

onderneming die de machtspositie inneemt zijn prijzen niet naar zulk een offerte richt, gerechtigd zijn zich bij de concurrenten te bevoorraden.

8. Getrouwheidskortingen leiden ertoe dat er jegens handelspartners bij gelijkwaardige prestaties ongelijke voorwaarden worden toegepast, immers

twee kopers van een zelfde hoeveelheid van een zelfde produkt betalen een verschillende prijs naar gelang zij zich uitsluitend bevoorraden bij de onderneming die de machtspositie inneemt dan wel voor hun bevoorrading uit verschillende bron putten.

In de zaak 85/76

FIRMA HOFFMANN-LA ROCHE & Co. AG te Bazel, ten deze vertegenwoordigd door A. Deringer, en J. Sedemund, advocaten te Keulen, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg bij E. Arendt, postbus 39 aldaar,

verzoekster,

tegen

COMMISSIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN te Brussel, ten deze vertegenwoordigd door haar juridisch adviseur E. Zimmermann en domicilie gekozen hebbende te Luxemburg bij M. Cervino (Bâtiment Jean Monnet),

verweester,

betreffende verzoek tot nietigverklaring van de beschikking van de Commissie van 9 juni 1976 inzake een procedure op grond van artikel 86 van het EEG-Verdrag (IV/29.020 — vitaminen),

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE,

samengesteld als volgt: H. Kutscher, president, J. Mertens de Wilmars en Mackenzie Stuart, kamerpresidenten, A. M. Donner, P. Pescatore, M. Sørensen, A. O'Keeffe, G. Bosco en A. Touffait, rechters,

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

het navolgende

ARREST

De feiten

De feiten en de schriftelijk voorgedragen argumenten van partijen kunnen worden samengevat als volgt:

I — De feiten en het procesverloop

In haar beschikking van 9 juni 1976 (PB nr. L 223 van 16 augustus 1976, blz. 27) heeft de Commissie, verweerster in het hoofdgeding, vastgesteld dat de vennootschap Hoffmann-La Roche & Co. AG te Bazel (hierna te noemen: Roche), verzoekster, inbreuk heeft gemaakt op artikel 86 van het Verdrag „door overeenkomsten te sluiten welke voor de kopers de verplichting, of — via de toepassing van getrouwheidspremies — een aansporing inhielden om Hoffmann-La Roche exclusiviteit of preferentie te verlenen voor de dekking van al hun behoeften aan vitaminen of het grootste gedeelte daarvan”.

Artikel 2 van de beschikking verklaart verweerster gehouden onmiddellijk een einde aan de vastgestelde inbreuk te maken, terwijl haar in artikel 3 een geldboete van 300 000 rekeneenheden of DM 1 098 000 wordt opgelegd.

Het beroep strekt tot nietigverklaring van de gehele beschikking, subsidiair tot nietigverklaring van artikel 3 der beschikking.

De beschikking betreft 26 overeenkomsten, door Roche gesloten met 22 met name genoemde ondernemingen die zich op de gemeenschappelijke markt toelegen op de produktie en/of verkoop van vitaminen voor gebruik door de farmaceutische industrie (25 %), voor menselijke voeding (15 %) dan wel om aan dierlijke voeding te worden toegevoegd (60 %).

Volgens de bestreden beschikking zouden de dertien verschillende groepen vitaminen als afzonderlijke markten zijn te beschouwen. Roche, die 's werelds grootste fabrikant van niet-verpakte vitaminen zou zijn, vervaardigt acht van de dertien groepen (A, B₁, B₂, B₃ — pantotheenzuur —, B₆, C, E en H — biotine — en treedt op de markt op als wederverkoper van de andere groepen (B₁₂, D, K, M — folinezuur — en PP).

Al die vitaminen worden gebruikt vanwege hun bionutritieve eigenschappen. Vitaminen C en E worden voorts gebruikt vanwege hun chemische eigenschappen (technologisch gebruik), en wel vooral als anti-oxydants en als fermenteermiddel. Voor zover het om bionutritief gebruik gaat, zou Roche geen mededinging van andere produkten ondervinden, hetgeen niet zou gelden voor het technologische gebruik.

De bestreden beschikking betreft de markten voor zeven van de acht groepen die Roche fabriceert; zij heeft alleen geen betrekking op vitaminen B₁. Op ieder van de zeven markten zou verzoekster een machtspositie innemen waarvan zij door het sluiten van de omstreden overeenkomsten opzettelijk of door onachtzaamheid misbruik zou hebben gemaakt.

