwelk eenieder recht heeft op een eerlijke behandeling van zijn zaak door een onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie.

9. Een van een ondernemersvereniging uitgaande aanbeveling, die de getrouwe uitdrukking van de wil van haar leden vormt om zich op de markt overeenkomstig de bewoordingen van de aanbeveling te gedragen, voldoet aan de voor toepassing van artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag noodzakelijke voorwaarden.

10. Artikel 85, lid 1, is ook van toepassing op verenigingen zonder winstoogmerk, voorzover haar eigen activiteiten of die van de aangesloten ondernemingen ertoe strekken de gevolgen teweeg te brengen die deze bepaling beoogt tegen te gaan.

11. Wil van ongunstige beïnvloeding van de handel tussen de Lid-Staten sprake zijn, dan moet een besluit, overeenkomst of kartel, gezien het geheel hunner objectieve bestanddelen — feitelijk en rechtens — met een voldoende mate van waarschijnlijkheid doen verwachten, dat zij, al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel, op het ruilverkeer tussen Lid-Staten een zodanige invloed kunnen uitoefenen, dat de totstandkoming van een gemeenschappelijke markt tussen genoemde Staten wordt belemmerd.

In de gevoegde zaken 209 tot 215 en 218/78

1) 209/78: HEINTZ VAN LANDEWYCK SÀRL, te Luxemburg, te dezen vertegenwoordigd door E. Arendt, advocaat te Luxemburg, en domicilie gekozen hebbende te diens kantore aldaar, rue Philippe II 34b,

2) 210/78: BELGISCH-LUXEMBURGSE FEDERATIE DER TABAKVERWERKENDE INDUSTRIEËN FEDETAB, VZW, te Brussel, te dezen vertegenwoordigd door L. Goffin en A. Braun, advocaten te Brussel, en domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ten kantore van advocaat E. Arendt,

3) 211/78: ÉTABLISSEMENTS GOSSET, SA, te dezen vertegenwoordigd door W. van Gerven, advocaat te Brussel, en domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ten kantore van advocaat E. Arendt,

4) 212/78: BAT BENELUX, NV, te Brussel, te dezen vertegenwoordigd door P.-F. Lebrun, advocaat te Brussel, en domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ten kantore van advocaat E. Arendt,

5) 213/78: COMPAGNIE INDÉPENDANTE DES TABACS CINTA NV, te Schaerbeek, te dezen vertegenwoordigd door E. Jakhian en B. Hanotiau, advocaten te Brussel, en domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ten kantore van advocaat E. Arendt,

6) 214/78: WELTAB NV, te Brussel, te dezen vertegenwoordigd door P. van Ommeslaghe, advocaat te Brussel, en domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ten kantore van advocaat E. Arendt,

7) 215/78: JUBILÉ SA, te Luik, te dezen vertegenwoordigd door H. G. Kemmler, B. Rapp-Jung en A. Böhlke, advocaten te Frankfurt/Main, en domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ten kantore van advocaat E. Arendt,

8) 218/78: VANDER ELST NV, te Antwerpen, te dezen vertegenwoordigd door H. G. Kemmler, B. Rapp-Jung en A. Böhlke, en domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ten kantore van advocaat E. Arendt,

verzoekers,

ondersteund door

VERENIGING VAN DE KLEINHANDELAARS IN TABAK ATAB VZW, te Brussel, te dezen vertegenwoordigd door J.-R. Thys, advocaat te Brussel, en domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ten kantore van E. Arendt,

BEROEPSVERENIGING NATIONALE ASSOCIATIE VAN GROOTHANDELAARS IN TABAKSPRODUKTEN, AGROTAB, te Luik, te dezen vertegenwoordigd door J.-M. van

Hille en N. François, advocaten te Gent, en domicilie gekozen hebbende te Luxemburg bij F. Entringer, advocaat aldaar, rue du Palais de Justice 2,

en

VZW Nationale Federatie van Handelaars in Dagbladen, Tijdschriften, Boeken en aanverwante artikelen FNJ, te Brussel, te dezen vertegenwoordigd door P. Didier, advocaat te Brussel, en domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ten kantore van E. Arendt,

interveniënten,

tegen

Commissie van de Europese Gemeenschappen, te dezen vertegenwoordigd door haar juridisch adviseur B. van der Esch, als gemachtigde, bijgestaan door J.-F. Verstrynge en G. zur Hausen, leden van de juridische dienst van de Commissie, en domicilie gekozen hebbende te Luxemburg bij M. Cervino, Bâtiment Jean Monnet, Kirchberg,

verweerster,

ondersteund door

SA Mestdagh Frères & Co., te Gosselies en Eugène Huyghebaert NV, te Mechelen, te dezen vertegenwoordigd door L. van Bunnen, advocaat te Brussel, en domicilie gekozen hebbende te Luxemburg bij P. Beghin, advocaat aldaar, avenue de la Liberté 48,

VZW Federatie van de Belgische voedingshandel FEBEVO, te Brussel, te dezen vertegenwoordigd door L. van Bunnen, en domicilie gekozen hebbende te Luxemburg bij advocaat P. Beghin,

en

NV GB-INNO-BM, te Brussel, te dezen vertegenwoordigd door M. Waelbroeck en L. van Bunnen, advocaten, en domicilie gekozen hebbende te Luxemburg bij Elvinger & Hoss, advocaten aldaar, Côte d'Eich 15,

interveniënten,

betreffende verzoeken tot nietigverklaring — en in enkele zaken subsidiaire vorderingen tot wijziging — van beschikking nr. 78/670/EEG van de Commissie van 20 juli 1978 (IV/28.852 GB-INNO-BM/FEDETAB; IV/29.127 Mestdagh-Huyghebaert/FEDETAB en IV/29.149 — „Aanbeveling FEDE-

TAB"; PB L 224 van 1978, blz. 29 e.v.) waarin verzoekers wordt verweten een of meer inbreuken op artikel 85 EEG-Verdrag te hebben gepleegd,

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE,

samengesteld als volgt:

H. Kutscher, president, P. Pescatore en T. Koopmans, kamerpresidenten, J. Mertens de Wilmars, Mackenzie Stuart, A. O'Keeffe, G. Bosco, A. Touffait en O. Due, rechters,

advocaat-generaal: G. Reischl
griffier: A. Van Houtte

het navolgende

ARREST

De feiten

I — Feiten en procesverloop

1. Voorgeschiedenis van de onderhavige zaken

A — Feiten die zich vóór de vaststelling van de beschikking hebben voorgedaan

1) Op 2 april 1974 diende het grootwinkelbedrijf GB-INNO-BM (hierna te noemen GB) te Brussel bij de Commissie van de Europese Gemeenschappen krachtens artikel 3, lid 2, van verordening nr. 17/62 van de Raad van 6 februari 1962 een klacht in tegen de VZW Belgisch-Luxemburgse Federatie der Tabakverwerkende Industrieën (hierna te noemen FEDETAB), welke beroepsvereniging bijna alle Belgische en Luxemburgse fabrikanten van tabakswaren omvat, de VZW Nationale Federatie van de Groothandel in Tabakswaren (hierna te noemen NFGT) en de VZW Vereniging van de Kleinhandelaars in Tabak (hierna te noemen ATAB). In deze klacht verzocht GB de Commissie, een procedure tegen de drie verenigingen in te leiden om ze te verplichten een einde te maken aan verscheidene, met name tegen artikel 85 EEG-Verdrag gerichte inbreuken, die zouden zijn voortgevloeid uit bepaalde door deze verenigingen gesloten overeenkomsten.

Als gevolg van deze klacht leidde de Commissie op 29 juli 1974 een procedure in de zin van artikel 9, lid 3, van verordening nr. 17/62 in, na een afschrift van de klacht aan FEDETAB en ATAB te hebben toegezonden. De Commissie overhandigde ook een kopie van de klacht aan de Association nationale des

grossistes itinérants en produits manufacturés en tabac (hierna ANGIPMT), een vereniging van groothandelaren die na de ontbinding van de NFGT in 1974 was opgericht.

Nadat FEDETAB, ATAB en ANGIPMT een standpunt inzake de klacht van GB hadden ingenomen, richtte de Commissie op *18 juli 1975* tot FEDETAB en al haar leden een *mededeling van de punten van bezwaar* waarin zijn verklaarde dat enige overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van FEDETAB en haar leden naar haar mening in strijd waren met artikel 85 EEG-Verdrag.

In de loop van december 1975 hebben FEDETAB en enige harer leden (met name alle verzoekers in de onderhavige zaken) geantwoord op de mededeling van de punten van bezwaar. Op het verzoek van GB om in kennis te worden gesteld van de antwoorden op de mededeling van de punten van bezwaar zond de Commissie op 2 oktober 1975 enige antwoorden (waarvan die van FEDETAB) aan GB toe. Op 7 oktober 1975 ontving de Commissie nota's van ANGIPMT, alsmede van het Europäische Tabakwaren-Großhandels-Verband e.V. (ETV) te Keulen.

2) De SA Mestdagh Frères et Cie, een groothandelsfiliaalbedrijf, en de NV Eugène Huyghebaert, een levensmiddelengroothandel, (hierna te noemen Mestdagh en Huyghebaert) hebben op 10, respectievelijk 13 oktober 1975 elk een brief aan de Commissie gericht waarin zij verklaarden zich te willen aansluiten bij de klacht van GB.

Op 21 oktober 1975 dienden Mestdagh en Huyghebaert bij de Commissie officiële klachten ingevolge artikel 3, lid 2, van verordening nr. 17/62 in.

Een *mondelinge hearing* van FEDETAB, van enige harer leden (met name alle verzoekers) en van GB vond op *22 oktober 1975* plaats.

In november 1975 zond de Commissie een afschrift van de mededeling van de punten van bezwaar en van bepaalde antwoorden van verzoekers aan Mestdagh en Huyghebaert; aan verzoekers zond zij een afschrift van de klacht van Mestdagh en Huyghebaert toe ter bepaling van een standpunt.

3) Op 1 december 1975 meldde FEDETAB overeenkomstig de artikelen 2 en 4 van verordening nr. 17/62 bij de Commissie de tekst van een door haar Beheerraad goedgekeurde *„Aanbeveling inzake de verkoop van sigaretten op de Belgische markt"* aan die, hoewel voorgesteld als eenzijdige handeling van FEDETAB, was opgesteld teneinde door al haar leden of door een deel daarvan te worden toegepast. De aanmelding had volgens FEDETAB ten doel, van de Commissie een negatieve verklaring of althans een beschikking houdende toepassing van artikel 85, lid 3, te verkrijgen. Indien de Aanbeveling immers wordt aanvaard door alle leden van FEDETAB of een gedeelte daarvan, kan zij worden uitgelegd als een overeenkomst of tenminste als mogelijke basis van onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de zin van artikel 85. Noch de Aanbeveling noch de eventueel daaruit voortvloeiende afgestemde feitelijke gedragingen strekken er echter toe of hebben ten gevolge dat de mededinging wordt verhinderd, beperkt of vervalst en zij kunnen de handel tussen Lid-Staten niet ongunstig beïnvloeden. Ten aanzien van de Aanbeveling dient hoe dan ook een beschikking tot buitentoepassingverklaring op basis van artikel 85, lid 3, te worden genomen.

De andere verzoekers, sigarettenfabrikanten en leden van FEDETAB, deelden de Commissie vervolgens mee dat zij voornemens waren de Aanbeveling op te volgen en dat zij zich bij de aanmelding daarvan bij de Commissie aansloten.

In de loop van december 1975 en januari 1976 hebben verzoekers schriftelijk hun standpunt bepaald inzake de klachten van Mestdagh en Huyghebaert. In februari 1976 zond de Commissie deze standpunten door naar Mestdagh en Huyghebaert en ontving zij van dezen in antwoord daarop schriftelijke opmerkingen. Zij ontving tevens een memorie van ANGIPMT.

Op 10 mei 1976 breidde de Commissie de op 19 juli 1974 ingeleide procedure uit tot de Aanbeveling FEDETAB van 1 december 1975 en op *17 mei 1976* richtte zij tot verzoekers een *tweede mededeling van de punten van bezwaar,* die betrekking had op de Aanbeveling.

Verzoekers antwoordden in juli 1976 op deze mededeling van de punten van bezwaar en op de standpunten van Mestdagh en Huyghebaert. In september 1976 hebben ATAB en het Consortium tabacsgroep tabak (hierna te noemen GT) te Herent, een feitelijke vereniging van enkele oude leden van de (ontbonden) ANGIPMT en de toekomstige leden van de Nationale Associatie van Groothandelaars in Tabaksprodukten (hierna te noemen AGROTAB), een na de ontbinding van ANGIPMT in 1977 opgerichte beroepsvereniging, schriftelijk hun standpunt bepaald inzake de mededeling van de punten van bezwaar van 17 mei 1976.

Op *22 september 1976* heeft de Commissie een *tweede hearing* van verzoekers gehouden.

4) In juli en oktober 1977 heeft de Commissie overeenkomstig artikel 11 van verordening nr. 17/62 de laatste verzoeken om inlichtingen aan verzoekers gericht.

Op 13 december 1977 heeft het Adviescomité voor mededingingsregelingen en economische machtsposities overeenkomstig artikel 10 van verordening nr. 17/62 advies uitgebracht.

B — De beschikking

Op 20 juli 1978 nam de Commissie beschikking nr. 78/670/EEG „inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag (IV/28.852 — GB-INNO-BM/FEDETAB; IV/29.127 — Mestdagh-Huyghebaert/FEDETAB en IV/29.149 — „Aanbeveling FEDETAB") (PB L 224 van 1978, blz. 29 e.v.). Luidens artikel 4 is de beschikking gericht tot alle verzoekers in de onderhavige zaken, dat wil zeggen tot FEDETAB en tot de volgende ondernemingen (leden van FEDETAB):

— Cinta NV (hierna: Cinta), te Brussel,

— Éts. Gosset NV (hierna: Gosset), te Brussel,

— Jubilé SA (hierna: Jubilé), te Luik,

— Vander Elst NV (hierna: Vander Elst), te Antwerpen,

— Weltab NV (hierna: Weltab), te Brussel,

— BAT Benelux NV (hierna: BAT), te Brussel,

— Heintz van Landewyck SARL (hierna: HVL), te Luxemburg.

a) Samenvatting van het dispositief der beschikking

Artikel 1 van de beschikking luidt als volgt: „De overeenkomsten tussen de ondernemingen vermeld in artikel 4 en de besluiten van de ondernemersvereniging genomen door de Belgisch-Luxem-

burgse Federatie van Tabakverwerkende Industrieën (FEDETAB), te Brussel, betreffende de organisatie van de distributie en de verkoop van tabaksprodukten in België en die betrekking hebben op:

1. de erkenning door FEDETAB van de groothandelaren en de detaillisten en hun indeling in verschillende categorieën met het oog op de toekenning van verschillende kortingspercentages aan deze categorieën;

2. de naleving van de door de fabrikanten opgelegde wederverkoopprijzen, bedoeld in de overeenkomst gesloten op 22 mei 1967 en 5 oktober 1967, evenals de avenant van 29 december 1970, tussen FEDETAP en de „Nationale Federatie van de Groothandel in Tabakswaren" (NFGT);

3. de beperking door FEDETAB van de toelating tot bepaalde categorieën groothandelaren;

4. het verbod van wederverkoop aan andere groothandelaren dat de collectieve maatregelen en de interpretatieve avenant van 22 maart 1972, tot voorwerp hadden;

5. de toepassing op de groothandelaren en de detaillisten van eenvormige betalingstermijnen, bedoeld in de collectieve maatregelen van 23 december 1971;

6. de nakoming van de aan de detaillisten opgelegde verplichting een minimumassortiment aan te bieden besloten door FEDETAB en verzekerd door middel van de overeenkomsten en collectieve maatregelen genomen door bepaalde van haar leden;

hebben met betrekking tot de periode van 13 maart 1962 tot 1 december 1975 inbreuken gevormd op artikel 85, lid 1, van het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap."

Artikel 2 bepaalt dat de Aanbeveling FEDETAB, op 1 december 1975 in werking getreden en met als voorwerp:

1. de verdeling van de Belgische groothandelaren en detaillisten in categorieën en de toekenning van verschillende kortingspercentages aan deze categorieën;

2. de toepassing op de groothandelaren en de detaillisten van eenvormige betalingstermijnen;

3. de toekenning aan de groothandelaren en detaillisten van een eindejaarsristorno;

„een inbreuk [vormt] op artikel 85, lid 1, van het EEG-Verdrag ... en niet in aanmerking [kan] komen voor een ontheffing op grond van lid 3 van ditzelfde artikel."

Artikel 3, lid 1, bepaalt dat verzoekers gehouden zijn een einde te maken aan de in artikel 2 vastgestelde inbreuk. „In het bijzonder" aldus dit artikel, „zullen zij zich in de toekomst onthouden van elke handeling welke hetzelfde voorwerp heeft als de Aanbeveling FEDETAB." Krachtens artikel 3, lid 2, is FEDETAB gehouden onverwijld al haar leden tot wie deze beschikking niet is gericht op de hoogte te brengen van haar inhoud.

b) Samenvatting van de overwegingen

1) De feiten

aa) De produktie en het verbruik van tabaksfabrikaten in België (overwegingen nrs. 1 tot en met 10)

De Commissie constateert dat in België de produktie van tabaksfabrikaten voor 94 % op ingevoerde ruwe tabak, voor 4,5 % op Belgische ruwe tabak en voor 1,5 % op tabakafval berust. Het gebruik kan ongeveer als volgt worden verdeeld: 70 % sigaretten, 13 % rooktabak, 8 % sigaren en 8,5 % cigarillo's. Bijna alle Belgische en Luxemburgse producenten

van tabaksfabrikaten zijn aangesloten bij FEDETAB, die begin 1946 is opgericht.

Na de doelstellingen en de structuur van FEDETAB te hebben geanalyseerd, vermeldt de Commissie dat de ondernemingen die er lid van zijn ongeveer 95 % van de sigaretten en 75 tot 80 % van de sigaren en cigarillo's die in België worden verkocht, produceren of importeren. Aangetekend zij namelijk dat tien leden van FEDETAB ook importeur zijn van buitenlandse merken en dat zij uit dien hoofde in 1974 51 % van de sigaretten en 12 tot 14 % van de sigaren hebben geïmporteerd die in België zijn binnengekomen, dat wil zeggen ongeveer 5 % van de sigaretten en 10 % van de sigaren verkocht in dit land. Deze fabrikantenimporteurs brengen de aldus ingevoerde produkten in de handel met gebruikmaking van dezelfde distributienetten als voor de produkten die zij zelf fabriceren. Bijna alle in België en Luxemburg geïmporteerde tabaksprodukten komen uit de andere Lid-Staten van de EEG.

bb) De prijsvorming van en de belastingheffing op tabaksfabrikaten in België (overwegingen nrs. 11 tot en met 18)

De Commissie merkt op dat in België tabaksfabrikaten onder een eigen fiscale regeling vallen, die wordt gekenmerkt door de heffing van een accijns in plaats van BTW in de vorm van een recht *ad valorem*, berekend over de detailhandelsprijs, tegen een tarief van bijvoorbeeld 55,55 % voor sigaretten, waarover bovendien een specifieke accijns van BFR 0,048 per stuk wordt geheven. Over het geheel genomen is het belastingaandeel in de detailhandelsprijs ongeveer 70 %. De detailhandelsprijs die als grondslag dient voor de vaststelling van het bedrag van de verschuldigde accijns wordt door de fabrikant of de importeur vastgesteld en het accijnsrecht wordt door deze laatsten voldaan bij de aankoop van fiscale bandjes welke op de verschillende gefabriceerde of geïmporteerde tabaksprodukten worden aangebracht. Op de fiscale bandjes is de detailhandelsprijs aangebracht; zij vormen het bewijs dat alle fiscale rechten welke het produkt belasten zijn voldaan.

De Commissie stelt vast dat grossiers en detailhandelaren die willen overgaan tot import zonder de fabrikant of de officiële importeur in te schakelen, wegens de fiscale voorschriften voor tabaksfabrikaten in de verschillende EEG-landen daarvan meestal worden afgehouden doordat de buitenlandse grossiers bij wie zij theoretisch deze produkten zouden kunnen kopen in de praktijk slechts beschikken over produkten die reeds van het fiscale bandje van hun land voorzien zijn, hetgeen een bron van belangrijke technische belemmeringen van fiscale oorsprong voor de import ervan vormt.

cc) De maatregelen die door FEDETAB vóór 1 december 1975 op het gebied van de verkoop zijn genomen (overwegingen nrs. 19 tot en met 57)

— Grief betreffende de erkenning en de rangschikking van de groothandelaren en de detaillisten door FEDETAB en de toewijzing van bepaalde kortingspercentages aan de verschillende categorieën

De Commissie merkt op dat reeds vóór 13 maart 1962, toen verordening nr. 17/62 in werking trad, *de wederverkopers in de groothandel*, circa 600 in getal, door FEDETAB waren verdeeld over zes categorieën, volgens een onderverdeling van het Belgische Comité voor de Distributie, een particulier studiecentrum dat werd opgericht door ondernemingen in de distributiesector en dat zijn werkzaamheden verricht in samenwerking met het Bel-

gische Ministerie van Middenstand. In 1973 waren deze categorieën: de gespecialiseerde rondreizende groothandelaren (366 in getal, die ongeveer 65 % van de verkoop voor hun rekening namen); de gespecialiseerde niet-rondreizende groothandelaren (163 in getal, die voor ongeveer 3,5 % van de verkoop opkwamen); de groothandelaren in levensmiddelen en tabak (33 in getal); de groothandelaren in de horecasector (hotels — restaurants — cafés) (14 in getal, met 3,6 % van de verkoop, tezamen met de groothandelaren in levensmiddelen en tabak); de coöperaties, die 3,4 % van de verkoop uitmaakten; de supermarkten en warenhuizen, die een totaal van 200 à 300 detailhandelsverkooppunten vertegenwoordigen en 9,3 % van de verkoop voor hun rekening namen. De rest van de verkoop (dat wil zeggen ongeveer 15 % van de totale verkoop) vond rechtstreeks door het bedrijfsleven plaats.

Elk van deze categorieën ontving volgens de Commissie een rechtstreekse korting, welke de maximale door het Belgische Ministerie van Economische Zaken toegestane marge vertegenwoordigde in het kader van zijn aanmeldingssysteem van prijsverhogingen. Deze marge was vastgesteld op 9,2 % voor de populaire sigaretten (9,8 % per 1 april 1974) en 10,2 % voor de „minder populaire" en „luxe" sigaretten. Voor de cigarillo's en sigaren golden andere marges.

Met ingang van 1 januari 1971 ontvingen de gespecialiseerde rondreizende groothandelaren bovendien een aan het eind van het jaar betaalbare extra korting van 0,2 %.

Alleen de coöperaties en de grootwinkelbedrijven, die eveneens als detaillisten optreden, behielden de totale directe korting zelf, terwijl de eigenlijke groothandelaren, in feite een deel daarvan moesten afstaan aan de detaillisten waaraan zij hun produkten wederverkochten.

De Commissie stelt vast dat de *detaillisten* die in België 80 000 in getal zijn, volgens een overeenkomst van 29 december 1970 tussen FEDETAB en NFGT werden verdeeld in — circa 2 000 — „aangenomen detaillisten" en „niet-aangenomen detaillisten". Naargelang de detaillist al dan niet was erkend, werd hem door de groothandelaar een maximale marge van respectievelijk 8,05 % of 7,05 % van de uiteindelijke verkoopprijs voor de verbruiker, met inbegrip van belastingen, afgestaan en van respectievelijk 8,25 % en 7,25 % van de verkoopprijs van minder populaire en luxe sigaretten.

— De grief betreffende de overeenkomst tussen FEDETAB en NFGT van 22 mei 1967 en 5 oktober 1967 en de avenant van 29 december 1970 op het gebied van de inachtneming van door de fabrikanten opgelegde wederverkoopprijzen

De Commissie beschrijft een aantal door FEDETAB en NFGT genomen maatregelen op het gebied van de wederverkoopprijzen. Zij wijst er met name op dat bij overeenkomst van 22 mei 1967 tussen FEDETAB en NFGT de groothandelaren zich verbonden, de door hen aangekochte tabaksfabrikaten tegen de door de leveranciers aangegeven prijs te verkopen zonder enigerlei vermindering of voordeel, anders dan de korting voor de detaillist. De groothandelaren die detailhandelswinkels exploiteren verbonden zich bovendien in hun winkels sigaretten te verkopen tegen de op het fiscale bandje aangegeven detailprijs, zonder enige vermindering voor de consument. Door de ondertekening van een standaardovereenkomst die FEDETAB op dezelfde dag voorlegde aan de „aange-

nomen detaillisten", verbonden dezen zich de sigaretten te verkopen aan de consument tegen de op het fiscale bandje aangegeven prijs, zonder enigerlei vermindering of voordeel. Op 5 oktober 1967 preciseerden FEDETAB en NFGT door middel van een avenant ter interpretatie van bovengenoemde overeenkomst dat de groothandelaren die eveneens een detailhandelswinkel exploiteerden, werden geacht zich te hebben verbonden de levering te weigeren aan detaillisten die de op het fiscale bandje vermelde verkoopprijs niet in acht zouden nemen. Bij schrijven van 26 oktober 1967 deelde NFGT aan de groothandelaren in sigaretten mee dat de fabrikanten geen sigaretten meer zouden leveren aan groothandelaren die detaillisten of verdelingsorganismen zouden blijven bevoorraden welke aan de consument nog een of andere vermindering zouden toestaan op grond van de afgenomen hoeveelheid. Bij schrijven van 30 oktober 1967 verlangde FEDETAB van alle groothandelaren in sigaretten dat zij hun leveringen aan meerdere organismen van grootwinkelbedrijven, waaronder drie vennootschappen die later deel zouden uitmaken van de NV GB-bedrijven, onmiddellijk zouden staken.

Bij een nieuwe interpretatieve avenant van 29 december 1970, ondertekend door FEDETAB en NFGT , verbonden deze federaties zich tot het uitoefenen van een systematische strenge controle op de uitvoering van de overeenkomsten. In een standaardovereenkomst genaamd „Bijzondere overeenkomst inzake bradage", die op 30 juni 1972 (normale afloopdatum van de overeenkomst van 22 mei 1967) aan de groothandelaren was voorgelegd, erkenden dezen kennis te hebben genomen van genoemde overeenkomst alsmede van de avenanten van 29 december 1970 en 22 maart 1972 (zie hierna) en verbonden zij zich voor de periode van 1 juli 1972 tot en met 30 juni 1977 met name de tabaksfabrikaten die door hen waren gekocht te verkopen tegen de door de leveranciers aangegeven prijzen zonder enigerlei rabat of voordeel.

De Commissie preciseert dat volgens FEDETAB deze overeenkomsten lang voor 1974 en uiterlijk bij de ontbinding van NFGT zijn vervallen.

— De grief betreffende de beperking door FEDETAB van de toegang tot bepaalde categorieën groothandelaren

De Commissie stelt vast dat sinds 1 januari 1971 FEDETAB had besloten geen nieuwe groothandelaren meer te erkennen, behalve in de categorieën „gespecialiseerde rondreizende groothandelaren" of „horeca", noch nieuwe coöperaties of grootwinkelbedrijven, behalve in de categorieën „grootwarenhuizen en populaire warenhuizen met gevarieerd assortiment". De kandidaten voor toelating tot deze categorieën moesten zich met name verbinden de prijsbinding in acht te nemen, hun aankopen contant te vereffenen en deel te nemen aan de verkoopbevordering van ieder nieuw merk.

— De grief betreffende de collectieve maatregelen en de interpretatieve avenant van 22 maart 1972 inzake het verbod van wederverkoop aan andere groothandelaren

De Commissie stelt vast de NFGT op 22 maart 1972 onder verwijzing naar de interpretatieve avenant van 29 december 1970 haar leden heeft meegedeeld dat het voortaan verboden was tabaksfabrikaten te verkopen aan 1. de groothandelaren in levensmiddelen en andere niet-

rechtstreeks door de fabrikanten bevoorrade groothandelaren, in geval van produkten bestemd voor wederverkoop aan detaillisten 2. de door de fabrikanten „gecontingenteerde groothandelaren", en dat de niet-inachtneming van dit verbod tot schorsing van de leveranties zou leiden. Volgens de standaardovereenkomst die FEDETAB hen verzocht te ondertekenen op 30 juni 1972 — en die door bijna allen effectief werd ondertekend — verbonden de groothandelaren zich aan bovengenoemde eisen te voldoen.

De Commissie preciseert dat volgens FEDETAB de interpretatieve avenant van 22 maart 1972 en de bijzondere overeenkomsten die daaruit zijn voortgevloeid, geen enkel gevolg hebben gehad en één jaar na ondertekening, dat wil zeggen op 1 juli 1973, zijn beëindigd.

— De grief betreffende de collectieve maatregelen genomen op 23 december 1971 door de leden van FEDETAB inzake betalingstermijnen

De Commissie wijst erop dat bij schrijven van 23 december 1971 op papier met het briefhoofd van FEDETAB negen leden-tabaksfabrikanten de groothandelaren en anderen voor wie groothandelscondities golden ervan in kennis stelden dat de betalingstermijnen volgens een gedetailleerd in de brief aangegeven tijdschema geleidelijk zouden worden ingekort tot een maximum van vijftien dagen. Zij verklaarden bovendien dat zij solidair zouden reageren door hun leveringen te schorsen in geval zij vertragingen zouden constateren in de betaling door de geadresseerden. Volgens de Commissie zijn deze collectieve maatregelen van kracht gebleven tot 1 december 1975, de datum waarop de aanbeveling in werking trad.

— De grief betreffende de overeenkomsten en collectieve maatregelen van de leden van FEDETAB om de naleving te verzekeren van de aan de detaillisten opgelegde verplichting om een minimum assortiment aan te bieden

De Commissie constateert met name dat, toen GB-bedrijven haar sigarettenassortiment van 62 tot 24 merken had teruggebracht, FEDETAB haar op 22 februari 1972 meedeelde dat de sigarettenfabrikanten met ingang van 1 maart 1972 de leveringen zouden staken, tenzij zij haar assortiment weer op peil zou brengen. Nadat de NFGT haar leden had verboden GB-bedrijven en andere grootwinkelbedrijven die hun sigarettenassortiment ook hadden teruggebracht te bevoorraden, namen de betrokken ondernemingen hun vroegere assortiment weer op, zodat de collectieve leveringsschorsing een einde nam.

dd) De Aanbeveling FEDETAB van 1 december 1975 (overwegingen nrs. 58 tot en met 76)

In haar beschikking merkt de Commissie op dat deze Aanbeveling die door FEDETAB op 1 december 1975 bij haar werd aangemeld en die diende ter vervanging van de bovenomschreven maatregelen, alleen de afzet in de subsector sigaretten betrof. De andere verzoekers hebben de Commissie meegedeeld dat zij voornemens waren de Aanbeveling op te volgen en zich bij de aanmelding aansloten.

De in FEDETAB verenigde ondernemingen nemen alleen al 80 % van de totale sigarettenverkoop in België voor hun rekening; hun vereniging in het kader van FEDETAB oefent een grote invloed uit op de andere fabrikanten en importeurs, alsmede op de groot- en detailhandelaren. De toepassing van de Aanbeveling houdt derhalve een ware verplichting in voor alle ondernemingen in deze sector.

De Commissie stelt vast dat na de inwerkingtreding van de Aanbeveling het

distributiesysteem van sigaretten in België als volgt is opgezet:

i) De vaststelling van op factuur aan de afnemers te verlenen maximumkortingen en de door dezen te vervullen minimumcriteria om daarvoor in aanmerking te komen

— Op *groothandels*niveau

Iedere afnemer die:

— sigaretten koopt ten einde deze hoofdzakelijk aan andere handelaren weder te verkopen,

— meer dan 15 miljoen sigaretten per jaar koopt, leverbaar aan een enkel adres,

— een assortiment van ten minste 50 verschillende sigarettenmerken permanent in voorraad houdt en geregeld verkoopt,

— beschikt over gebouwen en uitrusting, welke overeenstemmen met de vereisten van zijn taak en van een goede bewaring der produkten,

kan in aanmerking komen voor een factuurkorting van 9,20 % op de detailhandelsprijs, belastingen inbegrepen, van de gekochte sigaretten (8,36 % sinds 15 oktober 1977).

Extra kortingen kunnen worden toegekend, ter hoogte van de hiernavolgende maxima, aan afnemers die aan de volgende criteria voldoen:

Iedere afnemer die:

— de door hem aangekochte tabaksprodukten voor $^4/_5$ op ten minste 50 verkooppunten in de horecasector wederverkoopt,

— meer dan 5 miljoen sigaretten per jaar koopt, leverbaar aan een enkel adres,

kan in aanmerking komen voor een extra factuurkorting van 1 %, d. i. in totaal 10,2 % (9,27 % sinds 15 oktober 1977).

Iedere afnemer die:

— gespecialiseerd is in tabaksprodukten voor ten minste 70 % van zijn zakencijfer,

— meer dan 15 miljoen sigaretten per jaar koopt, leverbaar aan één enkel adres, en deze wederverkoopt op ten minste 30 verkooppunten, of meer dan 8 miljoen sigaretten per jaar koopt en deze wederverkoopt op tenminste 50 verkooppunten,

— een assortiment van ten minste 90 verschillende sigarettenmerken permanent in voorraad houdt en geregeld verkoopt,

— actief bijdraagt tot de verspreiding der produkten en de verkoopbevorderingsacties ondersteunt,

— ermee instemt actief mede te werken aan de verspreiding en verkoopbevordering van nieuwe merken,

kan in aanmerking komen voor een extra factuurkorting van 1,2 %, d. i. in totaal 10,4 % (9,45 % sinds 15 oktober 1977).

— Op het niveau van de *detailhandel*

Iedere afnemer die:

— sigaretten koopt ten einde deze in hoofdzaak weder te verkopen aan het publiek,

— deze wederverkoop verricht in zijn in het handelsregister ingeschreven bedrijf,

kan in aanmerking komen voor een factuurkorting van 7,25 % op de detailhandelsprijs van de gekochte sigaretten (6,59 % sinds 15 oktober 1977).

Extra kortingen kunnen worden toegekend tot ten hoogste de hierna genoemde maxima aan afnemers die behalve aan de hierbovengenoemde criteria ook aan de volgende criteria voldoen:

Iedere afnemer die:

— ten minste 1,8 miljoen sigaretten per jaar verkoopt,

— zijn winkel en uitstalruimte daarvan zodanig inricht, dat duidelijk wordt aangegeven dat daar tabaksprodukten worden verkocht,

— een assortiment van ten minste 60 verschillende sigarettenmerken permanent in voorraad houdt en geregeld verkoopt,

kan in aanmerking komen voor een extra factuurkorting van 1 %, d. i. in totaal 8,25 % (7,50 % sinds 15 oktober 1977).

Iedere afnemer die:

— gespecialiseerd is in tabaksprodukten ten belope van ten minste 70 % van zijn zakencijfer,

— ten minste 3 miljoen sigaretten per jaar koopt,

— een assortiment van ten minste 80 verschillende sigarettenmerken permanent in voorraad houdt en geregeld verkoopt,

— het grootste deel van de uitstalruimte van zijn winkel voor tabaksprodukten bestemt,

— geen produkten of goederen welke niet met tabaksprodukten samengaan verkoopt of in entrepot opslaat,

kan in aanmerking komen voor een extra factuurkorting van 2,95 %, d. i. in totaal 10,2 % (9,27 % sinds 15 oktober 1977).

Iedere afnemer die:

— de tabaksprodukten geregeld verdeelt over ten minste 30 eigen of aangesloten verkooppunten,

— ten minste 150 miljoen sigaretten per jaar aankoopt voor het geheel van zijn eigen of aangesloten verkooppunten,

— een assortiment van ten minste 50 verschillende sigarettenmerken permanent in voorraad houdt en geregeld verkoopt,

kan eveneens in aanmerking komen voor een extra korting van 2,95 %, d. i. in totaal 10,2 % (9,27 % sinds 15 oktober 1977).

ii) De aan het einde van het jaar uitgekeerde ristorno

Iedere directe afnemer, groothandelaar of detaillist kan bij FEDETAB genieten van een ristorno aan het einde van het jaar waarvan de schaal in de „Aanbeveling" is opgenomen en die wordt berekend op basis van zijn sigarettenaankopen van alle merken in de loop van het jaar bij iedere fabrikant, al dan niet aangesloten bij FEDETAB, in België of het buitenland.

iii) Betalingstermijnen

De normale regel is contante betaling, waarbij de fabrikant de mogelijkheid heeft om bij uitzondering aan zijn afnemer een maximum termijn van twee weken na de factuurdatum toe te staan.

2) Toepasselijkheid van artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag

aa) Op de maatregelen, die door FEDETAB vóór 1 december 1975 op het gebied van de verkoop zijn genomen (overwegingen nrs. 77 tot en met 93)

De Commissie is van mening dat van deze maatregelen, die welke betrekking hadden op de erkenning en de rangschikking in categorieën van groothandelaren en detaillisten door FEDETAB, die verschillende vaste kortingspercentages genoten, en op het nakomen van een minimum assortiment, zowel besluiten van ondernemersverenigingen als overeen-

komsten tussen ondernemingen uitmaakten; de maatregelen inzake het naleven van de wederverkoopprijzen aan detaillisten en inzake de betalingstermijnen vormden overeenkomsten tussen ondernemingen, terwijl de beperking door FEDETAB van de toegang tot bepaalde categorieën groothandelaren een besluit van een ondernemersvereniging was.

Deze overeenkomsten en besluiten strekken ertoe en hebben tengevolge dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt beperkt.

Tot staving van dit oordeel betoogt de Commissie met name het volgende:

De indeling door FEDETAB en haar leden van Belgische groothandelaren en detaillisten in verschillende categorieën en de toekenning aan elk hunner van een vast kortingspercentage vormden mededingingsbeperkingen voor fabrikanten en groothandelaren; aan de fabrikanten werd aldus de mogelijkheid ontnomen elkaar concurrentie aan te doen op het gebied van de winstmarges en de groothandelaren op het gebied van de diensten die zij aan de producenten bewijzen.

Het geheel van maatregelen en handelingen vóór 1 december 1975 op het gebied van de naleving van de prijzen die door de in FEDETAB verenigde producenten individueel waren vastgesteld, strekte ertoe en had ten gevolge dat op het niveau van de groothandelaren en detaillisten de mededinging inzake de produkten van eenzelfde merk op het gebied van de prijzen werd verhinderd.

Het feit dat de Belgische staat bij artikel 58 van het op 1 januari 1971 in werking getreden Wetboek op de BTW en door andere maatregelen op het gebied van de heffing der accijnzen de inachtneming door de eindverkoper van de op het fiscale bandje aangebrachte verbruikprijs verplicht heeft gesteld, kan geenszins inhouden, dat de op dit gebied door FEDETAB en door haar leden aan de Belgische groothandelaren en detaillisten opgelegde particuliere regeling niet meer onder het toepassingsgebied van artikel 85 zou vallen. De Commissie wijst er in dit verband met name op dat artikel 58 van het Wetboek op de BTW geen enkele bepaling bevat waarbij de verkoopprijs van de groothandelaren aan de detaillisten wordt vastgesteld.

De beperking van het aantal groothandelaren dat tot bepaalde categorieën kan worden toegelaten, vormde voor de kandidaten-groothandelaren, die niet erkend waren, een beperking van de mogelijkheid van toegang tot de markt.

Het verbod tot wederverkoop aan bepaalde tussenpersonen dat de groothandelaren kregen opgelegd bij wege van collectieve maatregelen en het sluiten van de interpretatieve avenant van 22 maart 1972 had ten gevolge dat voor deze tussenpersonen de mogelijkheid tot het verrichten van een aantal verkopen en het aldus verbeteren van hun marktpositie werd uitgeschakeld.

Het opleggen van maximale betalingstermijnen aan de groothandelaren op 23 december 1971 versterkte de mededingingsbeperkingen die voortvloeiden uit de andere beperkende maatregelen en in het bijzonder uit het verbod van ristorno's en rabatten.

De aan de detaillisten opgelegde verplichting om een minimum assortiment aan te bieden vormde voor dezen een merkbare mededingingsbeperking, aangezien zij hen niet alleen belette bij de verkoopbevordering de voorkeur te geven aan een merk, waarvoor hun grotere

kortingen zouden worden verleend, doch ook omdat zij hen verplichtte voorraden van bepaalde sigarettenmerken aan te houden, waarvan de verkoop zeer gering was en die een deel van hun bedrijfsmiddelen werkeloos vastlegden.

In antwoord op het argument van verzoekers dat bovengenoemde mededingingsbeperkingen niet merkbaar waren doordat de belangrijkheid van de belastingdruk en het aanmeldingssysteem voor verhogingen van de kortingen en de wederverkoopprijzen van tabaksprodukten toegepast door de Belgische staat het actieterrein van de mededinging in deze sector beperkte en aldus de daarin optredende ondernemingen aanzette tot een gelijksoortig gedrag, betoogt de Commissie met name dat indien nationale bepalingen met wettelijk of reglementair karakter eventueel tot gevolg hebben dat de mededinging wordt beperkt, de gevolgen van privaatrechtelijke mededingingsbeperkingen die zich daaraan komen toevoegen niet anders dan nog meer merkbaar kunnen zijn.

Wat betreft de ongunstige beïnvloeding van de handelsstromen tussen Lid-Staten betoogt de Commissie met name dat de gewraakte overeenkomsten en besluiten de handel tussen Lid-Staten in de praktijk niet alleen ongunstig konden beïnvloeden omdat de grootste Luxemburgse sigarettenproducent tot de leden van FEDETAB behoorde en dientengevolge zijn gehele verkoop naar België onderworpen was aan de hierboven beschreven mededingingsbeperkingen, doch vooral omdat een belangrijk deel van de jaarlijks in België ingevoerde sigaretten (51 % van de invoer, d.w.z. circa 5 % van de totale verkoop) en sigaren (12 à 14 % van de invoer, d.w.z. circa 10 % van de totale verkoop) werd ingevoerd door tussenkomst van bij FEDETAB aangesloten producenten, die de verdeling daarvan verzorgden onder dezelfde mededingingsbeperkende voorwaarden als voor hun eigen produkten.

Zelfs indien er, ingevolge de van kracht zijnde fiscale bepalingen, nog moeilijkheden overbleven van praktische aard inzake parallelle invoer door de groothandelaren en de detaillisten, kan men niet ontkennen dat de wijziging van de voorwaarden voor commercialisering in België zodanig waren dat zij de handelsstromen zouden doen afwijken van hun natuurlijk verloop, m.a.w. van het verloop dat zij zouden hebben indien de vastgestelde mededingingsbeperkingen zich niet hadden voorgedaan, en dat zij op deze wijze de handel tussen Lid-Staten ongunstig zouden beïnvloeden.

bb) Op de Aanbeveling FEDETAB van 1 december 1975 (overwegingen nrs. 94 tot en met 108)

De Commissie is van oordeel dat de Aanbeveling een besluit van een ondernemersvereniging in de zin van artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag vormt en bovendien een overeenkomst gesloten tussen de ondernemingen die hebben verklaard zich daarbij aan te sluiten. Tot staving van haar vaststelling dat de Aanbeveling ertoe strekt en tengevolge heeft, dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt vervalst, voert de Commissie met name de volgende redenen aan:

Evenals onder het door FEDETAB en haar leden vóór 1 december 1975 gevolgde stelsel verdeelt de Aanbeveling de Belgische groothandelaren en detaillisten in verschillende categorieën die verschillende kortingspercentages genieten; dit leidt tot dezelfde merkbare mededingingsbeperkingen als het vroegere stelsel.

Het in de Aanbeveling neergelegde stelsel van aan het einde van het jaar uitge-

keerde ristorno's heeft ten gevolge, dat op dit gebied de mededinging tussen de producenten die er zich bij hebben aangesloten wordt uitgeschakeld. Het type van het in de Aanbeveling gevolgde stelsel van cumulatie van kortinggrondslagen kenmerkt zich er immers door, dat het bedrag van de door elke fabrikant toegekende premie wordt berekend door toepassing van het met het totale omzetcijfer van de afnemer bij al deze fabrikanten overeenstemmende percentage. Dit stelsel doet het leveren van een verhoogde inspanning door de tussenpersonen teneinde extra voordelen te bekomen van de producenten van geen belang worden. Het stelt de fabrikanten bovendien in staat inzicht te krijgen en met zekerheid te voorzien welke handelsstrategie door hun concurrenten op het gebied van de verkoopvoorwaarden zal worden gevolgd.

De collectieve en uniforme vaststelling van de betalingstermijnen heeft, evenals onder het voorafgaande stelsel, ten gevolge dat de mededinging op dit gebied wordt verhinderd.

In antwoord op de argumenten van FEDETAB en enkele van haar leden dat op de door de Aanbeveling bestreken gebieden ondanks de betrokken bepalingen een zekere mededinging zou zijn blijven bestaan, wijst de Commissie er met name op dat volgens de door haar ontvangen inlichtingen het gedrag van verschillende producenten, waarvan overigens geen de Aanbeveling heeft gedesavoueerd of verklaard heeft daarmee geen rekening te houden, identiek is met en conform aan de aangemelde bepalingen.

Om de reeds uiteengezette redenen kan niet worden aanvaard dat de mededingingsbeperkingen vervat in de Aanbeveling niet merkbaar zouden zijn wegens het gewicht van de interventies van de Belgische staat in de tabakssector.

De Aanbeveling kan de handel tussen Lid-Staten ongunstig beïnvloeden om dezelfde redenen als de voorafgaande besluiten en overeenkomsten en bovendien omdat de Belgische of andere communautaire importeurs en producenten die zich niet bij de Aanbeveling hebben aangesloten en die hun produkten op de Belgische markt wensen in te voeren en weder te verkopen, teneinde te bereiken dat Belgische groothandelaren en detaillisten hieraan meewerken, in de praktijk verkoopvoorwaarden aan hen moeten toekennen die minstens even voordelig zijn als die welke de leden van FEDETAB toepassen en hun in het bijzonder een eindejaarsristorno moeten toekennen die minstens gelijk is aan die welke de Aanbeveling voorziet, en dit zonder enig voordeel of tegenprestatie te ontvangen.

3) Niet-toepasselijkheid van artikel 85, lid 3

aa) Op de maatregelen die FEDETAB vóór 1 december 1975 heeft genomen op het gebied van de verkoop (overwegingen nrs. 109 tot en met 112)

De Commissie zet uiteen dat zij ten aanzien van de periode van 13 maart 1962 tot 1 december 1975 artikel 85, lid 3, niet kan toepassen op de onder deze periode vallende besluiten en overeenkomsten, aangezien deze niet conform artikel 4, lid 1, van verordening nr. 17/62 bij haar zijn aangemeld en niet vielen onder enige categorie overeenkomsten en besluiten die uit hoofde van artikel 4, lid 2, niet behoeven te worden aangemeld; dat de laatste zin van artikel 4, lid 1, uitdrukkelijk bepaalt dat een beschikking voor de toepassing van artikel 85, lid 3, niet kan worden gegeven voor niet van aanmelding vrijgestelde overeenkomsten zolang zij niet zijn aangemeld.

bb) Op de Aanbeveling FEDETAB van 1 december 1975 (overwegingen nrs. 113 tot en met 134)

De Commissie onderzoekt de stelling van verzoekers dat het systeem van collectieve vaststelling van de kortingspercentages, de eindejaarsristorno's en de betalingstermijnen welke zij op touw gezet hebben bijdraagt tot een verbetering van de verdeling der produkten welke door de leden van FEDETAB, die de Aanbeveling hebben ondertekend, worden gefabriceerd.

Zij betwist in de eerste plaats de bewering volgens welke het bestaan van een groot aantal verkooppunten en de verplichting voor een detaillist zijn cliëntele een groot aantal merken aan te bieden, noodzakelijkerwijze een verbetering van de verdeling inhouden. Het valt immers niet in te zien waarom het bij de Aanbeveling ingevoerde verkoopsysteem aan wederverkopers of afnemers meer voordelen zou bieden dan het geval zou zijn bij een normale mededinging die de vrije uitdrukking van de keuze van de consument toelaat.

Het zeer hoge aantal verkooppunten in België (80 000 detaillisten) kan slechts bijdragen tot de verhoging van de distributiekosten van tabaksprodukten, aangezien deze in bijzonder verse staat moeten worden verkocht, hetgeen een snelle voorraadomloop veronderstelt. Slechts zeer weinige van de verkooppunten worden gehouden door gespecialiseerde detaillisten, terwijl de grote meerderheid aan de cliëntele slechts een zeer beperkt aantal sigaretten aanbiedt.

Indien de diensten die de gespecialiseerde groothandelaren en detaillisten leveren zo evident zouden zijn als FEDETAB en haar leden beweren, zullen de detaillisten en de consumenten zeker gebruik blijven maken van deze diensten, zelfs indien de aan deze gespecialiseerde distributeurs door FEDETAB en haar leden verleende financiële voorwaarden niet voordeliger meer zijn dan die welke zij toekennen aan de andere groothandelaren en detaillisten.

De toekenning van gunstiger voorwaarden aan de gespecialiseerde groothandelaren en detaillisten „met het oog op de verzekering van hun voortbestaan" (hoewel voor de gespecialiseerde groothandelaren, die thans 80 % van de verkoop op de Belgische markt voor hun rekening nemen, geen onmiddellijk gevaar lijkt te dreigen) kan alleen worden geïnterpreteerd als een poging om kunstmatig de handhaving op de markt van ondernemingen af te dwingen waarvan het noodzakelijk karakter voor de afnemers in een verdere distributiefase niet vanzelfsprekend is en die bij een vrije mededinging normalerwijze zouden worden uitgeschakeld.

De Commissie merkt voorts op dat het geenszins is uitgesloten dat bepaalde in categorieën met een lager kortingspercentage ingedeelde wederverkopers op verschillende gebieden (bijvoorbeeld opslagomstandigheden, aantal verkochte merken en bezoeken aan de cliëntele, verkoopbevordering van nieuwe merken) grotere voordelen kunnen bieden dan die der gespecialiseerde groothandelaren of detaillisten.

Bovendien is het duidelijk dat een bescherming van de gespecialiseerde groothandelaren niet kan worden aangevoerd ter verklaring van het bestaan van de eindejaarsristorno, nu deze zonder onderscheid aan alle categorieën groothandelaren wordt verleend.

Het nadeel dat voor de groothandelaren en detaillisten voortvloeit uit de hun thans opgelegde verplichting om een aanzienlijk aantal merken in voorraad te houden, maakt tenslotte het in de Aanbeveling vervatte verbod hun betalingstermijnen van meer dan vijftien dagen te verlenen nog bezwaarlijker, hetgeen slechts tot een verzwaring kan leiden van de lasten die de verschillende distributieniveaus moeten dragen, zonder dat zulks op enigerlei wijze aan de consument ten goede komt.

Dientengevolge stelt de Commissie vast dat de Aanbeveling niet op voldoening schenkende wijze leidt tot verbeteringen in de distributie welke een tegenwicht zouden kunnen vormen voor de mededingingsbeperkende gevolgen welke zij veroorzaakt en dat zij niet van die aard is dat zij een billijk aandeel van het voordeel dat daaruit eventueel zou kunnen voortvloeien doet toekomen aan de verbruikers.

Met name op de hierboven uiteengezette gronden voldoet de Aanbeveling niet aan de toepassingsvoorwaarden van artikel 85, lid 3.

2. Procesverloop

Verzoekers in de onderhavige zaken hebben elk een beroep tot nietigverklaring — en in enkele zaken een subsidiaire vordering tot wijziging — van de beschikking van de Commissie van 20 juli 1978 ingesteld. Deze beroepen zijn in de maanden september en oktober 1978 ingesteld en ter griffie van het Hof ingeschreven.

Bij afzonderlijke akte hebben verzoekers elk een verzoek tot opschorting van artikel 3, lid 1 (en in sommige gevallen van artikel 2) van de beschikking ingediend totdat het Hof in de zaak ten gronde uitspraak zou hebben gedaan. Deze aktes zijn in de maand oktober ingeschreven ter griffie van het Hof.

Bij beschikking van 26 oktober 1978 besloot het Hof de onderhavige zaken zowel voor de schriftelijke als voor de mondelinge behandeling te voegen.

Bij beschikking van dezelfde datum heeft het Hof de interventie van ATAB en AGROTAB ter ondersteuning van de conclusies van verzoekers toegestaan.

De president van de Tweede kamer van het Hof, waarnemend president van het Hof krachtens de artikelen 85, tweede alinea, en 11, tweede alinea, van het Reglement voor de Procesvoering heeft, voorlopig uitspraak doende bij beschikking van 30 oktober 1978 gelast, de tenuitvoerlegging van de artikelen 2 en 3 van de beschikking op te schorten totdat het Hof over de zaak ten gronde uitspraak zou hebben gedaan. In de motivering van de beschikking wordt met name verklaard dat elk lid van FEDETAB vrij blijft om zich te allen tijde te onttrekken aan de bij de Aanbeveling FEDETAB van 1 december 1975 overeengekomen regels.

Bij beschikking van 28 maart 1979 heeft het Hof besloten de interventie van Mestdagh, Huyghebaert, FEBEVO en GB ter ondersteuning van de conclusies van de Commissie toe te staan.

Bij beschikking van 27 juni 1979 heeft het Hof besloten de interventie van de VZW Nationale Federatie van Handelaars in Dagbladen, Tijdschriften, Boeken en Aanverwante Artikels (hierna te noemen: FNJ) ter ondersteuning van de conclusies van verzoekers toe te staan.

Het Hof heeft, op rapport van de rechter-rapporteur en gehoord de advocaat-generaal, besloten zonder instructie tot de mondelinge behandeling over te gaan.

Het heeft echter overeenkomstig artikel 21, tweede alinea, van 's Hofs Statuut-EEG de Belgische regering verzocht uiterlijk op 20 februari 1980 schriftelijk antwoord te geven op de sub IV hierna uiteengezette vraag.

II — Conclusies van partijen

1. *Alle verzoekers* concluderen primair of uitsluitend tot nietigverklaring van de beschikking als geheel.

De vennootschap *Weltab,* verzoekster in zaak 214/78, vordert subsidiair dat de zaak naar de Commissie wordt terugverwezen met de opdracht, de verzoeken tot ontheffing ex artikel 85, lid 3, van het Verdrag te overwegen wat betreft a) de distributiestelsels van FEDETAB vóór 1 december 1975, en b) de Aanbeveling van FEDETAB van 1 december 1975.

De vennootschap *Jubilé,* verzoekster in zaak 215/78, concludeert subsidiair tot nietigverklaring van artikel 2 van de beschikking, voor zover bepalend dat de Aanbeveling-FEDETAB niet voor toepassing van artikel 85, lid 3, in aanmerking komt, en bijgevolg tot nietigverklaring van artikel 3, lid 1, van genoemde beschikking.

De vennootschap *Vander Elst,* verzoekster in zaak 218/78, concludeert dat het den Hove behage:

subsidiair

— artikel 2 en artikel 3, lid 1, van genoemde beschikking nietig te verklaren;

nader subsidiair

— artikel 2 van genoemde beschikking, voor zover bepalend dat artikel 85, lid 3, geen toepassing kan vinden, nietig te verklaren;

— artikel 3, lid 1, van de beschikking nietig te verklaren.

Alle verzoekers concluderen tot verwijzing van de Commissie in de kosten.

De *Commissie* concludeert in haar verweerschrift tot ongegrondverklaring van de beroepen en tot verwijzing van verzoekers in de kosten.

In dupliek concludeert de *Commissie* dat het den Hove behage:

— de beroepen ongegrond te verklaren;

— de middelen van interveniënten ATAB en AGROTAB ongegrond te verklaren;

— verzoekers in de kosten te verwijzen;

— interveniënten ATAB en AGROTAB in de op de interventie gevallen kosten te verwijzen.

2. *ATAB en AGROTAB, interveniënten,* ondersteunen de conclusies van verzoekers welke strekken tot nietigverklaring van de beschikking en tot verwijzing van de Commissie in de kosten.

In haar opmerkingen inzake de memories van ATAB en AGROTAB concludeert de *Commissie* tot ongegrondverklaring van de middelen van deze interveniënten en tot verwijzing van interveniënten in de kosten van de interventie.

Mestdagh, Huyghebaert, FEBEVO en *GB, interveniënten,* ondersteunen de conclusies van de Commissie welke strekken tot ongegrondverklaring van de beroepen en tot veroordeling van verzoekers in de kosten, de op de interventie gevallen kosten daaronder begrepen.

In haar antwoord op de memories van interveniënten FEBEVO en GB, heeft verzoekster FEDETAB (zaak 210/78) het Hof formeel verzocht deze interveniënten te veroordelen tot de kosten gevallen op hun interventie.

De vennootschap *Jubilé,* verzoekster in zaak 215/78, heeft geantwoord op de memories van interveniënten Mestdagh, Huyghebaert, FEBEVO en GB zonder overigens formele conclusies in te dienen, terwijl de *Commissie* in haar opmerkingen ter zake van genoemde memories de in haar dupliek geformuleerde conclusies herhaalt.

In haar antwoord op de memorie van interveniënte GB, heeft verzoekster *Vander Elst* (zaak 218/78) geconcludeerd tot verwijzing van GB in de kosten van haar interventie.

Interveniënte FNJ ondersteunt de conclusies van verzoekers en concludeert formeel tot nietigverklaring van de beschikking en tot verwijzing van de Commissie in de kosten gevallen op de instantie, de op de interventie gevallen kosten daaronder begrepen.

In haar opmerkingen betreffende de memorie van interveniënte FNJ concludeert de *Commissie* met name tot verwerping van de middelen van FNJ en tot verwijzing van deze tussenkomende partij in de op de interventie gevallen kosten.

III — Middelen en argumenten van partijen

A — Door het merendeel der verzoekers aangevoerde formele en procedurele middelen betreffende met name de rechten der verdediging

Eerste middel: schending van artikel 19, lid 2, van verordening nr. 17/62 en van artikel 5 van verordening nr. 99/63 doordat de Commissie heeft geweigerd de betrokken verenigingen van groothandelaren en detaillisten te horen

Samenvatting der verzoekschriften

Alle verzoekers, behalve *Vander Elst,* verwijten de Commissie dat zij heeft geweigerd de verenigingen ANGIPMT, ATAB en GT te horen, zulks in strijd met het bepaalde in artikel 19, lid 2, van verordening nr. 17/62, volgens hetwelk, indien een persoon verzoekt gehoord te worden en aannemelijk maakt dat hij hierbij in voldoende mate belang heeft, aan dit verzoek gevolg moet worden gegeven. Tevens wordt artikel 5 van verordening nr. 99/63 geschonden, waarin wordt bepaald dat de Commissie hem in de gelegenheid moet stellen binnen een door haar bepaalde termijn schriftelijk zijn standpunt kenbaar te maken.

