

heder sætte den markedsdominerende virksomhed i stand til at forstærke misbruget af den dominerende stilling.

8. En loyalitetsbonus har den virkning, at der anvendes ulige vilkår for ydelser af samme værdi over for handelspartnere, idet to købere af

samme mængde af samme produkt betaler forskellige priser afhængigt af, om de udelukkende køber hos den markedsdominerende virksomhed, eller om de anvender flere forskellige forsyningskilder.

I sag 85/76

FIRMA HOFFMANN-LA ROCHE & Co. AG, Basel, repræsenteret af advokaterne A. Deringer og J. Sedemund, Köln, og med valgt adresse i Luxembourg hos advokat E. Arendt, postboks 39,

sagsøger,

mod

KOMMISSIONEN FOR DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABER, Bruxelles, repræsenteret af sin juridiske konsulent E. Zimmermann, og med valgt adresse i Luxembourg hos Mario Cervino, bâtiment Jean Monnet, Kirchberg,

sagsøgte,

angående krav om annullation af Kommissionens beslutning af 9. juni 1976 om en procedure i henhold til EØF-traktatens artikel 86 (IV/29.020 — vitaminer),

afsiger

DOMSTOLEN

sammensat af: præsidenten H. Kutscher, afdelingsformændene J. Mertens de Wilmars og Mackenzie Stuart, dommerne A. M. Donner, P. Pescatore, M. Sørensen, A. O'Keefe, G. Bosco og A. Touffait,

generaladvokat: G. Reischl
justitssekretær: A. Van Houtte

følgende

DOM

Sagsfremstilling

De faktiske omstændigheder og parternes anbringender under skriftvekslingen kan sammenfattes således:

I — De faktiske omstændigheder og retsforhandlingerne

Ved beslutning af 9. juni 1976 (EFT L 223 af 16. 8. 1976, s. 27) fastslog Kommissionen, der er den sagsøgte part i denne sag (i beslutningens artikel 1), at Hoffmann-La Roche & Co. AG, Basel, (herefter benævnt Roche), der er den sagsøgende part, havde overtrådt EØF-traktatens artikel 86 »ved at indgå kontrakter, hvorved køberne forpligtes eller — ved anvendelse af loyalitetspræmier — tilskyndes til udelukkende eller fortrinsvis at dække hele eller en væsentlig del af deres vitaminbehov hos Hoffmann-La Roche«.

I beslutningens artikel 2 blev det pålagt Roche straks at bringe den konstaterede overtrædelse til ophør, og i artikel 3 blev der pålagt Roche en bøde på 300 000 regningsenheder, dvs. 1 098 000 DM.

Sagsøgerne har principalt påstået hele beslutningen annulleret, subsidiært beslutningens artikel 3 annulleret.

Beslutningen vedrørte 26 kontrakter, som Roche havde indgået med 22 navngivne virksomheder, som alle drev produktions- og/eller salgsvirksomhed inden for fællesmarkedet med hensyn til vitaminer til anvendelse som medicinalvarer (25 %), i forbindelse med levnedsmidler (15 %) eller i forbindelse med foderstoffer (60 %).

Ifølge beslutningen udgjorde hver af de 13 kendte vitamigrupper et særskilt marked. Roche fremstillede som verdens største producent af uemballerede vita-

miner vitaminer i 8 af disse 13 grupper — nemlig A, B₁, B₂, B₃ (pantotensyre), B₆, C, E, og H (biotin) — og optrådte med hensyn til de øvrige — nemlig B₁₂, D, K, M (folinsyre) og PP — som videre-sælger på markedet.

Alle disse vitaminer finder anvendelse på grundlag af deres biologisk-ernæringsmæssige egenskaber. C- og E-vitaminerne anvendes endvidere på grund af deres kemiske egenskaber (teknologisk anvendelse), særlig som antioxidanter og som gæringsmidler. Med hensyn til deres biologisk-ernæringsmæssige anvendelse er de — i modsætning til, hvad der gælder deres teknologiske anvendelse — ikke udsat for konkurrence fra andre produkter.

Den anfægtede beslutning vedrørte markederne for 7 af de 8 vitamin-grupper, Roche fremstille (undtagelsen er B₁-vitaminet). På hvert af disse markeder indtog sagsøgerne en dominerende stilling, som de forsætligt eller uagtsomt misbrugte ved indgåelsen af de omtvistede kontrakter.

Beslutningen beroede på følgende konstateringer:

A — Vitaminmarkedets struktur

a) En undersøgelse af *produktions- og udbudsstrukturen med hensyn til vitaminer*

viste, at fremstilling af hver enkelt af de ovenfor nævnte 13 grupper kræver betydelige investeringer. Da fremstillingsprocessen var specielt for hver vitamin-gruppe, krævedes der et specialiseret udstyr for hver gruppe. Fabrikkerens kapacitet var derfor indrettet efter den forventede stigning i efterspørgslen over en periode på 10 år. Dette førte, selv om vitaminmarkedet var i stærk udvikling, til overkapacitet på verdensmarkedet.

b) Roche var ikke alene verdens største producent af vitaminprodukter, men også den største producent inden for fællesmarkedet, og Roche's produktionsprogram omfattede tillige det største antal vitamingroupper (bortset fra Philips-Duphar, hvis produktion inden for bestemte vitamingroupper dog praktisk talt var uden betydning).

Roche's markedsandele inden for fællesmarkedet for de forskellige vitamingrouppers vedkommende kunne — udregnet på grundlag af producenternes respektive omsætning — tilnærmelsesvis angives som følger (jf. beslutningens nr. 20):

- A-vitamin: 47 %, den nærmest følgende producent producerede kun lidt over halvdelen af denne procentdel,
- B₂-vitamin: 86 %, resten af markedet var opdelt mellem flere producenter,
- B₃-vitamin (pantotensyre): 64 %, én anden producent fremstillede 30 %,
- B₆-vitamin: 95 %,
- C-vitamin: 68 %, den nærmest følgende producent havde en markedsandel, der var under en fjerdedel af Roche's,
- E-vitamin: 70 %, den nærmest følgende producent havde en markedsandel under en tredjedel af Roche's,
- H-vitamin (biotin): 95 %;

for de vitaminer, Roche ikke selv producerede, men videresolgte, gjaldt følgende tal:

- B₁₂-vitamin: 13 %,

- D-vitamin: 10 %,
- K-vitamin: 10 %,
- M-vitamin (folinsyre): 47 %,
- PP-vitamin: 68 %.

I 1974 havde Roche en markedsandel inden for fællesmarkedet — for samtlige de af Roche fremstillede vitaminer — på 65 %; hvis samtlige de af Roche forhandlede vitaminer medregnes, udgjorde markedsandelen 60 % (produktion og videresalg).

Inden for vitamin-sektoren havde Roche datterselskaber i Belgien, Nederlandene, Forbundsrepublikken Tyskland, Italien, Frankrig, Storbritannien og Danmark. Foretagenderne i Tyskland, Frankrig og Storbritannien drev også produktionsvirksomhed.

Det hed videre i beslutningen, at Roche havde et teknologisk forspring for sine konkurrenter, fordi Roche i forbindelse med syntetisk fremstilling af forskellige vitaminer havde spillet en banebrydende rolle, og fordi Roche rådede over et meget udstrakt og specialiseret handelsnet.

c) *Efterspørgselsstrukturen* for vitaminer inden for fællesmarkedet var karakteriseret ved, at efterspørgslen ganske vist var spredt på mange kunder (Roche havde ca. 5 000), men at producenternes konkurrenceindsats koncentrerede sig om store brugere og de multinationale selskaber, som med nogle få undtagelser ved store ordrer købte vitaminer inden for hele det af Roche producerede sortiment.

De vitaminindkøb, som de 22 firmaer, der indgik de omtvistede kontrakter med Roche, foretog, udgjorde i 1974 inden for fællesmarkedet ca. 26 % af Roche's salg og 16 % af det samlede salg af vitaminer (dvs. samtlige producenter og forhandleres salg).

B — Sagsøgernes adfærd

Allerede i 1964 afsluttede Roche såkaldte »loyalitetkontrakter«, som gav Roche en eneret eller en fortrinsstilling med hensyn til leverancer til kunderne. Disse kontrakter indeholdt følgende hovedelementer:

- købere skulle enten fuldt ud eller for størstedelens vedkommende dække deres behov for de vitaminer, som Roche fremstillede, ved indkøb hos Roche;
- Roche skulle levere til de laveste priser på kundens nationale marked;
- Roche skulle til de kunder, som dækkede hele eller størstedelen af deres efterspørgsel hos Roche, årligt eller halvårligt udbetale en bonus beregnet på grundlag af de samlede køb. Bonusbeløbene udgjorde fra 1 til 5 %, undtagen for én kundes vedkommende, hvis bonus varierede mellem 12,5 % og 20 %;
- ifølge en såkaldt »engelsk« klausul skulle kunderne give Roche oplysning om tilbud, de måtte modtage fra andre »kendte« producenter, til lavere priser end dem Roche praktiserede. Såfremt Roche ikke nedsatte sine priser tilsvarende, kunne kunderne frit købe hos de nævnte producenter uden at miste deres loyalitetsbonus for allerede foretagne køb hos Roche.

Hovedtrækkene i dette »loyalitetssystem« og dets fordele for Roche blev omtalt i adskillige interne cirkulærer.

Den omhandlede adfærd blev for det første gennemført ved hjælp af direkte kontrakter mellem Roche og forarbejd-

ningsvirksomhedernes moderselskaber (multinationale kontrakter), for det andet ved hjælp af kontrakter mellem Roche's datterselskaber og kunderne i de lande, hvor disse datterselskaber virkede (nationale kontrakter). Der blev med de pågældende 22 virksomheder indgået 26 kontrakter, heraf 17 multinationale og 9 nationale.

C — Sagsøgernes dominerende stilling på markedet

På hvert af de 7 markeder — nemlig markederne for A-, B₂-, B₆-, C- og E-vitamin samt for Biotin (H-vitamin) og pantotensyre (B₃-vitamin) — indtog Roche en dominerende stilling, som nævnt i EØF-traktatens artikel 86, idet Roche på disse markeder havde en så udstrakt handlefrihed, at selskabet var i stand til at hindre en effektiv konkurrence inden for fællesmarkedet.

Den dominerende stilling fremgik af følgende forhold:

1. Roche's markedsandele udgjorde fra 95 % for B₆- og H-vitamin til 47 % for A-vitamin (den næststørste producents markedsandel var kun ca. halv så stor);
2. Roche fremstillede et langt større udvalg af vitaminer end konkurrenterne. Da adskillige aftageres efterspørgsel vedrørte flere vitamin-grupper, kunne Roche anvende en salgsstrategi og navnlig en prisstrategi, der var langt mindre afhængig af konkurrencevilkårene på hvert enkelt marked end konkurrenternes;
3. Roche var — når samtlige vitaminer betragtedes under ét — verdens største producent, og Roche's omsætning oversteg omsætningen hos samtlige de andre producenter tilsammen;
4. Roche havde et teknologisk forspring frem for sine konkurrenter;

5. Roche havde et kommercielt forspring frem for sine konkurrenter;
6. der kunne ikke antages at ville opstå alvorlig konkurrence, da adgangen til vitaminmarkedet forudsatte omfattende investeringer og langfristede programmer.

D — Misbruget

Roche's adfærd udgjorde et misbrug af en dominerende stilling, fordi den var egnet til at påvirke købernes valgmuligheder og deres ligestilling, til at begrænse konkurrencen mellem producenter af uemballerede vitaminer inden for fællesmarkedet og til at påvirke samhandelen mellem medlemsstater. Til støtte herfor anførtes følgende grunde:

1. Som følge af eksklusivitetsforpligtelsen med hensyn til dækningen af hele eller en meget stor del af behovene blev kunderne frataget enhver mulighed for frit at vælge deres forsyningskilder. Hvis eksklusiviteten ikke blev iagttaget, mistede kunden sin loyalitetsbonus for alle sine indkøb hos Roche, uanset hvilken vitamin-gruppe indkøbene til anden side vedrørte.
2. Eksklusivitetsforpligtelsen medførte desuden en begrænsning af konkurrencen mellem vitaminproducenterne.
3. Den såkaldte »engelske klausul« satte Roche i stand til i hvert enkelt tilfælde og på grundlag af de foreliggende omstændigheder af afgøre, om en konkurrent delvis skulle have adgang til det marked, Roche havde reserveret for sig selv. Kun hvis Roche ikke ville nedsætte sine priser, kunne kunden henvende sig til konkurrenterne. Desuden fandt klausulen kun anvendelse, hvis der var tale om et tilbud fra en »kendt« producent inden for kundens område. Hvis der forelå en ordre, som Roche var interesseret i, fordi der var tale om en stor mængde, et betydningsfuldt vitamin eller en kendt konkurrent, var Roche

på grund af sin stærke stilling på markedet i stand til at tilpasse prisen og derved bevare sin stilling som eneleverandør.

4. Loyalitetsbonusen førte til en ifølge artikel 86, litra c), forbudt forskelsbehandling såvel til skade for de af Roche's kunder, som ikke opnåede bonus, som for de kunder, der kun opnåede en mindre bonus.
5. Den anfægtede adfærd kunne påvirke samhandelen mellem medlemsstater, idet den begrænsede muligheden for, at brugere og leverandører i forskellige medlemsstater kunne købe og sælge uemballerede vitaminer, og den havde derfor direkte indvirkning på handelsstrømmene mellem medlemsstaterne.

E — Bøden

Ved fastsættelsen af bødens størrelse tog Kommissionen kun tidsrummet fra 1970 til udgangen af 1974 i betragtning, idet der fra 1970 forelå en konsekvent politik fra Roche's side med hensyn til anvendelse af loyalitetskontrakter, medens de første af disse blev ophævet ved udgangen af 1974.

Da Roche har sit hjemsted uden for Fællesskabet, men da virksomheden imidlertid har flere datterselskaber inden for fællesmarkedet, bl.a. i Forbundsrepublikken Tyskland, blev bøden omregnet til tyske mark.

Ved stævning af 18. august 1976, registreret på Domstolens justitskontor den 27. august 1976, har Hoffmann-La Roche anlagt annullationssøgsmål mod beslutningen af 9. juni 1976.

Efter at have hørt generaladvokaten har Domstolen opfordret parterne til at besvare en række spørgsmål og har givet

hver af parterne lejlighed til at fremsætte deres bemærkninger til disse besvarelser.

II — Parternes påstande

Sagsøgerne har nedlagt følgende påstande:

— *principalt:*

sagsøgtes beslutning af 9. juni 1976 annulleres;

— *subsidiært:*

nævnte beslutnings artikel 3 annulleres;

— sagsøgte tilpligtes at afholde sagsomkostningerne.

Sagsøgte har nedlagt følgende påstand:

— sagsøgte frifindes, og

— sagsøgerne tilpligtes at afholde sagsomkostningerne.

III — Parternes søgsmålsgrunde og indsigelser

Sagsanlægget støttes på følgende anbringender:

1. Overtrædelse af det almindelige princip om den bestemthed og klarhed, en sanktionsnorm skal have, før en overtrædelse af normen kan føre til, at sanktionen pålægges.
2. Overtrædelse af procedureforskrifter (fair trial) af følgende grunde:
 - a) beslutningen om at indlede en procedure blev truffet på grundlag af dokumenter, som på retsstridig måde var kommet i sagsøgtes besiddelse,
 - b) den anfægtede beslutning beroede på bevisdokumenter, som ikke var gjort til genstand for den høring af de interesserede parter, der er foreskrevet i artikel 19 i Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962 (første forordning om anvendelse af bestemmelserne i trakta-

tens artikler 85 og 86; EFT 1962, s. 81),

c) den anfægtede beslutning beroede på bevisdokumenter (særlig vedrørende markedsandelene og de konkurrencebegrænsende virkninger af de omtvistede aftaler), som sagsøgerne ikke havde fået kendskab til.

3. Overtrædelse af artikel 18 i den nævnte forordning nr. 17, hvorefter den regningsenhed, som er fastsat for opstillingen af Fællesskabets budget, også gælder ved pålæggelse af bøder og tvangsbøder, medens bøden i den anfægtede beslutnings artikel 3 blev fastsat i DM.
4. Overtrædelse af traktatens artikel 86, idet Kommissionen i den anfægtede beslutning anlagde en unøjagtig fortolkning af og under alle omstændigheder gjorde sig skyldig i en unøjagtig anvendelse af begreberne dominerende stilling og misbrug af en dominerende stilling, hvorved samhandelen mellem medlemsstaterne kan påvirkes, ved at fastslå, at Roche indtog en sådan stilling, og ved at betragte de omtvistede kontrakter som udtryk for et sådant misbrug.
5. Overtrædelse af artikel 15, stk. 2 i forordning nr. 17, idet sagsøgerne, hvis det forudsættes, at de har overtrådt traktatens artikel 86, hverken har handlet forsætligt eller uagtsomt.

Første anbringende: Forbud mod pålæggelse af sanktioner, så længe de ubestemte retsbegreber »dominerende stilling« og »misbrug« ikke er konkretiseret i forhold til tilfældetyper og adfærdsmåder af den her foreliggende art

Stævning

Efter sagsøgernes opfattelse hører begreberne »dominerende stilling« og »misbrug« af en sådan stilling til de mest ubestemte og uklare generalklausuler i fællesskabsretten og i de nationale retsordener. Under disse omstændigheder følger det af det grundlæggende princip »nullum crimen sine lege«, at Kommissionen først kunne pålægge de sanktioner, der er foreskrevet for overtrædelse af artikel 86, efter at disse begreber var tilstrækkeligt konkretiseret gennem administrativ praksis eller gennem retspraksis, således at det på det tidspunkt, hvor kontrakterne blev indgået, kunne have været forudset, at artikel 86 ville finde anvendelse på Roche og på de omtvistede kontrakter.

Sagsøgerne bestrider ikke sagsøgtets beføjelse til at fortolke og anvende de ubestemte retsbegreber i artikel 86 i sine beslutninger, men sagsøgtets ret til at pålægge bøder i tilfælde, der — som det foreliggende — endnu ikke er konkretiseret. Princippet om den bestemthed og klarhed, som sanktionsnormer nødvendigvis skal have — som udtrykt i maksimen »nullum crimen sine lege« — anerkendes og garanteres i øvrigt såvel i artikel 7 i konventionen til beskyttelse af menneskerettighederne og de grundlæggende frihedsrettigheder som i Forbundsrepublikken Tysklands grundlov. Endvidere har den tyske forbundsforfatningsdomstol (14. 5. 1969, NJW, 1969, 1759) præciseret, at jo mere ubestemt gerningsindholdets rækkevidde er beskrevet, og jo strengere sanktionen er, jo større krav må der stilles til sanktionsnormens »bestemthed« og »klarhed«.

Svarskrift

Kommissionen har i sit svarskrift erkendt, at det må være et af fællesskabsrettens formål at beskytte de grundlæggende rettigheder. Maksimen »nullum crimen sine lege« indebærer dog i første række et forbud mod at udstede straffebestemmelser og bestemmelser om stren-

gere straffe med tilbagevirkende kraft. Dette princip er iagttaget i det foreliggende tilfælde. Traktatens artikel 86 sammenholdt med artikel 15, stk. 2 i forordning nr. 17, som er hjemmelen for bøden, var i kraft på det tidspunkt, da sagsøgerne afsluttede de pågældende kontrakter.

Derimod er det ikke afgjort, om principperne om sanktionernes nødvendige »bestemthed« og »klarhed« gælder med samme strengthed, når der er tale om sanktioner af administrativ eller disciplinær karakter; det bestemmes under alle omstændigheder udtrykkeligt i artikel 15, stk. 6 i forordning nr. 17, at bøderne ikke er sanktioner i strafferetlig forstand.

Selv om man endelig forudsatte, at de nævnte principper om »bestemthed« og »klarhed« også fandt anvendelse på administrative bøder, kunne begreberne (»dominerende stilling« og »misbrug«) ikke anses som ubestemte, idet konkurrenceretten for at have gennemslagskraft skal omfatte alle erhvervslivets talrige aspekter, og idet fællesskabsretten ikke kan se bort fra på konkurrenceretens område at anvende generelle begreber »som i særligt vidt omfang skal fortolkes af domstolen«; desuden er begreberne velkendte af virksomheder, der — som sagsøgerne — driver international handel og er fortrolige med de nationale konkurrenceregler.

Replik

Herimod har sagsøgerne anført, at kravene om »bestemthed« og »klarhed« i tysk ret også gælder, når der er tale om sanktionsnormer, ifølge hvilke der kan pålægges bøder, som ikke er af straffe-

retlig karakter (Ordnungswidrigkeit), og når der er tale om sanktioner af disciplinær karakter. I øvrigt er det almindeligt anerkendt, at bøderne ifølge fællesskabsretten materielt set er strafferetlige sanktioner.

Sagsøgerne gør ikke gældende, at artikel 86 er i modstrid med kravet om sanktionsnormers »bestemthed«; derimod er det af hensyn til beskyttelsen af de grundlæggende rettigheder nødvendigt, at der først gøres brug af en beføjelse til at pålægge bøder, når den pågældende regel er tilstrækkelig konkretiseret gennem administrativ praksis.

Af disse grunde sondres der da også i forordning nr. 17 mellem konstateringen af, at der er sket en overtrædelse af artikel 86, beføjelsen til at påbyde, at overtrædelsen bringes til ophør, og pålæggelsen af en bøde. Også ifølge flere af de nationale konkurrencelovgivninger — særligt § 22 i den tyske lov om konkurrencebegrænsninger (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkung (GWB)) — kan der først pålægges en sanktion, såfremt der (efterfølgende) handles i modstrid med en beslutning, hvorved der er konstateret en overtrædelse af bestemmelserne om misbrug af en økonomisk magtposition.

Sagsøgerne har endelig anført, at princippet om sanktionsnormers »klarhed« genfindes i andre retsordener, særlig i Italien og i Belgien, hvor det udledes af maksimen »in dubio pro reo«, som ikke alene finder anvendelse på beviset for, at den straffbare handling er begået, men også i tilfælde, hvor selve retsreglen er uklar.

Duplik

Sagsøgte har i sin duplik først anført, at den omstændighed, at de grundlæggende rettigheder, der er beskyttet i medlemsstaternes forfatninger, ifølge Domstolens praksis er en bestanddel af fællesskabsretten, ikke indebærer, at de grundlæggende rettigheder, som beskyttes i fællesskabsretten, efter deres formulering og

indhold skal stemme fuldstændig overens med de nationale bestemmelser. Princippet om, at love skal være af »bestemt« karakter er i tysk og italiensk forfatningsret knyttet til den dømmende myndigheds kompetence til at efterprøve loves forfatningsmæssighed.

På den anden side stiller sagsøgerne normens »bestemthed« på linje med, at retsfølgen skal kunne forudses. Det er — for at en lov og også en straffelov kan bringes i anvendelse — ikke nødvendigt, at strafbarheden skal kunne forudses af enhver, men kun at domstolene gennem deres fortolkning klart kan fastlægge betydningen og omfanget af det strafbare gerningsindhold.

Dette gælder — også ifølge italiensk ret — inden for strafferetten, og det må så meget desto mere gælde administrativt pålagte sanktioner, særlig inden for den økonomiske forvaltningsret og fremfor alt i konkurrenceretten, hvor abstrakte beskrivelser er uundgåelige.

Efter sagsøgtets opfattelse drager sagsøgerne konsekvenser af princippet om retsreglers bestemthed, som selv ikke ville blive draget i Forbundsrepublikken Tyskland. Kommissionen bestrider ganske særligt sagsøgernes fortolkning af § 37a i den tyske lov om konkurrencebegrænsninger.

Andet anbringende: Overtrædelse af procedureforskrifter

Stævning

Sagsøgerne har gjort gældende, at der på tre punkter er sket en overtrædelse af procedureforskrifter, og at dette må føre til, at den anfægtede beslutning annulleres.

a) For det første er bestemte dokumenter kommet Kommissionen i hænde på retsstridig måde, hvilket særligt

gælder de dokumenter, der er fremlagt som bilag 3, 4, 5, 6 og 7 til stævningen, nemlig fire interne dokumenter med betegnelsen »Management Information« og referatet af et møde mellem »European Bulk Managers« den 12. og 13. oktober 1972; disse dokumenter blev udleveret til Kommissionen af en af sagsøgernes tidligere ansatte, der havde forskaffet sig dem på retsstridig måde, hvorved han gjorde sig skyldig i et strafbart forhold ifølge schweizisk ret. At dokumenterne er forskaffet på retsstridig måde indebærer, at proceduren er behæftet med en mangel; desuden har Kommissionen gjort sig skyldig i et folkeretligt retsbrud, idet den har foretaget undersøgelser på en suveræn tredjestats område. Sagsøgerne har imidlertid som bilag til stævningen stillet de nævnte dokumenter til Domstolens rådighed i deres fulde ordlyd og har under disse omstændigheder overladt det til Domstolen at afgøre, hvilke konsekvenser der må drages af den hævdede mangel ved proceduren.

b) Sagsøgerne har endvidere anført, at der foreligger en yderligere mangel ved proceduren, idet der i beslutningen er anført bestemte dokumenter, som hverken er drøftet endsige nævnt under høringsproceduren ifølge artikel 19 i forordning nr. 17. Der er især tale om de 5 bevisdokumenter, der er omtalt i beslutningens nr. 12 (referentens anmærkning: Disse dokumenter er de samme som dem, anbringendet om den retsstridige fremskaffelse vedrører, nemlig en række Management Informations fra december 1970, fra maj (rettere: midten af august) 1971, fra begyndelsen af august 1971 og fra september 1970 (rettere: 8. september 1972) samt referatet af »European Bulk Managers Meeting«, 1971 (rettere: 12. og 13. oktober 1972)), og om referatet af et møde mellem Unilever og Roche den 11. december 1972 (beslutningens nr. 3 i.f.). Der foreligger hermed en overtrædelse af kontradiktionsprincippet og særlig en overtrædelse af artikel 4 i

Kommissionens forordning nr. 99/63 af 25. juli 1963, hvorefter »Kommissionen ... i sine beslutninger mod virksomheder og sammenslutninger af virksomheder kun [kan] tage sådanne klagepunkter i betragtning, om hvilke disse har haft lejlighed til at udtale sig«.

c) Sagsøgerne har endelig anført, at beslutningen blev truffet på grundlag af bevisdokumenter, som sagsøgerne ikke havde kendskab til, og som de derfor ikke kunne kontrollere, idet Kommissionen under påberåbelse af sin tavshedspligt nægtede at give dem indsigt i dokumenterne i det omfang de firmaer, hos hvilke bevisdokumenterne var indhentet, modsatte sig dette. Det drejer sig dels om dokumenter, som stammer fra bestemte vitaminproducerende virksomheder, og som er anvendt til beregning af Roche's markedsandele, dels om oplysninger fra 16 af Roche's kunder om den mere eller mindre strenge (købs-) binding, som fulgte af kontrakterne. Kun et lille antal af disse kunder erklærede sig indforstået med, at der blev givet indsigt i indholdet af de undersøgelser, der var foretaget hos dem, og kun disse undersøgelsesrapporter blev gjort tilgængelige for sagsøgerne.

Svarskrift

a) Kommissionen har på det bestemteste afvist, at den skulle have foranlediget en af sagsøgernes ansatte til at fremskaffe bestemte interne forretningsdokumenter fra Schweiz. Den har på schweizisk område hverken foretaget eller ladet foretage egne undersøgelsskridt, som kunne udgøre en krænkelse af dette lands suverænitet. Kommissionen tager imidlertid til efterretning, at sagsø-

gerne har frafaldet anbringendet om den hævdede retsstridige oprindelse af bestemte af de bevisdokumenter, som Kommissionen har indsamlet.

b) Med hensyn til den omstændighed, at bestemte dokumenter, som er anført i beslutningen, ikke blev gjort til genstand for høringsproceduren, har Kommissionen bemærket, at den ifølge artikel 19, stk. 1 i forordning nr. 17 har pligt til at give sagsøgerne meddelelse om de af Kommissionen fremførte klagepunkter, hvilket kun indebærer, at pågældende virksomheder skal have meddelelse om de retlige og faktiske hovedsynspunkter, hvoraf det udledes, at der foreligger en overtrædelse; derimod har Kommissionen ikke pligt til at anføre samtlige bevisdokumenter, som den råder over.

c) Kommissionen bestrider også, at den skulle have pligt til i verserende administrative procedurer at give de interesserede virksomheder fuld aktindsigt. I det foreliggende tilfælde har Kommissionen besvaret de spørgsmål, som sagsøgerne har stillet; særligt med hensyn til sagsøgernes markedsandele har den svaret, at disse blev beregnet på grundlag af oplysninger fra andre producenter. Oplysninger om andre producenters markedsandele kunne Kommissionen ikke uden producenterne samtykke videregive til sagsøgerne. Efter vedtagelsen af beslutningen erklærede Kommissionen sig principielt indforstået med at give sagsøgerne fuld aktindsigt, men også her var den dog nødsaget til at gøre indsigt i dokumenter, som indeholdt andre virksomheders forretningshemmeligheder, afhængig af virksomhedernes samtykke; de konkurrerende virksomheder gav ikke samtykke hertil, og kun en del af de af Roche's kunder, hos hvilke der blev foretaget undersøgelser, gav samtykke til aktindsigt. Sagsøgte har i denne henseende henvist til Domstolens dom af 15. juli 1970 (sag 45/69, *Boehringer*, Sml. 1970, s. 153).

Replik

At der i forbindelse med en administrativ sagsbehandling, som kan medføre, at der pålægges sanktioner, ikke er givet fuld aktindsigt, er efter sagsøgernes opfattelse en overtrædelse af princippet om kontraktation og dermed af en grundlæggende rettighed. I *Boehringer*-dommen, som Kommissionen har henvist til, anerkendtes netop et krav på at få meddelt bevisresultater i en administrativ procedure. Der er her tale om et udslag af et grundlæggende retsstatsprincip, hvorefter dokumenter, som en part ikke har kunnet udtale sig om, ikke må lægges til grund for beslutningen. Uden et sådant fuldstændigt kendskab til sagsakterne kan sagsøgerne ikke vide, hvilke resultater, undersøgelser, som ikke udtrykkeligt er anført i beslutningen, har givet. Med hensyn til de nævnte undersøgelser har sagsøgerne fremhævet, at de skulle have haft kendskab til de undersøgelser, der blev foretaget hos alle de 16 kunder, samt til disse kunders udtalelser vedrørende meddelelsen af klagepunkterne.

Duplik

a) Kommissionen har som bilag til sin duplik fremlagt Strafericht Basel's afgørelse af 1. juli 1976, hvoraf det fremgår, at påstanden om, at Kommissionen skulle have foranlediget en af sagsøgernes ansatte til at fremskaffe dokumenter fra Schweiz, savner ethvert grundlag.

b) Med hensyn til aktindsigten har Kommissionen anført, at spørgsmålet om og i hvilket omfang en virksomhed, som har deltaget i en overtrædelse af konkur-

rencereglerne, har et formelt krav på aktindsigt — efter Boehringer-dommen — stadig ikke er endeligt afgjort. Uanset svaret herpå må der ikke sættes lighedstegn mellem retten til kontradiktion og den eventuelle ret til fuld aktindsigt. Retten til kontradiktion sikres i fællesskabsretten ved, at klagepunkterne i forbindelse med den påståede overtrædelse af konkurrencereglerne skal meddeles, og at klagepunkter, som ikke er meddelt, ikke må tages i betragtning (artikel 4 i forordning nr. 99/63). I det foreliggende tilfælde fik sagsøgerne indsigt i alle dokumenter, som ikke indeholdt andre virksomheders forretningshemmeligheder; hvis dette var tilfældet, blev der givet aktindsigt, såfremt de pågældende virksomheder havde givet samtykke hertil.