De beschikking berust op de navolgende feiten en omstandigheden:

A — Structuur van de vitaminemarkt

a) Bij onderzoek van de structuur van de produktie en het aanbod van vitaminen

blijkt dat de produktie van voornoemde dertien groepen ieder afzonderlijk zeer aanzienlijke investeringen vereist, alsook voor iedere groep goeddeels specifieke en zeer gespecialiseerde uitrustingen. De capaciteit der fabrieken wordt daarom bepaald aan de hand van de prognoses over de groei der behoeften over tien jaar, hetgeen ondanks het feit dat de vitaminemarkt zich in een krachtige expansie bevindt, tot mondiale overcapaciteit zou hebben geleid.

b) Roche zou niet slechts mondiaal, maar ook binnen de gemeenschappelijke markt de belangrijkste fabrikant zijn en het grootste aantal groepen vitaminen produceren (alleen Philips-Duphar zou nog meer groepen produceren, maar die produktie zou voor bepaalde groepen te verwaarlozen zijn).

Berekend op grondslag van de omzetcijfers der fabrikanten, zou Hoffmann-La Roche binnen de gemeenschappelijke markt voor de groepen vitaminen die de betrokken markten vormen, de navolgende marktaandeelen bezitten (vgl. punt 26 van de beschikking):

- Vitamine A: 47 % — de tweede fabrikant zou slechts iets meer dan de helft van dit percentage halen —;
- Vitamine B₂: 86 % — het resterend marktaandeel zou over een aantal producenten verdeeld zijn —;
- Vitamine B₃ (pantotheenzuur): 64 % — een andere fabrikant zou goed zijn voor 30 % —;
- Vitamine B₆: 95 %;
- Vitamine C: 68 % — de tweede fabrikant zou een marktaandeel hebben dat minder dan een vierde van dat van Roche bedraagt —;
- Vitamine E: 70 % — het marktaandeel van de tweede fabrikant zou minder zijn dan een derde van dat van Roche —;
- Vitamine H (biotine): 95 %.

Voor door Roche niet gefabriceerde, maar doorverkochte vitaminen zouden de cijfers zijn:

- Vitamine B₁₂: 13 %,
- Vitamine D: 10 %,
- Vitamine K: 10 %,
- Vitamine M (folinezuur): 47 %,
- Vitamine PP: 68 %.

Roche's omzet op de gemeenschappelijke markt vertegenwoordigde in 1974 65 % van de totale verkoop der door haar gefabriceerde vitaminen en 60 % van alle door haar verkochte vitaminen (produktie + doorverkoop).

Roche zou in de sector vitaminen dochtermaatschappijen hebben in België, Nederland, de Bondsrepubliek Duitsland, Italië, Frankrijk, Groot-Brittannië en Denemarken. De Duitse, de Franse en de Britse dochtermaatschappijen zouden zelf ook produceren.

In de beschikking wordt voorts gewag gemaakt van de technologische voorsprong die Roche op haar concurrenten zou hebben vanwege haar pioniersrol bij de synthetische samenstelling van een aantal vitaminen en als gevolg van het feit dat zij over een zeer uitgebreid en gespecialiseerd commercieel net beschikt.

c) De structuur van de vraag naar vitaminen binnen de gemeenschappelijke markt zou worden gekenmerkt door de omstandigheid dat ondanks een zeer geschakeerde vraag (Roche zou 5 000 klanten tellen), de mededinging der fabrikanten vooral een rol zou spelen bij de vraag van grote gebruikers en multinationale concerns die, op enkele uitzonderingen na, via grote bestellingen het gehele assortiment van de door Roche vervaardigde vitaminen opkopen. De 22 ondernemingen die met Roche de omstrede overeenkomsten hebben gesloten, hebben

in 1974 hoeveelheden aangekocht die ongeveer 26 % van Roche's verkopen binnen de gemeenschappelijke markt en 16 % van de totale verkopen (van alle fabrikanten en wederverkopers) op die markt vertegenwoordigden.