Samenvatting van het verweerschrift

De *Commissie* antwoordt dat zij niet heeft geweigerd bovengenoemde verenigingen te horen, maar dat zij alleen heeft geweigerd hen uit te nodigen om deel te nemen aan de tweede hoorzitting van 22 september 1976, omdat deze verenigingen, die zich niet hadden aangesloten bij de Aanbeveling, geen voldoende belang hadden bij deelname aan deze hoorzitting. Zij hebben ruimschoots de gelegenheid gehad hun standpunt tijdens de administratieve procedure kenbaar te maken en zij hebben van deze mogelijkheid daadwerkelijk gebruik gemaakt, met name door middel van schriftelijke opmerkingen. De Commissie heeft deze standpunten gedetailleerd onderzocht alvorens een beschikking te nemen.

Tweede middel: schending van artikel 19, lid 2, van verordening nr. 17/62 en van artikel 3, lid 3, van verordening nr. 99/63 en van de rechten der verdediging, doordat de Commissie heeft geweigerd, het verzoek van FEDETAB om twee verenigingen van groothandelaren te horen, in te willigen

Samenvatting van de verzoekschriften

Dit middel werd geheel of gedeeltelijk voorgedragen door *FEDETAB* en de andere verzoekers, behalve Jubilé en Vander Elst.

FEDETAB wijst erop dat de Commissie iedere persoon kan horen voor zover zij dit noodzakelijk acht (artikel 19, lid 2, van verordening nr. 17/62) en dat de ondernemingen waartegen een procedure is ingeleid de Commissie kunnen voorstellen, personen te horen die de aangevoerde feiten kunnen bevestigen (artikel 3, lid 3, van verordening nr. 99/63). FEDETAB betoogt dat deze bevoegdheid van de Commissie slechts discretionair is

voor zover de uitoefening daarvan geen inbreuk maakt op de rechten van de verdediging.

Op 30 juni 1976 verzocht FEDETAB de Commissie twee verenigingen van groothandelaren, namelijk GT en de Nationale Vereniging van familiale Groothandelsondernemingen (hierna te noemen NVFG), te Vrasene, een na de ontbinding van NFGT opgerichte feitelijke vereniging van groothandelaren, voor een hoorzitting op te roepen.

Bij brief van 20 juli 1976 wees de Commissie dit verzoek af en rechtvaardigde zij dit besluit met de overweging dat „de afspraak ... uitsluitend het werk is en blijft van de producenten ... waaraan de groothandelaren en detaillisten part noch deel hadden".

De feiten die deze verenigingen konden bevestigen waren van fundamenteel belang voor de vraag of er een inbreuk bestond en of er ontheffing kon worden verleend.

De weigering van de Commissie was des te willekeuriger daar zij in de gewraakte beschikking voortdurend melding maakte van de beweerde gevolgen voor de groot- en detailhandel. Aldus vloeit uit de beschikking zelf voort dat de Commissie haar bevoegdheid heeft overschreden of zelfs misbruikt door verzoekster zonder wettelijke rechtvaardiging de mogelijkheid te ontnemen de door haar aangevoerde feiten te laten bevestigen. De Commissie heeft aldus ernstig inbreuk gemaakt op de rechten van de verdediging.

Samenvatting van het verweerschrift

De *Commissie* stelt dat het verzoek in de brief van FEDETAB van 30 juni 1976 niet vermeldde dat het was ingediend teneinde bepaalde door FEDETAB aangevoerde feiten te doen bevestigen, doch beperkt was tot de vraag aan de Commissie, bovengenoemde verenigingen te horen „... om de Commissie volledig voor te lichten ...". Gezien de formulering ervan kon het verzoek van FEDETAB niet worden beschouwd als een voorstel krachtens artikel 3, lid 3, van verordening nr. 99/63.

Uit de inhoud van het antwoord van de Commissie van 20 juli 1976 blijkt ondubbelzinnig dat de Commissie in haar antwoord uitging van artikel 5 van verordening nr. 99/63 betreffende het horen van derden en niet van artikel 3, lid 3, betreffende de bevestiging van aangevoerde feiten.

Noch FEDETAB noch de beide betrokken verenigingen hadden aangetoond dat deze verenigingen er belang bij hadden, te worden gehoord.

In elk geval heeft de Commissie de beide betrokken verenigingen van groothandelaren tijdens de administratieve procedure genoegzaam gehoord.

Derde middel: schending van de grondbeginselen inzake de rechten van de verdediging, die de in de verordeningen nrs. 17/62 en 99/63 geregelde hearings beheersen, doordat de door de Commissie met het houden van de hoorzitting van 22 oktober 1975 belaste personen niet allen tijdens de gehele duur van de hearing aanwezig waren

Samenvatting der verzoekschriften

Dit middel is geheel of gedeeltelijk aangevoerd door *FEDETAB* en door de andere verzoekers, behalve Jubilé en Vander Elst. Het berust op de bewering dat

in het proces-verbaal werd vermeld dat de door de Commissie gevolmachtigde personen niet allen aanwezig waren op het moment dat de hearing op 22 oktober 1975 om 15 uur werd hervat.

Samenvatting van het verweerschrift

De *Commissie* merkt op dat de door haar gevolgde praktijk om alleen de directeur als voorzitter met de hearing te belasten, duidelijk wordt aangegeven in het begeleidend schrijven bij de uitnodiging voor de hearing. De enige met de hoorzitting van 22 oktober 1975 belaste persoon was de heer D. Thompson, directeur van het directoraat „Mededingingsregelingen, misbruik van machtsposities", zodat het er niet toe doet dat niet met de hearing belaste ambtenaren enige minuten niet op de hoorzitting aanwezig zijn geweest.

Vierde middel: schending van de bij verordeningen nrs. 17/62 en 99/63 en in artikel 190 van het Verdrag voorziene wezenlijke vormvoorschriften en van de rechten van de verdediging, doordat de Commissie de verschillende zaken op ongeoorloofde wijze heeft gevoegd en deze voeging in haar beschikking niet met redenen heeft omkleed

Samenvatting der verzoekschriften

Dit middel is geheel of gedeeltelijk door *alle verzoekers* aangevoerd.

FEDETAB en *Vander Elst* beklagen zich met name over het feit dat de hoorzitting van 22 oktober 1975 is verlopen en beëindigd zonder dat zij kennis hebben gehad van de klachten van Mestdagh en Huyghebaert, waarop de gewraakte beschikking echter eveneens berustte. Volgens *Vander Elst* heeft de Commissie wezenlijke vormvoorschriften geschonden.

HVL betoogt dat, voor zover in de beschikking rekening wordt gehouden met de punten van bezwaar van Mestdagh en Huyghebaert, de rechten van de verdediging zijn geschonden, evenals het bepaalde in verordening nr. 99/63, met name artikel 4.

Samenvatting van het verweerschrift

De *Commissie* merkt ten aanzien van de feiten met name op dat de door Mestdagh en Huyghebaert op 21 oktober 1975 ingediende klachten uitsluitend betrekking hadden op een gedeelte van de procedure die op 29 juli 1974 als gevolg van de klacht van GB was ingeleid en tijdens welke de Commissie reeds op 18 juli 1975 de punten van bezwaar aan verzoekers had meegedeeld en zich opmaakte op 22 oktober 1975 een hoorzitting te houden.

De verknochtheid van de drie door GB en door Mestdagh en Huyghebaert ingediende klachten is door FEDETAB en verscheidene andere verzoekers herhaaldelijk erkend zoals met name blijkt uit hun verklaringen, opgenomen in het proces-verbaal van de hoorzitting van 22 oktober 1975 (bijlage 2 bij het verweerschrift, bladzijde 10 tot 12). Overigens kan reeds bij lezing van de drie klachten worden vastgesteld dat de nieuwe klachten hetzelfde onderwerp hebben als die van GB.

De Commissie heeft bij brief van 13 november 1975 een afschrift van de nieuwe klachten aan verzoekers doorgezonden. Dezen hebben in de loop van december 1975 en januari 1976 schriftelijk een

standpunt ingenomen. Nadat Mestdagh en Huyghebaert op verzoek van de Commissie hadden geantwoord op de standpunten van verzoekers, hebben dezen in juli 1976 nogmaals schriftelijke opmerkingen inzake dit antwoord gemaakt, dat hun door de Commissie was meegedeeld, waarmee zij een *tweede maal* een schriftelijk standpunt hebben ingenomen terzake van de klachten van Mestdagh en Huyghebaert.

Ten aanzien van het *recht* betoogt de Commissie met name dat nergens wordt voorgeschreven dat de Commissie beslissingen moet nemen over de „voeging" van zaken of dossiers. Daar het begrip voeging in de administratieve praktijk niet voorkomt, behoefde de beschikking te dezen geen motivering in te houden. Er is slechts *één enkele procedure* geweest die tot de beschikking van 20 juli 1978 heeft geleid.

In de „suiker"-zaken (gevoegde zaken 40-48, 50, 54-56, 111, 113 en 114/73, *Suiker Unie e.a./Commissie,* Jurispr. 1975, blz. 1663), heeft het Hof overwogen (overweging nr. 111) dat aan de Commissie nergens wordt verboden zich bij één enkele beschikking over verschillende inbreuken uit te spreken. A fortiori zou het haar mogelijk moeten zijn zich bij één beschikking uit te spreken over eenzelfde inbreuk die aanleiding heeft gegeven tot verscheidene klachten, zelfs indien daaronder nieuwe klachten zijn die tijdens een reeds door de Commissie ingeleide procedure zijn ingediend.

Hoewel de Commissie als gevolg van de eerste klacht de procedure reeds op 29 juli 1974 had ingeleid en haar punten van bezwaar op 18 juli 1975 had meegedeeld, was het derhalve voldoende dat zij verzoekers op de hoogte stelde van de inhoud van de nieuwe klachten en hun standpunt daarover vernam, zonder hun een nieuwe formele mededeling van de punten van bezwaar te hoeven zenden, waarvan de inhoud onvermijdelijk zou zijn overgenomen uit de reeds op 18 juli 1975 toegezonden mededeling van de punten van bezwaar.

De Commissie concludeert met betrekking tot dit middel met name dat haar gedrag het verloop van de procedure niet heeft vervalst en geen inbreuk heeft gemaakt op de rechten van de verdediging.

Samenvatting der replieken

FEDETAB betoogt dat de zeer vaak genomen beslissing om verschillende procedures te voegen niet zo maar een maatregel van huishoudelijke aard vormt, doch wel degelijk een beschikking in de zin van artikel 189 EEG-Verdrag, met name wanneer zij, zoals in casu, rechtstreeks de belangen van de rechtssubjecten aantast. Zij moet derhalve overeenkomstig artikel 190 EEG-Verdrag met redenen worden omkleed.

De fundamentele fout van de Commissie is dat zij in één enkele beschikking drie verschillende procedures door elkaar haspelt zonder FEDETAB daarvan vooraf op de hoogte te stellen. Met name blijkt duidelijk uit de brief van de Commissie van 13 november 1975, dat de klachten van Mestdagh en Huyghebaert het voorwerp vormden van een aparte procedure. FEDETAB heeft weliswaar de mogelijkheid gehad, schriftelijke opmerkingen over deze klachten in te dienen, maar deze klachten dateerden van vóór de aanmelding van de Aanbeveling op 1 december 1975 en konden derhalve slechts betrekking hebben op de vroegere maatregelen. Toch wordt in de gewraakte beschikking uitdrukkelijk vermeld dat Mestdagh en Huyghebaert een aantal bepalingen van de Aanbeveling hebben aangevochten.

Hieruit volgt dat de tweede procedure geen rechtmatig verloop heeft gehad, daar de mededeling van de punten van bezwaar en de hoorzitting waarop FEDETAB recht had, achterwege zijn gebleven. Het was FEDETAB derhalve onmogelijk, te antwoorden op de — niet nader omschreven — punten van bezwaar, zulks in strijd met de rechten van de verdediging.

Jubilé beklemtoont dat dit middel de *voeging van alle drie de procedures betreft,* en niet alleen de procedure Mestdagh en Huyghebaert; het middel heeft niet zozeer betrekking op de voeging als zodanig als wel op het feit dat deze voeging op het laatste moment heeft plaatsgevonden *bij de beschikking ter afsluiting van de procedure.*

Zij *bestrijdt met een beroep op onwetendheid* dat de Commissie op 10 mei 1976 heeft besloten de zaak IV/29.852 „uit te breiden" tot de zaak IV/29.149. Zij wijst erop dat in het voorontwerp van beschikking de procedures nog als gescheiden werden beschouwd en verzoekt, de Commissie uit te nodigen dit voorontwerp alsmede de ontwerpbeschikking (in de Franse versie) over te leggen.

Het gedrag van de Commissie heeft de loop van de procedure vervalst en de rechten van de verdediging ingeperkt.

Dat de voeging van een aantal zaken niet mag geschieden zonder dat de betrokkenen daarvan in kennis worden gesteld volgt eveneens uit verordeningen nrs. 17/62 en 99/63, dat wil zeggen uit *wezenlijke vormvoorschriften.* Artikel 2 van verordening nr. 99/63 bepaalt immers dat de Commissie de ondernemingen schriftelijk op de hoogte stelt van de punten van bezwaar die in aanmerking zijn genomen. Ingevolge artikel 4 neemt de Commissie slechts die punten van bezwaar in aanmerking, waarover de adressaat in de gelegenheid is geweest zijn standpunt kenbaar te maken.

Verzoekster heeft weliswaar twee maal haar standpunt geuit inzake de klachten van Mestdagh en Huyghebaert, doch zij heeft zich *nooit* uitgesproken over de punten van bezwaar van de Commissie, omdat de Commissie haar in de zaak IV/29.127 (anders dan in de zaak IV/28.852 en IV/29.149) nooit punten van bezwaar had meegedeeld. De klachten van Mestdagh en Huyghebaert kunnen in dit verband niet als punten van bezwaar worden beschouwd en verzoekster heeft ze ook nooit als zodanig beschouwd, daar de Commissie nooit heeft laten weten dat zij deze klachten voor haar rekening nam.

Volgens verzoekster begaat de Commissie een vergissing waar zij stelt dat zij onder de gegeven omstandigheden was vrijgesteld van de verplichting een formele mededeling van de punten van bezwaar te zenden. Artikel 2 van verordening nr. 99/63 luidt in dit opzicht onvoorwaardelijk.

De schending van de rechten van de verdediging, berustend op de heimelijke voeging van de zaken, heeft tot gevolg gehad dat in de zaak IV/29.127 geen hoorzitting heeft plaatsgehad. Hoe had verzoekster om een hoorzitting kunnen verzoeken terwijl zij niets wist van de inleiding van een procedure, laat staan van het bestaan van desbetreffende punten van bezwaar?

Verzoekster *concludeert* derhalve dat de beschikking moet worden nietigverklaard voor zover daarin de zaak IV/29.127 een der onderwerpen vormt.

Samenvatting van de dupliek

Ten aanzien van de *feiten* wijst de Commissie, onder meer met een beroep op het gedrag van verzoekers tijdens de administratieve procedure, de stelling van

verzoekers af dat er sprake was van drie verschillende procedures met uiteenlopende onderwerpen.

Zij geeft toe dat Mestdagh en Huyghebaert in hun verzoeken van 21 oktober 1975 uiteraard niet de „Aanbeveling" van 1 december 1975 in het geding konden brengen. De Commissie heeft in haar beschikking niettemin overwogen dat de in de Aanbeveling voorziene vaststelling van maximale factuurkortingen voor de afnemers en door hen te vervullen minimumcriteria om daarvoor in aanmerking te komen, door Mestdagh en Huyghebaert tijdens de administratieve procedure zijn bestreden. Enerzijds namen deze bepalingen van de Aanbeveling voornamelijk de voordien bestaande regeling over waartegen Mestdagh en Huyghebaert een klacht hadden ingediend en anderzijds hebben Mestdagh en Huyghebaert op 18 mei 1976 hierover een brief geschreven (waarvan verzoekers afschrift hebben ontvangen) waarin zijn hun bezwaren tegen de na aanmelding op 1 december 1975 geldende regeling handhaafden.

Ten aanzien van het *recht* verwijst de Commissie naar de in haar verweerschrift uiteengezette argumenten.

Vijfde middel: schending van het algemeen beginsel betreffende de eerbiediging van de rechten van de verdediging, doordat de Commissie heeft geweigerd, inzage te geven van het dossier waarop de beschikking berust

Samenvatting der verzoekschriften

Dit middel is door *alle verzoekers* behalve Jubilé aangevoerd.

Het met name door FEDETAB aangevoerde hoofdargument waarop dit middel berust is dat de aanzienlijke bevoegdheden van de Commissie op het gebied van mededingingsbeperkingen vereisen dat de betrokkenen procedurele garanties genieten. Dit houdt in dat zij kennis moeten hebben van het dossier waarop de Commissie stilzwijgend of uitdrukkelijk haar beschikking baseert.

Dit geldt temeer daar het Hof van Justitie voor zijn uitspraak inzake de onderhavige beroepen kennis moet hebben van het dossier van de Commissie en „een elementair rechtsbeginsel zou worden geschonden indien een rechterlijke beslissing zou worden gegrond op feiten en documenten waarvan partijen zelf ... geen kennis hebben kunnen nemen en ten aanzien waarvan zij derhalve niet in staat zijn geweest hun standpunt te bepalen" (gevoegde zaken 42 en 49/59, *SNUPAT/Hoge Autoriteit,* Jurispr. 1961, blz. 109, 158).

Met name op 8 juni 1976 kon FEDETAB via een harer adviseurs slechts kennis nemen van het feit dat de Commissie geen enkel document had te overhandigen (proces-verbaal van de zitting van 22 september 1976, blz. 19).

De klachten van Mestdagh en Huyghebaert zijn verzoekers eerst ter kennis gebracht na de hoorzitting van 22 oktober 1975, welke heeft plaatsgevonden zonder dat verzoekers kennis droegen van deze klachten waarop de gewraakte beslissing evenwel mede is gebaseerd.

Na het nemen van haar beschikking heeft de Commissie geen antwoord gegeven op de verzoeken tot toezending van het dossier waarop zij zich bij het nemen van de beschikking heeft gebaseerd. *Vander Elst* merkt te dezen harerzijds op dat de Commissie inzake de punten waarover door verzoeksters gemachtigde *toegang tot het dossier* was gevraagd weliswaar een standpunt heeft ingenomen, doch dat niettemin geen inzage in het dossier is gegeven.

Samenvatting van het verweerschrift

De *Commissie* betoogt dat geen der verzoekers haar *vóór* het nemen van de beschikking heeft gevraagd om inzage van het gehele dossier. Verzoekers hebben afschrift ontvangen van de door GB, alsmede door Mestdagh en Huyghebaert ingediende klachten en zijn door de twee mededelingen van de punten van bezwaar op de hoogte gesteld van de feitelijke gegevens waarop de punten van bezwaar van de Commissie zijn gebaseerd. FEDETAB heeft het door haar gevraagde afschrift van de door ANGIPMT op 13 februari 1976 aan de Commissie gerichte brief ontvangen. Onder deze omstandigheden was het niet noodzakelijk dat hun het gehele dossier werd toegezonden.

Verzoekers hebben vóór het nemen van de beschikking geen aanvraag ingediend om inzage te krijgen in een specifiek document, waaraan de Commissie niet heeft voldaan.

De verzoeken om inzage van het administratieve dossier die *na* het nemen van de beschikking zijn ingediend, kunnen niet van invloed zijn op het — overigens regelmatige — verloop van de administratieve procedure die tot deze beschikking heeft geleid. Zij kunnen derhalve niet worden ingeroepen om nietigverklaring van deze beschikking te verkrijgen.

Zesde middel: schending van de artikelen 20, lid 2, en 21, lid 2, van verordening nr. 17/62, doordat de Commissie een ernstige schending van de zakengeheimen heeft begaan door bepaalde gegevens aan GB mee te delen

Samenvatting der verzoekschriften

Dit middel is geheel of gedeeltelijk voorgedragen door *FEDETAB* en door alle andere verzoekers, behalve Jubilé en Vander Elst.

Volgens *FEDETAB* mogen door de Commissie ingewonnen inlichtingen, wanneer zij *naar hun aard* onder de geheimhoudingsplicht vallen, niet aan derden, zelfs niet aan klagers worden doorgegeven. Dit vloeit voort uit artikel 20, lid 2, van verordening nr. 17/62. Dit geldt temeer wanneer de onderneming waarover de inlichtingen worden ingewonnen, *uitdrukkelijk* aangeeft dat de door haar overgelegde documenten vertrouwelijk zijn.

Bij de memorie van FEDETAB van 22 september 1975 was een overzicht gevoegd (bijlage 11 bij het verzoekschrift) over de ontwikkeling van de omzetten van 160 sigarettenmerken gedurende de laatste vijf jaar. Dezelfde memorie bevatte ook een overzicht van het aantal sigaretten dat was gekocht door de gespecialiseerde rondreizende groothandelaren alsmede een overzicht van de betalingstermijnen van de 25 belangrijkste afnemers van de grootste Belgische sigarettenfabrikanten.

Deze drie overzichten zijn van vertrouwelijke *aard.* Telkens werd er in de memorie op *gewezen* dat zij vertrouwelijk waren. Toch zijn zij aan GB overhandigd die met genoegen daarover heeft beschikt.

De schending van dit dwingende communautaire beginsel maakt de gewraakte beschikking ongeldig.

Samenvatting van het verweerschrift

Ten aanzien van de *feiten* bevestigt de *Commissie* dat zij bij brief van 2 oktober 1975 aan GB een volledig afschrift heeft doorgezonden van het antwoord van FEDETAB (waaronder bovengenoemde

overzichten) van 22 september 1975 op de mededeling van de punten van bezwaar van 18 juli 1975, die is gevolgd op de klacht van GB van 2 april 1975.

GB had namelijk gevraagd, te worden gehoord en met name te worden uitgenodigd voor de hoorzitting, en had de Commissie bij brief van 22 september 1975 bovendien verzocht, kennis te kunnen nemen van de antwoorden van verzoekers op de mededeling van de punten van bezwaar van 18 juli 1975.

In antwoord op dit verzoek van GB en om te voldoen aan de verplichtingen van artikel 19, lid 2, van verordening nr. 17/62, heeft de Commissie aan GB afschrift van een aantal dezer antwoorden (waaronder dat van FEDETAB) doorgezonden en haar uitgenodigd voor de hearing van 22 oktober 1975.

De in de tabellen vervatte gegevens betreffende de ontwikkeling van de afzet van bepaalde merken, het aankoopvolume van bepaalde groothandelaren en de betalingstermijnen zijn wezenlijke gedeelten van het antwoord van FEDETAB. Het is dus normaal dat de Commissie daarvan afschrift geeft aan GB. Deze handelwijze stelde GB in staat haar standpunt inzake wezenlijke punten gedetailleerd ter kennis te brengen.

Ten aanzien van het *recht* betoogt de Commissie dat het beroep op artikel 21, lid 2, van verordening nr. 17/62 zonder meer buiten beschouwing kan blijven. Zij heeft de gegevens van de drie overzichten immers niet in de tekst van haar beschikking opgenomen.

De Commissie betwist bovendien dat deze gegevens onder de geheimhoudingsplicht vallen.

De Commissie wijst erop dat bepaalde met toepassing van verordening nr. 17/62 ingewonnen inlichtingen niet reeds daarom *naar hun aard* onder de geheimhoudingsplicht vielen omdat verzoekers zulks beweerden, en zij merkt met name op dat FEDETAB zelf in haar antwoord van 22 september 1975 heeft aangegeven dat de fabrikanten zelf haar bovengenoemde gegevens hebben meegedeeld, terwijl elke fabrikant wist dat elk van de andere verzoekers kennis kon nemen van de gegevens betreffende zijn concurrenten via zijn vertegenwoordiger binnen de beheerraad van FEDETAB. Vooral daarom is het duidelijk dat de fabrikanten zelf niet van mening waren dat deze gegevens naar hun aard onder de geheimhoudingsplicht tegenover hun concurrenten vallen.

De Commissie is voorts van mening dat zelfs indien deze gegevens tot de zakengeheimen behoorden, zij ingevolge artikel 20, lid 2, het recht, en ingevolge artikel 19, lid 2, de plicht had deze aan GB door te geven. Een andere dan de door haar aangenomen houding had de rechten der verdediging van GB, met name haar recht om volledig en correct te worden gehoord, kunnen schenden.

Bovendien — en *dit is het voornaamste punt* — hebben verzoekers in genen dele bewezen in hoeverre deze handelwijze de loop van de administratieve procedure heeft vervalst. Geen enkel gegeven uit het dossier laat het vermoeden toe dat de aangevochten beschikking niet zou zijn genomen of een andere inhoud zou hebben gehad.

Samenvatting van de repliek van FEDETAB

FEDETAB betoogt in repliek dat „met name de inlichtingen betreffende de ondernemingen en hun handelsbetrekkingen of de bestanddelen van hun kostprij-

zen" (artikel 214 EEG-Verdrag) naar hun aard onder de geheimhoudingsplicht vallen, evenals inlichtingen die verder gaan dan „overzichten of studies die geen gegevens met betrekking tot individuele ondernemingen of ondernemersverenigingen bevatten" (artikel 20, lid 3, van verordening nr. 17/62).

Hieruit volgt, dat de drie overzichten *naar hun aard* vertrouwelijk zijn. Bovendien verliest een zakengeheim van fabrikanten niet zijn geheime karakter wanneer de beroepsvereniging van fabrikanten, vertrouwend op artikel 20, lid 1, van verordening nr. 17/62, waarin wordt bepaald dat de ingewonnen inlichtingen slechts mogen worden gebruikt voor het doel waarvoor zij zijn gevraagd, dit geheim aan de Commissie heeft meegedeeld. Of het nu bij alle fabrikanten bekend is of niet, een geheim blijft niettemin een geheim ten opzichte van klaagster GB. Derhalve heeft de Commissie het gerechtvaardigd vertrouwen van FEDETAB voortvloeiend uit artikel 20, lid 1, van verordening nr. 17/62 geschonden door aan GB vertrouwelijke documenten te overhandigen, waarvan zij commercieel gebruik heeft gemaakt.

Uit artikel 20, lid 2, van de verordening volgt dat de Commissie alleen op grond van de artikelen 19 en 21 zou kunnen weigeren aan bepaalde documenten het karakter van naar hun aard vertrouwelijke documenten toe te kennen. Welnu, artikel 21 doet in casu niet ter zake. Artikel 19 betreffende het horen van belanghebbenden en derden ontslaat de Commissie als zodanig niet van de verplichting, „rekening te houden met het wettig belang van de ondernemingen dat hun zakengeheimen niet aan de openbaarheid worden prijsgegeven" (Schröter in: v.d. Groeben — v. Boeckh — Thiesing, Kommentar zum EWG-Vertrag, 1974, deel I, blz. 1039).

Overigens was de volledige bekendmaking van de drie documenten geenszins noodzakelijk om GB in staat te stellen, haar standpunt gedetailleerd kenbaar te maken. Om haar opvatting te kennen, was het immers volstrekt overbodig de cijfers afzonderlijk per fabrikant, groothandelaar en merk door te geven. De openbaarmaking van deze gedetailleerde gegevens vormt een flagrante schending van het zakengeheim, die is verboden in artikel 214 EEG-Verdrag en artikel 20, leden 1 en 2 van verordening nr. 17/62 en die bij een juiste uitlegging van artikel 19 van de verordening, in de onderhavige omstandigheden is toegelaten.

De schending van het zakengeheim maakt op zichzelf het gehele onderzoek en bijgevolg de beschikking gebrekkig, waardoor de beschikking moet worden nietigverklaard zonder dat verzoekster behoeft te bewijzen dat de beschikking er anders uitgezien zou hebben indien de overtreding niet zou zijn begaan.

Samenvatting van de dupliek

De *Commissie* merkt met name op dat verzoekers zich niet hebben beroepen op de bepalingen betreffende de *zakengeheimen* (artikelen 19, lid 3, en 21, lid 2, van verordening nr. 17/62 en artikelen 2, lid 2, en 9, lid 3, van verordening nr. 99/73).

Wat de *geheimhoudingsplicht* betreft betwist de Commissie de bewering van FEDETAB dat ingevolge artikel 20, lid 3, van verordening nr. 17/62 alles „... wat verder gaat dan overzichten of studies die geen gegevens met betrekking tot individuele ondernemingen of ondernemersverenigingen bevatten", naar zijn aard onder de geheimhoudingsplicht valt.

Volgens de Commissie wordt in deze bepaling daarentegen slechts aangegeven

wat in elk geval niet onder de verplichting tot inachtneming van de geheimhouding door de ambtenaren van de Commissie valt, maar wordt nergens gezegd dat al het overige naar zijn aard onder een dergelijke geheimhouding valt.

De Commissie heeft in haar verweerschrift de — niet door verzoekers bestreden — feiten uiteengezet die aantonen dat de gegevens van de drie betrokken overzichten hun geheime karakter hadden verloren doordat zij door de fabrikanten zelf aan hun concurrenten waren prijsgegeven. Onder deze omstandigheden mogen de overzichten derhalve niet worden geacht te worden beschermd door de op de ambtenaren van de Commissie rustende verplichting, de geheimhouding te bewaren.

B — Door de meeste verzoekers aangevoerde formele middelen betreffende artikel 85, lid 3, EEG-Verdrag

Zevende middel: schending van artikel 85, leden 1 en 3, EEG-Verdrag, artikel 4, lid 2, sub 1 en 2 a, en de artikelen 5 en 6, leden 1 en 2, van verordening nr. 17/62, van de rechten der verdediging en van de verplichting de beschikking te motiveren, doordat de Commissie heeft geweigerd artikel 85, lid 3, EEG-Verdrag toe te passen op de vóór de beschikking van 1 december 1975 getroffen maatregelen, op grond dat deze maatregelen niet waren vrijgesteld van aanmelding en doordat zij haar beschikking op dit punt niet in antwoord op de middelen van partijen heeft gemotiveerd

Samenvatting der verzoekschriften

Dit middel is geheel of gedeeltelijk aangevoerd door *FEDETAB* en door alle andere verzoekers, behalve Jubilé en Vander Elst.

FEDETAB verwijt de Commissie dat zij niet heeft uiteengezet op welke gronden zij is overgegaan tot de — volledig stilzwijgende — afwijzing van de door FEDETAB in haar memorie van 22 september 1975 en tijdens de zitting van 22 oktober 1975 aangevoerde grieven, waaruit blijkt dat de vóór de Aanbeveling getroffen maatregelen die door haar werden bekritiseerd, in aanmerking hadden moeten komen voor de afwijking van artikel 4, lid 2, van verordening nr. 17/62.

Algemeen wordt erkend dat wanneer een overeenkomst, een besluit of een feitelijke gedraging (dat wil zeggen een kartel in ruime zin) onder deze uitzondering kan vallen, het ontbreken van aanmelding de partijen bij dit kartel niet de mogelijkheid ontneemt nadien een beroep te doen op artikel 85, lid 3, en met terugwerkende kracht een ontheffing van artikel 85, lid 1, te verkrijgen (Waelbroeck „Le droit de la Communauté économique européenne", deel IV, blz. 134, nr. 44 met voetnoten).

In casu heeft FEDETAB gesteld dat de verschillende kartels (in ruime zin), die het onderwerp van de mededeling van de punten van bezwaar vormden, afzonderlijk moesten worden onderzocht.

Het stond derhalve aan de Commissie, deze uiteenlopende maatregelen te analyseren en voor elk daarvan vast te stellen of de voorwaarden voor de toepassing van artikel 4, lid 2, van verordening nr. 17/62 waren vervuld.

Verzoekster zet uiteen waarom dit volgens haar inderdaad het geval was.

Samenvatting van het verweerschrift

De *Commissie* verwijst naar overwegingen nrs. 110 tot en met 112 van de beschikking betreffende de weigering, de ontheffing krachtens artikel 85, lid 3, toe te passen op de maatregelen die FEDETAB vóór 1 december 1975 heeft genomen op het gebied van de verkoop.

Zij betoogt met name dat reeds bij lezing van artikel 4, lid 2, van verordening nr. 17/62, waarnaar zij in nr. 110 van de beschikking heeft verwezen, kan worden geconcludeerd — zonder dat er te dezen nog enige twijfel bestaat — dat de betrokken maatregelen niet door deze bepaling worden geraakt:

— er namen fabrikanten uit twee Lid-Staten (België en het Groothertogdom Luxemburg) aan deel, waarvan er verschillende bovendien dochterondernemingen zijn van in andere Lid-Staten gevestigde machtige concerns;

— er namen meer dan twee ondernemingen, namelijk ten minste alle verzoekers, aan deel;

— zij hebben niet uitsluitend de in punt 3 van deze bepaling genoemde doelstellingen op het oog (hetgeen overigens ook door geen enkele verzoekster is beweerd).

De motivering van de beschikking ten aanzien van het vraagstuk van de vrijstelling van aanmelding is juist en toereikend.

Achtste middel: schending van artikel 85, lid 3, EEG-Verdrag, de artikelen 4, leden 1 en 2, 5, leden 1 en 2, en 6, leden 1 en 2, van verordening nr. 17/62 en van de artikelen 2, 3 en 4 van verordening nr. 27/62, doordat de Commissie heeft geweigerd de brief van FEDETAB van 26 januari 1971 met bijlagen als een aanmelding aan te merken

Samenvatting der verzoekschriften

Dit middel is geheel of gedeeltelijk voorgedragen door *FEDETAB* en door alle andere verzoekers, behalve Jubilé en Vander Elst.

Volgens *FEDETAB* staat het vast dat de brief van 26 januari 1971 — met inbegrip van de bijlagen — de Commissie volledig en uitvoerig in kennis stelde van alle maatregelen die de Commissie vervolgens heeft gewraakt en tevens de motieven uiteenzette waarom deze maatregelen naar de mening van FEDETAB hetzij niet onder artikel 85, lid 1, vielen, hetzij in elk geval bevorderlijk waren voor de marktordening.

De Commissie weigerde te aanvaarden dat deze documenten die haar door FEDETAB in aansluiting op een onderhoud tussen haar directeur en een ambtenaar van het directoraat-generaal Concurrentie en na een verzoek om inlichtingen zijn toegezonden, aanmeldingen in de zin van de artikelen 4, lid 1, en 5, van verordening nr. 17/62 kunnen vormen, en wel om de volgende redenen:

— deze mededeling is niet spontaan geschied;

— zij bevat geen formeel verzoek om ontheffing;

— zij verwijst niet naar de toepassing van de artikelen 4 en 5 van verordening nr. 17/62;

— zij is niet met gebruikmaking van de bij verordening nr. 27/62 voorziene formulieren A/B gedaan en is niet in tienvoud verzonden.

Deze beslissing houdt een overschrijding van bevoegdheid in en is rechtens en feitelijk ondeugdelijk om de volgende redenen:

Geen enkele bepaling van verordening nr. 17/62 schrijft voor dat de mededelingen „spontaan" moeten worden gedaan. Doel van de aanmelding is, de Commissie een overeenkomst, besluit of feitelijke gedraging ter kennis te brengen. Dit is in casu zeker het geval. In de mededeling van 26 januari 1971 en de bijlagen worden de motieven en rechtvaardigingen van de getroffen maatregelen aangegeven, waardoor de Commissie in staat is zich een afgerond oordeel te vormen over de opgeworpen vragen.

Geen enkele bepaling der verordeningen nrs. 17/62 en 27/62 schrijft het formalisme voor waartoe de Commissie verzoekers wil dwingen met de eis dat uitdrukkelijk wordt verwezen naar verordening nr. 17/62 en meer in het bijzonder naar de artikelen 4 en 5, of dat een verzoek om ontheffing expressis verbis wordt geformuleerd.

In de brief van 26 juni 1971 heeft FEDETAB trouwens niet alleen uiteengezet op welke gronden zij van mening is dat de door haar getroffen maatregelen geen inbreuk maken op de mededinging — hetgeen inhoudt dat zij meende dat er geen aanleiding bestond voor een procedure op grond van artikel 85, lid 1 —, maar heeft zij bovendien gedetailleerd uiteengezet op welke gronden zij haar prijs- en distributiebeleid in overeenstemming met het algemeen belang achtte — hetgeen inhoudt dat zij meende, in aanmerking te komen voor artikel 85, lid 3, indien zou worden geoordeeld dat artikel 85, lid 1, toepassing moest vinden.

Verordening nr. 22/62 bevat weliswaar vormvoorschriften voor aanmeldingen, teneinde de administratieve behandeling te vergemakkelijken en door middel van het aantal vereiste exemplaren een vlotte mededeling aan te Lid-Staten mogelijk te maken, doch deze administratieve maatregelen zijn niet op straffe van nietigheid voorgeschreven.

Daarom staat de mededeling aan de Commissie van 26 januari 1971 met de bijlagen gelijk aan een aanmelding in de zin van artikel 4 van verordening nr. 17/62. Daar dit is miskend, moet de beschikking worden nietigverklaard en de Commissie worden uitgenodigd, zich uit te spreken over de toepassing van artikel 85, lid 3, op de vóór 1 december 1975 getroffen maatregelen.

Samenvatting van het verweerschrift

De *Commissie* merkt onder andere op dat zij in haar eerste mededeling van de punten van bezwaar van 18 juli 1975 reeds het standpunt had gehuldigd (bladzijde 16) dat voor de betrokken maatregelen geen ontheffing kon worden verleend *zolang* zij niet waren aangemeld, met name omdat zij niet van aanmelding waren vrijgesteld. In haar antwoord van 22 september 1975 (bladzijden 84 en 85) heeft FEDETAB uiteengezet dat de brief van 26 juni 1971 haars inziens kon worden beschouwd als een geldige aanmelding.

Het bij verordening nr. 27/62 voorgeschreven gebruik van formulier A/B waarin uitdrukkelijk wordt verwezen naar de artikelen 4 en 5 van verordening nr. 17/62, is met name verplicht gesteld omdat van de indiening van deze aanmelding belangrijke rechtsgevolgen afhangen, waaronder de mogelijkheid tot verlening van ontheffing en het vrijgesteld zijn van de betaling van geldboeten.

Een eenvoudige brief, die met een ander doel tot de Commissie is gericht, geen verwijzing naar artikel 85, lid 3, EEG-Verdrag, noch naar de artikelen 4 of 5 van verordening nr. 17/62 bevat en voor het overige geen volledige beantwoording van de in formulier A/B gestelde wezenlijke vragen inhoudt, mag derhalve volstrekt niet als een geldige aanmelding worden beschouwd.

FEDETAB, die het niet eens dienstig oordeelde, na de bepaling van haar standpunt inzake de mededeling van de punten van bezwaar van 18 juli 1975 een behoorlijke aanmelding in te dienen, kan dit middel ter verkrijging van de nietigverklaring der beschikking niet te goeder trouw aanvoeren, nu zij zelf formulier A/B wel heeft gebruikt om de Aanbeveling van 1 december 1975 aan te melden. Dit middel mag hoe dan ook niet worden aangevoerd om nietigverklaring te verkrijgen van die gedeelten van de beschikking welke de Aanbeveling betreffen.

Negende middel: schending van artikel 85, lid 3, EEG-Verdrag, van de verplichting tot motivering van de beschikking en van de rechten van de verdediging doordat de Commissie in haar beschikking niet is ingegaan op de wezenlijke argumenten ten aanzien van de toepassing van artikel 85, lid 3

Samenvatting der verzoekschriften

Dit middel is geheel of gedeeltelijk voorgedragen door *FEDETAB* en door alle andere verzoekers, behalve Jubilé en Vander Elst.

FEDETAB beklaagt zich dat in de aangevochten beschikking slechts enkele harer argumenten worden onderzocht (overwegingen nrs. 118 tot en met 132), terwijl na vermelding ervan in de voorafgaande overwegingen (nrs. 114 tot en met 117) de argumenten alle afzonderlijk in de beschikking hadden moeten worden behandeld.

Samenvatting van het verweerschrift

De *Commissie* merkt op dat de overwegingen nrs. 118 tot en met 132 van de beschikking veeleer de beoordeling door de Commissie van de Aanbeveling aan de hand van artikel 85, lid 3, bevatten, dan een antwoord op de door verzoekers aangevoerde argumenten. De Commissie is niet gehouden, de afwijzing van alle aangevoerde argumenten te motiveren, wanneer haar beschikking behoorlijk met redenen is omkleed. De motivering van de beschikking op dit punt is correct en toereikend.

Tiende middel: schending van artikel 4 van verordening nr. 99/63, artikel 19, lid 1, van verordening nr. 17/62 en artikel 85, lid 3, EEG-Verdrag, doordat de Commissie in haar beschikking uitspraak heeft gedaan over niet meegedeelde punten van bezwaar

Samenvatting der verzoekschriften

Dit middel is geheel of gedeeltelijk door *alle verzoekers* aangevoerd.

FEDETAB merkt op dat de Commissie, alvorens een beschikking te geven, de betrokken ondernemingen in de gelegenheid moet stellen hun standpunt kenbaar te maken terzake van de punten van bezwaar welke de Commissie in aanmerking heeft genomen (artikel 19, lid 1, van verordening nr. 17/62) en dat zij slechts de punten van bezwaar in aanmerking mag nemen waarover de onderneming in de gelegenheid is geweest haar standpunt kenbaar te maken (artikel 4 van verordening nr. 99/63).

In de tweede mededeling van de punten van bezwaar heeft de Commissie de toepassing van artikel 85, lid 3, afgewezen op de enkele grond dat de aanbeveling niet voldeed aan de eerste van de vier in

dit artikel gestelde voorwaarden, namelijk de verbetering van de produktie of van de technische of economische vooruitgang. Bijgevolg heeft FEDETAB zich in haar memorie van 2 juli 1976 en tijdens de hoorzitting van 22 september 1976 alleen over deze voorwaarde geuit.

Welnu, in de aangevochten beschikking wordt de verlening van de ontheffing eveneens geweigerd op grond dat aan de drie andere voorwaarden niet is voldaan.

Aan verzoekster is derhalve de mogelijkheid ontnomen zich over het bestaan van deze drie voorwaarden uit te spreken.

Samenvatting van het verweerschrift

De *Commissie* wijst erop dat dit middel betrekking heeft op de nummers 132 (gedeeltelijk) en 133 van de beschikking waarin de Commissie — na in de nrs. 113-132 uitvoerig te hebben onderzocht of de aanbeveling bijdraagt aan de verbetering van de produktie of van de verdeling der produkten en tot de conclusie te zijn gekomen dat de aanbeveling niet op voldoening schenkende wijze leidt tot verbeteringen in de distributie welke een tegenwicht zouden kunnen vormen voor de mededingingsbeperkende gevolgen — hieraan heeft toegevoegd enerzijds, dat de aanbeveling niet van die aard is dat zij een billijk aandeel van het voordeel dat daaruit eventueel zou kunnen voortvloeien doet toekomen aan de verbruikers en anderzijds dat *daarenboven,* gezien het marktaandeel van FEDETAB en haar leden, de overeenkomsten aan de bedoelde ondernemingen de mogelijkheid bieden, de mededinging uit te schakelen voor een aanzienlijk deel van de betrokken produkten.

Het is juist dat deze *laatste* overweging betreffende de voorwaarde van artikel 85, lid 3, sub b, in de beschikking werd toegevoegd aan de overwegingen die reeds in de beide mededelingen van de punten van bezwaar voorkwamen, en wel vooral wegens het belang van deze verdragsbepaling. Voor het overige is het volstrekt onjuist te beweren dat verzoekers tijdens de administratieve procedure niet over alle voorwaarden voor de toepassing van artikel 85, lid 3, een standpunt hebben ingenomen of in de gelegenheid zijn gesteld hun standpunt kenbaar te maken.

De Commissie beroept zich met name op het arrest van het Hof in zaak 41/69, *ACF Chemiefarma/Commissie* (Jurispr. 1970, blz. 661, r.o. 91-94) ter rechtvaardiging van het feit dat zij in haar beschikking rekening heeft gehouden met het resultaat van de administratieve procedure, en haar argumenten rechtens tot steun van haar weigering om de ontheffing van artikel 85, lid 3, te verlenen, heeft *aangevuld* met de overwegingen nrs. 132 (laatste zin) en 133 terwijl het zowel in de beide mededelingen van de punten van bezwaar als in haar beschikking in aanmerking genomen hoofdargument de eerste voorwaarde van artikel 85, lid 3, betreft.

Tenslotte merkt zij op dat het Hof met name in zijn arrest in de gevoegde zaken 56 en 58/64, *Grundig & Consten/Commissie* (Jurispr. 1966, blz. 449, inzonderheid blz. 525) heeft overwogen dat wanneer een van de vier voorwaarden van artikel 85, lid 3, niet is vervuld, de ontheffing in elk geval niet kan worden verleend zodat het door verzoekers voorgedragen middel op zichzelf niet volstaat om op deze grond nietigverklaring van de beschikking te verkrijgen.

C — *Opmerking die de middelen 1-6 en 10 gelijkelijk betreft*

In repliek betoogt *FEDETAB* dat de zeven bovengenoemde middelen ook gericht zijn tegen de schending van artikel 6 van het Europese Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens. Alle andere verzoekers, behalve Jubilé en Vander Elst, sluiten zich aan bij de argumenten van FEDETAB op dit punt.

FEDETAB herinnert eraan dat volgens artikel 6 van genoemd Verdrag eenieder recht heeft op een eerlijke behandeling van zijn zaak door een onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie die zijn burgerlijke rechten en verplichtingen zal vaststellen.

Zij beroept zich op het arrest-*König* van 31 mei 1978 van het Europese Hof voor de rechten van de mens (serie A, nr. 27, blz. 30, overweging 90) tot staving van haar stelling dat artikel 6 van het Verdrag van toepassing is op procedures die door de Commissie op grond van de artikelen 85 e.v. EEG-Verdrag en van verordening nr. 17/62 aanhangig zijn gemaakt. Volgens het arrest-*König* „komt het voor de vraag of een geding de vaststelling van een burgerlijk recht betreft, alleen aan op de aard van het recht dat in geding is". Daaruit volgt dat de in de artikelen 85 e.v. EEG-Verdrag en de uitvoeringsverordening vastgelegde rechten burgerlijke rechten zijn, zodat artikel 6, lid 1, van het Verdrag inzake de rechten van de mens daarop toepassing moet vinden.

Daargelaten dat de Commissie stellig niet een onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie is omdat zij tegelijkertijd vervolgend orgaan, rechter en verdediger van haar eigen beschikking is, hebben de zeven genoemde middelen alle betrekking op een schending van het in artikel 6 van het Verdrag inzake de rechten van de mens verankerde recht op een eerlijk proces.

De *Commissie* wijst *in haar dupliek* op de overwegingen van het Hof van Justitie ten aanzien van de grondrechten in de arresten-*Internationale Handelsgesellschaft* (Jurispr. 1970, blz. 1125, overwegingen 3 en 4) en *Nold* (Jurispr. 1974, blz. 491, overweging 13).

Zij is van mening dat het Hof de gelegenheid zou kunnen aangrijpen om te verklaren dat de instellingen van de Gemeenschappen verplicht zijn in het kader van het gemeenschapsrecht de door het Verdrag inzake de rechten van de mens beschermde rechten te eerbiedigen en dat het bevoegd is, de inachtneming van deze verplichting bij de toepassing van het gemeenschapsrecht op een concreet geval, te waarborgen.

De Commissie is van mening dat, gezien de uitlegging door het Europese Hof voor de rechten van de mens van de woorden „. . . burgerlijke rechten en verplichtingen", ervan moet worden uitgegaan dat artikel 6, lid 1, eveneens van toepassing is op de rechten, voortvloeiende uit de toepassing van artikel 85, EEG-Verdrag. De toepassing van deze bepaling kan immers met name ertoe leiden dat handelsovereenkomsten tussen ondernemingen worden nietigverklaard.

De Commissie acht het evenwel minder duidelijk dat zij een *rechterlijke instantie* in de zin van artikel 6, lid 1, van het Verdrag vormt, wanneer zij gebruik maakt van haar bevoegdheden om de mededingingsregels van het EEG-Verdrag toe te passen. Met name beklemtoont zij dat haar onafhankelijkheid van de executieve twijfelachtig is (een der criteria voor het bestaan van een „rechter-

lijke instantie", die zijn ontwikkeld door het Europese Hof voor de rechten van de mens in het arrest-*Ringeisen,* serie A nr. 13, blz. 39, overweging 94), aangezien zij nu juist de uitvoerende macht in de Gemeenschap vormt.

Gesteld al dat zij als een „rechterlijke instantie" in bovengenoemde zin moet worden beschouwd, zouden de opmerkingen van verzoekers moeten worden afgewezen omdat zij in elk geval geen inbreuk op deze bepaling heeft gemaakt.

D — Door de meeste verzoekers voorgedragen middelen betreffende artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag

Inleidende opmerkingen

Aangezien zowel verzoekers als de Commissie zich in hun betoog beroepen op een aantal nationale en communautaire regelingen betreffende de produkten in de sector tabaksfabrikaten, dienen over deze regelingen de volgende opmerkingen te worden gemaakt.

1. De Belgische fiscale regeling

Tabaksfabrikaten en met name sigaretten vallen in België onder een fiscale regeling die wordt gekenmerkt door de heffing van een accijns „ad valorem", berekend over de detailhandelsprijs „BTW inbegrepen" (hierna te noemen DHP).

De DHP bestaat enerzijds uit elementen die de „tabakswaarde" vertegenwoordigen, namelijk:

— het aandeel van de fabrikant of de importeur dat de verkoopprijs exclusief belasting aan de groothandelaar vormt;

— de winstmarge van de groothandelaar (verschil tussen de aankoopprijs van de groothandelaar en de verkoopprijs van hem aan de detaillist);

— de winstmarge van de detaillist (verschil tussen de aankoopprijs van de detaillist en de verkoopprijs aan de verbruiker);

en anderzijds uit verschillende fiscale lasten, namelijk:

— een *specifiek* accijnsrecht dat een bepaald bedrag in BFR per stuk beloopt, alsmede een op dezelfde wijze berekend bijzonder accijnsrecht;

— een *evenredig* accijnsrecht, dat een bepaald percentage van de DHP bedraagt, alsmede een op dezelfde wijze berekend bijzonder accijnsrecht;

— een over de „tabakswaarde" en de accijns berekende BTW, die thans voor sigaretten 6 % bedraagt.

De Belgische staat past een praktisch uitsluitend *evenredig* systeem van accijnzen toe (de verhouding is 95 % evenredige accijns en 5 % specifieke accijns — het minimum dat is toegelaten bij richtlijn nr. 72/464/EEG van de Raad van 19 december 1972 betreffende de belasting, andere dan omzetbelasting, op het verbruik van tabaksfabrikaten, PB L 303 van 1972, blz. 12; zie hierna sub 2).

Het bedrag van de verschillende fiscale lasten wordt gewoonlijk door de fabrikant of importeur voldaan bij de aankoop van fiscale bandjes welke op verschillende gefabriceerde of geïmporteerde tabaksprodukten worden aangebracht en waarop de DHP wordt vermeld die voor de berekening van de verschuldigde fiscale lasten in aanmerking is genomen.

De DHP wordt door de fabrikanten en importeurs in beginsel vrij, doch binnen het kader van het Belgische stelsel van maximumprijscontrole (zie sub 3 hieronder) bepaald.

Er zij echter op gewezen dat de eindverkopers de op de fiscale bandjes aangegeven prijs strikt moeten aanhouden. Deze verplichting is in de eerste plaats opgelegd door artikel 58 van het op 1 januari 1971 ingevoerde wetboek inzake de BTW, hetwelk met name bepaalt dat de op het fiscale bandje aangebrachte prijs „dezelfde moet zijn als die welke aan de verbruiker wordt berekend".

Bij ministerieel besluit van 9 april 1974 werd de aan het ministerieel besluit van 22 januari 1948 gehechte regeling betreffende de inning van het accijnsrecht op tabaksprodukten in dezelfde zin gewijzigd, zodat thans ook in deze tekst wordt bepaald dat tabaksfabrikaten aan de verbruikers moeten worden verkocht tegen de op de fiscale bandjes aangegeven prijzen.

Uit bovengenoemde bepalingen volgt dus dat de door de fabrikant of importeur vrijelijk gekozen DHP automatisch de aan de verbruiker berekende prijs wordt.

2. De fiscale harmonisatie in de Gemeenschap

De communautaire harmonisatie van de fiscale lasten op tabaksfabrikaten wordt geregeld bij richtlijn nr. 72/464 van de Raad, zoals gewijzigd bij richtlijnen van de Raad nrs. 74/318 (PB L 180, blz. 30), 75/786 (PB L 330, blz. 51), 76/911 (PB L 354, blz. 33) en 77/805 (PB L 338, blz. 22).

In de considerans van richtlijn nr. 72/464, waarmee een begin is gemaakt met de harmonisatie, legt de Raad allereerst het beginsel vast dat de totstandbrenging van een economische unie waarin gezonde mededinging bestaat en waarvan de kenmerken analoog zijn aan die van een binnenlandse markt, met betrekking tot de sector tabaksfabrikaten veronderstelt dat de in de Lid-Staten op het verbruik van produkten van deze sector geheven belasting zodanig wordt toegepast dat de mededingingsvoorwaarden niet worden vervalst en het vrije verkeer van deze produkten binnen de Gemeenschap niet wordt belemmerd (vgl. eerste overweging).

Vaststellende dat „de belastingen die thans op het verbruik van tabaksfabrikaten worden geheven niet aan deze eisen voldoen" (tweede overweging), merkt de Raad met name op dat het in het belang van de gemeenschappelijke markt is, de voorschriften op het gebied van de belastingen op het verbruik van tabaksfabrikaten te harmoniseren, teneinde geleidelijk uit de huidige stelsels die factoren te verwijderen die het vrije verkeer kunnen belemmeren en de mededingingsvoorwaarden, zowel op nationaal als op intracommunautair niveau, kunnen vervalsen (derde overweging), en dat, wat de accijnzen betreft, de harmonisatie van de structuren in het bijzonder tot gevolg moet hebben dat de openstelling van de nationale markten van de Lid-Staten zal kunnen worden verwezenlijkt waartoe voor sigaretten, bij het belasten van deze produkten een evenredige accijns gecombineerd dient te worden met een specifieke accijns, waarvan het bedrag door elke Lid-Staat volgens communautaire criteria wordt vastgesteld (vijfde en zesde overweging).

De Raad overweegt tenslotte dat de harmonisatie van de structuren van de tabaksaccijnzen in etappes dient te geschieden en dat de eisen inzake de mededinging een regeling impliceren waarbij de prijzen voor alle groepen tabaksfabrikaten vrij tot stand kunnen worden gebracht (zevende en achtste overweging).

Daarom is in artikel 1 van de richtlijn het beginsel neergelegd dat de harmonisatie van de structuren van de accijns op tabaksfabrikaten in etappes plaatsvindt en wordt in artikel 4 bepaald dat een evenredige accijns wordt geheven, die berekend is over de maximum kleinhandelsverkoopprijs, alsmede een specifieke accijns welke berekend wordt per eenheid produkt. Tijdens de eerste etappe, dat wil zeggen tot 30 juni 1978, mocht het specifieke deel, wat sigaretten betreft, niet lager zijn dan 5 % van het gezamenlijk bedrag van de accijns welke op sigaretten van de meest gevraagde prijsklasse wordt geheven (artikel 8). Tijdens de tweede etappe is dit minimumpercentage niet gewijzigd, maar de omzetbelasting moet in de berekeningsgrondslag worden meegeteld (lid 2 van artikel 10 ter, in richtlijn nr. 72/464 ingevoegd door artikel 3 van richtlijn nr. 77/805).

Er zij evenwel op gewezen dat artikel 10 (naderhand artikel 10 ter) van richtlijn nr. 72/464 de Lid-Staten toestaat op sigaretten een minimum accijns te heffen waarvan het bedrag niet hoger mag zijn dan 90 % van het gezamenlijke bedrag van de evenredige en de specifieke accijns dat zij heffen op de sigaretten van de meest gevraagde prijsklasse. Het staat vast dat de Belgische Staat van deze mogelijkheid tot het toegestane maximum gebruik maakt.

Artikel 5, lid 1, van de richtlijn bepaald dat de fabrikanten en importeurs de maximum kleinhandelsverkoopprijzen van hun produkten vrijelijk vaststellen, maar dat deze bepaling geen beletsel mag vormen voor de toepassing van de wettelijke bepalingen van de Lid-Staten inzake prijzencontrole of de inachtneming van de vastgestelde prijzen.

3. Prijscontrolemaatregelen in België

Het ministerieel besluit van 22 december 1971 bepaalt in artikel 1, § 1: „de producenten en invoerders zijn er ... toe gehouden bij het Ministerie van Economische Zaken ... uiterlijk drie maand vóór de toepassing, iedere prijsverhoging aan te geven die zij voornemens zijn toe te passen op de Belgische markt op alle produkten, grondstoffen, eet- of koopwaren en op alle prestaties." Krachtens artikel 4 van dit besluit wordt de termijn van drie maanden onderbroken wanneer de bevoegde instanties vaststellen dat de verhogingsaangifte niet alle vereiste inlichtingen bevat. In dat geval begint de termijn eerst te lopen vanaf de datum van ontvangst van de aanvullende inlichtingen. Artikel 5 bepaalt tenslotte dat de minister van Economische Zaken de onderneming die de aangifte indient vóór het verstrijken van de voorziene termijn kan doen betekenen „dat de aangegeven verhoging geheel of gedeeltelijk niet mag worden toegepast en dat gedurende een termijn van maximum 6 maand . . ." Na het verstrijken van de vastgestelde termijn mag de onderneming die en prijsverhoging heeft aangegeven, de verhoging echter toepassen zoals deze werd aangegeven. Zij dient de Prijzendienst niettemin in kennis te stellen van de prijzen die zij werkelijk toepast (artikel 5, § 2, van het ministerieel besluit van 20 april 1972 tot wijziging van het ministerieel besluit van 22 december 1971).

Elfde middel: schending van de artikelen 85, lid 1, en 190 EEG-Verdrag, doordat de Commissie alle punten van bezwaar met uitzondering van de grief betreffende het verbod van verkoop met premies gegrond heeft geacht en heeft beschikt dat de door FEDETAB voorgestelde maatregelen verboden waren ingevolge artikel 85, lid 1, terwijl deze maatregelen geen mededingingsbeperking in de zin van deze bepaling vormen

Samenvatting der verzoekschriften

Dit middel is geheel of gedeeltelijk aangevoerd door *alle verzoekers,* behalve Vander Elst, die dit middel in haar verzoekschrift niet afzonderlijk voordraagt. In repliek maakt zij hierover echter enkele opmerkingen.