Tredje anbringende: Overtrædelse af artikel 18 i forordning nr. 17

Stævning

Sagsøgerne har anført, at omregningen af bøden i regningsenheder i beslutningens artikel 3 til DM er i strid med artikel 18 i forordning nr. 17, der henviser til den regningsenhed, som er fastsat for opstillingen af (Fællesskabets) budget. Modværdien af regningsenheden blev fastlagt ved finansordning nr. 68/313 af 30. juli 1968 (JO L 199, s. 1). Siden da er ikke sket ændringer i denne paritet.

Det følger af denne regningsenheds fællesskabskarakter, at enhver debitor skal kunne vælge, i hvilken valuta han vil betale sin gæld. Den modsatte løsning ville indebære en forskelsbehandling til skade for virksomheder, som skal betale i en stærk valuta.

Svarskrift

Herimod har Kommissionen anført, at artikel 18 i forordning nr. 17 ganske vist henviser til »den regningsenhed, som er fastsat for opstillingen af Fællesskabets budget i medfør af bestemmelserne i traktatens artikler 207 og 209«, og at det

således er denne regningsenhed, der er afgørende ved *fastsættelsen* af bøden. Det har dog vist sig, at der ifølge denne ordning er visse uafklarede spørgsmål om betalingen af bøden. Da der i forbindelse med tvangsfuldbyrdelse af bøder i nogle tilfælde er opstået vanskeligheder, har der i Kommissionen dannet sig den praksis, at bødebeløbet udtrykt i regningsenheder omregnes til den pågældende virksomheds nationale valuta. Hvis virksomheden har hovedsæde uden for Fællesskabet, tager Kommissionen sigte på en medlemsstat, hvor virksomheden har et betydningsfuldt datterselskab eller en betydelig filial, i hvis aktiver der i givet fald kan ske fuldbyrdelse.

At der i artikel 18 i forordning nr. 17 henvises til den regningsenhed, som er fastsat for opstillingen af budgettet, indebærer, at virksomhederne — på samme måde som medlemsstaterne, der ifølge finansforordningen af 25. april 1973 for De europæiske Fællesskabers almindelige budget (73/91/EKSF, EØF, Euratom; EFT L 116 af 1. 5. 1973, s. 77) ikke længere har mulighed for at indbetale deres finansielle bidrag i en anden valuta end deres egen — er forpligtet til at betale det bødebeløb, der fremgår af omregningen til deres nationale valuta, i denne valuta.

Replik

Sagsøgerne har hertil anført, at argumenterne vedrørende tvangsfuldbyrdelsen ikke kan begrunde en fravigelse af den entydige affattelse og betydning af artikel 18 i forordning nr. 17, og at de i hvert fald ikke gælder, når der er tale om

en virksomhed, som ikke nægter at betale, og som har hjemsted i et tredjeland og datterselskaber i samtlige medlemsstater. I et sådant tilfælde må ethvert af datterselskaberne kunne betale bøden i sin nationale valuta. Finansforordningen, som Kommissionen har henvist til, angår kun medlemsstaternes finansielle bidrag.

Duplik

Kommissionen har anført, at den ikke alene støtter sin opfattelse på artikel 18 i forordning nr. 17, men også på artikel 15, stk. 2 sammesteds og på EØF-traktatens artikel 192. Beslutninger i medfør af artikel 15, stk. 2 kan tvangsfuldbyrdes, og det er derfor en praktisk nødvendighed, at bøden også udtrykkes i skyldnerens nationale valuta, således at den kompetente nationale myndighed kan foretage fuldbyrdelsen, efter at der er meddelt fuldbyrdelsepåtegning. Bøden kan ganske vist også betales i en anden national valuta end den i beslutningen angivne, men Kommissionen forlanger i så fald betaling med den nøjagtige modværdi ifølge dagskursen på betalings-tidspunktet. På denne måde er det beløb, der i beslutningen er angivet i national valuta, et forbindende udtryk for det skyldige beløb.

Fjerde anbringende: Overtrædelse af traktatens artikel 86, idet der i beslutningen er lagt en unøjagtig fortolkning eller i alle tilfælde en urigtig anvendelse af begreberne »dominerende stilling« og »misbrug« til grund.

A — Dominerende stilling

Sagsøgerne har rejst indsigelse mod den analyse af markedsstrukturen, som Kommissionen har lagt til grund for sin antagelse af, at der forelå en dominerende stilling, idet sagsøgerne særligt har indvendt, at Kommissionen i forbindelse med konstateringen af, at der forelå en sådan stilling, og frem for alt at der ikke herskede effektiv konkurrence, udelukkende har lagt vægt på markedsandelene

og markedsstrukturen uden hensyn til markedsadfærden og markedsresultaterne, særlig prisudviklingen, og dette uanset at markedsadfærden og markedsresultaterne er afgørende kriterier, som nødvendigvis skal tages i betragtning.

I — Argumentationen vedrørende Kommissionens analyse af markedsstrukturen

I denne henseende har sagsøgerne i første række anført, at følgende af Kommissionen anførte forhold delvis er uden betydning, og at de deraf udledte konsekvenser er forfejlede:

- 1) Roche's markedsandele og den omstændighed, at de er meget større end hver enkelt konkurrents,
- 2) at Roche fremstiller et meget større udvalg af vitaminer end alle konkurrenterne,
- 3) at Roche er verdens største producent af alle vitaminer, og at Roche's omsætning overstiger alle øvrige producenters tilsammen,
- 4) konkurrenternes antal,
- 5) at Roche, der har spillet en banebrydende rolle med hensyn til syntetisk fremstilling af vitaminer, på trods af, at patenterne er udløbet, har et teknologisk forspring frem for sine konkurrenter,
- 6) at Roche råder over et førsteklasses handelsnet, som er specielt indrettet med henblik på vitaminer,
- 7) at der på grund af de store investeringer, som er nødvendige for at vinde indpas på vitaminmarkedet, ikke findes nogen potentiel konkurrence,

8) at Roche's konkurrenter har lettere adgang til forsyningsmarkederne.

ad 1) Roche's markedsandele

Stævning

Sagsøgerne har erkendt, at deres markedsandele for flere vitaminarters vedkommende var betydelige, men har dog udtrykkeligt bestridt Kommissionens bedømmelse af dette forhold. Markedsandelene var ikke udtryk for en dominerende stilling, idet der var tale om et ekspanderende marked, på hvilket sagsøgerne ikke havde mulighed for at kontrollere forsyningsmarkedet, produktionen, afsætningen og navnlig ikke priserne.

Af en række årsager — herunder navnlig at der ikke findes produktionsstatistikker, og at de eksisterende statistikker over ind- og udførsel af vitaminer er utilstrækkelige — er sagsøgerne ikke i stand til selv at angive markedsandelene med tilstrækkelig sikkerhed. Flere af de markedsandele, der er anført i beslutningen er imidlertid alt for store. Markedsandelen for pantotensyre må således i stedet for 64 % ansættes til 30 %, og markedsandelen for PP-vitamin i stedet for 68 % til mindre end 30 %; også markedsandelene for B₆- og B₂-vitaminer er for højt ansat. I øvrigt har Kommissionen ved ansættelsen og vurderingen af markedsandelene ikke afgrænset det pågældende marked korrekt og har ikke taget i betragtning, at vitaminmarkedet var i ekspansion. Med hensyn til afgrænsningen af markedet har sagsøgerne bestridt Kommissionens påstand om, at vitaminer ikke skulle være substituerbare med andre produkter. I særdeleshed finder E- og C-vitaminerne i stort omfang anvendelse som antioxidanter og kan på dette område substitueres med talrige andre produkter; det samme gælder for biotin inden for gæringsindustrien. Sagsøgerne har i sine bemærkninger til klagepunkterne (bilag 1, s. 46-47) detaljeret anført, at der i forbindelse med den teknologiske anvendelse er talrige substitutions-

muligheder. Når der ved afgrænsningen af markedet tages hensyn hertil, bliver markedsandelen alene for C-vitamin omtrent to tredjedele mindre. For hovedprodukternes vedkommende, A-, E- og C-vitaminerne, udgjorde markedsandelene herefter ca. 50 %, til dels var de betydeligt lavere. For B₂-vitaminets vedkommende må der tages hensyn til det betydelige pres fra gæringsindustrien, som — alt efter prisudviklingen — på et hvilket som helst tidspunkt kunne anvende en uudnyttet fermentationskapacitet til fremstilling af B₂-vitamin.

Med hensyn til biotin (3 % af Roche's vitaminomsætning) var der indtil 1971 ingen konkurrence, da der på grund af manglende efterspørgsel ikke fandtes et marked herfor. Efter at der blev opdaget nye afsætningsmuligheder, tog efterspørgslen til, og der viste sig konkurrenter, som på ganske kort tid opnåede en markedsandel på 10 % af verdensmarkedet. Det er således ukorrekt at tale om en »dominerende stilling« på et marked, som så at sige slet ikke eksisterede og som først for nylig var gået ind i en stærkt ekspansiv fase.

Det forhold, at markedet befandt sig i en ekspansionsfase, gjaldt for samtlige vitaminmarkeder og har stor betydning for vurderingen af markedsandelene. Dette er blevet påpeget, for så vidt angår

biotin, men det samme gælder for samtlige vitaminer. Opdagelse og salg af et produkt fører først til den såkaldte markedsdannelsefase, derefter til den eksperimenterende fase og endvidere til ekspansionsfasen. En markedsandel, som under markedsdannelsen og i den eksperimenterende fase kan være på 100 %, bliver i ekspansionsfasen hurtigt mindre, selv om den stadig kan være stor i begyndelsen.

Denne store markedsandel er imidlertid ikke en følge af en »dominans«, idet den hverken er erhvervet »på konkurrenternes bekostning« eller »ved at lægge konkurrenterne hindringer i vejen«. Markedsandelen på 90 % for biotin viser, at konkurrenterne fra ekspansionsfasens begyndelse på meget kort tid skaffede sig en markedsandel på 10 %. En betydelig markedsandel på et ekspansivt marked er ikke et indicium for, at den igangsættende virksomhed (innovatoren) kan hindre en effektiv konkurrence. Virksomhedens handlefrihed i ekspansionsfasen er ikke en følge af, at den kan holde konkurrenterne ude fra markedet, men er udelukkende betinget af markedsforholdene.

Svarskrift

Kommissionen har anført, at den for at få et pålideligt billede af markedsforholdene, i henhold til artikel 11 i forordning nr. 17 indhentede oplysninger fra alle producenter, om hvem man vidste, at de solgte vitaminer på fællesmarkedet. Disse oplysninger blev givet af alle producenterne. Producenterne blev anmodet om at oplyse værdien af de mængder, de havde solgt inden for fællesmarkedet i 1974. Disse omsætningstal blev lagt sammen, og sagsøgernes markedsandele blev beregnet ud fra det samlede tal. Sagsøgernes konkurrenter anførte udtrykkeligt, at de betragtede oplysningerne som forretningshemmeligheder. De modsatte sig, at oplysninger blev videregivet til sagsøgerne. Under disse omstændigheder kunne Kommissionen ikke give sagsøgerne indsigt i dokumenterne.

Med hensyn til markedets ekspansionsfase har Kommissionen anført, at markedets forskellige faser i virkeligheden ikke alene bestemmes af efterspørgselsudviklingen; de enkelte markedsfaser kan ikke skarpt adskilles fra hinanden efter ideelle retningslinjer, men overlapper hinanden. I øvrigt kan billedet af en tilsyneladende bestående markedsfase påvirkes af de virksomheder, som optræder på markedet.

Kommissionen har bestridt, at samtlige produkter, som den anfægtede beslutning vedrører, stadig skulle have befundet sig i ekspansionsfasen. Dette kunne eventuelt være tilfældet for biotin's vedkommende. Med hensyn til dette produkt anser Kommissionen ikke konkurrenternes markedsandel på 10 % for at være det afgørende kriterium, men derimod den omstændighed, at det var lykkedes sagsøgerne at fastholde en stor markedsandel gennem et temmelig langt tidsrum.

Replik

Sagsøgerne har nærmere anført, hvilke markedsandele de havde på hvert enkelt marked, samt at disse tal viser, at de af Kommissionen anførte tal er for høje:

- for A-vitamin anføres det i selve beslutningen, at markedsandelen kun udgjorde 47 %,
- for C-vitamin udgjorde markedsandelen knap 50 %, når der foretages en korrekt afgrænsning af det relevante marked i betragtning af de mulige substitutionsprodukter med

- henblik på industriel anvendelse (f.eks. antioxidanterne),
- for E-vitamin udgjorde markedsandelen 40 %, når der også her foretages en korrekt afgrænsning af markedet,
 - sagsøgernes andel af markedet for pantotensyre udgjorde kun 30 %,
 - for biotin skal markedsandelen ikke tages i betragtning, idet den ikke har betydning som indicium for en dominans på et ekspansivt marked,
 - for B₂-vitamin udgjorde verdensmarkedsandelen fra 1970 til 1974 kun lidt over 50 %, når der ses bort fra den potentielle konkurrence fra gæringsindustrien og navnlig fra den kapacitet, som antibiotikaproducenterne i USA rådede over, og som kunne inddrages i produktionen på et hvilket som helst tidspunkt,
 - for B₆-vitamin, der som produkt var ubetydeligt i forhold til de øvrige vitaminer, udgjorde markedsandelen ikke 95 %, men 60-70 %.

Sagsøgerne er — i betragtning af Domstolens retspraksis, som Kommissionen har henvist til, og i betragtning af Kommissionens beslutning i *Continental Can*-sagen — af den opfattelse, at markedsandele i størrelsesordenen omkring 50 % i sig selv ikke er tilstrækkelige til at antage, at der foreligger en dominerende stilling.

I *sukkersagen* (dom af 16. 12. 1975, Sml. 1975, s. 1663 ff) tog Kommissionen og Domstolen hensyn til, at der forelå andre omstændigheder, uanset at der var tale om markedsandele på 85 % (Sml. 1975, s. 1969) til 90 % (Sml. 1975, s. 1987).

I øvrigt gav Kommissionen i *sukkersagen* udtryk for følgende opfattelse: »Selv om en markedsandel på mellem 30 % og 50 % ikke i sig selv beviser, at der foreligger en dominerende stilling, forholder det sig anderledes i det tilfælde, hvor markedsandelen befinder sig mellem 90 % og 95 %, idet en sådan andel uden

tvivl gør det muligt at handle uden i særlig grad at tage hensyn til konkurrenterne« (Sml. 1975, s. 1848).

I *Commercial Solvents*-sagen (dom af 16. 3. 1974, de forenede sager 6 og 7/73, Sml. 1974, s. 223) drejede det sig om et »verdensmonopol«.

I *Continental Can*-sagen (dom af 21. 2. 1973, sag 6/72, Sml. 1973, s. 215) lagde Kommissionen ikke alene vægt på markedsandele på 70-90 %, men også på muligheden for »for en betydelig del af de pågældende produkters vedkommende at bestemme priserne eller at kontrollere produktionen eller distributionen« (JO L7, 1972, s. 35).

Sagsøgerne har fremhævet, at markedsandelen — ifølge anerkendt opfattelse i den juridiske litteratur og i retspraksis — kun har betydning i forbindelse med markedsfasen. Også Kommissionen har i sit memorandum af 1966 antaget denne opfattelse og har i konsekvens heraf i beslutningen fremhævet, at vitaminmarkedet var i meget stærk vækst. Desværre undlod Kommissionen derefter i den samme beslutning at tage dette forhold i betragtning ved vurderingen af markedsandelene. I modstrid med Kommissionens påstand om, at den ved bedømmelsen af den dominerende stilling har taget »samtlige foreliggende omstændigheder« i betragtning, ser den sig nu nødsaget til at underkende betydningen af ekspansionsfasen, selv om det i beslutningen anføres, at vitaminmarkedet var i »stærk udvikling« (beslutningens nr. 3) og derfor gav samtlige konkurrenter et udstrakt virkefelt.

Duplik

Kommissionen har anført, at det påhviler sagsøgerne på dokumenteret måde at bestride Kommissionens oplysninger i stedet for alene at henvise til deres egne skøn over markedsandelene uden angivelse af grundlagene for disse skøn. Kommissionen har med hensyn til C- og E-vitaminerne nærmere anført, at sagsøgerne ikke er fremkommet med nærmere oplysninger, som kunne danne grundlag for en afgørelse af spørgsmålene om, i hvilket omfang sagsøgerne selv leverede vitaminer til kunder med henblik på teknologisk anvendelse, hvilke andre produkter vitaminer var substituerbare med på det teknologiske område, hvilke producenter der fremstillede disse produkter, og hvorledes prisforholdene var.

Med hensyn til de øvrige vitaminer beror sagsøgernes argumentation enten på en potentiel, *ikke aktuel*, konkurrence (B₂-vitamin) på indførsler, som Kommissionen har taget i betragtning (pantotensyre), eller på, at store markedsandele ikke har konkurrencebegrænsende virkninger (biotin og B₆-vitamin).

Efter Kommissionens opfattelse har sagsøgerne ikke fremlagt de oplysninger, som er nødvendige for objektivt at kontrollere rigtigheden af de af sagsøgerne anførte markedsandele.

Hvis en virksomhed har store markedsandele, og hvis konkurrenternes markedsandele er væsentlig mindre, samtidig med at konkurrenterne ikke råder over så stort et udvalg af produkter som virksomheden, er dette ifølge Kommissionens opfattelse i almindelighed et indicium for en dominerende stilling. Kun hvis der skulle foreligge særlige omstændigheder, som rent faktisk stærkt begrænser virksomhedens handlefrihed, kan der ses bort fra betydningen af store markedsandele som et indicium for en dominerende stilling.

Med hensyn til de af sagsøgerne anførte afgørelser fra EF-Domstolen, har Kommissionen ikke bestridt, at der var

tale om markedsandele på mere end 50 %.

Kommissionen lagde i beslutningen ikke alene vægt på sagsøgernes markedsandele inden for de forskellige vitamin-grupper, men også konkurrenternes betydeligt lavere markedsandele samt på en række andre synspunkter, som har betydning med hensyn til sagsøgernes stilling på markedet. Desuden har Kommissionen på grundlag af sagsøgernes udtalelser under den administrative procedure også taget sagsøgernes adfærd på prisområdet samt markedsforholdene i betragtning. I øvrigt anses markedsandele på 25-30 % i flere medlemsstater (Det forenede Kongerige, Forbundsrepublikken Tyskland) som et indicium for en dominerende stilling på markedet.

Med hensyn til den omstændighed, at vitaminmarkedet var i ekspansion, har Kommissionen anført, at sagsøgernes argumentation strander på, at de helt unuanceret vil tage økonomiske teorier, som de tillægger absolut betydning, til indtægt for deres opfattelse. Kommissionen har med henvisning til visse forfattere anført, at økonomiske læresætninger af logisk eller empirisk art ikke i alle tilfælde er ufravigelige.

Der kan ikke sættes lighedstegn mellem markedets udvikling, som i hvert fald må tages i betragtning ved afgørelsen af, om der foreligger en dominerende stilling, og markedsfasen i den teoretiske økonomiske betydning. Kommissionens bemærkninger i svarskriftet om »den voldsomme stigning i sagsøgernes

produktion og salg« blev uærliggende fremsat i forbindelse med bedømmelsen af sagsøgernes adfærd og ikke i forbindelse med den dominerende stilling.

ad 2) Det udbudte udvalg af vitaminer

Stævning

Med hensyn til det af sagsøgerne udbudte udvalg af vitaminer, om hvilket det i beslutningen anføres, at Roche er »den eneste virksomhed, som markedsfører hele rækken af vitaminer«, og at »adskillige aftageres efterspørgsel vedrører flere vitamigrupper« (beslutningens nr. 3, sidste afsnit, og nr. 21), har sagsøgerne anført, at talrige aftagere kun havde behov for nogle enkelte vitaminer, som ikke alene fremstilledes af sagsøgerne, men også af sagsøgernes konkurrenter, og at deres efterspørgsel tillige vedrørte et stort antal komplementære produkter (additiver), som sagsøgerne ikke førte, men som imidlertid kunne tilbydes i stort antal af sagsøgernes vigtigste konkurrenter. Dette gælder særligt for foderstofsektoren, der tegnede sig for 60 % af den samlede efterspørgsel.

Aftagernes efterspørgselsstruktur omfattede således ikke hele det brede vitaminsortiment og gav i hvert fald ikke sagsøgerne mulighed for at føre en »mere uafhængig salgs- og især prisstrategi«. Vitaminsortimentets størrelse er således ikke et indicium for en dominerende stilling.

Svarskrift

Kommissionen har fremhævet, at sagsøgerne ikke har bestridt, at de som producenter rådede over et væsentligt større vitaminsortiment end konkurrenterne; efter sagsøgernes opfattelse ophævedes denne fordel dog ved, at konkurrenterne kunne tilbyde alle de tilsætningsstoffer (additiver), som anvendtes i foderstofsektoren. I denne forbindelse tager sagsøgerne dog kun sigte på en enkelt foderstofproducent, som kun havde brug for få vitaminer, men for mange tilsætnings-

stoffer, og som så vidt muligt ønskede dem leveret af samme firma. En sådan aftager var dog ikke typisk for vitaminmarkedet. Efterspørgslen efter uemballede vitaminer var væsentlig mere differentieret. Desuden udgik den betydeligste efterspørgsel på foderstofmarkedet — hvilket sagsøgerne selv har indrømmet — fra de såkaldte »premixer«, som tilberedte vitaminerne og additiverne til hvert enkelt foderstof, hvorefter tilberedningen leveredes til foderstofproducenterne. I øvrigt tilberedte de store virksomheder inden for foderstofindustrien også selv additiverne og blandede dem derefter i foderstofferne.

For begge disse grupper gælder, at de også kunne indkøbe vitaminer og andre additiver hos forskellige producenter, og at de faktisk benyttede sig heraf. Det var fordelagtigt for dem at benytte sagsøgerne som leverandør, fordi sagsøgerne kunne tilbyde alle de vigtigste vitaminer, særlig grupperne A, B, C og E. Også efter sagsøgernes eget skøn var den omstændighed, at de fremstillede det største vitaminsortiment, en fordel af hensyn til deres konkurrencesituation.

Replik

Sagsøgerne har kritiseret sagsøgtes argumentation om, at sagsøgernes vitaminsortiment på grund af den store spredning satte dem i stand til bedre at imødegå økonomiske risici. Sagsøgerne har på dette punkt anført:

- a) at denne risikospredning ikke er begrænset til salg af vitaminer, men at der derimod gælder en generel regel om, at mulighederne for at sprede risikoen vokser, jo større virksomhedens produktionsprogram er,
- b) at der på vitaminmarkedet fandtes meget stærkere konkurrenter, som havde meget større muligheder for at sprede risikoen.

Argumentet om, at sagsøgerne bedre var i stand til at efterkomme efterspørgslen fra aftagere inden for medicinalvare-, levnedsmiddel- og foderstofindustrien har kun værdi, såfremt aftagerne kun havde brug for vitaminer og kun i mængder, som sagsøgernes konkurrenter ikke kunne tilbyde. Alle sagsøgernes konkurrenter var dog ligesom disse i stand til at tilbyde »premixer«-virksomhederne alle de væsentlige vitaminer, de havde brug for, og kunne desuden levere en lang række additiver, som sagsøgerne ikke kunne tilbyde.

Vitaminmarkedet er kun en del af hele rækken af additiver: leverandørens markedssituation bestemmes derfor ikke alene af de vitaminer, der sælges, men af størrelsen af det udbudte sortiment i additiver. Sammenfattende har sagsøgerne således kun kunnet konstatere, at størrelsen af deres vitaminsortiment ikke gav dem mulighed for at føre en uafhængig salgs- og prisstrategi. Hvad sagsøgerne selv har anført er, at et bredt sortiment er et indicium for, at virksomheden er konkurrencedygtig, men ikke for at den indtager en dominerende stilling på markedet.

Duplik

Efter Kommissionens opfattelse er sagsøgernes argumentation vedrørende risikospredningen udtryk for en utilladelig forenkling. Det er på ingen måde sikkert, at en virksomhed kan opveje eventuelle tab inden for vitaminsektoren ved hjælp af overskud på andre områder. Med hensyn til dækningen af aftagernes behov har Kommissionen bemærket, at sagsø-

gerne endnu engang udelukkende har lagt vægt på foderstofsektoren, inden for hvilken de i øvrigt kunne tilbyde de fire vigtigste vitaminer i store mængder, men ikke har omtalt medicinalvare- og levnedsmiddelindustrien.

ad 3) Det forhold, at Roche var verdens største producent, når alle vitaminer ses under ét, og at Roche's omsætning oversteg omsætningen hos samtlige de andre producenter tilsammen

Stævning

At Roche var »verdens største producent, når samtlige vitaminer ses under ét « og »at virksomhedens omsætning [oversteg] omsætningen hos samtlige de andre producenter tilsammen« (beslutningens nr. 21, 4. afsnit) kan forstås på flere måder. Hvis meningen er, at sagsøgerne tegnede sig for den største andel af vitaminproduktionen, er dette kun en gentagelse af argumentet vedrørende de store markedsandele. Hvis meningen derimod er, at sagsøgerne blandt de virksomheder, der fremstillede vitaminer — og hvis alle øvrige produkter medregnes — var den største virksomhed, er argumentet helt åbenbart uden betydning.

Flere af sagsøgernes konkurrenter havde en omsætning, en økonomisk styrke og et salgspotential, der var flere gange større end sagsøgernes. I øvrigt bevirker den omstændighed, at sagsøgernes aktiviteter ikke i så høj grad var spredt på flere områder (vitaminerne udgjorde

23 % af sagsøgernes omsætning, dvs. et langt større tal end for konkurrenternes vedkommende), at sagsøgernes handlefrihed lettere blev begrænset, idet det ikke er markedet for hvert enkelt produkt, men samtlige de markeder for de forskellige produkter som helhed, som en virksomhed optræder på — dvs. »virksomhedens marked« — der er afgørende for, hvor stor en handlefrihed virksomheden har.

Virksomhedens størrelse som kriterium kan kun bedømmes korrekt, såfremt samtlige faktorer i markedsstrukturen betragtes konkret, og såfremt disse faktorer sættes i forhold til konkurrenternes størrelse.

Svarskrift

At Roche var verdens største producent, siger efter Kommissionens opfattelse ikke noget om den markedsandel, sagsøgerne havde inden for fællesmarkedet. Det afgørende er, at sagsøgerne både inden for fællesmarkedet og på verdensmarkedet var den største producent af vitaminer og desuden fremstillede flere vitaminer end alle konkurrenterne tilsammen. Det afgørende er ikke, at andre firmaer havde en omsætning, en økonomisk styrke og et salgspotential, som var flere gange større end sagsøgernes. Med en årsomsætning på fem milliarder schweiziske francs havde sagsøgerne en økonomisk styrke, som i betragtning af deres meget høje diversificeringsgrad med hensyn til vitaminfremstillingen og den ringe del af omsætningen, som vitaminproduktionen tegnede sig for (23 % af den samlede omsætning, idet resten fordelte sig på den meget lukrative fremstilling af farmaceutiske og kemiske produkter) satte dem i stand til uden videre at overvinde eventuelle vanskeligheder på vitaminmarkederne.

Replik

Efter sagsøgernes opfattelse har Kommissionen ikke taget i betragtning, at alle sagsøgernes aktuelle og potentielle

konkurrenter havde en større diversificeringsgrad og dermed i ringere omfang var afhængige af vitaminmarkederne end sagsøgerne. At omsætningen og den økonomiske styrke ikke skulle være afgørende, er i modstrid med det standpunkt, som Kommissionen har indtaget i sit forslag til forordning om kontrol med virksomhedssammenslutninger samt i »Continental Can«-sagen.

Desuden beviser sagsøgernes årsomsætning på 5 milliarder schweiziske francs overhovedet intet, så længe omsætningen ikke sættes i forhold til den omsætning, som konkurrenter med langt større økonomisk styrke tegnede sig for.

Duplik

Sagsøgte har henvist til, at det afgørende for sagsøgerne er størrelsen, udtrykt i omsætning, økonomisk styrke og salgspotential, hvorimod det efter sagsøgtets opfattelse ved bedømmelsen af sagsøgernes stilling på vitaminmarkedet er afgørende, at sagsøgerne ikke alene havde store markedsandele inden for fællesmarkedet, men også udenfor, og at sagsøgerne var verdens største vitaminproducent og fremstillede mere end alle andre konkurrenter tilsammen. Sagsøgerne var derfor i stand til på fleksibel måde at tage en forskellig udvikling på de regionale markeder inden for og uden for Fællesskabet i betragtning.

ad 4) Antallet af konkurrenter

Stævning

Med hensyn til *antallet af konkurrenter* (og det udvalg af produkter, de tilbyder) har sagsøgerne kritiseret oversigten i beslutningens nr. 3, hvori konkurrenceforholdene fremstilles under en fuldstændig falsk synsvinkel, idet konkurrenceforholdene i mindre grad bestemmes af antallet af producenter end af antallet af virksomheder, der udbyder produkterne (producenter og videresælgere).

I oversigten tages der således ikke hensyn til de store handelsfirmaers afgørende rolle for konkurrencen. Disse firmaer førte ikke alene et vitaminsortiment, men også et stort udvalg af additiver, som sagsøgerne ikke kunne tilbyde. Sagsøgte har heller ikke taget i betragtning, at sagsøgerne i flere år havde været udsat for et stærkt konkurrencepres fra japanske producenter og for et tiltagende pres fra bestemte østeuropæiske lande.

Svarskrift

Sagsøgte har anført, at det er udtryk for en underkendelse af det økonomiske livs realiteter at hævde, at det er de virksomheder, som udbyder produkterne (producenter og videresælgere), og ikke alene producenterne, som har afgørende indflydelse på konkurrencen.

Producenten befinder sig som regel i en mere fordelagtig situation end videresælgeren, idet han kun behøver at kalkulere med sine egne omkostninger, medens videresælgeren først skal indkøbe varen, dvs. betale en indkøbspris, som samtidig giver producenten dækning for omkostninger og fortjeneste, og derefter selv ved videresalget skal opnå et overskud. Navnlig varemæglere (brokers) sælger regelmæssigt til priser, som ikke er uvæsentligt højere end producenternes. Til lavere priser tilbyder de kun lejlighedsvis varer i mindre mængder eller varer af mindre god kvalitet.

Replik

Sagsøgerne har anført, at det såvel retligt som faktisk set er urigtigt, når sagsøgte hævder, at videresælgere ikke skal tages i betragtning ved bedømmelsen af, om der foreligger en dominerende stilling:

- dette standpunkt er i strid med den opfattelse, Domstolen gav udtryk for i dommen af 18. februar 1971 (*Sirena-sagen*, sag 40/70, Sml. 1971, s. 7), nemlig at der ved afgørelsen af, om der foreligger en dominerende stilling, særlig skal tages hensyn til »den eventuelle forekomst af producenter eller forhandlere, som afsætter tilsvarende varer eller erstatningsvarer, og til disses stilling«;
- endvidere er det ikke korrekt, at videresælgere nødvendigvis må sælge til højere priser, fordi deres omkostninger udover producentens omkostninger også omfatter dennes fortjeneste. Det modsatte er tværtimod tilfældet: sagsøgerne skulle udover produktionsomkostningerne også have dækning for deres salgsomkostninger, som med 12-14 % udmærket kunne være højere end forhandlernes og mæglernes. Producenter, som sælger gennem videresælgere, har ingen egne salgsomkostninger. Der er således en tendens til, at videresælgerens indkøbspris er så meget mindre end det beløb, producentens salgsomkostninger udgør.