1. Verzoekschrift van FEDETAB

a) Feitenrelaas

FEDETAB beklaagt zich in de eerste plaats erover dat talrijke feiten door de Commissie hetzij onjuist zijn vastgesteld, hetzij verkeerd uitgelegd, hetzij niet in aanmerking zijn genomen, terwijl zij stellig van belang zijn voor de elementen die bepalend zijn voor de toepassing van artikel 85, lid 1. Deze feitelijke onjuistheden worden genoemd in bijlage 5 bij het verzoekschrift.

Ernstiger acht FEDETAB evenwel de grote leemten in het onderzoek naar de knellende banden van sanitaire en fiscale aard waaraan de tabaksmarkt en met name de sigarettenmarkt is onderworpen, waardoor dit een volstrekt specifieke markt is die met geen enkele andere is te vergelijken. Deze leemten zijn des te betreurenswaardiger omdat zowel in de memories in antwoord op de mededelingen der punten van bezwaar als tijdens de hoorzittingen de aandacht van de Commissie steeds op deze factoren is gevestigd.

FEDETAB ziet zich mitsdien gedwongen deze afzonderlijke punten wederom te behandelen.

aa) Invloed van de belastingdruk

FEDETAB heeft vooral kritiek op het ontbreken van enige studie over de invloed van een *evenredig* of *ad valorem* accijnsstelsel op de werkelijke of potentiële concurrentie. Zij beschrijft de dwangmatigheden en beperkingen die volgens haar de concurrentie op de sigarettenmarkt vervalsen en noch aan haar, noch aan haar leden zijn te wijten.

i) Om historische redenen wordt de accijns altijd hetzij op de DHP hetzij op het aantal gefabriceerde of verkochte sigaretten geheven. In het eerste geval wordt deze belasting bepaald door een percentage (*evenredige* of *ad valorem* belasting), in het tweede geval door een onveranderlijk geldbedrag (*specifieke* belasting). Deze beide belastingen zijn qua opzet en uitwerking die zij op de prijzen en op de mededingingsvoorwaarden hebben, fundamenteel verschillend. België past het systeem van de evenredige belasting toe.

ii) De fiscale harmonisatie in de Gemeenschap gaat van dit fundamentele verschil uit. In het kader van deze harmonisatie vervult België de minimumverplichting.

iii) In een stelsel van evenredige accijnzen veroorzaakt elke wijziging van de kostprijs of van een van de bestanddelen daarvan een *versterkt* effect op de daaruit voortvloeiende verkoopprijs. Voor de industrie en de handel betekent dit, dat een wijziging van de prijs „af fabriek" of van de distributiemarge op de DHP een versterkt effect heeft dat recht evenredig is aan de multiplicator.

Tot staving van deze stelling geeft FEDETAB twee cijfervoorbeelden van het effect op de DHP van eenzelfde verhoging van het „aandeel van de fabrikant", naargelang het systeem zuiver evenredig of specifiek is. De gegevens uit deze voorbeelden zijn ontleend aan de situatie die zich in België in mei 1975 voordeed. De DHP van de sigaret van de meest

verkochte prijsklasse lag toen precies op BFR 1 per stuk of BFR 1 000 per 1 000. In het eerste voorbeeld maakt de accijns 51,5 % van de DHP uit, in het tweede bedraagt zij BFR 615 per 1 000 sigaretten. In het eerste voorbeeld werkte de verhoging van het aandeel van de fabrikant of van de prijs „af fabriek" met BFR 5 door in een verhoging van de DHP met BFR 22. In het tweede voorbeeld had deze verhoging met BFR 5 slechts een prijsverhoging van BFR 6 op verbruikersniveau ten gevolge.

Uit de vergelijking van deze beide voorbeelden blijkt duidelijk dat door de evenredige accijns verstoringen worden veroorzaakt. De multiplicator geeft de verhouding weer tussen de (als eenheid genomen) DHP en het totaal van de niet-evenredige bestanddelen van deze prijs. Hoe kleiner het aandeel van deze bestanddelen is, des te groter is de multiplicator. De multiplicator neemt dus toe naargelang van de evenredige elementen; hoe hoger het *percentage* daarvan is, hoe meer de *multiplicator* toeneemt.

iv) Tijdens de eerste harmonisatieetappe van 1 januari 1973 tot 30 juni 1978, in welk tijdvak zich ook de gewraakte mededingingsbeperkingen voordeden, is de multiplicator van 3,46 naar 4,70 gestegen, zodat de situatie in België zich ontwikkelde in een richting die tegengesteld was aan de met de harmonisatie nagestreefde doeleinden.

v) De fabrikant die de evenredige accijns moet afdragen waarvan de *berekeningsgrondslag* de DHP, met inbegrip van *alle heffingen* is, is genoopt, alle elementen van de DHP vooraf te bepalen: het aandeel van de fabrikant, de distributiemarge en het bedrag der verschillende belastingen, want de staat heft de accijns over het totaal van al deze elementen. Deze dwang is eigen aan de tabakssector.

vi) Een fabrikant die zijn aandeel verhoogt, doet tussen hem en zijn concurrenten een verschil in verkoopprijs ontstaan dat recht evenredig is aan de multiplicator en in geen verhouding staat tot de verschillen tussen de prijs af fabriek of het aandeel van de fabrikant. Deze omstandigheid leidt tot kunstmatige mededingingsvoorwaarden en brengt de fabrikanten ertoe hun kostprijzen zodanig te drukken dat het voor hen niet meer mogelijk is het aandeel van de fabrikant met een aanvullend ristorno voor de distributie te belasten.

Het aandeel van de fabrikant wordt trouwens door de Belgische Prijzencommissie gecontroleerd (in 1977 bedroeg dit slechts 18,21 %). Door deze omstandigheden verkeren de Belgische fabrikanten in een *uniforme* concurrentiepositie, zonder dat de overeenkomsten, maatregelen of de Aanbeveling daaraan iets toe doen. Deze maatregelen hebben ten doel, *een functioneel distributienet te handhaven.*

vii) Uit het systeem vloeit logisch voort dat, indien een fabrikant een andere fabrikant concurrentie wil aandoen en zijn DHP wil verlangen, zulks *onvermijdelijk* een verlaging van de winstmarge voor de verkopers van zijn produkten zou meebrengen. Indien hij een grotere winstmarge wil toekennen, leidt dit *onvermijdelijk* tot een grote stijging van de eindprijs, met het risico van afzetvermindering.

viii) De Belgische wetgeving inzake de prijscontrole beperkt de mogelijkheden

tot horizontale concurrentie inzake de maximum winstmarges bij de distributie. Het Belgische Ministerie van Economische Zaken stelt namelijk een maximum winstmarge vast voor elke distributiefase. In de mededeling van de punten van bezwaar van 17 mei 1975 heeft de Commissie zich trouwens over dit punt geuit.

Deze vaststelling van maximum winstmarges wordt niet aan elke fabrikant afzonderlijk opgelegd, maar geldt voor de gehele sigarettensector. Het collectieve karakter van de winstmarges bij de distributie spruit derhalve niet voort uit de gewraakte maatregel, maar uit de wetgeving.

ix) Met name op grond van de voorafgaande overwegingen concludeert FEDETAB dat de Belgische evenredige accijns op basis van de DHP en de Belgische wetgeving inzake de prijscontrole de mededingingsvoorwaarden om de volgende redenen vervalsen:

— een wijziging in een der elementen van de kostprijs veroorzaakt een door de multiplicator versterkte wijziging van de DHP;

— zij verplichten de fabrikanten, de DHP en de winstmarges bij de distributie vooraf te bepalen;

— zij schrijven collectieve maximum winstmarges voor elke distributiefase voor, zoals in een brief van de Prijzendienst aan FEDETAB wordt bevestigd (bijlage 6 bij het verzoekschrift);

— zij waarborgen de belastinginkomsten van de Staat door de vaststelling van een minimum accijnsrecht, waarbij dan nog de vaststelling van een minimumprijs voor het fiscale bandje komt, waardoor ambtshalve een minimum verkoopprijs op een bepaald niveau wordt vastgelegd.

bb) Invloed van maatregelen op het gebied van de volksgezondheid

De Commissie heeft geen rekening gehouden met de beperkingen die de bescherming van de gezondheid meebrengt voor de verhandeling van tabaksfabrikaten. Dit element — en inzonderheid de verplichting, pakjes sigaretten te voorzien van een opschrift met een waarschuwing tegen de gevaren van tabaksgenot (Belgische wet van 3 april 1975) en de voor sigarettenreclame geldende regeling — werd echter ter kennis van de Commissie gebracht.

cc) Structuur en rol van FEDETAB

FEDETAB beklemtoont dat zij uitsluitend tabaksfabrikaten omvat. Enkele leden van FEDETAB zijn als importeur van tabaksfabrikanten evenwel aangesloten bij de Federatie van importeurs. FEDETAB heeft nooit de geringste poging ondernomen om de invoer of de importeurs te hinderen.

De structuur van FEDETAB omvat in wezen drie secties: sigaretten, sigaren en cigarillos, rooktabak, pruimtabak en snuiftabak. In elke afdeling hebben grote, middelgrote en kleine ondernemingen *een gelijk aantal* vertegenwoordigers.

FEDETAB, die *rechtspersoonlijkheid* geniet doordat zij een vereniging zonder winstoogmerk is, is een beroepsvereniging, die een *zelfstandig beheer* voert, dat haar duidelijk van haar leden onderscheidt.

Zij is de erkende gesprekspartner van de tabaksverwerkende industrie in België.

dd) De gewraakte overeenkomsten

i) Het tijdvak vóór 1 december 1975

— De erkenning en de rangschikking van de groothandelaren en de detaillisten door FEDETAB en de toekenning van bepaalde kortingspercentages aan de verschillende categorieën

FEDETAB heeft de groothandelaren in acht categorieën ingedeeld op de voet van de door het Belgische Comité voor de distributie gemaakte indeling. Deze indeling moest het mogelijk maken om aan eenieder voor wie de groothandelsvoorwaarden golden de met zijn functie overeenkomende vergoeding toe te kennen en om elke discriminatie te voorkomen. De grootwinkelbedrijven hebben de fabrikanten echter gedwongen, hun dezelfde voorwaarden te verlenen als aan de gespecialiseerde groothandelaren, terwijl deze laatsten de enigen waren die een bijzondere vergoeding verdienden.

Nadat de gespecialiseerde groothandelaren vrijwaringsmaatregelen hadden geëist, heeft FEDETAB op 21 december 1970 het document „Distributiebeleid vanaf 1 januari 1971" opgesteld. Dit document heeft de toegang tot maximale groothandelscondities (de enige die nog bestonden) voor nieuwe kandidaten van bepaalde categorieën moeilijker gemaakt, met name voor de gespecialiseerde levensmiddelengroothandelaren. Het ging daarbij om een niet-dwingend arbeidsinstrument. Het vormde het voorwerp van het in de overwegingen nrs. 40 tot 44 van de aangevochten beschikking behandelde punt van bezwaar.

— De overeenkomst tussen FEDETAB en NFGT (inachtneming van de door de fabrikanten opgelegde wederverkoopprijzen) van 22 mei 1967 en 5 oktober 1967 en de avenant van 29 december 1970, alsmede de bijbehorende overeenkomsten en Aanbevelingen

FEDETAB beweert dat deze overeenkomst, gericht tegen onderkruiping op detailhandelsniveau door groothandelaren die detailhandelswinkels exploiteren, in 1972 is vernieuwd. De vernieuwde overeenkomst is echter niet toegepast. Artikel 58 van het Wetboek inzake de BTW heeft sedert 1971 een eind gemaakt aan onderkruiping op detailhandelsniveau.

De standaardovereenkomst die op 22 mei 1967 aan de „kleinverdelers" werd voorgelegd, is nooit toegepast en is door het besluit van FEDETAB van januari 1968 vervallen.

De interpretatieve avenant van 5 oktober 1967 is in de praktijk nooit ten uitvoer gelegd. Evenmin zijn er ooit sancties toegepast.

FEDETAB beklemtoont dat de beide brieven van 26 oktober 1967 en 8 mei 1970 uitgingen van de NFGT, die haar leden met name heeft meegedeeld dat zij de andere detaillisten geen lagere verkoopprijs in rekening mochten brengen dan die welke door hun leverancier was bepaald en dat zij de aan de „erkende detaillisten" voorbehouden condities slechts aan de officieel door FEDETAB erkende detaillisten mochten toestaan. Werden deze regels niet in acht genomen, dan verloren de groothandelaren de groothandelscondities.

Verscheidene groothandelaren bleven echter aan detaillisten die niet op de lijsten van FEDETAB voorkwamen, de voor erkende detaillisten geldende condities toekennen. Geen enkele groothandelaar heeft ooit de groothandelscondities verloren.

De interpretatieve avenant van 29 december 1970, ondertekend door FEDETAB en de NFGT, werd op 26 januari 1971 aan het directoraat Mededingingsregelingen, Machtsposities, meegedeeld, en bracht geen enkele reactie teweeg.

— De overeenkomsten en aanbevelingen betreffende het verbod van wederverkoop aan andere groothandelaren

De Aanbeveling die op 22 maart 1972 door de NFGT aan haar leden was gezonden had niets te maken met FEDETAB en is overigens zonder gevolg gebleven.

FEDETAB geeft toe dat zij op 30 juni 1972 de groothandelaren heeft verzocht een standaard-overeenkomst te ondertekenen volgens welke zij zich verbonden geen tabaksfabrikaten door te verkopen aan bepaalde (namelijk de in nr. 46 van de beschikking genoemde) groothandelaren en detaillisten. Weliswaar kon de niet-inachtneming van deze verplichtingen worden bestraft met het verlies van de groothandelscondities, doch de overeenkomsten zijn niet toegepast en in 1973 beëindigd.

— De op 23 december 1971 door de leden van FEDETAB genomen collectieve maatregelen inzake betalingstermijnen

FEDETAB betoogt dat als gevolg van een verzoek van GB om de betalingstermijnen te verlengen tot 90 dagen, afgerond op hele maanden, de leden van FEDETAB de groothandelaren en anderen voor wie groothandelscondities golden ervan in kennis stelden dat zij hadden besloten een eind te maken aan de lange betalingstermijnen en dat deze voortaan zouden worden ingekort tot een maximum van 15 dagen. Het ging hier om noodweer tegen de door de groothandelaren, naar het voorbeeld van de grootwinkelbedrijven gevolgde praktijk om lange betalingstermijnen aan te houden. De toekenning van een betalingstermijn van één maand leidt immers tot een verhoging van het destijds voor BFR 32 verkochte pakje populaire sigaretten met 1 frank.

— De overeenkomsten en collectieve maatregelen van de leden van FEDETAB om de naleving te verzekeren van de aan de detaillisten opgelegde verplichting om een minimum assortiment aan te bieden

Deze overeenkomsten en maatregelen vinden hun oorzaak in de boycot van de produkten van Weltab en Jubilé door GB en anderen, als vergeldingsmaatregel tegen de weigering om de betalingstermijnen te verlengen. Ook hier gaat het om een daad van noodweer.

ii) De Aanbeveling FEDETAB van 1 december 1975

FEDETAB beklemtoont dat het niet, zoals in het verleden, om verticale overeenkomsten gaat, maar om een *Aanbeveling* die uitsluitend tot de fabrikanten is gericht, dus van *horizontale* aard is. Hoewel verscheidene fabrikanten zich bij de Aanbeveling hebben aangesloten, blijft dit een *horizontale overeenkomst.*

In het belang van een gezonde distributie worden in de Aanbeveling aan de hand van objectieve criteria verschillende maximum kortingen voor de afnemers naargelang van de bewezen diensten vastgesteld. Aan de fabrikanten is geen eenvormige gedragslijn opgelegd en zij behouden volstrekte handelingsvrijheid.

De opstelling van de lijsten met detaillisten geschiedt op basis van objectieve criteria.

De voorschriften betreffende de contante betaling ademen dezelfde geest. Het gevaar bestaat namelijk dat elke verlenging van de betalingstermijnen zich ten nadele van de verbruikers onvermijdelijk in de prijzen doet gevoelen, met name door het multiplicatoreffect van het Belgische fiscale stelsel voor sigaretten.

Zowel bij de keuze van de afnemers als bij het verlenen van krediet pasten de fabrikanten de Aanbeveling, waarvan zij de gegrondheid erkenden, soepel naargelang van hun eigen situatie toe.

b) Juridisch betoog van FEDETAB

FEDETAB wijst erop dat zij in haar antwoord op de eerste mededeling van de punten van bezwaar had betoogd dat de handhaving van een eerlijke *en* ordelijke concurrentie een essentiële voorwaarde voor een doeltreffend mededingingsbeleid is. Bij de toepassing van dit — overigens door het Hof in zijn arrest van 25 oktober 1977 (zaak 26/76, *Metro/Commissie,* Jurispr. 1977, blz. 1875) erkende — beginsel op het concrete geval, heeft de Commissie geen rekening gehouden met het feit dat de gewraakte overeenkomsten niet onder het verbod van artikel 85, lid 1, vielen door hun gunstige invloed op de marktstructuur.

De Commissie heeft in de Aanbeveling — met inbegrip van het gedeelte waarin een indeling van de groothandelaren en detaillisten volgens drie objectieve criteria wordt voorzien — slechts een inbreuk op artikel 85, lid 1, gezien. Met name is zij voorbijgegaan aan het door verzoekster zowel in haar memories als tijdens de hoorzittingen meermaals aangevoerde feit, dat het discriminerend zou zijn om aan de grootwinkelbedrijven of aan de niet-gespecialiseerde groothandelaren dezelfde vergoeding toe te kennen als aan de gespecialiseerde groothandelaren, terwijl zij niet dezelfde economische functies vervullen.

Voorts heeft FEDETAB de aandacht van de Commissie gevestigd op de *sociale* aspecten van deze zaak. Het antwoord van de Commissie (overweging nr. 123 van de beschikking) is onverenigbaar met een redelijke uitlegging van artikel 85, lid 1, zoals deze door het Hof is gegeven in het arrest-*Metro:*

„... het streven om voor groothandelaren en gespecialiseerde detailhandelaren een bepaald prijsniveau te handhaven dat samenhangt met het streven in het belang van de consument de mogelijkheid te behouden dat dit verkoopkanaal blijft bestaan naast nieuwe verkoopmethoden die zijn gericht op een andere vorm van mededingingsbeleid, valt binnen het kader van doelstellingen die kunnen worden nagestreefd zonder noodzakelijkerwijs te vallen onder het verbod van artikel 85, lid 1, of, indien zulks wel geheel of ten dele het geval is, binnen het kader van artikel 85, lid 3" (Jurispr. 1977, blz. 1906).

2. *HVL* sluit zich aan bij de argumenten van FEDETAB tegen de opvatting van de Commissie betreffende de toepasselijkheid van artikel 85, lid 1, op de vóór de datum van de Aanbeveling getroffen maatregelen.

Wat de periode nà deze datum betreft betoogt HVL dat zij deze Aanbeveling heeft opgevolgd. Artikel 85, lid 1. is op deze Aanbeveling met name niet van toepassing omdat de maatregelen van de Aanbeveling in de Belgisch-Luxemburgse

Economische Unie ten doel hadden, een gezonde wedijver tussen de fabrikanten te bevorderen om een ontwrichting van de markt die de opheffing van een groot aantal verkooppunten met zich mee zou brengen, te voorkomen. Op het niveau van de EEG bestaat er met name gezien de Italiaanse en Franse monopolies geen enkele gemeenschappelijke markt van tabaksfabrikaten.

In de zaak 82/77 (*Van Tiggele,* Jurispr. 1978, blz. 25) heeft de Commissie zich uitgesproken ten gunste van minimum winstmarges. Haar redenering is a fortiori van toepassing op de markt van tabaksfabrikaten in België.

3. *Verzoeksters Gosset, Weltab en Cinta* sluiten zich aan bij het feitenrelaas van FEDETAB en bij haar argumenten rechtens inzake het onderhavige middel.

Gosset geeft met betrekking tot de Aanbeveling echter bovendien een gedetailleerde analyse van de indeling van groothandelaren en detaillisten in categorieën.

Ten aanzien van het recht betoogt zij dat zowel de Commissie als het Hof in de zaak-*Metro* hebben erkend, dat een scheiding van functies in de distributie van produkten gegrond is en strookt met een stelsel van gezonde concurrentie.

De maatregelen op het gebied van de betalingstermijnen vormen een reactie op de pogingen van de grootwinkelbedrijven om buitensporige voordelen te verkrijgen. Een maatregel die dient ter voorkoming van misbruik van economische macht kan niet in strijd zijn met het Verdrag, nu de eis van een onvervalste en eerlijke mededinging toch een der fundamentele doelstellingen daarvan is.

4. *Jubilé* beklaagt zich dat de mededingingsbeperking volgens de Commissie *in het beginsel* zelf van de indeling schuilt, en betoogt dat de Commissie in elk geval geenszins rekening heeft gehouden met het feit dat in de Aanbeveling werd uitgegaan van nieuwe indelingscriteria welke juist bedoeld waren om de prestaties die de tussenhandelaren voor de fabrikanten moeten verrichten objectiever te bepalen. Een zo schematische toepassing van artikel 85 druist in tegen het door het Hof in het arrest-*Metro* gehuldigde beginsel (Jurispr. 1977, blz. 1905, overweging 20).

De Commissie is ten onrechte van mening dat de betalingstermijnen eenvormig en collectief worden vastgesteld. De Aanbeveling heeft geen verbindend karakter. Bovendien gaat de Commissie eraan voorbij dat althans verzoekster juist op het gebied van de betalingstermijnen haar goedkeuring uitdrukkelijk heeft beperkt door haar voornemen kenbaar te maken, „autonoom en onafhankelijk van genoemde Aanbeveling" vast te houden aan het beginsel van contante betaling (verzoekschrift, bijlage 6).

Samenvatting van het verweerschrift

a) Inleidende opmerkingen

De *Commissie* wijdt enkele *inleidende opmerkingen* aan de door verzoekers aangevoerde nationale en communautaire regelingen.

aa) De Belgische fiscale regeling en het multiplicator-effect

De Commissie geeft toe dat wanneer een der economische elementen die de „tabakswaarde" vormen zich wijzigt, het evenredig gedeelte van de fiscale last eveneens wordt gewijzigd. Zij voegt hieraan toe dat, aangezien in België het grootste gedeelte van de fiscale last uit

evenredige elementen bestaat en de percentages van deze elementen relatief hoog zijn, een wijziging van het aandeel van de fabrikant (of van de handelsmarges) een meer dan evenredige wijziging van de fiscale lasten en bijgevolg van de DHP veroorzaakt. Dit wordt door verzoekers het „multiplicator-effect" genoemd.

Opgemerkt zij echter dat dit multiplicator-effect zowel bij een wijziging naar boven als bij een wijziging naar beneden van het aandeel van de fabrikant (of van de handelsmarges) optreedt.

Het multiplicator-effect heeft derhalve ten gevolge dat de uitwerking van schommelingen van het aandeel van de fabrikant (of van de handelsmarges) op de ontwikkeling van de DHP wordt versterkt. Het heeft evenwel in genendele tengevolge dat deze economische elementen op een bepaald niveau worden „bevroren" of schommelingen daarvan naar boven of naar beneden worden verhinderd.

De mededingingsmogelijkheden, die door het multiplicator-effect geenszins worden uitgesloten, kunnen tenminste twee gevolgen hebben, namelijk:

i) de inspanningen op het gebied van de concurrentie bepalen — bij een gegeven DHP — hoe de fabrikanten (en importeurs) en de handelaren de som van de economische elementen die de „tabakswaarde" van de DHP vormen, onder elkaar verdelen, met andere woorden welke omvang het aandeel van de fabrikant ten opzichte van de handelsmarges zal hebben;

ii) een eventuele inkrimping van het aandeel van de fabrikant (of van de handelsmarges) kan zijn weerslag hebben op de keuze van een nieuwe DHP, met name door de keuze van een DHP op een lager niveau dan in het verleden.

Bovendien sluit de Belgische belastingregeling niet uit, dat de fabrikanten, importeurs en handelaren elkaar kunnen beconcurreren op het niveau van de prijzen (of winstmarges) van produkten van verschillende merken. Zij heeft ook tot gevolg dat alle marktdeelnemers vrij blijven, bij alle tabaksfabrikaten elkaar te beconcurreren op het niveau van de diensten en andere concurrentievoordelen die zij aan hun cliënten leveren.

Anderzijds is het ingevolge artikel 58 van het op 1 januari 1971 in werking getreden Wetboek op de BTW verboden, produkten tegen een lagere prijs dan de op het fiscale bandje vermelde DHP aan de verbruiker te verkopen. Uit dit verbod en uit het feit dat gewoonlijk de fabrikanten en importeurs de fiscale lasten verschuldigd zijn, vloeit de moeilijkheid voor de *handelaren* voort, een verkleining van hun marge als gevolg van hun inspanningen op concurrentiegebied rechtstreeks en op eigen initiatief door te geven in de DHP. Deze regeling belet echter geenszins dat een dergelijke afwenteling die de concurrentie-inspanning van de handelaren weergeeft, *indirect* kan geschieden door de keuze van een nieuwe DHP. Bovendien bevindt de *fabrikant* (of importeur) zich niet in dezelfde situatie.

Daarentegen maakt het multiplicator-effect het de fabrikant (en importeur) bij de keuze van de nieuwe DHP mogelijk, zijn inspanningen op concurrentiegebied (of die van zijn handelaren) te accentueren, want door een inkrimping met een valuta-eenheid als gevolg van deze inspanningen zal hij een meer dan evenredige vermindering van de DHP verkrijgen. In dat geval remt het multiplicator-effect de concurrentie-inspanningen van de fabrikanten en importeurs (of handelaren) niet af, maar versterkt deze juist en begunstigt de ondernemingen die concurrerend zijn.

Het is derhalve onjuist te beweren, zoals met name FEDETAB doet, dat de regeling de fabrikanten en importeurs verplicht, de DHP en de winstmarges bij de distributie vooraf te bepalen.

bb) De harmonisatie in de Gemeenschap

De Commissie betoogt dat de fiscale harmonisatie in de Gemeenschap die bij 's Raads richtlijnen nr. 72/464 en volgende wordt geregeld, de vrije vorming van de DHP handhaaft en de eventuele concurrentie tussen fabrikanten en importeurs (of handelaren) met betrekking tot het aandeel van de fabrikant (of van de winstmarges) waaruit de DHP bestaat, niet uitsluit.

Ten aanzien van het gebruik dat de Belgische Staat maakt van de in artikel 10 (nadien artikel 10 *ter*) van richtlijn nr. 72/464 aan de Lid-Staten geboden mogelijkheid om op sigaretten een minimum accijns te heffen, betoogt de Commissie dat deze minimum grens slechts één bestanddeel van de DHP betreft, namelijk de accijns en op generlei wijze de variaties in de economische elementen van de DHP, namelijk het aandeel van de fabrikant en de handelsmarges, beperkt.

cc) De Belgische regeling houdende verplichting tot aanmelding van prijsverhogingen

De Commissie merkt op dat deze regeling de mededinging niet uitsluit en zelfs niet beperkt. Zij kan derhalve niet worden ingeroepen om hetzij de maatregelen van verzoekers te rechtvaardigen, hetzij aan te tonen dat hun maatregelen geen merkbare gevolgen hadden kunnen hebben wegens het bestaan van deze regeling. FEDETAB zelf heeft dit ten aanzien van de Belgische markt verklaard (blz. 48 van haar nota van 14 oktober 1974 aan de Commissie in aansluiting op de klacht van GB).

dd) De Belgische maatregelen op het gebied van de volksgezondheid

De Commissie is van mening dat deze maatregelen de concurrentiemogelijkheden van fabrikanten en importeurs (of handelaren) in de sector tabaksfabrikaten niet kunnen uitsluiten of op wezenlijke wijze inperken.

b) Beperking van de mededinging

In haar antwoord op dit middel onderscheidt de Commissie tussen de vóór 1 december 1975 geldende maatregelen en de beschikking.

aa) De vóór 1 december 1975 getroffen maatregelen behelzen:

i) de erkenning en de rangschikking van de groothandelaren en de detaillisten door FEDETAB en de toewijzing van bepaalde kortingspercentages aan de verschillende categorieën (beschikkingen nrs. 19 tot en met 27 en 81);

ii) de overeenkomst tussen FEDETAB en NFGT van 22 mei 1967 en 5 oktober 1967 en de avenant van 29 december 1970 op het gebied van de inachtneming van door de fabrikanten opgelegde wederverkoopprijzen (beschikkingen nrs. 28 tot en met 38, alsmede 82 en 83);

iii) de beperking door FEDETAB van de toegang tot bepaalde categorieën groothandelaren (beschikkingen nrs. 40 tot en met 44 en 84);

iv) de collectieve maatregelen en de interpretatieve avenant van 22 maart 1972 inzake het verbod van weder-

verkoop aan andere groothandelaren (beschikkingen nrs. 45 tot en met 50 en 85);

v) de op 23 december 1971 door de leden van FEDETAB genomen collectieve maatregelen inzake betalingstermijnen (beschikkingen nrs. 51, 52 en 86);

vi) de overeenkomsten en collectieve maatregelen van de leden van FEDETAB om de naleving te verzekeren van de aan de detaillisten opgelegde verplichting om een minimum assortiment aan te bieden (beschikkingen nrs. 53 tot en met 57 en 87);

ad i) Volgens de Commissie heeft FEDETAB toegegeven, de kortings-percentages voor de andere dan de gespecialiseerde groothandelaren op eenvormige wijze en zonder objectieve rechtvaardiging te hebben vastgesteld. FEDETAB heeft echter ook de tot eenzelfde categorie behorende groothandelaren de mogelijkheid ontnomen, door middel van concurrentie een verschillende vergoeding te ontvangen (vgl. beschikking, nr. 81) en heeft elke prikkel tot concurrentie tussen verzoekers *onderling* betreffende het niveau der aan de handelaren te verlenen marges uitgeschakeld.

ad ii) FEDETAB heeft alleen opgemerkt dat zij deze maatregelen uitsluitend heeft genomen om „bradage" (onderkruiping) te verbieden. Volgens de Commissie gingen deze maatregelen naar doelstelling en gevolgen echter veel verder. *In de periode vóór 1 januari 1971* hadden zij met name tot gevolg dat de door verzoekers bepaalde detailhandelsprijzen en marges voor groothandelaren en detaillisten strikt moesten worden nageleefd. Voorts schuilt het belang van de *vernieuwing* van deze maatregelen in 1972, nadat artikel 58 van het Wetboek op de BTW op 1 januari 1971 in werking was getreden, in het feit dat dit systeem van collectieve naleving van opgelegde prijzen vergezeld ging van een specifieke verplichting van verzoekers, te weigeren hun produkten van een etiket met een lagere prijs te voorzien, zoals enige groothandelaren van hen hadden verlangd (vgl. de afwijzing van het verzoek van GB).

ad iii) Deze maatregel heeft een bijkomende discriminerende beperkende werking in het systeem ingevoerd waarover met name Mestdagh en Huyghebaert zich hebben beklaagd.

ad iv) De brief van 22 maart 1972 van de NFGT heeft betrekking op de op 29 december 1970 tussen NFGT en FEDETAB gesloten interpretatieve avenant. De maatregel van 22 maart 1972 ondersteunt en vervolledigt die van 29 december 1970, waaraan FEDETAB deelnam en die vervolgens door het initiatief van FEDETAB van 30 juni 1972 bindende werking voor de groothandelaren kreeg; zij kan derhalve worden beschouwd als een onderdeel van het door FEDETAB en de andere verzoekers ingevoerde systeem.

ad v) FEDETAB heeft deze maatregel als een „noodweerreactie" gekenmerkt. Elke vertraging in de reactie zou een ineenstorting van de markt hebben veroorzaakt. FEDETAB heeft derhalve indirect erkend dat de toekenning van betalingstermijnen een belangrijk middel bij de mededinging tussen de verschillende op de markt opererende ondernemingen is.

Dit is nu precies wat de Commissie in nr. 86 van de beschikking meende.

ad vi) De Commissie merkt op dat FEDETAB ook hier de feiten toegeeft en enkel poogt deze te rechtvaardigen met een beroep op een noodweertoestand. Het standpunt van FEDETAB in dezen houdt in dat GB of een ander grootwinkelbedrijf niet vrij kan kiezen welke produkten zij wenst te verkopen en met name niet vrij is, slechts de produkten van een bepaald aantal fabrikanten of een bepaald aantal merken of verpakkingen te verkopen en bijgevolg het gevaar te doen ontstaan dat de concurrentie *tussen fabrikanten* wordt hersteld.

bb) De aanbeveling van 1 december 1975

De Commissie bestrijdt het door verscheidene verzoekers, met name door FEDETAB, aan het arrest-*Metro* (inzonderheid de overwegingen 20 tot 22) ontleende betoog tot staving van de conclusie dat de gewraakte overeenkomsten wegens de gunstige invloed ervan op de marktstructuur niet onder het verbod van artikel 85, lid 1, vielen. FEDETAB heeft hieraan toegevoegd dat de handhaving van een eerlijke en ordelijke mededinging een essentiële voorwaarde is voor een doeltreffend mededingingsbeleid.

Volgens de Commissie vooronderstelt de redenering van het Hof in de aangevoerde overwegingen het bestaan van een werkzame mededinging tussen verscheidene concurrerende fabrikanten (of importeurs), die in een dergelijke situatie ook met elkaar concurreren door de invoering van een *individueel* selectief distributiestelsel (vgl. eveneens overweging 22).

De zaak-*Metro* verschilt derhalve fundamenteel van de onderhavige zaak, doordat hierin bijna alle concurrerende fabrikanten (en importeurs) in onderling overleg een collectief distributiestelsel hebben opgericht en toegepast, dat wil zeggen een systeem dat inhield dat zij zich daardoor onderling geen concurrentie aandeden, terwijl het in de zaak-*Metro* erom ging dat een enkele fabrikant met het oog op de concurrentie van de andere fabrikanten een distributiestelsel invoerde waardoor zijn positie ten opzichte van de concurrenten kon worden versterkt zonder dat kwam vast te staan dat die andere fabrikanten eenzelfde distributiestelsel toepasten.

Niets in de beschikking van de Commissie belet bepaalde fabrikanten, individueel hogere marges aan bepaalde gespecialiseerde groothandelaren te verlenen op grond van de bewezen diensten, indien deze talrijker of beter zijn dan die van de andere groothandelaren. De beschikking verbiedt daarentegen dat de concurrerende fabrikanten *onderling afspraken maken* over de omvang van de aan deze gespecialiseerde groothandelaren (of anderen) te verlenen voordelen en het marktmechanisme beletten de omvang daarvan te bepalen, met name aan de hand van de diensten die deze groothandelaren individueel zouden kunnen verlenen. Een dergelijke vrijheid houdt in, dat de groothandelaren de mededinging tussen fabrikanten (en importeurs) aan haar trekken kunnen laten komen, hetgeen verzoekers hardnekkig weigeren. Het Hof heeft in overweging 29 van het arrest-*Metro* weliswaar geoordeeld dat

de Commissie, door aan te nemen dat de scheiding van functies tussen groothandelaren en detaillisten principieel in overeenstemming is met het vereiste dat de mededinging niet mag worden vervalst, geen inbreuk heeft gemaakt op artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag, doch deze overweging kan in het onderhavige geval de onderlinge afstemming tussen concurrerende fabrikanten inzake de aan groothandelaren en detaillisten te verlenen voordelen, die *niet* de scheiding van functies van deze handelaren betreft, niet buiten de werkingssfeer van artikel 85, lid 1, doen vallen.

Ten aanzien van de *indeling der tussenhandelaren* heeft de Commissie, in tegenstelling tot wat met name *Jubilé* beweert, de nieuwe, door de Aanbeveling opgestelde indelingscriteria in aanmerking genomen (beschikking nr. 97) en niet beweerd dat de indeling der tussenhandelaren op zichzelf een inbreuk op artikel 85, lid 1, vormt.

Over het criterium van *het verplichte assortiment* merkt de Commissie op dat de fabrikanten het aantal sigarettenverpakkingen en — merken (die de groothandelaren moeten verkopen om in aanmerking te komen voor de bij elke categorie behorende marges) zelf vastleggen, in plaats van elke handelaar de vrije keuze te laten dit aantal aan de hand van zijn eigen belangen individueel te bepalen. De sanctie op niet-naleving van het minimum aantal van 90 verpakkingen (van de 220 thans in België verkochte) is het onmiddellijke verlies van de aanvullende marge die door verzoekers onder deze voorwaarde wordt verleend.

Wat de *eindejaarsristorno* betreft, beoogt de Aanbeveling dat alle verzoekers één schaal voor de ristorno's toepassen. Ook hier willen verzoekers niet het risico nemen, dat het tot een onderlinge concurrentie komt.

Het bestaan van mededingingsmogelijkheden tussen verzoekers op het gebied van de *betalingstermijnen* wordt reeds aangetoond door het feit dat deze termijnen vóór de totstandkoming van de Aanbeveling verschilden (vgl. de door FEDETAB op blz. 60 van haar brief van 22 december 1975 overgelegde tabel).

Bij al deze voordelen (marges, ristorno's, betalingstermijnen) die de fabrikanten (en importeurs) aan de handelaren kunnen verlenen, hebben verzoekers derhalve welbewust de onderlinge samenwerking met betrekking tot de in de Aanbeveling vervatte maatregelen in de plaats gesteld van de risico's van de mededinging. De vaststelling van deze bestanddelen van de door de fabrikanten jegens de handelaren toegepaste verkoopprijs der produkten beïnvloedt, zelfs indien zij onverbindend is, de mededinging ongunstig, doordat zij alle verzoekers in staat stelt met een redelijke graad van zekerheid te voorzien, welk beleid door hun concurrenten ten aanzien van de aan de handelaren te verstrekken voordelen zal worden gevolgd.

De Commissie concludeert mitsdien dat in haar beschikking terecht wordt verklaard dat:

1) de vóór 1 december 1975 getroffen maatregelen ertoe strekten of ten gevolge hadden dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt zowel tussen fabrikanten als tussen groothandelaren werd beperkt;

2) de Aanbeveling ertoe strekt of ten gevolge heeft, dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt tussen fabrikanten en subsidiair tussen groothandelaren wordt beperkt;

— haar beschikking is op dit punt juist en genoegzaam met redenen omkleed;

— dit middel moet derhalve worden verworpen.

Samenvatting der replieken

1. Repliek van FEDETAB

a) Als inleidende opmerking bij haar betoog inzake het onderhavige en volgende middel, merkt *FEDETAB* op dat de Commissie de invloed van de *Belgische regeling inzake prijsverhogingen* op de administratieve praktijk en de economische situatie van sigarettenfabrikanten miskent.

De sector tabaksfabrikaten is de enige waarin de minister van Financiën in het kader van deze regeling regelmatig en in hoofdzaak ingrijpt. Indien de administratie met elke producent, importeur of handelaar over elk sigarettenmerk zou onderhandelen, zou het de minister niet mogelijk zijn, de gevolgen op de begroting van elke wijziging van de detailhandelsprijs en daarmee van de accijnzen met de vereiste nauwkeurigheid te ramen. Daarom worden de onderhandelingen gevoerd met de vertegenwoordigers van de verschillende marktdeelnemers, hoewel de formele tekst van de regeling theoretisch de mogelijkheid van individuele prijsverhogingen openlaat.

Bovendien hebben de ondernemingen geen speelruimte om een ander prijs- en kostenbeleid te voeren dan het door hen aan de bevoegde administratie voorgelegde, dat door deze administratie vóór de toekenning van een prijsverhoging zorgvuldig wordt bestudeerd. Daarbij komt nog het effect van de multiplicator op de mededinging.

De opmerkingen van de Commissie ten aanzien van deze regeling gaan derhalve voorbij aan de realiteit en aan de problemen die zich voor de deelnemers in deze zeer bijzondere markt voordoen.

b) FEDETAB betwist de bewering van de Commissie dat het onderhavige middel en het betoog tot staving daarvan, geen steun vinden in het arrest-*Metro*.

Zij citeert de overwegingen 20 en 21 van dit arrest tot staving van haar stelling dat, gelet op de structuur en de kenmerken van de betrokken markt, de uit de door haar voorgestelde maatregelen voortvloeiende organisatie van de sigarettendistributie, die strekt tot scheiding van functies tussen groot- en kleinhandelaren en tot de toekenning van een klein voordeel voor de gespecialiseerde groot- en kleinhandelaren om dezen in leven te houden, geen beperking van de mededinging in de zin van artikel 85, lid 1, vormt.

Ten aanzien van de sociale aspecten van de onderhavige zaken verwijst FEDETAB uitdrukkelijk naar de opmerkingen van de interveniënten ATAB en AGROTAB, die goed in staat zijn, de bedreiging te onderkennen die van de beschikking van de Commissie uitgaat voor het economische leven van hun leden, indien de aangevochten beschikking in stand zou blijven.

2. Verzoekers *Gosset, Bat, Cinta en Weltab*, alsmede — op algemene wijze — *HVL* sluiten zich aan bij de opmerkingen in de repliek van FEDETAB.

3. *Jubilé* wijst op het grote aantal staatsmaatregelen als gevolg van de zeer hoge proportionaliteit van de accijns op tabak in België, met name op de vaststelling van *maximum* detailhandelsprijzen, de oplegging van een *minimum* accijns, de staatsregeling van *vaste* prijzen en tenslotte de *prijscontrole.*

De wisselwerking van deze verschillende ingrepen van de Staat leidt tot situaties die eveneens door de Staat geregeld moeten worden, maar niet geregeld zijn. Indien de betrokkenen hieraan iets doen door middel van een welbewust overeengekomen samenwerking, dan is er volgens verzoekster *geen* sprake van beperking van de mededinging in de zin van artikel 85, lid 1, daar deze samenwerking in de plaats treedt van de door de Staat vervalste mededingingsrisico's.

Verzoekster beroept zich voor haar stelling op het *waardesysteem van het Verdrag,* dat is gegrond op een regeling van onvervalste mededinging binnen de gemeenschappelijke markt. Naar haar mening zijn maatregelen van particulieren, zelfs indien zij in het algemeen als beperkingen van de mededinging zijn te beschouwen, niet zulke beperkingen, zodra zij worden toegepast tegen de achtergrond van door de Staat vervalste marktomstandigheden en van een daaruit voortvloeiende onrechtmatige mededinging.

Dit betekent *niet* dat wegens de door de Staat veroorzaakte verstoringen van de mededinging elke welbewust overeengekomen samenwerking door verzoekers gerechtvaardigd is, hetgeen tot gevolg zou hebben dat artikel 85, lid 1, voor de tabakssector in België volledig buiten toepassing zou blijven. Het wil *alleen* zeggen dat de maatregelen van de *aanbeveling, vooral omdat, of juist omdat zij niet verbindend zijn,* geen beperkingen van de mededinging vormen.

Verzoekster merkt op dat de Commissie nu beweert dat de betrokken maatregelen de mededinging ongunstig beïnvloeden ondanks het onverbindend karakter van de Aanbeveling, doordat zij alle verzoekers in staat stellen, met een redelijke graad van zekerheid te voorzien wat het door hun concurrenten gevolgde beleid zal zijn ten aanzien van de aan de handelaren toe te kennen voordelen. De Commissie heeft haar beschikking echter geenszins op deze wijze gemotiveerd. Deze vervanging achteraf van de redengeving van de beschikking is volgens *artikel 190* EEG-Verdrag onrechtmatig.

Bovendien is het zogenaamde zelfstandigheidspostulaat waarop de Commissie zich stilzwijgend beroept in casu irrelevant. Op het gebied van de prijzen binnen de tabakssector in België blijft voor dit postulaat immers nauwelijks ruimte, aangezien de prijzen als gevolg van de door de Staat veroorzaakte mededingingsverstoringen, in elk geval in de gehele branche transparent zijn. Voor zover deze transparantie niet afhankelijk is van de belastingvoorschriften vloeit zij voort uit het prijscontrolesysteem. Dit systeem wordt *collectief* in de tabakssector toegepast overeenkomstig de Belgische regeling en wel met name omdat de fiscale last collectief wordt bepaald.

4. *Vander Elst* is van mening dat het arrest-*Metro,* anders dan de Commissie beweert, in casu van wezenlijk belang is, want het Hof erkent daarin dat maatregelen die dienen tot handhaving van de traditionele handel niet noodzakelijkerwijze de mededinging beperken of voor een ontheffing in aanmerking kunnen komen.

Van wezenlijk belang in de beoordeling rechtens van het Saba-verkoopsysteem is voor het onderhavige geval, dat daarin wordt toegestaan dat groothandelaren en detaillisten naargelang van hun functies worden onderscheiden en wordt toegegeven dat de prijsconcurrentie te dezen geen absolute voorrang heeft. Juist voor deze onderscheiding tussen groothandelaren en detaillisten naargelang van hun functies dient de Aanbeveling-FEDETAB.

Wat de collectieve aard van de Aanbeveling betreft zij opgemerkt, dat de bedreiging van de traditionele handel in casu, anders dan bij het Saba-verkoopsysteem, niet uitgaat van een normale mededinging tussen de verschillende distributiekanalen, maar van een belastingstelsel dat de mededinging vervalst.

Advocaat-generaal Reischl heeft in zijn conclusie in de zaak 13/77, *INNO/ATAB* (Jurispr. 1977, blz. 2165) erkend, dat het streven om de verbruiker een voldoende dicht net van detailbedrijven — met veel keus — ter beschikking te stellen, in beginsel gerechtvaardigd is.

De Aanbeveling voorkomt, tezamen met de voorschriften op het gebied van de accijns op tabaksfabrikaten, zoals een vaste prijs en het verbod van onder-banderollering, dat het multiplicator-effect zich hard doet gevoelen op het niveau van de handel, hetgeen de over het hele land verspreide, intensieve distributie in gevaar zou brengen.

Volgens verzoekster vervalst de multiplicator niet alleen de mededinging tussen de verschillende distributiekanalen maar ook die tussen de grote en kleine merken. Op het niveau van de handel zijn de distributiekosten per eenheid voor kleine merken immers hoger dan voor grote. Door het multiplicator-effect vermenigvuldigen zij zich en vormen zij bijgevolg een hinderpaal voor de toegang van kleine merken tot de markt.

De Aanbeveling kan ook deze storende gevolgen van de multiplicator afzwakken.

Samenvatting van de dupliek

Alvorens op de materiële middelen in te gaan, maakt de *Commissie* algemene opmerkingen betreffende de Belgische en communautaire regeling en het cijfermateriaal betreffende de Belgische markt van tabaksfabrikanten. Naar deze opmerkingen en gegevens wordt in de samenvatting van het betoog inzake het twaalfde middel verwezen.

a) Ten aanzien van de *feiten* hecht de Commissie er in de eerste plaats aan, de bewering van verscheidene verzoekers tegen te spreken, als zouden de tarieven van de „sigarettenschaal" die door de Aanbeveling zijn ingevoerd, slechts betrekking hebben op de rechtstreekse verkopen tussen fabrikanten (of importeurs) en handelaren waaraan zij leveren, doch niet op verkopen die door middel van groothandelaren aan detaillisten hebben plaatsgevonden. Een dergelijke bewering wordt immers weerlegd door de gehele grondgedachte en de tekst zelf van de Aanbeveling, zoals deze is aangemeld (verweerschrift, bijlage 7), waarin wordt opgemerkt „dat de handhaving van deze praktijk in een stelsel van maximum kortingen vereist, dat ook voor de kortingen aan de tussenhandel maxima worden vastgesteld" (bijlage III bij de aanmelding, blz. 1).

Dat de Aanbeveling zich niet beperkt tot rechtstreekse verkopen blijkt ook uit de verklaringen van FEDETAB, alsmede van ANGIPMT tijdens de administratieve procedure.

De Commissie is derhalve van mening dat vaststaat dat de Aanbeveling ertoe dient, ook bij verkopen van groothandelaren aan detaillisten te worden toegepast.

b) De Commissie betoogt ten aanzien van het *recht* dat de beide punten die volgens FEDETAB het voorwerp van het geschil vormen waarop het onderhavige middel is gebaseerd, berusten op een grove misvatting van FEDETAB (en de andere verzoekers) van de draagwijdte

van de beschikking en op een fundamenteel onjuiste voorstelling van wat door de Commissie op 20 juli 1978 werd beslist.

aa) Rechtvaardiging van de onderlinge afstemming met de noodzaak, de functies van groothandelaar en detaillist te scheiden

Volgens de Commissie is het probleem van de scheiding tussen de functies van groot- en kleinhandelaar hier niet in het geding. De Commissie beperkt zich tot een veroordeling van de onderlinge afstemming zoals verzoekers deze hebben tot stand gebracht en uitgevoerd. In een stelsel van vrije mededinging moet elke marktdeelnemer vrij blijven, zelf te bepalen wat de zijns inziens beste wijze is om zijn activiteiten individueel te organiseren.

Bovendien heeft de door verzoekers gehanteerde onderlinge afstemming in het onderhavige geval *niet alleen ten doel,* de scheiding van functies van groot- en kleinhandelaar te beschermen, maar is de onderlinge afstemming veel ruimer en omvat zij het gehele handelsbeleid inzake de marges en andere geldelijke voordelen die de fabrikanten (of importeurs) aan de handelaren toekennen.

De Commissie herhaalt derhalve *zeer nadrukkelijk* dat verzoekers stelselmatig trachten de schijn te wekken alsof er tussen hen geen horizontale onderlinge afstemming bestond, terwijl juist hierin de kern van hun kartel ligt en de gevolgen van deze horizontale onderlinge afstemming het schadelijkst zijn.

bb) Rechtvaardiging van de onderlinge afstemming met de noodzaak, de gespecialiseerde handel in leven te houden

Over dit punt merkt de Commissie op, dat ook zij er in de beschikking op geen enkel moment en op geen enkele wijze van is uitgegaan, dat de gespecialiseerde handelaren moesten verdwijnen.

De beschikking van de Commissie heeft geenszins tot gevolg dat de fabrikanten worden belet, *individueel* hogere marges aan de gespecialiseerde handelaren toe te kennen aan de hand van de door dezen verleende diensten. De beschikking wraakt de horizontale onderlinge afstemming van verzoekers op dit punt.

cc) Beoordeling van de mededingingsbeperking als gevolg van de onderlinge afstemming van verzoekers

De Commissie beroept zich op 's Hofs rechtspraak (zaak 8/72, *Cementhandelaren/Commissie,* Jurispr. 1972, blz. 977, *Papier peints/Commissie,* Jurispr. 1975, blz. 1491) tot staving van haar stelling dat de marktregeling die door de leden van FEDETAB is toegepast en nog wordt toegepast en die betrekking heeft op de horizontale onderlinge afstemming tussen de fabrikanten (of importeurs) inzake de aan de handelaren te verlenen marges en andere geldelijke voordelen, de mededinging in de zin van artikel 85, lid 1, heeft vervalst en beperkt doordat verzoekers door deze onderlinge afstemming de samenwerking bij de in de aanbeveling vervatte maatregelen welbewust in de plaats hebben gesteld van de mededingingsrisico's en een dergelijke samenwerking leidt tot mededingingsvoorwaarden die niet overeenkomen met de normale marktvoorwaarden.

De vaststelling van de hoofdbestanddelen van de prijs waartegen de fabrikanten (of importeurs) de produkten aan de handelaren verkopen, beïnvloedt — zelfs indien zij slechts als leidraad gold — de mededinging ongunstig door het feit dat zij alle verzoekers in staat stelde, met een redelijke graad van zekerheid te voorzien welk het door hun concurrenten gevolgde beleid zal zijn ten aanzien van de aan de handelaren toe te kennen geldelijke voordelen.

Twaalfde middel: schending van de artikelen 85, lid 1, en 190 EEG-Verdrag, doordat de Commissie ten onrechte heeft gemeend dat de betrokken maatregelen de mededinging merkbaar hebben beperkt.

Dit middel is geheel of gedeeltelijk, direct of indirect door *alle verzoekers* voorgedragen.

FEDETAB betoogt dat de uitzonderlijke — en voor geen enkel ander produkt bestaande — dwang, opgelegd door de Belgische regeling op het gebied van de belasting, de prijscontrole, alsmede de volksgezondheid, tezamen met de soortgelijke in andere Lid-Staten bestaande beperkingen zodanig is, dat zij de toepassing van artikel 85, lid 1, uitsluit doordat op het door de gewraakte overeenkomsten (vóór 1 december 1975) en de beschikking van 1 december 1975 beheerste gebied, praktisch geen mededinging bestaat.

De Commissie was weliswaar gedwongen om in rechtsoverweging nr. 88 van de beschikking toe te geven „dat, indien nationale bepalingen met wettelijk of reglementair karakter eventueel tot gevolg hebben dat de mededinging wordt beperkt, de gevolgen van privaatrechtelijke mededingingsbeperkingen die zich daaraan komen toevoegen niet anders kunnen dan nog meer merkbaar te zijn".

Met een dergelijke redengeving huldigt de Commissie evenwel een opvatting die tegenovergesteld is aan datgene wat het Hof van Justitie in het arrest-*Suiker Unie* heeft overwogen:

„Overwegende dat waar, naar hiervoor werd overwogen, met name het stelsel der nationale quota, door opsplitsing van de nationale markten de mededingingsregelen slechts op een beperkt domein onverkort tot gelding laat komen, dat domein door de speciale ordening van de Italiaanse markt andermaal wezenlijk wordt ingeperkt;

Overwegende dat uit vorenstaande overwegingen volgt dat het gewraakte marktgedrag aan de mededinging niet merkbaar afbreuk heeft kunnen doen, zodat het niet onder het verbod van artikel 85 van het Verdrag kan worden gebracht." (Jurispr. 1975, blz. 1925 en 1926, overwegingen 71 en 72).

Wanneer de Commissie hieraan toevoegt dat, „behalve dat de tabakssector niet de enige is waarop een zeer zware fiscale druk rust" (beschikking nr. 88) toont zij aan dat zij het *wezenlijke* verschil tussen een systeem van specifieke accijnzen en een evenredig systeem zoals dit *uitsluitend* in de tabakssector bestaat, niet heeft begrepen.

Indien immers wegens het ingrijpen van de autoriteiten en de structuur zelf van de belasting ten aanzien van het multiplicatoreffect, de concurrentie op het gebied van de prijzen en winstmarges in feite *praktisch is uitgesloten,* zal elke beperking op dit gebied zijdens de fabrikanten onvermijdelijk weinig merkbaar zijn.

Het zou slechts anders zijn indien de beperkingen betrekking hebben op factoren ten aanzien waarvan nog concurrentie bestaat. Maar zowel in de memories in antwoord op de mededelingen van de punten van bezwaar als tijdens de hoorzittingen is juist aangetoond, dat de concurrentie tussen de fabrikanten met name op het niveau van de merken, de samenstelling van sigarettenverpakkingen, de reclame en de kwaliteit van het produkt uiterst levendig is gebleven.

Vander Elst geeft toe dat soortgelijke gedragingen als de in de Aanbeveling bedoelde in *andere* marktsectoren beperkingen van de mededinging kunnen vormen,

doch betoogt dat communautaire en nationale regelingen in de sigarettensector in België een zo beslissende invloed op het gedrag van de Belgische sigarettenfabrikanten hebben, dat de Aanbeveling, die bij afwezigheid van genoemde regelingen nooit zou zijn vastgesteld, niet ertoe kan strekken of ten gevolge kan hebben dat *de mededinging merkbaar wordt beperkt.*

De Commissie heeft het begrip *merkbare beperking* van de mededinging dat het Hof met name in zijn arrest-*Suiker Unie* heeft ontwikkeld, miskend. Zij heeft namelijk *principieel* geweigerd, de invloed van de in de nationale wetgeving opgelegde beperkingen op de Aanbeveling en op het gedrag van de sigarettenfabrikanten in aanmerking te nemen (beschikking nr. 88).

Daar de Commissie de aard, de omvang en de werking van de nationale regelingen niet heeft onderkend en daarmee niet voldoende rekening heeft gehouden, is de beschikking nietig wegens dwaling ten aanzien van de feiten en van het recht. In elk geval is zij op dit wezenlijke punt niet met redenen omkleed.

Vander Elst verwijt de Commissie in de eerste plaats dat zij in nr. 88 van de beschikking het begrip merkbare beperking heeft miskend. De stelling „nog meer merkbaar", tezamen met de woorden „eventueel tot gevolg hebben dat de mededinging wordt beperkt" toont immers duidelijk de rechtsopvatting van de Commissie aan, namelijk dat zij bij haar onderzoek van de vraag of een particuliere gedraging de mededinging merkbaar beperkt, *in het geheel* geen rekening hoeft te houden met de door de Staat op dit gedrag uitgeoefende invloed *dan wel* deze hoogstens in aanmerking neemt om te beweren dat de beperking van de mededinging merkbaar is.

Uit het arrest-*Suiker Unie* volgt dat, wanneer privaatrechtelijke beperkingen worden toegevoegd aan de door de Staat voorziene beperkingen, de gevolgen van de nationale regelingen op de door particulieren ingevoerde regelingen moeten worden onderzocht, om vast te stellen of zij tenminste ruimte voor een werkzame, onvervalste mededinging laten. Deze overwegingen, gebaseerd op het begrip werkzame mededinging („workable competition") zijn door het Hof met name in het arrest-*Metro* ontwikkeld (Jurispr. 1977, blz. 1905, overweging 20). De door de Commissie aangehangen stelling van de „nog meer merkbare werking" is met deze overwegingen onverenigbaar.

Bovendien is de stelling van de Commissie in strijd met haar beschikkingenpraktijk en met de rechtspraak van het Hof betreffende de beoordeling van mededingingsbeperkingen binnen een concern (vgl. onder meer zaak 22/71, *Béguelin,* Jurispr. 1971, blz. 949, zaak 6/72, *Continental Can,* Jurispr. 1973, blz. 215, overweging 15; gevoegde zaken 6 en 7/73, *Commercial Solvents,* Jurispr. 1974, blz. 223, overweging 37; zaak 16/74, *Centrafarm/Winthrop,* Jurispr. 1974, blz. 1183; beschikking van de Commissie van 30 juni 1970, *Kodak,* PB L 147, blz. 24). De invloed van de Belgische Staat is analoog aan die van een moedermaatschappij binnen een door haar gecontroleerd concern.

Vander Elst kritiseert vervolgens de bewering van de Commissie dat tabaksfabrikaten niet de enige produkten zijn waarop een zeer zware belastingdruk rust en van staatswege een prijscontrole wordt uitgeoefend (beschikkingen nrs. 105 en 88). Daarmee miskent de Commissie de aard van de nationale regelingen en bijgevolg de specifieke invloed daarvan op het concurrentiegedrag van de sigarettenfabrikanten. In elk geval heeft zij haar beoordeling van de merk-

bare werking in strijd met artikel 190 van het Verdrag niet toereikend met redenen omkleed.

Volgens Vander Elst hebben genoemde regelingen invloed op het concurrentiegedrag van de Belgische sigarettenfabrikanten in die zin dat er met betrekking tot de aan de detailhandel te verlenen distributievoorwaarden geen ruimte bestaat voor een werkzame en onvervalste mededinging.

Tot staving van deze stelling geeft zij een overzicht van de door de Staat uitgeoefende invloeden, waaronder met name de volgende:

Zij betoogt in de eerste plaats dat *de accijnsrechten met hoge multiplicator* op tabaksfabrikaten ten gevolge hebben dat de mededinging wordt vervalst. Het over de DHP berekende accijnsrecht brengt immers mee dat elk kostenelement op het niveau van de fabricage en de distributie versterkt in de DHP wordt weergegeven. Anders gezegd: deze belasting onderwerpt elk kostenelement van sigaretten aan het effect van een multiplicator.

De mededinging wordt eveneens door *de minimum accijns* beperkt. Een te hoge multiplicator en een minimum accijns (die 90 % bedraagt van de totale fiscale last voor de meest gevraagde prijsklasse) hebben immers tot gevolg dat circa 80 % van de sigaretten in België in of onder de meest gevraagde prijsklasse (BFR 41 voor 25 sigaretten) liggen.

Volgens artikel 5, lid 1, eerste zin, van richtlijn nr. 72/464 van de Raad stellen de *fabrikanten en importeurs vrijelijk de maximum kleinhandelsverkoopprijzen van hun produkten vast.* Uit deze bepaling vloeit voort dat de fabrikant of importeur gelijktijdig met de maximum verkoopprijs de handelsmarge moet bepalen. Want omdat de belasting en de door de fabrikanten toegepaste verkoopprijs vaste elementen zijn, is de handel tot het verschil beperkt.

De in artikel 58 van het Belgisch Wetboek inzake de BTW ingevoerde regeling van *verplichte verkoopprijzen voor de verbruiker* houdt in dat de handelaren een deel van hun marge evenmin aan de verbruiker kunnen afstaan.

Verzoekster legt tenslotte de nadruk op de invloed op de mededinging van de *prijscontroleregeling in België en de praktijk in de sigarettensector.*

Zij wijst erop dat, overeenkomstig het ministerieel besluit van 22 december 1971 houdende verplichting tot aangifte der prijsverhogingen, zoals gewijzigd en aangevuld, de fabrikanten en importeurs gehouden zijn bij het Ministerie van Economische Zaken — prijzendienst — uiterlijk drie maanden vóór de toepassing, iedere prijsverhoging op de Belgische markt aan te geven. De minister van Economische Zaken kan hierop reageren met een stilzwijgende toestemming of met een aanbeveling die een afwijzing of een beperking van de aangemelde prijsverhoging bevat. Een ondanks de aanbeveling van de minister voorziene prijsverhoging moet vijf werkdagen vóór de toepassing ervan schriftelijk worden meegedeeld. Indien zij overeenkomt met de stilzwijgende toestemming of met de aanbeveling van de minister, dan is de toepassing ervan na de termijn van vijf dagen toegestaan. Indien de prijsverhoging het in de aanbeveling van de minister bedoelde bedrag overschrijdt, dan wordt de toepassing ervan met tenminste nog twee maanden opgeschort; een verlenging van deze termijn is niet uitgesloten.

In de sector tabaksfabrikaten verwacht de administratie dat het verzoek door de fabrikantenvereniging wordt ingediend. Bij elke prijsverhoging moet de minister van Financiën de meest gevraagde prijsklasse bepalen, hij moet daaruit het minimum bedrag van de belasting (90 % van de totale fiscale lasten voor de meest gevraagde prijsklasse) en het minimum gedeelte van het specifieke element (5 % van de totale fiscale lasten voor sigaretten van de meest gevraagde prijsklasse, uitgedrukt in Belgische franken) afleiden en op basis van deze elementen kan hij de verhoging van de belastinginkomsten berekenen. Bovendien moet hij tijdig voor nieuwe fiscale bandjes zorgen.

Bij een verhoging van de prijzen moet de belasting, en bij een verhoging van de fiscale lasten moeten de prijzen opnieuw worden vastgesteld.

Bij de onderhandelingen over de prijzen en de fiscale lasten tussen FEDETAB en de regering vormen alle kostenelementen, met inbegrip van de verschillende maximum winstmarges in elke fase van de verhandeling en de in de Aanbeveling bedoelde eindejaarsristorno's de door de beide bevoegde ministeries gehanteerde *berekeningsgrondslag.*

De Commissie heeft niet naar behoren kennis genomen van de door de Staat uitgeoefende invloeden.

Wat *de specifieke regelingen van de Aanbeveling* betreft, betoogt verzoekster dat deze niet ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging merkbaar wordt beperkt.

Ten aanzien van de *indeling van de handelaren en de maximum marges* beweert de Commissie dat de Aanbeveling de Belgische groothandelaren en detaillisten evenals onder het vóór 1 december 1975 gevolgde stelsel in verschillende categorieën verdeelt en voor elk daarvan vaste winstmarges voorschrijft; naar haar mening leidt dit „tussen deze fabrikanten en deze wederverkopers tot dezelfde merkbare mededingingsbeperkingen" (beschikkingen nrs. 96 en 97).

De Commissie miskent echter dat de Aanbeveling, anders dan het vóór 1 december 1975 gehanteerde systeem, alleen nog betrekking heeft op de horizontale verhouding tussen fabrikanten en niet meer op de verticale betrekkingen met de handelaren. Bijgevolg *laat* de Aanbeveling de wederverkopers *juist de vrijheid* met elkaar te concurreren op het niveau van de aan de detaillisten berekende wederverkoopprijzen.

Voor zover de, tot horizontale betrekkingen beperkte, aanbeveling, waarin maximum marges worden vastgesteld, nog een beperking van de mededinging tussen wederverkopers meebrengt, is deze niet merkbaar meer. Te dezen moet worden bedacht dat een kleine 80 % van de directe afnemers van de fabrikant groothandelaren zijn en slechts circa 20 %, waarvan ongeveer 17 % supermarkten, rechtstreeks aan de verbruiker verkopen. Een groot stuk mededinging tussen groothandelaren wordt door de Aanbeveling dus vrij gelaten.

Ten aanzien van de *gewraakte beperking van de mededinging tussen de betrokken fabrikanten* is verzoekster van mening dat de Commissie ten onrechte verwijt dat de Aanbeveling evenals het vóór 1 december 1975 gevolgde stelsel, belet rekening te houden met de andere diensten die de tussenpersonen individueel kunnen verrichten (nr. 97). In tegenstelling tot het oude stelsel waarin rabatten enz. waren verboden, staat de Aanbeveling in geen geval in de weg aan de vergoeding van individuele diensten.

Bij de beoordeling rechtens van de rangschikking had de Commissie in elk geval moeten opmerken dat selectieve distributiestelsels als een met artikel 85, lid 1, verenigbaar mededingingselement worden beschouwd (beschikking van 15 december 1975, Saba, PB L 28/76). Het Hof van Justitie heeft deze oplossing erkend en bevestigd, dat de aard en intensiteit van de mededinging naargelang van de onderzochte produkten en de economische structuur van de betrokken marktsector kunnen verschillen (arrest-*Metro,* Jurispr. 1977, blz. 1875, 1906).

Door de rangschikking der rechtstreekse afnemers beogen de sigarettenfabrikanten de traditionele distributie van sigaretten door de gespecialiseerde groot- en detailhandel naast de distributiemethode via de supermarkten te handhaven.

Met betrekking tot het criterium van *het verplichte minimum assortiment* merkt verzoekster op dat de Commissie van mening is dat de mededinging merkbaar wordt beperkt omdat de tussenpersonen zijn gedwongen, „voorraden van bepaalde sigarettenmerken aan te houden die niet veel worden verkocht en die zonder nut een deel van hun bedrijfsfondsen immobiliseren" (nr. 97).

Het aanhouden van een bepaald minimum assortiment (hetwelk uiteenloopt van 90 soorten voor de gespecialiseerde groothandelaren tot 50 voor de supermarkten, waarbij dit laatste aantal geldt voor alle verkooppunten tezamen en niet voor elk daarvan) is echter geen verplichting maar slechts één der criteria voor de indeling van de tussenpersonen. Elke handelaar kan van de 220 thans in België verhandelde sigarettenmerken, die merken kiezen die voldoen aan de bij hem voorkomende vraag..

Het is onbegrijpelijk waarom het aanhouden van een minimum assortiment de handelaar zou beletten bij de verkoopbevordering de voorkeur te geven aan een merk, zoals de Commissie beweert (punt 87 f).

Het aanhouden van een minimum assortiment garandeert de distributie alom in den lande, zelfs van de kleine merken. Deze zijn *niet* „slechts te verkopen", zoals de Commissie schrijft. Hier maakt de Commissie de belangen van de supermarkten die erin bestaan slechts de goed lopende merken te verhandelen, tot de hare. Weliswaar wordt in andere sectoren het probleem van de kleine merken opgelost doordat de „specialiteit" zelf de uit de distributie daarvan ontstane meerkosten draagt, doch bij sigaretten staat hieraan het multiplicator-effect van de belasting in de weg.

Verzoekster merkt vervolgens op dat de Commissie beweert dat het stelsel van *eindejaarsristorno's* ten gevolge heeft dat de mededinging merkbaar wordt beperkt doordat a) een verhoogde concurrentieinspanning door de tussenpersonen teneinde extra voordelen te bekomen van geen belang wordt; b) de *concentratie* van de aankopen der tussenpersonen bij een bepaalde fabrikant nutteloos wordt, en c) de toegang tot de markt van fabrikanten die hierop wensen door te dringen wordt bemoeilijkt (beschikking, nr. 98).

Wat punt a) betreft betoogt verzoekster dat de Aanbeveling de toekenning van individuele vergoedingen voor bijzondere inspanningen niet volstrekt, doch slechts in de vorm van een evenredige winstmarge uitschakelt.

Wat de punten b) en c) betreft bevordert de Aanbeveling door de ristorno inderdaad niet de concentratie van aankopen van een tussenpersoon bij bepaalde fabrikanten. Sigaretten vormen een artikel met een te lage prijs en een te intensieve distributie om de concentratie van aankopen door de tussenpersonen bij bepaalde fabrikanten zinvol te doen zijn.

De noodzaak om een dicht distributienet aan te houden heeft tot gevolg dat het geheel der distributiekosten per merk en per fabrikant in een land niet evenredig is aan de verkochte hoeveelheden. Door de Aanbeveling wordt een distributiestelsel ingevoerd dat openstaat voor de nieuwe fabrikant, tegen voorwaarden waarbij de distributiekosten van grote en kleine merken worden vermengd en waarbij de factor kwantiteit slechts in aanmerking wordt genomen in het kader van criteria voor de indeling der tussenpersonen en — uitsluitend forfaitair — voor de kleine eindejaarsristorno. Deze ristorno beperkt de mededinging derhalve geenszins merkbaar.

Wat de *betalingstermijnen* betreft, merkt verzoekster op dat de Commissie in de nrs. 100 en 101 van de beschikking beweert dat de collectieve en uniforme vaststelling van maximum betalingstermijnen ten gevolge heeft dat de mededinging op dit gebied wordt verhinderd.

Dit verwijt kan verzoekster echter niet worden gemaakt. Zij heeft de Commissie immers bij brief van 18 december 1975 verklaard dat „contante betaling in ons bedrijf steeds regel is geweest en . . .wij gaan hiermee autonoom, onafhankelijk van deze Aanbeveling door".

Overigens meent verzoekster dat een regel van onmiddellijke contante betaling, mits door alle fabrikanten toegepast, de mededinging niet beperkt maar integendeel mededingingsverstoringen en discriminaties voorkomt. De mededinging op het niveau van de betalingstermijnen brengt immers wegens de invloed van de belastingbepalingen mededingingsverstoringen ten nadele van de fabrikanten en het traditionele distributienet mee.

De Staat maakt de sigarettenfabrikant tot zijn ontvanger der belastingen en zulks zowel betreffende de verbruiksbelasting op tabaksfabrikaten als met betrekking tot de BTW. De schuld van de tussenpersonen aan de fabrikanten bestaat voor 4/5e uit de vergoeding van een belastingschuld die door de fabrikant is voldaan. Het komt derhalve rechtmatig voor dat de fabrikanten ernaar streven dat de betalingsvoorwaarden worden gehanteerd op een voor de mededinging *neutrale* wijze en dat zij het hun ten laste komende individuele risico trachten te verkleinen.

Ook wat de betalingstermijn betreft strekt de Aanbeveling er niet toe en heeft zij niet ten gevolge dat de mededinging merkbaar wordt beperkt.

In haar verweerschrift merkt de *Commissie* ten aanzien van *de feiten* in de eerste plaats op dat zij in nr. 8 van de beschikking er op heeft gewezen dat „de ondernemingen die lid zijn van FEDETAB ongeveer 95 % van de sigaretten en 75 tot 80 % van de sigaren en cigarillo's die in België worden verkocht, produceren of importeren", terwijl zij reeds in nr. 1 van de beschikking heeft aangegeven dat bijna alle Belgische en Luxemburgse producenten van tabaksfabrikaten zijn aangesloten bij FEDETAB. Deze feiten en cijfers zijn door verzoekers niet betwist.

Vervolgens worden in de beschikking van de Commissie (nrs. 88 tot en met 93 wat betreft de vóór 1 december 1975 getroffen maatregelen en nrs. 102 tot en met 107 wat de Aanbeveling betreft) de rechtsoverwegingen neergelegd op grond waarvan de Commissie meent dat de mededingingsbeperkingen merkbare gevolgen hebben gehad op de mededinging en de handel tussen de Lid-Staten.

In tegenstelling tot wat met name Vander Elst betoogt ontbreekt er op dit punt derhalve geen redengeving.

Over het beroep van verscheidene verzoekers op bepaalde overwegingen van het arrest-*Suiker Unie* (inzonderheid de overwegingen 66, 71 en 72), betoogt de Commissie dat de situatie rechtens op de Belgische markt voor tabaksfabrikaten totaal verschilt van die welke op de Italiaanse suikermarkt bestond (vgl. overwegingen 67 tot en met 69 van het arrest-*Suiker Unie).*

Ten aanzien van het *recht* merkt de Commissie op dat het, anders dan wat Vander Elst beweert, vaste rechtspraak van het Hof is dat voor de beoordeling van de merkbare werking van een overeenkomst, behalve met het werkelijke kader waarin de overeenkomst werd getroffen, ook met de positie van de betrokkenen op de markt rekening moet worden gehouden (arresten in de zaken 56/65, *Technique Minière/Maschinenbau*

Ulm, Jurispr. 1966, blz. 391; 5/69, *Völk/Vervaecke,* Jurispr. 1969, blz. 295; 1/71, *Cadillon/Höss,* Jurispr. 1971, blz. 351; 19/77, *Miller,* Jurispr. 1978, blz. 131, overweging 10).

In casu is de *positie van de betrokkenen* op de markt (vgl. beschikking, nr. 8) zo belangrijk dat hun gedragingen merkbare gevolgen voor de mededinging kunnen hebben.

De Commissie hecht eraan in dit verband op te merken dat de markt van tabaksfabrikaten in België de laatste jaren een sterke neiging tot concentratie heeft gekend, met name doordat de meeste belangrijke Belgische fabrikanten onder de controle van multinationale concerns zijn gekomen. Zo vertegenwoordigen de zeven verzoekers in de onderhavige zaken, die lid zijn van FEDETAB, in feite slechts vier grote concerns, namelijk Rothmans, Philip Morris (Weltab), British American Tobacco (BAT), Seita (Cinta) en de onafhankelijke fabrikant Gosset.

Wat het *werkelijke kader* betreft waarin de overeenkomst werd gesloten, heeft de Commissie in haar beschikking niet de mening geuit dat de Belgische regelingen geen enkele invloed op de mededinging zouden hebben gehad. Zij heeft bij haar beoordeling in de nrs. 83, 88, 93, 105 en 107 integendeel rekening gehouden met deze regelingen. De Commissie heeft evenwel de mening verdedigd dat het feit dat de Belgische Staat de eindverkoper heeft verplicht, zich te houden aan de op het fiscale bandje voorkomende verbruiksprijs, er niet toe kan leiden dat de particuliere regeling die op dit gebied door FEDETAB en haar leden aan de Belgische groothandelaren en detaillisten is opgelegd, niet meer onder de werkingssfeer van artikel 85, lid 1, valt, nu deze regeling inhoudt dat de fabrikanten ten aanzien van de te verlenen voordelen elkaar geen concurrentie aandoen.

De Commissie wijst erop dat zij vervolgens heeft opgemerkt dat artikel 85, lid 1, verbiedt, de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt merkbaar te beperken, wanneer een dergelijke beperking de handel tussen Lid-Staten ongunstig kan beïnvloeden, *zelfs indien deze beperking in de hand zou worden gewerkt* door een nationale wettelijke bepaling. In casu hebben verzoekers echter geenszins bewezen dat de *door hen toegepaste* beperkingen door enige nationale of communautaire regeling in de hand zijn gewerkt.

De Commissie is voorts van mening dat, indien nationale bepalingen met wettelijk of reglementair karakter eventueel tot gevolg hebben dat de mededinging (gedeeltelijk) wordt beperkt, de gevolgen van privaatrechtelijke mededingingsbeperkingen die *zich daaraan komen toevoegen* niet anders kunnen dan nog meer merkbaar te zijn. De redenering in deze zin van nr. 88 van de beschikking heeft geen betrekking op de beperkingen die voortvloeien uit of gedekt worden door de regeling, maar op de bijkomende beperkingen. De voorstelling die Vander Elst geeft van de beoordeling van dit punt in de beschikking is derhalve onjuist.

Ook het argument van Vander Elst dat de beoordeling van dit punt in de beschikking „onverenigbaar is met het juridisch begrip concern" kan niet worden aanvaard. Een dergelijk argument, waarmee de economische of fiscale controle van de Staat op één lijn wordt gesteld met de controle die een moedermaatschappij over haar dochtermaatschappij uitoefent in de zin van 's Hofs definitie in zijn *Centrafarm*-arresten, is immers ontoelaatbaar.

De door verzoekers genomen maatregelen, met name de verschillende maatregelen van de Aanbeveling, maken deel uit van een door verzoekers opgebouwd distributiestelsel dat in de artikelen 1 en 2 van de beschikking terecht als een inbreuk op artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag wordt beschouwd. Daarom moet van het geheel der (inzonderheid met de Aanbeveling getroffen) maatregelen, en niet — anders dan sommige verzoekers betogen — *afzonderlijk* van één of enkele dezer maatregelen worden nagegaan, of zij de mededinging merkbaar hebben beïnvloed.

FEDETAB merkt in repliek op dat men over het hoofdpunt van de mededingingsbeperking vanaf de aanvang van de zaak langs elkaar heen praat. Dit heeft Van Gerven in zijn verklaring tot besluit van de tweede hoorzitting als volgt onder woorden gebracht: „Volgens de Commissie is, nu de overblijvende mededinging beperkt is, elke bijkomende beperking zijdens de fabrikanten te meer van belang. De fabrikanten nemen daarentegen het volgende standpunt in: daar de mededinging door het ingrijpen van de autoriteiten reeds in zeer grote mate is uitgesloten, zal elke beperking van de zijde der fabrikanten onvermijdelijk weinig merkbaar zijn" (proces-verbaal van 22 september 1976, zaak IV/29.149, blz. 139). Deze kernvraag houdt partijen nog steeds verdeeld.

De Commissie meent, deze vraag te kunnen beantwoorden in de zin van een veroordeling van de overeenkomsten en de Aanbeveling onder verwijzing naar een abstracte opvatting van het mededingingsbegrip, dat wordt opgevat als een theoretisch model van volledige concurrentie, ongeacht de marktsituatie, waarbij uit het oog wordt verloren dat het Verdrag is gericht op bescherming van de „workable competition".

Zo noemt de Commissie de percentages van de sigarettenverkoop in België. Verzoekster bestrijdt deze cijfers niet, maar alleen de relevantie ervan. Het gaat namelijk niet om het marktaandeel, maar om de ruimte die door de fiscale en andere wettelijke regelingen aan de vrije mededinging wordt gelaten.

De Commissie houdt vast aan haar onjuiste toepassing van artikel 85, lid 1, ondanks de door het Hof in de zaak-*Suiker Unie* gegeven uitlegging, die in casu nu juist als leidraad moet dienen. Weliswaar zijn de regelingen in de beide zaken klaarblijkelijk verschillend, doch het is een feit dat de wettelijke regeling in beide gevallen dermate dwingend is dat de marktdeelnemers hun vrijheid van handelen zo zeer hebben verloren dat de door hen ondernomen stappen geen merkbare werking meer hebben op de *prijsontwikkeling* op deze markt. Daarentegen is op de Belgische markt van tabaksfabrikaten de mededinging tussen de fabrikanten uiterst levendig gebleven op het niveau van de winkels, de samenstelling van de sigarettenverpakkingen, de reclame, de keuze van de beste plaats in de verkooprayons en de kwaliteit van het produkt.

Wat betreft de door de Commissie genoemde „neiging tot concentratie" van de Belgische tabaksindustrie merkt verzoekster op dat deze industrie wordt gekenmerkt door de aanwezigheid van 124 fabrikanten.

Vander Elst betoogt dat de Commissie in haar verweerschrift de vraag ontweek of *een te hoog multiplicator-effect* de mede-

dinging vervalst, omdat het de verhouding tussen de kosten van de marktdeelnemers en de marktprijs verstoort.

Zij merkt voorts op dat de *vaststelling van de DHP door de fabrikant of importeur*, of het nu gaat om een maximumprijs als voorzien in artikel 5, lid 1, eerste zin, van richtlijn nr. 72/464 of om een opgelegde DHP zoals voorzien in de tweede zin van dit lid, een ingreep van de Staat in de mededinging vormt. Deze vaststelling is veeleer een fiscale noodzaak dan een regeling die beantwoordt aan de eisen van een vrije mededinging en een vrije prijsvorming.

Ook de *minimum-accijns* is een ingreep in de mededinging. Hij beschermt namelijk de fiscaal meest lucratieve — duurste — prijsklassen tegen het multiplicator-effect van de voor de fiscus minder winstgevende — goedkopere — prijsklassen.

Verzoekster bekritiseert vervolgens de door haar met *„onder-banderolleren"* aangeduide *praktijk*, die de Commissie goedkeurt als een met het communautaire mededingingsrecht overeenstemmend middel, dat in de plaats kan treden van de door de Aanbeveling ontstane situatie. Deze praktijk houdt in dat de prijs niet alleen wordt verlaagd met het bedrag waarvan de handel (de fabrikant) wil afzien, maar ook met de fiscale invloed van dit bedrag (of, wanneer de fabrikant daarvan afziet, met de invloed op de handelsmarge). Het is echter duidelijk dat de Belgische Staat evenmin als de andere Lid-Staten zou instemmen met een dergelijke formule waarmee belangrijke belastinginkomsten verloren gaan. Het nationale recht en de gemeenschapsrichtlijnen geven hem daarin gelijk.

De belastinggrondslag is nergens de prijs die op het fiscale bandje staat vermeld. Naar Belgisch recht is het de DHP die de *gebruikelijke* kosten omvat (artikel 7 van de tabaksverordening van 1948) en volgens artikel 4, lid 1, van richtlijn nr. 72/464 is het zelfs de *maximum* detailhandelsprijs. Het lijdt nauwelijks twijfel dat een formule waarin een fabrikant in staat wordt gesteld voor eenzelfde produkt een willekeurig aantal „maximum prijzen" vast te stellen met behulp van een willekeurig aantal verschillende fiscale bandjes, niets meer uit te staan heeft met een belastingheffing op de *maximum*prijs. Dit zou geen belastingheffing naar *maximumprijs* meer zijn maar naar de *effectieve verbruiksprijs*. Dit is echter niet wat de richtlijn voorschrijft. Artikel 5, lid 1, van de richtlijn dient ertoe, te *waarborgen* dat belasting wordt geheven op één enkele maximumprijs overeenkomstig artikel 4, lid 1. Indien namelijk *alleen* de accijnsplichtige „voor elk van zijn produkten de *maximum* detailhandelsprijzen bepaalt", dan waarborgt dit de *eenheid* van de maximumprijs voor elk produkt van een bepaalde belastingplichtige.

Volgens het door de Gemeenschap ingevoerde stelsel van maximum prijzen zou het gevolg van onder-banderollering zijn, dat de Staat het verschil ten opzichte van de op de maximumprijs verschuldigde belasting zou mogen innen bij de belastingplichtige, de fabrikant. Hieruit vloeit voort hetzij dat de fabrikant wordt belast over een hogere prijs dan de verbruiksprijs, hetzij dat de verbruiker wordt belast tegen een hoger dan het wettelijk tarief. Wanneer zoals in België de fabrikant met de koop van het fiscale bandje ook de BTW moet voldoen, is deze regeling bovendien in strijd met het communautaire recht inzake de BTW, hetwelk slechts toestaat, belasting te heffen over de effectieve verbruiksprijs.

De Commissie miskent volgens verzoekster evenwel vooral de invloed die de belastingregelingen op de mededinging uitoefenen. Deze invloed is zodanig dat er wat betreft de distributievoorwaarden van de fabrikanten en handelaren geen „normale" marktvoorwaarden heersen,

maar vervalste, met het Verdrag strijdige, mededingingsvoorwaarden en dat de Aanbeveling onder deze omstandigheden geen merkbare invloed op de mededinging uitoefent.

Verzoekster geeft aan de hand van cijfers een analyse van de invloed die van de belastingregelingen op de mededinging uitgaat. Op grond van deze analyse concludeert zij dat de door de belastingregelingen veroorzaakte verstorende en beperkende gevolgen voor de mededinging over het geheel genomen als volgt kunnen worden samengevat:

De *multiplicator,* afzonderlijk bezien,

— verveelvoudigt elk kostenelement van de fabrikanten en handelaren op het niveau van de DHP ten gunste van de Staat;

— verruimt het gamma van DHP's veel meer dan overeenkomt met de concurrentie-inspanningen van de fabrikanten en handelaren;

— leidt tot prijsverschillen tussen de uiteenlopende distributievormen, die geen verband houden met de verschillen in prestaties bij de distributie;

— begunstigt de reeds kapitaalkrachtige en goed concurrerende distributievormen die een beperkte service bieden en benadeelt de op het vlak van mededinging en kapitaal zwakkere traditionele handel, die een uitgebreide service biedt;

— voert het beginsel van op prestaties gerichte mededinging ten gunste van de Staat ad absurdum;

— drijft de distributiekosten per eenheid voor de kleine merken tot een prohibitieve hoogte op.

De minimum accijns

— beperkt beneden de meest verkochte prijsklasse snel het mogelijke gamma van DHP's, door het multiplicatoreffect „naar beneden" onmogelijk te maken.

De belasting van de maximumprijs, dat wil zeggen het verbod van onder-banderollering

— belet de fabrikanten, importeurs en handelaren, verschillende DHP's per produkt toe te passen.

De vaste prijs en de multiplicator

— staan in de weg aan de individuele regeling van de vergoeding voor prestaties van de handel alsmede aan de vaststelling van verschillende DHP's door de handel.

De prijscontrole

— leidt ertoe dat de fabrikanten, de handelaren en de Staat bij elke prijswijziging onderhandelen over ieders aandeel in de eindprijs;

— belemmert de individuele vergoeding van prestaties en de individuele prijsbepaling boven een relatief laag getrokken grens.

De regelingen als geheel

— maken de markt uitzonderlijk transparant.

Verzoekster is van mening dat het op de EEG-richtlijnen gebaseerde belastingstelsel voor sigaretten, zoals dit in België bestaat, wegens de werking ervan in strijd is met de Verdrags- en rechtsbeginselen, met name met

— het beginsel van gelijke belasting voor gelijke produkten,

— het gebod van een niet vervalste mededinging,

— het gebod van de mogelijkheid van parallelimporten,

— het gebod van een op prestaties gebaseerde mededinging, en

— het zelfstandigheidspostulaat van artikel 85.

Ook de in het gemeenschapsrecht voorziene belastinggrondslag op basis van een fictieve maximumprijs (in plaats van, zoals thans, op basis van een vaste prijs) is in strijd met de Verdrags- of rechtsbeginselen, namelijk het beginsel van gelijke belasting voor gelijke produkten en het beginsel van betaling van een verbruiksbelasting door de consument en niet door de fabrikant.

Verzoekster beroept zich op de ook door Jubilé voorgedragen stelling dat de verschillende belastingregelingen *maatregelen uitlokken* die de verstoring van de verschillen in distributiekosten op het niveau van de DHP corrigeren. *De Aanbeveling is een dergelijke maatregel.*

Bovendien heeft de Aanbeveling geen merkbare mededingingsbeperkende gevolgen, omdat:

— zij niet verbindend is;

— de handel ermee heeft ingestemd (met uitzondering van ondernemingen als GB);

— zij over het geheel genomen niet, zoals de in artikel 85, lid 1, verboden kartels ten gevolge heeft „dat belanghebbenden in staat worden gesteld ongerechtvaardigde prijzen te berekenen" (arrest-*Suiker Unie*, Jurispr. 1975, blz. 1663, overweging 70) maar veeleer dat aan de verbruiker geen ongerechtvaardigde prijzen worden opgelegd.

De beoordeling van het vraagstuk van de merkbaarheid door de Commissie is met name onjuist omdat zij berust op de stelling dat, wanneer een regeling van de Staat eventueel tot een beperking van de mededinging leidt, de bijkomende privaatrechtelijke beperkingen *bijgevolg des te merkbaarder zijn.*

Enerzijds is deze stelling onjuist omdat zij niet overeenkomt met het begrip werkzame mededinging volgens hetwelk het voor de toepassing van de mededingingsvoorschriften van belang is of er een werkzame mededinging is, hetgeen ook wil zeggen een *onvervalste mededinging.*

Anderzijds is deze stelling onjuist wanneer de belastingvoorschriften de mededinging *uitsluitend met het doel om de inkomsten van de Staat zo hoog mogelijk op te voeren,* vervalsen.

In dupliek verwijst de *Commissie* met betrekking tot *de werkelijke invloed die de door verzoekers genoemde nationale en communautaire regelingen op de mededinging konden hebben* naar haar opmerkingen hierover in haar verweerschrift en voegt er naar aanleiding van de replieken de volgende algemene opmerkingen aan toe:

1. De Belgische fiscale regeling en het multiplicator-effect

De Commissie wijst er met name op dat verzoekers in hun replieken hun bewering dat het *multiplicator-effect* de economische elementen van de DHP op een bepaald niveau „bevriest" en schommelingen ervan belemmert, niet meer staande houden. Zij neemt tevens akte van het feit dat verzoekers ook niet meer bestrijden dat het bewuste belastingstelsel de fabrikanten of importeurs niet belet, bij de keuze van de DHP voor hun produkten met elkaar te concurreren.

Onder verwijzing naar de verklaringen van Jubilé (in haar verzoekschrift) en van BAT (in haar repliek) merkt de Commissie op dat deze verzoeksters hebben toegegeven dat de groothandelaren met elkaar kunnen concurreren door hogere of lagere winstmarges te accepteren. Zij

wijst er voorts op dat verzoeksters niet hebben staande gehouden dat de mededinging op andere gebieden dan die der prijzen en winstmarges werd beperkt.

Ten aanzien van *artikel 58 van het Belgisch Wetboek inzake de BTW* beweert de Commissie, de Belgische regering in het kader van artikel 169 te hebben aangemaand, hierover opmerkingen te maken. De Commissie acht deze bepaling namelijk in strijd met de artikelen 30 tot en met 36 van het Verdrag.

De Commissie wenst echter te beklemtonen dat de fabrikanten of importeurs weliswaar de handelsmarges van de handelaren in aanmerking moeten nemen wanneer zij de DHP vooraf vastleggen, maar dat de noodzaak om de DHP tevoren vast te stellen niet uitsluit dat de aan de handelaren verleende marges individueel kunnen schommelen en dat de fabrikanten of importeurs daarmee slechts globaal rekening behoeven te houden.

Ten aanzien van de *Belgische belastingpolitiek* betoogt de Commissie dat de Belgische Staat weliswaar is overgegaan tot dergelijke verhogingen van het tarief der fiscale lasten, doch dat daaruit niet voortvloeit dat deze verhogingen ten gevolge hebben dat de economische elementen van de DHP — waarop de fiscale lasten drukken — niet meer kunnen schommelen. Het bewijs dat de Belgische Staat ondanks de verhoging van de fiscale lasten grote vrijheid laat aan de mededinging wordt geleverd door het feit dat hij de ondernemingen een scala van met verschillende DHP's overeenkomende fiscale bandjes ter beschikking stelt (dupliek, bijlage 13), zodat de ondernemingen ervoor kunnen zorgen dat de schommelingen in de economische elementen van de DHP waartoe hun concurrentie-inspanningen zouden kunnen leiden, in de keuze van de DHP tot uitdrukking komen.

De Commissie komt tot de *conclusie* dat verzoekers niet hebben aangetoond, in hoeverre de Belgische fiscale regeling de onderlinge afstemming *tussen fabrikanten* betreffende de aan de handelaren te verlenen voordelen noodzakelijk maakt. Verzoekers hebben evenmin bewezen dat deze regeling aan de onderlinge afstemming *die zij* met het oog op deze voordelen *betrachten* elke merkbare werking ontneemt.

2. De fiscale harmonisatie in de Gemeenschap

De Commissie merkt op dat de op de artikelen 99 en 100 EEG-Verdrag gebaseerde richtlijnen nrs. 72/464 en 77/805 ten doel hebben, de mededingingsverstoringen die als gevolg van de uiteenlopende fiscale regelingen op dit gebied zouden kunnen bestaan, weg te nemen voor zover de totstandbrenging en de werking van de gemeenschappelijke markt zulks vereisen. In de richtlijnen wordt echter niet als zodanig vastgesteld dat deze verschillen geëigend waren of zijn om elke concurrentie, of de concurrentie die de verschillende op de Belgische markt werkzame fabrikanten/importeurs elkaar kunnen aandoen op het gebied der aan de handelaren te verlenen voordelen, uit te sluiten.

De Commissie houdt staande dat de bepalingen van deze richtlijnen die de Lid-Staten toestaan een minimum accijns te heffen die niet hoger mag zijn dan 90 % van het gezamenlijke bedrag van de evenredige en de specifieke accijns dat zij heffen op de sigaretten van de meest gevraagde prijsklasse, de mededinging niet uitsluiten, aangezien de met verschillende DHP's overeenkomende fiscale bandjes steeds een aantal bandjes zullen bevatten die overeenkomen met DHP's die lager zijn dan die van de sigaretten

van de meest gevraagde prijsklasse (in België de zogenaamde „populaire" sigaret).

In elk geval kunnen deze bepalingen niet aantonen dat de onderlinge afstemming die verzoekers op het gebied van de aan de handelaren te verlenen voordelen hebben betracht, geen merkbare werking kon hebben.

3. De verplichting tot aanmelding van prijsverhogingen in België

De Commissie bestrijdt met name de bewering van FEDETAB dat de Commissie de economische realiteit zou hebben miskend, nu de marktdeelnemers volgens FEDETAB te geringe marges tot hun beschikking hebben om een ander prijsbeleid te kunnen volgen.

Hoewel FEDETAB beweert, bewijzen hiervoor aan de Commissie te hebben overgelegd, blijft de Commissie bij haar opvatting dat FEDETAB nooit heeft bewezen dat haar leden hun produkten onmogelijk konden verkopen tegen prijzen die onder de bij het Ministerie van Economische Zaken aangemelde DHP's lagen, of dat zij hiervoor over te geringe marges beschikken.

Het bestaan van een tabel van fiscale bandjes die overeenkomt met een heel scala van verschillende DHP's suggereert daarentegen dat ook de Belgische autoriteiten van het tegendeel overtuigd zijn, omdat zij schommelingen van de DHP's in het kader van dit scala van met verschillende DHP's overeenkomende fiscale bandjes mogelijk maken.

4. Opmerkingen met betrekking tot de (met name fiscale) regelingen in hun geheel

De Commissie betwist de conclusie van *Vander Elst* en *Jubilé* dat de bepalingen van de Aanbeveling noodzakelijk zijn geworden door het bestaan van deze fiscale regelingen en dat deze bepalingen bovendien ten gevolge hadden dat de uit deze regelingen voortvloeiende mededingingsverstoringen werden beperkt.

Deze bewering kan niet worden aanvaard. Het bestaan van een mededingingsverstoring kan in geen geval rechtvaardigen dat de marktdeelnemers daaraan door privaatrechtelijke maatregelen nog een bijkomende mededingingsbeperking toevoegen. De tekst van artikel 85, lid 1, geeft duidelijk aan dat deze bepaling van toepassing is op alle situaties waarin de mededinging wordt vervalst of merkbaar wordt beperkt door onderling afgestemde gedragingen van marktdeelnemers en niet alleen op de situatie waarin vaststaat dat de mededinging op generlei wijze wordt beperkt of vervalst door de regelingen van de Lid-Staten, met name op fiscaal gebied.

Een aan deze regelingen toe te schrijven beperking kan derhalve nimmer een *bijkomende* beperking van de ondernemingen rechtvaardigen. Dit volgt trouwens ook uit het feit dat het Hof in overweging 34 van het arrest-*INNO/ATAB* heeft uitgemaakt dat artikel 86 het misbruik maken van een machtspositie door één of meer ondernemingen verbiedt, *zelfs al zou een dergelijk misbruik door een nationale wettelijke bepaling in de hand worden gewerkt.* Zoals uit overweging 83 van de beschikking blijkt is de Commissie van mening dat een dergelijke redenering ook opgaat voor artikel 85.

De Commissie besluit haar dupliek ten aanzien van de *feiten* met de overlegging van een aantal *tabellen betreffende de Belgische markt van tabaksfabrikaten.*

Ten aanzien van het *recht* wijst de Commissie er op dat het Hof herhaaldelijk (met name in zijn arrest-*Metro)* heeft aangegeven dat de mededinging, die artikel 3, sub f, van het Verdrag wil beschermen, de werkzame mededinging is („workable competition"). De Commissie houdt staande dat zij in haar beschikking op de juiste wijze met deze eis rekening heeft gehouden.

Enerzijds bewijzen de door de klagers GB alsmede Mestdagh en Huyghebaert ondernomen stappen op zichzelf dat een werkzame mededinging in deze sector mogelijk blijft. Zou anderzijds vaststaan dat de regelingen de mogelijkheden van een werkzame mededinging reeds hadden uitgesloten — hetgeen de Commissie ontkent — dan valt niet in te zien waarom verzoekers zo verbeten vasthouden aan hun onderlinge afstemming en er zo op gebrand zijn de onder de Aanbeveling vallende gebieden door privaatrechtelijke maatregelen te regelen.

Het valt daarentegen gemakkelijk te begrijpen dat verzoekers, die de verzekering hadden dat het binnen hun kleine groep van tot de FEDETAB behorende fabrikanten niet tot een concurrentiestrijd over hun fabrikanten- respectievelijk importeurssaandeel zou komen, de mogelijke concurrentie betreffende het andere economische element van de DHP (de handelsmarges) wilden „bevriezen", hetgeen uiteraard niet in goede aarde valt bij de handelaren (zoals GB of Mestdagh en Huyghebaert) die ontegenzeglijk actiever zijn dan talrijke groothandelaren en detaillisten.

Hier liggen de mogelijkheden van een werkzame mededinging en juist hier hebben verzoekers deze door hun onderlinge afstemming zozeer uitgeschakeld dat de secretearis van FEDETAB tijdens de hoorzitting van 22 oktober 1975 kon verklaren dat hij „deze industrietak had beheerd" (bijlage 2 bij het verweerschrift, blz. 48).

Dertiende middel: schending van de artikelen 85, lid 1, en 190, EEG-Verdrag, doordat de Commissie in haar beschikking ten onrechte heeft geconcludeerd dat de verschillende vóór de inwerkingtreding van de Aanbeveling getroffen maatregelen alsmede de Aanbeveling zelf al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel invloed kunnen uitoefenen op de handelsstromen tussen Lid-Staten, of deze merkbaar ongunstig hebben beïnvloed

Dit middel wordt afzonderlijk door verzoeksters *HVL, BAT, Jubilé* en *Vander Elst* voorgedragen.

Enkele verzoekers, met name *FEDETAB,* betogen tot staving van het twaalfde middel bovendien dat de Commissie niet afdoende heeft geantwoord op de argumenten van verzoekers betreffende de merkbaarheid van de invloed op het handelsverkeer.

Verzoekster *BAT* merkt met name op dat de beperkingen van de handel tussen Lid-Staten voortvloeien uit de geldende wetgeving en niet uit de door FEDETAB en haar leden ondernomen stappen (vgl. arrest-*INNO/ATAB* en de conclusie van advocaat-generaal Reischl, die tot de slotsom kwam dat de afzonderlijke elementen van het Belgische belastingstelsel van dien aard waren dat artikel 58 van het Wetboek inzake de BTW de handel tussen Lid-Staten niet ongunstig kon beïnvloeden).

Dit geldt temeer voor de overeenkomsten, feitelijke gedragingen of besluiten van ondernemersverenigingen die het voorwerp van het onderhavige beroep vormen.

Wegens de problemen voor de handel tussen Lid-Staten door het op tabaksfabrikaten toegepaste belastingstelsel, is de parallelimport van deze produkten bovendien daadwerkelijk uitgesloten.

FEDETAB heeft de maatregelen slechts getroffen of aanbevolen teneinde te overleven bij een steeds zwaarder drukkende belasting en om een bestaansminimum te waarborgen dat voor het overleven van deze industriesectoren noodzakelijk is. Het waren derhalve niet deze maatregelen die de handel tussen Lid-Staten merkbaar hebben beïnvloed; de Commissie heeft met het nemen van haar beschikking van 20 juli 1978 bijgevolg een voor verzoekster schadelijke fout begaan, zodat de beschikking moet worden nietigverklaard.

Jubilé betwist met name de juistheid van de bewering van de Commissie (beschikking nr. 107) dat de Aanbeveling inbreuk maakt op de mogelijkheid, bij voorbeeld voor grote distributiebedrijven, om parallelle invoerstromen tot stand te brengen. Aangezien de Aanbeveling hoe dan ook slechts de betrekkingen van de Belgische fabrikanten met hun directe afnemers betreft (op het niveau van de groothandel of de kleinhandel) laat zij een dergelijk systeem van parallelle importen op het niveau van de detailhandel volledig intakt.

Het is evenmin juist dat de Aanbeveling in de vorm van een eindejaarsristorno een kunstmatige concurrentiesituatie en een extra hindernis in het leven roept waardoor *de toegang tot de markt* voor nieuwkomers moeilijker wordt. de verplichting om het merk overal verkrijgbaar te stellen (de zogenaamde „ubiquiteit van het merk") heeft tot gevolg dat de nieuwkomer er wegens de korting in de regel van afziet, een eigen invoerstelsel op te bouwen. De van een clausule betreffende de onafhankelijke fabrikanten voorziene ristorno vormt derhalve een *aansporing om de kosten te verlagen* door de reeds bestaande afzetorganisaties te benutten.

Volgens *Vander Elst* is de redengeving van de beschikking (nrs. 106 en 107) in verscheidene opzichten ontoereikend, met name betreffende de vraag of de Aanbeveling die beperkt is tot het grondgebied van België de handel tussen Lid-Staten ongunstig beïnvloedt. Er moet een onderzoek worden ingesteld naar „de economische samenhang waarin [zij] haar plaats vindt" (arrest-*Papiers Peints*, Jurispr. 1975, blz. 1491, overwging 27), mede gelet op de belemmeringen die uit de aard van het betrokken fiscale stelsel kunnen voortvloeien (vgl. arrest-*INNO/ATAB).* De Commissie heeft niet naar behoren kennis genomen van deze belemmeringen.

De Commissie heeft niet overtuigend uiteengezet dat de Aanbeveling geëigend is de invoer te belemmeren (van een invloed op de uitvoer wordt niet gesproken). Een bewijs hiervoor is echter onontbeerlijk (vgl. arrest-*Miller*, zaak 19/77, Jurispr. 1978, blz. 131, overweging 15).

De bijzondere wijze van berekening en heffing van belasting op het verbruik van sigaretten vormt in de huidige fase van harmonisatie van het gemeenschapsrecht een fundamentele belemmering voor de intracommunautaire handel. Daarom heeft het Hof vastgesteld dat vanwege de noodzaak om aan controlevereisten te voldoen, de in- en uitvoer van tabaksfabrikaten aan onontkoombare belemmeringen is onderworpen en de intracommunautaire handel in deze produkten aanzienlijke middelen en een gespecialiseerde kennis vergt (arrest-*INNO/ATAB*, overwegingen 15 en 16).

Afgezien van het (door de Commissie niet genoemde) geval dat een buitenlandse fabrikant *naast* het reeds bestaande distributienet een nieuw eigen net opbouwt is de enige mogelijkheid dat een der Belgische gespecialiseerde groothandelaren, gespecialiseerde detaillisten of supermarkten als importeur optreedt. Voor zover een van deze marktdeelnemers ook door hemzelf ingevoerde produkten verkoopt, geniet hij dezelfde vrijheid van handelen — binnen de door de Staat vastgestelde grenzen — als wanneer de Aanbeveling niet bestond.

Tenslotte heeft de Commissie vastgesteld dat het feit dat de leden van FEDETAB als fabrikant importen verrichten, de handel tussen Lid-Staten ongunstig beïnvloedt. In de sigarettensector is het echter de belasting, die tengevolge heeft dat de in- en uitvoer op het niveau van de verhandeling moeilijker wordt en dat de in- en uitvoer die door fabrikanten wordt verricht, kunstmatig in een natuurlijke handelsstroom wordt omgezet.

De *Commissie* wijst er in haar verweerschrift op dat verzoekers *de feiten* en cijfers betreffende de import van tabaksfabrikaten in België (beschikking, nr. 8 e.v.) niet hebben betwist. De met name in de nrs. 91 tot 93 alsmede 106 en 107 van de beschikking vervatte beoordeling van het handelsverkeer berust op en verwijst naar deze feiten. Bovendien vermeldt de beschikking duidelijk en uitdrukkelijk de redenering van de Commissie op dit punt.

Ten aanzien van *het recht* meent de Commissie, dat zij niet gehouden is de verwerping van alle tijdens de administratieve procedure voorgedragen middelen te motiveren, wanneer haar beschikking naar behoren met redenen is omkleed.

In de beschikking van de Commissie (nrs. 16 tot en met 18, alsmede 93 en 106) worden voorts de opmerkingen van het Hof in de 15e overweging van zijn arrest-*INNO/ATAB* overgenomen. De Commissie heeft derhalve niet ontkend dat de groothandelaren of detaillisten wegens de geldende belastingvoorschriften praktische moeilijkheden ondervinden bij de zogenaamde parallelimporten.

De hierbedoelde invloed op het handelsverkeer doet zich niet voornamelijk voor op het niveau van de rechtstreekse importen door de handelaren (die door de fiscale regelingen technisch reeds moeilijk gemaakt worden) maar meer op het niveau van de handelsstromen die tot stand zijn gebracht door de fabrikanten en importeurs, welke deze moeilijkheden gemakkelijk kunnen overwinnen.

Het ligt voor de hand dat de afzetvoorwaarden waaraan de door verzoekers in België verkochte produkten zijn onderworpen (waaronder de produkten die zij voordien uit andere Lid-Staten hebben ingevoerd) indirect invloed kunnen uitoefenen op deze handelsstromen en met name op het volume van de aldus door de fabrikanten en importeurs ingevoerde produkten.

Het aandeel van uit andere Lid-Staten in België ingevoerde tabaksprodukten is echter geenszins te verwaarlozen en de ondernemingen van verzoekers zijn zo groot dat hun gedrag in beginsel de handel ongunstig kan beïnvloeden, zoals dit in het arrest-*Miller* wordt geëist.

Jubilé bestrijdt in repliek met name dat de maatregelen van de Aanbeveling een indirecte invloed op het volume van de door de fabrikanten verrichte sigarettenimporten kunnen uitoefenen. Zelfs indien dit zo was, doet zich de vraag voor of dit indirecte of potentiële gevolg de vrije

handel tussen de Lid-Staten „op zodanige wijze kan beïnvloeden, dat de verwerkelijking van de doelstelling van de gemeenschappelijke markt wordt geschaad" (arrest van het Hof in de gevoegde zaken 56 en 58/64, *Consten* en *Grundig/Commissie*, Jurispr. 1966, blz. 499, 515).

Verzoekster is van mening dat de maatregelen van de Aanbeveling in de onderhavige omstandigheden de enig mogelijke importhandel op het niveau van de fabrikanten *niet op schadelijke wijze* kunnen wijzigen, ofwel de handel ongunstig kunnen beïnvloeden.

Vander Elst merkt met name op dat de handel tussen Lid-Staten niet alleen reeds door de marktpositie van de fabrikanten ongunstig wordt beïnvloed, aangezien de Aanbeveling enkel wegens de *gevolgen van de verschillen in belasting* op tabaksfabrikaten in de Lid-Staten een *louter nationale situatie* regelt.

De Aanbeveling *als zodanig* oefent op de verwezenlijking van de doelstelling van één enkele markt voor sigaretten evenmin enige nadelige invloed uit die verder gaat dan de fiscale belemmeringen. Zij is zelf een gevolg van deze belastingen.

Deze laatste stelling wordt ook voorgedragen door *FEDETAB* die toegeeft dat verzoekers praktisch de enige importeurs van sigaretten in België zijn. Deze sigaretten worden immers voor het overgrote deel geproduceerd door grote bedrijven die dikwijls tot dezelfde multinationale concerns behoren als verzoekers. Het is derhalve logisch dat de importen via de kanalen van de aangesloten bedrijven worden afgewikkeld, hetgeen het geval is met veruit de meeste van de betrokken produkten.

De voorwaarden voor de verhandeling in België via de gespecialiseerde handel, de Horeca-sector of de grote distributiebedrijven spelen eerst *na* de invoer een rol en oefenen geen enkele invloed uit op de natuurlijke handelsstromen tussen de Lid-Staten, aangezien een fiscaal bandje is vereist.

Men dient het er derhalve voor te houden dat er geen invloed, althans geen merkbare invloed, op de handel tussen Lid-Staten bestaat.

De *Commissie* betoogt in dupliek met name, dat de gedragingen van verzoekers, die meer dan 95 % van de totale produktie en invoer van sigaretten in België beheersen, noodzakelijkerwijze geëigend zijn, het handelsverkeer in deze produkten tussen België en de andere Lid-Staten ongunstig te beïnvloeden (afgezien van de handel met het Groothertogdom Luxemburg die op grond van het met België gemeenschappelijk belastingstelsel volledig vrij is).

De Commissie beroept zich op 's Hofs rechtspraak, met name het arrest-*Völk/Vervaecke*, overweging 5 (Jurispr. 1969, blz. 295) ter bestrijding van de stelling van FEDETAB dat de verhandelingsvoorwaarden in België, die eerst na de invoer een rol spelen, geen enkele invloed op de natuurlijke handelsstromen tussen de Lid-Staten uitoefenen, aangezien het fiscale bandje is vereist.

Volgens de Commissie ligt het voor de hand dat de afzetvoorwaarden waaraan de door verzoekers in België verkochte produkten zijn onderworpen (waaronder de produkten die zij voordien uit andere Lid-Staten hebben ingevoerd) indirect invloed kunnen uitoefenen op deze handelsstromen en met name op het volume van de aldus door de fabrikanten en importeurs ingevoerde produkten.

Het is immers begrijpelijk dat een onderlinge afstemming van verzoeksters over de aan de handelaren, via welke zij hun produkten verkopen, te verlenen financiële voordelen, tot gevolg heeft dat er afzetvoorwaarden ontstaan die niet voortvloeien uit een vrije mededinging en met name resulteren in een bepaald bezoldigingsniveau van deze tussenhandelaren dat niet alleen in aanmerking moet

worden genomen door de andere ondernemingen die deze produkten in België importeren (namelijk bij de vaststelling van hun prijzen bij de verkoop van deze ingevoerde produkten aan de handelaren), maar dat ook tot gevolg zou hebben dat importen door verzoekers zelf worden mogelijk gemaakt of verhinderd, die verzoekers al naargelang van het geval al dan niet hadden kunnen verrichten indien zij geen afstemming hadden bereikt over de aan de handelaren te verlenen geldelijke voordelen. FEDETAB ziet hier over het hoofd dat het Hof in het arrest-*Miller* (Jurispr. 1978, blz. 131, overweging 15) heeft overwogen:

„dat artikel 85, lid 1, van het Verdrag met het verbod van overeenkomsten welke de handel tussen Lid-Staten ongunstig kunnen beïnvloeden en welke ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging wordt beperkt, niet het bewijs verlangt dat dergelijke overeenkomsten dit handelsverkeer inderdaad merkbaar hebben beïnvloed, welk bewijs trouwens in de meeste gevallen slechts moeilijk rechtens genoegzaam zou kunnen worden geleverd, doch veeleer het bewijs dat deze overeenkomsten een dergelijk gevolg kunnen hebben."

De Commissie is te dezen van mening dat dit in haar beschikking in elk geval duidelijk is bewezen.

E — Samenvatting van enkele opmerkingen van interveniënten naar aanleiding van de middelen betreffende artikel 85, lid 1; antwoorden van partijen zelf

1. *Interveniënte ATAB* stelt, dat zij de middelen van verzoekers ondersteunt, die er inzonderheid toe strekken, de Aanbeveling van het toepassingsgebied van artikel 85, lid 1, uit te sluiten, en met name de middelen waarin wordt aangetoond dat de Commissie met veronachtzaming van de rechtspraak van het Hof en naar het schijnt terugkomend van haar eigen beschikkingenpraktijk, er geen rekening meer mee houdt dat een selectief distributiestelsel het mogelijk maakt *de verkoop* van een produkt *te vergemakkelijken* alsmede *een onafgebroken bevoorrading te verzekeren,* en vaak voor *kleine en middelgrote ondernemingen* het enige middel vormt *om het hoofd te bieden aan de concurrentie op de markt.* In casu wordt immers aangetoond hoezeer deze laatsten behoefte hebben aan gespecialiseerde groothandelaren die bij de bevoorrading van de detaillisten prestaties leveren met de daaraan verbonden exploitatiekosten, die door de niet-gespecialiseerde groothandelaren niet worden geleverd.

De *Commissie* antwoordt in haar opmerkingen bereffende de memorie van ATAB met name dat het door verzoeksters toegepaste systeem niet beantwoordt aan wat gemeenlijk wordt aangeduid met de term „selectief distributiestelsel". Voorts valt het argument betreffende de voordelen van dit stelsel onder de beoordeling van de Aanbeveling in het licht van artikel 85, lid 3.

2. *Interveniënte AGROTAB* beklemtoont ten aanzien van de *feiten* de economische macht van de grootwinkelbedrijven en de levensmiddelendistributiebedrijven. Deze ondernemingen ontvangen zowel de winstmarges van de groothandelaren als die van de detaillisten omdat zij en gros aankopen en en detail doorverkopen, zodat hun globale verkoopmarge veel hoger ligt dan die der detaillisten, welke op haar beurt die der groothandelaren verre overtreft. De gespecialiseerde groothandelaren garanderen hun afnemers echter een uitgebreid serviceprogramma (bevoorrading van 80 000 verkooppunten; een voorraad met een uitgebreid assortiment; regelmatige bezoeken aan de afnemers), terwijl de

grootwinkelbedrijven zich beperken tot de verkoop in hun eigen vestiging van een zeer beperkt asssortiment produkten.

Bij toepassing van de Aanbeveling belopen de verkoopmarges thans:

— 9,27 % voor de grootwarenhuizen;

— 8,36 % voor de levensmiddelendistributiebedrijven;

— 7,50 % voor de erkende detaillisten;

— 6,50 % voor de detailhandelszaken;

— 2,50 % voor de groothandelaren.

Indien men zich niet meer zou kunnen richten naar de Aanbeveling, zouden de gespecialiseerde groothandelaren (waarvan de nettowinstmarge 0,65 % bedraagt) nog slechts een belachelijk kleine verkoopmarge verkrijgen, zodat zij in een faillissement zouden worden gedreven.

Volgens AGROTAB zal het stilzwijgend door de Commissie geëiste nieuwe verkoopstelsel tengevolge hebben dat de groothandelaren die de distributie voor 80 % organiseren, verdwijnen, zonder dat de grootwinkelbedrijven deze markt in zijn geheel overnemen, hetgeen ten nadele van de verbruikers is.

Ten aanzien van het *recht* wijst AGROTAB er met name op dat de aan de groothandelaren verleende normale verkoopmarge lager is dan de door het Ministerie van Economische Zaken in het kader van de wet van 30 juli 1971 betreffende de economische reglementering en de prijzen toegelaten verkoopmarge. Het verschil tussen de verkoopmarge die de groothandelaren telkens bij aankoop wordt toegestaan en de toegelaten verkoopmarge komt precies overeen met de eindejaarsristorno.

De Commissie is in overweging 98 van de beschikking van mening dat dit stelsel de mededinging tussen de producenten beperkt en het leveren van een verhoogde concurrentie-inspanning door de tussenhandelaren zinloos maakt. De ristorno komt echter overeen met de verkoopmarge waarop de tussenhandelaar aanspraak kan maken in het kader van de prijzenwetgeving. Het feit dat de ristorno door de tussenhandelaren wordt gevraagd en door de fabrikanten wordt verleend heeft dus niet te maken met de concurrentiemogelijkheden tussen fabrikanten enerzijds en tussenhandelaren anderzijds.

De *Commissie* betoogt met name dat het feit dat de Belgische fabrikanten krachtens de Belgische regeling betreffende de aanmelding van prijsverhogingen de eindejaarsristorno's moeten aanmelden bij het Ministerie van Economische Zaken, niet kan uitsluiten dat artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag wordt toegepast op de onderlinge afstemming waarmee deze fabrikanten de omvang van dit aan de handelaren verleende voordeel vaststellen. Dat de werkelijk toegekende ristorno's overeenkwamen met de bij de Belgische autoriteiten aangemelde ristorno's doet daaraan niets af.

3. De *interveniënte Nationale Federatie van Handelaars in Dagbladen, Tijdschriften, Boeken en Aanverwante Artikels (hierna te noemen FNJ)* verklaart, zich aan te sluiten bij de opmerkingen van verzoekers naar aanleiding van de middelen betreffende artikel 85, lid 1.

4. *Interveniënten Mestdagh en Huyghebaert* alsmede *FEBEVO* betwisten met name de in de Aanbeveling in aanmerking genomen criteria om de indeling van groothandelaren en detaillisten in categorieën te rechtvaardigen.

Het *jaarlijkse verkoopvolume* wordt willekeurig gemanipuleerd om bepaalde distributeurs zoals Mestdagh en Huyghe-

baert uit de sluiten, terwijl ten behoeve van anderen onder het mom van „overgangsmaatregelen" rechtstreeks uitzonderingen worden gemaakt.