Duplik

Kommissionen har præciseret, at den har vendt sig mod, at producenterne og videresælgere

resælgerne sidestilles ved bedømmelsen af konkurrenceforholdene, men den har derimod ikke bestridt, at der ved vurderingen af den dominerende stilling skal tages hensyn til »den eventuelle forekomst af producenter eller forhandlere . . . og til disses stilling«.

Når det hævdes, at sagsøgerne — udover fremstillingsomkostningerne — også skulle have dækning for deres salgsomkostninger, som med 12-14 % kunne være højere end forhandlernes og mæglernes salgsomkostninger, overses det, at også en producent, som sælger gennem handelsfirmaer, har sine egne salgsomkostninger, hvortil kommer handelsvirksomhedens salgsomkostninger.

Hertil kommer, at sagsøgerne ved at oprette datterselskaber havde decentraliseret deres produktion og salg og dermed i højere grad befandt sig i nærheden af kunderne end en producent fra Japan eller fra et østeuropæisk land, som måtte sælge sine produkter gennem videresælgere.

ad 5) Det teknologiske forspring

Stævning

Når det (i beslutningens nr. 21) konstateres, at sagsøgerne havde teknologiske og kommercielle fordele fremfor konkurrenterne, står dette i modstrid med, at patenterne på fremstilling af vitaminerne var udløbet (beslutningens nr. 8), og at syntetisering af forskellige vitaminer ikke frembød særlige vanskeligheder på det videnskabelige plan (beslutningens nr. 3). Hvad angår den seneste udvikling med hensyn til industriel anvendelse af C-vitamin (antioxidant, gæringsmiddel til bryggerier, osv.) (beslutningens nr. 8) og de »nye blandinger til dyr«, drejede det sig om resultatet af en forskning, som gennem publikationer forlængst var blevet almindeligt kendt, og som havde medført en udvidelse af markedet, som såvel var kommet sagsøgerne som konkurrenterne til gode.

Den »time sharing service«, som omtales i beslutningens nr. 8, var på ingen måde begrænset til sagsøgerne, og i 1975 omfattede den i øvrigt kun syv kunder ud af flere tusinde (og herunder ikke en eneste af de 22, der er nævnt i beslutningen). At denne service var uden betydning, fremgår i øvrigt af de dokumenter, sagsøgte har fremlagt.

Svarskrift

Kommissionen har hertil svaret, at når det hævdes, at sagsøgerne havde et teknologisk forspring, er dette egentlig en selvfølgelighed, der også er i overensstemmelse med sagsøgernes eget skøn, hvilket fremgår af en række fremlagte dokumenter.

Det ville være mærkværdigt, hvis sagsøgerne, der havde spillet en banebrydende rolle med hensyn til fremstilling og anvendelse af syntetiske vitaminer, ikke — selv efter patenternes udløb — skulle være i besiddelse af tekniske erfaringer og en viden, der gav dem et forspring frem for konkurrenterne.

Sagsøgte har særlig citeret et dokument, som hidrører fra sagsøgerne, og hvori deres tekniske know-how anføres som en årsag til, at multinationale selskaber skulle være interesserede i at indgå leveringsaftaler med sagsøgerne.

Replik

Sagsøgerne har bemærket, at sagsøgte i stedet for at føre bevis for det hævdede teknologiske forspring har fremsat rene spekulationer. Med hensyn til det af sagsøgte citerede dokument har sagsøgerne anført, at den know-how, som i vore dage er forbundet med ethvert teknisk produkt, ikke kan betragtes som et teknologisk forspring, som skulle være et indicium for en dominerende stilling på markedet.

Duplik

Sagsøgte deler ikke opfattelsen af, at der kun skulle foreligge et teknologisk forspring af relevans for spørgsmålet om den dominerende stilling på markedet, såfremt forspringet kan anvendes til at hindre andre virksomheder i at få adgang til markedet eller til at begrænse konkurrencen. Sagsøgerne kunne sætte den teknologiske viden, som de havde erhvervet gennem fremstilling og anvendelse af syntetiske vitaminer, ind på med held at befæste deres dominerende stilling.

ad 6) Handelsnettet

Stævning

Heller ikke med hensyn til sagsøgernes handelsnet (beslutningens nr. 8) havde de et forspring frem for konkurrenterne. Nogle af konkurrenterne (og heriblandt ikke alene medicinalvarevirksomheder, men også producenter af kemiske produkter) rådede som følge af deres aktiviteter inden for kunstgødningssektoren og sektoren for plantebeskyttelsesmidler over et salgssystem på landbrugsområdet, som de kunne anvende til salg af vitaminer.

Svarskrift

Sagsøgte har anført, at fordelene ved Roche's handelsnet bestod i, at Roche's konkurrenter for en ikke ubetydelig dels vedkommende måtte benytte sig af selvstændige handelsvirksomheder i salget, medens sagsøgerne gennem deres datterselskaber havde udbygget et verdensomspændende handelsnet, som var indrettet efter vitaminaftagernes specielle behov, og som ikke alene ydede aftagerne sagkyndig rådgivning, men også til stadighed havde friske vitaminer på lager.

Replik

Sagsøgerne har hertil anført, at de ikke havde fordele som følge af handelsnettet. To af sagsøgernes hovedkonkurrenter

solgte ligeledes gennem deres egne handelsnet. I øvrigt er det ikke afgørende til stadighed at have »friske« vitaminer på lager, idet næsten alle vitaminer er lagerfaste i månedsvi, visse i indtil 5 år.

I virkeligheden svinder det påståede »handelsnet« ind til den simple kendsgerning, at sagsøgerne førte et lager hos datterselskaberne.

Duplik

Sagsøgte har anført, at sagsøgerne i grunden ikke har bestridt, at de havde et »omfattende handelsnet«: sagsøgerne var i alle de vigtigste lande repræsenteret ved datterselskaber. Derimod havde de handelsnet, som Roche's konkurrenter — der som vitaminproducenter havde væsentlig mindre betydning end sagsøgerne — betjente sig af, ikke samme betydning for disse. Også selv om vitaminer kan lagerføres i længere tid, er det dog nødvendigt at føre kontrol. Denne kontrol og den service, der skulle ydes, kunne kun gennemføres, fordi sagsøgerne i betydelig grad havde udbygget deres handelsnet.

ad 7) Den potentielle konkurrence

Stævning

Sagsøgerne har bestridt Kommissionens udtalelse om, at det ikke kan antages »at der er udsigt til, at en eventuel indtrængen af nye konkurrenter på dette marked [vitaminmarkedet] for tiden vil kunne ændre Roche's stilling i nævneværdig grad« (beslutningens nr. 21. i.f.).

Sagsøgte støttede dette på, at en indtrængen på vitaminmarkederne kun var rentabel, såfremt der blev foretaget

omfattende specielle investeringer, og på, at kapaciteten var planlagt for et langt tidsrum, hvoraf følger, at »kun store medicinalvarekoncerner« kunne virke på dette marked. Den sidste påstand er ukorrekt, idet næsten alle virksomheder inden for den kemiske storindustri var potentielle konkurrenter. Hver af disse kemikoncerner var i stand til at trænge ind på vitaminområdet, så snart konkurrencen på markederne afsvækkedes, og der måtte forventes større fortjeneste. Der udgik således en meget effektiv aktuel indflydelse på prisudviklingen fra den potentielle konkurrence.

Med hensyn til de nødvendige investeringer må det fastslås, at næsten alle sagsøgernes aktuelle eller potentielle konkurrenter var større og havde større økonomisk styrke. I øvrigt er det ikke rigtigt, at ethvert nyanlæg krævede så store investeringer, at kun store virksomheder kunne magte dem. Mindre produktionsenheder kan være mere rentable end store anlæg, netop når der findes en stor overkapacitet (hvilket var tilfældet på verdensmarkedet). Denne overkapacitet på verdensmarkedet var årsag til et betydeligt konkurrencepres fra andre producenter med anlæg, som midlertidigt var taget ud af drift. Også kapacitetsudvidelser fra aktuelle konkurrenters side kunne medføre, at der blev lagt et effektivt pres på sagsøgernes konkurrenceadfærd. Sammenfattende har sagsøgerne anført, at der i beslutningen overhovedet ikke er taget hensyn til den potentielle konkurrence, som altid bestod, og dermed heller ikke til Domstolens dom i sag 6/72 (*Europemballage*, dom af 21. 2. 1973, Sml. 1973, s. 215), hvori den potentielle konkurrence tillægges afgørende betydning.

Svarskrift

I modsætning til, hvad sagsøgerne har hævdet, undersøgte sagsøgte faktisk spørgsmålet om den potentielle konkurrence, men nåede til et negativt resultat.

Sagsøgte gav i beslutningen udtryk for, at Roche's stilling på vitaminmarkedet i den periode, der ligger til grund for beslutningen (1964-1974), ikke kunne have ændret sig mærkbart, hvis der var opstået nye konkurrenter på markedet. Det af sagsøgerne anførte om den eventuelle fremtidige udvikling er derfor uden betydning. Desuden har Kommissionen også medregnet de betydelige kemiske koncerner, som sagsøgerne har henvist til, til de »store farmaceutiske grupper«, der er nævnt i beslutningens nr. 4. Kommissionen har dog bestridt, at disse »grupper« straks kunne vinde indpas i *handelen med vitaminer* med hele det sortiment, som sagsøgerne fremstillede.

Replik

Efter sagsøgernes opfattelse har sagsøgte ikke taget selve arten af den potentielle konkurrence i betragtning. I reglen medførte presset fra de potentielle konkurrenter, at prisniveauet forblev lavt for ikke at fremprovokere en omdannelse af den potentielle konkurrence til en aktuel konkurrence. Det spiller med hensyn til denne virkning af den potentielle konkurrence ingen rolle, om der hengår nogle måneder eller nogle år mellem investeringsbeslutningen og det tidspunkt, hvor konkurrenterne viser sig på markedet. Den potentielle konkurrence består efter sin art netop i, at den virker som en trussel. Det afgørende er, at potentielle konkurrenter som følge af deres blotte tilstedeværelse havde indvirkning på markedet. Sagsøgte har i øvrigt

ikke taget hensyn til overkapaciteten på verdensmarkedet, som indebar et yderligere pres på konkurrencen. Endelig kan sagsøgte ikke bestride, at en hel række virksomheder i det anførte tidsrum vandt indpas på markedet eller udvidede deres kapacitet.

Duplik

Det af sagsøgerne anførte om den potentielle konkurrence og om dennes indvirkning på priserne, som måtte holdes på et lavt niveau for ikke at fremprovokere en omdannelse af en potentiel konkurrence til en aktuel konkurrence, bekræfter ifølge Kommissionens opfattelse rigtigheden af dens argumentation med hensyn til betydningen af det prisfald, der indtrådte for sagsøgernes produkter. I betragtning af de betydelige investeringer, der var nødvendige, har Kommissionen i øvrigt anført, at den betragter det som tvivlsomt, om der måtte antages at ville opstå nye konkurrenter.

ad 8) Adgangen til forsyningsmarkederne

Stævning

Sagsøgerne har anført, at spørgsmålet om adgangen til forsyningsmarkederne er fuldstændig forbigået i den omtvistede beslutning. Sagsøgernes vigtigste konkurrenter og næsten alle de potentielle konkurrenter rådede som producenter af kemiske udgangs- og overgangsprodukter over en stor del af råvarerne til vitaminfremstillingen, medens sagsøgerne med hensyn til deres råstoftilførsler næsten fuldstændigt var henvist til andre virksomheder og til dels endog til deres aktuelle og potentielle konkurrenter.

Svarskrift

Kommissionen har hertil anført, at sagsøgerne ikke har ført bevis for sin påstand om, at de med hensyn til deres råstoftilførsler næsten fuldstændigt var afhængige af andre virksomheder, til dels endog af deres konkurrenter.

Replik

Hertil har sagsøgerne svaret, at de under den administrative procedure i detaljer redegjorde for spørgsmålet om forsyningen med råvarer.

To af sagsøgernes konkurrenter havde i hvert fald som basisproducenter inden for den kemiske storindustri væsentlig bedre adgang til udgangsprodukterne, som de i vidt omfang selv fremstillede. Efter sagsøgernes opfattelse er netop adgangen til forsyningsmarkederne et af de væsentligste kriterier for, om der foreligger en dominerende stilling.

Duplik

Kommissionen har ikke bestridt, at spørgsmålet om adgangen til forsyningsmarkederne kan være af betydning for bedømmelsen af markedsstillingen; men det er kun ét af flere relevante kriterier. Det afgørende er for så vidt, om sagsøgerne kunne erhverve disse produkter på markedet. Det var tilfældet her, idet sagsøgerne som kemivirksomhed i nødsfald selv kunne have optaget en produktion af udgangsprodukterne, men hidtil havde anset det for mere fordelagtigt at købe disse produkter hos andre virksomheder.

II — Sagsøgernes markedsadfærd og resultaterne af denne

Stævning

Sagsøgerne har fremhævet, at Kommissionens beslutning intet indeholder om en

efterprøvelse af markedsresultaterne (performance) og markedsadfærden (conduct).

Der er i den juridiske litteratur principiel enighed om, at en undersøgelse af markedsstrukturen, som kun er kvantitativ »er uegnet [som middel] til at bestemme, hvilket mål af handlefrihed virksomheden har ud over det af konkurrenten kontrollerede« (Mestmäcker, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, s. 370). Tværtimod må alle omstændigheder i forbindelse med markedssituationen og markedsadfærden tages i betragtning. Ud fra disse kriterier har sagsøgerne aldrig kunne antage, at de ikke var udsat for en effektiv konkurrence og dermed indtog en dominerende stilling som anført i EØF-traktatens artikel 86.

Begge kriterier (markedsadfærden og resultaterne af denne) står økonomisk set i et indbyrdes afhængighedsforhold. Særlig markedsadfærden betegnes ofte som »det mest betydningsfulde« kriterium.

I forbindelse med markedsadfærden spiller det en særlig rolle, om en virksomhed er tvunget til at indrette sig efter markedspriserne, eller om den kan fastsætte sine priser efter eget skøn inden for et ikke nærmere afgrænset spillerum.

Denne fortolkning har sagsøgte selv accepteret (i sit memorandum om virksomhedskoncentrationer, »Le problème de la concentration dans le marché commun«, Bruxelles 1966, nr. 22, og Continental Can-beslutningen, JO L 7 af 8. 1. 1972, s. 25), og det samme gælder Domstolen (dom af 18. 5. 1962, sag 13/60, *Salgsforeningerne for Ruhr-kul*, Sml. 1954-1964, s. 317; org.ref. Recueil 1962, s. 201).

En undersøgelse af markedsresultaterne og markedsadfærden indebærer nødvendigvis en efterprøvelse af udviklingen gennem et længere tidsrum. Det afgørende er særligt, om det kan fastslås, at en virksomheds priser gennem et længere tidsrum har været stigende, eller om virksomheden har været tvunget til at

indrette sig efter markedspriserne og at nedsætte sine priser efter pres fra konkurrenterne.

En gennemgang af prisudviklingen gennem flere år — fra introduktionen af de pågældende vitaminer og indtil 1974 — viser, at f.eks. priserne for de vigtigste vitaminer (A, E, C, B₂ og B₆) til stadighed og i vidt omfang blev nedsat. Det strider mod sund fornuft, at en virksomhed, som hævdes ikke at have været udsat for effektiv konkurrence, og som hævdes i det væsentlige at have kunnet bestemme priserne uafhængigt af konkurrenterne, leverandørerne og aftagerne, skulle nedsætte priserne i et sådant omfang uden at være tvunget hertil af konkurrencehensyn. Selv om der i årene 1970-1974 indtrådte prisstigninger på gennemsnitligt 50 %, og sagsøgernes omkostninger således steg med 50 % eller mere i dette tidsrum, indtrådte der som følge af konkurrenceforholdene yderligere betydelige prisfald for de fleste af sagsøgernes vitaminer (A-vitamin: 25 %; E-vitamin: mere end 18 %; pantotensyre: gennemsnitligt 50 %; B₂- og B₆-vitamin: et mindre, men dog reelt prisfald; kun priserne for C-vitamin viste en let stigende tendens). Den eneste mulige slutning heraf er, at sagsøgerne aldrig har været i stand til at bestemme priserne. I et tidsrum, der var kendetegnet ved store prisstigninger, ville sagsøgerne aldrig frivilligt have medvirket til sådanne prisnedsættelser, hvis de ikke havde været tvunget til det på grund af en yderst effektiv konkurrence.

De dokumenter, som Kommissionen ensidigt har henvist til og citeret fra til støtte for, at sagsøgerne skulle have gjort sig skyldige i misbrug, indeholder nøjagtige oplysninger på dette punkt. De afgørende kriterier herfor er følgende: det »permanente pres fra japanske, danske og tyske konkurrenter« af B₆-vitamin (cirkulære af december 1970), den umiddelbart forestående fremkomst på A- og E-vitaminmarkedet af en konkurrent, hvis markedspotentiel var fire gange større end sagsøgernes (cirkulære af december 1970), kravet om at skulle tilbyde »highly competitive prices« for at opnå en årskontrakt med en betydningsfuld kunde (cirkulære af august 1971), den »stærke konkurrence« på A- og E-vitaminmarkederne, det forhold, at det var umuligt at sælge C-vitamin til højere priser uden at miste markedsandele, og endelig tabet af 17,5 % af det tyske marked for pantotenater (referat af 12. og 13. 10. 1972).

Disse dokumenter taler objektivt set mod, at der skulle have foreligget en dominerende stilling; de beviser så meget desto mere, at sagsøgerne i det mindste subjektivt kunne antage, at de var udsat for en væsentlig konkurrence.

Sagsøgerne har fremlagt en række dokumenter, af hvilke det fremgår, at der i årene 1971, 1972 og 1973 og særlig på A-, B₁-, B₂-, B₃-, B₆- og E-vitaminmarkederne herskede meget livlig konkurrence.

Svarskrift

Sagsøgte har anført, at spørgsmålet om, hvorvidt sagsøgerne indtog en dominerende stilling på vitaminmarkederne, må afgøres på grundlag af sagsøgernes markedsandele. Først når der er klarhed over markedsandelene, som for hovedprodukterne (A-, E- og C-vitamin) udgjorde mere end 50 %, giver det mening at drøfte omstændigheder, hvoraf det muligvis fremgår, at sagsøgerne trods deres store markedsandele var udsat for en effektiv konkurrence. De relevante markeder er markederne for de enkelte

vitamingrupper, nemlig grupperne A, B₂, B₆, C, E, biotin (H) og pantotensyre (B₃). Hver af disse grupper kan opfylde konstante behov og kan ikke eller kun i undtagelsestilfælde og med henblik på et bestemt behov substitueres med andre produkter.

Substitution af vitaminer med andre produkter må fuldstændig udelukkes. Det relevante geografiske marked er hele fællesmarkedet.

Imod argumentationen om, at sagsøgte ikke skulle have taget sagsøgernes markedsadfærd og resultaterne af denne i betragtning, har sagsøgte fremsat en formel og en materiel indvending.

Den formelle indvending går ud på, at sagsøgte har pligt til at begrunde sine beslutninger, men ikke til at imødegå alt, hvad der fremføres under den administrative procedure. Sagsøgerne kan ikke forlange, at sagsøgte i beslutningen antager synspunkter, som sagsøgte ikke anser for rigtige.

I materiel henseende har sagsøgte bestridt, at der i beslutningen udelukkende skulle være taget hensyn til markedsstrukturen. Kommissionen er allerede på et tidligt tidspunkt gået ind for den opfattelse, »at en dominerende stilling på markedet i første række [er] ensbetydende med økonomisk magt, nemlig evnen til at udøve en væsentlig og for den dominerende virksomhed i princippet en forudselig indflydelse på markedsforholdene (O.a.: Domstolens oversættelse)« (jf.: Le problème de la

concentration dans le marché commun; nr. 22). I *Continental Can*-beslutningen præciserede Kommissionen samme synspunkt, idet den dog fremhævede, at der navnlig foreligger en uafhængig adfærd, når virksomheden »på grund af sin markedsandel eller på grund af markedsandelen navnlig i forbindelse med, at den råder over teknisk viden, råstoffer eller kapital, har mulighed for at bestemme priserne for en betydelig del af de pågældende produkter eller for at kontrollere produktionen eller distributionen«.

Også ifølge Domstolens retspraksis, særlig dommene i *Commercial Solvents*-sagen (forenede sager 6 og 7/73, Sml. 1974, s. 215) og i *Sukker-sagerne* (sagerne 40/73 m.fl., *Suiker-Unie* m.fl., Sml. 1975, s. 2005), er den omstændighed, at virksomhederne havde meget store markedsandele, blevet betragtet som tilstrækkeligt til at fastslå, at de indtog en dominerende stilling. Hvis en virksomhed har store markedsandele, og dens konkurrenters markedsandele er betydelig mindre, samtidig med at konkurrenterne ikke tilbyder så stort et udvalg af produkter, er dette som regel et indicium for, at virksomheden med de store markedsandele indtager en dominerende stilling. Kun hvis der skulle vise sig at foreligge særlige omstændigheder, som faktisk stærkt indskrænker virksomhedens handlefrihed, kan store markedsandele ikke tages som udtryk for en dominerende stilling.

Kommissionen har derpå omtalt de diagrammer, hvoraf det skulle fremgå, at priserne for A-, E-, C-, B₂- og B₆-vitamin faldt i årenes løb. Kommissionen har her henvist til den uhørte stigning i sagsøgernes produktion i det omhandlede tidsrum og har anført, at diagrammerne kun beviser, at en stor udvidelse af salget medfører faldende priser. Kommissionen har på basis af en sammenligning mellem ændringerne i de fremstillede mængder og i de opnåede priser, begge udtrykt i procent, konkluderet, at sagsøgerne fra 1970 til 1974 kunne øge deres salg af de fleste vita-

miner ganske væsentligt, at de kun måtte gøre indrømmelser på prisområdet for nogle enkelte vitaminedkommende, og at de derfor alt i alt kunne forbedre deres indtjening væsentligt.

I modsætning til hvad sagsøgerne har hævdet, indeholder de dokumenter, som sagsøgte i beslutningen har henvist til og citeret fra, og som skulle tjene til påvisning af et misbrug, ikke noget bevis for, at der ikke forelå en dominerende stilling (beslutningens nr. 12: cirkulære af december 1970, cirkulære af maj 1971 (rettere: august 1971), »European Bulk Managers Meeting« 12. og 13. oktober 1971 (rettere: 1972)).

Det afgørende er ikke, om sagsøgerne kunne fastsætte priserne fuldstændig frit — dvs. om de havde monopol — men om deres stilling var af en sådan art, at de kunne handle uden i væsentlig grad at tage hensyn til deres konkurrenter, leverandører og kunder.

Visse af de dokumenter, som sagsøgerne har fremlagt som bilag til stævningen, indeholder bevis for, at sagsøgerne faktisk var i stand til at modsætte sig, at der fremkom nye konkurrenter på vitaminmarkedet, og at sagsøgerne anså udsigterne til at fastholde deres fremtrædende markedsstilling som gode.

Replik

Sagsøgerne har i deres replik anført, at Kommissionen — i modsætning til, hvad den har hævdet — praktisk talt udelukkende har støttet sin påvisning af, at

sagsøgerne skulle have indtaget en dominerende stilling, på markedsandelene: betydelige markedsandele og et forholdsvis stort udvalg af produkter er indicier for en dominerende stilling, og de kan kun modbevises af særlige omstændigheder. Kommissionens argumentation er på dette punkt såvel i strid med dens egne tidligere udtalelser som med Domstolens praksis. I øvrigt indebærer Kommissionens argumentation, at bevisbyrden vendes om.

At Kommissionen i den omtvistede beslutning i forbindelse med påvisningen af en dominerende stilling ikke har taget andre kriterier end markedsandelene (f.eks. adgangen til at bestemme priserne) i betragtning, er såvel en overtrædelse af artikel 86 — på grund af urigtig fortolkning af betingelserne for at anvende bestemmelsen — som en overtrædelse af traktatens artikel 190, idet beslutningen ikke er fyldestgørende begrundet.

Med hensyn til den retspraksis og den kommissionsbeslutning af 2. januar 1973, som sagsøgte har henvist til, har sagsøgerne anført, at der dér var tale om virksomheder med meget større markedsandele end de 50 %, som sagsøgerne havde, og man kan ikke deraf udlede, at en sådan markedsandel gør det overflødigt at tage hensyn til markedsresultaterne og markedsadfærden eller indebærer, at virksomheden skal bevise, at dens handlefrihed »faktisk var stærkt begrænset«.

Med hensyn til Kommissionens anbringende om, at den ikke har pligt til at tage stilling til alle »indvendinger« eller »påstande« fra sagsøgernes side, har sagsøgerne anført, at Kommissionen har overset, at adgangen til at bestemme priserne ifølge Domstolens praksis er en ufravigelig betingelse for at bringe artikel 86 i anvendelse, og at det påhviler Kommissionen at godtgøre, at denne betingelse er opfyldt.

Sagsøgerne har anført, at de dokumenter, der er fremlagt i forbindelse med stævningen, viser, at der mellem 1970 og

1974 faktisk var effektiv konkurrence på markedet.

De prisfald, der ifølge de af sagsøgerne fremlagte dokumenter blev konstateret for de vigtigste vitaminer i efterkrigstiden og særlig i tiden før 1970, indtrådte — i modsætning til det af Kommissionen anførte — ikke som følge af en forøgelse af de fremstillede mængder i en ekspansionsfase med det formål at nedsætte stykomkostningerne.

Stykomkostningerne falder nemlig kun, så længe der i et eksisterende produktionsanlæg findes ikke fuldt udnyttede kapacitetsreserver, som kan udnyttes bedre, og så længe de gennemsnitlige fremstillingspriser ikke stiger. I en ekspansionsfase må produktionsanlæggene dog nødvendigvis udvides, og der må opføres nye produktionsanlæg, hvilket medfører, at omkostningerne ikke falder.

Økonomisk teori og praksis viser, at en virksomhed, som ikke er udsat for konkurrence, ikke nedsætter sine priser i det omfang, det er sket i dette tilfælde. Når sagsøgerne nedsatte deres priser, skete det på grund af den tvang, der udgik fra konkurrencen.

Med hensyn til perioden fra 1970 til 1974 har sagsøgerne fremhævet, at de prisfald, der i dette tidsrum indtrådte for sagsøgernes produkter, faldt sammen med overordentlig store prisstigninger i alle EF-landene. Trods prisstigninger på 50 % og trods en fordobling af efterspørgslen måtte sagsøgerne acceptere

prisfald fra 17 til 29 % for fire produkter og kunne for tre andre produkter ikke opnå højere priser (hvilket i sig selv svarer til et tab på 20 % som følge af inflationen).

Flere af bilagene til stævningen indeholder yderligere beviser for, at der på de pågældende markeder herskede en effektiv konkurrence. Det er betegnende, at sagsøgerne ikke kunne forhindre bestemte nye konkurrenter i at vinde indpas på markedet. Endvidere indeholdt de i den anfægtede beslutning omtalte kontrakter kun en »fall-clause«, ifølge hvilken priserne kun kunne nedsættes, medens det ikke lykkedes sagsøgerne at få indført den nu almindeligt brugte »rise-clause«, hvorefter de aftalte leveringspriser kan forhøjes som følge af omkostnings- eller prisstigninger.

Duplik

Kommissionen har gjort gældende, at den har undersøgt og vurderet sagsøgernes markedsadfærd og markedsresultaterne, men dog er nået til andre resultater end sagsøgerne.

Kommissionen har ikke på grundlag af undersøgelsen af sagsøgernes adfærd og af markedsresultaterne kunnet konstatere, at der som følge af konkurrenceforholdene var tale om en nævneværdig begrænsning af sagsøgernes handlefrihed. Det væsentlige i denne henseende er, at sagsøgerne gennem en længere periode kunne fastholde deres store markedsandele.

I øvrigt har sagsøgte aldrig benægtet at have bevisbyrden for, at betingelserne i artikel 86 er opfyldt. Sagsøgernes pligt til over for Domstolen at godtgøre, at sagsøgte ikke har ført dette bevis, er ikke en forfatningsstridig omvendelse af bevisbyrden.

Sagsøgte har ikke bestridt, at der i de tilfælde, hvor Domstolen har antaget, at der har foreligget en dominerende stilling, har været tale om markedsandele på over 50 %. Sagsøgte har i beslutningen ikke alene taget hensyn til sagsøgerens

markedsandele for de enkelte vitamin-grupper, men også til konkurrenternes — betydeligt mindre — markedsandele samt til en række andre kriterier af betydning for bestemmelsen af sagsøgernes markedsstilling.

Endvidere har sagsøgte — på grundlag af sagsøgernes udtalelser under den administrative procedure — også taget pris- og markedsforholdene med i betragtning.

Med hensyn til prisfaldet har sagsøgte bestridt sagsøgernes argumentation om, at en markedsdominerende virksomhed har en interesse i at begrænse de solgte mængder for at forhøje prisen.

En virksomhed, som ikke har en monopolstilling, men som har en stor markedsandel og stigende salgstal, må tage sig i agt for ikke gennem for høje priser at tilskynde andre virksomheder til at trænge inde på markedet. En sådan virksomhed kan derfor have en interesse i at nedsætte priserne i forhold til væksten i de solgte mængder. Med hensyn til prisudviklingen fra 1970 til 1974 har sagsøgte anført, at sagsøgerne ikke har taget stilling til sagsøgtets diagram over pris- og mængdeudviklingen for perioden fra 1970 til 1974; det samme gælder det diagram, som på grundlag af oplysninger fra sagsøgernes datterselskaber i fællesmarkedet

giver en oversigt over sagsøgernes priser fra 1971 til 1974.

B — Misbrug

Med hensyn til Kommissionens konstatering af, at der forelå et misbrug af en dominerende stilling, har sagsøgerne i første række bestridt en række faktiske omstændigheder, særlig i forbindelse med aftalerne med Unilever og Merck. Sagsøgerne har også anfægtet Kommissionens fortolkning af denne engelske klausul, og de har endvidere gjort indsigelse mod Kommissionens fortolkning af anvendelse af artikel 86 med hensyn til, hvilken konkurrencebegrænsning, der fulgte af loyalitetsklausulerne i de omtvistede kontrakter. Endelig har sagsøgerne bestridt, at kontrakterne på grund af de deri indeholdte bestemmelser om bonusbeløb eller prisnedslag havde til følge, at der blev anvendt ulige vilkår for ydelser af samme værdi over for handelspartnerne, som derved stilledes ringere i konkurrencen (artikel 86, litra c)).

I — Drøftelse af visse af de af Kommissionen anførte omstændigheder

Stævning

Sagsøgerne har først ønsket at berigtige visse omstændigheder, som Kommissionen efter deres opfattelse har givet en urigtigt fremstilling af. Sagsøgerne har særlig fremhævet, at eksklusivitets- eller præferencekontrakterne navnlig imødekom et ønske fra kunderne om forsyningsikkerhed, konstant kvalitet og fordelagtige priser.

Endvidere har Kommissionen med urette betragtet bonusydelserne for biotin som loyalitetsbonus. Det fremgår klart af de dokumenter, Kommissionen henviste til i beslutningens nr. 12, at der var tale om sædvanlige »introduktionsrabatter«, som i almindelighed blev ydet til en udvalgt gruppe af kunder, som var rede til at påtage sig at fremme et produkt for at udvide afsætningsmulighederne.

Sagsøgerne har også bestridt, at kontrakterne med Merck og Unilever måtte betragtes som »loyalitetskontrakter«. Unilever bestilte normalt for alle koncernens selskaber på det europæiske kontinent større mængder vitaminer for et længere tidsrum hos sagsøgerne, og kontrakterne indeholdt overhovedet ingen forpligtelse for Unilever til udelukkende at bestille hos sagsøgerne.

Den bonus, der blev ydet ifølge kontrakterne med Merck, var berettiget som følge af de solgte mængder, så meget mere som der ikke var tale om en »loyalitetsbonus«, men om en funktionsbonus, idet Merck videresolgte størstedelen af vitaminerne.

Det er derfor ukorrekt simpelt hen at sammenlægge de af Merck og Unilever indkøbte mængder med omsætningen med de øvrige kunder (beslutningens nr. 10 i. f.) for på denne måde at nå til det resultat, at de 22 aftageres vitaminindkøb i 1974 inden for fællesmarkedet udgjorde 16 % af det samlede vitaminsalg. I virkeligheden udgjorde de salg, der skete ifølge kontrakter med loyalitetsbonus-klausuler i 1970-1974 kun 4 % af det samlede salg inden for fællesmarkedet.

Svarskrift

Sagsøgte har bestridt sagsøgernes anbringende om, at kontrakterne i første række imødekom kundernes ønske om forsyningsikkerhed, konstant kvalitet og fordelagtige priser. Hvis dette havde været tilfældet, ville det have været

tilstrækkeligt at optage en leveringsforpligtelse for sagsøgerne i kontrakterne. Sagsøgerne kan ikke bestride, at den nævnte forpligtelse tjente deres egen interesse i at binde kunderne til sig for at fastholde den store markedsandel.

Kommissionen har endvidere bestridt, at bonusydelse på biotinområdet skulle have haft karakter af en »introduktionsrabat«. Loyalitetspræmier var ganske vist ikke udtrykkeligt nævnt i kontrakterne med Unilever og Merck, men de to firmaer var alligevel praktisk talt forpligtet til at dække hele deres behov hos sagsøgerne. I modsat fald ville det have været meningsløst at optage en engelsk klausul i kontrakterne.

Replik

Når alle de bonusydelser, der er gjort indsigelse mod som »loyalitetspræmier«, på grund af den engelske klausul ikke var egentlige loyalitetsbonusydelser, må dette så meget desto mere gælde bonusydelserne for biotin, som kun var aftalt for de kunder, som var rede til at foretage særlige foranstaltninger for at udvide markedet til nye anvendelsesområder.

Sagsøgerne har endvidere anført, at det på grund af den engelske klausul var udelukket, at kunden var bundet af en eksklusivitetsforpligtelse. Det er ukorrekt at tale om »eksklusive købsforpligtelser«, når kunden uden indsigelse kunne benytte sig af ethvert mere fordelagtigt konkurrerende tilbud, som sagsøgerne ikke fulgte op. Kun en ringe del af kontrakterne indeholdt eksklusive købsforpligtelser, medens kunderne i alle andre tilfælde netop ikke var bundet af de rene bonustilsagn, fordi enhver »sugevirkning« var udelukket på grund af den engelske klausul.

Den situation, at sagsøgerne på grund af den engelske klausul måtte afgøre, om de ville indtræde i et mere fordelagtigt konkurrencetilbud, foreligger også for så vidt angår enhver anden ordre, som opnås efter en konkurrence på prisen;

det er ikke et argument for, at der forelå en eksklusivitetsforpligtelse. Sagsøgte kan ikke bestride, at sagsøgerne aldrig så meget som har forsøgt på at fastholde en kunde til en hvilken som helst købsforpligtelse eller har truet en kunde med repressalier, fordi denne modtog leverancer fra anden side.

Med hensyn til kontrakterne med Unilever og Merck et det ikke rigtigt, når Kommissionen har antaget, at den omstændighed, at der var vedtaget en »engelsk klausul«, var et bevis for, at Unilever havde pligt til at dække hele sit behov hos sagsøgerne; klausulens berettigelse beroede nemlig alene på kontraktperiodens længde.

Kommissionens standpunkt går i sidste instans ud på at forbyde Unilever på eget initiativ og uden at være forpligtet dertil at indgå en leveringsaftale med sagsøgerne om dækning af Unilever's behov på årsbasis; en sådan opfattelse er et utiladeligt indgreb i kundernes valgfrihed. Den omstændighed i sig selv, at en kunde fortrinsvis eller udelukkende dækker sit behov hos sagsøgerne, uden at der er indgået en aftale om pligt hertil, kan i intet tilfælde stride mod EØF-traktatens artikel 86. Det ændrer heller intet heri, at der i kontrakterne var aftalt et loft over sagsøgernes leveringsforpligtelse og en mindstemængde for Unilever's købsforpligtelse, idet sådanne bestemmelser er absolut sædvanlige i langfristede kontrakter om større råstofmængder.

Kontrakterne med Merck angik så store mængder B₆- og E-vitamin, at sagsøgerne kun kunne fremstille dem, hvis salget af disse mængder var sikret.

Duplik

Bonusydelseerne for biotin var ikke introduktionsrabatter, da de var »knyttet til den betingelse«, af aftagerne udelukkende eller fortrinsvis dækkede deres behov hos sagsøgerne, og da de havde til formål at sikre den erhvervede markedsandel (»You should protect your market through fidelity contracts . . .«, Management Information Biotin, s. 2).

Kommissionen sondrede i den anfægtede beslutning klart mellem bestemmelser, hvorved der *direkte* blev pålagt en eksklusivitetsforpligtelse (fidelity contracts), og bestemmelser, hvorved der *indirekte* blev pålagt en sådan forpligtelse ved hjælp af økonomiske incitament, nemlig loyalitetspræmier. Det er ikke rigtigt, at den engelske klausul »på forhånd udelukker eksklusiviteten«, idet eksklusiviteten angår købsbindingen, medens den engelske klausul derimod angår prisfastsættelsen.

I denne henseende er det imidlertid absolut sædvanligt, at sælgeren i langfristede kontrakter forpligter sig til at tage konkurrenternes priser i betragtning. Kommissionen bestrider ikke, at det er et led i konkurrencesituationen at tiltrække kunder på konkurrenternes bekostning og at fastholde kunder i en solid kundekreds, men en virksomhed, som indtager en dominerende stilling, må ikke anvende kontrakter med eksklusivitetsforpligtelser med dette formål.

Med hensyn til kontrakterne med Unilever og Merck har sagsøgte anført følgende:

- a) For så vidt angår Roche's argument om, at den engelske klausul i kontrakterne med Unilever ikke kunne antages at indebære, at Unilever havde pligt til at dække hele sit behov hos Roche, har Kommissionen anført, at den meget vel er klar over, at den

såkaldte »engelske klausul« også anvendtes i langfristede leveringsaftaler, som angik bestemte mængder og ikke hele behovet. Men i sådanne tilfælde påtog sælgeren sig en pligt til at indtræde i konkurrenternes lavere priser med det resultat, at kunden stadig havde pligt til at købe. Retsstillingen var en anden ifølge de engelske klausuler i de her omtvistede kontrakter. Da sælgeren, Roche, ikke havde pligt til at indrette sig efter konkurrenternes priser, fandt klausulen kun anvendelse som et middel til at gennemtvinge kundens forpligtelse til udelukkende eller fortrinsvis at dække sit samlede behov hos Roche.

- b) Der kunne efter Kommissionens opfattelse også på anden måde være opnået sikkerhed for Merck's usædvanligt store indkøb af B₆- og E-vitamin, som ifølge sagsøgerne skulle have gjort en eksklusivitetsforpligtelse berettiget, f. eks. ved at kunden med halve eller hele års mellemrum afgav ordre på bestemte mængder.

II — Drøftelse af fortolkningen af den engelske klausul

Stævning

Med hensyn til den engelske klausul har sagsøgerne anført, at det ikke er rigtigt, at kunderne ifølge klausulen havde pligt til at give sagsøgerne meddelelse om mere favorable pristilbud fra andre kendte producenter. Konkurrentens identitet skulle i intet tilfælde oplyses. Da konkurrentens anonymitet således

var sikret, befandt sagsøgerne sig i praksis i samme situation som ved enhver prisforhandling med en kunde.

Den engelske klausuls virkemåde udelukkede på forhånd enhver eksklusivitet med hensyn til købsforpligtelser, i det omfang sådanne har foreligget. Det stod enhver kunde frit for hos andre konkurrenter at søge at opnå mere fordelagtige priser og/eller vilkår; og dette var såvel tilfældet for introduktionsrabat- eller præferencebonuskontrakterne som for eksklusivtetskontrakterne. Den kunde, som benyttede sig af et mere fordelagtigt konkurrerende tilbud, mistede ikke sin bonus for de øvrige indkøb. Det her foreliggende tilfælde adskiller sig for så vidt fuldstændigt fra den såkaldte »sukkersag« (dom af 16. december 1975, *Suiker-Unie m. fl.* mod Kommissionen, forenede sager 40-48/73 m. flk., Sml. 1975, s. 1994), idet der i nærværende sag overhovedet ikke har været fare for, at bonusbeløbet skulle bortfalde (jf. dommen i sukkersagen, præmis 504).

Svarskrift

Efter Kommissionens opfattelse har sagsøgerne bagatelliseret den engelske klausuls betydning og rolle. Selv om klausulen var i kundens interesse for så vidt angår prisen, kunne kunden dog først frit foretage sine indkøb hos andre, når sagsøgerne havde givet tilladelse hertil ved ikke at indtræde i det konkurrerende tilbud.

Replik

Sagsøgerne har i modsætning til sagsøgtets standpunkt anført, at den engelske klausul efter sin betydning og sit formål klart tjente til beskyttelse af kunden og ikke af sælgeren. Formålet med klausulen var at beskytte forbrugerne, idet den automatisk indebar, at de laveste priser blev anvendt. Den var derfor et typisk udslag af, at der var tale om købers marked og ikke sælgers marked.

Den engelske klausul havde ikke loyalitetspræmiens »sugevirkning«, som omtalt i sukkersagen, fordi der dér var tale om et tilfælde, hvor køberen under alle omstændigheder mistede hele bonusbeløbet, så snart han dækkede endog den mindste del af sit behov hos en konkurrent. Det var tværtimod udtrykkeligt bestemt i den engelske klausul, at den årlige bonus ikke gik tabt, hvis der blev foretaget indkøb hos konkurrenter, som tilbød mere fordelagtige priser. Sagsøgerne har fremlagt et talmateriale for at bevise, at deres kunder faktisk og netop af disse grunde i mange tilfælde dækkede langt mere end 50 % af deres behov ved indkøb hos sagsøgnernes konkurrenter.

Duplik

Hertil har Kommissionen anført, at den engelske klausuls egentlige betydning beror på, at den sætter den dominerende virksomhed i stand til at reagere på konkurrenternes prisbevægelser uden fare for at miste kunder til konkurrenterne. Da det var sagsøgerne, der afgjorde, om en kunde kunne foretage indkøb hos en konkurrent, var de i stand til at udelukke konkurrenterne fra at levere til de kunder, der var bundet af kontrakterne. At sagsøgnernes kunder i mange tilfælde dækkede mere end 50 % af deres behov ved indkøb hos konkurrenter er ikke afgørende for, om sagsøgerne misbrugte deres dominerende stilling ved at pålægge deres kunder for vidtgående kontraktlige forpligtelser.

III — Den konkurrencebegrænsende virkning af og misbruget som følge af den eksklusivitetsforpligtelse eller den præference, som de omtvistede kontrakter indebar

Stævning

Sagsøgerne har redegjort for rækkevidden af den engelske klausul og har fastslået, at anvendelsen af klausulen ikke kan være et misbrug som nævnt i EØF-traktatens artikel 86. Det er her påkrævet at foretage en interesseafvejning, hvoraf det for de omtvistede kontrakter fremgår,

- at de gav kunderne garanti for forsyninger og for konstant kvalitet,
- at de satte sagsøgerne i stand til at planlægge produktionen, og
- at de sikrede forbrugerne de billigste forsyninger.

Derimod kræves det i artikel 86, at der er sammenhæng mellem den dominerende stilling og den pågældende virksomheds adfærd; virksomhedens adfærd må være betinget af en magtposition og må kun være mulig for virksomheden på grund af dens markedsdominerende stilling. Det var dog absolut sædvanligt, at kunderne på vitaminmarkedet blev pålagt bindinger, og der var ikke det ringeste holdepunkt for, at sagsøgerne kun skulle have været i stand til at indgå kontrakterne på grund af deres påståede magtposition på markedet. Det var tværtimod kunderne, der, som det fremgår af en erklæring fra Animedica, foretrak de forhandlere, der gav den største bonus. Sagsøgernes adfærd hindrede heller ikke adgangen til markedet, idet sagsøgernes vigtigste konkurrenter som allerede anført var etablerede på de mest betydningsfulde markeder med et væsentligt større udvalg af produkter.

Når alle disse omstændigheder tages i betragtning, kan det sammenfattende fastslås, at den hævdede begrænsning af konkurrenternes adgang til markedet aldrig nåede et omfang, som kunne

begrunde en antagelse af, at der forelå misbrug som nævnt i artikel 86.

Svarskrift

Kommissionen har til støtte for, at den som anført i beslutningens nr. 21 har anset Roche's adfærd som et misbrug, anført følgende betragtninger:

- aftagerne fik gennem »loyalitetskontrakterne« pålagt en pligt til udelukkende at dække deres behov ved indkøb hos sagsøgerne, eller samme resultat blev opnået gennem en prisfordel (loyalitetspræmie), og aftagerne mistede dermed muligheden for frit at vælge deres forsyningkilder, idet de blev bundet til at anvende sagsøgerne som leverandør;
- kontrakterne medførte desuden en begrænsning af konkurrencen mellem vitaminproducenterne, idet eksklusivitetsbestemmelserne i kontrakterne mellem sagsøgerne og aftagerne hindrede andre vitaminproducenter i at levere til disse aftagere;
- den såkaldte »engelske klausul« indebar ganske vist en lempelse af denne binding, fordi den gav spillerum for en tilpasning af priserne; klausulen gav imidlertid ikke de således bundne aftagere frihed til efter eget valg at foretage indkøb hos sagsøgerne eller hos konkurrenterne; kun hvis sagsøgerne nægtede at indtræde i de lavere priser, kunne aftagerne købe hos konkurrenterne.

I forbindelse med deres bedømmelse af retmæssigheden af denne klausul er

sagsøgerne fejlagtigt gået ud fra det princip, at det afgørende med hensyn til konstateringen af, om der foreligger et misbrug af en dominerende stilling, er virksomhedernes interesser. Det er heller ikke korrekt at forlange, at adfærden skal være betinget af en magtposition og kun må være mulig på grund af en markedsdominerende stilling for at være omfattet af forbudet i artikel 86.

Tværtimod råder virksomheder, der indtager en dominerende stilling over en handlefrihed, som sætter dem i stand til at handle uden væsentligt hensyn til konkurrenterne. Derfor kan visse handlemåder være utilladelige, selv om de for virksomheder i en konkurrencesituation kan være absolut legitime.

Derimod er det — i modsætning til, hvad der gælder for artikel 85 — ikke en betingelse for at anvende artikel 86, at der foreligger en »mærkbar« konkurrencebegrænsning. En virksomhed, der indtager en dominerende stilling, er pr. definition ikke udsat for effektiv konkurrence. Hvis den misbruger sin stilling, bringes dermed traktatens mål, som er at beskytte konkurrencen, i fare. Desuden er formålet med forbudet i artikel 86 ganske øjensynligt at beskytte den markedsdominerende virksomheds handelspartnere.

Under alle omstændigheder angik de løbende kontrakter, særligt inden for levnedsmiddel- og foderstofsektoren, 26 % af sagsøgernes salg, og selv hvis man ser bort fra kontrakterne med Unilever og Merck, angik de stadig 14 %.

Replik

Sagsøgerne har i tilknytning til deres bemærkninger i stævningen (s. 91 ff) om kundernes fordele og ulemper ved de omtvistede kontrakter fremhævet, at en interesseafvejning absolut er berettiget, så meget mere som et krav herom er anerkendt i forbindelse med anvendelsen af traktatens artikel 86 såvel af Domstolen (dom af 21. 3. 1974, sag

127/73, *BRT-SABAM*, Sml. 1974, s. 317) som af Kommissionen (beslutning nr. 72/268, »GEMA«, *Recueil L 166 af 24. 7. 1972*). Der forelå faktisk en retfærdig interesseafvejning, idet kunderne, der af hensyn til deres produktion var henvist til forsyninger udefra på lang sigt, krævede og opnåede kontrakter, som sikrede dem langfristede forsyninger, medens sagsøgerne på den anden side ganske vist påtog sig forpligtelser på lang sigt, men havde sikkerhed for at kunne afsætte deres produktion. Desuden havde hver kunde på grund af den engelske klausul i kontrakterne garanti for at opnå de billigste forsyninger, og enhver konkurrencedygtig virksomhed havde chancen for at opnå ordrer ved at afgive et mere fordelagtigt tilbud; herved var der i forbrugernes interesse automatisk sørget for, at kun de laveste priser blev anvendt.

Sagsøgerne har anført, at artikel 86 efter sin ordlyd forudsætter en vis årsagssammenhæng mellem den markedsdominerende stilling og den pågældende virksomheds adfærd. Det hævdede misbrug skal altså være betinget af en magtposition; det er ikke tilstrækkeligt, at det alene er betinget af markedsforholdene.

Sagsøgte har selv anerkendt denne opfattelse i sit memorandum om »virksomhedskoncentrationer« fra 1966, hvorefter der foreligger et misbrug, hvis den markedsdominerende virksomhed »udnytter sin stilling til at skaffe sig fordele, som den ... ikke havde kunnet opnå, hvis der herskede effektiv konkurrence«. (O.a.: Domstolens oversættelse)

Sagsøgerne har aldrig påtvunget en kunde en kontrakt eller endog blot en bestemt klausul. Sagsøgerne ville hellere have indgået egentlige eksklusivitetskontrakter og ville i stedet for den engelske

fall-clause have foretrukket faste priser eller en rise-clause samt en langfristet købsbinding af kunderne i stedet for at indrømme dem kortfristede opsigelsesretigheder.

Sagsøgerne har bestridt, at loyalitetskontrakterne, som kun angik 4 % af vitaminmarkedet for de pågældende 7 produkter, skulle have hindret konkurrencen inden for fællesmarkedet eller have lagt hindringer i vejen for integrationen. Denne minimale markedsandel kunne ikke begrænse konkurrenternes adgang til markedet. Artikel 86 forudsætter, at konkurrenternes afsætningsmuligheder begrænses væsentligt. Det er ikke tilfældet, når adgangen til markedet er fuldstændig fri for 96 % af efterspørgslen vedkommende, og heller ikke de øvrige 4 % på nogen måde er unddraget konkurrencen, hvilket det omfang, i hvilket den engelske klausul blev anvendt, er et klart bevis for.

Det må overraske, at begrebet »mærkebarhed« efter sagsøgte opfattelse ikke spiller nogen rolle for anvendelsen af artikel 86. I betragtning af Domstolens dom og generaladvokatens forslag til afgørelse i sag 23/67 (dom af 12. 12. 1967, *Haecht*, Sml. 1965-1968, s. 421) og i betragtning af, at artiklerne 85 og 86 har samme formål, kan det ikke antages, at en yderst løs binding af aftagere til Roche, som ikke angik mere end 4 % af efterspørgslen, og som selv inden for denne ringe del af markedet førte til en stærk konkurrence mellem udbydere på grund af den engelske klausul, allerede skulle udgøre en mærkbar begrænsning af handelen mellem medlemsstater.

Duplik

Med hensyn til interesseafvejningen har Kommissionen gjort gældende, at det, når en markedsdominerende virksomheds adfærd begrænser konkurrencen, ikke er afgørende, om konkurrencebegrænsningen er i overensstemmelse med de pågældende virksomheders interesser. Domstolens dom i *BRT-SABAM*-sagen

og Kommissionens beslutning i *GEMA*-sagen angik de specielle forhold mellem et selskab til udnyttelse af ophavsretligheder og selskabets medlemmer, og de dér anførte betragtninger kan ikke overføres til det her foreliggende tilfælde.

Med hensyn til argumentet om, at sagsøgerne ikke skulle have lagt pres på deres kunder, har Kommissionen anført, at et misbrug hverken forudsætter bevis for skyld eller overhovedet subjektive elementer og ej heller en utilbørlig adfærd, idet misbrug må forstås som en etisk set neutral, men objektivt retsstridig adfærd.

Det af sagsøgerne anførte om virkningerne af loyalitetskontrakterne er uden betydning for, om der foreligger et misbrug. Betragtningerne kunne højst have betydning for bedømmelsen af overtrædelsens grovhed ved udmålingen af bøden.

Også henvisningen til dommen i *Brasserie de Haecht*-sagen er uden betydning. Spørgsmålet om, hvorvidt en række enkeltstående eksklusivitetskontrakter, som er indgået mellem producenter og kunder, og som udelukkende binder kunderne til producenterne, har en begrænsning af konkurrencen på det pågældende marked til formål eller til følge, skal helt åbenbart ikke bedømmes på samme måde som det spørgsmål, der skal drøftes her, nemlig om eksklusivitetskontrakter, der anvendes af en virksomhed, som ikke er udsat for effektiv konkurrence, må anses som misbrug som omhandlet i artikel 86.

Kommissionen har til slut fremhævet, at de foreliggende kontrakter i det væsentlige var indgået med betydelige aftagere

inden for levnedsmiddel- og foderstofsektoren, hvis virksomhed ikke var begrænset til enkelte medlemsstater, men omfattede hele fællesmarkedet.

IV — Kontrakternes diskriminerende karakter

Stævning

Sagsøgerne har henvist til, at det i beslutningens nr. 26 udtales, at betingelserne i artikel 86, litra c) er opfyldt, fordi de forskellige bonusydelser for hver enkelt kunde medførte en forskelsbehandling til skade for andre kunder.

Hertil har sagsøgerne bemærket, at der i artikel 86, litra c) opstilles den yderligere betingelse, at kunderne »derved stilles ringere i konkurrencen«; denne betingelse er ikke opfyldt. Da vitaminindholdet i de af kunderne fremstillede produkter var minimalt og højst udgjorde 5 % — i reglen dog kun 1 % — kan de påståede skadevirkninger i konkurrencen, når bonusydelsen varierede med 1,2 % eller endog 5 %, næppe beregnes. For en levnedsmiddelproducent ville en forskel i rabatydelser selv på 5 % kun slå igennem med 0,05 % i salgspriserne og ville således aldrig kunne påvirke prisfastsættelsen.

Svarskrift

At nogen »stilles ringere i konkurrencen« er efter Kommissionens opfattelse ikke ensbetydende med »forringet konkurrenceevne«; også prisforskelle på 1-2 % — i hvert fald prisforskelle på 5 % — kan principielt stille kunder ringere i konkurrencen.

Domstolen har, særligt i dommen i de forenede sager 40-48/73 (*Suiker-Unie m.fl.*, dom af 16. 12. 1975, Sml. 1975, s. 1997), tilbagevist denne indvending med den konstatering, at »[der] imidlertid er ... visse af SZV's købere, navnlig de store industrielle forbrugere, der står i et konkurrenceforhold til andre af selskabets købere«. I øvrigt fremgår det af de dokumenter, sagsøgerne har fremlagt,

hvilken betydning de selv og aftagerne tillagde loyalitetsbonusen.

Replik

Sagsøgerne har anført, at henvisningen til Domstolens afgørelse i sukkersagen er uden betydning, idet forskelsbehandlingen i sukkersagen bestod i, at »illoyale kunder« mistede hele deres bonus. En sådan virkning var udelukket i det foreliggende tilfælde på grund af den engelske klausul. I det omfang nogle kunder fik lavere bonus, var der tale om forskellige ydelser, mængder og tidspunkter. Sagsøgtens opfattelse af, at enhver prisindrømmelse nøjagtigt må svare til bevislige omkostningsbesparelser, er i praksis fuldstændig uigennemførlig og ville føre til en konkurrencepolitisk uønsket stivhed i priskonkurrencen.

Duplik

Kommissionen har henholdt sig til sit svarskrift.

Femte anbringende. Overtrædelse af artikel 15 i forordning nr. 17, idet der i beslutningens artikel 3 blev pålagt en bøde, uanset at det ikke var bevist — og at der ikke kunne føres bevis for — at sagsøgerne havde handlet forsætligt eller uagtsomt

Stævning

Dette anbringende i forbindelse med bøden er fremsat subsidiært; argumentationen til støtte for anbringendet er i det væsentlige en gentagelse af det, der er anført i forbindelse med første anbringende.

Med hensyn til skyldspørgsmålet, der omhandles i beslutningens nr. 28, har sagsøgerne anført, at de kun kan anses for at have overtrådt traktatens artikel 86, såfremt

- der både herskede klarhed over begrebet »dominerende stilling på markedet« og over begrebet »misbrug«, og
- virksomheden ikke befandt sig i en faktisk vildfarelse med hensyn til, om der herskede effektiv konkurrence.

Under alle omstændigheder handlede sagsøgerne, da de afsluttede kontrakterne, overhovedet ikke i den nødvendige bevidsthed om, at de foretog sig noget retsstridigt. Desuden befandt de sig på grund af uklarheden omkring fortolkningen af gerningsindholdet i en disculperende retsvildfarelse. Hertil kommer en faktisk vildfarelse, som efter almindelig anerkendt opfattelse er disculperende.

Svarskrift

Herimod har Kommissionen anført, at sagsøgerne havde kendskab til alle væsentlige faktiske omstændigheder i forbindelse med deres stilling på vitaminmarkederne. Med hensyn til, om sagsøgerne var klar over, at deres adfærd var retsstridig, har Kommissionen anført, at der i det foreliggende tilfælde ikke forelå en disculperende vildfarelse. Såfremt sagsøgerne ikke skulle have vidst, at deres adfærd var forbudt, havde de dog måttet erkende dette efter fornøden overvejelse. De havde måttet gøre sig klart, at den markedsstilling, de indtog for et stort antal vitaminers vedkommende, kunne blive betragtet som en dominerende stilling ifølge traktatens artikel 86, og at de formål, de forfulgte med eksklu-

sivitetsforpligtelserne og med kontrakterne om loyalitetspræmierne, kunne være et misbrug.

Replik

Sagsøgerne har indvendt, at sagsøgte med hensyn til det manglende bevis for sagsøgernes skyld bevidst ser bort fra, at selv en egentlig loyalitetsbonus — som ikke engang foreligger i nærværende sag — konkurrenceretligt set principielt er retmæssig (Domstolens dom af 11. 6. 1968, sag 22/67, *De Wendell/Kommissionen*, Sml. 1965-1968, s. 517). De forventede virkninger af en i princippet retmæssig loyalitetsbonus kan ikke begrunde, at der skulle foreligge en culpøs adfærd.

Kommissionen har under denne sag på en række punkter givet udtryk for opfattelser, som den aldrig før har fremsat, og som både er i strid med dens egen og med Domstolens praksis; blandt andet har sagsøgte fremhævet følgende:

- at sagsøgernes markedsandele på kun ca. 50 % allerede skulle være tegn på en markedsdominerende stilling;
- at den ubestridte kendsgerning, at alle vitaminmarkederne var i ekspansion, skulle være uden betydning;
- at det afgørende ikke skulle være markedsadfærden og markedsresultaterne;
- at det ikke skulle være nødvendigt at føre bevis for, at virksomheden var i stand til at bestemme priserne;
- at der skulle foreligge en dominerende stilling på markedet trods modbevis herfor, nemlig at sagsøgerne efter pres fra en »hård« og »stærk« konkurrence fra »aggressive«

konkurrenter måtte nedsætte deres priser betydeligt og acceptere betydelige tabte markedsandele;

- at konkurrenternes ubestrideligt langt større økonomiske styrke ikke skulle spille nogen rolle;
- at en interesseafvejning inden for rammerne af artikel 86 ikke skulle kunne gennemføres;
- at det afgørende ifølge artikel 86 ikke skulle være virkningerne af den påtalte adfærd.

Desuden har sagsøgte henvist til sukkerdommen af 16. december 1975 og har dermed de facto anerkendt, at en række klagepunkter ikke kunne forudses i tiden fra 1964 til 1973. Både med hensyn til den dominerende stilling og misbruget forelå der i sukkersagen afgørende kriterier for anvendelsen af artikel 86 og for overtrædelsens grovhed, som ikke er til stede i dette tilfælde.

Duplik

Herimod har Kommissionen anført, at det afgørende er, om det med hensyn til den udviste retsstridige adfærd kan antages, at sagsøgerne befandt sig i en disculperende retsvildfarelse. Det måtte af sagsøgerne kunne forventes, at de, for så vidt angår deres virksomhed inden for Fællesskabet, forvissede sig om, hvorvidt kontrakterne gav anledning til betænkeligheder. Da de forsømte dette, accepterede de under de foreliggende omstændigheder faren for, at kontrakterne kunne blive anset som et misbrug ifølge artikel 86.

IV — Parternes svar på Domstolens spørgsmål

Ved skrivelse af 21. oktober 1977 opfordrede Domstolen parterne til før den mundtlige forhandling og alt efter de foreliggende omstændigheder enten i fællesskab eller hver for sig at besvare en række spørgsmål. Spørgsmålene vedrørte (A) fremlæggelse af dokumenter og

præcisering af oplysninger i processkrifterne eller i bilagene dertil, (B) muligheden for at parterne kunne nå til enighed om en række faktiske omstændigheder med hensyn til sagsøgernes markedsandele og (C) det omfang, i hvilket de kunder, som Roche havde afsluttet de omtvistede kontrakter med, faktisk modtog leverancer fra sagsøgernes konkurrenter.

A — De dokumenter, der ønskedes fremlagt

Kommissionen har fremlagt referatet af mødet i London den 11. december 1972 mellem Unilever og Roche (nævnt i beslutningens nr. 3) samt dokumenterne vedrørende de oplysninger, som Kommissionen har indhentet hos visse af Roche's kunder. Desuden har parterne fremsat nærmere angivelser vedrørende en række oplysninger og dokumenter, som de har omtalt i processkrifterne, særligt med hensyn til prisudviklingen i de forskellige medlemsstater, de leverede mængder (i kg og t) og den teknologiske anvendelse af C- og E-vitamin.

B — Markedsandelene

Domstolen har anmodet parterne om nærmere at præcisere en række oplysninger, som de har anvendt til vurdering af Roche's markedsandele inden for fællesmarkedet, særlig ved at angive mængder og priser, herunder ved at udvide oplysningerne til også at omfatte årene 1970 og til og med 1974 og også at tage hensyn til de fra tredjelande

indførte mængder, som blev solgt af vide-reforhandlere — og fremfor alt ved at bestræbe sig på at forelægge Domstolen faktiske oplysninger, som parterne i videst muligt omfang begge kan tilslutte sig.