Het criterium van het *aantal verhandelde merken* heeft niets te maken met de beroepskwalificatie van de wederverkoper en moet derhalve buiten beschouwing blijven.

De wederverkopers waarvan het jaarlijkse verkoopvolume groot is zijn in elk geval reeds wegens de vraag en om natuurlijke redenen genoopt, ook een groot aantal verschillende merken aan te bieden, die overeenkomen met de verschillende smaak van de klanten. Hoe groter de omgezette hoeveelheden zijn, des te uitgebreider zal, juist wegens de verscheidenheid van de klanten, het scala van merken zijn. Zo heeft de vennootschap Mestdagh bijvoorbeeld vastgesteld dat zij zonder enige verplichting harerzijds reeds 89 merken in haar winkels aanbiedt.

Het komt echter ontoelaatbaar voor dat men zich van dit beweerde criterium bedient als een middel tot uitsluiting van deze of gene onderneming, waaraan bij een hoger jaarlijks verkoopvolume een aanvullende marge wordt geweigerd omdat zij geen 90 merken aanbiedt. In België vertegenwoordigen 17 merken alleen al 71 % van de markt. Met 30 merken dekt men praktisch reeds de gehele markt.

Wat het *aantal bevoorrade verkooppunten* betreft beklagen Mestdagh en Huyghebaert, alsmede FEBEVO zich dat concurrerende fabrikanten in onderlinge afstemming gezamenlijk beslissen over het aantal verkooppunten, waaraan dan een bepaald voordeel wordt verleend.

De Aanbeveling wordt in elk geval op willekeurige wijze toegepast.

5. *Interveniënte GB* stelt, dat zij uit eigen ervaring weet dat de verschillende besluiten en afspraken waaraan verzoekers hebben deelgehad, geenszins — zoals verzoekers willen doen geloven — zonder gevolgen zijn gebleven en niet zijn toegepast, doch strikt zijn nageleefd. GB herinnert te dezen aan de in haar klacht van 2 april 1974 uiteengezette feiten die, met bewijs gestaafd, aantonen dat de in de beschikking gewraakte maatregelen verre van een dode letter zijn gebleven. Zo heeft FEDETAB nooit geaarzeld, van een boycot gebruik te maken om de uitvoering van de door haar genomen beslissingen te verzekeren.

Vervolgens betwist GB de stelling dat de oorzaak van de mededingingsbeperkingen niet moet worden gezocht in de gewraakte maatregelen. Zij merkt in de eerste plaats op dat *artikel 58 van het Belgische Wetboek inzake de BTW* als DHP weliswaar de op het fiscale bandje vermelde prijs voorschrijft, die door de fabrikant of importeur wordt bepaald, maar dat dit het enige gevolg is voor de prijzen. Genoemde bepaling laat alle ruimte voor de vaststelling van de marges der verschillende tussenpersonen en stelt de fabrikanten en importeurs in staat, onderling te concurreren op het niveau van de detailhandelsprijzen, omdat zij kunnen blijven bepalen welke prijs op het fiscale bandje wordt vermeld.

Ten aanzien van de *werkelijke invloed van de evenredige belasting* op de mededinging, geeft GB toe dat de invoering van een evenredige heffing tot gevolg heeft dat de DHP inclusief belasting in absolute getallen uitgedrukt verandert met een bedrag dat hoger ligt dan de verandering op het niveau van de verkoopprijs vóór belasting. Relatief gezien

blijft de verandering van de fiscale last echter strikt evenredig aan de verandering van de nettoprijs vóór belasting (en is zij niet zoals de Commissie ten onrechte in haar verweerschrift beweert „meer dan evenredig"). Hieruit volgt dat, anders dan verzoekers beweren, de specifieke belasting strijdig met de mededinging kan worden geoordeeld, terwijl de evenredige belasting de ondernemingen integendeel in staat stelt, het volle profijt te trekken van hun concurrentiepositie, en het de verbruikers mogelijk maakt hiervan ten volle gebruik te maken door te profiteren van een verlaging van de verkoopprijs inclusief belasting, die precies evenredig is aan de door de fabrikant bij zijn verkoopprijs vóór belasting gebrachte offers.

GB betoogt voorts dat richtlijn nr. 72/464 van de Raad niet ten doel heeft, de evenredige accijns af te schaffen, maar dat daarin een *combinatie* van een evenredige met een specifieke accijns wordt voorzien.

Ten aanzien van de *Belgische regeling betreffende de aangifte van prijsverhogingen* merkt GB op dat de door verzoekers genoemde „administratieve werkelijkheid" van deze regeling niet alleen de produkten van de tabaksindustrie betreft. Deze regeling is immers van toepassing „op alle produkten, grondstoffen, eet- of koopwaren en op alle prestaties" (ministerieel besluit van 22 december 1971 houdende verplichting tot aangifte der prijsverhogingen, artikel 1, paragraaf 1). Anders dan verzoekers beweren leidt deze regeling niet tot de afschaffing van de prijsconcurrentie, daar de prijzen onder de aangemelde prijs vrijelijk kunnen schommelen. Evenmin valt in te zien hoe deze regeling de vrijheid van de fabrikanten en handelaren bij de vaststelling van de distributiemarges zou kunnen beperken, want de omvang van deze marges is uiteraard van geen belang voor de minister, wie het slechts gaat om het niveau van de verkoopprijs voor de eindverbruiker en niet om de afzonderlijke verschillen in de verdeling van deze verkoopprijs tussen fabrikanten, groothandelaren en detaillisten.

Ten aanzien van *het argument dat de handel tussen Lid-Staten niet ongunstig wordt beïnvloed door de gewraakte mededingingsbeperkingen* betoogt GB in de eerste plaats dat de enkele aanwezigheid van de vennootschap *HVL*, de meest belangrijke Luxemburgse producent en exporteur met bestemming België, onder de deelnemers aan de betwiste afspraken reeds aantoont dat de gewraakte overeenkomsten, besluiten en aanbevelingen gevolgen hebben gehad en nog steeds hebben voor de intracommunautaire handel.

GB zet vervolgens uiteen in hoeverre de importen van tabaksfabrikaten volgens haar worden gecontroleerd door de leden van FEDETAB.

Allereerst zijn verzoekers, zoals FEDETAB in repliek trouwens heeft toegegeven, „praktisch altijd" in het genot van alleenverkoopvergunningen, die meestal worden verleend door grote ondernemingen die vaak tot dezelfde multinationale concerns behoren als verzoekers zelf.

Voorts maken de door de belastingregelingen van de Lid-Staten opgelegde verplichtingen de invoer door andere importeurs dan de leden van FEDETAB praktisch onmogelijk. Ingeval van uitvoer van in een Lid-Staat op de markt gebrachte produkten is het namelijk onmogelijk, teruggave te verkrijgen van reeds betaalde accijnzen. Gelet op de aanzienlijke invloed van de fiscale last op de ver-

koopprijs, ontneemt deze ontbrekende mogelijkheid elk belang aan parallelimport. Bovendien laat de Belgische administratie der douane en accijnzen niet toe dat eenzelfde produkt wordt verkocht tegen verschillende banderolprijzen (bijlage 5). Zelfs indien een importeur een buitenlandse fabrikant vindt die bereid is hem te bevoorraden, is hij mitsdien gedwongen de aldus geïmporteerde sigaretten aan te bieden tegen dezelfde prijs als de „officiële" Belgische importeur. In de praktijk bleken de pogingen van GB om rechtstreeks importen van sigaretten te verrichten volstrekt tevergeefs te zijn, daar de buitenlandse fabrikanten zich achter hun met Belgische bedrijven gesloten alleenverkoopovereenkomsten verscholen of eenvoudigweg weigerden in te gaan op de door GB gedane aanbiedingen (bijlage 6).

De praktische onmogelijkheid om parallelimporten te verrichten maakt de gevolgen van de uit de gewraakte overeenkomsten en praktijken voortvloeiende mededingingsbeperkingen voor de intracommunautaire handel slechts nog merkbaarder. Deze situatie stelt verzoekers namelijk in staat hun controle op de importen beter te waarborgen en zo te voorkomen dat de ingevoerde produkten aan de door hen tot stand gebrachte mededingingsbeperkingen ontsnappen.

Daar bijna alle in België verkochte sigaretten, waaronder het merendeel van de ingevoerde sigaretten, op deze wijze zijn onderworpen aan de door FEDETAB en haar leden ingevoerde mededingingsbeperkingen, hebben deze beperkingen onvermijdelijk invloed op de intracommunautaire handel.

Men kan derhalve niet volhouden, zoals Jubilé doet, dat de Commissie in haar beschikking niet heeft aangetoond, dat de handel tussen Lid-Staten ongunstig wordt beïnvloed door de in de Aanbeveling voorkomende clausules betreffende de betalingstermijnen en de handelsmarges.

In haar opmerkingen over de memorie van GB merkt *FEDETAB* ten aanzien van de *feiten* met name op, dat het bij richtlijn nr. 72/464 ingevoerde communautaire belastingstelsel een nationale regeling vereist zoals de in België toepasselijke, zoals blijkt uit een brief van het Ministerie van Financiën aan FEDETAB d.d. 25 juni 1979 (bijlage 1 bij de opmerkingen van FEDETAB). Volgens deze regeling is „onder-banderollering" verboden. Indien de fabrikanten een dergelijke politiek opgeven, dan zou de reactie onmiddellijk komen in de vorm van een verhoging van het accijnsrecht.

Voorts is het een feit dat de regering in België, waar niet alleen de belasting, maar ook de handelsmarges „ad valorem" ten opzichte van de eindprijs worden berekend, ingrijpt bij de vaststelling van de handelsmarges — wat GB hiervan ook moge zeggen; dit blijkt uit de brieven van de minister van Economische Zaken van 15 april 1975 en 12 februari 1976 de FEDETAB bij haar opmerkingen heeft gvoegd (bijlagen 3 en 4).

Ten aanzien van het *recht* beroept FEDETAB zich betreffende de ongunstige beïnvloeding van de handel tussen Lid-Staten als derde voorwaarde voor de toepassing van artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag, op het arrest van het Hof van 31 mei 1979 in zaak 22/78 *Hugin/Commissie* (Jurispr. 1979, blz. 1869) waarin het Hof met name heeft overwogen dat „... gedragingen waarvan de gevolgen zich binnen het grondgebied van één enkele Lid-Staat doen gevoelen, onder de nationale rechtsorde vallen" (overweging 17).

In de zaak-*Hugin* heeft het Hof onderzocht of men mag aannemen dat er handelsverkeer in Hugin-onderdelen tussen de Lid-Staten zou bestaan, indien de markt geheel vrij was en niet onderworpen aan restrictieve praktijken zoals in casu door Hugin worden toegepast (overweging 22). Deze vraag kan voor het onderhavige geval als volgt worden geherformuleerd:

„Zou de NV GB-INNO-BM sigaretten in België kunnen invoeren en tegen een lagere dan de door de fabrikanten opgelegde prijs kunnen verkopen, indien de markt geheel vrij was en niet onderworpen aan restrictieve praktijken zoals aan FEDETAB en haar leden, met name gelet op de Aanbeveling van 1 december 1975, worden verweten?"

In feite gaat het om de volgende vraag: zou GB vrij zijn om te handelen zoals zij wil indien er geen indeling van de tussenhandelaren noch bepalingen betreffende de eindejaarsristorno's of de betalingstermijnen bestaan?

Welnu, GB zelf heeft deze vraag *ontkennend* beantwoord: „gelet op de aanzienlijke invloed van de fiscale last op de verkoopprijs ontneemt deze ontbrekende mogelijkheid (om teruggave van reeds betaalde accijnzen te verkrijgen) aan parallelinvoer elk belang." Beter kan men het niet zeggen.

In casu moet derhalve de conclusie gelden, die het Hof in de zaak-*Hugin* heeft getrokken (overweging 25):

„In deze omstandigheden kan het gedrag van Hugin niet worden geacht tot gevolg te hebben dat het goederenverkeer, gelet op de economische en technische bijzonderheden van de betrokken sector, buiten zijn normale banen om wordt geleid."

Vander Elst betoogt in haar opmerkingen inzake de memorie van GB met name dat, *met betrekking tot de beweerdelijk overgebleven mededingingsruimte voor de toepassing van de artikelen 85 e.v.,* GB evenals de Commissie uitgaat van een veel grotere mededingingsruimte dan er in werkelijkheid bestaat.

Indien men alle staatsregelingen op de juiste wijze in aanmerking neemt betreft de in theorie voor de mededinging overblijvende ruimte hoogstens de mogelijkheid, de winstmarge ten opzichte van het aandeel van de fabrikanten te wijzigen. De Commissie was niet in staat om de overblijvende mededingingsruimte correct af te bakenen van het gebied dat reeds door de fiscale regeling was belemmerd. Dit volstaat reeds om de toepassing van artikel 85, lid 1, onjuist te doen zijn.

Ten aanzien van de *verstoring van de mededinging* komt verzoekster met een aantal cijfervoorbeelden om de verstorende werking op de mededinging van een te hoge multiplicator te illustreren. Op basis van deze voorbeelden verdedigt zij de stelling dat de werking van een hoge multiplicator in strijd is met drie „postulaten" die men als grondslag van de mededingingsbepalingen van het Verdrag kan beschouwen:

— „volgens de geest van het Verdrag vindt de prijsvorming voor goederen en diensten in de regel zonder overheidsbemoeiing plaats overeenkomstig de beginselen van de marktecono-mie" (Commissie: Gevolgen van de nationale prijsvoorschriften, serie concurrentie, nr. 9/1970);

— „iedere ondernemer moet zelfstandig bepalen welk beleid hij op de ge-

meenschappelijke markt zal voeren" (arrest *Suiker Unie,* overweging 173);

— „de prijs moet in een redelijke verhouding staan tot de economische waarde van de geleverde prestatie" (artikel 86, sub a, en arrest *United Brands,* Jurispr. 1978, blz. 207, overwegingen 248 e.v.).

De fiscale regeling heeft ten gevolge dat de mededinging en de handel tussen Lid-Staten zodanig wordt beperkt dat *de Aanbeveling op zichzelf daarnaast geen merkbare invloed heeft.*

Zij strekt ertoe en heeft ten gevolge dat de verstoring van de mededinging als gevolg van de ad valorem-belasting op het niveau van de distributie wordt gecorrigeerd. Tezamen met fiscale regelingen zoals een vaste prijs en het verbod van onder-banderollering draagt zij bij tot de goede werking van de distributie van sigaretten door middel van een voldoende dicht distributienet voor een voldoende gevarieerd aanbod met zo weinig mogelijk en dus rationele bevoorradingsoperaties. De overblijvende mededingingsruimte is niet voldoende om de werking van de distributie in deze zin te waarborgen.

Wat de toepasselijkheid van artikel 85, lid 1, op de Aanbeveling betreft, betoogt verzoekster dat de *Commissie in de huidige stand van de harmonisatie der accijnzen op tabaksfabrikaten artikel 85, lid 1, niet op de Aanbeveling kan toepassen.*

In casu doet zich namelijk de bijzonderheid voor dat de Gemeenschap de nationale bepalingen in *richtlijnen* heeft *toegelaten.* Ook op fiscaal gebied heeft de gemeenschapswetgever niet het recht, de doelstellingen van het Verdrag tot invoering van een regeling waarin de mededinging niet wordt vervalst, goederen vrijelijk circuleren en de fiscale lasten geen discriminerende werking hebben, méér te beperken dan noodzakelijk is om het nagestreefde fiscale doel te bereiken. Het gemeenschapsrecht inzake de accijnzen op tabaksfabrikaten *staat* de Lid-Staten echter *toe,* regelingen in te voeren die deze doelstellingen méér beperken dan *noodzakelijk is om het gestelde fiscale doel te bereiken.*

F — Veertiende middel: schending van de artikelen 85, lid 3, en 190 EEG-Verdrag alsmede van de rechten der verdediging, doordat de Commissie heeft geweigerd ontheffing te verlenen voor de Aanbeveling, niet is ingegaan op de aangevoerde middelen en bij de vaststelling der feiten fouten heeft begaan

Dit middel is geheel of gedeeltelijk door *alle verzoekers* voorgedragen.

FEDETAB betoogt met betrekking tot *de indeling van groothandelaren en detaillisten in categorieën en de vaststelling van maximum marges,* dat de door haar aanbevolen distributie-organisatie ten doel heeft, het voortbestaan van een gespecialiseerde handel in tabaksprodukten te verzekeren.

Hiertoe heeft zij een indeling der tussenhandelaren in categorieën ingevoerd aan de hand van objectieve criteria en haar leden aangeraden, maximum marges te verlenen overeenkomstig de door elke categorie verleende diensten. In het kader van deze Aanbeveling werden aan de gespecialiseerde tussenhandelaren — en met name aan de gespecialiseerde groothandelaren (B 2 van de schaal sigaretten) die de ruggegraat van het systeem vormen — iets hogere winstmarges verleend dan aan de niet-gespecialiseerde tussenhandelaren.

De gespecialiseerde groothandelaren verlenen namelijk aan de verbruiker en aan de tabaksindustrie in het algemeen grote diensten. Op grond van het uitgebreide scala van merken waarvan zij de distribu-

tie verzekeren maken de gespecialiseerde groothandelaren de verspreiding van produkten van de gehele industrie mogelijk. Doordat zij er zijn behoeven de fabrikanten niet meer hun eigen distributienet in te richten. Zij maken derhalve een optimale spreiding van de distributiekosten over de verschillende fabrikanten mogelijk en dragen daardoor bij tot een verbetering van de algemene distributievoorwaarden op de betrokken markt. Indien zij niet bestonden zouden de produkten van talrijke kleine en middelgrote fabrikanten geen afzetmogelijkheid meer vinden.

De gespecialiseerde groothandelaren vervullen ook een onvervangbare functie doordat zij als enigen de afnemers op de meest afgelegen punten van het land bezoeken. Hun tussenkomst is derhalve onontbeerlijk om de talrijke dicht bij de klant gelegen verkooppunten op passende wijze te bevoorraden.

De iets hogere ristorno die aan de gespecialiseerde groothandelaren wordt verleend, is gerechtvaardigd door de belangrijkere diensten die zij verlenen en de hogere kosten die zij daardoor hebben te dragen.

Op het niveau van de detailhandel is de situatie vergelijkbaar: de Aanbeveling voorziet in de toekenning van hogere ristorno's aan de gespecialiseerde detaillisten (A 2 van de schaal) dan aan de niet-gespecialiseerde detaillisten. De gespecialiseerde detaillisten bieden het publiek namelijk een uitgebreider scala van produkten.

Andere tussenpersonen, zoals bijvoorbeeld de groothandelaren in levensmiddelen (B van de schaal) kunnen dergelijke diensten niet verlenen: zij zijn slechts geïnteresseerd in een beperkt aantal merken en tabaksprodukten vormen slechts een gering percentage van hun omzet.

Dientengevolge zou de verdwijning van gespecialiseerde groothandelaren en detaillisten — die onvermijdelijk is indien hen om de hiervoor uiteengezette redenen geen kleine premie wordt toegekend — neerkomen op een verslechtering van de aan de klanten geboden mogelijkheden.

De handhaving van een gespecialiseerde handel is een voordeel voor de verbruiker. De Commissie heeft deze stelling echter categorisch en zonder redengeving verworpen (beschikking nr. 118) en zodoende artikel 190 van het Verdrag miskend en artikel 85, lid 3, onjuist toegepast.

De verbetering van de distributie als gevolg van de door verzoekster genomen maatregelen voor de organisatie van de markt komen rechtstreeks aan de verbruikers ten goede. De tweede voorwaarde voor de toepassing van artikel 85, lid 3, is derhalve vervuld.

De vergroting van het aantal verkooppunten en de aanwezigheid van een uitgebreid sigarettenaanbod in elk dezer verkooppunten verschaffen de verbruiker een rechtstreeks en zeker voordeel.

De aangevochten beschikking gaat niet uitdrukkelijk op deze overwegingen in, hoewel zij door FEDETAB in de motivering van de aanmelding zijn voorgedragen.

De Aanbeveling bevat geen beperking die niet noodzakelijk is om de door FEDETAB nagestreefde rechtmatige doelstellingen te bereiken. Zij beoogt uitsluitend, de handhaving van een gespecialiseerde distributie van tabaksprodukten te waarborgen. Zij heeft ook niet ten gevolge dat de mededinging voor een wezenlijk deel van de betrokken produkten wordt uitgeschakeld.

De uitschakeling van de gespecialiseerde groothandelaren en detaillisten zou door de concentratie van de handel op de meest bekende en best ingevoerde mer-

ken leiden tot een verlaging van het aantal aangeboden merken en dus tot een verkleining van de aan de verbruiker geboden keuze. Zij zou ook ernstige sociale gevolgen hebben. Het Hof heeft in zijn arrest-*Metro* beklemtoond dat overwegingen van sociale aard — met name het streven om in omstandigheden van een ongunstige economische conjunctuur de werkgelegenheid te behouden — in het kader van artikel 85, lid 3, in aanmerking kunnen worden genomen.

Ten aanzien van de *betalingstermijnen* merkt FEDETAB met name op dat reeds is aangetoond dat elke verhoging van de financiële lasten die uit de verlenging van de betalingstermijnen voortvloeit, haar weerslag vindt in de verbruikersprijs.

Men waarborgt dus een gezonde distributie wanneer men redelijke betalingstermijnen vaststelt voor waren die ervoor bestemd zijn zeer snel en tegen contante betaling aan de verbruikers te worden verkocht en waarvan de prijs een belangrijk gedeelte aan belasting bevat, die de fabrikant zelf, met alle risico's van dien, aan de fiscus moet afdragen. Daarom is de bewering van de Commissie (beschikking nr. 131) dat de verbruiker geen enkel voordeel heeft bij een beperking van de betalingstermijnen, klaarblijkelijk onjuist.

Wat de *eindejaarsristorno* betreft, stelt FEDETAB dat de aangevoerde argumenten om de niet-toepasselijkheid van artikel 85, lid 1, te rechtvaardigen subsidiair ook gelden om de toepassing van artikel 85, lid 3, te rechtvaardigen.

HVL merkt op dat het geding uitsluitend de winstmarge van de niet-gespecialiseerde groothandelaren betreft (grootwinkelbedrijven en groothandelaren in levensmiddelen) en niet het vraagstuk van een billijk aandeel in de voordelen voor de verbuikers.

De met de maatregelen van FEDETAB beoogde organisatie van de markt draagt bij tot verbetering van de produktie en de verdeling der produkten. Zij verhindert dat er tussen de fabrikanten een concurrentiestrijd uitbreekt die alleen aan de meest kapitaalkrachtige ondernemingen ten goede komt zonder de verbruiker van nut te zijn en die de almacht van de grootwinkelbedrijven bevordert door op middellange termijn de *gespecialiseerde handel* uit te schakelen.

Door te trachten de financiële mededingingsvoorwaarden tussen fabrikanten te kanaliseren, beoogt de Aanbeveling de concurrentiestrijd te dirigeren naar een verlaging van de kostprijs van de fabrikant dankzij de technische vooruitgang en naar factoren die de verkoop stimuleren, zoals met name de reclame.

De beperking van de handelingsvrijheid van de ondernemingen op financieel gebied (winstmarge, betalingstermijn en eindejaarsristorno) is derhalve onontbeerlijk om de doelstelling van verbetering van de produktie en de verdeling der produkten te bereiken.

Vander Elst betoogt ten aanzien van de *verbetering van de verdeling der produkten* met name, dat het aantal verkooppunten per inwoner in België ten opzichte van het aantal detaillisten in de andere Lid-Staten ongeveer *een gemiddelde* vormt.

In tegenstelling tot wat de Commissie in punt 123 van haar beschikking beweert, poogt de Aanbeveling niet, ondernemingen „kunstmatig" op de markt te handhaven die bij een vrije mededinging normaliter zouden worden uitgeschakeld. Door de noodzaak van een afzet „alom

in den lande" is het voor elke fabrikant en importeur (evenals voor de verbruiker) van veel meer belang, te beschikken over een distributienet dat op het gehele grondgebied functioneert, dat zich staande houdt tegen de groeiende concurrentie van de supermarkten en dat zich niet alleen beperkt tot de distributie van de meest populaire sigarettenmerken maar ook een kans biedt aan de verhandeling en ontwikkeling van produkten die door een beperktere klantenkring worden gevraagd. Daarom spelen de gespecialiseerde groothandelaren op het gebied van de verhandeling van sigaretten een „onontbeerlijke" rol die de Commissie in punt 124 van haar beschikking kennelijk aan de supermarkten toedicht.

Verzoekster herhaalt dat de eindejaars ristorno ten gevolge heeft dat de mededinging, en vooral de mededinging van nieuwkomers op de markt *wordt begunstigd.* Zij verwijst tevens naar haar verklaring van de noodzaak om zeer korte betalingstermijnen aan te houden.

Wat betreft het *passende aandeel van de verbruiker in de voordelen* die uit de Aanbeveling voortvloeien, merkt verzoekster met name op dat de weigering van de Commissie om het verbod niet-toepasselijk te verklaren kennelijk geen aanwijzing geeft over de vraag waarom en waardoor de verbruiker niet een billijk aandeel heeft in de voordelen. Te dezen kritiseert zij inzonderheid de overwegingen 119 tot 132 van de beschikking.

De Commissie heeft onder meer geen rekening gehouden met het feit dat de vermindering van het aanbod en de verlaging van het aantal verkooppunten niet leiden tot een verlaging van de eindverkoopprijs, doch zoals blijkt uit het voorbeeld van de verkooppunten in Frankrijk tot een prijsstijging van de waar (in Frankrijk tot 20 %).

Met betrekking tot de *verbetering van de produktie* wijst verzoekster op de sociale en economische gevolgen die zouden intreden indien men de redenering van de Commissie zou volgen: aantasting van de rentabiliteit van de kleine ondernemingen (kleine winkels, bazars, enz.); praktisch algehele uitschakeling van de groothandel (waarnaar de Commissie schijnt te streven — beschikking nr. 124).

Wat betreft de voorwaarde dat er *geen sprake mag zijn van uitschakeling van de mededinging* betwist verzoekster de bewering van de Commissie in punt 133 van de beschikking dat, gezien het marktaandeel van FEDETAB en haar leden „de overeenkomsten aan de bedoelde ondernemingen de mogelijkheid bieden, de mededinging uit te schakelen voor een aanzienlijk deel van de betrokken produkten." Volgens verzoekster heeft de Aanbeveling immers slechts betrekking op een zeer klein gedeelte van de parameters die de aanbieders in de mededinging kunnen hanteren, maakt zij individuele concurrerende gedragingen mogelijk en dwarsboomt zij de gevolgen van de staatsmaatregelen voor de tabaksmarkt waardoor de mededinging wordt vervalst.

De *Commissie* stelt in haar verweerschrift dat niet is voldaan aan de noodzakelijke voorwaarden om het bepaalde van artikel 85, lid 1, niet-toepasselijk te verklaren op de Aanbeveling.

In de eerste plaats draagt het in de Aanbeveling vastgestelde systeem niet bij tot de *verbetering van de verdeling* der betrokken produkten.

De opheffing van het door de Aanbeveling ingevoerde *collectieve* systeem zou namelijk niet onvermijdelijk leiden tot de verdwijning of merkbare achteruitgang van het aantal gespecialiseerde groothandelaren en detaillisten. De Commissie heeft te dien aanzien twijfel geuit in punt 122 van de beschikking. Indien de gespe-

cialiseerde handel met name op het gebied van de prijzen diensten verleent die zowel door de leveranciers als door de verbruikers werkelijk worden gewaardeerd, dan is de vrees dat zij verdwijnen ongegrond.

Het is weliswaar juist dat de prijsconcurrentie niet de enige doeltreffende vorm van mededinging is, noch de vorm waaraan onder alle omstandigheden absolute voorrang moet worden verleend. Vander Elst baseert zich op deze vaststelling van het Hof in het arrest-*Metro* om te betogen dat het systeem noodzakelijk is voor de handhaving van deze vorm van distributie en derhalve in aanmerking moet komen voor de ontheffing krachtens artikel 85, lid 3. In haar opmerkingen inzake het elfde middel heeft de Commissie echter reeds aangegeven dat de omstandigheden van het selectieve distributiestelsel van Saba geenszins vergelijkbaar zijn met die van het collectieve stelsel van de Aanbeveling, in het kader waarvan de prijsconcurrentie van de fabrikanten onderling van veel groter belang is dan in het geval van een afzonderlijk selectief distributiestelsel.

Zelfs indien de gespecialiseerde handel bij ontbreken van het door de Aanbeveling vastgestelde systeem zou verdwijnen — hetgeen de Commissie trouwens bestrijdt — kan men hieruit niet concluderen, dat de distributie in haar huidige vorm beter is dan die welke zou bestaan bij ontbreken van deze handel of ingeval van een merkbare vermindering daarvan. Enerzijds zou het gedeelte der voordien door de gespecialiseerde handelaren gedistribueerde produkten overgaan naar de niet-gespecialiseerde handelaren. Anderzijds zou het waarschijnlijk tot een rationalisering van de distributie en een aanzienlijke vermindering van de distributiekosten komen, welke besparing — indien weergegeven in de DHP — zowel voor de fabrikanten als voor de verbruikers een voordeel zou zijn.

De Commissie merkt op dat Jubilé en Vander Elst haar verwijten dat zij in de beschikking de criteria van de Aanbeveling voor de indeling der groothandelaren en detaillisten binnen het systeem heeft gelaakt. De Commissie beklemtoont dat de overwegingen nrs. 125 en 126 van de beschikking, die door verzoeksters overigens niet werden betwist, slechts beoogden aan te tonen dat het indelingssysteem niet altijd en *noodzakelijkerwijze* de verschillende mate der door de handelaren werkelijk verleende diensten weerspiegelt. Het gaat hier echter om een aanvullende overweging, omdat, zoals reeds naar aanleiding van artikel 85, lid 1, is gezegd (elfde middel), de beschikking de collectieve vaststelling van gemeenschappelijke criteria ter bepaling van de winstmarges voor de tussenhandel heeft afgewezen.

Geen der verzoeksters heeft specifieke argumenten aangevoerd betreffende de beoordeling van de eindejaarsristorno in het licht van artikel 85, lid 3. De verzoekers, die beweren dat langere betalingstermijnen hun weerslag hebben op de DHP brengen geen enkel bewijs bij tot staving van deze bewering.

Volgens de Commissie draagt het in de Aanbeveling voorziene distributiestelsel evenmin bij tot een *verbetering van de produktie,* zoals Vander Elst betoogt. Het is ongerechtvaardigd, zich te beroepen op de overweging van het Hof in het arrest-*Metro* (overweging 43), dat het streven naar een stabiliserende factor voor het behoud van de werkgelegenheid, in het kader van de verbetering van de algemene produktievoorwaarden, binnen de doelstellingen valt die met artikel 85, lid 3, kunnen worden nagestreefd, om daaruit te concluderen dat de Com-

missie ambtshalve en in het onderhavige geval, dat niet vergelijkbaar is met dat van het Saba-systeem, rekening moet houden met deze overweging.

Naar de mening van de Commissie is aan de tweede voorwaarde voor de toepasselijkheid van artikel 85, lid 3, evenmin voldaan. Het systeem van de Aanbeveling doet *de verbruikers geen billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen* toekomen.

Vander Elst heeft de Commissie verweten, dat zij haar weigering van de ontheffing op dit punt niet voldoende met redenen heeft omkleed. In haar opmerkingen betreffende het tiende middel heeft de Commissie reeds verklaard dat het punt betreffende het aandeel van de verbruiker in de eventueel uit het systeem voortvloeiende voordelen volstrekt aanvullend van aard is, aangezien de eerste noodzakelijke voorwaarde om ontheffing te verkrijgen, namelijk de verbetering van de produktie of van de verdeling der produkten, niet vervuld is. Daarom is het niet noodzakelijk aan deze voorwaarde van artikel 85, lid 3, meer diepgaande overwegingen te wijden.

De Commissie concludeert derhalve als volgt:

— zij heeft terecht overwogen dat de Aanbeveling van 1 december 1975 niet op voldoening schenkende wijze lijdt tot verbeteringen in de distributie welke een tegenwicht zouden kunnen vormen voor de mededingingsbeperkende gevolgen welke zij veroorzaakt en dat zij niet van die aard is dat zij een billijk aandeel van het voordeel dat daaruit eventueel zou kunnen voortvloeien doet toekomen aan de verbruikers;

— de Aanbeveling voldoet derhalve niet aan de vereisten voor de toepassing van artikel 85, lid 3;

— de beschikking van de Commissie is op dit punt op de juiste wijze en genoegzaam met redenen omkleed;

— dit middel moet derhalve worden verworpen.

FEDETAB wijst er in repliek op, dat de door haar aanbevolen distributie-organisatie is gericht op het voortbestaan van een gespecialiseerde handel in tabaksprodukten. Deze doelstelling valt binnen het kader van de in artikel 85, lid 3, beschermde oogmerken. Want men kan niet ernstig in twijfel trekken dat het behoud van een net van gespecialiseerde handelaren voor de verdeling van tabaksprodukten een verbetering van de verdeling in de zin van artikel 85, lid 3, vormt.

Om de tegengestelde opvatting van de Commissie te weerleggen merkt verzoekster onder meer het volgende op.

De verdwijning van de gespecialiseerde handel zou leiden tot een verschraling der aan de klanten geboden keuzemogelijkheden.

De gespecialiseerde tussenhandel speelt een onvervangbare rol bij het op de markt brengen en de distributie van ingevoerde produkten, waardoor zij de in het Verdrag gewilde onderlinge doordringing der markten begunstigt.

In tegenstelling tot wat de Commissie beweert leggen de fabrikanten niet een bepaald distributiekanaal op (namelijk dat der gespecialiseerde tussenhandelaren): dit kanaal bestaat en de fabrikanten houden zich daaraan in de praktische overtuiging dat het in de concrete omstandigheden op de sigarettenmarkt onvervangbaar is. Het bestaan van een gespecialiseerd distributienet komt ten goede aan de gehele tabaksindustrie en niet alleen aan de „grote" fabrikanten.

De Commissie heeft geen zwaarwegend argument aangevoerd tot staving van haar bewering dat het door FEDETAB aanbevolen systeem aan de verbruikers niet een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen doet toekomen.

Tabaksprodukten voorzien in een dagelijkse behoefte. Zij worden door de verbruikers in kleine hoeveelheden gekocht. Om deze reden is het van belang dat de verkooppunten zo talrijk mogelijk zijn en zo dicht mogelijk bij de verbruiker zijn gelegen en dat het aldaar verdeelde merkenassortiment zo ruim mogelijk is. Een vermindering van het aantal verkooppunten en van de keuze aan produkten zou een merkbaar verlies aan welstand van de verbruiker betekenen.

Derhalve is aan alle voorwaarden voldaan om voor de Aanbeveling ontheffing te verlenen.

Vander Elst merkt betreffende *de verbetering van de verdeling der produkten* onder meer op, dat de Commissie thans lijkt te „betwijfelen" of de opheffing van de Aanbeveling leidt tot de verdwijning of de vermindering van het aantal gespecialiseerde groothandelaren en detaillisten en dat zij een nieuwe, door haar eigen twijfels ingegeven redengeving aanvoert. De Commissie meent nu namelijk dat elke fabrikant aan bepaalde groothandelaren en detaillisten bijzondere voordelen kan toekennen in de vorm van een lagere DHP, in ruil voor het feit dat deze handelaren alle produkten van deze fabrikant afzetten.

Afgezien van het feit dat het Belgische belastingrecht de vaststelling van verschillende DHP's voor dezelfde merken van een produkt niet toelaat, heeft het door de Commissie uitgevonden en aanbevolen type handelaar geen enkele kans op de markt.

Wat het arrest-*Metro* betreft, beklemtoont verzoekster dat, anders dan de Commissie schijnt te denken, dit arrest in werkelijkheid een algemene rechtsidee uitdrukt waarvan de geldigheid zich niet beperkt tot het distributiestelsel van een enkele fabrikant. Het Hof wijst er volgens verzoekster op dat aan de feitelijke voorwaarden van artikel 85, lid 3, temeer kan zijn voldaan, „wanneer deze voorwaarden bovendien *leiden tot* toeneming van de mededinging *ten aanzien van andere factoren dan de prijs.*" De Commissie heeft de Aanbeveling in haar verweerschrift niet uit dit oogpunt bezien.

Naar aanleiding van de in de Aanbeveling toegepaste indelingscriteria geeft de Commissie aan dat de overwegingen nrs. 125 en 126 van de beschikking slechts beoogden „aan te tonen" dat het indelingssysteem „niet altijd en noodzakelijkerwijze" de verschillende mate van de door de handelaren daadwerkelijk verleende diensten weerspiegelt.

De Commissie is echter nooit ingegaan op de vaststelling van verzoekster dat de Aanbeveling een fabrikant/importeur niet verhindert, aan bepaalde tussenpersonen wegens bijzondere individuele diensten andere voordelen toe te kennen. De Commissie heeft zich er steeds toe beperkt, aan de partijen in het geding mee te delen dat het haar alleen om het „principe" ging.

In dupliek ontkent de *Commissie* dat zij de motivering van haar beschikking op het punt van de *verbetering van de verdeling* heeft laten vallen en vervangen door een nieuwe redengeving. De Commissie verklaart integendeel staande te houden wat in de beschikking is gezegd, namelijk dat de gespecialiseerde handel niet wordt bedreigd indien de door hem verleende diensten door de gebruikers en verbruikers werkelijk worden gewaardeerd.

De Commissie gaat in op de in haar verweerschrift genoemde mogelijkheid, dat de fabrikanten aan de gespecialiseerde handel individueel bepaalde geldelijke voordelen toekennen, hetgeen lagere DHP's mogelijk zou maken. De Commissie merkt hierover op dat het de taak

van de ondernemingen zelf is om voor hun problemen oplossingen te vinden die verenigbaar zijn met de geldende mededingingsvoorschriften. Zelfs indien de invoering van verschillende DHP's voor eenzelfde produkt moeilijk blijkt te zijn, is dit in elk geval niet voldoende reden om de horizontale en collectieve beperking van de mededinging die de verschillende produkten van verschillende producenten raakt (mededinging tussen produkten van verschillende merken) te rechtvaardigen.

Deze collectieve mededingingsbeperking betreffende de aan de handelaren toe te kennen voordelen kan, in tegenstelling tot de opvatting van Vander Elst, geenszins op dezelfde wijze worden beoordeeld als het selectieve distributiestelsel in de zaak-*Metro.* Men kan namelijk uit dit arrest niet afleiden, dat enerzijds de handhaving van een bestaande distributievorm steeds een „verbetering van de verdeling" vormt en, anderzijds dat elk middel, aangewend om het betrokken distributiestelsel te handhaven, ontheffing krachtens artikel 85, lid 3, moet genieten. Overigens valt niet in te zien, hoe de Aanbeveling, die de mededinging tussen verzoeksters en subsidiair tussen de groothandelaren uitschakelt, „leidt tot toeneming van de mededinging ten aanzien van andere factoren dan de prijs" (arrest *Metro,* overweging 21). Want zij verbetert de mededingingsmogelijkheden noch tussen de produkten van eenzelfde merk, noch tussen produkten van verschillende merken.

De Commissie acht de bewering van verscheidene verzoekers dat een bepaald sigarettenmerk overal in het land verkrijgbaar moet zijn om zich op de markt staande te houden, juist, doch slechts tot op zekere hoogte. Zij bestrijdt echter de door verzoekers getrokken conclusie dat alleen de gespecialiseerde handel in staat is, de sigaretten „alom in den lande" aan te bieden en dat alleen deze handel hiertoe bereid is. Zij wijst er met nadruk op dat het aan de marktdeelnemer zelf staat om te beslissen over zijn economisch gedrag aan de hand van de marktkrachten en over zijn eigen belangen, en dat fabrikanten, die zijn concurrenten zijn, niet concreet hebben vast te stellen welk distributiekanaal hij moet benutten.

Wat betreft het *billijk aandeel van de verbruikers in de eventuele voordelen* van het betrokken distributiestelsel, blijft de Commissie bij haar stelling dat een vermindering van het aantal verkooppunten kan leiden tot een verlaging van de distributiekosten.

Ten aanzien van de voorkeur van de verbruiker bij de keuze van het verkooppunt waar hij zijn sigaretten koopt, beklemtoont de Commissie dat de vrije mededinging moet bepalen waar zijn voorkeur naar uitgaat. Het feit dat de grootwinkelbedrijven steeds meer sigaretten verkopen, hangt niet alleen samen met een teruggang van het aantal kleine levensmiddelenhandelaren. De omzet van sigaretten bij GB is van 1967 tot 1973 bijvoorbeeld gestegen met 360 %. Deze ontwikkeling vormt aldus de uitdrukking van een verandering in de gewoonten van de verbruiker.

G — Samenvatting van enkele opmerkingen van interveniënten naar aanleiding van het veertiende middel; antwoorden van partijen zelf

1. *Interveniënte FNJ* preciseert dat zij de overkoepeling vormt van regionale beroepsverenigingen van handelaren in

kranten en tabak, die gewoonlijk „krantenhandelaren" worden genoemd. Zij vertegenwoordigt dezen bij de Belgische autoriteiten en onderhandelt met name over de voor de detailhandel in tabak geldende vaste fiscale bedragen. Zij werkt samen met ATAB, waarin andere detaillisten in tabaksartikelen dan de „krantenhandelaren" zijn verenigd.

In België zijn er ongeveer 4 500 krantenhandelaren. Zij bereiken ongeveer 60 % van de nationale omzet van sigaretten. Allen tezamen zijn zij belangrijk, maar afzonderlijk zijn zij in den regel zeer kleine detaillisten. In meer dan 90 % van de gevallen werken zij als een soort familie-onderneming.

Met afwijkingen naargelang van de regio's en de winkels, behalen de krantenhandelaren circa 50 % van hun omzet uit tabaksartikelen, terwijl de andere 50 % uit kranten, papierartikelen, speelgoed, enz., voortvloeit. De verkoop van tabaksartikelen is, hoewel minder lucratief, voor het voortbestaan van de krantenhandelaren van wezenlijk belang.

De krantenhandelaren betrekken hun waren in het algemeen van zogenaamde „gespecialiseerde" groothandelaren, van wie zij een plooibaarheid verwachten die praktisch zonder weerga is in de andere sectoren. Deze souplesse is niet mogelijk, wanneer niet enerzijds preferentiële voorwaarden aan gespecialiseerde groothandelaren worden verleend, en anderzijds een groot aantal gespecialiseerde groothandelaren, die eveneens naar het model van familie-ondernemingen werken, onderling concurreren. Deze concurrentie vindt zowel op het niveau van de diensten (zeer frequente leveranties, kredieten, merkenassortiment) als op dat der prijzen (kortingen) plaats.

De krantenhandelaren verbazen zich over de discussies betreffende het beweerde onderscheid tussen erkende en niet-erkende detaillisten. Een dergelijk onderscheid is volgens hen volledig abstract, omdat a) de groothandelaren kortingen toekennen zonder enige consideratie met de door FEDETAB vastgestelde indeling, en b) de vaste fiscale bedragen (vgl. bijlage II bij de opmerkingen) de erkende detaillisten hoger belasten dan de anderen, waardoor elk eventueel nog bestaand verschil wordt opgeheven.

Het voortbestaan van gespecialiseerde groothandelaren is noodzakelijk voor het bestaan van de krantenhandelaren en bijgevolg van de dienstverlening aan het publiek. Het voortbestaan van de gespecialiseerde groothandelaren vereist echter de handhaving van twee kernpunten uit de beschikking van FEDETAB, namelijk een preferentiële marge en algemeen erkende maximum marges.

Want de preferentiële marge stelt deze groothandelaren in staat, kosten te maken, diensten te verlenen en kortingen toe te staan die noodzakelijk zijn voor het voortbestaan van de krantenhandelaren. Met deze marge worden diensten bezoldigd die door andere groothandelaren of grootwinkelbedrijven niet worden verricht.

Zonder een systeem van gemeenschappelijk erkende maximum marges kan de concurrentie tussen fabrikanten op het gebied van de marges en premies de sterkste fabrikanten aanvankelijk ertoe brengen, de aan de gespecialiseerde groothandelaren en aan de anderen verleende voordelen uit te breiden. Een dergelijke poging kan, gezien de stop op de eindprijzen, alleen worden volgehouden door de winst van de fabrikanten te verlagen (hetgeen onwaarschijnlijk lijkt)

en/of door de kosten van de op het niveau van de distributie verleende diensten te verminderen. De aan bepaalde groothandelaren toegekende verhoging van de marge vindt noodzakelijkerwijze plaats door verlaging van de aan anderen toegekende marge, waardoor elk eventueel nog bestaand verschil wordt opgeheven.

Wat het *nut van de krantenhandelaren* betreft, merken dezen op dat hun dienstverlening zozeer door de verbruiker wordt gevraagd dat zij circa 60 % van de nationale omzet van sigaretten verzorgen, terwijl de grootwinkelbedrijven ondanks premies, kortingen en andere direkt of indirekt verleende voordelen slechts 17 à 18 % van die omzet halen.

Tenslotte wijzen de krantenhandelaren erop dat de verkoop van tabaksartikelen noodzakelijk is gebonden aan die van kranten. In deze micro-economische sector maakt een verlaging van de winst met een kwart het onmogelijk te overleven. Hun verdwijning als detaillisten in tabaksartikelen houdt tevens een verdwijning als krantenhandelaren in.

Door op moeilijk vervangbare wijze persartikelen onder het publiek te verspreiden dragen zij naar hun mening binnen de hun gestelde grenzen bij tot de bescherming van de democratische vrijheden.

Ten aanzien van het *recht* merkt FNJ over het aspect van de *verbetering van de verdeling* op, dat de omvang van de door de handelaren gezamenlijk behaalde omzet is toe te schrijven aan de bijzonderheid van hun dienstverlening aan de verbruikers. Deze hangt op haar beurt af van de diensten en voordelen die door de gespecialiseerde groothandelaren worden verleend. Gelet op de starheid van de DHP (die te wijten is aan de geldende Belgische belastingregeling) is een vergoeding van de door deze groothandelaren verleende diensten alleen mogelijk door middel van een passende differentiatie van de door de fabrikanten verleende marges en voordelen.

Wat de rationalisatie van het distributiestelsel op het niveau der groothandelaren betreft, hangt de kwaliteit van de dienstverlening af van het voortbestaan van een groot aantal gespecialiseerde bedrijven. Het is wel waar dat er op het niveau van de detaillisten in België een te groot aantal verkooppunten bestaat. Doch doordat de beschikking van de Commissie de gespecialiseerde groothandelaren van de markt verdringt leidt zij tot de verdwijning van een belangrijk gedeelte van de ongeveer 4 500 krantenhandelaren, die circa 60 % van de omzet halen. Daarentegen tast de beschikking van de Commissie het bestaan van de ongeveer 75 000 andere verkooppunten in kruidenierszaken, café's, fourniturenzaken enz., die in het algemeen door de groothandelaren in levensmiddelen of de horeca met enkele merken worden bevoorraad, geenszins aan. De door de Commissie gestimuleerde rationalisatie kan derhalve niet door de door haar bepleite middelen worden bereikt.

Zou een voor de traditionele handel gunstige structuur verdwijnen, dan komt het systeem van grootwinkelbedrijven daarvoor in de plaats. Met hun grote vraag zouden zij weergaloze kortingen verkrijgen en daarmee het concentratieproces in de distributie versnellen. De eindverbruiker zou dubbel worden gestraft doordat hij de dienstverlening verliest, zonder er zeker van te zijn dat hij een prijsverlaging verkrijgt.

Wat het *billijk aandeel van de verbruikers in de voordelen* betreft betoogt FNJ dat

de Aanbeveling ten goede komt aan de krantenhandelaren (wegens de aan de gespecialiseerde groothandelaren toegekende voordelen) en aan de verbruikers (talrijke verkooppunten, uitgebreid scala van merken, verse produkten).

Ten aanzien van *het ontbreken van niet-onontbeerlijke beperkingen,* blijkt de noodzaak om het geheel der door de Aanbeveling getroffen regelingen te handhaven uit de reeds uiteengezette feiten.

Met betrekking tot *het ontbreken van mogelijkheden om de mededinging uit te schakelen* betoogt FNJ dat de dwingende eisen van het belastingstelsel weliswaar tot een globaal gezien soortgelijk gedrag van de ondernemingen leidt, doch dat de talrijke nog bestaande vrijheden op het niveau van de kortingen en diensten een uiterst levendige concurrentie teweegbrengen, die door de Aanbeveling geenszins wordt uitgeschakeld.

FNJ *concludeert* hieruit dat, voorzover het Hof zal hebben te oordelen over de wettigheid van de beschikking op basis van artikel 85, lid 3, het wellicht tegen wil en dank genoopt is, het terrein van de strikt juridische beoordeling te verlaten. De richting waarin zijn uitspraak zal gaan hangt dan af van zijn keuze van de samenleving en zijn visie op het kwalitatieve kader der menselijke betrekkingen.

De algemene concentratie van de distributie enerzijds en het voor de inflatiebestrijding noodzakelijke laaghouden van de prijzen door de overheid anderzijds, verlangen dat de onafhankelijke detailhandel wordt beschermd, wil hij niet in zijn geheel verdwijnen.

In haar opmerkingen inzake de memorie van FNJ, beklemtoont de *Commissie* dat het in haar beschikking veroordeelde kartel hoofdzakelijk een *horizontaal* kartel is tussen de voornaamste op de Belgische markt werkzame fabrikanten (die bovendien voor het merendeel importeur zijn en tot multinationale concerns behoren), dat ook verticaal naar de handelaren zijn handelsbeperkende werking heeft uitgeoefend.

De Commissie ziet in de verschillende beweringen in het feitenrelaas van FNJ, met name wat het aspect van de merkbaarheid betreft, een versterking van de werking die van de onderlinge afstemming der fabrikanten kon uitgaan en door de toegepaste beperkingen werden veroorzaakt.

In verband met de weigering om een ontheffing krachtens artikel 85, lid 3, te verlenen, bestrijdt de Commissie met name het argument van FNJ dat alleen de dienstverlening van de gespecialiseerde groothandelaren het mogelijk maakt het publiek in talrijke verkooppunten een zeer uitgebreid scala van merken en verse produkten aan te bieden.

Te dezen wijst de Commissie er met name op dat een *gering aantal merken* (maximaal 30) bijna het totale verbruik van sigaretten kan dekken en dat de door de Aanbeveling opgelegde hoge minimum hoeveelheden derhalve slechts een verplichting inhouden die ertoe dient om een zeer klein aanvullend gedeelte van dit verbruik te dekken. Het *aantal detailhandelsverkooppunten* waaraan in de Aanbeveling een minimum aantal merken wordt voorgeschreven, is zeer beperkt (2 500 van de 80 000). *Rechtstreekse ver-*

koop van de fabrikanten dekt bijna het geheel der leveranties aan de grootwinkelbedrijven en gespecialiseerde detaillisten. *De gespecialiseerde groothandelaren* verkopen het grootste gedeelte van hun produkten aan *niet-gespecialiseerde detaillisten,* die aan geen enkele verplichting omtrent een minimum assortiment zijn gebonden. De *omzetsnelheid* is zeer groot en bijgevolg wordt de versheid van de produkten niet bijzonder bedreigd.

Voorts kan men *op grond van de ontwikkeling van de gewoonten van de verbruiker* die meer in grootwinkelbedrijven koopt en meer dan vroeger met hele sloffen tegelijk, betwijfelen of de door de gespecialiseerde handelaren verleende diensten voor deze verbruiker werkelijk noodzakelijk zijn, terwijl het toch duidelijk is dat sigaretten een zeer gangbaar verbruiksartikel vormen voor de koop en het verbruik waarvan geen speciale diensten noodzakelijk zijn.

2. *Interveniënte GB* bestrijdt met name het argument van verzoeksters dat de bescherming van de gespecialiseerde handel een verbetering van de distributie mogelijk maakt doordat de kwaliteit van de dienstverlening aan de verbruiker wordt verhoogd.

Hierover merkt zij met name op dat de instandhouding van deze handel door de invoering van een eenvormig systeem van distributiemarges niet leidt tot en „verbetering" van de distributie ten behoeve van de verbruiker, doch veeleer tot behoud van een bereikte toestand. Om de handhaving van deze situatie te kunnen aanmerken als een verbetering die voor de ontheffing van artikel 85, lid 3, in aanmerking komt, moet worden aangetoond:

1) dat de bescherming van de gespecialiseerde handel gerechtvaardigd is door de beweerde voordelen;

2) dat bij ontbreken van door alle fabrikanten en importeurs getroffen maatregelen deze handel gedoemd is te verdwijnen;

3) dat de vastgestelde maatregelen inderdaad de bescherming van deze handel kunnen waarborgen.

GB beklemtoont dat er een wezenlijk verschil bestaat tussen de verplichting van een groot assortiment (in casu duiden verzoekers dit aan als het grootste voordeel van de specialisatie) die door een *individuele* fabrikant aan zijn wederverkopers wordt opgelegd, en een assortimentsverplichting die voor alle fabrikanten *gezamenlijk* van een bepaalde industriële sector collectief wordt voorgeschreven. In eerstgenoemd geval is een dergelijke verplichting rechtmatig, terwijl zij in laatstgenoemd geval verdacht is.

Indien het concurrentiemechanisme tussen de tabaksfabrikanten werkelijk functioneert, dan is in casu normaliter te verwachten dat de fabrikanten van de „grote merken" eerder zullen trachten hun individuele afzet te verhogen ten nadele van die van hun concurrenten, dan te pogen, de minst gevraagde merken en de minst rendabele producenten op de markt te houden. In het kader van de Belgische regeling, waarin de aanvragen voor prijsverhogingen collectief door de sector tabaksprodukten worden ingediend en door haar worden gerechtvaardigd op basis van kostenelementen van alle producenten, biedt dit beleid evenwel voordelen. Het wordt hierdoor namelijk mogelijk, de gevraagde prijsverhogingen te rechtvaardigen aan de hand van de fabricagekosten van de minst produktieve fabrikanten, hetgeen de produktiefste fabrikanten verzekert van een aan

de gegeven omstandigheden te danken extra winst.

Volgens GB is het niet zeer waarschijnlijk dat de handel een ernstig nadeel zou ondergaan indien voor de Aanbeveling geen ontheffing wordt verleend.

Want niets verhindert de fabrikanten om individueel aan bepaalde distributeurs gunstiger voorwaarden te verlenen, indien dezen belangrijke diensten verlenen. Indien een dergelijke maatregel gerechtvaardigd is met het oog op de marktomstandigheden, zal zij natuurlijk navolging vinden bij de andere marktdeelnemers. Wanneer de gespecialiseerde handel werkelijke voordelen biedt voor de producenten en de verbruikers, dan zal het voortbestaan daarvan door de concurrentie worden gewaarborgd.

GB geeft toe, dat de toekenning van een grotere winstmarge de begunstigde in staat kan stellen, zijn concurrentiepositie te verbeteren door meer reclame of een soepeler beleid ten aanzien van de DHP te voeren, waardoor hij nieuwe klanten kan aanwerven of althans de bestaande klantenkring kan behouden.

In casu wordt aan de gespecialiseerde handel evenwel geen van deze beide mogelijkheden geboden.

Enerzijds wordt de reclame voor tabaksfabrikaten rechtstreeks verzorgd door de fabrikanten en importeurs en niet door de detailhandel.

Anderzijds is het de gespecialiseerde handel niet mogelijk, de verbruikers te laten profiteren van de hem toegekende hogere winstmarge door zijn DHP's te verlagen. Dit vloeit in de eerste plaats voort uit de Belgische wetgeving inzake de BTW, aan de invoering waarvan verzoekers zozeer hebben bijgedragen, en in de tweede plaats uit de stelselmatige weigering van juist deze verzoekers om tabaksprodukten te leveren tegen banderolprijzen die onder de in het algemeen op de markt gehanteerde prijzen liggen.

FEDETAB stelt ten aanzien van de vraag of aan de materiële voorwaarden voor verlening van ontheffing is voldaan, dat geen der door GB te dezen aangevoerde argumenten tot staving van de stelling van de Commissie, het standpunt van verzoekers vermag aan te tasten dat de gewraakte maatregelen daadwerkelijk de distributie der betrokken produkten bevorderen ten voordele van de verbruikers.

Men kan daarentegen de gegrondheid van de overtuiging van GB betwijfelen, dat het voortbestaan van het net van kleine gespecialiseerde distributeurs niet in gevaar zou worden gebracht, indien de stelling van de Commissie de overhand zou krijgen. Uit de statistieken blijkt bijvoorbeeld dat het aandeel in de distributie dat in handen van de grootwinkelbedrijven en met name van GB is, steeds toeneemt, zodat terecht kan worden betwijfeld of de ontwikkeling tot wederzijds voordeel van de gespecialiseerde handel en de grootwinkelbedrijven verloopt.

Vander Elst betwist met name de stelling van GB dat *een verbetering van de verdeling* met handhaving van de huidige structuur eerst kan worden bereikt wanneer wordt aangetoond dat de bescherming van de bestaande gespecialiseerde handel gerechtvaardigd is door de daarmee gepaard gaande voordelen, dat deze handel bij ontbreken van beschermende maatregelen zou komen te verdwijnen en dat de Aanbeveling het voortbestaan hiervan verzekert.

Bij haar onderzoek of deze drie voorwaarden zijn vervuld heeft interveniënte, evenals de Commissie, de doorslaggevende punten over het hoofd gezien.

Zo miskent zij evenals de Commissie dat de voornaamste marktdeelnemers die

zijn betrokken bij het distributiestelsel en daarbinnen bij de assortimentsverplichting, niet de gespecialiseerde detailhandelaren zijn die zich *rechtstreeks bij de fabrikanten en importeurs* bevoorraden (dit zijn er relatief weinig), maar de *gespecialiseerde groothandel* die 80 % van de in België verkochte sigaretten verhandelt.

GB onderstelt vervolgens dat de Aanbeveling dwingend voorschrijft dat bijna alle sigarettenmerken aan de eindverbruiker moeten worden aangeboden. Zij zou evenwel moeten weten dat de assortimentsverplichting slechts kan worden toegepast op de rechtstreekse afnemers van fabrikanten en importeurs.

Voorts lijkt GB uit te gaan van het feit dat de Aanbeveling ten doel heeft, minimum winstmarges vast te stellen. In werkelijkheid gaat het om maximum marges die in het kader van de Belgische wettelijke regeling betreffende de prijsverhogingen worden vastgesteld. Ook de Commissie, waarnaar interveniënte te dezen uitdrukkelijk verwijst, schijnt aan deze vergissing vast te houden.

Tenslotte is GB ten onrechte van mening dat zowel het Belgische fiscale recht als het gemeenschapsrecht onder-banderollering toestaan.