Parterne har derpå dels forelagt en fælles udtalelse med angivelse af de tal, der er opnået enighed om, dels forelagt særskilte dokumenter, i hvilke de hver for sig har besvaret de spørgsmål, som de ikke har kunnet nå til enighed om. Endvidere har hver af parterne afgivet erklæringer om den anden parts særskilte besvarelse.

De vigtigste faktiske forhold, som fremgår af de således forelagte supplerende oplysninger, gengives i følgende tabel (s. 504, 505) efterfulgt af de bemærkninger, som oplysningerne giver anledning til:

a) Sagsøgerne har erklæret, at de har haft lejlighed til at gennemgå de synspunkter, som Kommissionen har lagt til grund, samt Kommissionens beregning af markedsandelene.

b) Begge parter har antaget, at Roche's markedsandel på 47 % for A-vitamin er repræsentativ.

c) For så vidt angår B₃-vitamin (pantotensyre), C-, E- og H-vitamin (biotin), er parterne nået til enighed om markedsandelene dels beregnet efter værdi, dels efter mængde (jf. tabellen). Efter Kommissionens opfattelse er værdierne de mest repræsentative, medens Roche vil lægge vægt på mængderne. Roche har i denne henseende henvist til Bundesgerichtshof's afgørelse af 3. juli 1976 om B₁₂-vitaminer (WuW/E, BGH 1435, 1442 f), hvoraf det fremgår, at det afgørende med hensyn til, om der foreligger en markedsdominerende stilling, i det væsentlige er markedsandelene beregnet efter mængde og ikke i så høj grad efter værdi.

d) Markedsandelene for B₂- og B₆-vitamin for årene 1972 til 1974 har Kommissionen såvel efter værdi som efter mængde beregnet til 75-90 %. Sagsøgerne har fremhævet, at de med hensyn til konkurrenternes salg i vidt omfang er henvist til blotte formodninger og ikke kan føre modbevis, men at de på grundlag af deres egne, interne vurderinger anslår deres markedsandel for B₂-vitamin til et tal, der er 20-30 procentpoints lavere; markedsandelen for B₆-vitamin oversteg ikke 50 %.

e) Roche har henvist til, at markedsandelene varierede betydeligt år for år (besvarelsen af spørgsmål I.5 f), hvilket viser, at der herskede effektiv konkurrence.

f) Parterne er enige om, at C- og E-vitaminerne ved siden af den biologisk-ernæringsmæssige anvendelse også har en teknologisk anvendelse, f.eks. som antioxidanter, som farvestoffer eller som midler til beskyttelse mod smags-, lugt- og farveændringer. De er derimod ikke nået til enighed om, i hvilket omfang vitaminerne anvendtes hertil, eller hvilke konsekvenser der må drages heraf.

Roche har anført, at det drejede sig om 30 % for C-vitaminernes og 60 % for E-vitaminernes vedkommende. Da disse vitaminer i forbindelse med den teknologiske anvendelse konkurrerede med

Roche's markedsandele for vitaminer inden for fællesskaber

Vitaminmarkeder, på hvilke der antages af foreligge en dominerende stilling (beslutningens nr. 20)	Anvendelse ifølge HLR (svar på Domstolens spørgsmål 1.4)	Kommissionens skøn over værdien (1974) (beslutningens nr. 5 og bilag IV til svarskriftet)	HLR's skøn over mængden (1974) (replik, s. 26)
Vitamin			
A	foderstoffer 81 % levnedsm. 7 % medicinalv. 12 %	47 % (de øvrige producenter: 27, 18, 7 og 1 %)	47 %
B ₂	foderstoffer 74 % levnedsm. 4 % medicinalv. 22 %	86 % (følgende producent: 8 %)	50 %
B ₃ (pantotensyre)	foderstoffer 81 % levnedsm. 2 % medicinalv. 17 %	64 % (én anden producent: 32 %)	ca. 30 %
B ₆	foderstoffer 14 % levnedsm. 1 % medicinalv. 85 %	95 % (én anden producent: næsten 3 %)	60-70 % af verdensmarkedet
C	foderstoffer 7 % levnedsm. 43 % medicinalv. 50 %	68 % (de øvrige producenter: 15, 7,5 og 3 %)	50 %
E	foderstoffer 72 % levnedsm. 3 % medicinalv. 25 %	70 % (to andre producenter: 21,8 %)	ca. 40 %
H (biotin)	foderstoffer 57 % levnedsm. 6 % medicinalv. 37 %	95 % (én anden producent: 5 %)	over 90 % (stævning, s. 68-70)

HOFFMANN-LA ROCHE / KOMMISSIONEN

Som berigtiget i forbindelse med Domstolens spørgsmål

Tal, som parterne er enige om (fælles besvarelse)			Anslåede tal som parterne er enige om							
Mængde: Roche's beregning Værdi: Kommissionens beregning			Kommissionens beregning af og mængde (fælles besvarelse)			Roche's beregning af egne markedsandele efter mængde (Domstolens spørgsmål 1.2 a)				
1972 6 lande	1973 9 lande	1974 9 lande		1972 6 lande	1973 9 lande	1974 9 lande		1972 6 lande	1973 9 lande	1974 9 lande
45	48	47								
Parterne anser markedsandelene efter værdien som repræsentative										
			V	87	81,2	80,6				
			M	84,5 191 t	74,8 271 t	80,8 298 t	M	188 t	268 t	297 t
28,9	34,9	51								
18,9 115 t	23,4 222 t	41,2 256 t								
			H + B ₀ : én pos. i FTT							
			V	87	90	83,9				
			M	84,2 139 t	86 296 t	83,4 404 z	M	262 t	347 t	407 t
65,7	66,2	64,8						46-47 %, i betragtning af substituerbarheden: 33 % teknologisk anvendelse (Domstolens spørgsmål 1.3, 1.5 a-b)		
64,4 2979 t	63,8 3673 t	63 3988 t								
54	64	58						40 %, i betragtning af substituerbarheden: 60 % teknologisk anvendelse (Domstolens spørgsmål 1.3, 1.5 a-b)		
50 463 t	60 793 t	54 890 t								
100	→	93								

andre antioxidanter, farvestoffer eller tilsætningsstoffer, bør disse sidstnævnte produkter medregnes til markedet for de vitaminer, som de kan substituere. Det relevante marked var altså for C- og E-vitaminerne meget mere omfattende end anført af Kommissionen, og Roche's markedsandele for disse vitaminer må — når den andel, der vedrører substituerbare produkter, tages i betragtning — anslås til ca. 46 % for C-vitamin og ca. 40 % for E-vitamin.

Sagsøgerne har anført, at dette resultat støttes af US-Supreme Court's dom i »cellofan«-sagen (E.I. Du Pont de Nemours and Co, 118 F. Supp. 41 D. Del. 1953; aff' d, 351 US 377, 1956 Trade Cases, §§ 68 369 til 71 597).

Kommissionen har bestridt dette synspunkt, og har anført, at de mængder, som blev anvendt til teknologiske formål var betydeligt mindre end anført af sagsøgerne. I øvrigt hørte de produkter, som med henblik på den teknologiske anvendelse kunne substituere C- og E-vitaminerne, ikke til de markeder, som beslutningen angår, i hvert fald ikke til markederne for C- og E-vitaminer til biologisk-ernæringsmæssige formål, idet der mellem disse to grupper ikke består en »reasonable interchangeability«.

Derimod hørte C- og E-vitaminer til teknologisk anvendelse ikke desto mindre til samme markeder som de vitaminer, der var bestemt til biologisk-ernæringsmæssig anvendelse, idet producenterne på grund af vitaminernes dobbelte egenskaber — og især i et ekspanderende marked — frit kunne bestemme, hvad vitaminerne skulle anvendes til.

Selv hvis det forudsættes, at de vitaminer, som sagsøgerne solgte til teknologiske formål, måtte holdes ude fra de pågældende markeder, måtte det samme gælde for konkurrenternes vedkommende, og markedsandelene ville således forblive uændrede.

g) Parterne har som bilag IV til deres fælles besvarelse forelagt tabeller over

prisudviklingen for vitaminer i de forskellige medlemsstater i årene 1970 til 1976. Da bestemte vitaminer sælges i et betydeligt antal forskellige former (f.eks. 100 for A-vitamin) er parterne enedes om at udvalge det mest repræsentative produkt. Tallene viser såvel i opadgående som i nedadgående retning i de forskellige medlemsstater en udvikling, som, omend ikke principielt, så dog i ikke ubetydelig grad er forskellig.

h) Til støtte for sin opfattelse af, at Roche indtog en dominerende stilling, har Kommissionen henvist til, at sagsøgerne fremstillede et bredt udvalg af vitaminer og følgelig var i stand til at opfylde alle deres forskellige kunders behov. Roche har bestridt denne følge-slutning ved at henvise til, at de fleste af selskabets kunder kun aftog 1 til 3 forskellige vitaminer. Som svar på Domstolens spørgsmål på dette punkt (spørgsmål I. 6) har Kommissionen udarbejdet en tabel (Kommissionens bemærkninger til Roche's svar på Domstolens spørgsmål, s. 6), af hvilken det fremgår, at 13 firmaer, herunder 11 af de firmaer, med hvilke Roche havde indgået de omtvistede kontrakter (Animedica, Beecham, Dawe's, Guomarc'h, Organon, Protector, Provimi, Radar, Ralston, Ramikal, Trouw) købte et stort antal forskellige vitaminer hos Roche, og at de anførte firmaer i særdeleshed indkøbte alle de vitaminer, som beslutningen vedrører.

Sagsøgerne har derimod som resultat af undersøgelser på det tyske marked meddelt (besvarelsen af spørgsmål I.6), at 589 af 815 kunder, dvs. 72,3 % af kunderne, kun indkøbte 1, 2 eller højst 3 vitaminer.

i) Generelt har Kommissionen anført, at de undersøgelser, der er gennemført efter anmodning fra Domstolen, i det hele — med undtagelse af vitamin B₃ (pantotensyre) — har bekræftet de markedsandele, der er anført i beslutningen.

Sagsøgerne er derimod af den opfattelse, at de konstaterede forskelle er karakteristiske og af tilstrækkelig betydning til at anfægte Kommissionens opfattelse af, at der forelå en dominerende stilling.

C — De omtvistede kontrakter

a) Parterne er ganske vist nået til enighed om en række forhold vedrørende Roche's markedsandele, men de er ikke nået til enighed om, hvorledes de 26 kontrakter, som siden 1964 blev indgået med 22 kunder, skal betragtes, idet Kommissionen anser dem som loyalitetskontrakter, hvis afslutning er et misbrug af en markedsdominerende stilling, medens der efter Roche's opfattelse i det væsentlige var tale om mængde- eller delkredererabatter.

Kommissionen har fremlagt rapporter over undersøgelser, som den har foretaget hos ni af Roche's kunder; formålet med undersøgelserne var at skabe grundlag for en vurdering af, hvorledes kontrakterne mellem sagsøgerne og deres kunder blev gennemført. Kommissionen har ligeledes fremlagt uddrag af rapporter over undersøgelser foretaget hos syv af Roche's kunder; disse kunder er betegnet ved bogstaverne A-G, idet de har modsat sig, at deres identitet afsløres.

b) I sin besvarelse af Domstolens spørgsmål om virkningerne af den engelske klausul (Kommissionens svar på Domstolens spørgsmål, s. 13 ff) har

Kommissionen fremhævet, at det ifølge kontrakterne i almindelighed kun var tilbud fra »jævnbyrdige konkurrenter« eller fra »reputable manufacturers as distinct from brokers or dealers«, der blev taget i betragtning ved afgørelsen af, om kunden skulle fritages for udelukkende eller fortrinsvis at foretage indkøb hos Roche, og at der for det meste skulle være tale om tilbud på det lokale marked. Kommissionen har endvidere fremhævet, at den ikke vender sig imod anvendelsen af den engelske klausul, men at den fastholder, at klausulen ikke ophæver den konkurrencebegrænsning, som eksklusive leveringskontrakter forbundet med loyalitetsbonus indebærer.

c) Sagsøgerne har besvaret Domstolens spørgsmål vedrørende de omtvistede kontrakter således:

Med hensyn til kontraktens konkurrencebegrænsende virkning har sagsøgerne anført, at den del af vitaminsalget, som de kunder, der havde afsluttet kontrakt, tegnede sig for, ikke blev mindre efter ophævelsen af kontrakterne, men endog blev større, hvilket viser, at kontrakterne ikke var konkurrencebegrænsende (besvarelsen af spørgsmålene II.1 og II.3). Sagsøgerne har endvidere henvist til Kommissionens beslutning af 5. december 1969 i Pirelli-Dunlop-sagen (JO L 323, s. 21), af hvilken det må sluttes, at den engelske klausul efter Kommissionens opfattelse ophæver eksklusivitetsforpligtelsers konkurrencebegrænsende karakter.

Sagsøgerne har tilføjet, at de må antage, at konkurrenterne med deres kunder har afsluttet kontrakter af samme art som dem Kommissionen har påtalt (besvarelsen af spørgsmål II.4). I besvarelsen af spørgsmål II.6 har sagsøgerne præciseret, at de efter ophævelsen af de omtvistede kontrakter endnu ikke har afsluttet nye kontrakter med størstedelen af deres kunder, idet drøftelserne med Kommissionen om en ny standardkontrakt først blev afsluttet i november 1977. Der er dog indgået nye kontrakter med Merck, Unilever, Animedica og Dawe's; disse kontrakter er vedlagt besvarelsen som bilag.

I besvarelsen af spørgsmålene II.7 og II.8 har sagsøgerne fastholdt, at der er væsentlig forskel mellem loyalitetsbonus og de klausuler, der i forskellig form fandtes i de omtvistede kontrakter. En loyalitetsbonus bortfalder fuldstændigt, så snart kunden modtager leverancer fra anden side. Derimod bevarede Roche's kunder den allerede erhvervede bonus, hvis de foretog indkøb hos andre. Sagsøgerne har udtrykkeligt fremhævet, at de ingen mulighed havde for at påse, at

kunderne anvendte den engelske klausul korrekt, og sagsøgerne har aldrig gjort brug af de i kontrakterne hjemlede sanktioner.

V — Mundtlige forhandlinger

Parterne har afgivet mundtlige indlæg i det offentlige retsmøde den 31. maj 1978 og har besvaret en række spørgsmål fra dommerne og fra generaladvokaten.

Sagsøgerne har med sagsøgtes billigelse fremlagt en række dokumenter til støtte for deres mundtlige indlæg, og de har bekræftet, at de frafalder deres indsigelser mod den måde, hvorpå bestemte dokumenter er kommet i sagsøgtes besiddelse (jf. andet anbringende, litra a)).

Sagsøgerne har endvidere gentaget, at de ved skrivelse af 17. april 1978 også har frafaldet anbringendet vedrørende overtrædelse af artikel 18 i forordning nr. 17 (tredje anbringende).

Generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 19. september 1978.

Præmisser

- I denne sag, der er anlagt den 27. august 1976 af det schweiziske selskab Hoffmann-La Roche & Co. AG (herefter forkortet Roche) med hjemsted i Basel, er der principalt nedlagt påstand om annullation af Kommissionens beslutning (IV/29.020 — vitaminer) af 9. juni 1976 om en procedure i henhold til EØF-traktatens artikel 86 — beslutningen blev meddelt sagsøgerne den 14. juni 1976 og offentliggjort i De Europæiske Fællesskabers Tidende L 223 af 16. august 1976 — subsidiært om annullation af beslutningens artikel 3, hvorved sagsøgerne blev pålagt en bøde på 300 000 regningsenheder, dvs. 1 098 000 DM;

- 2 Kommissionen fastslog i beslutningen, at Roche inden for fællesmarkedet indtog en dominerende stilling som nævnt i traktatens artikel 86 på markederne for A-, B₂-, B₃- (pantotensyre), B₆-, C-, E- og H-vitamin (biotin), og at Roche havde overtrådt nævnte artikel, idet selskabet havde misbrugt denne stilling ved fra 1964, men særlig mellem 1970 og 1974, at indgå kontrakter med 22 købere af disse vitaminer, hvorved køberne forpligtedes eller ved anvendelse af loyalitetspræmier tilskyndedes til udelukkende eller fortrinsvis at dække hele eller en væsentlig del af deres vitaminbehov hos Roche (beslutningens artikel 1);

beslutningen pålagde endvidere Roche straks at bringe overtrædelserne til ophør (artikel 2), og der blev pålagt selskabet en bøde som anført ovenfor (artikel 3);

- 3 sagsøgerne har til støtte for deres påstande fremsat følgende anbringender:
- *Første anbringende:* den anfægtede beslutning er i strid med de grundlæggende principper om sanktionsnormers bestemthed og klarhed;
 - *Andet anbringende:* den anfægtede beslutning er på flere punkter behæftet med formmangler på grund af uregelmæssigheder ved den administrative procedure, som førte til vedtagelsen af beslutningen;
 - *Tredje anbringende:* den anfægtede beslutning er i strid med EØF-traktatens artikel 86, idet Kommissionen har anlagt en unøjagtig fortolkning af og under alle omstændigheder har gjort sig skyldig i en unøjagtig anvendelse af begreberne dominerende stilling og misbrug af en dominerende stilling, hvorved samhandelen mellem medlemsstaterne kan påvirkes, ved at fastslå, at Roche indtog en sådan stilling, og ved at betragte de omtvistede kontrakter som udtryk for et sådant misbrug;
 - *Fjerde anbringende:* den anfægtede beslutning er i strid med artikel 15, stk. 2 i Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962 (EFT 1959-1962, s. 81), idet der i beslutningen blev pålagt Roche en bøde, uanset at de anførte overtrædelser, i det omfang de kan påvises, hverken var begået forsætligt eller uagtsomt;

sagsøgerne har i stævningen desuden anført, at den anfægtede beslutning er i strid med artikel 18 i Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962 og med

finansforordning nr. 68/313 af 30. juni 1968 (JO L 199, s. 1), idet bøden omregnedes til DM, men sagsøgerne har imidlertid under sagsbehandlingen frafaldet dette anbringende, således at der kun skal tages stilling til de ovenfor nævnte fire anbringender.

Første anbringende: Overtrædelse af princippet om sanktionsnormers bestemtbed og klarhed

- 4 Sagsøgerne har anført, at begreberne dominerende stilling og misbrug af en sådan stilling i EØF-traktatens artikel 86 hører til de mest ubestemte og uklare retsbegreber såvel i fællesskabsretten som i medlemsstaternes nationale retssystemer, og at Kommissionen derfor ifølge et grundlæggende retsprincip, som må udledes af maksimen »nullum crimen, nulla poena sine lege« først har kunnet pålægge sanktioner for overtrædelse af denne bestemmelse, efter at begreberne gennem administrativ praksis eller gennem retspraksis er blevet tilstrækkeligt konkretiserede til, at virksomhederne ved, hvad de har at rette sig efter;
- 5 sagsøgerne har imidlertid ikke bestridt Kommissionens kompetence til at fortolke og konkretisere begreberne i Kommissionens beslutninger til virksomheder, men kun dennes ret til at pålægge sanktioner, så længe begreberne ikke er blevet præciseret, hvilket har været tilfældet i den foreliggende sag;
- 6 heraf følger, at dette anbringende kun vedrører bøden, og at det vil blive behandlet i det følgende sammen med de øvrige klagepunkter vedrørende bødepålægget.

Andet anbringende: Mangler ved den administrative procedure

- 7 I denne henseende har sagsøgerne i stævningen for det første gjort gældende, at den procedure, der på Kommissionens initiativ blev indledt mod dem i henhold til artiklerne 3 og 15 i Rådets forordning nr. 17, blev indledt på grundlag af dokumenter, som var bestemt til internt brug hos sagsøgerne, og som på retsstridig måde var kommet i Kommissionens besiddelse;

sagsøgerne har imidlertid for Domstolen, såvel under den skriftlige som under den mundtlige forhandling, frafaldet dette anbringende og har selv fremlagt bl.a. de dokumenter, som de tidligere anså det for retsstridigt af Kommissionen at benytte;

under disse omstændigheder kan dette anbringende uden videre lades ude af betragtning, idet Domstolen ikke anser det for påkrævet at behandle det på embeds vegne.

- 8 Sagsøgerne har for det andet anført, at der i den anfægtede beslutning omtales dokumenter, som ikke er nævnt under den administrative procedure, og bevisdokumenter, som Kommissionen har nægtet at give sagsøgerne indsigt i under henvisning til sin tavshedspligt med hensyn til forretningshemmeligheder;

sagsøgerne henviser herved for det første til de dokumenter, der er nævnt i beslutningens nr. 12, nemlig fire interne cirkulærer fra Roche, som ifølge beslutningen hidrører fra september 1970 (i virkeligheden 8. september 1972), fra december 1970, fra maj 1971 (i virkeligheden midten af august 1971) og fra august 1971, samt et referat af European Bulk Managers Meeting den 12. og 13. oktober 1971 (i virkeligheden 12. og 13. oktober 1972);

sagsøgerne henviser for det andet dels til de bevisdokumenter, som Kommissionen har indhentet hos andre vitaminproducenter, og ved hjælp af hvilke den har beregnet Roche's markedsandele, dels til de oplysninger, som efter anmodning fra Kommissionen er indhentet hos sagsøgernes kunder med henblik på at afgøre, om de kontrakter, hvis indgåelse Kommissionen betragtede som misbrug af en dominerende stilling, begrænsede konkurrencen og samhandelen mellem medlemsstater.

- 9 Det er et grundlæggende princip i fællesskabsretten, at der skal indrømmes ret til kontradiktion i enhver procedure, som kan føre til, at der pålægges sanktioner, navnlig bøder eller tvangsbøder, og dette princip skal overholdes, også når der er tale om en procedure af administrativ karakter;

i overensstemmelse med dette princip bestemmes det i artikel 19, stk. 1 i Rådets forordning nr. 17, at Kommissionen, forinden der træffes beslutning om pålæggelse af en bøde, skal give de pågældende lejlighed til at udtale sig vedrørende de af Kommissionen fremførte klagepunkter;

på samme måde bestemmes det i artikel 4 i Kommissionens forordning nr. 99/63 af 25. juli 1963 (EFT 1963-1964, s. 42) om udtalelser i henhold til artikel 19 i Rådets forordning nr. 17, at Kommissionen i sine beslutninger mod virksomheder og sammenslutninger af virksomheder kun kan tage sådanne klagepunkter i betragtning, om hvilke disse har haft lejlighed til at udtale sig;

- 10 Domstolen fastslog i sin dom af 15. juli 1970 (sag 45/69, *Boebringer*, Sml. 1970, s. 153; org.ref. Recueil 1970, s. 769) med hensyn til meddelelsen af klagepunkterne — som er det første led i den administrative procedure — at disse krav er opfyldt, når meddelelsen om end summarisk, men klart angiver de væsentligste faktiske forhold, som Kommissionen støtter sig på, dog forudsat at Kommissionen under den administrative procedure fremfører de oplysninger, der er nødvendige af hensyn til kontradiktionsprincippet;
- 11 det følger således såvel af de ovenfor nævnte bestemmelser som af det almindelige princip, de er et konkret udtryk for, at retten til kontradiktion kræver, at den pågældende virksomhed under den administrative procedure sættes i stand til at tage stilling dels til, om de fremførte faktiske forhold og andre omstændigheder virkelig foreligger og hvilken betydning, de da har, dels til de dokumenter, som Kommissionen påberåber sig til støtte for, at der foreligger en overtrædelse af traktatens artikel 86.
- 12 Kommissionen har ikke bestridt, at den af hensyn til sin tavshedspligt skønnede at måtte nægte indsigt i oplysninger, som den havde indhentet hos Roche's konkurrenter eller kunder, og som den benyttede som grundlag for bl.a. en vurdering af markedsandelene og som grundlag for sin antagelse af, at de omtvistede kontrakter begrænsede konkurrencen.
- 13 Artikel 20, stk. 2 i forordning nr. 17 indeholder følgende bestemmelse: »Med forbehold af bestemmelserne i artiklerne 19 og 21 er Kommissionen og medlemsstaternes kompetente myndigheder samt deres tjenestemænd og øvrige ansatte forpligtede til ikke at give oplysninger om forhold, som de i medfør af denne forordning får kendskab til, og som ifølge deres natur er undergivet tavshedspligt«, men denne bestemmelse skal imidlertid, som det fremgår af den udtrykkelige henvisning til artikel 19, fortolkes således, at retten til kontradiktion respekteres;
- 14 artikel 20 giver de virksomheder, hos hvilke der indhentes oplysninger, sikkerhed for, at deres interesser på grund af Kommissionens tavshedspligt ikke bringes i fare, og bestemmelsen giver således Kommissionen mulighed for i så vidt omfang som muligt at indsamle de oplysninger, der er nødvendige for, at den kan udføre sine opgaver i medfør af traktatens artikler 85 og 86, uden at virksomhederne kan gøre indsigelse herimod, men bestemmelsen giver dog ikke Kommissionen hjemmel til, til skade for den pågældende virksomhed, gennem en procedure ifølge forordning nr. 17 at gøre faktiske

forhold, andre omstændigheder eller dokumenter, som den ikke mener at kunne afsløre, gældende mod den pågældende virksomhed, såfremt nægtelsen af at foretage denne afsløring påvirker virksomhedens mulighed for på rimelig måde at udtale sig om eksistensen eller betydningen af disse omstændigheder, om disse dokumenter eller om de konklusioner, Kommissionen drager deraf.

15 Hvis mangler af denne art imidlertid faktisk afhjælpes under sagens behandling for Domstolen, medfører de ikke nødvendigvis, at den anfægtede beslutning skal ophæves, for så vidt retten til kontradiktion ikke berøres af denne efterfølgende afhjælpning.

16 De dokumenter, sagsøgerne har henvist til, er i første række de i beslutningens nr. 12 anførte, dvs. de samme dokumenter, som sagsøgerne henviste til i deres kritik af den måde, hvorpå de var kommet i Kommissionens besiddelse, men som sagsøgerne senere selv har forelagt for Domstolen, således at de har kunnet gøres til og faktisk er blevet gjort til genstand for en kontradiktorisk forhandling;

hvad dernæst angår de bevisdokumenter, som Kommissionen har benyttet som grundlag for sin vurdering af markedsandelene og for sin gennemgang af virkningerne af de omtvistede kontrakter, har parterne under den skriftlige forhandling efter anmodning fra Domstolen foretaget en udveksling af oplysninger, der er mundet ud i et fælles dokument, af hvilket det fremgår, at Kommissionen for alle de omtvistede vitaminers vedkommende har fremlagt grundlaget for sin beregning af markedsandelene efter værdi for årene 1972, 1973 og 1974, således at Roche har været i stand til ud fra de salgstal, som visse konkurrenter i de af Kommissionen fremlagte dokumenter antages at have haft, selv at foretage en vurdering af sine markedsandele i forhold til de solgte mængder;

17 parterne har således kunnet blive enige om samme vurdering af markedsandele, bedømt efter henholdsvis mængde og værdi — men ikke om, hvilke af disse to kriterier der er afgørende — for så vidt angår A-, B₃- og H-vitamin, og ligeledes for så vidt angår C- og E-vitamin, for sidstnævntes vedkommende dog med forbehold af en afgrænsning af det relevante marked som følge af disse to vitaminers substituerbarhed med andre produkter til visse anvendelsesformål, således at der alt i alt kun er tvist om markedsandelene for B₂- og B₆-vitamin;

- 18 endelig har Kommissionen, ligeledes under skriftvekslingen, efter anmodning fra Domstolen, fremlagt det i beslutningens nr. 3 nævnte referat af mødet mellem Roche og Unilever samt de af Kommissionens tjenestemænd udarbejdede rapporter over undersøgelser hos visse af de kunder, som havde indgået kontrakt med Roche, eller, for de firmaers vedkommende, som ønskede at forblive anonyme, et sammendrag af rapporterne;
- 19 under disse omstændigheder kan der således ikke længere gives medhold i anbringendet vedrørende den manglende iagttagelse af retten til kontradiktion.

Tredje anbringende: Overtrædelse af traktatens artikel 86

- 20 Sagsøgerne har gjort gældende, at Kommissionen har overtrådt traktatens artikel 86:
- I — ved i den anfægtede beslutning med urette at lægge til grund, at sagsøgerne indtog en dominerende stilling, og ved i beslutningen at anlægge en unøjagtig fortolkning af dette begreb og foretage en urigtig anvendelse deraf i det konkrete tilfælde, særlig med hensyn til vurderingen og betydningen såvel af markedsandelene som de øvrige indicier for, at der som hævdet skulle have foreligget en dominerende stilling;
- II — ved i den anfægtede beslutning, under alle omstændigheder med urette, at lægge til grund, at sagsøgerne misbrugte en sådan stilling, idet Kommissionen har foretaget en urigtig vurdering af de kontrakter, hvis indgåelse efter dens opfattelse skulle udgøre et misbrug, og af kontrakternes konkurrencebegrænsende virkninger;
- III — ved i den anfægtede beslutning med urette at lægge til grund, at sagsøgernes adfærd mærkbart kunne påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne.
- I — Spørgsmålet, om der forelå en dominerende stilling

Afdeling 1: Afgrænsning af de relevante markeder

- 21 Ved afgørelsen af, om Roche som hævdet indtog en dominerende stilling, skal de relevante markeder afgrænses såvel geografisk som med hensyn til produkt.

- 22 Det geografiske marked, der er taget i betragtning, omfatter, som det fremgår af beslutningens nr. 3 og 6, hele fællesmarkedet, dvs. indtil den 31. december 1972 de seks og derefter de ni medlemsstater;
- 23 beslutningen angår uemballerede vitaminer inden for tretten grupper, hvoraf Roche producerer og sælger otte (A, B₁, B₂, B₃ (pantotensyre), B₆, C, E og H (biotin)) og køber fem hos andre producenter til videresalg (B₁₂, D, PP, K og M);

Kommissionen fastslog, at Roche indtog en dominerende stilling med hensyn til syv af de otte grupper, som selskabet producerede, nemlig A, B₂, B₃, B₆, C, E og H);

parterne er enige om, dels at hver af disse grupper har deres egne, særskilte indvirkninger på stofskiftet og derfor ikke er substituerbare med de øvrige, dels at disse vitaminer inden for de tre anvendelsesområder, der er fælles for disse grupper, nemlig som levnedsmidler, foderstoffer og medicinalvarer, ikke er udsat for konkurrence fra andre produkter;

- 24 i betragtning heraf antog Kommissionen (i beslutningens nr. 20), at hver gruppe af vitaminer udgjorde et særskilt marked, og Roche har, efter først at have anført, at flere grupper tilsammen kunne udgøre ét marked, accepteret dette synspunkt med det forbehold, at C- og E-vitaminerne hver for sig sammen med andre produkter indgår som led i et mere omfattende marked;

det skal derfor undersøges, om Kommissionen har foretaget en korrekt afgrænsning af de markeder, som C- og E-vitaminerne hører til.

- 25 Det står fast, at C- og E-vitaminerne ved siden af deres anvendelse i den farmaceutiske industri samt i levnedsmidler og foderstoffer — dvs. den biologisk-ernæringsmæssige anvendelse — ligeledes sælges bl.a. som antioxidant, gærings- og tilsætningsmidler (additiver) — dvs. den »teknologiske« anvendelse — og at disse vitaminer, i det omfang de efterspørges til den teknologiske anvendelse, er udsat for konkurrence fra andre produkter, som kan anvendes til samme formål;

26 Roche har anført, at det heraf må sluttes, at vitaminerne i grupperne C og E er led i større markeder, som også omfatter disse andre produkter, og at Kommissionen ved ikke at medregne disse har givet et overdrevent billede af Roche's andel af markederne;

27 Kommissionen derimod har hertil anført, at de produkter, som kan substituere C- og E-vitaminerne ved den teknologiske anvendelse, ikke kan medregnes til de samme markeder som vitaminerne, idet graden af substituerbarhed mellem disse produkter og de pågældende vitaminer er utilstrækkelig netop som følge af, at vitaminerne kan anvendes til to formål;

videre anfører Kommissionen, at heller ikke de vitaminer, som i sidste instans skal anvendes til biologisk-ernæringsmæssige formål på den ene side, og vitaminer, der skal anvendes til teknologiske formål på den anden side, kan betragtes som to særskilte markeder, idet producenter og købere som følge af produktets egnethed til to formål frit kan afgøre, hvilken anvendelse de anser for mest fordelagtig, hvilket især gælder i et ekspanderende marked;

endeligt anfører Kommissionen, at hvis det imidlertid antages, at de vitaminer, som Roche solgte til teknologiske formål, skal holdes ude fra de relevante markeder, måtte det samme ske for konkurrenternes vedkommende, således at markedsandelene ville forblive uændrede.

28 Når et produkt kan anvendes til forskellige formål, og når disse forskellige formål opfylder økonomiske behov, som også er forskellige, må det antages, at produktet efter omstændighederne kan henhøre til særskilte markeder, som i givet fald kan være forskellige såvel med hensyn til konkurrencestruktur som konkurrencevilkår;

dette gør det dog ikke berettiget at antage, at et sådant produkt sammen med alle de øvrige produkter, som det kan substitueres med under dets forskellige anvendelsesmuligheder og efter omstændighederne konkurrerer med, udgør ét og samme marked;

begrebet det relevante marked (relevant market) indebærer nemlig, at der kan herske effektiv konkurrence mellem de produkter, som indgår i markedet, hvilket forudsætter en tilstrækkelig grad af substituerbarhed ved samme anvendelse mellem alle de produkter, som indgår i samme marked;

en sådan substituerbarhed fandtes ikke, i hvert fald ikke i det pågældende tidsrum, mellem alle vitaminerne i hver af grupperne C og E og alle de produkter, som efter omstændighederne kan substituere den ene eller den anden af disse grupper af vitaminer ved anvendelsen til de ligeledes meget forskelligartede teknologiske formål.

29 Det kan derimod være tvivlsomt, om alle vitaminer i hver af disse grupper ved afgrænsningen af de respektive markeder for vitaminerne i gruppe C og i gruppe E skal medtages i et til gruppen svarende marked uanset den senere anvendelse af vitaminerne, eller om hver af disse grupper tværtimod skal betragtes som to særskilte markeder, således at den ene omfatter vitaminer bestemt til biologisk-ernæringsmæssig anvendelse og den anden vitaminer bestemt til teknologiske formål;

30 en afgørelse af dette spørgsmål er dog ikke nødvendig for korrekt at kunne bedømme Roche's og konkurrenternes respektive markedsandele, idet denne sondring, hvis den skulle foretages, i så fald, som Kommissionen med rette har bemærket, skulle foretages såvel for Roche's konkurrenter som for Roche selv og — hvilket må antages i mangel af nogen som helst antydning af det modsatte fra sagsøgernes side — i samme forhold, således at markedsandelene udtrykt i procent ville forblive uændrede;

endelig har Roche som svar på et spørgsmål fra Domstolen anført, at alle vitaminerne i hver gruppe, uanset hvad produktet senere skulle anvendes til, fulgte samme regler for prisfastsættelsen, således at man ikke kan opdele produktet på enkelte markeder;

det følger af disse overvejelser, at Kommissionen i beslutningen har foretaget en korrekt afgrænsning af de relevante markeder.

Afdeling 2: De relevante markeders struktur

31 Selv om hver vitaminingruppe udgør et særskilt marked, har disse forskellige markeder såvel med hensyn til produktions- som salgsstruktur fælles træk, som bør fremdrages;

32 herved er der for det første enighed mellem parterne om, at markederne for alle vitaminingrupper mellem 1950 og 1974 var i stærk ekspansion, og at produktionen uden ophør forøgedes;

- 33 særlig med hensyn til vitamin*produktionen* er der ligeledes enighed mellem parterne om, at syntetisk fremstilling af vitaminer, specielt efter udløbet af patenterne, som for en ikke uvæsentlig dels vedkommende ejedes af Roche, ikke rejser særlig vanskelige tekniske problemer, men at produktionen dog forudsætter betydelige investeringer og meget specialiserede anlæg, som i vidt omfang er specifikke for hver vitamingrouppe, hvilket medførte, at fabrikernes kapacitet i den anførte periode var indrettet efter den forudselige stigning i behovene over et tidsrum på ti år;

denne markedsstruktur medførte trods den omtalte stærke ekspansion en verdensomspændende overkapacitet i produktionsapparatet for de fleste vitamigrupper;

en slående illustration heraf er bemærkningen i referatet af mødet mellem Unilever og Roche den 11. december 1972 om, at Roche's samlede kapacitet alene var tilstrækkelig til at dække den samlede verdens efterspørgsel, men at Roche på daværende tidspunkt kun udnyttede 50 % af sin kapacitet;

- 34 denne produktionskapacitet var for det tidsrum, Kommissionen har lagt til grund, og for så vidt angår de producenter, som virkede inden for fællesmarkedet, koncentreret på et begrænset antal firmaer, i alt ni, som vist på skemaet i beslutningens nr. 4, idet antallet af producenter var endnu mere begrænset inden for hver enkelt gruppe, nemlig 4 i A-vitamigruppen, 3 i B₂-vitamigruppen, 3 i B₃-vitamigruppen, 4 i B₆-vitamigruppen, 5 i C-vitamigruppen, 4 i E-vitamigruppen og 2 i H-vitamigruppen;

visse af disse producenter optrådte endvidere som købere og videresælgere af vitaminer, som de ikke selv producerede, medens ubestemte mængder af vitaminer blev bragt på markedet af betydelige handelshuse, som fik leverancer fra andre end de ni producenter, der er nævnt i beslutningen;

- 35 med hensyn til *efterspørgslen* efter uemballerede vitaminer var situationen inden for fællesmarkedet karakteriseret ved, at der fandtes et relativt stort

antal købere — for Roche's vedkommende ca. 5 000 — men at en betydelig del af denne efterspørgsel, for Roche's vedkommende kan denne del anslås til ca. 25 % af salget inden for fællesmarkedet, i den pågældende periode var koncentreret hos 22 betydningsfulde firmaer, heraf 7 i medicinalvaresektoren, 5 i levnedsmiddel- og 10 i foderstofsektoren;

alle disse kunder var, uanset hvilken sektor de tilhørte, købere til et stort antal af, om ikke alle, de pågældende vitaminer, idet kun Unilever, i hvert fald i forhold til Roche, ifølge det oplyste udgjorde en undtagelse i denne henseende ved kun at være køber inden for A-vitamingruppen.

Afdeling 3: Betydningen af de indicier for en dominerende stilling, som Kommissionen har lagt til grund

- 36 Efter Kommissionens opfattelse indtog Roche en dominerende stilling på de syv relevante markeder (A, B₂, B₃, B₆, C, E og H), og Kommissionen støttede denne opfattelse dels på sagsøgernes markedsandele i forhold til deres konkurrenters, dels på en række andre faktorer, som, når markedsandelen i sig selv ikke er afgørende, dog sikrede Roche en udpræget forrang på de relevante markeder;

Kommissionen sluttede heraf (i beslutningens nr. 21) at »Roche ... på de pågældende markeder [har] en så udstrakt handlefrihed, at den er i stand til at hindre en effektiv konkurrence inden for fællesmarkedet, og altså indtager en dominerende stilling på disse markeder«.

- 37 Roche har dels bestridt vurderingen af sine markedsandele dels bestridt, at de øvrige indicier, der er lagt til grund i beslutningen, foreligger eller har betydning;

Roche har ligeledes kritiseret Kommissionen for ikke at have undersøgt Roche's adfærd på de relevante markeder og for ikke at have taget denne i betragtning, særlig de stadige, betydelige fald i vitaminpriserne, som viser, at der herskede en effektiv konkurrence, som Roche måtte bøje sig for.

- 38 Artikel 86 er et konkret udtryk for det almindelige mål for Fællesskabets virksomhed, som omhandles i traktatens artikel 3, litra f), nemlig at der skal gennemføres en ordning, der sikrer, at konkurrencen inden for fællesmarkedet ikke fordrøjes;

artikel 86 forbyder en virksomhed at misbruge en dominerende stilling på en væsentlig del af fællesmarkedet i den udstrækning, samhandelen mellem medlemsstaterne herved kan påvirkes;

begrebet dominerende stilling skal forstås som en virksomheds økonomiske magtposition, som sætter denne i stand til at hindre, at der opretholdes en effektiv konkurrence på det relevante marked, idet den kan udvise en i betydeligt omfang uafhængig adfærd over for sine konkurrenter og kunder og i sidste instans over for forbrugerne;

- 39 en sådan stilling udelukker, til forskel fra en monopolstilling eller et kvasimonopol, ikke, at der består en vis konkurrence, men den sætter det dominerende firma i stand til, om end ikke at bestemme, så dog i det mindste mærkbart at øve indflydelse på de vilkår, hvorunder konkurrencen udvikler sig, og under alle omstændigheder i vidt omfang i stand til at handle uden at skulle tage hensyn hertil og uden at denne adfærd er til skade for virksomheden;

endvidere bør der sondres mellem en dominerende stilling og det parallelle adfærdsmønster, der er karakteristisk for oligopolssituationer, idet virksomhedernes adfærd i et oligopol er genstand for gensidig påvirkning, medens en virksomhed, der indtager en dominerende stilling, i vidt omfang selv kan fastlægge sin adfærd;

en dominerende stilling kan være en følge af en række faktorer, som hver for sig ikke nødvendigvis er afgørende, men blandt disse faktorer har omfattende markedsandele meget stor betydning.

- 40 En betydelig markedsandel er, som bevis for, at der foreligger en dominerende stilling, ikke en uforanderlig faktor, og markedsandelens betydning varierer fra marked til marked alt efter dets struktur, særlig med hensyn til produktion, udbud og efterspørgsel;

selv om hver vitamingrouppe udgør et særskilt marked, frembyder disse forskellige markeder dog, som gennemgangen af deres struktur har vist, så mange fælles træk, at samme kriterier kan lægges til grund ved vurderingen af, om markedsandelene har en sådan betydning, at der foreligger en dominerende stilling.

- 41 I øvrigt kan det, selv om andelenes betydning kan variere fra marked til marked, med rette antages, at meget store markedsandele i sig selv, medmindre der foreligger usædvanlige omstændigheder, udgør et bevis for, at der foreligger en dominerende stilling;

at en virksomhed gennem en længere periode har en meget stor markedsandel, giver den som følge af omfanget af den produktion og det udbud, den repræsenterer — og uden at virksomheder med betydeligt mindre andele er i stand til hurtigt at opfylde en efterspørgsel, som ikke længere ønskes dækket af virksomheden med den største markedsandel — en magtposition, som gør virksomheden til en uomgængelig forretningsforbindelse, og som allerede af denne årsag, i hvert fald i temmelig lange perioder, giver den sikkerhed for at kunne udvise den uafhængige adfærd, som er karakteristisk for en dominerende stilling.

- 42 Det anføres i beslutningen, at der ved siden af markedsandelene forelå en række andre faktorer, som, kombineret med Roche's markedsandele, i visse tilfælde gav Roche en dominerende stilling;

disse indicier, som Kommissionen betegnede som supplerende kriterier, er følgende:

- a) Roche's markedsandele var ikke alene store, men der var desuden en betydelig afstand mellem Roche's og de største konkurrenters markedsandele (beslutningens nr. 5 og 21);
- b) Roche fremstillede et langt større udvalg af vitaminer end konkurrenterne (beslutningens nr. 21)
- c) Roche betegnedes som verdens største vitaminproducent med en omsætning, der var større end alle de øvrige producenters under ét, og som den ledende virksomhed i spidsen for en multinational koncern, som omsætningsmæssigt var verdens største farmaceutiske koncern (beslutningens nr. 5-6 og 21);

- d) selv om de patenter på fremdstilling af vitaminer, som Roche var indehaver af, var udløbet, rådede Roche dog, som følge af sin banebrydende indsats på dette område, fremfor sine konkurrenter over teknologiske fordele, som gav sig udtryk i Roche's meget veludbyggede hjælpe- og informationstjeneste for kunderne (beslutningens nr. 7 og 8);
- e) Roche rådede over et meget udstrakt og specialiseret handelsnet (beslutningens nr. 8);
- f) der fandtes ingen potentiel konkurrence (beslutningens nr. 21);

desuden har Kommissionen under sagens behandling for Domstolen som indier for, at Roche indtog en dominerende stilling, anført Roche's evne til i vidt omfang at bevare sine markedsandele intakte trods en livlig konkurrence.

- 43 Før der tages stilling til, om de kriterier, som Kommissionen lagde til grund, faktisk kan antages at have foreligget i Roche's tilfælde, bør det, da sagsøgerne har bestridt, at de har betydning, undersøges, om disse faktorer efter deres art er egnede til anvendelse som bevis for en dominerende stilling, når de særlige omstændigheder i forbindelse med de relevante markeder og markedsandelene tages i betragtning.
- 44 I denne sammenhæng kan fastholdelsen af markedsandelene ikke anvendes som kriterium, idet dette forhold såvel kan være resultatet af en effektiv konkurrenceadfærd som af en stilling, som giver virksomheden mulighed for at handle uafhængigt af konkurrencen, og Kommissionen, der har indrømmet, at der herskede konkurrence, har ikke anført, hvilke faktorer der skulle være årsag til markedsandelens stabilitet, hvor en sådan er konstateret;

såfremt der imidlertid foreligger en dominerende stilling, kan den omstændighed, at markedsandelene opretholdes, være et tegn på, at denne stilling er bevaret, og endvidere på, at de metoder, der er anvendt for at bevare den dominerende stilling, eventuelt kan udgøre et misbrug, som omhandlet i traktatens artikel 86.
- 45 Det kan heller ikke tillægges betydning, at Roche skulle fremstille et større udvalg af vitaminer end sine konkurrenter;

Kommissionen anså denne omstændighed for at være et indicium for en dominerende stilling, fordi Roche »da adskillige aftageres efterspørgsel vedrører flere vitaminingrupper, kan . . . anvende en salgsstrategi og navnlig en prisstrategi, der er langt mindre afhængig af konkurrencevilkårene på hvert enkelt marked end konkurrenternes«.

- 46 Kommissionen fastslog imidlertid selv, at hver gruppe af vitaminer udgør et særskilt marked, og ikke, eller kun i ringe grad, kan substitueres med andre grupper eller andre varer (beslutningens nr. 20), således at vitaminer i forskellige grupper er produkter, der indbyrdes er lige så forskellige som vitaminer i forhold til andre produkter inden for medicinalvare- eller levnedsmiddelsektoren;

det er endvidere ikke bestridt, at Roche's konkurrenter, særlig inden for den kemiske industri, udover de vitaminer, de fremstiller, også sælger andre produkter, som også efterspørges af vitaminkøberne, således at den omstændighed, at Roche er i stand til at udbyde flere grupper af vitaminer, ikke i sig selv giver denne koncern en fordel fremfor konkurrenterne, som udover et mere eller mindre omfattende udvalg af vitaminer kan tilbyde andre produkter, som også efterspørges af køberne af disse vitaminer.

- 47 Af tilsvarende grunde følger, at det i denne sammenhæng ikke kan betragtes som et indicium, at Roche er verdens største vitaminproducent, at Roche's omsætning er større end alle andre producenters tilsammen, og at Roche står i spidsen for den største farmaceutiske koncern i verden;

efter Kommissionens opfattelse er disse tre forhold et tegn på, at der foreligger en dominerende stilling, idet det »heraf følger, at sagsøgerne indtager en fremtrædende stilling ikke alene på fællesmarkedet, men også på verdensmarkedet; de har derfor en meget stor handlefrihed, idet de som følge af deres stilling uden vanskeligheder kan tilpasse sig udviklingen på de forskellige regionale markeder. En virksomhed, som opererer på hele verdensmarkedet, og som har en markedsandel, som er langt større end konkurrenternes, behøver ikke i nævneværdigt omfang at tage hensyn til de konkurrenter, den måtte have inden for fællesmarkedet«;

en sådan argumentation, som støttes på stordriftsfordele og muligheden for at føre en differentieret strategi afpasset efter de forskellige regionale markeder, er ikke overbevisende, når udgangspunktet er, at hver vitamin-

gruppe udgør en særskilt gruppe af produkter, som kræver specifikke anlæg, og som danner et særskilt marked, idet den samlede producerede mængde af indbyrdes forskellige produkter ikke giver Roche konkurrencemæssige fordele fremfor konkurrenterne, særlig inden for den kemiske industri, som udover vitaminer på verdensplan fremstiller andre produkter, og som principielt har de samme muligheder for kompenserende afsætning som ellers, følger af en betydelig samlet produktion af produkter, der adskiller sig lige så meget fra hinanden som de forskellige vitaminingrupper indbyrdes.

- 48 Derimod kan som brugbare indicier anvendes forholdet mellem virksomhedens og konkurrenternes markedsandele, særlig de største konkurrenters, virksomhedens teknologiske forspring fremfor konkurrenterne, et overordentligt veludbygget salgsnet og det forhold, at der ikke findes en potentiel konkurrence, idet det første af indicierne er brugbart, fordi det kan anvendes som grundlag for en beregning af konkurrenternes og den pågældende virksomheds konkurrencekapacitet, det andet og tredje fordi de i sig selv udgør tekniske og salgsmæssige fordele, og det fjerde, fordi det er resultatet af, at der findes hindringer for, at nye konkurrenter får adgang til markedet;

med hensyn til spørgsmålet, om der foreligger en potentiel konkurrence, bør det imidlertid bemærkes, at medens det er korrekt, at fabrikkernes kapacitet som følge af størrelsen af de investeringer, som er nødvendige — og dette gælder for alle de relevante vitaminingrupper — er indrettet efter den forventede ekspansion i et langt tidsrum, således at adgangen til markedet vanskeliggøres for nye producenter, må det dog også tages i betragtning, at en betydelig uudnyttet produktionskapacitet blandt de etablerede producenter skaber en potentiel konkurrencesituation;

Roche befandt sig dog i denne henseende i en privilegeret situation, fordi koncernens produktionskapacitet, hvilket den selv har indrømmet, i det tidsrum beslutningen vedrører, i sig selv var tilstrækkelig til at imødekomme efterspørgslen på verdensplan, uden at denne overkapacitet dog havde bragt den i en økonomisk eller finansielt set vanskelig situation.

- 49 Det er på baggrund af disse betragtninger, at Roche's markedsandele på hvert af de relevante markeder og tillige indicierne, som i forbindelse med markedsandelene kan lægges til grund for at påvise, at der eventuelt foreligger en dominerende stilling, må vurderes;

endelig må det også undersøges, om Roche's argumentation med hensyn til betydningen af koncernens markedsadfærd, særlig med hensyn til priser, vil kunne røkke ved de konstateringer, som gennemgangen af markedsandelene og de øvrige indicier, som skal lægges til grund, måtte føre til.

Afdeling 4: Anvendelse af de relevante kriterier på de forskellige vitamin-grupper

a) A-vitamingruppen

50 Der er enighed mellem parterne om, at Roche's markedsandel inden for fællesmarkedet kan anslås til 47 % såvel efter værdi som efter mængde;

ifølge de af Kommissionen fremlagte oplysninger, som Roche ikke har bestridt, kan de øvrige producenters markedsandel i 1974 anslås til 27 %, 18 %, 7 % og 1 %;

51 det relevante marked har således karakter af et snævert oligopol, hvor konkurrencen allerede i sig selv er afsvækket, idet Roche's markedsandel, som er af samme størrelsesorden som de to største konkurrenters tilsammen, viser, at Roche har en særlig vid handlefrihed ved fastlæggelsen af sin konkurrenceadfærd;

at Roche, selv efter patenternes udløb, har et teknologisk forspring frem for konkurrenterne som følge af Roche's opfindelser og tidligere stilling som indehaver af talrige patenter på A-vitaminområdet, er et yderligere indicium for, at Roche indtog en dominerende stilling;

som anført ovenfor, er det samme tilfældet med hensyn til den manglende potentielle konkurrence fra nye virksomheder, medens den potentielle konkurrence fra den overskydende produktionskapacitet i bestående virksomheder snarere var en fordel for Roche, hvilket fremgår af et uddrag af en Management Information fra midten af august 1971, der indeholder følgende udtalelse: »Although BASF will continue to intensify its activities, we expect to achieve a further steady increase of our turnover. However, the present overcapacity of production is such, that a firming of prices cannot be expected for the next few years. Such a development would, of course, be accelerated if one of our smaller competitors ceased production«;

- 52 Kommissionen har derfor med rette antaget, at sagsøgerne indtog en dominerende stilling på A-vitaminmarkedet;

at Roche med hensyn til sine forsyninger med råstoffer til sin produktion inden for A-vitamingruppen var henvist til en virksomhed inden for den kemiske industri, som ligeledes fremstillede A-vitaminer, og som derfor var Roche's konkurrent, kan ikke røkke ved de konklusioner, Kommissionen er nået frem til, idet Roche aldrig har hævdet at have været udsat for vanskeligheder af nogen art, hverken med hensyn til leveringstidspunkter eller med hensyn til priser.

b) B₂-vitamingruppen

- 53 Kommissionen anslog i sin beslutning Roche's markedsandel til 86 %;

Kommissionen har i det fælles udarbejdede dokument, der er fremlagt under den skriftlige forhandling, redegjort for beregningsgrundlaget for Roche's markedsandele, såvel efter værdi som efter mængde, og det fremgår endvidere af de fremlagte tabeller, at Kommissionen har taget alle statistisk opgjorte indførsler af vitaminer til fællesmarkedet i betragtning;

på grundlag af disse oplysninger er Kommissionen nået frem til følgende tal:

B ₂ -vitamin Roche's markedsandel	1972 (6 medlemsstater)	1973 (9 medlemsstater)	1974 (9 medlemsstater)
efter værdi	87 %	81,2 %	80,6 %
efter mængde	84,5 %	74,8 %	80,8 %

- 54 Roche har i det væsentlige kun anført, at »da [koncernen] med hensyn til konkurrencen er henvist til blot anslåede tal, er [den] ikke i stand til at føre modbevis«, men at den anslår sin andel af verdensmarkedet til at være betydelig mindre og sin markedsandel inden for fællesmarkedet til ikke at overstige 50 %;

til støtte for dette sidstnævnte skøn i forhold til Kommissionens vurdering har sagsøgerne anført, at »når der til disse tal lægges den fermentationskapa-

citet, i særdeleshed i USA, på 2-300 tons om året, som blev taget ud af drift i begyndelsen af 1970, men som på et hvilket som helst tidspunkt igen kan tages i brug, udgør markedsandelen ikke mere end ca. 50 %«, idet sagsøgerne således — uden nærmere oplysninger — gør gældende, enten at der findes en potentiel konkurrence, eller at der er sket en formindskelse af deres egen produktionskapacitet i USA;

- 55 hvis det første skulle være tilfældet, måtte det formodes, at visse af Roche's konkurrenter delvis blev fortrængt fra markedet efter 1970;

hvis det derimod antages — hvilket dog ikke er klart anført — at der henvises til en indstilling af en produktionskapacitet, som tilhørte Roche, kan denne omstændighed ikke anføres som modargument mod Kommissionens beregninger, så længe det ikke er fastslået, at der ikke skete en tilsvarende indstilling af kapacitet hos konkurrenterne, og at det nødvendige resultat heraf i hvert fald var en formindskelse af Roche's markedsandele inden for fællesmarkedet og ikke en rationalisering af produktionen;

selv om en overkapacitet i produktionsleddet endvidere i givet fald kan være en potentiel konkurrenceskabende faktor, som kan have betydning for, om der foreligger en dominerende stilling, kan dette — uanset at det ovenfor er fastslået, at dette ikke var tilfældet for Roche's vedkommende i det her relevante tidsrum — ikke påvirke vurderingen af de faktisk opnåede markedsandele;

- 56 de af Kommissionen foretagne og berigtigede beregninger, som i øvrigt må anses for at være tilstrækkelig pålidelige til at kunne lægges til grund, kan under disse omstændigheder ikke drages i tvivl som følge af de ovenfor anførte indvendinger, og de markedsandele, som fremgår af beregningerne, er så store, at de i sig selv er udtryk for en dominerende stilling.

c) B₃-vitamingruppen (pantotensyre)

- 57 Kommissionen har erkendt, at de tal, der blev lagt til grund i beslutningen, bør korrigeres, og der er enighed mellem parterne om at anslå markedsandelene som følger:

B ₃ -vitamin Roche's markedsandel	1972 (6 medlemsstater)	1973 (9 medlemsstater)	1974 (9 medlemsstater)
efter værdi	28,9 %	34,9 %	51 %
efter mængde	18,9 %	23,4 %	41,2 %

58 markedsandele, som er af denne størrelsesorden, og som endog ifølge parternes fælles oplysninger i 1971 var 6 procentpoints mindre end i 1972, er ikke i sig selv et tilstrækkeligt indicium for, at der i størstedelen af den periode, Kommissionen har lagt til grund, forelå en dominerende stilling, og dette gælder uanset om markedsandelene beregnes efter værdi eller efter mængde;

det har tværtimod vist sig, at den korrektion, Kommissionen har måttet foretage, beror på, at denne havde undladt at medregne indførsler foretaget af en japansk konkurrent, som i 1973 havde en markedsandel på 30 %;

endvidere har Kommissionen netop for dette marked ikke angivet, hvilke yderligere indicier der, sammen med den korrigerede markedsandel, skulle kunne lægges til grund for at antage, at der ikke desto mindre forelå en dominerende stilling;

det må herefter konstateres, at det ikke er tilstrækkeligt påvist, at Roche med hensyn til B₃-vitaminerne indtog en dominerende stilling i det pågældende tidsrum.

d) B₆-vitamingruppen

59 Kommissionen anslog Roche's markedsandel til 95 %, medens Roche, som ikke har fremlagt oplysninger med hensyn til fællesmarkedet, for verdensmarkedets vedkommende har indrømmet, at koncernens andel udgjorde 60-70 %;

parterne har efter at have sammenholdt deres oplysninger (bilag 1/e og 2/g til fælles besvarelse) ikke kunnet nå til enighed om en fælles vurdering, og Kommissionen har korrigeret sin vurdering og fremlagt følgende tal:

B ₆ -vitamin Roche's markedsandel	1972 (6 medlemsstater)	1973 (9 medlemsstater)	1974 (9 medlemsstater)
efter værdi (B ₆ + H)	87 %	90 %	83,9 %
efter mængde	84,2 %	86 %	88,4 %

- 60 det bør bemærkes, at markedsandelene som følge af, at vitaminerne i grupperne B₆ og H hører under samme toldposition, omfatter begge de to grupper, i hvert fald som disse er beregnet efter værdi, men at Roche imidlertid ikke har bestridt, at denne omstændighed ikke kan ændre de deraf følgende størrelsesordener;

Roche har uden nærmere angivelser gjort gældende, at procentdelen må anslås til et tal, der er mindst 20 lavere, men selv om dette uden videre accepteres, er Roche's markedsandele dog stadig af en sådan størrelse, at de er udtryk for en dominerende stilling;

dette gælder så meget mere som ingen af Roche's fire største konkurrenter i det pågældende tidsrum havde markedsandele på 10 %, og visse af disse konkurrenters markedsandele højst sandsynligt var mindre end 5 %.

e) C-vitamingruppen

- 61 Kommissionen anslog i beslutningen Roche's markedsandel til 68 %, medens Roche under sagens behandling har anført tallet 50 %;

efter at have sammenholdt deres synspunkter er parterne nået til enighed om at anslå markedsandelene som følger under forudsætning af, at kun markedet for vitaminerne tages i betragtning:

C-vitamin Roche's markedsandel	1972 (6 medlemsstater)	1973 (9 medlemsstater)	1974 (9 medlemsstater)
efter værdi	65,7 %	66,2 %	64,8 %
efter mængde	64,4 %	63,8 %	63 %

- 62 ifølge Roche skal disse tal korrigeres på den måde, at det relevante marked også skal omfatte de produkter, som konkurrerer med C-vitaminerne med hensyn til de teknologiske anvendelsesformer, og Roche har anført, at koncernens markedsandel i så fald ikke ville overstige 47 %;
- 63 da de ovenfor anførte betragtninger om afgrænsningen af det relevante marked for de vitaminer, der såvel er bestemt til biologisk-ernæringsmæssig

som til teknologisk anvendelse har ført til, at det af Roche anførte synspunkt må forkastes, må de markedsandele, som parterne er nået til enighed om, for så vidt angår markedet for C-vitaminer som sådant, lægges til grund, og disse markedsandele er udtryk for, at der forelå en dominerende stilling;

også på dette marked — hvor der i øvrigt i 1971 var knaphed — var afstanden mellem Roche's markedsandel (64,8 %) og de nærmeste konkurrenters (14,8 % og 6,3 %) så stor, at den underbygger den konklusion, Kommissionen nåede frem til.

f) E-vitamingruppen

- 64 I beslutningen anslog Kommissionen Roche's markedsandel for E-vitaminernes vedkommende til 70 %, medens Roche under sagens behandling har fremsat tallet 40 %;

efter at have sammenholdt deres synspunkter er parterne i deres fælles besvarelse nået til enighed om at anslå markedsandelene som følger under forudsætning af, at kun markedet for E-vitaminerne skal tages i betragtning:

E-vitamin Roche's markedsandel	1972 (6 medlemsstater)	1973 (9 medlemsstater)	1974 (9 medlemsstater)
efter værdi	54 %	64 %	58 %
efter mængde	50 %	60 %	54 %

Roche har endog anslået sin markedsandel i 1970 og 1971 til at være 7 procentpoints lavere end i 1972;

- 65 ifølge Roche's opfattelse — og af samme grunde som Roche har anført i forbindelse med C-vitaminerne — bør det relevante marked også omfatte de produkter, som konkurrerer med E-vitaminerne ved de teknologiske anvendelsesformer, og Roche har anført, at koncernens markedsandel i så fald ikke ville overstige 40 % i 1974;
- 66 da Roche's synspunkt med hensyn til afgrænsningen af det relevante marked af de ovenfor anførte grunde må forkastes, bør de markedsandele, parterne er nået til enighed om, lægges til grund;

disse markedsandele i sig selv væsentlige betydning øges af, at konkurrenternes markedsandele — efter den overfor omtalte korrektion — efter værdi må anslås til i 1974 at have udgjort 16, 6 og 1 % for de øvrige producenters vedkommende og 19 % for en eller flere importørers vedkommende, i almindelighed handelshuse, som udøvede deres virksomhed fra tredjelande;

den således konstaterede situation svarer på endnu mere karakteristisk måde end for A-vitaminernes vedkommende til mønstret på et snævert oligopol, i hvilket Roche's markedsandel var langt større end de to største konkurrenters markedsandele tilsammen;

Kommissionen har derfor med rette fastslået, at der forelå en dominerende stilling på markedet.

g) H-vitamingruppen

- 67 Sagsøgerne har indrømmet, at de har haft en markedsandel på 100 % af dette marked, og at deres markedsandel gennem det her relevante tidsrum stadig var på 93 %, således at de faktisk indtog en monopolstilling.

h) Sammenfatning

- 68 Det følger af det anførte, at kriterierne for, at der forelå en dominerende stilling, var opfyldt med hensyn til vitamingrupperne A, B₂, B₆, C, E og H, medens det ikke er påvist, at der forelå en sådan stilling med hensyn til B₃-vitaminerne.