Volgens verzoekster dient te worden vastgesteld dat, zelfs op basis van de door interveniënte zelf genoemde voorwaarden, de handhaving van de huidige structuur van de detailhandel dankzij de Aanbeveling van FEDETAB leidt tot een verbetering van de verdeling der goederen.

De fabrikanten en importeurs van sigaretten in België zijn afhankelijk van de bestaande gespecialiseerde handel omdat alleen deze tegen interessante kosten het voordeel van een distributie van goederen dicht bij verbruikers, in het belang van de fabrikanten en de verbruikers garandeert, en de invoering van nieuwe merken ondersteunt. GB zelf heeft onlangs het beste bewijs van het onontbeerlijke karakter van de gespecialiseerde handel geleverd: begin maart 1979 heeft verzoekster het nieuwe merk „extra lichte Belga, blauw" op de markt gebracht; tot eind juli heeft GB geweigerd dit merk te verhandelen en zij heeft het eerst in haar assortiment opgenomen toen men dankzij de distributie door de gespecialiseerde groothandel de zekerheid had dat dit merk een succes zou worden.

Deze sigaret met een bijzonder laag teer- en nicotinegehalte had in een distributiestelsel zoals interveniënte dit bepleit, niet op de Belgische markt kunnen worden gebracht.

Ondanks alle latere beweringen van het tegendeel heeft de Commissie zelf ingezien dat er gevaar bestond voor instorting van de detailhandel indien de voordelen die hij geniet zouden worden afgeschaft en heeft zij dit in haar beschikking uitdrukkelijk aanvaard (beschikking, nr. 123).

H — Middel betreffende een algemeen rechtsbeginsel

Vijftiende middel: schending van het algemeen rechtsbeginsel van gelijkheid van openbare en particuliere bedrijven voor het Verdrag, doordat de Commissie de vrije industrie in België heeft veroordeeld en tegelijkertijd onbetwistbare mededingingsbeperkingen in twee landen met een staatsmonopolie duldt

Dit middel is geheel of gedeeltelijk voorgedragen door *alle verzoeksters,* behalve Jubilé en Vander Elst.

FEDETAB betoogt dat de toegang tot de markt in Frankrijk en Italië — landen met een staatsmonopolie voor tabak — wordt belemmerd door talrijke belangrijke hindernissen van wettelijke en administratieve aard, waarvan de voornaamste de volgende zijn:

a) het ontbreken van besluiten ter uitvoering van de Italiaanse wet nr. 724 van 10. 12. 1975, tot aanpassing van het monopolie;

b) handhaving van het fabricagemonopolie;

c) vaststelling van de prijzen van binnenlandse en ingevoerde produkten volgens merk en op een zo laag peil dat de importen daardoor worden belemmerd;

d) kunstmatige handhaving van grote verschillen tussen de prijzen van binnenlandse produkten en vergelijkbare ingevoerde produkten, waarbij de verliezen van het monopolie ten laste van de staat komen;

e) feitelijke handhaving van het exclusieve distributienet van de monopolies en volledig ontbreken van enig net van onafhankelijke groothandelaren;

f) handhaving van het monopolie van detaillisten, leidende tot een beperking van het aantal verkooppunten en de totale uitsluiting van grootwinkelbedrijven;

g) volledig verbod (Italië) of draconische beperking (Frankrijk) van reclame.

FEDETAB beklaagt zich erover dat de Commissie na de inleiding van een procedure tegen de monopolies op grond van artikel 169 EEG-Verdrag, het voorwerp hiervan heeft beperkt tot twee onbelangrijke punten, namelijk de handhaving van een exportmonopolie en de handhaving van het uitsluitend recht van invoer van produkten die zich in een andere Lid-Staat in het vrije verkeer bevinden, maar uit derde landen afkomstig zijn.

De Commissie kan echter niet op willekeurige wijze beslissen of er al dan niet tot vervolging moet worden overgegaan wegens een door een staat of onderneming begane overtreding van het Verdrag. Zij is gebonden aan de algemene beginselen van het gemeenschapsrecht.

Het is algemeen erkend dat het Verdrag zonder onderscheid van toepassing is op openbare en particuliere bedrijven (alleen artikel 90, lid 2, uitgezonderd). De Commissie kan zich derhalve tegenover een openbaar bedrijf niet alleen daarom toleranter tonen, omdat het openbaar is.

Indien een Lid-Staat strijdig handelt met dit Verdrag is de Commissie verplicht, een procedure op grond van artikel 169 in te leiden. Daarentegen behoudt de Commissie bij overtredingen van het Verdrag door ondernemingen haar beoordelingsbevoegdheid en is zij niet verplicht een procedure in te leiden (vgl. Gleiss, Hirsch, Kommentar zum EWG-Kartellrecht, verord. 17, artikel 3, noot 5). Daaruit volgt dat de vervolging van door een Lid-Staat begane overtredingen voorrang moet hebben boven de vervolging van door ondernemingen begane overtredingen.

Weliswaar beschikt de Commissie over een discretionaire bevoegdheid, doch deze is in elk geval begrensd in die zin dat zij bij verscheidene vergelijkbare overtredingen niet de minder belangrijke mag verbieden en de ernstigere mag verwaarlozen.

De Commissie miskent deze drie regels die haar discretionaire bevoegdheid beperken wanneer zij de Belgische industrie gelast, de Aanbeveling op te heffen, waarvan de werking op het handelsverkeer louter theoretisch is, terwijl zij sedert 1970 het voortbestaan van de monopoliestructuur in Frankrijk en Italië duldt.

De *Commissie* spreekt in haar verweerschrift de bewering tegen dat zij in twee landen met staatsmonopolie, namelijk Frankrijk en Italië, „onbetwistbare mededingingsbeperkingen duldt".

Want zij heeft krachtens artikel 37 EEG-Verdrag de aanpassing geëist van de monopolies van commerciële aard waarover deze twee Lid-Staten beschikken. Zij geeft een samenvatting van de procedures die zij heeft gevoerd teneinde deze monopolies aan te passen.

Voorts heeft zij sedert 1976 procedures ingeleid op verdenking van inbreuk op de artikelen 85 en 86 terzake van de exclusiviteitsovereenkomsten die door SEITA en AAMS zijn gesloten met de meeste buitenlandse fabrikanten van tabaksprodukten (waaronder vennootschappen die worden gecontroleerd door bepaalde concerns waartoe verzoekers behoren).

Verzoekers hebben bij de omschrijving van dit middel de specifieke bepalingen inzake openbare bedrijven (artikel 90) verward met die van artikel 37 betreffende de aanpassing van nationale monopolies van commerciële aard, welke onder het hoofdstuk van het Verdrag betreffende de afschaffing van de kwantitatieve beperkingen tussen de Lid-Staten vallen. Deze verwarring maakt een juist begrip van de juridische redenering van verzoekers op dit punt onmogelijk, zodat de Commissie hierop slechts kan antwoorden met het dringend verzoek dat zij zich duidelijk uitdrukken.

Men kan in elk geval niet de door enkele verzoekers en met name door FEDETAB gedane bewering aanvaarden dat de vervolging van door een Lid-Staat begane overtredingen voorrang moet hebben boven de vervolging van door ondernemingen begane overtredingen, en dat artikel 85 bijgevolg niet van toepassing kan zijn op de gewraakte maatregelen, of dat de Commissie geen procedure kan inleiden en geen beschikking tot verbod van deze maatregelen kan nemen.

Onder verwijzing naar de door de Commissie gegeven toelichtingen stelt *FEDETAB* in repliek dat zij ervan overtuigd blijft dat de Commissie de door het beginsel van gelijkheid van ondernemingen voor het Verdrag gestelde grenzen harer discretionaire bevoegdheid niet heeft geëerbiedigd. De onlangs door de Commissie ingeleide procedures doen hieraan niets af. Zij strekken niet tot de aanpassing van het monopolie teneinde elke discriminatie uit te sluiten.

De *Commissie* somt in dupliek de stappen op die zij ten aanzien van België, Frankrijk, Italië en Nederland heeft ondernomen teneinde de sector tabaksfabrikaten te liberaliseren.

De Commissie stelt dat zij op 24 oktober 1978 een brief naar de *Belgische* regering heeft gezonden met het verzoek om uitleg over de praktijk waarbij wordt geweigerd fiscale bandjes te leveren die overeenkomen met verschillende DHP's voor sigaretten van eenzelfde merk. De Belgische regering heeft op deze brief niet geantwoord.

Op 22 januari 1979 heeft de Commissie de regering aangemaand, opmerkingen te maken inzake artikel 58 van het Wetboek inzake de BTW (bijlage 11 bij de dupliek).

Tegen *Frankrijk* heeft de Commissie onder meer op 30 november 1978 een procedure ingeleid wegens inbreuk op de artikelen 37 en 30, die met name betrekking heeft op de in dit land gehanteerde verhandelingsvoorwaarden. De Franse

regering heeft bij brief van 19 januari 1979 geantwoord op de aanmaning van de Commissie van 5 december 1978. Deze procedure loopt.

Op 26 oktober 1978 heeft de Commissie bovendien een brief aan de Franse regering gericht met het verzoek, zich uit te laten over de vaststelling van DHP's. De regering heeft op deze brief nog niet geantwoord.

De *Italiaanse* autoriteiten hebben in aansluiting op de inleiding van een procedure door de Commissie in januari 1979 wegens inbreuk op de artikelen 37 en 30 aan de Commissie een ontwerp-decreet overgelegd ter uitvoering van de wet tot afschaffing van het invoer- en groothandelsmonopolie. Deze procedure loopt.

Nederland heeft in 1978 in aansluiting op een door de Commissie ingeleide procedure een eind gemaakt aan een inbreuk op de bepalingen van de belastingrichtlijnen. Op 14 december 1978 heeft de Commissie de procedure van artikel 93, lid 2, ingeleid ter zake van bepaalde steunmaatregelen voor de sector sigaretten. De procedure loopt.

De Commissie bereidt thans een mededeling van de punten van bezwaar uit hoofde van artikel 85 voor met het oog op het door de Stichting Sigarettenindustrie ingevoerde distributiestelsel.

Ten aanzien van het *recht* is de Commissie van mening dat het enige argument van FEDETAB uiteindelijk is, dat de Commissie de grenzen harer discretionaire bevoegdheid heeft overschreden, welke grenzen worden gesteld door het beginsel van gelijke behandeling van openbare en particuliere bedrijven.

Gesteld al dat een dergelijke grens bestaat, ziet de Commissie niet in hoe zij deze in de onderhavige omstandigheden heeft overschreden. Met de verwijzing naar inbreuken die door andere ondernemingen of Lid-Staten zijn begaan trachten verzoeksters veeleer, zich een alibi te verschaffen om het in artikel 85 neergelegde verbod te kunnen ontlopen. De ene overtreding kan evenwel nooit de andere rechtvaardigen.

I — Middelen die slechts door enkele verzoekers zijn voorgedragen

Zestiende middel: schending van de artikelen 85 en 190 EEG-Verdrag, doordat de Commissie de Aanbeveling van 1 december 1975 ten onrechte heeft beschouwd als het verlengstuk van de voor die datum getroffen maatregelen en de Aanbeveling deswege onjuist heeft beoordeeld

Dit middel wordt alleen door *Jubilé* en *Vander Elst* als afzonderlijk middel aangevoerd. Enkele andere verzoekers, met name *FEDETAB,* hebben te dezen echter opmerkingen van feitelijke aard gemaakt.

Jubilé merkt op dat de bepalingen van de Aanbeveling volgens de Commissie slechts een verlengstuk vormen van de overeenkomsten en besluiten van vóór 1 december 1975.

Deze opvatting, die als een rode draad door de hele beschikking loopt (nr. 103), vormt een kapitale miskenning van de Aanbeveling en is zo ernstig dat zij een vernietiging van de beschikking wegens toepassing van artikel 85, lid 1, op *onjuiste feiten,* reeds op deze grond rechtvaardigt.

Deze stelling wordt ook verdedigd door *Vander Elst* die betoogt dat een vergelijking van de mededingingsbeperkingen die volgens de Commissie uit de oude overeenkomsten voortvloeiden met de inhoud van de Aanbeveling aantoont dat het gaat om twee *totaal verschillende feitelijke situaties,* die derhalve *uiteenlopende gevolgen voor de mededinging* meebrengen.

De onder het regime van de oude overeenkomsten opgelegde verplichtingen (vgl. artikel 1, sub 2 tot 6 van de aangevochten beschikking) zijn immers niet meer opgenomen in de Aanbeveling. Deze stelt geen bepaalde winstmarges meer vast maar beveelt maximum marges aan. Zij laat de fabrikanten alle vrijheid om andere individuele vergoedingen te verlenen, bindt de groothandelaren geheel niet meer wat hun wederverkoopvoorwaarden betreft en bevat derhalve geen enkel element van verticale mededingingsbeperking meer.

Het feit dat de *gehele beoordeling rechtens* van de Aanbeveling ook berust op miskenning van de werkelijke verschillen tussen de Aanbeveling en de oude overeenkomsten, *blijkt* met name uit de nrs. 60, 96, 97 en 103 van de beschikking. Deze vergissing inzake de feitelijke omstandigheden brengt de Commissie ertoe, de beweerde beperkende gevolgen voor de mededinging van de Aanbeveling te motiveren met de gevolgen van de oude overeenkomsten.

De *Commissie* merkt ten aanzien van de *feiten* op, dat zij in het feitenrelaas van de beschikking twee afzonderlijke gedeelten heeft gewijd aan de beschrijving van de vroegere maatregelen (nrs. 19 tot 57) en aan de Aanbeveling (nrs. 58 tot 76). Over het doel van deze maatregelen is geen misverstand mogelijk. De Commissie heeft in nr. 60 van de beschikking integendeel zelfs opgemerkt dat deze Aanbeveling „bestemd is om de maatregelen sub I C te vervangen".

In het dispositief van de beschikking is dit onderscheid derhalve correct gehandhaafd door de toepassing van artikel 85 op deze maatregelen in twee gescheiden artikelen te behandelen, namelijk: artikel 1 voor de vroegere maatregelen en artikel 2 voor de Aanbeveling.

In deze lijn ligt ook de beoordeling rechtens van de beschikking, waarin deze maatregelen afzonderlijk worden onderzocht, namelijk in de nrs. 77 tot 93, alsmede 110 en 112 (vroegere maatregelen) en in de nrs. 94 tot 108, alsmede 113 en 134 (Aanbeveling).

Het is duidelijk dat de maatregelen van vóór en na 1 december 1975 soortgelijke doelstellingen hebben, zelfs indien bepaalde verschillen kunnen worden vastgesteld. In beide gevallen betreffen zij de handelsmarges, de eindejaarsristorno's en de afstemming betreffende de maximum betalingstermijnen. Voorts staat vast dat *alle* verzoekers deze maatregelen zowel vóór als na 1 december 1975 hebben toegepast.

Ten aanzien van het *recht* merkt de Commissie op dat het Hof in zijn arrest-*Suiker Unie* (overweging 111) heeft overwogen dat aan de Commissie nergens wordt verboden zich bij één enkele beschikking over verschillende inbreuken uit te spreken, zolang slechts iedere adressaat in de beschikking nauwkeurig kan lezen welke grieven er tegen hemzelf bestaan. De beschikking van de Commissie maakt het mogelijk, duidelijk onderscheid te maken tussen de verschillende maatregelen.

De Commissie houdt staande dat het in het licht van artikel 190 van het Verdrag volkomen geoorloofd en normaal is, in het gedeelte van haar motivering betreffende de beoordeling van bepaalde maatregelen te verwijzen naar soortgelijke of identieke gevolgen, die maatregelen met overeenkomstige doelstellingen voordien hebben gehad.

Zeventiende middel: schending van de artikelen 85 en 190 EEG-Verdrag, doordat de Commissie ten onrechte meende dat de Aanbeveling een overeenkomst tussen ondernemingen vormde of verzoekers verplichtingen oplegde

Dit middel is alleen door verzoeksters *Jubilé* en *Vander Elst* als afzonderlijk middel aangevoerd. Enkele andere verzoekers, met name *FEDETAB,* hebben feitelijke overwegingen aan dit onderwerp gewijd.

Jubilé betoogt dat de Commissie reeds *wat de feiten betreft* miskent dat de Aanbeveling naar geest en doelstelling slechts een aanbeveling en derhalve juist geen „ware verplichting" (beschikking, nr. 61) inhoudt. Uit het feit dat de Aanbeveling uitgaat van de beheerraad van FEDETAB mag men een dergelijke juridische verplichting niet afleiden. Het is mogelijk dat de Aanbeveling door haar ontstaansgeschiedenis het karakter heeft van een besluit van een ondernemersvereniging; doch deze ontstaansgeschiedenis heeft niets te maken met de rechtens verbindende aard van de Aanbeveling.

Vander Elst merkt op, dat de Commissie de Aanbeveling kwalificeert als een *overeenkomst* van die ondernemingen die, zoals verzoekster, haar schriftelijk hadden meegedeeld dat zij zich bij deze Aanbeveling aansloten. De Commissie gaat uit van het „werkelijk bindende karakter" van de Aanbeveling (beschikking, nrs. 61 en 99).

Deze beoordeling rechtens is onjuist. Alleen een tussen twee of meer partijen volgens nationaal recht gesloten bindend *contract* kan als een overeenkomst worden gekenschetst. De Aanbeveling heeft echter *geen bindende werking* betreffende het marktgedrag evenmin als elke maatregel die dient ter eerbiediging daarvan. De Aanbeveling laat elke fabrikant *vrij,* de Aanbeveling te volgen, gedeeltelijk te volgen of niet te volgen.

Verzoekster beschouwt de Aanbeveling evenwel als leidraad voor haar gedrag.

De *Commissie* herinnert in haar verweerschrift aan de bewoordingen van de aanmelding van de Aanbeveling door FEDETAB en wijst op het feit dat *alle* verzoekers de Commissie hebben meegedeeld dat zij zich bij de aanmelding van FEDETAB aansloten en voornemens waren de Aanbeveling te volgen, en betoogt vervolgens dat zij in punt 94 van de beschikking terecht heeft overwogen dat de Aanbeveling moet worden beschouwd als een besluit van een ondernemersvereniging in de zin van artikel 85, lid 1, en bovendien als een overeenkomst gesloten tussen de ondernemingen die verklaard hebben zich daarbij aan te sluiten.

Ten aanzien van het recht kan de Commissie zich dus niet aansluiten bij de met name door Vander Elst verdedigde stelling dat „alleen een tussen twee of meer partijen volgens nationaal recht gesloten bindend *contract* als een overeenkomst kan worden gekenschetst."

In het onderhavige geval staat, evenals bij de gentlemen's agreements in de kinine-zaak (zaak 44/69, *Buchler/Commissie,* Jurispr. 1970, blz. 733, overweging 25) vast, dat verzoeksters zich over en weer bereid hebben verklaard, de Aanbeveling op te volgen en toegaven dat zij zich sedert 1 december 1975 hieraan hadden gehouden en dat de Aanbeveling aldus de getrouwe uitdrukking vormt van de gemeenschappelijke wil der leden van het kartel betreffende hun gedrag op de Belgische markt.

In repliek blijft *Vander Elst* bij haar stelling dat de Aanbeveling *noch horizontaal, noch verticaal* verbindend is. Wanneer de fabrikant de Aanbeveling volgt en de handelaar erin toestemt, zullen hun contractuele betrekkingen afhangen van de criteria waaraan de handelaar in elk afzonderlijk geval voldoet. Deze rechtstoestand verschilt geheel van die, waarin de overgang van een handelaar van de ene categorie naar de andere afhankelijk is gesteld van een toelatingshandeling.

In dupliek merkt de *Commissie* ten aanzien van de *feiten* op, dat het voornaamste geschilpunt van het onderhavige middel de vraag betreft, of de Aanbeveling verbindend was of niet.

In dit verband moet onderscheid worden gemaakt tussen de verschillende mogelijke betekenissen van het woord „verplichting" naargelang van het redeverband waarin het wordt gebruikt en mogen de verplichtingen die de Aanbeveling in het leven roept voor de ondernemingen die zich daarbij hebben aangesloten niet worden verward met de verplichtingen die daaruit voor derden voortvloeien.

Wanneer de Commissie in punt 61 van de beschikking het woord „verplichting" gebruikt, dan is dit uiteraard in de laatste betekenis van economische dwang voor andere ondernemingen in deze sector, zoals bij lezing van dit punt duidelijk wordt.

Ten aanzien van de vraag of verzoekers door hun toetreding tot de Aanbeveling zich hebben verplicht om de inhoud daarvan te eerbiedigen is de Commissie van mening dat een bevestigend antwoord hierop duidelijk volgt uit de bewoordingen van de brieven waarmee verzoekers hebben verklaard zich bij de Aanbeveling aan te sluiten. Dit volgt ook uit artikel 8, lid 2, van de statuten van FEDETAB en uit de bewoordingen van de aanmelding der Aanbeveling.

Ten aanzien van het *recht* is de Commissie van mening dat de vraag of de Aanbeveling al dan niet verbindend is niets afdoet aan overweging nr. 94 van de beschikking, waarin de Aanbeveling als volgt wordt gekwalificeerd:

„De Aanbeveling ... moet worden beschouwd als een besluit van een ondernemersvereniging in de zin van artikel 85, lid 1, en bovendien als een overeenkomst gesloten tussen de ondernemingen die verklaard hebben zich daarbij aan te sluiten."

Evenmin kan de vraag of de Aanbeveling een verbindend karakter heeft iets afdoen aan haar beperkende werking, aangezien verzoekers zich over en weer bereid hebben verklaard, zich aan de bepalingen ervan te houden (hetgeen verzoekers niet hebben betwist en overigens blijkt uit hun aan de Commissie gerichte brieven in aansluiting op de Aanbeveling, verweerschrift bijlage 7) en toegeven dat zij dit sedert 1 december 1975 inderdaad doen.

Achttiende middel: schending van de artikelen 85 en 190 EEG-Verdrag, doordat de Commissie ten onrechte heeft gemeend dat HVL ten aanzien van de vóór 1 december 1975 getroffen maatregelen onderlinge afstemming met de overige deelnemers heeft betracht

Dit middel wordt alleen voorgedragen door verzoekster *HVL,* die ook op verschillende plaatsen in haar verzoekschrift opmerkingen maakt over de Luxemburgse markt, die volgens de Commissie niet terzake doen.

HVL stelt ten aanzien van de periode vóór 1 december 1975 dat zij geen der in de beschikking bedoelde overeenkomsten heeft ondertekend; zij heeft alleen bij brief van 23 december 1971 deelgenomen aan de collectieve maatregel op het gebied van de betalingstermijnen.

Zij heeft zich gericht naar het gedrag van de andere, Belgische, fabrikanten en importeurs ten aanzien van de organisatie van de Belgische markt, zonder dat daarin het bestaan van een kartel of een onderling afgestemde feitelijke gedraging kan worden gezien.

De *Commissie* merkt ten aanzien van de *feiten* op, dat FEDETAB preciseert dat de op 23 december 1971 genomen maatregel een collectieve maatregel is en dat „de belangrijkste tot FEDETAB behorende fabrikanten hebben besloten, de brief van FEDETAB te ondertekenen, om daaraan het nodige gewicht te verlenen." Hieruit valt af te leiden dat FEDETAB haar leden-fabrikanten (met inbegrip van HVL) wilde binden, ook wanneer dezen niet de andere door hun federatie in hun naam getroffen maatregelen en gesloten overeenkomsten ondertekenden. Hun gedrag toont overigens aan dat dit wel degelijk in hun voornemen lag.

Ten aanzien van het *recht* meent de Commissie dat de beschikking onder de genoemde omstandigheden rechtsgeldig tot de leden van FEDETAB kon worden gericht, niet alleen voorzover zij rechtstreeks hebben deelgenomen aan de betrokken maatregelen, maar ook voorzover zij verantwoordelijk waren voor de vaststelling van dergelijke maatregelen via hun beroepsvereniging.

IV — Door het Hof aan de Belgische regering gestelde vraag en antwoord hierop

Op 18 januari 1980 heeft het Hof de Belgische regering overeenkomstig artikel 21, lid 2, van 's Hofs Statuut verzocht, vóór 20 februari 1980 schriftelijk te antwoorden op de volgende vraag:

„Is het de fabrikant of importeur gezien de Belgische belasting-voorschriften alsmede de Belgische administratieve praktijk op het gebied der accijnzen geoorloofd, *tegelijkertijd* sigaretten van dezelfde kwaliteit en hetzelfde merk, met eenzelfde aantal in dezelfde verpakking, *tegen verschillende banderolprijzen* aan te bieden?"

Na van het Hof verlenging van de genoemde termijn te hebben verkregen heeft de Belgische regering op 25 februari 1980 de door het Hof gestelde vraag *ontkennend* beantwoord en haar antwoord in een gedetailleerde toelichting gerechtvaardigd.

V — Door het Hof aan partijen gestelde vragen

Bij brief van 3 maart 1980 heeft het Hof de Commissie en verzoekers verzocht, ter terechtzitting de volgende vragen te beantwoorden:

1. Vragen aan de Commissie

a) In welke fase bevinden zich de procedures die de Commissie tegen de Franse en de Italiaanse Republiek krachtens artikel 169 EEG-Verdrag heeft ingeleid, en om welke redenen heeft de Commissie in dit verband andere, door verzoekers bekritiseerde, punten betreffende de verhandeling van in de genoemde staten ingevoerde sigaretten, buiten beschouwing gelaten?

b) De Commissie wordt verzocht, meer gedetailleerd haar stelling uiteen te zetten „dat de verhandelingsvoorwaarden waaraan de produkten die verzoekers in België verkopen (waaronder de produkten die zij voordien uit andere Lid-Staten hebben ingevoerd) zijn onderworpen, *indirect* in-

vloed kunnen uitoefenen op de handelsstromen" (dupliek, blz. 128).

2. *Vragen aan verzoekers*

a) Houden de sigarettenfabrikanten die hebben ingestemd met de FEDETAB-Aanbeveling, zich precies aan de in deze Aanbeveling aangegeven marges, of zijn er differentiaties en afwijkingen (zo ja, in welke mate)?

b) Hebben de sigarettenfabrikanten ooit getracht, in het kader van de Belgische regeling inzake prijscontrole afzonderlijk op te treden, en zijn zij daarbij gestuit op hindernissen zijdens de administratie die een onderling afgestemd optreden eiste?

c) Voeren de Belgische fabrikanten, die tegelijkertijd importeur zijn, uitsluitend sigaretten in, die worden geproduceerd door buitenlandse ondernemingen welke tot hetzelfde concern behoren als de importeur van de sigaretten?

d) Welk belang hechten verzoekers aan een ontheffingsbeschikking krachtens artikel 85, lid 3, EEG-Verdrag betreffende de vóór de Aanbeveling van 1 december 1975 toegepaste maatregelen?

e) Welke andere voordelen en vergoedingen kunnen de fabrikanten aan hun afnemers toekennen behalve de winstmarges en de eindejaarsristorno's (zie inzonderheid verzoekschrift in zaak 215/78, blz. 16; repliek in zaak 218/78, blz. 9 en 67)?

VI — Mondelinge behandeling

Ter terechtzitting van 6 en 7 mei 1980 zijn de volgende partijen in hun mondelinge opmerkingen gehoord: verzoekster HVL, te dezen vertegenwoordigd door D. Arendt, advocaat te Luxemburg; verzoekster FEDETAB, te dezen vertegenwoordigd door L. Goffin, A. Braun, P. F. Lebrun en P. van Ommeslaghe, advocaten te Brussel, en door H. G. Kemmler en B. Rapp-Jung, advocaten te Frankfurt/Main; verzoekster Gosset, te dezen vertegenwoordigd door W. Van Gerven, advocaat te Brussel; verzoekster BAT, te dezen vertegenwoordigd door P. F. Lebrun; verzoekster Cinta, te dezen vertegenwoordigd door E. Jakhian, advocaat te Brussel; verzoekster Weltab, te dezen vertegenwoordigd door P. van Ommeslaghe; verzoeksters Jubilé en Vander Elst, te dezen vertegenwoordigd door H. G. Kemmler en B. Rapp-Jung, alsmede door A. Boehlke, advocaat te Frankfurt/Main; interveniënte ATAB, te dezen vertegenwoordigd door J. R. Thys, advocaat te Brussel; interveniënte AGROTAB, te dezen vertegenwoordigd door J. M. van Hille, advocaat te Gent; interveniënte FNJ, te dezen vertegenwoordigd door P. Didier, advocaat te Brussel; de Commissie van de Europese Gemeenschappen, te dezen vertegenwoordigd door haar juridisch adviseur B. van der Esch, als gemachtigde, bijgestaan door J. F. Verstrynge en G. zur Hausen, leden van de juridische dienst; interveniënten Mestdagh, Huyghebaert en FEBEVO, te dezen vertegenwoordigd door L. van Bunnen, advocaat te Brussel; interveniënte GB-INNO-BM, te dezen vertegenwoordigd door L. van Bunnen en A. Vandencasteele, advocaat te Brussel.

Te dezer terechtzitting hebben de Commissie en verzoekende partijen de schriftelijke vragen van het Hof beantwoord. Hun antwoorden kunnen als volgt worden samengevat:

A — Beantwoording van de schriftelijke vragen

1. Antwoorden van de Commissie

a) In antwoord op de eerste vraag die het Hof haar heeft gesteld, heeft de *Commissie* verslag gedaan van de huidige

stand van de procedures wegens verdragschennis krachtens artikel 169 EEG-Verdrag, die zij tegen de Franse en de Italiaanse Republiek heeft ingeleid. In het kader van haar antwoord is de Commissie tevens ingegaan op de door FEDETAB in haar verzoekschrift genoemde belemmeringen voor de toegang tot de Franse en Italiaanse markt (zie hiervoor onder de rubriek „middel betreffende een algemeen rechtsbeginsel") en heeft zij ontkend dat zij deze punten buiten beschouwing heeft gelaten.

b) Ten aanzien van de tweede vraag van het Hof heeft de Commissie gesteld, dat zij in haar memories (met name in dupliek, blz. 128) heeft aangetoond dat de handel tussen Lid-Staten werkelijk ongunstig werd beïnvloed, zelfs indien men rekening houdt met de belemmeringen, verbonden aan de Belgische fiscale regelingen. De Commissie heeft in haar beschikking — bijvoorbeeld in de overwegingen 93 en 107 — uitdrukkelijk gewag gemaakt van de moeilijkheden waarop parallelimporten door handelaren stuiten. Zij meende evenwel dat deze moeilijkheden door de importerende fabrikanten gemakkelijk kunnen worden overwonnen en ook zijn overwonnen. De door verzoekers zelf genoemde importcijfers laten hierover geen twijfel bestaan. Zo heeft verzoekster Cinta, die „Gauloise" importeert, ter zitting in kort geding op 27 oktober 1978 verklaard, dat 56 % van haar omzet met buitenlandse produkten wordt behaald. Zij heeft cijfers genoemd volgens welke de importen in België uit Frankrijk van 500 miljoen tot meer dan een miljard en uit Duitsland van 45 miljoen tot 140 miljoen sigaretten zijn gestegen.

Het behoeft derhalve geen verbazing te wekken, dat de Commissie heeft gemeend dat de wijziging van de verhandelingsvoorwaarden in België ondanks de genoemde moeilijkheden geëigend was, de handelsstromen te doen afwijken van hun natuurlijke oriëntatie, dat wil zeggen van de loop die zij zouden hebben gehad bij ontbreken van de vastgestelde mededingingsbeperkingen, zoals het Hof in het arrest van 15 mei 1975 in zaak 71/74, *Frubo,* heeft overwogen (Jurispr. 1975, blz. 563).

Wanneer verzoekers namelijk collectief het maximum niveau vaststellen van de verschillende financiële voordelen die zij aan hun respectieve wederverkopers, groothandelaren en detaillisten verlenen, sluiten zij daarmee ook de prijsconcurrentie uit die zij op dit gebied zouden kunnen bedrijven bij de wederverkoop van de door hen uit andere Lid-Staten ingevoerde produkten. Deze onderlinge afstemming zijdens verzoekers heeft tot gevolg dat er verhandelingsvoorwaarden ontstaan die niet uit de vrije mededinging voortvloeien, maar met name tot een bepaald vergoedingsniveau voor deze tussenhandelaren leiden. Met dit niveau zullen de andere ondernemingen, die deze produkten in België invoeren of wensen in te voeren rekening moeten houden, met name wanneer zij hun verkoopsprijzen aan de handelaren moeten vaststellen. Bovendien heeft dit niveau volgens de Commissie eveneens tot gevolg, dat importen worden mogelijk gemaakt of verhinderd die verzoekers zelf hadden verricht of niet hadden verricht indien zij over de aan de handelaren te verlenen financiële voordelen geen onderlinge afstemming zouden hebben bereikt.

Bij ontbreken van de onderlinge afstemming zouden sommigen wellicht meer hebben kunnen invoeren, terwijl anderen misschien minder zouden hebben ingevoerd, zodat de onderlinge afstemming van verzoekers in elk geval geëigend is,

de handel tussen Lid-Staten ongunstig te beïnvloeden.

2. Antwoorden van verzoekers

a) Ten aanzien van de vraag in hoeverre de Belgische sigarettenproducenten zich houden aan de in de Aanbeveling aangegeven marges, heeft *FEDETAB* gesteld dat deze marges worden nageleefd door Cinta, Vander Elst, Jubilé, BAT en Weltab, waarbij Weltab erop heeft gewezen dat zij te dezen te leidende onderneming Vander Elst volgt. *HVL* heeft opgemerkt dat zij zich nauwgezet houdt aan de betrokken marges.

b) Ten aanzien van de vraag of de sigarettenfabrikanten ooit hadden getracht, in het kader van de Belgische regeling inzake prijscontrole afzonderlijk op te treden, heeft verzoekster *BAT* betoogd dat een poging tot een afgezonderd prijsbeleid volstrekt vruchteloos zou zijn. In dit verband wees zij op de ervaring die zij heeft opgedaan bij de invoering van een nieuw sigarettenmerk, namelijk het merk „Gold Dollar", voor de prijs van 32 frank per pakje van 25 sigaretten, die na de prijsverhoging van 15 oktober 1977 is gestegen tot 37 frank per pakje, omdat het fiscale bandje van 37 frank destijds het laagste was dat door de administratie werd aangeboden. Na de herinvoering van het fiscale bandje van 35 frank op aanvraag van verzoekster, is het laagst geprijsde fiscale bandje zonder enige waarschuwing gestegen tot 38 frank per pakje, waarbij de administratie als enige commentaar gaf dat „enkele der goedkoopste prijsklassen zijn afgeschaft". Deze ervaring toont aan dat de staat de prijs van sigaretten in de hand heeft.

c) In antwoord op de derde vraag van het Hof heeft *FEDETAB* aan de hand van cijfers gesteld dat, voor zover de Belgische fabrikanten tegelijkertijd importeur zijn, het bijna uitsluitend gaat om sigaretten die door tot hetzelfde concern als de importeur behorende buitenlandse ondernemingen zijn geproduceerd.

d) Wat betreft de vierde vraag heeft *Weltab* de redenen uiteengezet waarom de meeste verzoekers hun conclusies ten aanzien van de vóór de Aanbeveling van 1 december 1975 toegepaste maatregelen handhaven. Zij heeft enerzijds beweerd dat deze verzoekers om redenen van handelsmoraal een veroordeling wensen te vermijden. Anderzijds bevatten de overeenkomsten van vóór 1975 ook indelingen van tussenhandelaren die in bepaalde opzichten te vergelijken zijn met die welke in de Aanbeveling zijn voorgeschreven, zodat het enigszins inconsequent leek van een discussie van de vroegere situatie af te zien.

e) In antwoord op de laatste vraag heeft *FEDETAB* een reeks voordelen en vergoedingen genoemd, die de fabrikanten naast de winstmarges en eindejaarsristorno's aan hun afnemers kunnen toekennen. Het gaat met name om regelmatige bezoeken, snelle aanvulling van uitgeputte voorraden bij de detaillisten, verkoopbevorderende en advertentiecampagnes, premies bij het in de handel brengen van een nieuw merk, de levering van gratis monsters en het geven van juridisch advies.

B — Antwoorden op de door het Hof ter terechtzitting gestelde vragen

1. Op het verzoek om commentaar op de stelling dat de Aanbeveling weliswaar distributiemarges, en inzonderheid marges voor de groothandelaren vaststelt,

doch dat in werkelijkheid de Belgische regering in het kader van de prijscontrole de handelsmarges vaststelt, heeft de *Commissie* geantwoord, dat het ondanks een zekere schijn van gelijkheid om twee zeer verschillende dingen gaat. De Belgische prijscontrole betreft namelijk slechts de maximum verhogingen van de DHP. Zij heeft ten doel de prijsinflatie af te remmen. Toen de Belgische minister zijn fiat gaf aan de door FEDETAB voorgestelde maximum verhogingen van de DHP's, maakte hij gewag van een bijzondere berekeningsfactor, namelijk een bepaalde verhoging van de maximum marge der groothandelaren. Het kartel heeft echter een andere rol. FEDETAB neemt akte van de berekeningsfactor die de minister in staat stelde de verhoging van de DHP's goed te keuren en vormt vervolgens deze berekeningsfactor om tot een regelrechte mededingingsbeperking. De beide acties, enerzijds die van de regering en anderzijds die van het bedrijfsleven, vullen elkaar zo op schier ideale wijze aan. De Commissie heeft hieraan toegevoegd dat dit alles betrekking heeft op de verhogingen van de marges die doorwerken in de DHP's, terwijl het voornaamste horizontale effect van het kartel schuilt in het verbod dat de sigarettenfabrikanten elkaar opleggen, om individueel, buiten de indeling om, aan deze of gene groothandelaar grotere marges toe te kennen, en wel ten koste van hun eigen winstmarges, zonder uitwerking op de DHP's.

2. Het Hof heeft voorts de vraag gesteld wat het nut is van de Aanbeveling indien er — zoals verzoekers betogen — praktisch geen concurrentiemogelijkheden op het gebied van prijzen en handelsmarges bestaan wegens de verschillende ingrepen van de Belgische staat. FEDETAB heeft hierop geantwoord dat de Aanbeveling op het met name voor de marges zeer kleine restgebied dat buiten het keurslijf van de wettelijke voorschriften is gebleven, een indeling invoert die de handel een zekere overlevingskans waarborgt. Deze indeling die vooral een onderscheid tussen groothandelaren en detaillisten naargelang van hun functies mogelijk maakt, verzekert tevens een goede organisatie van de distributie.

De advocaat-generaal heeft ter terechtzitting van 3 juli 1980 conclusie genomen.

In rechte

I — Algemene overwegingen

1 De onderhavige beroepen strekken tot nietigverklaring van beschikking nr. 78/670/EEG van 20 juli 1978 inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag (IV/28.852 GB-INNO-BM/FEDETAB; IV/29.127 Mestdagh-Huyghebaert/FEDETAB en IV/29.149 — „Aanbeveling FEDETAB") waarin verzoekers wordt verweten verschillende inbreuken op genoemd artikel te hebben gepleegd.

2 Verzoekers zijn alle in artikel 4 van de beschikking opgesomde adressaten van de beschikking, namelijk de vereniging zonder winstoogmerk Belgisch-Luxemburgse Federatie der Tabakverwerkende Industrieën (hierna te noemen FEDETAB), een beroepsvereniging die bijna alle Belgische en Luxemburgse fabrikanten van tabakswaren omvat, alsmede zeven van haar belangrijkste leden afzonderlijk, te weten:

— Cinta NV (hierna: Cinta), te Brussel,

— Éts. Gosset NV (hierna: Gosset), te Brussel,

— Jubilé SA (hierna: Jubilé), te Luik,

— Vander Elst NV (hierna: Vander Elst), te Antwerpen,

— Weltab NV (hierna: Weltab), te Brussel,

— BAT Benelux NV (hierna: BAT), te Brussel,

— Heintz van Landewyck SARL (hierna: HVL), te Luxemburg.

3 De door de aangevochten beschikking gewraakte en hierna beschreven maatregelen hebben betrekking op de distributie van tabaksfabrikaten in België en kunnen in twee groepen worden verdeeld. Het gaat enerzijds om bepaalde besluiten van FEDETAB en bepaalde door haar met andere beroepsverenigingen uit de betrokken sector gesloten overeenkomsten gedurende de periode 1 februari 1962 tot 1 december 1975, en anderzijds om de bepalingen van een door FEDETAB vastgestelde „Aanbeveling" inzake de verkoop van sigaretten op de Belgische markt die door haar op 1 december 1975 bij de Commissie werd aangemeld.

4 Daar verzoekers talrijke middelen hebben voorgedragen betreffende het verloop van de administratieve procedure die aan de bestreden beschikking is voorafgegaan, dient deze procedure eerst in grote lijnen te worden uiteengezet, teneinde het onderzoek van het betoog van partijen inzake genoemde middelen te vergemakkelijken.

5 Bij op 2 april 1974 krachtens artikel 3, lid 2, van verordening nr. 17/62 ingediende klacht verzocht het Belgische grootwinkel-bedrijf GB-INNO-BM (hierna te noemen GB) de Commissie, een procedure in te leiden tegen FEDETAB, tegen de vereniging zonder winstoogmerk „Nationale Federatie van de Groothandel in Tabakswaren" (hierna te noemen NFGT) en tegen de

vereniging zonder winstoogmerk „Vereniging van de Kleinhandelaars in Tabak" (hierna te noemen ATAB). In aansluiting op deze klacht heeft de Commissie een procedure op grond van genoemd artikel ingeleid tijdens welke zij onder meer op 18 juli 1975 aan FEDETAB, ATAB en de vereniging zonder winstoogmerk „Association nationale des grossistes itinérants en produits manufacturés du tabac" (hierna te noemen ANGIPMT), een vereniging die na de ontbinding van de NFGT was opgericht, een mededeling van de punten van bezwaar richtte, waarin zij verklaarde dat enige overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen van FEDETAB en haar leden naar haar mening in strijd waren met artikel 85 EEG-Verdrag.

6 Het horen van verzoekers in de onderhavige zaken en van klaagster GB werd op 22 oktober 1975 vastgesteld. Op 21 oktober 1975 verklaarden de SA Mestdagh frères et Cie, een groothandelsfiliaalbedrijf, en de NV Eugène Huyghebaert, een levensmiddelengroothandel, zich te willen aansluiten bij de klacht van GB en dienden zij bij de Commissie klachten in ingevolge artikel 3, lid 2, van verordening nr. 17/62.

7 Nadat de hoorzitting zoals voorzien op 22 oktober 1975 had plaatsgehad, is de procedure uitgebreid tot de „Aanbeveling inzake de verkoop van sigaretten op de Belgische markt", die door FEDETAB was goedgekeurd en overeenkomstig de artikelen 2 en 4 van verordening nr. 17/62 door haar op 1 december 1975 was aangemeld. De Commissie richtte op 17 mei 1976 tot FEDETAB en de andere verzoekers die hunnerzijds de Aanbeveling hadden aangemeld, een tweede mededeling van de punten van bezwaar, die betrekking had op de Aanbeveling en waarover op 22 september 1976 een tweede hoorzitting van verzoekers werd gehouden.

8 Nadat de Commissie de laatste verzoeken om inlichtingen aan verzoekers had gericht en het advies van het Adviescomité voor mededingingsregelingen en economische machtsposities had ingewonnen, nam zij op 20 juli 1978 de aangevochten beschikking die zowel op de klachten van GB en van Mestdagh en Huyghebaert als op de Aanbeveling-FEDETAB van 1 december 1975 betrekking heeft.

9 Artikel 1 van de beschikking luidt als volgt: „De overeenkomsten tussen de ondernemingen vermeld in artikel 4 en de besluiten van de ondernemersvereniging genomen door de Belgisch-Luxemburgse Federatie van Tabakverwerkende Industrieën (FEDETAB), te Brussel, betreffende de organisatie van de distributie en de verkoop van tabaksprodukten in België en die betrekking hebben op:

1. de erkenning door FEDETAB van de groothandelaren en de detaillisten en hun indeling in verschillende categorieën met het oog op de toekenning van verschillende kortingspercentages aan deze categorieën;

2. de naleving van de door de fabrikanten opgelegde wederverkoopprijzen, bedoeld in de overeenkomst gesloten op 22 mei 1967 en 5 oktober 1967, evenals de avenant van 29 december 1970, tussen FEDETAB en de „Nationale Federatie van de Groothandel in Tabakswaren" (NFGT);

3. de beperking door FEDETAB van de toelating tot bepaalde categorieën groothandelaren;

4. het verbod van wederverkoop aan andere groothandelaren dat de collectieve maatregelen en de interpretatieve avenant van 22 maart 1972, tot voorwerp hadden;

5. de toepassing op de groothandelaren en de detaillisten van eenvormige betalingstermijnen, bedoeld in de collectieve maatregelen van 23 december 1971;

6. de nakoming van de aan de detaillisten opgelegde verplichting een minimumassortiment aan te bieden besloten door FEDETAB en verzekerd door middel van de overeenkomsten en collectieve maatregelen genomen door bepaalde van haar leden;

hebben met betrekking tot de periode van 13 maart 1962 tot 1 december 1975 inbreuken gevormd op artikel 85, lid 1, van het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap."

10 Artikel 2 bepaalt dat de Aanbeveling-FEDETAB, op 1 december 1975 in werking getreden en met als voorwerp:

1. de verdeling van de Belgische groothandelaren en detaillisten in categorieën en de toekenning van verschillende kortingspercentages aan deze categorieën;

2. de toepassing op de groothandelaren en de detaillisten van eenvormige betalingstermijnen;

3. de toekenning aan de groothandelaren en detaillisten van een eindejaarsristorno;

„en inbreuk [vormt] op artikel 85, lid 1, van het EEG-Verdrag ... en niet in aanmerking [kan] komen voor een ontheffing op grond van lid 3 van ditzelfde artikel."

11 Artikel 3, lid 1, bepaalt dat de adressaten van de beschikking gehouden zijn een einde te maken aan de in artikel 2 vastgestelde inbreuk. „In het bijzonder" aldus dit artikel, „zullen zij zich in de toekomst onthouden van elke handeling welke hetzelfde voorwerp heeft als de Aanbeveling-FEDETAB." Krachtens artikel 3, lid 2, is FEDETAB gehouden onverwijld al haar leden tot wie deze beschikking niet is gericht op de hoogte te brengen van haar inhoud.

12 Bij beschikking van 30 oktober 1978 heeft de president van de Tweede kamer van het Hof, waarnemend president van het Hof krachtens de artikelen 85, tweede alinea, en 11, tweede alinea, van het Reglement voor de procesvoering, voorlopig uitspraak doende, gelast de tenuitvoerlegging van de artikelen 2 en 3 van de beschiking op te schorten, totdat het Hof over de zaak ten gronde uitspraak zou hebben gedaan.

13 Bij in de maanden september en oktober 1978 ter griffie van het Hof ingediende verzoekschriften heeft elk der verzoekers een beroep tot nietigverklaring, en in enkele gevallen subsidiair tot wijziging ingesteld van de bestreden beschikking, voor zover deze op hen betrekking heeft.

14 Bij beschikkingen van 26 oktober 1978, 28 maart 1979 en 27 juni 1979 besloot het Hof de interventie van verschillende partijen ter ondersteuning van de conclusies van verzoekers en van die der Commissie toe te staan.

15 De onderhavige zaken dienen wegens verknochtheid te worden gevoegd ter gelijktijdige berechting bij het arrest.

II — Formele en procedurele middelen

Eerste middel: weigering van de Commissie, bepaalde belanghebbende verenigingen van groothandelaren en detaillisten te horen

16 Alle verzoekers behalve Vander Elst, verwijten de Commissie dat zij heeft geweigerd, gevolg te geven aan het verzoek van de verenigingen ANGIPMT en ATAB alsmede van het Consortium tabacs-groep tabak (hierna te noemen GT), een feitelijke vereniging van onder meer enkele oude leden van ANGIPMT, om tijdens de administratieve procedure te worden gehoord. Deze weigering zou een schending van artikel 19, lid 2, van verordening nr. 17/62 en van artikel 5 van verordening nr. 99/63 vormen.

17 Indien natuurlijke of rechtspersonen verzoeken gehoord te worden en aannemelijk maken dat zij hierbij in voldoende mate belang hebben, dan moet ingevolge artikel 19, lid 2, van verordening nr. 17/62 aan dit verzoek gevolg worden gegeven. Hiertoe stelt de Commissie hen krachtens artikel 5 van verordening nr. 99/63 in de gelegenheid binnen een door haar bepaalde termijn schriftelijk hun standpunt kenbaar te maken.

18 Uit de stukken blijkt dat het gedrag van de Commissie slechts in zoverre wordt gelaakt dat zij heeft geweigerd, voornoemde verenigingen op de tweede hoorzitting van 22 september 1976 betreffende de Aanbeveling-FEDETAB uit te nodigen. Uit het dossier blijkt evenwel ook, dat deze verenigingen een schriftelijk standpunt inzake de Aanbeveling aan de Commissie hebben doen toekomen. Hieruit volgt dat de Commissie niet in strijd met de voornoemde verordeningsvoorschriften heeft geweigerd, deze verenigingen te horen, aangezien zij hen overeenkomstig artikel 5 verordening nr. 99/63 in de gelegenheid heeft gesteld hun standpunt schriftelijk kenbaar te maken, van welke mogelijkheid zij daadwerkelijk gebruik hebben gemaakt.

19 Dit middel moet mitsdien worden verworpen.

Tweede middel: weigering van de Commissie, het verzoek van FEDETAB om twee verenigingen van groothandelaren te horen, in te willigen

20 Op 30 juni 1976 richtte FEDETAB een brief aan de Commissie waarin zij verzocht, twee verenigingen van groothandelaren, namelijk GT en de Nationale Vereniging van familiale Groothandelsondernemingen (hierna te noemen NVFG), voor de tweede hoorzitting van 22 september 1976 op te roepen. Uit de eerste alinea van dit schrijven blijkt echter dat het in de eerste

plaats ten doel had, de Commissie ervan in kennis te stellen dat FEDETAB geen enkel bezwaar had tegen de deelneming van ANGIPMT aan de hoorzitting van 22 september 1976. In de tweede alinea wordt nochtans gezegd: „om de Commissie volledig voor te lichten, wenst FEDETAB echter dat ook NVFG en GT worden opgeroepen." Voorts zij opgemerkt dat deze brief tot de Commissie is gericht na ontvangst door FEDETAB van de tweede mededeling van de punten van bezwaar betreffende de Aanbeveling, maar vóór het antwoord van FEDETAB op deze mededeling.

21 Nadat FEDETAB haar antwoord op de tweede mededeling van de punten van bezwaar had toegezonden, antwoordde de Commissie op 20 juli 1976 op de brief van 30 juni 1976, dat zij uiteindelijk had besloten alleen „FEDETAB en die harer leden welke hierom hebben verzocht" op de hoorzitting uit te nodigen. Ter rechtvaardiging van dit besluit voerde zij aan dat zij in de Aanbeveling een afspraak zag „die uitsluitend het werk is en blijft van de producenten ... waaraan de groothandelaren en detaillisten part noch deel hadden."

22 Volgens FEDETAB vormde de brief van 30 juni 1976 een verzoek in de zin van artikel 3, lid 3, van verordening nr. 99/63, volgens hetwelk de ondernemingen en ondernemersverenigingen waartegen een procedure is ingeleid „de Commissie [kunnen] voorstellen personen te horen, die de ... feiten kunnen bevestigen" die zij in hun schriftelijke opmerkingen terzake van de in aanmerking genomen punten van bezwaar hebben aangevoerd.

23 De Commissie houdt daarentegen staande dat het volgens de formulering van de brief van 30 juni 1976, waarin het verzoek van ANGIPMT en de door FEDETAB voor rekening van NVFG en GT ingediende aanvraag op voet van gelijkheid werden behandeld, ging om een verzoek tot het horen van derden in de zin van artikel 5 van verordening nr. 99/63 en niet om een voorstel krachtens artikel 3, lid 3, om bepaalde feiten door getuigen te laten bevestigen. De Commissie zou in haar antwoord van 20 juli 1976 zijn uitgegaan van artikel 5.

24 Uit de leden 1 en 2 van artikel 3 van verordening nr. 99/63 volgt dat de ondernemingen en ondernemersverenigingen waartegen een procedure is in-

geleid, in hun schriftelijke uiteenzettingen terzake van de in aanmerking genomen punten van bezwaar alle middelen en feiten kunnen aanvoeren, die tot hun verdediging kunnen bijdragen. Lid 3 van dit artikel stelt deze ondernemingen en ondernemersverenigingen in staat, de Commissie voor te stellen derden te horen, die de in hun schriftelijke uiteenzettingen aangevoerde feiten kunnen bevestigen. Welnu, op het moment dat FEDETAB haar brief van 30 juni 1976 aan de Commissie richtte, had zij haar nog geen schriftelijk antwoord op de tweede mededeling van de punten van bezwaar toegezonden, zodat deze brief in geen geval een geldig voorstel in de zin van artikel 3, lid 3, kon vormen. Bovendien moet worden opgemerkt dat het schriftelijk antwoord van FEDETAB van 12 juli 1976 geen voorstel in deze zin bevatte en dat de brief van de Commissie van 20 juli 1976 geen reactie zijdens FEDETAB ter bevestiging van een dergelijk voorstel heeft opgeroepen.

25 Op deze gronden moet het onderhavige middel worden verworpen.

Derde middel: afwezigheid van gevolmachtigde personen tijdens een gedeelte van de hoorzitting van 22 september 1976

26 Dit door FEDETAB en de andere verzoekers, behalve Jubilé en Vander Elst, voorgedragen middel berust op de stelling dat door de Commissie gevolmachtigde personen tijdens de hoorzitting tijdelijk afwezig waren.

27 De Commissie heeft echter onweersproken geantwoord dat de enige met de hoorzitting belaste persoon de heer D. Thompson was, directeur van het Directoraat „Mededingingsregelingen, misbruik van machtsposities", die tijdens de gehele hoorzitting aanwezig was. De tijdelijke afwezigheid van bepaalde niet door de Commissie gevolmachtigde personen is derhalve niet relevant.

28 Hieruit volgt dat dit middel eveneens moet worden verworpen.

Vierde middel: ongeoorloofde en niet met redenen omklede voeging van de klachten van Mestdagh en Huyghebaert

29 Dit middel berust voornamelijk op de stelling dat de Commissie drie afzonderlijke — nadien bij niet met redenen omklede beslissing gevoegde —

procedures had ingeleid, die zich van elkaar onderscheidden doordat zij een verschillend dossiernummer hadden. De Commissie zou evenwel in strijd met artikel 2 van verordening nr. 99/63 hebben nagelaten, een afzonderlijke mededeling van de punten van bezwaar inzake de klachten van Mestdagh en Huyghebaert te verzenden, zodat verzoekers in strijd met artikel 4 van genoemde verordening de mogelijkheid was ontnomen, hetzij schriftelijk, hetzij mondeling een standpunt in te nemen inzake de door de Commissie in aanmerking genomen, doch hun onbekend gebleven punten van bezwaar.

30 De Commissie betoogt dat er slechts één enkele procedure is geweest die tot de beschikking van 20 juli 1978 heeft geleid. Nergens wordt voorgeschreven dat de Commissie formele beslissingen moet nemen over de voeging van zaken en het begrip voeging komt in de administratieve praktijk niet voor. In het onderhavige geval heeft zij de administratieve procedure gevoerd en afgesloten met één beschikking over eenzelfde inbreuk die aanleiding heeft gegeven tot achtereenvolgende klachten met hetzelfde onderwerp, en wel zonder inbreuk te maken op de rechten van de verdediging en zonder het verloop van de procedure te vervalsen.

31 Terzake van het onderhavige middel dient te worden opgemerkt dat Mestdagh en Huyghebaert op 10, respectievelijk 13 oktober 1975 ieder een brief aan de Commissie hebben gericht, waarin zij verzochten, zich bij de klacht van GB te kunnen aansluiten. Op 20 oktober 1975 deelde de Commissie FEDETAB mee dat de klacht van Mestdagh met die van GB zou worden gevoegd en dat was besloten, Mestdagh toe te laten tot de hoorzitting van 22 oktober 1975. Hierbij zij echter aangetekend dat Mestdagh en Huyghebaert op aanvraag van verzoekers tijdens deze hoorzitting niet zijn gehoord. Bovendien heeft de Commissie bij brief van 13 november 1975 afschrift van de klachten van Mestdagh en Huyghebaert aan verzoekers gezonden. Dezen hebben in de loop van december 1975 en januari 1976 schriftelijk een standpunt inzake deze klachten ingenomen.

32 Ingevolge artikel 2, lid 1, van verordening nr. 99/63 stelt de Commissie „de ondernemingen en ondernemersverenigingen schriftelijk op de hoogte van de punten van bezwaar, die in aanmerking genomen zijn". Artikel 4 van deze verordening luidt: „de Commissie neemt in haar beslissingen slechts die punten van bezwaar in aanmerking, waarover de ondernemingen en ondernemersverenigingen, tegen wie de beslissing gericht is, in de gelegenheid zijn geweest hun standpunt kenbaar te maken." Uit deze bepalingen tezamen

volgt dat de Commissie in haar beslissing slechts de punten van bezwaar in aanmerking mag nemen die schriftelijk zijn meegedeeld aan de betrokken ondernemingen en ondernemersverenigingen, die in de gelegenheid zijn gesteld hun standpunt kenbaar te maken. Niets verzet zich er echter tegen dat de Commissie zich bij één beschikking uitspreekt over eenzelfde inbreuk die aanleiding heeft gegeven tot verscheidene klachten, welke tijdens eenzelfde procedure achtereenvolgens zijn ingediend.

33 De klacht van Mestdagh en Huyghebaert heeft alleen betrekking op de niet op enig objectief criterium gegronde uitsluiting van deze ondernemingen uit de categorieën groothandelaren, voorkomend in de door de sigarettenfabrikanten met bemiddeling van FEDETAB vastgestelde indeling, zodat aan genoemde ondernemingen groothandelsvoorwaarden werden geweigerd. Deze klacht is derhalve in het meer algemene kader van de door GB ingediende klacht te zien. Bovendien hebben Mestdagh en Huyghebaert op verzoek van de Commissie schriftelijk geantwoord op de standpunten van verzoekers, waarna dezen in juli 1976 nog schriftelijke opmerkingen over dit antwoord hebben ingediend, en aldus een tweede maal hun standpunt inzake de klachten van Mestdagh en Huyghebaert hebben geuit.

34 Onder deze omstandigheden moet worden vastgesteld dat de klacht van Mestdagh en Huyghebaert noch de inleiding van een afzonderlijke procedure, noch een aanvullende mededeling van de punten van bezwaar nodig heeft gemaakt om de eerbiediging van de rechten van de verdediging te waarborgen. Door verzoekers de inhoud van de klacht van Mestdagh en Huyghebaert mede te delen en hun schriftelijk standpunt te dezen te vernemen, heeft de Commissie de eerbiediging van de rechten der verdediging gewaarborgd.

35 Uit het vorenoverwogene volgt dat het middel moet worden verworpen.

Vijfde middel: weigering om inzage te geven van het dossier

36 Dit door alle verzoekers behalve Jubilé voorgedragen middel berust op schending van het algemene beginsel betreffende de eerbiediging van de rechten van de verdediging, doordat de Commissie heeft geweigerd, inzage te geven van het dossier waarop de aangevochten beschikking berust.

37 Bij brief van 21 mei 1976 verzocht FEDETAB de Commissie, haar een aan de Commissie gericht schrijven van ANGIPMT, dat 13 februari 1976 gedateerd zou zijn, toe te zenden, „alsmede alle andere documenten die de Commissie hebben gebracht tot de formulering van de punten van bezwaar en waarvan zij gewag zou kunnen maken tijdens de hoorzitting, die thans op 29 juni a.s. is vastgesteld". In antwoord op dit verzoek heeft de Commissie op 26 mei 1976 aan FEDETAB bovengenoemde, in werkelijkheid 2 maart 1976 gedateerde, brief zonder verdere documenten toegezonden.

38 Dit antwoord heeft zijdens verzoekers geen reactie teweeg gebracht wat betreft de produktie van andere documenten. Het staat overigens vast dat de Commissie, behalve de brief van ANGIPMT, aan verzoekers de beide mededelingen van de punten van bezwaar en de klachten van GB alsmede van Mestdagh en Huyghebaert heeft toegezonden.

39 FEDETAB noemt in repliek weliswaar bepaalde beweerdelijk niet medegedeelde feiten of documenten, waarop de beschikking zou zijn gebaseerd, doch zij vermocht niet aan te tonen dat de Commissie heeft geweigerd, tijdens de administratieve procedure documenten betreffende essentiële feiten over te leggen, waardoor verzoekers verstoken zijn gebleven van voor het voeren van verweer noodzakelijke gegevens. Zoals het Hof in het arrest van 13 februari 1979 in zaak 85/76, *Hoffmann La Roche/Commissie* (Jurispr. 1979, blz. 461) heeft overwogen, volstaat het dat de mededeling van de punten van bezwaar, desnoods beknopt doch duidelijk, de belangrijkste feiten vermeldt waarop de Commissie zich beroept, mits zij in de loop van de administratieve procedure de voor het voeren van verweer noodzakelijke gegevens overlegt. Daar de Commissie aan FEDETAB naast de beide mededelingen van de punten van bezwaar, de klachten van GB en Mestdagh en Huyghebaert, alsmede de brief van ANGIPMT heeft toegezonden, is niet aangetoond dat zij heeft nagelaten, verzoekers de voor het voeren van verweer noodzakelijke gegevens over te leggen.

40 Verzoeksters FEDETAB en Vander Elst hebben de Commissie na de vaststelling van aangevochten beschikking voorts verzocht, hun het dossier ter beschikking te stellen waarop de beschikking is gebaseerd. Het feit dat de Commissie heeft geweigerd hun inzage te verlenen van het administratieve dossier, kan niet worden ingeroepen om nietigverklaring van de beschikking te verkrijgen, daar de verzoeken om inzage van het dossier die na het nemen van de beschikking zijn ingediend niet van invloed geweest kunnen zijn op het verloop van de administratieve procedure.

Zesde middel: schending van de geheimhoudingsplicht

41 Dit door FEDETAB en alle andere verzoekers, behalve Jubilé en Vander Elst, voorgedragen middel, berust op de bewering van FEDETAB, dat de Commissie aan GB inlichtingen heeft doorgegeven die naar hun aard onder de geheimhoudingsplicht vielen en die onder dit voorbehoud waren overgelegd. FEDETAB heeft bij haar memorie van 22 september 1975 die in antwoord op de eerste mededeling van de punten van bezwaar was opgesteld, drie overzichten gevoegd, waarvan het eerste de ontwikkeling van de omzetten van 160 sigarettenmerken gedurende de laatste vijf jaar aangaf, het tweede het aantal door de voornaamste gespecialiseerde handelaren gekochte sigaretten vermeldde en het derde de betalingstermijnen van de 25 belangrijkste afnemers van de grootste Belgische sigarettenfabrikanten weergaf. In haar memorie heeft zij het vertrouwelijke karakter van deze overzichten beklemtoond. De Commissie heeft klaagster GB echter het gehele antwoord van FEDETAB, met inbegrip van genoemde overzichten, overhandigd. Hierdoor zou zij artikel 20, lid 1, van verordening nr. 17/62 hebben geschonden, hetwelk luidt als volgt: „onverminderd hetgeen in de artikelen 19 en 21 is bepaald, zijn de Commissie en de bevoegde autoriteiten der Lid-Staten, alsmede hun personeelsleden en functionarissen verplicht de inlichtingen welke zij bij de toepassing van deze verordening hebben ingewonnen en welke naar hun aard onder de geheimhoudingsplicht vallen, niet openbaar te maken." Deze schending van een dwingend beginsel van gemeenschapsrecht zou de beschikking van de Commissie ongeldig maken.

42 De Commissie bestrijdt niet dat zij op 2 oktober 1975 GB in kennis heeft gesteld van het volledige antwoord van FEDETAB, inclusief de overzichten. Dit is volgens de Commissie geschied in aansluiting op een verzoek van GB, die had gevraagd te worden gehoord en met name te worden uitgenodigd voor de hoorzitting en tevens had verzocht, kennis te kunnen nemen van de antwoorden van verzoekers op de eerste mededeling van de punten van bezwaar. Ter rechtvaardiging van haar houding voert de Commissie met name de volgende argumenten aan.

43 In de eerste plaats zouden de betrokken gegevens niet onder de geheimhoudingsplicht vallen. Daar zij FEDETAB door de fabrikanten waren meegedeeld, waren zij bekend bij alle verzoeksters via hun vertegenwoordigers binnen de beheerraad van FEDETAB. Daardoor zouden zij hun vertrouwelijk karakter hebben verloren, en mochten zij niet worden geacht te zijn beschermd door de op de ambtenaren van de Commissie rustende geheimhoudingsplicht.

44 In de tweede plaats is de Commissie van mening dat, gesteld al dat deze gegevens moesten worden geheimgehouden, zij ingevolge artikel 20, lid 2, van verordening nr. 17/62 het recht, en ingevolge artikel 19, lid 2, de plicht had deze aan GB door te geven. Indien zij anders had gehandeld, zou zij het recht van GB om volledig te worden gehoord, hebben geschonden.

45 Tenslotte betoogt de Commissie dat verzoekers in genen dele hebben bewezen in hoeverre de handelwijze van de Commissie met betekking tot de overzichten het verloop van de administratieve procedure heeft vervalst.

46 Ten aanzien van deze redenering moet in de eerste plaats worden opgemerkt dat gegevens die naar hun aard onder de geheimhoudingsplicht vallen, die een beroepsvereniging door haar leden worden meegedeeld en daardoor dit kenmerk tussen de leden onderling hebben verloren, dit niet ten opzichte van derden verliezen. Ingeval deze vereniging dergelijke gegevens aan de Commissie overlegt in het kader van een krachtens verordening nr. 17/62 ingeleide procedure, mag de Commissie zich niet op de artikelen 19 en 20 van deze verordening beroepen om de mededeling van deze gegevens aan klagende derden te rechtvaardigen. Artikel 19, lid 2, kent hun immers slechts een recht toe om te worden gehoord en niet het recht om vertrouwelijke gegevens te ontvangen.

47 Vastgesteld moet evenwel worden dat, gesteld al dat de drie overzichten onder de gheimhoudingsplicht vielen en daardoor ten onrechte door de Commissie aan GB werden meegedeeld, deze onregelmatigheid in de procedure in casu slechts tot gehele of gedeeltelijke nietigverklaring van de beschikking zou leiden, indien vaststond dat de aangevochten beschikking bij ontbreken van deze onregelmatigheid een andere inhoud zou hebben gehad. Bij het onderzoek van het dossier is gebleken dat de betrokken mededeling GB geen enkel argument heeft verschaft dat van invloed kon zijn op de inhoud van de beschikking.

Zevende middel: vrijstelling van aanmelding

48 Volgens dit door FEDETAB en alle verzoekers behalve Jubilé en Vander Elst voorgedragen middel, dat berust op het argument van FEDETAB, heeft de Commissie met name artikel 85, leden 1 en 3, EEG-Verdrag, en artikel 4 van verordening nr. 17/62 geschonden, doordat zij heeft geweigerd artikel 85, lid 3, EEG-Verdrag toe te passen op de vóór de beschikking van 1 december 1975 getroffen maatregelen, op grond dat deze maatregelen niet wa-

ren aangemeld terwijl zij niet van aanmelding waren vrijgesteld. Bovendien zou de motivering van de beschikking van de Commissie op dit punt onjuist en ontoereikend zijn.

49 FEDETAB betoogt tot staving van deze stelling met name dat alle vroegere maatregelen, of althans het grootste gedeelte daarvan, voldeden aan de voorwaarden voor vrijstelling van aanmelding, als voorzien in artikel 4, lid 2, sub a, van de verordening, dat luidt als volgt:

„2. Het eerste lid van dit artikel is niet van toepassing op overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen voor zover

1) daaraan slechts ondernemingen uit één Lid-Staat deelnemen en zij geen betrekking hebben op de invoer of de uitvoer tussen Lid-Staten,

2) bij deze overeenkomsten slechts twee ondernemingen partij zijn en zij uitsluitend tengevolge hebben dat:

a) de vrijheid van de ene partij tot het vaststellen van de prijzen en andere voorwaarden bij wederverkoop van goederen welke zij van de andere partij betrokken heeft, beperkt wordt ..."

De Commissie had volgens FEDETAB de verschillende maatregelen moeten onderzoeken en voor elk daarvan moeten vaststellen of de voorwaarden voor vrijstelling van aanmelding waren vervuld. FEDETAB is van mening dat dit inderdaad het geval was.

50 De erkenning door FEDETAB van de groothandelaren en detaillisten en de indeling daarvan in categorieën, alsmede de verplichtingen betreffende het door de detaillisten aan te bieden assortiment, vloeien voort uit besluiten van FEDETAB alleen, een vereniging met rechtspersoonlijkheid die optreedt door middel van haar statutaire organen. Het gaat derhalve niet om een overeenkomst tussen ondernemingen, noch om een besluit van deze ondernemingen als zodanig. Deze besluiten zouden volgens FEDETAB derhalve in aanmerking kunnen komen voor vrijstelling van aanmelding ingevolge artikel 4, lid 1, van de verordening.

51 Bovendien zou het bij de tussen FEDETAB en NFGT gesloten overeenkomsten gaan om overeenkomsten tussen twee beroepsverenigingen, die als zodanig in naam van hun leden, maar niet in die hoedanigheid van mandataris optreden, zodat deze overeenkomsten volgens FEDETAB in aanmerking kunnen komen voor de in artikel 4, lid 2, sub 1, voorziene ontheffing.

52 De door verscheidene distributeurs op uitnodiging van FEDETAB ondertekende standaardovereenkomsten, die de verplichting inhielden, het verbod van wederverkoop aan bepaalde groothandelaren te eerbiedigen, vormden in werkelijkheid slechts eenzijdige verbintenissen van deze distributeurs, zodat deze standaardovereenkomsten volgens FEDETAB in aanmerking kunnen komen voor de in artikel 4, lid 2, sub a, van de verordening voorziene ontheffing.

53 Ten aanzien van de op 23 december 1971 op het gebied van de betalingstermijnen genomen collectieve maatregelen betoogt FEDETAB, dat het daar niet ging om besluiten van ondernemingen of overeenkomsten tussen verschillende ondernemingen, maar veeleer om overeenkomsten, gesloten door elke fabrikant met elk van zijn afnemers. Dergelijke overeenkomsten behoeven uiteraard niet te worden aangemeld.

54 De Commissie zet in overweging 110 van de beschikking uiteen dat zij artikel 85, lid 3, EEG-Verdrag niet kon toepassen op de in de periode van 13 maart 1962 tot 1 december 1975 getroffen distributiemaatregelen (omschreven in de overwegingen 19 tot 57 van de beschikking) aangezien deze niet conform artikel 4, lid 1, van verordening nr. 17/62 bij haar waren aangemeld en niet vielen onder enige categorie overeenkomsten en besluiten die uit hoofde van artikel 4, lid 2, van aanmelding zijn vrijgesteld.

55 Opgemerkt dient te worden dat FEDETAB bij de uitvaardiging van de betrokken maatregelen inderdaad handelde in naam van haar leden, dat wil zeggen de meerderheid van de Belgische fabrikanten en één Luxemburgse fabrikant (verzoekster HVL) van tabaksprodukten. Dit blijkt bijzonder duidelijk uit artikel 8, lid 2, van de statuten van FEDETAB, volgens hetwelk men de statuten van FEDETAB en alle besluiten die krachtens de statuten worden genomen moet onderschrijven en alle verplichtingen welke daarin zijn vervat moet nakomen, om als lid van FEDETAB te worden toegelaten. Deze fabrikanten namen derhalve aan genoemde maatregelen deel via hun beroepsvereniging. Deze vaststelling wordt bevestigd door verschillende beweringen van FEDETAB zelf. Bij een op 26 januari 1971 in antwoord op een verzoek om inlichtingen aan de Commissie gerichte brief, heeft FEDETAB een verslag van haar politiek en praktijk met betrekking tot de distributie van tabaksfabrikaten in België gegeven. Op blz. 2, punt B, van deze brief verwijst FEDETAB naar het liberale karakter van het distributiestelsel en voegt hieraan toe: „de enige beperking — die uitsluitend tussen de leden van FEDETAB is overeengekomen en de vreemde fabrikanten niet bindt — is dat de groothandelsvoorwaarden worden voorbehouden aan ‚erkende' groothan-

delaren wegens de bijzondere diensten die zij de industrie verlenen." Bovendien blijkt uit de tekst zelf van de overeenkomst van 22 mei 1967 inzake bradage (bijlage II bij genoemde brief) dat deze tussen NFGT en FEDETAB in naam van hun respectieve leden werd gesloten. Dat deze leden werkelijk deelnamen aan de inhoud van de overeenkomst wordt duidelijk uit artikel 1, dat bepaalt:

„De Belgische groothandelaren, vertegenwoordigd door de ondergetekende sub 1 (NFGT) verbinden zich zowel onderling als tegenover de sigarettenfabrikanten, vertegenwoordigd door de ondergetekende sub 2 (FEDETAB), de door hen tegen de door de leveranciers aangegeven prijzen gekochte tabaksfabrikaten zonder enige korting te verkopen ..."

56 Uit deze overwegingen volgt dat de betrokken maatregelen niet onder artikel 4, lid 2, van verordening nr. 17/62 vielen, aangezien daaraan in twee Lid-Staten, namelijk België en het Groothertogdom Luxemburg, gevestigde fabrikanten, en meer dan twee ondernemingen, namelijk op zijn minst verzoekers, deelnamen. Daar deze maatregelen niet van aanmelding waren vrijgesteld, moet dit middel worden verworpen.

Achtste middel: weigering om de brief van FEDETAB van 26 januari 1971 als aanmelding aan te merken

57 Volgens dit door FEDETAB en alle andere verzoekers, behalve Jubilé en Vander Elst, voorgedragen middel heeft de Commissie ten onrechte geweigerd, voornoemde brief van FEDETAB van 26 januari 1971 aan te merken als een geldige aanmelding van de bij de distributie van tabaksprodukten toegepaste maatregelen, terwijl deze brief met inbegrip van de bijlagen, de Commissie in kennis stelde van de vervolgens door haar gewraakte maatregelen en de motieven uiteenzette waarom deze maatregelen hetzij niet onder artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag vielen, hetzij in elk geval bevorderlijk waren voor de marktordening.

58 In haar beschikking (overweging 111) wijst de Commissie er met name op dat deze brief, die in antwoord op een formeel verzoek om inlichtingen krachtens artikel 11 van verordening nr. 17/62 tot de Commissie is gericht, geen enkel verzoek om ontheffing uit hoofde van artikel 85, lid 3, EEG-Verdrag bevat en niet naar de artikelen 4 en 5 van verordening nr. 17/62 ver-

wijst. Bovendien heeft FEDETAB bij deze gelegenheid geen gebruik gemaakt van de door verordening nr. 27 van de Commissie voorgeschreven aanmeldingsformulieren (PB nr. 35 van 10 mei 1962, blz. 1118/62).

59 In haar verweerschrift merkt de Commissie tevens op dat zij in haar eerste mededeling van de punten van bezwaar van 18 juli 1975 had aangegeven, dat voor de betrokken maatregelen geen ontheffing kon worden verleend zolang zij niet waren aangemeld.

60 In haar antwoord van 22 september 1975 op de eerste mededeling van de punten van bezwaar heeft FEDETAB uiteengezet dat de brief van 26 januari 1971 haars inziens kon worden beschouwd als een geldige aanmelding.

61 Vorm, inhoud en overige bijzonderheden van de met name in artikel 4 van verordening nr. 17/62 voorziene aanmeldingen zijn geregeld in artikel 4 van verordening nr. 27/62, zoals gewijzigd bij het enige artikel van verordening nr. 1133/68 van de Commissie van 26 juli 1968 (PB L 189, blz. 1). Uit de bewoordingen zelf van deze bepaling volgt dat voor aanmeldingen het als bijlage bij verordening nr. 1133/68 afgedrukte formulier A/B moet worden gebruikt en dat zij de in dit formulier gevraagde inlichtingen moeten bevatten.

62 Het gebruik van het formulier is derhalve verplicht en vormt een onontbeerlijke voorwaarde voor de geldigheid van de aanmelding. Door dit vereiste wordt rekening gehouden met de in artikel 87, lid 2, sub b, EEG-Verdrag uitgedrukte noodzaak om bij de wijze van toepassing van artikel 85, lid 3, een doeltreffend toezicht te verzekeren en de administratieve controle zo veel mogelijk te vereenvoudigen. Het onderhavige geval is een frappant voorbeeld van de verwarring en de misverstanden waartoe een aanmelding waarvoor niet het voorgeschreven formulier is gebruikt, aanleiding kan geven. Pas in haar antwoord van 22 september 1975 op de eerste mededeling van de punten van bezwaar heeft FEDETAB voor de eerste maal gesteld dat de brief van 26 januari 1971 een aanmelding vormde.

63 Om vorenstaande redenen dient het onderhavige middel derhalve te worden verworpen.

Negende middel: ontoereikend antwoord op de argumenten betreffende de toepassing van artikel 85, lid 3, EEG-Verdrag

64 Volgens dit door FEDETAB en door alle andere verzoekers behalve Jubilé en Vander Elst voorgedragen middel, heeft de Commissie in haar beschikking niet elk der argumenten van FEDETAB ten aanzien van de toepasselijkheid van artikel 85, lid 3, op de bepalingen van de Aanbeveling in aanmerking genomen, doch slechts enkele dezer argumenten onderzocht, zulks in strijd met de haar in artikel 190 EEG-Verdrag opgelegde verplichting, haar beschikking met redenen te omkleden.

65 Uit de beschikking blijkt dat de Commissie in de overwegingen 114 tot 117 heeft herinnerd aan enkele argumenten van partijen en vervolgens (overwegingen 118 tot 132) haar beoordeling van de Aanbeveling met het oog op de toepassing van artikel 85, lid 3, heeft uiteengezet. Deze beoordeling bevat weliswaar een gedeeltelijk antwoord op genoemde argumenten, doch vormt geen gedetailleerde weerlegging daarvan, maar een zelfstandige redenering waarin in algemene termen de redenen worden aangegeven waarom de verlening van ontheffing op grond van artikel 85, lid 3, in casu was uitgesloten.

66 Krachtens artikel 190 EEG-Verdrag is de Commissie weliswaar gehouden, haar beschikkingen met redenen te omkleden met vermelding van de feitelijke en juridische gegevens waarvan de rechtmatigheid van de maatregel afhangt en van de overwegingen die haar tot het nemen van haar beschikking hebben geleid, doch het is niet vereist dat zij ingaat op alle feitelijke en rechtspunten die door elke betrokkene tijdens de administratieve procedure zijn opgeworpen. Het onderhavige middel, dat nu juist op de hypothese van een dergelijk vereiste berust, moet derhalve worden verworpen.

Tiende middel: de Commissie heeft punten van bezwaar in aanmerking genomen, die niet zijn meegedeeld

67 Dit door alle verzoekers voorgedragen middel houdt in, dat de Commissie artikel 19, lid 1, van verordening nr. 17/62 en artikel 4 van verordening nr. 99/63 heeft geschonden doordat zij heeft nagelaten, verzoekers in de gelegenheid te stellen hun standpunt kenbaar te maken terzake van bepaalde punten van bezwaar die door haar in de aangevochten beschikking in aanmerking zijn genomen. In de tweede mededeling van de punten van bezwaar heeft de Commissie geweigerd, de Aanbeveling onder de ontheffing van artikel 85, lid 3, te doen vallen op de enkele grond dat zij niet voldeed aan de eerste van de vier in dit artikel gestelde vorwaarden, namelijk de verbetering

van de produktie of van de verdeling der produkten of de verbetering van de technische of economische vooruitgang. Verzoekers hebben zich derhalve alleen over deze voorwaarde geuit. Welnu, in de aangevochten beschikking wordt de verlening van de ontheffing eveneens geweigerd op grond dat aan de drie andere voorwaarden van artikel 85, lid 3, niet is voldaan. Aan verzoekers is derhalve de mogelijkheid ontnomen hun standpunt inzake het bestaan van deze drie voorwaarden kenbaar te maken.

68 Zoals het Hof in zijn arrest van 15 juli 1970 in zaak 41/69 *ACF Chemiefarma/Commissie* (Jurispr. 1970, blz. 66, 694, overwegingen 91 tot 93) heeft overwogen, behoeft de beschikking niet noodzakelijkerwijs gelijkluidend te zijn met de mededeling der punten van bezwaar. De Commissie moet immers rekening houden met het resultaat van de administratieve procedure, hetzij door niet gegrond gebleken bezwaren te laten vallen, hetzij door argumenten ter ondersteuning van de door haar gehandhaafde bezwaren zowel feitelijk als rechtens aan te passen of aan te vullen. Deze mogelijkheid is niet in strijd met het in artikel 4 van verordening nr. 99/63 gewaarborgde recht van verweer.

69 In casu blijkt uit een onderzoek van de tweede mededeling van de punten van bezwaar dat de weigering om de ontheffing van artikel 85, lid 3, EEG-Verdrag te verlenen, uitsluitend is gebaseerd op de vaststelling dat aan de eerste voorwaarde van lid 3 niet is voldaan. In de beschikking wordt dit punt van bezwaar na een uitvoerige motivering (overwegingen 113 tot 131) in overweging 132 in aanmerking genomen.

70 Anderzijds dient te worden opgemerkt dat in de beschikking inderdaad gewag wordt gemaakt van twee andere punten van bezwaar. In overweging 132 wordt immers vervolgd dat de Aanbeveling „niet van dien aard is dat zij een billijk aandeel van het voordeel dat daaruit eventueel zou kunnen voortvloeien doet toekomen aan de verbruikers". Bovendien wordt in overweging 133 gezegd dat „gezien het marktaandeel van FEDETAB en haar leden, de overeenkomsten aan de bedoelde ondernemingen de mogelijkheid bieden, de mededinging uit te schakelen voor een aanzienlijk deel van de betrokken produkten".

71 De Commissie merkt in de eerst plaats op dat verzoekers zich reeds tijdens de administratieve procedure en met name bij de aanmelding van de Aanbe-

veling uitvoerig hadden geuit over de vier voorwaaren van artikel 85, lid 3. De tweede voorwaarde (een billijk aandeel in de voordelen moet de gebruikers ten goede komen) is genoemd in de eerste mededeling van de punten van bezwaar. Bovendien zou de Commissie in haar beschikking de verklaringen van verzoekers inzake de tweede voorwaarde samengevat (met name in de overwegingen 114 tot 117) en op enkele van hun argumenten ook geantwoord hebben (overwegingen 119, 121, 122, 125, 126 en 131).

72 Daar de beweringen van de Commissie juist zijn, moet het Hof vaststellen dat, aangezien de beide mededelingen van de punten van bezwaar in hun geheel moeten worden bezien en de tweede voorwaarde in de eerste mededeling wordt genoemd, het in overweging 131 van de beschikking te dezen in aanmerking genomen punt van bezwaar geen inbreuk op artikel 4 van verordening nr. 99/63 kan vormen.

73 Ten aanzien van de vermelding van de vierde voorwaarde van artikel 85, lid 3, EEG-Verdrag in overweging 133 van de beschikking, betoogt de Commissie dat het slechts gaat om een aanvulling op haar redenering rechtens tot staving van haar weigering om de ontheffing te verlenen, terwijl haar hoofdredenering de eerste voorwaarde betreft.

74 Het staat vast dat geen enkel punt van bezwaar betreffende het vierde vereiste in de beide mededelingen van de punten van bezwaar uitdrukkelijk in aanmerking is genomen in het kader van het vraagstuk betreffende de toepasselijkheid van artikel 85, lid 3. Aangezien echter de vraag in hoeverre de Aanbeveling aan verzoekers de mogelijkheid biedt, de mededinging uit te schakelen, de eigenlijke kern van de tweede mededeling van de punten van bezwaar vormt, waarover verzoekers hun standpunt hebben kenbaar gemaakt, kan de behandeling ervan in het gedeelte van de beschikking dat betrekking heeft op de toepasselijkheid van artikel 85, lid 3, op de Aanbeveling, geen met artikel 4 van verordening nr. 99/63 strijdige schending van de rechten van de verdediging opleveren. Het middel moet mitsdien worden verworpen.

Elfde middel: onjuiste beoordeling van de Aanbeveling ten opzichte van de vroegere maatregelen

75 Verzoeksters Jubilé en Vander Elst verwijten de Commissie, de artikelen 85 en 190 EEG-Verdrag te hebben geschonden, doordat zij de Aanbeveling van 1 december 1975 verkeerdelijk heeft beschouwd als het verlengstuk van de vóór die datum getroffen maatregelen en om die reden de Aanbeveling onjuist heeft beoordeeld. Een vergelijking van de mededingingsbeperkingen die naar de mening van de Commissie voortvloeiden uit de oude overeenkomsten, met de inhoud van de Aanbeveling toont aan, dat het om twee geheel verschillende feitelijke situaties gaat, die derhalve verschillende gevolgen voor de mededinging met zich brengen. Deze vergissing ten aanzien van de feitelijke omstandigheden zou de Commissie ertoe geleid hebben, de beweerdelijk mededingingsbeperkende gevolgen van de Aanbeveling te motiveren met de gevolgen van de oude overeenkomsten.

76 Te dezen dient in de eerste plaats te worden opgemerkt, dat de Aanbeveling en de daaraan voorafgaande maatregelen in de beschikking zowel wat de feiten als wat de beoordeling rechtens betreft afzonderlijk worden behandeld. Ten aanzien van de feiten wordt in overweging 60 van de beschikking gezegd, dat de Aanbeveling „... bestemd is om de maatregelen sub I C [te weten de vroegere maatregelen] te vervangen", hetgeen een eenvoudige feitelijke vaststelling is, die zich niet voor betwisting leent. Het dispositief handhaaft het onderscheid tussen de beide groepen maatregelen door daaraan twee aparte artikelen te wijden, te weten: artikel 1 betreffende de vroegere maatregelen en artikel 2 over de Aanbeveling.

77 Zoals het Hof in zijn arrest van 16 december 1975 in de gevoegde zaken 40 tot 48, 50, 54 tot 56, 111, 113 en 114/73, *Suiker Unie e.a./Commissie* (Jurispr. 1975, blz. 1663, 1931, overweging 111) heeft overwogen, wordt aan de Commissie nergens verboden zich bij één enkele beschikking over verschillende inbreuken uit te spreken, zolang slechts ieder der adressaten in de beschikking nauwkeurig kan lezen welke grieven er tegen hemzelf bestaan. Welnu, door de opbouw ervan maakt de beschikking het mogelijk, op duidelijke wijze onderscheid te maken tussen de verschillende maatregelen, zelfs al worden in de juridische beoordeling van de Aanbeveling op verschillende plaatsen daaraan soortgelijke of dezelfde doelstellingen of gevolgen toegedicht als die welke bepaalde oude maatregelen kenmerken.

78 Hieruit volgt dat de Commissie niet door een ontoereikende of ontbrekende motivering artikel 190 van het Verdrag heeft geschonden. De verschillende door verzoekers aangevoerde onjuistheden wat betreft de feiten en de vergissingen rechtens die daaruit zouden voortvloeien, dienen in het kader van het onderzoek van de materiële middelen te worden bezien.

III — De middelen 1 tot 6 en 10 in het licht van artikel 6 van het Europese Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens

79 In repliek betoogt FEDETAB dat het gedrag van de Commissie dat het onderwerp vormt van de zeven genoemde middelen, ook een schending vormt van artikel 6, lid 1, van het Europese Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens, volgens hetwelk eenieder recht heeft op een eerlijke behandeling van zijn zaak door een onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie die zijn burgerlijke rechten en verplichtingen zal vaststellen. FEDETAB beroept zich op de rechtspraak van het Europese Hof voor de rechten van de mens (met name op het arrest-*König* van 31 mei 1978, serie A, nr. 27, blz. 30, overweging 90) en betoogt dat de in de artikelen 85 e.v. EEG-Verdrag en in de uitvoeringsverordening vastgelegde rechten op het gebied van de mededinging burgerlijke rechten zijn in de zin van artikel 6, lid 1, van evengenoemd Verdrag.

80 De Commissie antwoordt hierop dat zijn geen rechterlijke instantie in de zin van genoemde bepaling vormt wanneer zij de mededingingsregels van het Verdrag toepast. Zij wijst erop dat één der criteria voor het bestaan van een „rechterlijke instantie", die zijn ontwikkeld door het Europese Hof voor de rechten van de mens, haar onafhankelijkheid van de uitvoerende macht is (vlg. arrest-*Ringeisen*, serie A, nr. 13, blz. 39, overweging 94) en merkt op dat, aangezien zij nu juist de uitvoerende macht in de Gemeenschap vormt, het op zijn minst twijfelachtig is of zij bij ontbreken van onafhankelijkheid ten opzichte van de executieve een rechterlijke instantie in voornoemde zin kan vormen.

81 De redenering van FEDETAB is onjuist. De Commissie is weliswaar gehouden, de door het gemeenschapsrecht voorgeschreven procedurele garanties te eerbiedingen — hetgeen zij blijkens het voorafgaande heeft gedaan —, doch zij kan als zodanig niet als een „rechterlijke instantie" in de zin van artikel 6 van het Europese Verdrag inzake de rechten van de mens worden aangemerkt.

IV — Middel betreffende een algemeen rechtsbeginsel

82 Alle verzoekers, behalve Jubilé en Vander Elst, verwijten de Commissie dat zij een algemeen rechtsbeginsel, namelijk de gelijkheid van openbare en particuliere bedrijven voor de verdragsbepalingen, heeft geschonden. De Commissie zou de distributiepraktijken van verzoekers hebben veroordeeld en tegelijkertijd onbetwistbare mededingingsbeperkingen in Frankrijk en Italië, landen met een staatsmonopolie voor tabaksprodukten, dulden.

83 Tot staving van deze stelling heeft FEDETAB met name betoogd dat de toegang tot de markt in Frankrijk en Italië wordt belemmerd door talrijke belangrijke hindernissen van wettelijke en administratieve aard, die zij in haar inleidend verzoekschrift opsomt. In repliek verklaart FEDETAB naar aanleiding van de toelichtingen van de Commissie betreffende met name de procedures die zij met het oog op de aanpassing van deze monopolies heeft ingeleid, dat zij ervan overtuigd blijft dat de Commissie de door het beginsel van gelijkheid van ondernemingen voor het Verdrag gestelde grenzen harer discretionaire bevoegdheid niet heeft geëerbiedigd.

84 Dit argument moet worden verworpen. Uit het dossier blijkt dat de Commissie tegen voornoemde Lid-Staten verschillende acties heeft ondernomen, zodat het argument feitelijk onjuist is. Gesteld al dat de Commissie enige harer uit artikel 155 EEG-Verdrag voortvloeiende verplichtingen niet is nagekomen door na te laten om toe te zien op de toepassing van het gemeenschapsrecht op het gebied van de mededinging en van de aanpassing van staatsmonopolies in de sector tabaksfabrikaten, zou deze omstandigheid in elk geval niet eventuele inbreuken op het communautaire mededingingsrecht, die in casu door verzoekers in dezelfde sector zijn begaan, rechtvaardigen.

V — Materiële middelen betreffende artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag

A — Onjuiste beoordeling van de aard en de strekking van de Aanbeveling

85 *Jubilé* en *Vander Elst* betogen dat de Commissie de artikelen 85 en 190 EEG-Verdrag heeft geschonden, doordat zij de Aanbeveling ten onrechte als een overeenkomst tussen ondernemingen, als besluit van een ondernemersvereniging of als verbindend voor verzoekers heeft beschouwd. Om een dergelijke overeenkomst te vormen zou de Aanbeveling de kenmerken van een naar

nationaal recht gesloten verplicht contract moeten vertonen. In het onderhavige geval zou het echter niet om een dergelijk contract gaan, aangezien de bindende werking ontbreekt.

86 Dit argument kan niet worden aanvaard. Verzoekers — leden van FEDETAB — hebben de Commissie in casu laten weten dat zij zich bij de aanmelding van de Aanbeveling aansloten en hebben tijdens de procedure voor het Hof toegegeven dat zij deze sedert 1 december 1975 hebben opgevolgd. Hieruit volgt dat de Aanbeveling de getrouwe uitdrukking van de wil van verzoekers vormt om zich op de Belgische sigarettenmarkt overeenkomstig de bewoordingen van de Aanbeveling te gedragen. Aan de voor toepassing van artikel 85, lid 1, noodzakelijke voorwaarden is derhalve voldaan.

87 Sommige verzoekers evenals interveniënte AGROTAB verwijten de Commissie bovendien, de Aanbeveling ten onrechte als een besluit van een ondernemersvereniging in de zin van artikel 85, lid 1, te hebben aangeduid. De Aanbeveling zou zijn uitgegaan van FEDETAB, een vereniging zonder winstoogmerk, die als zodanig niet deelneemt aan het economische leven.

88 Ook deze stelling moet worden afgewezen. Enerzijds blijkt uit artikel 8 van de statuten van FEDETAB dat de door haar genomen besluiten verbindend zijn voor haar leden. Anderzijds is artikel 85, lid 1, ook van toepassing op verenigingen, voorzover haar eigen activiteiten of die van de aangesloten ondernemingen ertoe strekken de gevolgen teweeg te brengen die deze bepaling beoogt tegen te gaan. Daar verscheidene fabrikanten uitdrukkelijk hebben verklaard, de bepalingen van de Aanbeveling te zullen opvolgen, kan deze niet aan toepassing van artikel 85 EEG-Verdrag ontkomen op de enkele grond dat zij is uitgegaan van een vereniging zonder winstoogmerk.

89 Evenmin kan de stelling worden aanvaard dat de Aanbeveling geen bindende werking heeft en dat in overweging 61 van de aangevochten beschikking ten onrechte wordt gesproken van een ware verplichting voor alle ondernemingen in de betrokken sector. Naast het feit dat de bepalingen van de Aanbeveling krachtens artikel 8 van de statuten van FEDETAB verbindend zijn voor haar leden, dient immers ook te worden vermeld dat de aanvaarding van de Aanbeveling door zeven ondernemingen, verzoekers in de onderhavige za-

ken, die een wezenlijk deel van de totale sigarettenverkoop in België controleren, grote invloed uitoefent op de mededinging op de markt in kwestie.

B — Door verzoekster HVL aangevoerde onjuiste beoordeling

90 Verzoekster HVL, een Luxemburgse sigarettenfabrikant, beklaagt zich over schending van de artikelen 85 en 190 EEG-Verdrag te haren aanzien, doordat de Commissie ten onrechte heeft gemeend dat HVL met betrekking tot de vóór 1 december 1975 getroffen maatregelen onderlinge afstemming met de overige deelnemers heeft betracht. Verzoekster merkt te dezen op dat zij wat betreft de periode vóór 1 december 1975 geen der in de beschikking bedoelde overeenkomsten heeft ondertekend, met uitzondering van de brief van 23 december 1971 tot vaststelling van maximum betalingstermijnen. Hieruit volgt dat alleen de in deze brief bedoelde maatregelen haar zouden kunnen worden verweten. Zij zou zich door de pressie van de Belgische markt hebben gericht naar het gedrag van de andere, Belgische, fabrikanten en importeurs, zonder dat daarin het bestaan van een kartel of een onderling afgestemde feitelijke gedraging kan worden gezien.

91 Dit standpunt kan niet worden gevolgd. Verzoekster is sedert 1947 lid van FEDETAB en zij moest krachtens artikel 8 van de statuten met name alle ingevolge deze statuten genomen besluiten opvolgen. Bovendien handelde FEDETAB, zoals reeds is vastgesteld naar aanleiding van de vroegere maatregelen, daadwerkelijk in naam van haar leden, die deelnamen aan de vaststelling en de naleving van genoemde maatregelen via hun beroepsvereniging.

C — Middelen betreffende de inbreuk op de mededinging

92 Verzoekers betogen voorts in wezen dat de Commissie met haar beschikking artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag heeft geschonden, doordat zij ten onrechte heeft geoordeeld dat de gewraakte maatregelen ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op zijn minst merkbaar wordt beperkt.

1. Inleidende opmerkingen

93 Om de redenering van verzoekers beter te kunnen beoordelen, dient in de eerste plats te worden herinnerd aan de aard en de draagwijdte van de gewraakte maatregelen met het oog op het onderzoek hiervan in het licht van artikel 85 EEG-Verdrag.

a) Inhoud van de gewraakte maatregelen

i) Periode vóór 1 december 1975

94 Zoals reeds uiteengezet noemt de Commissie in artikel 1 van de beschikking de maatregelen die zij veroordeelt als inbreuken op artikel 85, lid 1, met betrekking tot de periode vóór 1 december 1975.

95 Het gaat in de eerste plaats om de erkenning door FEDETAB van de groothandelaren en de detaillisten en hun indeling in verschillende categorieën volgens een rangschikking van het Belgische Comité voor de distributie, en de toekenning aan deze categorieën van verschillende kortingspercentages, en wel voornamelijk een rechtstreekse korting, welke de maximale door het Belgische ministerie van Economische Zaken toegestane marge vertegenwoordigde in het kader van zijn aanmeldingssysteem van prijsverhogingen. Deze korting werd volgens de Commissie alleen door de coöperaties en grootwinkelbedrijven, die ook als detaillist optraden, behouden, terwijl de eigenlijke groothandelaren een gedeelte daarvan moesten doorgeven aan de detaillisten waaraan zij hun produkten doorverkochten. De 80 000 detaillisten in België waren, aldus de Commissie, volgens een overeenkomst van 29 december 1970 tussen FEDETAB en NFGT verdeeld in „erkende detaillisten" (circa 2 000) en „niet-erkende detaillisten", welke laatsten van de groothandelaar een geringer aandeel in de korting ontvingen dan de erkende detaillisten.

96 De Commissie wijst vervolgens op een aantal maatregelen die door FEDETAB en NFGT op het gebied van de wederverkoopprijzen zijn genomen. Zij vestigt de aandacht met name op een overeenkomst van 22 mei 1967 tussen FEDETAB en NFGT volgens welke de groothandelaren zich verbonden de door hen aangekochte tabaksfabrikaten tegen de door de leveranciers aangegeven prijs te verkopen zonder enige andere kortingen of voordelen dan de korting voor de detaillist. Ingevolge dezelfde overeenkomst verbonden de groothandelaren die detailhandelswinkels exploiteren zich, in hun winkels sigaretten te verkopen tegen de op het fiscale bandje aangegeven detailprijs, zonder enige korting voor de verbruiker. Door de ondertekening van een standaard-overeenkomst die hun op dezelfde dag door FEDETAB was voorgelegd, namen de erkende detaillisten een soortgelijke verplichting op zich.

Op 5 oktober 1967 preciseerden FEDETAB en NFGT door middel van een avenant ter interpretatie van voornoemde overeenkomst dat de groothandelaren die een detailhandelswinkel exploiteerden, werden geacht zich te hebben verbonden, aan detaillisten die de op het fiscale bandje vermelde prijs niet in acht zouden nemen, de levering te weigeren. Bij een nieuwe interpretatieve avenant van 29 december 1970, ondertekend door FEDETAB en NFGT, verbonden dezen zich tot het uitoefenen van een systematische strenge controle op de uitvoering van de overeenkomsten. In een standaard-overeenkomst genaamd „bijzondere overeenkomst inzake bradage" die FEDETAB op 30 juni 1972 (de normale datum van beëindiging van de overeenkomst van 22 mei 1967) aan de groothandelaren voorlegde, erkenden dezen kennis te hebben genomen van genoemde overeenkomst alsmede van de avenanten van 29 december 1970 en 22 maart 1972 (zie hierna) en verbonden zij zich voor de periode van 1 juli 1972 tot en met 30 juni 1977 de tabaksfabrikaten die door hen waren gekocht, te verkopen tegen de door de leveranciers aangegeven prijzen zonder enigerlei rabat of voordeel.

97 De Commissie verwijst tevens naar de weigering van FEDETAB sedert 1 januari 1971 om nieuwe groothandelaren te erkennen, behalve in de categorieën „gespecialiseerde rondreizende groothandelaren" of „hotels-restaurants-cafés", of nieuwe coöperaties of grootwinkelbedrijven, behalve in de categorieën „grootwarenhuizen en populaire warenhuizen met gevarieerd assortiment". De kandidaten voor toelating tot deze categorieën moesten zich met name verbinden, de prijsbinding in acht te nemen, hun aankopen contant te vereffenen en deel te nemen aan de verkoopbevordering van ieder nieuw merk.

98 De Commissie wijst voorts op een interpretatieve avenant van 22 maart 1972 waarbij de NFGT, onder verwijzing naar de interpretatieve avenant van 29 december 1970, haar leden meedeelde dat het voortaan verboden was te verkopen aan enerzijds de groothandelaren in levensmiddelen en andere niet-rechtstreeks door de fabrikanten bevoorrade groothandelaren, ingeval de produkten bestemd waren voor wederverkoop aan detaillisten, en anderzijds aan de door de fabrikanten „gecontingenteerde" groothandelaren. Niet-inachtneming van dit verbod zou tot schorsing van de leveranties leiden. Deze avenant werd volgens de Commissie versterkt door een standaard-overeenkomst, die op uitnodiging van FEDETAB van 30 juni 1972 door bijna alle groothandelaren werd ondertekend en volgens welke de groothandelaren zich met name verbonden, het voornoemde verbod van wederverkoop te eerbiedigen. De sanctie op niet-naleving van deze verbintenissen was volgens de Commissie het verlies van de eindejaarsristorno's en het verlies van de groothandelscondities.

99 De Commissie verwijt verzoekers ook dat de leden van FEDETAB collectieve maatregelen hebben genomen op het gebied van de betalingstermijnen. Bij schrijven van 23 december 1971 op papier met het briefhoofd van FEDETAB stelden negen fabrikanten, leden van FEDETAB, allen voor wie groothandelscondities golden ervan in kennis, dat de betalingstermijnen zouden worden ingekort tot een maximum van vijftien dagen en dat de fabrikanten ingeval van niet-naleving van de termijnen hun leveranties zouden opschorten. Volgens de Commissie zijn deze maatreglen toegepast tot de inwerkingtreding van de Aanbeveling op 1 december 1975.

100 Tenslotte verwijt de Commissie verzoekers, bepaalde categorieën detaillisten, namelijk de „grootwarenhuizen met gevarieerd assortiment" en de „populaire warenhuizen met gevarieerd assortiment" te hebben verplicht, een door FEDETAB vastgesteld minimum assortiment aan te bieden en voor de naleving van deze verplichting te hebben zorg gedragen door verschillende collectieve maatregelen, waaronder met name de onderbreking van leveranties van sigaretten aan GB in maart 1972.

101 Opgemerkt moet worden dat verzoekers niet betwisten dat de door de Commissie gesteld feiten in wezen juist zijn. Zij beweren alleen dat de maatregelen betreffende de prijsbinding in augustus 1974 zijn vervallen en dat de maatregelen betreffende het verbod van wederverkoop zonder gevolgen zijn gebleven en in elk geval op 1 juli 1973 werden beëindigt.

ii) De Aanbeveling-FEDETAB van 1 december 1975

102 Deze Aanbeveling, die de vroegere maatregelen heeft vervangen en op 1 december 1975 door FEDETAB bij de Commissie werd aangemeld, betreft alleen de sub-sector sigaretten. Het staat vast dat de andere verzoekers de Commissie hebben medegedeeld, dat zij voornemens waren de Aanbeveling op te volgen en dat zij zich bij de aanmelding aansloten. Volgens de motivering van de beschikking van de Commissie oefenen de binnen FEDETAB verenigde ondernemingen een grote invloed uit op de andere fabrikanten en importeurs, alsmede op de groothandelaren en detaillisten. De Aanbeveling houdt derhalve een ware verplichting in voor alle ondernemingen in deze sector. Zij vormt een besluit van een ondernemersvereniging en een overeenkomst tussen ondernemingen, die ertoe strekt en tengevolge heeft dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt tussen de fabrikanten en,

subsidiair, tussen de groothandelaren, merkbaar wordt beperkt. Bovendien voldoet zij niet aan de toepassingsvoorwaarden van artikel 85, lid 3, EEG-Verdrag, doordat zij niet op voldoening schenkende wijze leidt tot verbeteringen in de distributie welke een tegenwicht zouden kunnen vormen voor de mededingingsbeperkende gevolgen welke zij veroorzaakt en niet van dien aard is dat zij een billijk aandeel van het voordeel dat daaruit eventueel zou kunnen voortvloeien doet toekomen aan de verbruikers.

103 In het kader van de Aanbeveling is de organisatie van de sigarettendistributie in België gebaseerd op de volgende drie beginselen:

— de indeling van groothandelaren en detaillisten in categorieën en de vaststelling, zowel op het niveau van de groothandel als op dat van de detailhandel, van op faktuur aan de afnemers te verlenen gedifferentieerde maximum kortingen en de door dezen te vervullen minimum criteria om daarvoor in aanmerking te komen (graad van specialisatie in tabaksprodukten, verkoopvolume, aantal aangeboden merken en aantal bediende verkooppunten);

— de toekenning door FEDETAB aan de groothandelaar of detaillist van een eindejaarsristorno, die wordt berekend aan de hand van zijn sigarettenaankopen van alle merken in de loop van het jaar bij iedere fabrikant, al dan niet aangesloten bij FEDETAB, in België of het buitenland;

— het beginsel van contante betaling, met de mogelijkheid om bij wijze van uitzondering een maximum termijn van twee weken na de faktuurdatum toe te staan.

104 Uit deze analyse volgt dat de verschillende vóór 1 december 1975 getroffen maatregelen en de in de Aanbeveling vervatte maatregelen weliswaar in enkele opzichten van elkaar afwijken, doch in wezen een soortgelijk oogmerk hebben betreffende de winstmarges van groothandelaren en detaillisten (hierna te noemen „handelsmarges"), de eindejaarsristorno's en de betalingstermijnen.

105 Voor een onderzoek van de vraag of de gewraakte maatregelen ertoe strekken of tengevolge hebben dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst, dienen derhalve in de eerste

plaats voor de twee periodes gezamenlijk de maatregelen betreffende de handelsmarges, de eindejaarsristorno en de betalingstermijnen afzonderlijk te worden bezien.

2. De maatregelen betreffende de handelsmarges, de eindejaarsristorno en de maximum betalingstermijnen

a) De handelsmarges

106 Zoals uit de uiteenzetting van de gewraakte maatregelen blijkt, worden deze met name gekenmerkt door de overeenkomst van de tabaksfabrikanten inzake de indeling van de handelaren zowel op het niveau van de groothandel als op dat van de detailhandel, en inzake de met deze indeling overeenkomende marges. Dit systeem is door de Aanbeveling-FEDETAB van 1 december 1975 alleen in die zin gewijzigd, dat ingevolge de Aanbeveling, zoals de Commissie in overweging 97 van de bestreden beschikking heeft opgemerkt, drie nieuwe criteria in aanmerking worden genomen voor de vaststelling van het bedrag van de verschillende marges, namelijk het jaarlijkse verkoopvolume, het aantal aangeboden merken en het aantal bediende verkooppunten. Bovendien beperkt de door de Aanbeveling ingestelde regeling zich tot de sub-sector sigaretten, terwijl de voordien geldende maatregelen van toepassing waren op alle tabaksfabrikaten.

107 De Commissie stelt in de artikelen 1 en 2 van de beschikking vast, dat de indeling van de Belgische groothandelaren en detaillisten in categorieën en de toekenning van verschillende marges aan deze categorieën een inbreuk vormt op artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag. Zij motiveert deze vaststelling met het betoog (overwegingen 81 en 97), dat dit systeem een mededingingsbeperking voor fabrikanten en groothandelaren vormt. Aan de fabrikanten werd immers de mogelijkheid ontnomen elkaar concurrentie aan te doen op het gebied van de winstmarges en aan de groothandelaren op het gebied van de diensten die zij aan de producenten verlenen. Zowel in het systeem van vóór 1 december 1975 als in het bij de Aanbeveling van die datum ingevoerde systeem wordt geen rekening gehouden met de andere — niet voor de indeling in aanmerking genomen — diensten, die de tussenpersonen individueel kunnen verrichten.

108 Tijdens de procedure voor het Hof heeft de Commissie beklemtoond dat de kern van de betrokken maatregelen bestaat uit de horizontale onderlinge afstemming van verzoekers ten aanzien van de marges en andere geldelijke voordelen die de fabrikanten en importeurs aan de handelaren verlenen. Naar de mening van de Commissie staat de uniformering van deze marges en voordelen volledig gelijk met een prijsafspraak tussen producenten en importeurs, waarbij de voor de dienstverlening van de tussenpersonen de betalen prijs wordt geregeld. Dit systeem vormt een ernstige inbreuk op het door het Verdrag gewilde mededingingsstelsel.

109 In dit licht bezien moet worden onderzocht of de gewraakte maatregelen, voorzover betrekking hebbend op de handelsmarges en de andere geldelijke voordelen, in strijd met artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt in de sector van de betrokken produkten wordt verhinderd, beperkt of vervalst.

110 Uit de inhoud zelf van de gewraakte maatreglen blijkt terstond dat deze met name ertoe strekken, de fabrikanten en importeurs de mogelijkheid te ontnemen om met de groothandelaren te onderhandelen over individuele marges en verdergaande voordelen naargelang van de situatie op de markt. Dit wordt bevestigd door het feit dat verzoekers hebben toegegeven dat zij zich hebben gehouden aan de zowel door de Aanbeveling als door de voordien geldende maatregelen ingevoerde regeling op het gebied van de marges.

111 Verzoekers betogen evenwel, dat verschillende in België toepasselijke nationale voorschriften en administratieve praktijken in de sector tabaksfabrikaten een zo beslissende invloed hebben op het gedrag van de Belgische fabrikanten en importeurs van deze produkten wat betreft de aan de handel te verlenen marges en andere geldelijke voordelen alsmede de verkoopprijzen voor de verbruikers, dat de gewraakte maatregelen niet ertoe kunnen strekken of tengevolge hebben dat de mededinging, althans merkbaar, wordt beperkt.

112 Uit het vorenoverwogene volgt dat de aard en de draagwijdte van genoemde Belgische voorschriften en administratieve praktijken moeten worden onderzocht en de eventuele gevolgen daarvan op de mededinging moeten worden beoordeeld.

i) de Belgische voorschriften en administratieve praktijken

— de Belgische fiscale regeling inzake de accijnsrechten op tabak

113 Uit de stukken blijkt dat tabaksfabrikaten, en met name sigaretten, in België onder een fiscale regeling vallen, die wordt gekenmerkt door de toepassing van een „ad valorem" accijnsrecht, berekend over de detailhandelsprijs „BTW inbegrepen" (hierna te noemen „DHP"). Het gezamenlijk bedrag van deze beide belastingen moet door de fabrikant of importeur worden voldaan bij de aankoop van fiscale bandjes die worden aangebracht op de verschillende tabaksprodukten voordat deze worden verhandeld, ongeacht of zij in België zijn gefabriceerd of in dit land zijn ingevoerd, en die de voor de berekening van de verschuldigde fiscale lasten in aanmerking genomen DHP aangeven.

114 Bij de verkoop in de detailhandel moeten de wederverkopers krachtens het Belgische recht de op de fiscale bandjes aangegeven prijzen strikt aanhouden. Deze verplichting vloeit voort uit artikel 58 van de Belgische wet van 3 juli 1969 tot invoering van het Wetboek inzake de BTW, dat met name bepaalt dat ten aanzien van genoemde produkten deze belasting wordt berekend op de prijs vermeld op het fiscale bandje, die de verplichte verkoopprijs voor de verbruiker moet zijn. Hieruit volgt dat met ingang van 1 januari 1971, datum van inwerkingtreding van artikel 58, de door de fabrikant of importeur gekozen DHP automatisch de verplichte verkoopprijs voor de verbruiker wordt.

115 Het staat vast dat op tabaksfabrikaten tijdens de gehele geldigheidsduur van de betrokken maatregelen, en in elk geval vanaf 13 maart 1962, datum van inwerkingtreding van verordening nr. 17 van 6 februari 1962, een hoog evenredig accijnsrecht is geheven en nog wordt geheven.

116 Blijkens het dossier bestaat het aandeel aan fiscale lasten in de DHP uit de volgende elementen: een specifiek accijnsrecht dat een bepaald bedrag in BFR per stuk beloopt; een evenredig accijnsrecht, dat een bepaald percentage van de DHP bedraagt; een over de waarde van de niet-fiscale elementen van de DHP en de totale accijns berekende BTW. Deze accijns is praktisch uit-

sluitend evenredig, daar de verhouding tussen het specifieke accijnsrecht en het evenredige accijnsrecht 5 tot 95 bedraagt. Uit een door de Commissie in dupliek overgelegd overzicht, waarvan de juistheid door verzoekers niet werd betwist, blijkt dat op 1 januari 1979 de accijnzen 65,65 % en de BTW 5,66 % bedroegen bij een pakje van 25 sigaretten in de in België meest gevraagde prijsklasse — BFR 41 — zodat het gedeelte aan belastingen in deze DHP 71,31 % was. In overweging 11 van de beschikking van de Commissie wordt vastgesteld dat het belastingaandeel in de DHP over het geheel genomen ongeveer 70 % is. Hieruit volgt dat het niet-fiscale gedeelte van de DHP, dat enerzijds uit het aandeel van de fabrikant of de importeur en anderzijds uit de handelsmarges bestaat, circa 30 % van de DHP vormt.

117 Opgemerkt zij dat de verhouding 5:95 tussen het specifiek accijnsrecht en het evenredig accijnsrecht overeenstemt met de minimum eis gesteld in richtlijn nr. 72/464 van de Raad van 19 december 1972 betreffende de belasting, andere dan omzetbelasting, op het gebruik van tabaksfabrikaten (PB L 303 van 1972, blz. 1) zoals met name gewijzigd bij richtlijn nr. 77/805 van de Raad van 19 december 1977 (PB L 338 van 1977, blz. 22). In deze richtlijn wordt het principe gehuldigd dat de harmonisatie van de nationale structuren van de accijnzen in etappes dient te geschieden in het kader van een door elke Lid-Staat vast te stellen evenredige accijns berekend over de DHP en een specifieke accijns welke berekend wordt per eenheid produkt. Zoals uit de considerans van de richtlijn blijkt heeft deze harmonisatie met name ten doel, uit de belastingstelsels in de Lid-Staten betreffende het verbruik van tabak geleidelijk die factoren te verwijderen die het vrije verkeer van deze produkten kunnen belemmeren en de mededingingsvoorwaarden, zowel op nationaal als op communautair niveau, kunnen vervalsen.

118 Artikel 10 van richtlijn nr. 72/464 en artikel 10 ter, sub 5, van richtlijn nr. 77/805 staan de Lid-Staten evenwel toe, op sigaretten een minimum accijns te heffen waarvan het bedrag niet hoger mag zijn dan 90 % van het gezamenlijke bedrag van de evenredige en de specifieke accijns die zij heffen op sigaretten van de meest gevraagde prijsklasse. Het staat vast dat de Belgische staat van deze mogelijkheid tot het toegestane maximum gebruik maakt.

— De prijscontrolemaatregelen in België en het Belgische fiscale beleid

119 Het ministerieel besluit van 22 december 1971 bepaalt dat de producenten en importeurs zijn gehouden, bij het Ministerie van Economische Zaken uiterlijk drie maanden vóór de toepassing, iedere prijsverhoging aan te geven die zij voornemens zijn toe te passen op de Belgische markt op alle produkten, grondstoffen, eet- of koopwaren en op alle prestaties. De minister van Economische Zaken kan de onderneming die de aangifte indient vóór het verstrijken van genoemde termijn doen betekenen dat de aangegeven verhoging geheel of gedeeltelijk niet mag worden toegepast gedurende een termijn van maximaal zes maanden. Na het verstrijken van de door de minister vastgestelde termijn, mag de onderneming de verhoging toepassen zoals die werd aangegeven, maar zij dient haar werkelijk toegepaste prijzen aan te melden.

120 Er zij evenwel opgemerkt dat individuele aanmeldingen door afzonderlijke ondernemingen in de sector tabaksfabrikaten weliswaar mogelijk zijn, doch dat niettemin blijkt dat de onderhandelingen op het gebied van prijsverhogingen in de praktijk meestal worden gevoerd door de beroepsverenigingen van de verschillende branches in de sector. Voorts blijkt dat in het kader van deze collectieve onderhandelingen alle elementen van de DHP, met inbegrip van de verschillende maximale handelsmarges, zijn onderworpen aan een nauwgezet onderzoek zowel door het Ministerie van Economische Zaken als door het Ministerie van Financiën, hetwelk een belangrijke invloed op het bedrag van de verhoging van de DHP uitoefent.

121 Aangezien tabaksfabrikaten immers een zeer belangrijke bron van belastinginkomsten vormen, ziet de regering erop toe dat de belastingopbrengsten niet worden verminderd door een te grote verhoging van de DHP, die een verlaging van het verbruik zou kunnen veroorzaken. Verzoekers hebben enkele voorbeelden genoemd waarin de tussenkomst van de regering ten gevolge heeft gehad dat een dergelijke verhoging werd verhinderd.