Afdeling 5: Sagsøgernes markedsadfærd

- 69 Det må imidlertid undersøges, om ikke disse konstateringer afkræftes af sagsøgernes adfærd på de relevante markeder, en adfærd, som efter sagsøgernes opfattelse ikke alene viser, at der herskede livlig konkurrence, men også hvilket konkurrencepres de var udsat for;

sagsøgerne har i denne henseende særligt henvist til, at priserne for de forskellige vitamingrupper til stadighed faldt, og at sagsøgernes markedsandele i visse medlemsstater blev mindre;

sagsøgerne har ligeledes henvist til oplysninger i forskellige interne dokumenter, særlig de af sagsøgerne regelmæssigt udgivne »Management Information« og »Marketing News«, som indeholder analyser af markedssituationen for hver vitaminingruppe, samt til dokumentationen vedrørende »European Bulk Managers meeting«, som blev afholdt af Roche i Basel i oktober 1972.

70 Domstolen har imidlertid allerede fastslået, særligt i dommen af 14. februar 1978 (*United Brands*, sag 27/76, Sml. 1978, s. 207), at selv en livlig konkurrence på et bestemt marked ikke udelukker, at en virksomhed kan have en dominerende stilling her, idet denne stilling i det væsentlige er karakteriseret ved, at virksomheden kan bestemme sin adfærd uden i sin markedstrategi at skulle tage hensyn til denne konkurrence og uden for så vidt at måtte acceptere skadevirkninger som følge af sin nævnte adfærd.

71 Det er dog i almindelighed uforeneligt med den uafhængige adfærd, som er karakteristisk for en dominerende stilling, at en virksomhed må nedsætte sine priser under pres fra prisnedsættelser, som konkurrenterne tager initiativet til;

sagsøgerne har som bilag til stævningen fremlagt en række diagrammer, hvori der er angivet to forskellige indikatorer, en for prisfald og en for produktionsforøgelse for Roche's forskellige vitaminingrupper på verdensmarkedet gennem et tidsrum, som efter omstændighederne begynder i årene fra 1940 til 1954 og rækker til slutningen af 1974;

72 det bør imidlertid hertil bemærkes, at disse diagrammer vedrører verdensmarkedet, og at Roche, der selv ved flere lejligheder har fremhævet forskellene i prisbevægelserne fra medlemsstat til medlemsstat, følgelig ikke kan gøre gældende, at udsvingene på verdensmarkedet nødvendigvis er repræsentative for prisudviklingen inden for Fællesskabet;

selv om det antages, at prisudviklingen på verdensmarkedet kan betragtes som repræsentativ for den almindelige pristendens inden for fællesmarkedet, viser en gennemgang af diagrammerne imidlertid, at medens de forskellige vitaminingrupper var udsat for et betydeligt prisfald, så længe produktionen

kun øgedes langsomt, blev prisfaldet stærkt reduceret og endog gradvis afløst af stor prisstabilitet fra det øjeblik, hvor produktionen inden for hver vitamin-gruppe steg betydeligt, dvs. for A-vitaminerne fra 1964, for B₂-vitaminerne fra 1956, for B₆-vitaminerne fra 1966, for C-vitaminerne fra 1958, for B₃-vitaminerne fra 1960 og for E-vitaminerne fra 1965, medens priskurven for H-vitaminerne (biotin), som var stabil indtil 1970, faldt svagt fra dette tidspunkt, samtidig med at produktionen forøgedes;

disse oplysninger er snarere udtryk for en sammenhæng mellem på den ene side priserne og på den anden side den producerede mængde og omkostningerne end på en sammenhæng mellem priserne og et konkurrencepres.

- 73 Som svar på spørgsmål fra Domstolen har Roche forelagt en række tabeller (bilag 4a-i til den fælles besvarelse), som angiver prisudsvingene mellem 1970 og 1976 i hver enkelt medlemsstat for det efter Roche's opfattelse mest repræsentative vitamin i hver gruppe samt gennemsnitspriserne for hele Fællesskabet på grundlag af priserne i de enkelte lande;
- 74 disse tabeller viser, at der faktisk forekom ikke ubetydelige prisudsving, såvel i op- som nedadgående retning.

disse prisudsving er dog i mærkbart omfang forskellige for et og samme produkt i samme tidsrum i de forskellige medlemsstater, hvilket er udtryk for en opdeling af markederne og lader formode, at der er ført en dertil svarende prisstrategi;

det er bemærkelsesværdigt, at der for H-vitamin (biotin), for hvilket Roche har indrømmet at have haft en markedsandel på 100 % i 1970 og på 93 % i 1974 ligeledes kan konstateres mærkbare prisnedsættelser (bilag 4 til parternes fælles besvarelse), idet priserne i schweiziske francs og i gennemsnit for hele fællesmarkedet faldt fra 40,54 francs i 1970 til 30,72 francs i 1973 og 29,85 francs i 1974, dvs. prisfald, som for en virksomhed med en markedsandel på mellem 100 og 93 % ikke kan anses for at være en følge af et konkurrencepres, men snarere resultatet af en bevidst og frit valgt prispolitik, og som under alle omstændigheder ikke taler imod, at der forelå en dominerende stilling;

- 75 dette bekræftes i vidt omfang af de forskellige interne dokumenter, som er omtalt ovenfor;

særlig med hensyn til H-vitamin (biotin) fremgår det af »Management Information« af 8. september 1972, at den største konkurrent — virksomheden Sumitomo — påbegyndte en biotinproduktion i slutningen af 1971, men foretrak at sælge en del af sin produktion til Roche og at afsætte resten i USA, og at Roche, der forudså, at der i løbet af 1973 ville opstå endnu en producent, besluttede at komme denne i forløbet og at opgive sin »inflexible price policy at once«;

netop i 1973 konstateres der et betydeligt prisfald for H-vitamin.

- 76 Disse forhold viser, at Roche langt fra var udsat for et konkurrencepres, men som følge af sin stilling var i stand til at gennemføre en prispolitik, som skulle imødegå et sådant pres;

i øvrigt anbefaledes det, blandt de øvrige forholdsregler, i samme Management Information at anvende loyalitetskontrakter;

- 77 med hensyn til C-vitaminerne, hvor Roche's markedsandel mellem 1972 og 1974 kan anslås til ca. 65 %, udtales det i Marketing News af 6. december 1971, at det på grund af knapheden på dette produkt anbefales Roche's repræsentanter og datterselskaber under hensyn til den langsigtede markedsstrategi »to give preference to the *food industry*, both in respect of supplies and price advantages« i forhold til medicinalvareindustrien, som delvis forventedes at kunne dække sit behov hos varemæglere;

- 78 selv om de fremlagte tal og dokumenter viser, at der kan konstateres til dels ikke ubetydelige prisudsving på markederne for de forskellige vitaminer, har disse udsving i visse tilfælde ingen forbindelse med konkurrencen, medens det i andre tilfælde oftest var Roche, som i det mindste optrådte i rollen som prisfører;

det fremgår i øvrigt af de fremlagte dokumenter set under ét, at Roche rådede over en førsteklases salgs- og markedsføringsorganisation, som ikke alene var i stand til en systematisk markedsanalyse, men også til at opdage enhver hensigt fra eventuelle konkurrenters side om at trænge ind på markedet for et produkt, og denne organisation kunne ikke alene reagere straks, men også imødegå sådanne forsøg med hertil egnede initiativer;

det følger af disse betragtninger som helhed, at såvel de hævdede som de faktisk konstaterede prisudsving ikke viser, at der forelå et konkurrencepres, som kunne anfægte Roche's betydelige uafhængighed i sin markedsstrategi, og det følger tillige, at prisudsvingene ikke kan rokke ved den konstatering, at der for hver enkelt vitamingrouppe forelå en dominerende stilling, og som er foretaget på grundlag af markedsandelene i forbindelse med de øvrige indicier, der lægges til grund;

- 79 det antages således med rette i beslutningen, at der forelå en sådan stilling på markederne for A-, B₂-, B₆-, C-, E- og H-vitamin;

dette gælder derimod ikke markedet for B₃-vitamin.

II — Misbrug af en dominerende stilling

Afdeling 1: Indledende bemærkninger

- 80 Ifølge beslutningen gjorde sagsøgerne sig skyldige i misbrug af deres dominerende stilling ved med 22 betydningsfulde købere af vitaminer at indgå salgskontrakter — ca. 30, idet visse af kontrakterne i øvrigt var gentagelser med eller uden ændringer af en tidligere kontrakt — hvorved køberne forpligtede sig til udelukkende at dække hele eller en væsentlig del af deres vitaminbehov eller en væsentlig del af deres behov for visse udtrykkeligt angivne vitaminer hos Roche, eller hvorved de tilskyndedes hertil ved løfte om prisnedslag, som af Kommissionen blev betegnet som loyalitetsbonus;

efter Kommissionens opfattelse (beslutningens nr. 22-24) udgjorde eksklusivitetskontrakterne eller bestemmelserne om loyalitetsbonus et misbrug som nævnt i traktatens artikel 86, dels fordi de fordrejede konkurrencen mellem producenterne ved at fratage den dominerende virksomheds kunder enhver valgmulighed med hensyn til deres forsyningskilder, dels fordi de medførte, at der over for handelspartnere blev anvendt ulige vilkår for ydelser af samme værdi, hvorved disse stilledes ringere i konkurrencen på den måde, at Roche forlangte forskellige priser af to købere for samme mængde af samme

produkt, alt efter om køberne gik ind på ikke at modtage leverancer fra Roche's konkurrenter.

- 81 Kontrakterne vedrørte salg af vitaminer inden for en eller flere grupper, hvor det er konstateret, at der forelå en dominerende stilling, og køberne var virksomheder inden for Fællesskabet, til hvilke vitaminerne helt eller delvis var bestemt;

kontrakterne, der i det følgende angives ved hjælp af køberens navn, kan opregnes som følger:

1. Afico/Nestlé: *én* kontrakt af et års varighed fra 1. januar 1968, stiltiende forlængelse;
2. American Cyanamid: *én* kontrakt af et års varighed fra 1. januar 1971, stiltiende forlængelse;
3. Animedica: *to* kontrakter, heraf *én* multinational af 12. januar 1973, og *én* kontrakt af 9. maj 1972 vedrørende leverancer i Forbundsrepublikken Tyskland, begge af et års varighed, stiltiende forlængelse;
4. Beecham: *tre* successive overenskomster af 1. april 1972, 1. april 1973 og 31. december 1973 vedrørende perioderne 1. 4. 1972-31. 3. 1973, 1. 4. 1973-31. 12. 1973 og året 1974;
5. Capsugel/Parke Davis: *én* kontrakt af 22. marts 1967 med virkning fra 15. marts 1967;
6. Dawe's: *én* kontrakt med virkning fra 1. august 1971 uden nærmere angivelse af kontraktperioden;
7. Guyomarc'h: *én* kontrakt med virkning fra 1. maj 1972 for et år ad gangen, stiltiende forlængelse;
8. Isaac Spencer: *to* kontrakter, hvoraf den første omfattede perioden fra 1. juli til 31. december 1973, den anden året 1974;
9. Merck: *tre* kontrakter, den første af 3. marts 1972 om A-vitaminer, indgået for 5 år og derefter stiltiende forlængelse for to år ad gangen, den anden af 3. marts 1972 om E-vitaminer med næsten samme bestemmelser om kontraktperioden som i foregående kontrakt, den tredje af 5. juli 1971 om B₆-vitamin for tidsrummet indtil 31. december 1976, derefter stiltiende forlængelse for to år ad gangen;

10. Nitrovit/Imperial Foods: *to* kontrakter, *én* af 22. december 1972, *én* af 11. januar 1974, af en varighed på et år ad gangen;
11. Organon: *én* kontrakt af 15. april 1970, ændret den 10. oktober 1974, for perioder af et års varighed, stiltiende forlængelse;
12. Pauls and Whites: *tre* kontrakter af 2. marts, 16. juli og 22. januar 1974, henholdsvis for perioderne 1. 4. 1972-31. 3. 1973, 1. 4. 1973-31. 12. 1973 og året 1974;
13. Protector: *én* kontrakt med virkning fra 1. juli 1968 for året 1968, faktisk forlængelse fra år til år, i hvert fald til udgangen af 1972;
14. Provimi: *én* kontrakt af 30. september 1972, uden bestemmelse om kontraktperioden, ændret den 27. november 1974;
15. Radar: *én* kontrakt af 23. februar 1971 for året 1971 med henvisning til en tilsvarende tidligere aftale for 1970;
16. Ralston Purina: *én* kontrakt af 19. januar 1970 for året 1970, forlænget i det mindste indtil udgangen af 1974;
17. Ramikal: *én* kontrakt af 22. august 1972, som med virkning fra 1. januar 1972 og for et ubestemt tidsrum trådte i stedet for en kontrakt af 1964;
18. Sandoz: *én* kontrakt med virkning fra 1965 for et kalenderår, stiltiende forlængelse fra år til år;
19. Trouw: *én* kontrakt af 1. juli 1971 med virkning fra 1. januar s.å., ændret den 27. november 1972;
20. Unilever: *tre* kontrakter af 9. januar 1974, heraf *to* om leverancer i Det forenede Kongerige, den ene om A-vitaminer, type B, den anden om de øvrige A-vitaminer, medens den tredje vedrørte leverancer af A-vitaminer på kontinentet, i alle tre tilfælde for årene 1974 og 1975;
21. Upjohn: *én* kontrakt med virkning fra 1. november 1967 uden nærmere angivelse af kontraktperioden;
22. Wyeth: *én* kontrakt, som fik virkning fra 1. januar 1964, uden angivelse af kontraktperioden.

Afdeling 2: Gennemgang af kontrakterne

- 82 For så vidt angår rækkevidden af kundens købsforpligtelse, kan kontrakterne, selv om de er affattet på forskellige tidspunkter med et ordvalg, som ikke altid er det samme, indeles i tre kategorier:
- 83 nogle af kontrakterne indebar en fast forpligtelse for køberen til udelukkende at foretage indkøb hos Roche:
- a) til dækning af hele eller næsten hele køberens behov for de uemballerede vitaminer, som Roche fremstillede: Afico/Nestlé, Dawe's, Organon, Provimi (med undtagelse af 10 % til kontrolindkøb), Ralston Purina, Upjohn (alle vitaminerne med undtagelse af fire A-vitaminspecialiteter til foderstoffer, for hvilke Roche gav Upjohn licens på sit varemærke Injacom),
 - b) til dækning af hele køberens behov for bestemte, udtrykkeligt angivne vitaminer: Merck (A-vitaminer, B₆-vitaminer - ud over de 200 tons om året, som Merck selv fremstillede - og E-vitaminer),
 - c) til dækning af en i kontrakten fastsat procentdel af køberens samlede behov (American Cyanamid, Animedica Deutschland og Animedica International: 80 %) eller af køberens behov for bestemt angivne vitaminer (Guyomarc'h: 75 % af behovet for A-, B-, C- og E-vitamin),
 - d) eller endelig til dækning af »den overvejende del« (major part, überwiegender Teil) af køberens behov for vitaminer eller bestemte vitaminer (Beecham, Isaac Spencer, Nitrovit, Pauls and Whites, Ramikal, Trouw);
- 84 i nogle af kontrakterne forpligtede køberen sig til at indrømme Roche en fortrinnsstilling, »to give preference to Roche« (Wyeth), eller gav udtryk for at have til hensigt udelukkende at foretage indkøb hos Roche (Capsugel/Parke Davis), eller at anbefale sine datterselskaber at gøre det samme (Sandoz), enten for hele vitaminbehovet, for bestemt angivne vitaminer (Capsugel/Parke Davis: A, B₁, B₂, B₆, C, E, H) eller for en bestemt procentdel af hele behovet (Protector: 80 %);
- 85 endelig udviste kontrakterne med henholdsvis Merck og Unilever særlige træk, som gør det ønskeligt at foretage en særskilt gennemgang af de forpligtelser, som de indebar.

- 86 De fleste af kontrakterne blev indgået for et ubestemt tidsrum enten ifølge deres ordlyd eller som følge af en bestemmelse om stiltiende forlængelse, og de var helt åbenbart udformet med henblik på flerårige forretningsforbindelser;

de allerfleste kontrakter blev indgået i 1970 og var gældende i hele eller en del af perioden fra 1970 til 1974.

- 87 Alle de nævnte kontrakter med undtagelse af kontrakterne med Unilever indeholdt med forskellige benævnelser bestemmelser om prisnedslag eller bonusydelser beregnet af de samlede indkøb af vitaminer gennem et bestemt tidsrum, oftest et helt eller et halvt år, og uanset hvilken vitamingrouppe der var tale om;

kontrakterne med Beecham, Isaac Spencer, Nitrovit, Pauls and Whites, Sandoz og Wyeth var karakteriseret ved, at den procentsats, hvormed nedslaget blev ydet, ikke lå fast, men steg — i almindelighed fra 1-3 % — afhængigt af hvilke mængder der var indkøbt hvert år;

med undtagelse af kontrakterne med Animedica International, Guyomarc'h, Merck B₆, Protector og Upjohn indeholdt kontrakterne en såkaldt engelsk klausul, hvorefter kunderne — på forskellige vilkår, som vil blive gennemgået i det følgende — kunne gøre mere fordelagtige tilbud fra konkurrenter gældende over for Roche, med den virkning at kunden, hvis Roche ikke indrettede sine priser derefter, for dette købs vedkommende var fritaget for sin forpligtelse til udelukkende at foretage sine indkøb hos Roche, eller, når en sådan fast forpligtelse ikke var aftalt, kunne købe hos konkurrenten uden derfor hverken i det ene eller andet tilfælde at miste den ovenfor omtalte bonus af allerede foretagne eller fremtidige indkøb;

- 88 det er på baggrund af disse særlige forhold, at det undersøges, om kontrakterne udgjorde et misbrug af en dominerende stilling fra Roche's side.

Afdeling 3: De eksklusive købsforpligtelser og bonusordningerne vurderet i forhold til traktatens artikel 86

- 89 En virksomhed, som indtager en dominerende stilling på et marked, og som — også efter anmodning fra disse — binder købere til sig ved hjælp af en

forpligtelse til eller et løfte om at dække hele eller en betydelig del af deres behov udelukkende hos virksomheden, misbruger herved sin dominerende stilling som nævnt i traktatens artikel 86, uanset om forpligtelsen står alene eller modsvares af en bonusydelse;

det samme gælder, når virksomheden, uden at binde køberne til sig ved en formel forpligtelse, enten ifølge aftaler med køberne eller ensidigt anvender et loyalitetsbonussystem, dvs. prisnedslag, som ydes på betingelse af, at kunden — i øvrigt uanset om denne indkøber for betydelige eller for mindre beløb — udelukkende foretager alle eller en betydelig del af indkøbene til dækning af sine behov hos den markedsdominerende virksomhed;

- 90 såvel eksklusive købsforpligtelser af denne art — uanset om de modsvares af en bonusydelse — som ydelse af loyalitetspræmier for at tilskynde køberen til udelukkende at foretage indkøb hos den markedsdominerende virksomhed er uforenelige med målsætningen om, at konkurrencen inden for fællesmarkedet ikke må fordrejes, idet disse forpligtelser eller ydelser — medmindre der foreligger undtagelsestilfælde, som kan bevirke, at en aftale mellem virksomheder inden for rammerne af artikel 85, og særlig bestemmelsens stk. 3, kan tillades — ikke beror på en økonomisk ydelse, som retfærdiggør forpligtelsen eller fordelene, men har det formål at gøre det umuligt for køberen eller at lægge køberen hindringer i vejen for at kunne vælge sine forsyningskilder samt på at spærre adgangen til markedet for andre producenter;

i modsætning til kvantumsrabatter, som udelukkende er knyttet til de indkøbte mængder hos den pågældende producent, tjener en loyalitetsbonus som en økonomisk fordel til at hindre, at kunderne modtager leverancer fra konkurrerende producenter;

en loyalitetsbonus har i øvrigt den virkning, at der anvendes ulige vilkår for ydelser af samme værdi over for handelspartnere, idet to købere af samme mængde af samme produkt betaler forskellige priser afhængigt af, om de udelukkende køber hos den markedsdominerende virksomhed, eller om de anvender flere forskellige forsyningskilder;

endelig tjener disse former for praksis fra en markedsdominerende virksomheds side, specielt i et ekspanderende marked, til at styrke denne stilling ved hjælp af en konkurrence, som ikke er baseret på ydelser, og som derfor er fordrejet.

- 91 Den af sagsøgerne foreslåede fortolkning, hvorefter misbrug af en dominerende stilling skulle indebære, at den økonomiske styrke, der er opnået ved hjælp af en dominerende stilling, anvendes som middel til at realisere misbruget, kan ikke accepteres til støtte for, at der ikke skulle foreligge et misbrug af en dominerende stilling;

misbrugsbegrebet er et objektivi begreb, som omfatter en af en markedsdominerende virksomhed udvist adfærd, som efter sin art kan påvirke strukturen på et marked, hvor konkurrencen netop som følge af den pågældende virksomheds tilstedeværelse allerede er afsvækket, og som bevirker, at der lægges hindringer i vejen for at opretholde den endnu bestående konkurrence på markedet eller udviklingen af denne konkurrence som følge af, at der tages andre midler i brug end i den normale konkurrence om afsætning af varer og tjenesteydelser, der udspiller sig på grundlag af de erhvervsdrivendes ydelser.

Afdeling 4: Bonusydelsemes art

- 92 Sagsøgerne har imidlertid anført, at de aftalte bonusydelser ikke var loyalitetsbonusydelser, men kvantumsrabatter, eller at de svarede til en økonomisk ydelse fra kundens side, som berettigede til en sådan modydelse.
- 93 Der må i forbindelse med dette anbringende sondres mellem, om bonusbeløbene ifølge kontrakterne skulle ydes med en fast procentsats eller med en stigende procentsats.

a) Kontrakter med en fast procentsats

- 94 Det må først konstateres, at sagsøgernes argumentation ikke kan lægges til grund, for så vidt angår de kontrakter, hvorefter bonusbeløbene skulle ydes med en fast procentsats;
- 95 helt uanset, at det i sidste instans er uden betydning, om der ydes bonus, når der er påtaget en formel eksklusivitetsforpligtelse, indeholder ingen af kontrakterne forpligtelser, som angår bestemte eller dog anslåede mængder, eller som er forbundet med indkøbenes omfang, men kun forpligtelser, som angår »behovene« eller en brøkdel af disse behov;

i øvrigt har parterne i de fleste tilfælde selv betegnet klausulen som en loyalitetsbonus (American Cyanamid, Organon, Provimi, Ralston Purina, Trouw), eller de har anvendt udtryk, som stærkt understreger forbindelsen mellem eksklusiviteten og bonusydelsen;

- 96 i kontrakten med Dawe's hed det, at bonusbeløbet blev ydet »til gengæld« (in return) for eksklusiviteten, og i kontrakten med Ramikal tales der om en »fortrolig bonus« (vertraulicher Jahresbonus), som er »en egentlig præmie for Deres indkøb hos Roche« (eine echte Vergütung auf Ihre Bezüge von Roche) uafhængigt af allerede opnåede kvantumsrabatter;

i fire kontrakter, nemlig kontrakterne med Afico/Nestlé, Capsugel/Parke Davis, Provimi (fra 1974) og Upjohn, hedder det, at bonusbeløbet for de samlede indkøb ydes, fordi kunderne over for Roche indestår for betalingen af fakturaer over ordrer, der afgives direkte af kundernes datterselskaber;

det kan dog vanskeligt antages, at bonusydelser, som i enhver henseende blev beregnet på samme grundlag som de ydelser, der i de øvrige kontrakter anerkendtes som loyalitetsbonus, kan have været modydelser for en forpligtelse for verdensomspændende firmaer som Nestlé, Parke Davis og Upjohn til over for Roche at indestå for deres datterselskabers betalingsevne;

heller ikke Roche's argument om, at der i det mindste for visse vitaminers vedkommende, så som biotin (H-vitamin), skulle være tale om introduktionsrabatter, kan antages, idet en sondring efter funktionen af de forskellige rabatter, som blev ydet generelt og med samme procentsats for hver enkelt kundes samlede behov eller for en betydelig brøkdelen heraf, hverken fremgår af kontrakterne eller kan indfortolkes i dem.

b) Kontrakter med stigende procentsats

- 97 En del af kontrakterne, nemlig kontrakterne med Beecham (1972, 1973, 1974), Isaac Spencer (1973, 1974), Nitrovit (1973, 1974) og Pauls and Whites (1972, 1973, 1974), indeholdt dels en forpligtelse til at aftage »den overvejende del« af køberens behov, dels en klausul, hvorefter der skulle ydes bonus efter en stigende sats — i almindelighed fra 1-2 % og derefter 3 % — alt efter om køberen dækkede en større eller mindre procentdel af

sine anslåede behov gennem en periode på et år, idet kontrakterne i alle tilfælde indeholdt en angivelse af den anslåede værdi (i £) af de samlede behov og desuden i to tilfælde (Pauls and Whites 1972, Beecham 1972) den anslåede mængde af hver af de vitaminarter, som kontrakten vedrørte;

som eksempel kan nævnes kontrakten med Beecham (1. 4. 1972-31. 3. 1973), hvori de årlige behov var anslået til højst 300 000 £, og hvor bonusydelsen udgjorde 1 % af en omsætning på 60 % heraf, dvs. 180 000 £, 1,5 % hvis omsætningen nåede op på 70 %, dvs. 210 000 £, og 2 %, hvis den nåede op på 80 %, dvs. 240 000 £;

i de øvrige kontrakter anvendtes tilsvarende systemer, idet de anslåede behov dog svingede fra tilfælde til tilfælde og fra år til år, åbenbart for at tilpasse dem til kundens evne til at aftage leverancerne.

- 98 Selv om disse kontrakter indeholdt elementer, som ved første øjekast synes at være af kvantitativ art, idet de var forbundet med en bonusydelse af de samlede indkøb, fremgår det imidlertid af gennemgangen af kontrakterne, at der i virkeligheden var tale om en særlig udviklet form for loyalitetsbonus;
- 99 det er først og fremmest bemærkelsesværdigt, at denne særlige bonusform fandtes netop i de kontrakter, i hvilke købsforpligtelsen var affattet i den mindst forpligtende form, nemlig i formuleringen »den overvejende del af behovet«, der giver køber et betydeligt spillerum;

denne forpligtelses ubestemte karakter ophæves imidlertid i vidt omfang af, at der foretages en skønsmæssig ansættelse af behovet på årsbasis og af, at der ydes en bonus, som stiger i forhold til den procentdel af behovet, der dækkes, således at den stigende sats helt klart indebærer en stærk tilskyndelse til at dække den størst mulige procentdel af behovene hos Roche;

- 100 denne beregningsmetode for bonusydelserne adskiller sig fra ydelse af kvantumsrabatter, som udelukkende er knyttet til omfanget af de indkøbte mængder hos den pågældende producent, derved, at de her omtvistede rabatter ikke afhænger af objektive fastsatte mængder, som gælder for samtlige mulige købere, men afhænger af de anslåede mængder, som er fastsat i hvert enkelt tilfælde for hver enkelt kunde i forhold til kundens formodede evne til at aftage, idet formålet ikke er, at der skal aftages den størst mulige mængde, men den størst mulige del af behovet;

- 101 Kommissionen har således med rette bedømt de kontrakter, hvorefter der blev ydet loyalitetsbonus, som et misbrug af en dominerende stilling.

Afdeling 5: Den engelske klausul

- 102 Alle de omtvistede kontrakter med undtagelse af fem (Animedica International, Guyomarc'h, Merck B₆, Protector og Upjohn) indeholdt en såkaldt engelsk klausul, hvorefter kunden, hvis denne fra en konkurrent fik tilbudt mere fordelagtige priser end dem, der fulgte af kontrakterne, kunne anmode Roche om at tilpasse sine priser til konkurrentens tilbud, og hvis Roche ikke imødekom denne anmodning, kunne kunden uanset sin eksklusive købsforpligtelse foretage indkøb hos konkurrenten uden at miste sin loyalitetsbonus ifølge kontrakterne for allerede foretagne eller fremtidige køb hos Roche.

- 103 Efter sagsøgernes opfattelse ophævede denne klausul den konkurrencebe- grænsende virkning såvel af eksklusivitetsaftalerne som af loyalitetsbonusen;

sagsøgerne har endvidere anført, at den engelske klausul særlig for de kontraktors vedkommende, som ikke indholdt en udtrykkelig eksklusiv købsforpligtelse, ophævede »incitamentet« som følge af bonusydelse, idet kunden ikke blev stillet over for valget mellem at acceptere mindre fordelagtige tilbud fra Roche eller at miste den aftalte loyalitetsbonus af samtlige allerede foretagne indkøb hos Roche.

- 104 Det er ubestrideligt, at denne klausul kan afhjælpe visse uretfærdige konsekvenser, som de forholdsvis langfristede eksklusive købsforpligtelser og bestemmelser om loyalitetsbonus af de samlede indkøb kunne have for køberne;

det bør imidlertid bemærkes, at køberne havde ringere muligheder for at udnytte dette konkurrencemoment, end det kunne se ud til ved første øjekast;

- 105 klausulen fandtes nemlig ikke i kontrakterne med Guyomarc'h, Merck B₆, Animedica International, Protector og Upjohn, og desuden indeholdt den

bestemmelser, som begrænsede dens rækkevidde, og som faktisk gav Roche ret til i vidt omfang selv at afgøre, om kunden kunne gøre brug af klausulen;

i et vist antal kontrakter bestemtes det således ikke alene, at tilbudet skulle være fremsat af seriøse konkurrenter, men også af betydelige konkurrenter på samme niveau som Roche, eller endog at tilbudene skulle være sammenlignelige, ikke alene med hensyn til produktets kvalitet, men også med hensyn til kontinuiteten i tilbudet, hvilket forstærker eksklusiviteten, idet mere fordelagtige, men lejlighedsvis tilbud udelukkes;

i andre tilfælde var det aftalt, at tilbudet skulle være fremsat af producenter uden medvirken af mæglere eller agenter, hvilket indebar, at ikke-europæiske konkurrenter, som opererede på markedet gennem handelshuse, blev udelukket fra markedet, således som dette er påvist i forbindelse med den gennemgang af markedsandelene, som parterne har foretaget efter anmodning fra Domstolen;

i en række af kontrakterne var den engelske klausul direkte knyttet til et tilsagn fra Roche om at ville anvende de mest fordelagtige priser »på det lokale marked«, dvs. at klausulen kun fik virkning inden for denne ramme, hvilket ikke alene begrænsede dens rækkevidde, men førte til en opdeling af markederne, som er uforenelig med fællesmarkedet.

106 I øvrigt ophævede den engelske klausul ikke den af loyalitetsbonusen følgende forskelsbehandling mellem købere, som var i samme situation, men som behandledes forskelligt, alt efter om de forbeholdt sig ret til frit at vælge deres forsyningskilder.