122 Zoals de Belgische regering in antwoord op een schriftelijke vraag van het Hof heeft gesteld, is het de fabrikant of importeur krachtens de Belgische belastingvoorschriften bovendien niet geoorloofd, tegelijkertijd sigaretten van dezelfde kwaliteit en hetzelfde merk, met eenzelfde aantal in dezelfde verpakking, tegen verschillende banderolprijzen aan te bieden. De Belgische regering merkt op dat deze voorwaarde in overeenstemming is met artikel 4, lid 1, van richtlijn nr. 72/464 van de Raad waarin wordt bepaald dat de

evenredige accijns wordt berekend over de maximum kleinhandelsverkoopprijs. Indien er tegelijkertijd voor eenzelfde produkt verscheidene maximum prijzen bestonden, zou hieruit naar de mening van de Belgische regering volgen dat op één geval na — namelijk bij de hoogste prijs — de accijns steeds zou worden geheven op een lagere dan de wettelijke grondslag.

ii) beoordeling van de gevolgen van de sub i) genoemde voorschriften en praktijken voor de mededinging

123 In de overwegingen 4 tot 18 van de beschikking beschrijft de Commissie de wijze waarop de prijzen worden vastgesteld en de belasting wordt geheven bij tabaksfabrikaten in België en in overweging 36 maakt zij gewag van de inwerkingtreding op 1 januari 1971 van artikel 58 van het Belgisch Wetboek inzake de BTW.

124 De Commissie stelt in overweging 88 van de beschikking dat FEDETAB en de betrokken ondernemingen ten onrechte betogen dat de vóór de Aanbeveling getroffen maatregelen geen merkbare mededingingsbeperkingen vormen doordat, wegens de belangrijkheid van de belastingdruk en het aanmeldingssysteem voor verhogingen van de kortingen en de wederverkoopprijzen van tabaksprodukten toegepast door de Belgische staat, deze het mogelijke actieterrein van de mededinging in deze sector op aanzienlijke wijze beperkte en aldus de daarin optredende ondernemingen aanzette tot een gelijksoortig gedrag. Zij voegt hieraan toe dat, indien nationale bepalingen met wettelijk of reglementair karakter eventueel tot gevolg hebben dat de mededinging wordt beperkt, de gevolgen van privaatrechtelijke mededingingsbeperkingen die zich daaraan komen toevoegen niet anders dan nog meer merkbaar kunnen zijn.

125 In overweging 105 van de beschikking voert de Commissie dezelfde redenen aan om de stelling te verwerpen dat „de mededingingsbeperkingen vervat in de Aanbeveling niet merkbaar zouden zijn wegens het gewicht van de interventies van de Belgische staat in de tabakssector".

126 Daarom moet in de eerste plaats worden nagegaan of, anders dan de Commissie meent, de Belgische regeling en de toepassing daarvan zoals hiervoor omschreven, ten gevolge hebben dat hetzij — zoals verzoekers betogen — de fabrikanten en importeurs de mogelijkheid wordt ontnomen, elkaar op het

gebied van de aan de handel toe te kennen marges noemenswaardig te beconcurreren, hetzij het bestaan van een dergelijke mogelijkheid ernstig in twijfel kan worden getrokken. In elk van beide gevallen zou het Hof moeten vaststellen dat in de aangevochten beschikking van de Commissie niet op juiste of genoegzame wijze rekening is gehouden met de invloed van genoemde regeling en de toepassing daarvan door de bevoegde Belgische autoriteiten op de mededingingsmogelijkheden van deze marktdeelnemers.

127 In dit verband dient in de eerste plaats te worden opgemerkt — en is tussen partijen in confesso — dat in een voornamelijk evenredig accijnsstelsel zoals dat in België geldt, elke wijziging van het aandeel van de fabrikant of de importeur in de DHP leidt tot een verscheidene malen grotere verandering van de fiscale lasten en bijgevolg van de DHP zelf, ingeval deze wijziging zo wordt aangebracht dat zij doorwerkt in deze prijs. Dit multiplicator-effect treedt in beginsel zowel bij een wijziging naar boven als bij een wijziging naar beneden op. In dit laatste geval wordt de degressieve invloed van de multiplicator, die ten gunste van de verbruiker werkt, evenwel beperkt door de minimum accijns, ingevoerd door de Belgische staat overeenkomstig de richtlijnen nrs. 72/464 en 77/805 van de Raad, doordat deze accijns is vastgesteld op 90 % van het gezamenlijk bedrag van de evenredige accijns en de specifieke accijns die door de Belgische staat op de sigaretten van de meest gevraagde prijsklasse worden geheven.

128 Uit dit multiplicator-effect, tezamen met de door de Belgische staat toegepaste minimum accijns om zijn belastinginkomsten te waarborgen, vloeit voort dat elke concurrentie-inspanning op het gebied van de marges van de fabrikant of de importeur die in de DHP doorwerkt, beperkt is.

129 Bovendien verhindert de Belgische regeling inzake de verbruiksbelasting en de prijscontrole de fabrikant of importeur in beginsel weliswaar niet, voor elk van zijn produkten de DHP te kiezen die hij wenst, doch deze keuzevrijheid is in de praktijk aan verschillende beperkingen onderworpen. Zoals reeds aangegeven schijnt de praktische toepassing in de sector tabaksfabrikaten van prijscontrolemaatregelen waaraan met name de financiële instanties deelnemen, collectieve onderhandelingen te begunstigen met de beroepsverenigingen die de verschillende branches uit de sector vertegenwoordigen, ook al sluit deze regeling voor afzonderlijke ondernemingen niet de mogelijkheid uit, over te gaan tot individuele aanmeldingen, met name ingeval van invoe-

ring van een nieuw merk. In het kader van deze onderhandelingen oefenen de financiële instanties, die er vooral naar streven de inkomsten uit de belastingheffing op de betrokken produkten te waarborgen, een belangrijke invloed op de vaststelling van de DHP uit. In de loop van de procedure is ook gebleken dat de Belgische staat met behulp van de verschillende fiscale bandjes in de gelegenheid is, de vrijheid van de ondernemingen bij de keuze van de DHP voor hun produkten te belemmeren. In dit verband heeft verzoekster BAT gesteld dat zij zich na de invoering van een nieuw goedkoop sigarettenmerk gedwongen zag, de prijs daarvan met BFR 6 per pakje te verhogen, om ze te kunnen verkopen tegen een prijs die overeenkwam met het goedkoopste fiscale bandje dat door de administratie werd aangeboden nadat deze de met lagere prijzen overeenkomende fiscale bandjes had afgeschaft.

130 Uit al deze overwegingen volgt dat in de sector tabaksfabrikaten de Belgische regeling op het gebied van de verbruiksbelastingen en de prijscontrole alsmede de toepassing daarvan in het kader van de door de staat nagestreefde belastingpolitiek ten gevolge heeft dat de fabrikanten en importeurs elkaar onderling praktisch geen concurrentie kunnen aandoen die zou doorwerken in het bedrag van de DHP.

131 Daarentegen dient te worden opgemerkt dat geenszins is aangetoond dat genoemde regeling of de uitvoering ervan de fabrikant of importeur belet, van het hem toekomende aandeel in een gegeven DHP individueel een grotere marge aan bepaalde groothandelaren toe te kennen. Door een onderlinge afstemming over het maximum peil van de marges die zij aan de groothandelaren verlenen, leggen verzoekers elkaar collectief het verbod op, een dergelijke concurrentie aan te gaan en verminderen zij tegelijkertijd de prikkel voor deze tussenhandelaren om een verkoopbeleid te volgen dat de produkten van de fabrikant of importeur waarvan zij een gunstiger marge verkrijgen of hopen te verkrijgen, zou bevoordelen.

132 Te dezen dient erop te worden gewezen dat artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag elke beperking van de mededinging op elk handelsniveau tussen de producent en de eindverbruiker verbiedt. Zo is in artikel 85, lid 1, sub a, in het algemeen sprake van „contractuele voorwaarden", sub b, van „de produktie" en van „de afzet" en sub c, van „markten" of „voorzieningsbronnen", zonder enig onderscheid tussen de afzonderlijke handelsfasen.

133 Bovendien is in het onderhavige geval het aan de fiscus toevallende deel van de DHP weliswaar hoog, doch de producent of importeur behoudt voldoende speelruimte om een werkzame mededinging mogelijk te maken, nu het gaat om massaverbruiksgoederen, waarbij een zeer beperkte prijsverlaging op het niveau van de produktie of de import een merkbare invloed op het verbruikersniveau kan hebben.

134 De onderlinge afstemming op het gebied van de marges, die het onderwerp vormt van zowel de Aanbeveling van 1 december 1975 als de voordien genomen maatregelen, en die voortvloeit uit een afspraak tussen de meeste producenten en importeurs van massaverbruiksgoederen op een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt, namelijk België, moet derhalve als een onder het verbod van artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag vallende beperking van de mededinging worden beschouwd, indien zij enerzijds de handel tussen Lid-Staten merkbaar ongunstig kan beïnvloeden en er anderzijds geen andere aanknopingspunten bestaan voor de vaststelling dat het door verzoekers opgebouwde distributiestelsel in zijn geheel niet onder genoemd verbod valt.

135 Ten aanzien van dit laatste punt betogen verzoekers met een beroep op het arrest van het Hof van 25 oktober 1977 in de zaak 26/76, *Metro SB-Großmärkte GmbH/Commissie* (Jurispr. 1977, blz. 1875), dat de doelstelling om voor de gespecialiseerde handel een bepaald bezoldigingsniveau te waarborgen teneinde dit distributiekanaal te handhaven, gelet op de gunstige invloed daarvan op de marktstructuur niet noodzakelijk onder het verbod van artikel 85, lid 1, valt. Het Hof zou in genoemd arrest hebben erkend dat maatregelen die dienen tot de handhaving van de traditionele handel door onderscheid te maken tussen de functies van de groothandel en die van de detailhandel, niet noodzakelijkerwijze de mededinging beperken en voor een ontheffing krachtens artikel 85, lid 3, in aanmerking kunnen komen. Het Hof zou vooral hebben erkend dat de prijsconcurrentie geen absolute voorrang heeft boven andere doeltreffende vormen van mededinging.

136 Verzoekers verwijten de Commissie dat zij bij de beoordeling van het distributiestelsel dat door bovengenoemde maatregelen is opgezet, niet op de juiste wijze rekening heeft gehouden met deze elementen.

137 Nochtans moet worden opgemerkt dat de Commissie niet het beginsel van functiescheiding bij de tussenpersonen laakt, maar veeleer de onderlinge afstemming tussen fabrikanten en importeurs betreffende de aan die tussenpersonen toe te kennen financiële voordelen.

138 Bovendien heeft het Hof in zijn arrest *Metro* weliswaar enkele overwegingen gewijd aan de vraag of een selectief distributiestelsel in overeenstemming kan zijn met artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag, doch in die zaak ging het, anders dan in de onderhavige zaken, om een stelsel dat was opgezet voor de verdeling van technisch hoogwaardige duurzame verbruiksgoederen, zodat de wederverkopers moesten worden geselecteerd aan de hand van kwalitatieve criteria.

139 Tevens dient erop te worden gewezen dat verzoekster in die zaak een beschikking van de Commissie bestreed, voor zover daarbij aan een door een individuele fabrikant opgezet distributiestelsel krachtens artikel 85, lid 3, ontheffing werd verleend van het verbod van artikel 85, lid 1. Bovendien heeft het Hof erop gewezen dat de Commissie erop zou moeten toezien dat de starheid van de prijsstructuur op het niveau van de door de betrokken fabrikant erkende handelaren niet wordt versterkt, hetgeen zou kunnen gebeuren wanneer het aantal selectieve verkoopnetten voor de verhandeling van eenzelfde produkt sterk zou toenemen.

140 De stelling van verzoekers dat de Commissie ten onrechte heeft gemeend dat de gewraakte maatregelen de mededinging beperken, met name op het gebied van de verlening van handelsmarges, blijkt derhalve geen steun te vinden in de redenering van het Hof in de zaak *Metro*.

141 Derhalve moet worden geconcludeerd dat de overeenkomst van verzoekers over de omvang van de aan hun direkte wederverkopers toe te kennen marges, die het marktmechanisme belet, de omvang van deze voordelen met name op grond van de diensten die deze tussenpersonen individueel zouden kunnen verrichten, te bepalen, een beperking van de mededinging oplevert die verboden is in artikel 85, lid 1, mits zij eveneens de handel tussen Lid-Staten merkbaar ongunstig kan beïnvloeden.

b) de eindejaarsristorno

142 Uit de bijlagen bij de brief van FEDETAB aan de Commissie van 26 januari 1971 blijkt, dat bij FEDETAB aangesloten fabrikanten vanaf 1 januari 1971 via FEDETAB aan de groothandelaren en detaillisten een eindejaarsristorno betaalden, waarvan het bedrag naargelang van de verkoop van sigaretten in de loop van het jaar tussen 20 centimes en 200 centimes per 1 000 sigaretten varieerde. Er zij echter opgemerkt dat noch in de redengeving (overwegingen 19 tot 27 en 81), noch in artikel 1 van het dispositief van de aangevochten beschikking duidelijk sprake is van deze ristorno voor de periode vóór de Aanbeveling. Hieruit volgt dat de eindejaarsristorno alleen in het kader van de Aanbeveling dient te worden onderzocht.

143 In dit verband staat vast dat, zoals de Commissie in overweging 74 van de beschikking heeft opgemerkt, iedere direkte afnemer — groothandelaar of detaillist — bij FEDETAB kan genieten van deze ristorno waarvan de schaal in de Aanbeveling is opgenomen en die wordt berekend aan de hand van zijn sigarettenaankopen van alle merken in de loop van het jaar bij iedere fabrikant, al dan niet aangesloten bij FEDETAB, in België of het buitenland. Uit de stukken blijkt dat de ristorno slechts een fractie van een percent van de aankoopprijs bedraagt. De voor de berekening van de aan elke afnemer toekomende sigarettenristorno's noodzakelijke inlichtingen worden gecentraliseerd door FEDETAB of door een hiertoe gemachtigd orgaan.

144 Volgens de Commissie heeft het in de Aanbeveling neergelegde stelsel van eindejaarsristorno's ten gevolge, dat de mededinging tussen de fabrikanten die zich erbij hebben aangesloten, wordt uitgeschakeld, omdat daardoor een verhoogde concurrentie-inspanning door de tussenpersonen teneinde extra voordelen te verkrijgen, alsmede de concentratie van aankopen door de tussenpersonen bij een bepaalde fabrikant van geen belang wordt, en de toegang tot de markt voor de fabrikanten die daarop wensen door te dringen, wordt bemoeilijkt.

145 Verzoekster FEDETAB betoogt daarentegen dat de concurrentieinspanning juist wordt bevorderd door de differentiatie van de ristornobedragen naargelang van de verkochte hoeveelheden. Zij stelt voorts dat de som van de direkte marges en de eindejaarsristorno's precies het door het Ministerie van

Economische Zaken in het kader van de onderhandelingen op het gebied van prijsverhogingen toegestane maximum bereikt. De ristorno wordt aan niemand formeel voorgeschreven, doch wordt door de groothandelaren nadrukkelijk geëist, zodat geen enkele leverancier zich praktisch hieraan kan onttrekken. Gezien het onbeduidende bedrag ervan kan zij in geen geval een zware last voor de fabrikant vormen, ongeacht het aandeel van de bij hem door de wederverkoper gedane aankopen.

146 In de eerste plaats dient te worden opgemerkt dat over genoemde ristorno in het kader van de Aanbeveling evenzeer onderlinge afstemming tussen verzoekers bestaat als over de aan de handel toegestane rechtstreekse marges. Zoals uit de bewering van FEDETAB zelf blijkt, moet zij tezamen met de rechtstreekse marges worden bezien; uit dien hoofde vormt zij een element van de maximum marges waarvan het niveau wordt vastgesteld in een collectief optreden van verzoekers, dat, zoals reeds uiteengezet, ertoe strekt en tengevolge heeft dat de individuele mededinging op dit gebied tussen fabrikanten en importeurs op de Belgische sigarettenmarkt merkbaar wordt beperkt.

c) *de regels op het gebied van de betalingstermijnen*

147 Ten aanzien van de vóór de Aanbeveling getroffen maatregelen op het gebied van de maximum betalingstermijnen dient erop te worden gewezen, dat negen sigarettenfabrikanten, waaronder verzoekers met uitzondering van de vennootschap BAT, bij schrijven van 23 december 1971 op papier met het briefhoofd van FEDETAB, de groothandelaren en anderen voor wie groothandelscondities golden ervan in kennis stelden, dat zij hadden besloten een einde te maken aan de lange betalingstermijnen en dat deze geleidelijk zouden worden ingekort tot een maximum van 15 dagen.

148 De Aanbeveling van 1 december 1975 stelt contante betaling als regel, waarbij de fabrikant bij wijze van uitzondering aan een of meer van zijn afnemers een termijn kan toestaan die niet langer dan twee weken na de faktuurdatum mag zijn.

149 Volgens FEDETAB hebben in de Aanbeveling dezelfde overwegingen met betrekking tot de betalingstermijnen een rol gespeeld als die welke tot de brief van 23 december 1971 hebben geleid. Deze mededeling zou gevolgd zijn op een verzoek van de onderneming GB, een grootwinkelbedrijf, om de

kredietttermijnen op 90 dagen, afgerond op hele maanden, te brengen, welke stap deel uitmaakte van een pressiepolitiek van alle grootwinkelbedrijven. FEDETAB voegt hieraan toe dat de belangrijkste bij FEDETAB aangesloten fabrikanten hadden besloten, dit schrijven te ondertekenen „om aan de brief van FEDETAB het nodige gewicht te verlenen". Dit antwoord zou een daad van wettige zelfverdediging geweest zijn. Elke belangrijke verlenging van de kredietttermijnen zou immers met name door het multiplicator-effect van het Belgische belastingstelsel voor sigaretten een onvermijdelijke weerslag op de prijzen ten nadele van de verbruiker hebben. Onder deze omstandigheden zou elke vertraging volgens FEDETAB een instorting van de markt hebben veroorzaakt.

150 Anderzijds verwijzen verzoekers ter rechtvaardiging van de bepalingen van de Aanbeveling op het gebied van de betalingstermijnen naar de invloed van het Belgische belastingstelsel op de concurrentiemogelijkheden op dit gebied, met name gelet op de machtige positie van de grootwinkelbedrijven aan de vraagzijde. Genoemde bepalingen zouden immers geen inbreuk maken op een rechtmatige concurrentie, doch geëigend zijn om de concurrentie-uitwassen tegen te gaan waaraan de grootwinkelbedrijven zich schuldig maken die profijt trekken van het feit dat de Belgische staat de fabrikant of importeur van sigaretten tot zijn belastingontvanger maakt. De schuld van de tussenpersonen zou derhalve voor $^4/_5$ bestaan uit de terugbetaling van een belastingschuld, die reeds was voldaan door de fabrikant of importeur, die aldus de financiële risico's draagt van eventuele tekorten op het niveau van de handel. Indien men voorts in aanmerking neemt dat de omloopsnelheid van de sigarettenvoorraden gemiddeld 10 dagen, en in de grootwinkelbedrijven, zelfs 3 dagen is, zou elke boven deze termijnen uitgaande concurrentie onrechtmatig zijn, en wel temeer wanneer verschillende grootwinkelbedrijfen, gebruikmakend van hun marktpositie, nog trachten, zeer lange termijnen voor te schrijven met de bedoeling, renteloos vreemd kapitaal ter beschikking te hebben voor de financiering van andere produkten dan sigaretten. Het zou derhalve gewettigd lijken dat de fabrikanten en importeurs vanuit een oogpunt van zelfverdediging ernaar streven dat de betalingstermijnen worden gehanteerd op een voor de mededinging neutrale wijze.

151 Uit de overwegingen 86 en 100 van de aangevochten beschikking blijkt dat de Commissie met name van mening is dat de collectieve en uniforme oplegging door FEDETAB en haar leden van maximum betalingstermijnen aan degenen die in aanmerking komen voor groothandelscondities ten gevolge hadden en nog steeds hebben, dat de mededinging op dit gebied wordt verhinderd en dat de uit de andere maatregelen op het gebied van de marges en

de eindejaarsristorno voortvloeiende mededingingsbeperkingen worden versterkt. De Commissie beklemtoont in de overwegingen 101 en 102 van de beschikking voorts, dat de in de praktijk toegepaste termijnen volgens de door haar ingewonnen inlichtingen een tendens tot stabilisatie op 15 dagen of minder vertonen en dat, in tegenstelling tot de beweringen van FEDETAB en enkele van haar leden, het gedrag van verschillende producenten, waarvan er geen de Aanbeveling heeft gedesavoueerd, in overeenstemming is met de bepalingen daarvan.

152 In de loop van de procedure in de onderhavige zaken hebben sommige verzoekers deze laatste beweringen van de Commissie bestreden en betoogd dat de betalingstermijnen soepel en niet uniform worden gehanteerd. Verzoeksters Jubilé en Vander Elst vestigen er de aandacht op dat zij ieder in hun brieven van 18 december 1975 waarin zij de Commissie hun beslissing meedeelden dat zij zich aansloten bij de Aanbeveling, de Commissie ervan in kennis hebben gesteld dat contante betaling in hun vennootschappen steeds regel is geweest en dat zij hiermee autonoom, onafhankelijk van de Aanbeveling, zouden voortgaan. Zij betogen derhalve dat, gesteld dat de goedkeuring van de Aanbeveling moet worden beschouwd als een overeenkomst in de zin van artikel 85 EEG-Verdrag, zij in elk geval geen partij bij deze overeenkomst zijn wat de betalingstermijnen betreft, en dat de beschikking op dit punt derhalve ten onrechte tot hen is gericht.

153 Het Belgische belastingsysteem, dat de fabrikant of importeur tot de schuldenaar van het zeer hoge belastingaandeel in de DHP maakt, oefent weliswaar, gezien de hoge omloopsnelheid van de voorraden en de hoge bankrenten, stellig invloed uit op de concurrentie die deze ondernemers elkaar op het gebied van de betalingstermijnen kunnen aandoen, doch hieruit volgt nog niet dat elke mogelijkheid van een werkzame concurrentie op dit gebied is uitgesloten. Evenmin mag over het hoofd worden gezien dat de toekenning van een betalingstermijn door de fabrikant aan de handelaar gelijk staat met een aan de handelaar verleende extra marge, welke geenszins is verboden of uitgesloten door de Belgische belasting- of prijscontrolevoorschriften. Deze vaststellingen vinden steun in het feit dat uit een bij het antwoord van verzoekster FEDETAB van 22 september 1975 op de eerste mededeling van de punten van bezwaar bevoegd overzicht blijkt, dat de werkelijke termijnen voor de betaling van de rekeningen aan de andere verzoekers, behalve de vennootschap HVL, van fabrikant tot fabrikant en van afnemer tot afnemer verschilden en tussen 0 (contante betaling) en 40 dagen bedroegen.

154 De zowel krachtens de brief van 23 december 1971 als in het kader van de Aanbeveling collectief vastgestelde bepalingen op het gebied van de betalingstermijnen hebben naar hun inhoud tenminste ten gevolge dat de mededinging merkbaar wordt beperkt, hetgeen volstaat om ze onder het verbod van artikel 85, lid 1, te doen vallen ingeval zij moeten worden geacht, de handel tussen Lid-Staten ongunstig te kunnen beïnvloeden.

155 Aangezien het bestaan van concurrentiemogelijkheden tussen verzoekers wat betreft deze termijnen vaststaat en voornoemde bepalingen ertoe strekken dat deze merkbaar worden beperkt door de vaststelling van een maximum termijn van 15 dagen, welke in het geval van de Aanbeveling slechts bij uitzondering kan worden toegekend, behoeft de vraag in hoeverre deze bepalingen door verzoekers werden uitgevoerd niet te worden behandeld.

156 Ten aanzien van de bewering van verzoeksters Jubilé en Vander Elst dat contante betaling in hun vennootschappen altijd gebruikelijk is geweest en dat zij hiermee onafhankelijk van de Aanbeveling zouden voortgaan, dient te worden vastgesteld dat een dergelijke intentieverklaring niet in aanmerking mag worden genomen, aangezien de leden van FEDETAB, zoals herhaaldelijk vermeld, volgens artikel 8 van de statuten der vereniging zich moeten aansluiten bij de krachtens de statuten door haar genomen besluiten.

3. De vroegere maatregelen betreffende de eerbiediging door de groothandelaren en sommige detaillisten van de door de fabrikanten vastgestelde verkoopprijzen, de beperking van de erkenning van groothandelaren van bepaalde categorieën, het verbod voor de erkende groothandelaren om bepaalde andere groothandelaren te bevoorraden en de verplichting om een minimum merkenassortiment aan te bieden

157 De tussen FEDETAB en NFGT voor een tijdvak van vijf jaar gesloten overeenkomst van 22 mei 1967, die door de door FEDETAB aan de erkende detaillisten voorgelegde en door de laatsten ondertekende standaard-overeenkomst alsmede door de interpretatieve avenanten van 5 oktober 1967 en 29 december 1970 werd bekrachtigd, bevatte een reeks collectieve maatregelen waaraan onder meer verzoekers deelnamen. Zij had ten doel, enerzijds de groothandelaren te verbieden, de tabaksfabrikaten aan de detaillisten door te verkopen tegen andere prijzen dan die welke door de leveranciers waren

aangegeven en behalve de detaillistenmarge andere kortingen of voordelen toe te kennen en, anderzijds, de op het fiscale bandje aangegeven prijs strikt door de detaillisten te doen naleven bij de verkoop aan de verbruiker.

158 Zoals FEDETAB in haar verzoekschrift toegeeft hadden deze maatregelen voornamelijk ten doel, onderkruiping op groothandels- en detailhandelsniveau te verhinderen. Volgens FEDETAB bracht onderkruiping het bestaan van gespecialiseerde groothandelaren en detaillisten, waarvan de verdwijning schadelijk voor de verbruiker zou zijn, in gevaar. Voorts blijkt uit de beweringen van FEDETAB in haar verzoekschrift, dat de zorg om deze marktdeelnemers te beschermen ook aan de basis stond van haar beleid om vanaf 1 januari 1971 de toegang tot de maximum groothandelscondities te sluiten voor nieuwe kandidaten van bepaalde categorieën, met name gespecialiseerde groothandelaren in levensmiddelen.

159 Het op 1 januari 1971 in werking getreden artikel 58 van het Belgische Wetboek inzake de BTW, dat bepaalt dat de op het fiscale bandje vermelde prijs de verplichte verkoopprijs aan de verbruiker moet zijn, heeft inmiddels elke prijsvermindering op het niveau van de detailhandel verboden.

160 Daarentegen staat vast dat bovengenoemde maatregelen op groothandelsniveau werden vernieuwd door een standaard-overeenkomst, genaamd „bijzondere overeenkomst inzake bradage", die op 30 juni 1972 door FEDETAB aan de groothandelaren werd voorgelegd en bijna door alle groothandelaren werd ondertekend. Krachtens deze overeenkomst verbonden de groothandelaren zich voor een tijdvak van vijf jaar niet alleen om bij de verkoop van de betrokken produkten de door de leveranciers aangegeven prijzen te eerbiedigen zonder enigerlei korting of voordeel, maar ook om het verbod te eerbiedigen, tabaksfabrikaten door te verkopen aan groothandelaren die van de fabrikanten slechts „contingenten" kregen geleverd, aan levensmiddelengroothandelaren of andere, niet rechtstreeks door de fabrikanten bevoorrade groothandelaren, wanneer deze produkten waren bestemd voor de verkoop aan detaillisten, alsmede aan detaillisten wanneer het duidelijk was dat de levering niet bestemd was voor hun normale klantenkring. Dit verbod bekrachtigde voornoemde mededeling van 22 maart 1972, die NFGT aan haar leden had gericht en die ten aanzien van de bovengenoemde groothandelaren in dezelfde richting ging.

161 Uit de inhoud van de hiervoor beschreven maatregelen blijkt dat deze voornamelijk ten doel hadden, te beletten dat het zowel op het groothandelsniveau als — althans vóór 1 januari 1971, datum van inwerkingtreding van artikel 58 van het Wetboek inzake de BTW — op het niveau van de detailhandel tussen de bij FEDETAB aangesloten fabrikanten en importeurs tot een concurrentie kwam op het gebied van de wederverkoopprijzen van hun produkten.

162 Een regeling die een dergelijke algemene en stelselmatige beperking van de mededinging ten doel heeft, valt ontegenzeglijk onder het verbod van artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag, ingeval zij ook de handel tussen Lid-Staten merkbaar ongunstig kan beïnvloeden.

163 De in het kader van de vóór de Aanbeveling geldende maatregelen aan een beperkt aantal detaillisten opgelegde verplichting om een minimum assortiment van 60 sigarettenmerken aan te bieden — waarvan de naleving werd verzekerd door de onderbreking van de leveranties aan sommige ondernemingen, waaronder met name GB — wordt door de Commissie (overweging 87 van de beschikking) gewraakt, omdat zij de detaillisten zou hebben belet de verkoop van bepaalde merken ten nadele van andere te bevorderen en hen zou hebben gedwongen, merken aan te bieden die slecht verkopen waardoor een deel van hun bedrijfsmiddelen werd vastgelegd.

164 Aangezien echter reeds is vastgesteld dat de vroegere maatregelen, voor zover betrekking hebbend op de handelsmarges, de betalingstermijnen en de naleving van door de fabrikanten en importeurs vastgestelde prijzen naar hun wezen in beginsel onder het verbod van artikel 85, lid 1, vallen, behoeft niet afzonderlijk uitspraak te worden gedaan over de verenigbaarheid van deze bepaling met de vóór 1 december 1975 aan sommige detaillisten opgelegde verplichting om een minimum merkenassortiment aan te bieden.

4. Ongunstige beïnvloeding van de handel tussen Lid-Staten

165 Blijft nog te onderzoeken de vraag of de hiervoor vastgestelde beperkingen ook de handel tussen Lid-Staten merkbaar ongunstig kunnen beïnvloeden.

Eerst bij een bevestigende beantwoording van deze vraag vallen genoemde beperkingen immers onder het verbod van artikel 85, lid 1.

166 De Commissie betoogt in de aangevochten beschikking dat de vóór de aanbeveling getroffen maatregelen de handel tussen Lid-Staten ongunstig konden beïnvloeden omdat een zeer belangrijk gedeelte van de in België ingevoerde tabaksfabrikaten werd ingevoerd door enkele bij FEDETAB aangesloten fabrikanten, die de distributie daarvan verzorgden onder dezelfde mededingingsbeperkende voorwaarden als voor hun eigen produkten. Bovendien zagen de Belgische of andere communautaire importeurs en fabrikanten, die zich niet bij de door FEDETAB en NFGT vastgestelde beperkende regels voor de distributie hadden aangesloten, deze regels op zich toegepast, wanneer zij hun produkten, met inbegrip van die uit andere Lid-Staten, doorverkochten aan een groothandelaar of detaillist die de door beide verenigingen voorgeschreven regeling naleefde, hetgeen gezien de sterke marktpositie van de leden dezer verenigingen de algemene regel was.

167 Gelet op het voorafgaande heeft de Commissie in overweging 93 van de beschikking vastgesteld dat, zelfs indien, ingevolge de van kracht zijnde fiscale bepalingen, er nog moeilijkheden van praktische aard overbleven inzake parallelle invoer door de groothandelaren en de detaillisten, men niet kan ontkennen dat de wijziging van de voorwaarden voor commercialisering in België zodanig waren dat zij de handelsstromen zouden doen afwijken van hun natuurlijk verloop, met andere woorden van het verloop dat zij zouden hebben indien de door de Commissie vastgestelde mededingingsbeperkingen zich niet hadden voorgedaan, en dat zij op deze wijze de handel tussen Lid-Staten ongunstig zouden beïnvloeden.

168 Met betrekking tot de in de Aanbeveling vervatte maatregelen stelt de Commissie in overweging 106 van de beschikking, dat deze om dezelfde redenen als door haar inzake de vroegere maatregelen zijn uiteengezet, de handel tussen Lid-Staten ongunstig kunnen beïnvloeden.

169 Verzoekers brengen tegen deze redengeving met name in dat de handel tussen Lid-Staten door de marktpositie van bij FEDETAB aangesloten fabrikanten en importeurs niet ongunstig wordt beïnvloed, omdat de gewraakte maatregelen alleen al door de gevolgen van de verschillen in belastingdruk op tabaksfabrikaten in de Lid-Staten, een zuiver nationale situatie regelen. In de huidige stand van de harmonisatie der belastingen op het verbruik van tabaksfabrikaten vormen de bijzondere berekenings- en inningsstelsels van deze belastingen immers een fundamentele belemmering voor de intracommunautaire handel en beletten zij de opbouw van parallelle invoersystemen. Gesteld al dat de gewraakte maatregelen een indirekte invloed kunnen uitoefenen op het volume van de door de fabrikanten ingevoerde tabaksfabrikaten, dan nog staat geenszins vast, dat deze invloed de vrije handel tussen Lid-Staten kan beïnvloeden op een wijze die de verwezenlijking van de doelstellingen van één enkele markt tussen de Staten zou kunnen schaden.

170 Met het oog op deze tegengestelde opvattingen dient er in de eerste plaats op te worden gewezen dat, zoals het Hof in zijn arrest van 30 Juni 1966 in zaak 56/65, *Société Technique Minière/Maschinenbau Ulm GmbH* (Jurispr. 1966, blz. 391) heeft opgemerkt, wil van ongunstige beïnvloeding van de handel tussen de Lid-Staten sprake zijn, een besluit, overeenkomst of kartel, gezien het geheel hunner objectieve bestanddelen — feitelijk en rechtens — met een voldoende mate van waarschijnlijkheid moeten doen verwachten, dat zij, al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel, op het ruilverkeer tussen Lid-Staten een zodanige invloed kunnen uitoefenen, dat de totstandkoming van een gemeenschappelijke markt tussen genoemde Staten wordt belemmerd.

171 Zoals in de overwegingen 8 en 91 van de beschikking wordt gesteld, staat het vast dat een belangrijk gedeelte van de in België verkochte tabaksfabrikaten wordt ingevoerd via bij FEDETAB aangesloten producenten, die de aldus ingevoerde produkten in de handel brengen met gebruikmaking van dezelfde distributienetten als voor de produkten die zij zelf fabriceren. Zo hebben deze fabrikanten in 1974 bijvoorbeeld 51 % van de sigaretten en 12 tot 14 % van de in België binnengekomen sigaren ingevoerd, dat wil zeggen ongeveer 5 % van de sigaretten en 10 % van de sigaren, die in dit land worden verkocht.

172 Voorts zijn parallelimporten in België van tabaksfabrikaten wegens moeilijkheden van fiscale en technische aard die het Hof in zijn arrest van 16 november 1977 in zaak 13/77 *INNO/ATAB* (Jurispr. 1977, blz. 2115) heeft vermeld, weliswaar nagenoeg geheel uitgesloten, doch de invloed op het handelsverkeer in de onderhavige zaken gaat, zoals duidelijk uit de redengeving van de aangevochten beschikking blijkt, vooral uit van de omvangrijke importen die door de bij FEDETAB aangesloten fabrikanten worden verricht. In dit verband moet worden vastgesteld dat de hiervoor geschetste mededingingsbeperkingen op het gebied van de handelsmarges, de eindejaarsristorno en de betalingstermijnen de handelsstromen in de sector tabaksfabrikaten kunnen doen afwijken van het verloop dat zij anders zouden hebben gehad. Dit geldt temeer voor die vóór de Aanbeveling getroffen maatregelen, welke strekten tot waarborging van de strikte naleving, op elk niveau van de distributie, van de door de fabrikanten en importeurs vastgestelde prijzen. Met hun onderlinge afstemming over deze fundamentele aspecten van de aan de tussenpersonen te verlenen verkoopvoorwaarden, verminderden verzoekers immers merkbaar de stimulans om als tegenprestatie voor individuele financiële voordelen, de verkoop van bepaalde ingevoerde produkten te begunstigen ten opzichte van andere.

173 In de beschikking van de Commissie wordt mitsdien terecht vastgesteld dat deze mededingingsbeperkingen van verzoekers de handel tussen Lid-Staten ongunstig kunnen beïnvloeden.

VI — Materieel middel met betrekking tot artikel 85, lid 3, EEG-Verdrag

174 Verzoekers betogen in wezen dat de Commissie artikel 85, lid 3, EEG-Verdrag en de rechten van de verdediging heeft geschonden, doordat zij ten onrechte heeft geweigerd ontheffing te verlenen voor de Aanbeveling, niet is ingegaan op de door verzoekers aangevoerde middelen en bij de vaststelling der feiten fouten heeft begaan.

175 Alvorens de redenering van partijen betreffende de toepasselijkheid van artikel 85, lid 3, op de Aanbeveling te onderzoeken, dient eraan herinnerd te worden dat een overeenkomst die in strijd met artikel 85, lid 1, blijkt te zijn,

slechts voor ontheffing ingevolge lid 3 van dit artikel in aanmerking kan komen indien de overeenkomst:

— bijdraagt tot verbetering van de produktie of van de verdeling der produkten of tot verbetering van de technische of economische vooruitgang;

— tegelijkertijd een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen aan de gebruikers ten goede laat komen;

— geen beperkingen oplegt welke voor het bereiken van deze doelstellingen niet onmisbaar zijn;

— niet de mogelijkheid geeft, voor een wezenlijk deel van de betrokken produkten de mededinging uit te schakelen.

176 Te dezen zij eveneens eraan herinnerd dat het Hof in het arrest *Metro* (overweging 21) heeft gesteld dat uit de in artikel 85, lid 3, aan de Commissie verleende bevoegdheden blijkt dat de noodzaak van handhaving van een doeltreffende mededinging in overeenstemming kan worden gebracht met het behoud van doelstellingen van andere aard en dat daartoe bepaalde concurrentiebeperkingen toelaatbaar zijn, wanneer zulks onmisbaar is voor het bereiken van deze doelstellingen en niet leidt tot uitschakeling van de concurrentie voor een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt.

177 In overweging 132 van de aangevochten beschikking stelt de Commissie op grond van de in de overwegingen 113 tot 131 uiteengezette motivering vast, dat de Aanbeveling niet in aanmerking kan komen voor ontheffing uit hoofde van artikel 85, lid 3, omdat zij niet voldoet aan de toepassingsvoorwaarden van deze bepaling. Met name zou de Aanbeveling niet op voldoening schenkende wijze leiden tot verbeteringen in de distributie welke een tegenwicht zouden kunnen vormen voor de mededingingsbeperkende gevolgen welke zij veroorzaakt en zou zij niet van dien aard zijn dat zij een billijk aandeel van het voordeel dat daaruit eventueel zou kunnen voortvloeien, doet toekomen aan de verbruikers.

178 In de bestreden beschikking motiveert de Commissie de handhaving van haar weigering om artikel 85, lid 3, op de Aanbeveling toe te passen, met name met het betoog dat geenszins vaststaat dat het door de Aanbeveling opge-

bouwde distributiestelsel voor de rechtstreekse afnemers van de leden van FEDETAB en voor de kopers van deze afnemers meer voordelen zou bieden dan het geval zou zijn bij een normale mededinging, die de keuzevrijheid van de verbruiker verzekert. De Commissie geeft weliswaar toe, dat dit stelsel het door middel van een zeer groot aantal groothandelaren en detaillisten mogelijk maakt, aan de verbruiker een grote keuze van merken aan te bieden, doch zij betoogt dat deze keuze slechts bestaat bij de gespecialiseerde detaillisten, die slechts een klein gedeelte vormen van de 80 000 verkooppunten, waarvan de grote meerderheid aan de klanten maar een zeer beperkt aantal merken aanbiedt. Deze veelheid van verkooppunten kan overigens de distributiekosten alleen maar verhogen.

179 De Commissie bestrijdt eveneens het standpunt dat de verdwijning van het door de Aanbeveling opgebouwde collectieve systeem onvermijdelijk tot de verdwijning van de gespecialiseerde handel zou leiden. Deze handel zou namelijk niet worden bedreigd, zelfs niet indien hij van FEDETAB en haar leden geen gunstiger financiële voorwaarden genoot dan de niet-gespecialiseerde handel, indien zijn diensten althans door de verbruikers werkelijk worden gewaardeerd. De Commissie betwijfelt of er gevaar bestaat voor het overleven van de gespecialiseerde goothandelaren, die ongever 80 % van de verkoop van sigaretten op de Belgische markt verzorgen, en is van mening dat de toekenning van gunstiger voorwaarden aan deze groothandelaren een poging vormt om kunstmatig de handhaving op de markt af te dwingen van ondernemingen waarvan het noodzakelijk karakter voor de afnemers in een verdere distributiefase niet vanzelfsprekend is en die bij een vrije mededinging normaliter zouden worden uitgeschakeld.

180 In overweging 133 van de beschikking stelt de Commissie mede met betrekking tot de bepalingen van de Aanbeveling voorts vast, dat deze evenmin aan de laatste voorwaarde voor de toepassing van artikel 85, lid 3, voldoen omdat „gezien het marktaandeel van FEDETAB en haar leden, de overeenkomsten aan de bedoelde ondernemingen de mogelijkheid bieden, de mededinging uit te schakelen voor een aanzienlijk deel van de betrokken produkten".

181 Verzoekers betogen dat de Aanbeveling het voortbestaan in België van een traditioneel, zeer dicht distributienet met onder meer 80 000 detaillisten ten doel heeft, waardoor ten behoeve van de verbruiker zelfs in de meest afgelegen streken van het land een uitgebreid merkenscala ter beschikking wordt gesteld, hetgeen dan weer zou bijdragen tot versterking van de concurrentie.

Het behoud van dit systeem hangt echter af van de gespecialiseerde handel, inzonderheid de gespecialiseerde groothandelaren, die de bevoorrading van de zeer talrijke over het hele land verspreide detaillisten verzorgen.

182 De Aanbeveling zou geen enkele beperking bevatten die niet noodzakelijk is om bovengenoemd doel te bereiken. Met name moet aan de gespecialiseerde groothandelaren en detaillisten een geringe extra premie worden toegekend, om te verzekeren dat deze tussenpersonen de concurrentie overleven van andere marktdeelnemers, waaronder met name de grootwinkelbedrijven die niet dezelfde dienst verlenen. De uitschakeling van talrijke gespecialiseerde tussenpersonen zou volgens verzoekers niet alleen tot een vermindering van het aantal aan de verbruiker aangeboden merken leiden, maar ook ernstige sociale gevolgen hebben. Het Hof heeft over dit laatste punt in zijn arrest-*Metro* beklemtoond, dat overwegingen van sociale aard — met name de zorg om werkgelegenheid te behouden tijdens een ongunstige economische conjunctuur — in het kader van artikel 85, lid 3, in aanmerking kunnen worden genomen.

183 Hierover dient in de eerste plaats te worden opgemerkt, dat de Aanbeveling zowel voor talrijke kleine detaillisten, waaronder met name de Belgische kranten- en tabakshandelaren, die blijkens de stukken circa 60 % van de nationale verkoop van sigaretten verzorgen, als voor de verbruikers ongetwijfeld bepaalde voordelen op het gebied van de produktie en de distributie van sigaretten biedt. Het bestaan van een zeer groot aantal verkooppunten in België vergemakkelijkt voor de verbruiker immers ontegenzeglijk de aankoop van sigaretten, waarbij wel moet worden opgemerkt dat hij slechts bij een beperkt aantal gespecialiseerde of halfgespecialiseerde detaillisten, die vooral voor nieuwe of kleine merken een afzetkanaal vormen, een zeer uitgebreid merkenscala vindt.

184 Het aantal tussenpersonen en merken vormt evenwel niet noodzakelijkerwijze het wezenlijke criterium voor een verbetering van de verdeling in de zin van artikel 85, lid 3. De kwaliteit van een distributiesector kan vooral worden afgelezen aan de commerciële flexibiliteit ervan en het vermogen om te reageren op prikkels die nu eens van producenten en dan weer van verbruikers uitgaan. Wat dit laatste punt betreft houdt de efficiëntie van de distributie met name in dat zij haar activiteiten kan concentreren op produkten

die bij de verbruikers het best in de smaak vallen en is zij evenredig aan het vermogen, zich aan te passen aan de nieuwe koopgewoonten die zich eventueel bij de verbruikers aandienen. Uit de door de Commissie verstrekte cijfers, waarvan de juistheid door de overige partijen in de onderhavige zaken niet werd betwist, blijkt echter dat de verkopen van sigaretten in de grootwinkelbedrijven veel sterker toenemen dan die van de andere eindverkopers, ondanks het feit dat de grootwinkelbedrijven slechts een beperkt aantal van alle op de Belgische markt afgezette sigarettenmerken aanbieden.

185 Het valt dan ook ernstig te betwijfelen of de uit de Aanbeveling voortvloeiende voordelen voor de distributie de ingrijpende beperkingen die de mededinging van de Aanbeveling ondervindt op het gebied van de aan de handel toegekende verkoopvoorwaarden voldoende kunnen compenseren, om de conclusie te wettigen dat zij bijdraagt tot de verbetering van de verdeling van sigaretten in de zin van artikel 85, lid 3.

186 Het is evenwel niet nodig, deze vraag definitief te beantwoorden, aangezien een andere voorwaarde voor de toepassing van artikel 85, lid 3, in casu ontbreekt.

187 Willen de bepalingen van de Aanbeveling namelijk voor ontheffing in aanmerking kunnen komen, dan mogen zij de leden van FEDETAB niet de mogelijkheid bieden, voor een wezenlijk deel van de betrokken produkten de mededinging uit de schakelen.

188 Zoals de Commissie in overweging 8 van de bestreden beschikking heeft opgemerkt, produceren of importeren de ondernemingen die lid zijn van FEDETAB ongeveer 95 % van de in België verkochte sigaretten en hebben 10 leden van FEDETAB, die ook importeur zijn van buitenlandse merken, in 1974 51 % van de in België ingevoerde sigaretten geïmporteerd, hetgeen circa 5 % van de in dit land verkochte sigaretten uitmaakt. Bovendien nemen de zeven verzoekers alleen al een zeer hoog percentage van de totale sigarettenverkoop in België voor hun rekening, dat in overweging 61 van de beschikking op 80 % en in de dupliek van de Commissie op 92 % wordt becijferd. Tevens zij opgemerkt dat volgens de door de Commissie eveneens in

dupliek verstrekte en niet bestreden cijfers ongeveer $^2/_3$ van de sigarettenverkopen in België voor rekening van slechts tien merken komt, die grotendeels door een of meer verzoekers worden verhandeld.

189 Zoals reeds is vastgesteld, hebben de bepalingen van de Aanbeveling, waarbij verzoekers zich hebben aangesloten, ten doel, door middel van een collectieve overeenkomst de concurrentie te beperken die deze marktdeelnemers elkaar op dit gebied afzonderlijk zouden kunnen aandoen. Vastgesteld moet worden dat, gezien het zeer grote marktaandeel van sigaretten in België dat in handen is van de leden van FEDETAB en met name van de verzoekende ondernemingen, de Aanbeveling op dit gebied ten gevolge heeft, dat verzoekers de mogelijkheid wordt geboden, de mededinging voor een wezenlijk deel van de betrokken produkten uit de schakelen. Hieruit volgt dat de Aanbeveling in geen geval in aanmerking kan komen voor een ontheffing krachtens artikel 85, lid 3.

VII — Conclusie

190 Uit het vorenoverwogene volgt, dat de beroepen in hun geheel ongegrond moeten worden verklaard.

Kosten

191 Ingevolge artikel 69, paragraaf 2, van het Reglement voor de procesvoering moet de in het ongelijk gestelde partij in de kosten worden verwezen.

192 Aangezien verzoekers in het ongelijk zijn gesteld, dienen zij, ieder voor het geheel, te worden verwezen in de door de Commissie gemaakte kosten, de kosten gevallen op het kort geding, alsmede de kosten gemaakt door interveniënten aan de zijde van de Commissie daaronder begrepen.

193 Interveniënten aan de zijde van verzoekers hebben hun eigen kosten te dragen.

HET HOF VAN JUSTITIE,

rechtdoende:

1. Verwerpt de beroepen.

2. Verwijst verzoekers, ieder voor het geheel, in de kosten van de Commissie, de door het kort geding en de interventies van NV Eugène Huyghebaert, de vennootschap GB-INNO-GM. en de Federatie van de Belgische Voedingshandel ontstane kosten daaronder begrepen.

3. Interveniënten, Vereniging van de Kleinhandelaars in Tabak, Associatie van Groothandelaars in Tabaksprodukten en Nationale Federatie van Handelaars in Dagbladen, Tijdschriften, Boeken en Aanverwante Artikels hebben hun eigen kosten te dragen.

Kutscher Pescatore Koopmans Mertens de Wilmars Mackenzie Stuart

O'Keeffe Bosco Touffait Due

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 29 oktober 1980.

De griffier

A. Van Houtte

De president

H. Kutscher

INHOUDSOPGAVE

De feiten

I — Feiten en procesverloop 3130

1. Voorgeschiedenis van de onderhavige zaken 3130

A — Feiten die zich vóór de vaststelling van de beschikking hebben voorgedaan 3130

B — De beschikking 3132

a) Samenvatting van het dispositief der beschikking 3132

b) Samenvatting van de overwegingen 3133

1) De feiten 3133

aa) de produktie en het verbruik van tabaksfabrikaten in België (overwegingen nrs. 1 tot en met 10) 3133

bb) de prijsvorming van en de belastingheffing op tabaksfabrikaten in België (overwegingen nrs. 11 tot en met 18) 3134

cc) de maatregelen die door FEDETAB vóór 1 december 1975 op het gebied van de verkoop zijn genomen (overwegingen nrs. 19 tot en met 57) 3134

dd) de Aanbeveling-FEDETAB van 1 december 1975 (overwegingen nrs. 58 tot en met 76) 3137

i) de vaststelling van op factuur aan de afnemers te verlenen maximumkortingen en de door dezen te vervullen minimumcriteria om daarvoor in aanmerking te komen 3138

ii) de aan het einde van het jaar uitgekeerde ristorno 3139

iii) betalingstermijnen 3139

2) Toepasselijkheid van artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag 3139

aa) Op de maatregelen, die door FEDETAB vóór 1 december 1975 op het gebied van de verkoop zijn genomen (overwegingen nrs. 77 tot en met 93) 3139

bb) Op de Aanbeveling-FEDETAB van 1 december 1975 (overwegingen nrs. 94 tot en met 108) 3141

3) Niet-toepasselijkheid van artikel 85, lid 3 3142

aa) Op de maatregelen die FEDETAB vóór 1 december 1975 heeft genomen op het gebied van de verkoop (overwegingen nrs. 109 tot en met 112) 3142

bb) Op de Aanbeveling-FEDETAB van 1 december 1975 (overwegingen nrs. 113 tot en met 134) 3143

2. Procesverloop 3144

II — Conclusies van partijen 3144

III — Middelen en argumenten van partijen 3146

A — Door het merendeel der verzoekers aangevoerde formele en procedurele middelen betreffende met name de rechten der verdediging 3146

Eerste middel: schending van artikel 19, lid 2, van verordening nr. 17/62 en van artikel 5 van verordening nr. 99/63 (weigering om enkele verenigingen van groothandelaren en detaillisten te horen) 3146

Tweede middel: schending van artikel 19, lid 2, van verordening nr. 17/62 en van artikel 3, lid 3, van verordening nr. 99/63 en van de rechten der verdediging (afwijzing van een verzoek om verenigingen van groothandelaren te horen) 3146

Derde middel: schending van de grondbeginselen inzake de rechten van de verdediging, die de in de verordeningen nrs. 17/62 en 99/63 geregelde hearings beheersen 3147

Vierde middel: schending van de bij verordeningen nrs. 17/62 en 99/63 en in artikel 190 van het Verdrag voorziene wezenlijke vormvoorschriften en van de rechten van de verdediging (ongeoorloofde en niet met redenen omklede voeging van de verschillende zaken) 3148

Vijfde middel: schending van het algemeen beginsel betreffende de eerbiediging van de rechten van de verdediging (weigering om inzage te geven van het dossier) 3151

Zesde middel: schending van de artikelen 20, lid 2, en 21, lid 2, van verordening nr. 17/62 (geheimhoudingsplicht) 3152

B — Door de meeste verzoekers aangevoerde formele middelen betreffende artikel 85, lid 3, EEG-Verdrag 3155

Zevende middel: schending van artikel 85, leden 1 en 3, EEG-Verdrag, artikel 4, lid 2, sub 1 en 2 a, en de artikelen 5 en 6, leden 1 en 2, van verordening nr. 17/62, van de rechten der verdediging en van de verplichting de beschikking te motiveren (vraagstuk van de vrijstelling van aanmelding van de vóór de Aanbeveling getroffen maatregelen) 3155

Achtste middel: schending van artikel 85, lid 3, EEG-Verdrag, de artikelen 4, leden 1 en 2, 5, leden 1 en 2, en 6, leden 1 en 2, van verordening nr. 17/62 en de artikelen 2, 3 en 4 van verordening nr. 27/62 (weigering om een brief als aanmelding aan te merken) 3156

Negende middel: schending van artikel 85, lid 3, EEG-Verdrag, van de verplichting tot motivering van de beschikking en van de rechten van de verdediging (ontbreken van antwoord op de wezenlijke argumenten ten aanzien van artikel 85, lid 3) 3158

Tiende middel: schending van artikel 4 van verordening nr. 99/63, artikel 19, lid 1, van verordening nr. 17/62 en artikel 85, lid 3, EEG-Verdrag (ontbreken van mededeling van de overwegingen betreffende artikel 85, lid 3) 3158

C — Opmerking die de middelen 1-6 en 10 gelijkelijk betreft. 3160

D — Door de meeste verzoekers voorgedragen middelen betreffende artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag 3161

Inleidende opmerkingen 3161

1. De Belgische fiscale regeling 3161

2. De fiscale harmonisatie in de Gemeenschap 3162

3. Prijscontrolemaatregelen in België 3163

Elfde middel: schending van de artikelen 85, lid 1, en 190 EEG-Verdrag (mededingingsbeperking) 3163

Twaalfde middel: schending van de artikelen 85, lid 1, en 190 EEG-Verdrag (merkbaarheid van de beperking) 3180

Dertiende middel: schending van de artikelen 85, lid 1, en 190 EEG-Verdrag (ongunstige beïnvloeding van de handel tussen Lid-Staten) 3193

E — Samenvatting van enkele opmerkingen van interveniënten naar aanleiding van de middelen betreffende artikel 85, lid 1; antwoorden van partijen zelf . 3197

F — *Veertiende middel:* weigering om ontheffing te verlenen krachtens artikel 85, lid 3 3203

G — Samenvatting van enkele opmerkingen van interveniënten naar aanleiding van het veertiende middel; antwoorden van partijen zelf 3210

H — Middel betreffende een algemeen rechtsbeginsel 3216

Vijftiende middel: schending van het algemeen rechtsbeginsel van gelijkheid van openbare en particuliere bedrijven voor het Verdrag 3216

I — Middelen die slechts door enkele verzoekers zijn voorgedragen 3219

Zestiende middel: schending van de artikelen 85 en 190 EEG-Verdrag (onjuiste beoordeling van de aard van de Aanbeveling) 3219

Zeventiende middel: schending van de artikelen 85 en 190 EEG-Verdrag (onjuiste kwalificatie van de Aanbeveling) 3221

Achttiende middel: schending van de artikelen 85 en 190 EEG-Verdrag (onjuiste beoordeling van het gedrag van verzoekster Heintz van Landewyck) . 3222

IV — Door het Hof aan de Belgische regering gestelde vraag en antwoord hierop 3223

V — Door het Hof aan partijen gestelde vragen 3223

1. Vragen aan de Commissie 3223

2. Vragen aan verzoekers 3224

VI — Mondelinge behandeling 3224

A — Beantwoording van de schriftelijke vragen 3224

1. Antwoorden van de Commissie 3224

2. Antwoorden van verzoekers 3226

B — Antwoorden op de door het Hof ter terechtzitting gestelde vragen 3226

In rechte

I — Algemene overwegingen 3227

II — Formele en procedurele middelen 3232

Eerste middel: weigering van de Commissie, bepaalde belanghebbende verenigingen van groothandelaren en detaillisten te horen 3232

Tweede middel: weigering van de Commissie, het verzoek van FEDETAB om twee verenigingen van groothandelaren te horen, in te willigen 3232

Derde middel: afwezigheid van gevolmachtigde personen tijdens een gedeelte van de hoorzitting van 22 september 1973 3234

Vierde middel: ongeoorloofde en niet met redenen omklede voeging van de klachten van Mestdagh en Huyghebaert 3234

Vijfde middel: weigering om inzage te geven van het dossier 3236

Zesde middel: schending van de geheimhoudingsplicht 3238

Zevende middel: vrijstelling van aanmelding 3239

Achtste middel: weigering om de brief van FEDETAB van 26 januari 1971 als aanmelding aan te merken 3242

Negende middel: ontoereikend antwoord op de argumenten betreffende de toepassing van artikel 85, lid 3, EEG-Verdrag 3244

Tiende middel: de Commissie heeft punten van bezwaar in aanmerking genomen, die niet zijn meegedeeld 3244

Elfde middel: onjuiste beoordeling van de Aanbeveling ten opzichte van de vroegere maatregelen 3247

III — De middelen 1 tot 6 en 10 in het licht van artikel 6 van het Europese Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens 3248

IV — Middel betreffende een algemeen rechtsbeginsel 3249

V — Materiële middelen betreffende artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag 3249

A — Onjuiste beoordeling van de aard en de strekking van de Aanbeveling . . . 3249

B — Door verzoekster HVL aangevoerde onjuiste beoordeling 3251

C — Middelen betreffende de inbreuk op de mededinging 3251

1. Inleidende opmerking 3251

a) Inhoud van de gewraakte maatregelen 3252

i) Periode vóór 1 december 1975 3252

ii) De Aanbeveling van FEDETAB van 1 december 1975 3254

2. De maatregelen betreffende de handelsmarges, de eindejaarsristorno en de maximum betalingstermijnen 3256

a) De handelsmarges 3256

i) de Belgische voorschriften en administratieve praktijken 3258

— de Belgische fiscale regeling inzake de accijnsrechten op tabak 3258

— de prijscontrolemaatregelen in België en het Belgische fiscale beleid 3260

ii) beoordeling van de gevolgen van de sub i) genoemde voorschriften en praktijken voor de mededinging 3261

b) de eindejaarsristorno 3266

c) de regels op het gebied van de betalingstermijnen 3267

3. De vroegere maatregelen betreffende de eerbiediging door de groothandelaren en sommige detaillisten van de door de fabrikanten vastgestelde verkoopprijzen, de beperking van de erkenning van groothandelaren van bepaalde categorieën, het verbod voor de erkende groothandelaren om bepaalde andere groothandelaren te bevoorraden en de verplichting om een minimum merkenassortiment aan te bieden 3270

4. Ongunstige beïnvloeding van de handel tussen Lid-Staten 3272

VI — Materieel middel met betrekking tot artikel 85, lid 3, EEG-Verdrag 3275

VII — Conclusie 3280