107 Det bør herved fremfor alt bemærkes, at den engelske klausul selv på de gunstigste betingelser ikke mærkbart afbøder den konkurrencefordrejning, som følger af aftalebestemmelser om eksklusive købsforpligtelser og om loyalitetsbonus på et marked, hvor der findes en dominerende virksomhed, og hvor konkurrencestrukturen derfor allerede er afsvækket;

eftersom kunderne jo efter den engelske klausul havde pligt til at give Roche meddelelse om mere fordelagtige tilbud fra konkurrenternes side og til at give de ovenfor nævnte nærmere oplysninger, således at Roche uden vanskelighed kunne identificere konkurrenten, gav klausulen efter sit indhold sagsøgerne rådighed over oplysninger om markedssituationen og om konkurren-

ternes muligheder og initiativer, som var særdeles værdifulde for Roche's egen markedsstrategi;

endvidere kan det forhold, at en dominerende virksomhed af sine kunder kræver eller opnår, at de ved kontrakt forpligter sig til at give virksomheden meddelelse om konkurrenters tilbud, medens kunderne kan have en åbenbar forretningsinteresse i ikke at give meddelelse om tilbudene, medføre, at misbruget af den dominerende stilling forstærkes;

endelig var det som følge af den engelske klausuls virkemåde overladt til Roche selv at bestemme, om selskabet ved at tilpasse sine priser ville tillade, at der opstod konkurrence;

108. Roche kunne således ved hjælp af oplysninger fra sine egne kunder variere sin markedsstrategi over for kunderne og over for konkurrenterne;

det følger af alle disse forhold, at Kommissionens vurdering, som gik ud på, at de omtvistede kontrakter trods de engelske klausuler måtte betragtes som misbrug af en dominerende stilling, beror på en korrekt fortolkning og anvendelse af traktatens artikel 86.

Afdeling 6: Anvendelse af de fastlagte kriterier på de omtvistede kontrakter (bortset fra kontrakterne med Unilever og Merck)

- 109 De kontrakter, som indeholdt en udtrykkelig eksklusivitetsforpligtelse vedrørende hele (Afico, Dawe's, Organon, Provimi, Ralston Purina, Upjohn) eller en meget betydelig procentdel (Animedica Deutschland, Animedica International, American Cyanamid, Guyomarc'h) af købernes samlede vitaminbehov eller deres behov for bestemte, udtrykkeligt angivne vitamingrupper, opfylder kriterierne for, at der er udvist den ovenfor beskrevne konkurrencebegrænsende adfærd, som udgør et misbrug af en dominerende stilling;

det samme gælder de kontrakter, hvorved køberne forpligtede sig til at forbeholde Roche leverancerne til dækning af »den overvejende del« (major part, überwiegender Teil) af deres behov (Beecham, Pauls and Whites, Nitrovit, Isaac Spencer, Ramikal og Trouw), så meget mere som denne mindre

bindende ordning, som påvist ovenfor, forstærkedes ved hjælp af bonusydelse, som var specielt udformet med dette formål for øje.

- 110 Det samme må være tilfældet for de kontrakter, om hvilke det ganske vist ikke er sikkert, at de indeholdt en bindende købsforpligtelse, men som — ved hjælp af de bonusydelser, der er gennemgået i det foregående — indebar en stærk tilskyndelse til udelukkende at dække hele eller en del af vitaminbehovet eller behovet for bestemte vitamingrupper hos Roche;

Kommissionen antog med rette (i beslutningens nr. 11 og 24), at denne tilskyndelse yderligere forstærkedes af, at bonusydelsen var knyttet til indkøbene som et hele for de forskellige vitamingrupper, således at den køber, der — rent bortset fra den engelske klausul, hvis rækkevidde er behandlet i det foregående — ønskede at købe et enkelt vitamin hos en konkurrerende producent, ikke desto mindre ville være forhindret deri, fordi han derved ville miste sin bonus for senere indkøb af alle andre vitaminer hos Roche;

- 111 i betragtning af, at de forskellige vitamingrupper — hvilket såvel sagsøgerne som Kommissionen har indrømmet — ikke er substituerbare, og at de hører til særskilte markeder, er bonussystemets binding til samtlige indkøb endvidere et misbrug som omhandlet i artikel 86, stk. 2, litra d), som angår det forhold, »at det stilles som vilkår for indgåelse af en aftale, at medkontrahenten godkender tillægsydelser, som efter deres natur eller ifølge handels-sædvane ikke har forbindelse med aftalens genstand«;

det skal endelig bemærkes, at selv om køberens misligholdelse af sin købsforpligtelse som anført af Roche ikke medførte, at køberen blev usat for sagsanlæg i anledning af kontraktbrud, men kun bevirkede, at køberen mistede den tilsagte rabat, indebar kontrakterne dog altid en så stærk tilskyndelse til udelukkende at indkøbe hos Roche, at de alene af denne årsag må betragtes som misbrug af en dominerende stilling.

Afdeling 7: Anvendelse af de fastlagte kriterier på kontrakterne med Merck og Unilever

a) Kontrakterne med Merck

112 Roche afsluttede tre kontakter om leverancer til Merck, den første af 5. juli 1971 om B₆-vitaminer, den anden af 3. marts 1972 om A-vitaminer og den tredje af samme dato om E-vitaminer;

113 i indledningen til den første af kontrakterne, som vedrørte et produkt, for hvilket sagsøgerne havde en markedsandel på omkring 80 %, hedder det, at »Roche om kort tid vil fordoble kapaciteten i sine produktionsanlæg — som for øjeblikket udgør ca. 500 tons om året — og derfor har interesse i at dække en del af Merck's behov« og at »Merck på de betingelser, der er aftalt i det følgende, vil dække sine behov hos Roche, for så vidt de måtte overstige Merck's nuværende kapacitet på ca. 200 tons pr. år«

ifølge kontraktens artikler 6 og 7 skulle Merck betale gennemsnittet af prisen ved salg af samme produkt til tredjemand med fradrag af en bonus på 20 %, dog således, at Roche under alle omstændigheder ville »indrømme Merck de mest fordelagtige priser og/eller vilkår«;

ifølge kontraktens artikel 12 var det Merck forbudt at videresælge vitaminerne til Roche's konkurrenter uden Roche's samtykke;

ifølge kontraktens artikel 11 forpligtede Roche sig til udelukkende at foretage indkøb af »pyridoxal-5-phosphorsyreestere« hos Merck, og Merck forpligtede sig til at dække hele Roche's behov for dette produkt på samme vilkår som aftalt for Merck's forsyning med B₆-vitamin;

kontrakten var ifølge dens artikel 13 afsluttet for 5 år og kunne derefter stiltiende forlænges for to år ad gangen;

kontrakten indeholdt ingen såkaldt engelsk klausul.

114 De to andre kontrakter, som bar datoen 3. marts 1972, og som vedrørte Merck's forsyninger med A- og E-vitamin, var i det væsentlige af samme karakter som den netop omtalte kontrakt;

de adskilte sig indbyrdes derved, at kontrakten om E-vitaminerne indledningsvis indeholdt en udtalelse om, at »Roche . . . om kort tid [skal] udvide

sine anlæg til produktion af E-vitaminer væsentligt og . . . derfor [ønsker] at dække Merck's normale forsyning, medens kontrakten om A-vitaminer ikke indeholdt nogen udtalelse af denne art;

de to kontrakter af 3. marts 1972 indeholdt — til forskel fra kontrakten af 5. juli 1971 — ikke eksklusivbestemmelser om gensidige leverancer, men en klausul, hvorefter Merck blev frigjort for sin eksklusive købsforpligtelse, såfremt Merck modtog et mere favorabelt tilbud, og Roche ikke tilpassede sine priser dertil;

endelig indeholdt disse to kontrakter et forbud mod, at Merck videresolgte de af kontrakterne omfattede vitaminer til Roche's konkurrenter uden samtykke fra Roche.

- 115 Det fremgår af de beskrevne særlige forhold, at Merck's eksklusive købsforpligtelser for B₆- og E-vitaminernes vedkommende havde til formål på forhånd at sikre Roche fast afsætning af en produktion, som Roche planlagde at udvide, og at undtage i det mindste en ikke ubetydelig del af denne øgede produktion fra de risici, der er forbundet med konkurrencen;

en eksklusiv købsforpligtelse af denne art og af denne varighed til fordel for en virksomhed, der indtager en dominerende stilling, er et misbrug som omhandlet i traktatens artikel 86 fra denne virksomheds side;

medens samme formål ikke fandt udtryk i kontrakten om A-vitaminer, og det ikke er udelukket, at denne kontrakt — som det kan formodes på baggrund af en række strenge tekniske specifikationer i kontrakten — opfyldte Merck's ønske om at sikre sig regelmæssige og konstante forsyninger af et produkt, som Merck kun selv fremstillede i små mængder, ændrer denne omstændighed ikke derved, at det for en virksomhed, som indtager en dominerende stilling, er forbudt at binde købere til sig ved hjælp af eksklusive købsforpligtelser, særlig for så lange tidsrum som aftalt i den her omhandlede kontrakt;

denne eksklusive købsforpligtelse i forbindelse med meget betydelige bonusydelse (efter omstændighederne fra 12,5 til 20 % (A-vitamin), fra 15 til 20 % (E-vitamin) og 20 % (B₆-vitamin)) og i forbindelse med et forbud mod videresalg til vitaminproducenter er udtryk for en hensigt til at begrænse konkurrencen.

- 116 Det bør herved bemærkes, at der i tilfælde som de foreliggende, særlig med hensyn til kontrakten af 5. juli 1971, som indeholdt gensidige eksklusive købsforpligtelser, kan rejses det spørgsmål, om ikke den omtvistede adfærd falder ind under traktatens artikel 85, i påkommende tilfælde artikel 85, stk. 3;

at kontrakter af denne art kan falde ind under artikel 85, særlig artikel 85, stk. 3, udelukker imidlertid ikke, at artikel 86 kan finde anvendelse, idet denne bestemmelse udtrykkeligt omfatter situationer, som åbenbart udspringer af kontaktforhold, således at det i disse tilfælde står Kommissionen frit for at gennemføre proceduren i henhold til artikel 85 eller i henhold til artikel 86, navnlig under hensyn til arten af de gensidige forpligtelser og kontrahenternes konkurrencemæssige stilling på det eller de pågældende markeder.

b) Kontrakterne med Unilever

- 117 Roche afsluttede tre kontrakter med Unilever den 9. januar 1974;
- 118 den første af disse kontrakter, der blev afsluttet af Food Industries Ltd. på Unilever's vegne med Roche's datterselskab i Det forenede Kongerige, indeholdt en angivelse af køberens behov for syntetiske A-vitaminer af typen b, der blev anslået til 130-134 tusinde milliarder (m.m.) internationale enheder for året 1974;

det var endvidere aftalt, at kontrakten skulle fortsætte i 1975, og at køberen følgelig skulle meddele sine anslåede behov senest i december 1974;

den anden kontrakt, som blev afsluttet mellem samme parter, angik leverancer af A-vitaminer, bortset fra A-vitaminer af typen b, og indeholdt i øvrigt samme bestemmelser som den første kontrakt;

den tredje kontrakt blev afsluttet direkte mellem Roche, Basel, og Unilever Inkoop Mij, Rotterdam, og bestemte, at Roche »agreed to supply the requirements of your group (Continent only) for the following products: vitamin A for margarine about 30 m.m. in 1974, between 27 and 33 m.m. in 1975; Beta-carotene (all forms) about 6 000 kg in 1974; between 5 400 kg and 6 600 kg in 1975«;

- 119 de tre kontrakter indeholdt bestemmelser om de aftalte priser, for kontrakterne med Food Industries Ltd. i øvrigt suppleret med en valutakursklausul;

der var ifølge kontrakterne ikke aftalt bonusydelse, men i de to kontrakter med Food Industries afgav Roche en forsikring om over for Unilever at ville beregne den absolut mest fordelagtige pris, som forlangtes over for tredjemand, medens det i kontrakten mellem Roche, Basel, og Unilever, Rotterdam, var aftalt, at Roche skulle tilpasse sine priser til mere fordelagtige tilbud, som Unilever måtte modtage fra konkurrerende firmaer, eller give Unilever tilladelse til at købe den pågældende mængde hos konkurrenterne.

- 120 Som kontrakterne var affattet, er der ingen tvivl om, at de vedrørte dækningen af Unilever's samlede behov for det pågældende vitamin i 1974 og 1975;

da kontrakterne indeholdt en formel eksklusiv købsforpligtelse, er spørgsmålet om, hvorvidt de var suppleret med bonusydelse, ikke afgørende for, hvorledes kontrakterne skal betragtes i forhold til traktatens artikel 86;

at Roche's medkontrahent selv var en meget stor virksomhed, og at kontrakten helt åbenbart ikke blev afsluttet efter pres fra Roche's side, udelukker ikke, at der forelå et misbrug af en dominerende stilling, idet misbruget i det foreliggende tilfælde bestod i, at der ved hjælp af købseksklusiviteten blev gjort yderligere indgreb i konkurrencestrukturen på et marked, hvor konkurrencen allerede var afsvækket som følge af, at der fandtes en virksomhed, som indtog en dominerende stilling;

kontrakter af denne art kan eventuelt være tilladte, men da kun inden for rammerne af og på de betingelser, der er nævnt i traktatens artikel 85, stk. 3, og ingen af parterne har anset det for påkrævet at anvende denne mulighed.

- 121 Gennemgangen af de omtvistede kontrakter, såvel med Merck som med Unilever, har ikke frembragt særlige omstændigheder, som kan medføre, at kontrakterne falder uden for misbrugsbegrebet, som principielt omfatter enhver eksklusiv købsforpligtelse til fordel for en virksomhed, der indtager en dominerende stilling.

III — Konkurrencebegrænsningen og påvirkningen af samhandelen mellem medlemsstater

122 Sagsøgerne har bestridt, at prisforskellen over for de forskellige kunder som følge af loyalitetsbonussen, der blev ydet, alt efter om kunderne gik ind på udelukkende at modtage forsyninger fra Roche, skulle kunne stille kunderne ringere i konkurrencen som nævnt i traktatens artikel 86, litra c), idet denne forskel kun kunne have mærkbar indvirkning på den indbyrdes konkurrence mellem Roche's kunder;

dernæst har sagsøgerne i replikken, så vidt ses, hævdet, at den omtvistede adfærd ikke kunne påvirke handelen mellem medlemsstater.

123 For det første spørgsmåls vedkommende fremgår den betydning, som Roche selv tillagde bonusydelse, klart såvel af kontraktens ordlyd som af bemærkningerne i de nævnte Management Informations og i referatet af mødet mellem Unilever og Roche den 11. december 1972 i London;

under disse omstændigheder kan det ikke antages, at bonusydelse ingen betydning havde for kunderne;

da der desuden er tale om en adfærd, som udvises af en virksomhed, der indtager en dominerende stilling på et marked, hvor konkurrencestrukturen allerede af den grund er svækket, kan enhver yderligere begrænsning af denne konkurrencestruktur inden for anvendelsesområdet for artikel 86 udgøre et misbrug af en dominerende stilling.

124 Med hensyn til påvirkningen af samhandelen mellem medlemsstater står det for det første fast, at markedet for hvert af de pågældende vitaminer omfattede hele Fællesskabets område bestående først af 6, derefter af 9 medlemsstater;

125 forbudene i artiklerne 85 og 86 skal dernæst fortolkes og anvendes på baggrund af traktatens artikel 3, litra f), hvorefter Fællesskabets virke skal indebære gennemførelse af en ordning, der sikrer, at konkurrencen inden for fællesmarkedet ikke fordrejes, og på baggrund af traktatens artikel 2, hvorefter Fællesskabet har til opgave at fremme en harmonisk udvikling af den økonomiske virksomhed inden for fællesmarkedet som helhed;

når det i artikel 86 forbydes at misbruge en dominerende stilling på markedet i den udstrækning, samhandelen mellem medlemsstater herved kan påvirkes, vedrører dette således ikke alene en praksis, som direkte kan forvolde forbrugerne skade, men også adfærdsmåder, som indirekte forvolder dem skade ved at påvirke en effektiv konkurrencestruktur som den, der skal skabes ifølge traktatens artikel 3, litra f);

126 i øvrigt indebar en del af de engelske klausuler allerede efter deres ordlyd, at der opretholdtes en opdeling af markederne, som navnlig gav mulighed for at beregne forskellige priser fra medlemsstat til medlemsstat, og denne konstatering bekræftes af det ovenfor anførte forhold, at prisudsvingene for samme vitamin i samme tidsrum varierede mærkbart fra medlemsstat til medlemsstat.

127 Det følger af det anførte, at den omtvistede adfærd både kunne begrænse konkurrencen og påvirke samhandelen mellem medlemsstater.

Fjerde anbringende: Bøden

a) Sanktionsnormernes ubestemte karakter

128 Sagsøgerne har anført, at Kommissionen som følge af, at begreberne »dominerende stilling« og »misbrug« af en sådan stilling i traktatens artikel 86 er af generel og ubestemt karakter, først kunne pålægge sagsøgerne bøder for overtrædelse af bestemmelsen, når disse begreber dels gennem administrativ praksis dels gennem retspraksis var blevet tilstrækkeligt konkretiserede til, at de retsundergivne vidste, hvad de havde at rette sig efter.

129 Ifølge traktatens artikel 87 skulle Rådet vedtage de nødvendige bestemmelser med henblik på især »ved indførelse af bøder og tvangsbøder at sikre overholdelsen af de i artikel 85, stk. 1, og artikel 86 nævnte forbud«;

til gennemførelse af denne bestemmelse udstedte Rådet forordning nr. 17 af 6. februar 1962, hvori det i artikel 15, stk., 2 bestemmes, at Kommissionen ved beslutning kan pålægge virksomheder og sammenslutninger af virksom-

heder bøder på indtil en vis størrelsesorden, som er nærmere angivet i bestemmelsen, såfremt de forsætligt eller uagtsomt overtræder bestemmelserne i traktatens artikel 85, stk. 1 eller artikel 86;

på den anden side kan Kommissionen ifølge samme forordnings artikel 2 »efter begæring fra de deltagende virksomheder og sammenslutninger af virksomheder fastslå, at der ikke efter de forhold, Kommissionen har kendskab til, findes anledning til i medfør af traktatens artikel 85, stk. 1, eller artikel 86 at skride ind mod en aftale, vedtagelse eller samordnet praksis«;

- 130 siden 1962 har virksomhederne således vidst, dels at de udsætter sig for bøde, hvis de overtræder forbudene i artikel 86, dels at de gennem en særlig procedure kan få oplysning om forbudenes anvendelsesområde for deres eget vedkommende;

i øvrigt er disse forbud og betingelserne for, at de finder anvendelse, efter deres art og på trods af de nødvendigvis generelle udtryk, der anvendes i artikel 86, ikke af ubestemt eller uklar karakter;

- 131 På grundlag af den tidligere anvendelse af bestemmelsen i traktatens artikel 86 havde den i det tidsrum fra 1970 til 1974, som Kommissionen lagde til grund for fastsættelsen af bøden, opnået en i så vidt omfang tilstrækkelig grad af klarhed, at Roche med rimelighed kunne lægge den til grund for sin adfærd både med hensyn til selskabets dominerende stilling og med hensyn til den omtvistede praksis;

- 132 artikel 86 indgår, for så vidt som den omfatter det forhold, at der foreligger en dominerende stilling, og forbyder, at denne stilling misbruges, i et system af bestemmelser — herunder traktatens artikel 3, litra f), artikel 37, stk. 1, artikel 40, stk. 3, andet afsnit og artiklerne 85 og 90 — som alle har til formål at etablere en effektiv og ufordrejet konkurrence på et marked, som har karakter af et enhedsmarked;

når udtrykkene »dominerende stilling« og »misbrug« anvendes i artikel 86, henviser bestemmelsen i øvrigt til begreber, som ikke er nye, men som allerede i det væsentlige er konkretiserede gennem den praksis, der er fastlagt af

de myndigheder, der i de fleste medlemsstater har til opgave at føre kontrol med og at bekæmpe konkurrencebegrænsende adfærd;

- 133 særlig med hensyn til begrebet dominerende stilling kan det for en kyndig erhvervsdrivende ikke give anledning til tvivl, at store markedsandele, selv om de ikke nødvendigvis og i alle tilfælde er det eneste afgørende indicium for, at der foreligger en dominerende stilling, dog i denne henseende har en stor betydning, som den erhvervsdrivende nødvendigvis må tage i betragtning i sin markedsadfærd;

denne vurdering af rækkevidden af artikel 86 frembød for Roche, i hvert fald for de fleste relevante marketers vedkommende, ingen uklarhed eller endog rimelig usikkerhed;

- 134 med hensyn til, om loyalitetsbonusydelse var forenelig med forbudet i artikel 86, var der ingen uklarhed forbundet med, at denne bestemmelse fandt anvendelse på et eksklusivt købssystem og et bonussystem som det, der var udarbejdet af sagsøgerne, hvilket ikke alene fremgik af de erfaringer, som enhver virksomhed af sagsøgernes størrelse med aktiviteter inden for hele fællesmarkedet måtte have med hensyn til den praksis, der fulgtes af de myndigheder, der forvalter konkurrencereglerne i medlemsstaterne, men også fremgik af den præcise formulering af artikel 86, litra b) om begrænsning af afsætningen, af artikel 86, litra d), hvorefter det er forbudt at stille som vilkår for indgåelse af en aftale, at medkontrahenten godkender tillægsydelser, som ikke har forbindelse med aftalens genstand, og i særdeleshed af artikel 86, litra c) om anvendelse af ulige vilkår for ydelser af samme værdi over for handelspartnere;

det kan så meget desto mindre antages, at den hævdede uklarhed bestod, som en opmærksom erhvervsdrivende måtte regne med, at bestemmelsen muligvis eller endog sandsynligvis ville finde anvendelse, og idet det ved hjælp af artikel 2 i forordning nr. 17 i tvivlstilfælde var muligt på forhånd at få afklaret, om artikel 86 fandt anvendelse, uden at sagsøgerne dog mente at burde gøre brug af denne mulighed for at opnå den retssikkerhed, som de har anket over, at de ikke havde.

- 135 Sagsøgerne har endelig henvist til Kommissionens beslutning af 5. december 1969 (JO L 323, s. 21) om en procedure i henhold til EØF-traktatens artikel 85 (IV-24.470-1, Pirelli/Dunlop);

sagsøgerne har anført, at det af denne beslutning fremgår, at gensidige eksklusive købsaftaler er tilladte, såfremt der til aftalerne er knyttet en engelsk klausul.

- 136 Den anførte beslutning vedrørte imidlertid en aftale mellem to virksomheder, som ikke indtog en dominerende stilling på markedet, og den vedrørte endvidere det forhold, at hver af virksomhederne skulle fremstille dæk for den anden parts regning med det formål at gøre det lettere for hver af virksomhederne at trænge ind på den anden parts marked;

desuden var klausulen om tilpasning af priserne i Dunlop/Pirelli-aftalen ikke knyttet til de talrige begrænsninger og vilkår, som fandtes i Roche's kontrakter, og som i overordentlig høj grad begrænsede klausulens rækkevidde;

en markedsdominerende virksomhed kunne ikke med rimelighed tro, at en negativttest, der var blevet meddelt under sådanne omstændigheder, kunne danne præcedens for virksomhedens egen adfærd i forbindelse med artikel 86;

- 137 det følger af disse betragtninger, at anbringendet vedrørende den ubestemte karakter af de i artikel 86 anvendte begreber må forkastes.

b) Anvendelsen af artikel 15 i forordning nr. 17

- 138 Sagsøgerne har endvidere gjort gældende, at det fremgår af sagsakterne som helhed samt af sagsøgernes adfærd, at det ikke kan antages, at de har handlet forsætligt eller uagtsomt, idet de for det første ikke mente, at de indtog en dominerende stilling på de relevante markeder og for det andet var af den opfattelse, at de omtvistede kontrakter var forenelige med traktatens artikel 86.

- 139 Forslagene og instruktionerne i Management Information og i de øvrige interne dokumenter angående betydningen og de forventede virkninger af eksklusivtetaftaler og af et loyalitetsbonussystem med det formål at fastholde Roche's markedsandele viser, at sagsøgerne forsætligt fulgte en salgspolitik, som havde til formål at hindre nye konkurrenter i at få adgang til markederne;

den betydelige stigning fra 1970 af antallet af kontrakter, som indeholdt regler om købseksklusivitet eller en tilskyndelse til købseksklusivitet, bekræfter, at der forelå et forsætligt forhold;

desuden indebærer størrelsen af sagsøgernes markedsandele, i alle tilfælde for de fleste vitamigrupperes vedkommende, at sagsøgernes opfattelse af, at de ikke indtog en dominerende stilling, kun kunne være resultatet af, enten af de havde foretaget en utilstrækkelig undersøgelse af strukturen på de markeder, de virkede på, eller af, at de ikke ville tage disse strukturer i betragtning;

under disse omstændigheder er betingelserne for at anvende artikel 15 i forordning nr. 17 derfor opfyldt.

c) Bødens størrelse

- 140 Det fremgår af sagens behandling, at Kommissionen har foretaget en urigtig vurdering med hensyn til sagsøgernes dominerende stilling på markedet for vitaminerne i gruppe B₃;

med hensyn til de markedsandele, som er udtryk for en dominerende stilling, er der fra Kommissionens side kun fremlagt nøjagtige oplysninger for årene 1972, 1973, 1974 og i et vist omfang 1971, hvorfor varigheden af den overtrædelse, der skal lægges til grund for fastsættelsen af bøden, bør nedsættes til et tidsrum, som kun omfatter lidt mere end tre år, og som således er kortere end det tidsrum på fem år, som Kommissionen har lagt til grund;

endelig står det fast, at Roche allerede under den administrative procedure erklærede sig rede til at ændre kontrakterne og faktisk ændrede dem i samråd med Kommissionen;

- 141 i betragtning af disse omstændigheder bør bøden nedsættes, og den kan passende fastsættes til 200 000 regningsenheder eller 732 000 DM, idet sagsøgte i øvrigt frifindes.

Vedrørende sagsomkostningerne

- 142 I henhold til procesreglementets artikel 69, stk. 2 dømmes den part, der taber sagen, til at afholde sagsomkostningerne, hvis der er nedlagt påstand herom;

i henhold til samme artikels stk. 3 kan Domstolen ophæve sagsomkostningerne helt eller delvis, hvis hver af parterne henholdsvis taber eller vinder på et eller flere punkter, eller hvor der foreligger ganske særlige grunde;

da hver af parterne har tabt på visse punkter, bør sagsomkostningerne derfor ophæves.

På grundlag af disse præmisser
udtaler og bestemmer

DOMSTOLEN

1. Den bøde på 300 000 regningsenheder eller 1 098 000 DM, som i artikel 3, stk. 1 i Kommissionens beslutning (IV/29.020) af 9. juni 1976 blev pålagt Hoffmann-La Roche & Co. AG, nedsættes til 200 000 regningsenheder eller 732 000 DM.
2. I øvrigt frifindes sagsøgte.
3. Hver part bærer sine omkostninger.

Kutscher Mertens de Wilmars Mackenzie Stuart Donner Pescatore
Sørensen O'Keeffe Bosco Touffait

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 13. februar 1979.

A. Van Houtte
Justitssekretær

H. Kutscher
Præsident

INDHOLDSFORTEGNELSE

Sagfremstilling

I — De faktiske omstændigheder og retsforhandlingerne	465
A — Vitaminmarkedets struktur	465
B — Sagsøgernes adfærd	467
C — Sagsøgernes dominerende stilling på markedet	467
D — Misbruget	468
E — Bøden	468
II — Parternes påstande	469
III — Parternes søgsmålsgrunde og indsigelser	469
Første anbringende: Overtrædelse af det almindelige princip om sanktionsnormers bestemthed	469
Andet anbringende: Overtrædelse af procedureforskrifter (fair play)	471
Tredje anbringende: Overtrædelse af artikel 18 i forordning nr. 17	474
Fjerde anbringende: Overtrædelse af artikel 86, urigtig fortolkning og anvendelse af begreberne »dominerende stilling« og »misbrug«	475
A — Dominerende stilling	475
I — Argumentationen vedrørende Kommissionens analyse af markedsstrukturen	475
1) Roche's markedsandele	475
2) Det udbudte udvalg af vitaminer	475
3) Det forhold, at Roche var verdens største producent af vitaminer, og at Roche's omsætning oversteg omsætningen hos samtlige andre producenter tilsammen	475
4) Antallet af konkurrenter	475
5) Det teknologiske forspring	475
6) Handelsnettet	475
7) Den potentielle konkurrence	475
8) Adgangen til forsyningsmarkederne	476
II — Sagsøgernes markedsadfærd og resultaterne af denne	487

B — Misbrug	493
I — Faktiske omstændigheder	493
II — Den engelske klausul	495
III — Eksklusiviteten som misbrug	497
IV — Forskelsbehandling	500
Femte anbringende: Overtrædelse af artikel 15 i forordning nr. 17 (beslutningens artikel 3)	500
IV — Parternes svar på Domstolens spørgsmål	502
A — De dokumenter, der ønskedes fremlagt	502
B — Markedsandelene	502
C — De omtvistede kontrakter og den konkurrencebegrænsende virkning af kontrakterne	507
V — Mundtlige forhandlinger	508

Præmisser

Problemstilling	508
Første anbringende: Overtrædelse af princippet om sanktionsnormers bestemthed og klarhed	510
Andet anbringende: Mangler ved den administrative procedure	510
Tredje anbringende: Overtrædelse af traktatens artikel 86	514
I — Spørgsmålet om der forelå en dominerende stilling	514
Afdeling 1: Afgrænsning af de relevante markeder	514
Afdeling 2: De relevante markeders struktur	517
Afdeling 3: Betydningen af de indicier for en dominerende stilling, som Kommissionen har lagt til grund	519
Afdeling 4: Anvendelse af de relevante kriterier på de forskellige vitamigrupper	525
a) A-vitamingruppen	525
b) B ₂ -vitamingruppen	526
c) B ₃ -vitamingruppen	527
d) B ₆ -vitamingruppen	528
e) C-vitamingruppen	529
f) E-vitamingruppen	530
g) H-vitamingruppen	531
h) Sammenfatning	531
Afdeling 5: Sagsøgernes markedsadfærd	531

II — Misbrug af en dominerende stilling	535
Afdeling 1: Indledende bemærkninger	535
Afdeling 2: Gennemgang af kontrakterne	538
Afdeling 3: De eksklusive købsforpligtelser og bonusordningerne vurderet i forhold til traktatens artikel 86	539
Afdeling 4: Bonusydelsernes art	541
a) Kontrakter med en fast procentsats	541
b) Kontrakter med stigende procentsats	542
Afdeling 5: Den engelske klausul	544
Afdeling 6: Anvendelse af de fastlagte kriterier på de omtvistede kontrakter (bortset fra kontrakterne med Unilever og Merck)	546
Afdeling 7: Anvendelse af de fastlagte kriterier på kontrakterne med Merck og Unilever	548
a) Kontrakterne med Merck	548
b) Kontrakterne med Unilever	550
III — Konkurrencebegrænsningen og påvirkningen af samhandelen mellem medlemsstater	552
Fjerde anbringende: Bøden	553
a) Sanktionsnormernes ubestemte karakter	553
b) Anvendelsen af artikel 15 i forordning nr. 17	556
c) Bødens størrelse	557
Vedrørende sagsomkostningerne	557