B — Verzoeksters gedrag

Roche zou sedert 1964 zogenaamde getrouwheidsovereenkomsten hebben gesloten die haar de exclusiviteit of de voorrang van grotendeels belangrijke klanten verzekerde. Volgens die overeenkomsten:

- zouden de kopers zich voor al hun behoeften aan de door Roche gefabriceerde vitaminen, of het grootste gedeelte daarvan, bij Roche bevoorraden;
- zou Roche leveren tegen de beste prijzen, geldende op de binnenlandse markt van de klanten;
- zou jaarlijks of twee maal per jaar aan de klanten die al hun behoeften of het grootste gedeelte daarvan bij Roche hadden gedekt, een op grondslag van alle aankopen berekend bedrag worden overgemaakt, welk bedrag zou hebben gevarieerd van 1 % tot 5 %, behalve voor één klant, wiens kortingen schommelden tussen 12,5 % en 20 %;
- zou in een zogenaamde Engelse clausule zijn bepaald dat de klanten Roche in kennis zouden stellen van offertes tegen lagere prijzen dan die van Roche, hun gedaan door andere „gerenommeerde” fabrikanten. Mocht Roche haar prijzen niet tot het peil van die offertes verlagen, dan zouden de klanten vrij zijn zich bij die fabrikanten te bevoorraden zonder de getrouwheidskorting voor de bij Roche gedane aankopen te verspeelen.

In verschillende interne stukken zouden de essentiële elementen van Roche's „getrouwheidssysteem” worden bevestigd en

blijken van de voordelen die dat systeem Roche oplevert.

Het gewraakte gedrag zou zijn verwezenlijkt door overeenkomsten tussen Roche en de moedervernootschappen der afnemers (multinationale contracten) dan wel tussen Roche's dochtermaatschappijen en afnemers gevestigd op het gebied waar die dochtermaatschappijen werkzaam zijn (nationale contracten). Met de 22 betrokken ondernemingen zouden 26 overeenkomsten (17 multinationale en 9 nationale contracten) zijn gesloten.

C — Verzoeksters machtspositie

Op de zeven betrokken markten (A, B₂, B₆, C, E, biotine (H) en pantotheenzuur (B₃)) zou Roche een machtspositie innemen als bedoeld in artikel 86 van het Verdrag; die machtspositie zou berusten op de omvang van haar algemene onafhankelijkheid van handelen, die haar gelegenheid gaf een daadwerkelijke concurrentie binnen de gemeenschappelijke markt te verhinderen. Deze machtspositie zou zijn gelegen in:

1. Roche's marktaandeel, variërende van 95 % voor vitaminen B₆ en H tot 47 % voor vitamine A (met een slechts ongeveer half zo groot marktaandeel voor de tweede fabrikant);
2. het groter assortiment vitaminen dat Roche fabriceert: omdat de behoeften van een groot aantal gebruikers uitgaan naar meerdere groepen vitaminen, kon Roche een verkoopstrategie toepassen — en met name een prijspolitiek voeren — die veel minder dan de strategie van de andere producenten afhangt van de op elke markt geldende concurrentievoorwaarden;
3. het feit dat Roche de grootste fabrikant ter wereld is voor alle vitaminen tezamen en haar omzet die van alle producenten tezamen overtreft;
4. het feit dat zij bij haar concurrenten in technologisch opzicht in het voordeel is;

5. het feit dat zij bij haar concurrenten in commercieel opzicht in het voordeel is;
6. de afwezigheid van potentiële concurrentie als gevolg van het feit dat de toegang tot de vitaminemarkten omvangrijke en voor lange perioden geprogrammeerde investeringen noodzakelijk maakt.

D — Het misbruik

Roche's gedrag zou misbruik van een machtspositie opleveren omdat het de vrije keuze en de gelijke behandeling van de kopers kan aantasten, de mededinging van producenten van niet-verpakte vitaminen op de gemeenschappelijke markt kan beperken en de handel tussen Lid-Staten ongunstig kan beïnvloeden:

1. De exclusieve aankoopplicht voor het geheel of een zeer groot percentage van hun behoeften zou de klanten beroven van iedere keuzemogelijkheid ten aanzien van hun bevoorradingsbronnen. Als de klant die exclusiviteit niet eerbiedigt, zou hij de getrouwheidspremie verliezen voor al zijn aankopen bij Roche, om het even om welke groep vitaminen het gaat;
2. Die exclusiviteit zou bovendien de mededinging tussen producenten van vitaminen aantasten;
3. De „Engelse clause” zou Roche de vrijheid laten om van geval tot geval naar gelang van de omstandigheden te beslissen over de gedeeltelijke „binnenkomst” op de markt van een concurrent op de markt die Roche zich heeft voorbehouden. Alleen wanneer Roche mocht besluiten haar prijs niet aan te passen, zou de koper vergunning hebben bij de concurrent te kopen. De clause zou bovendien slechts spelen wanneer het om een „gerenommeerde” fabrikant op het grondgebied van de klant gaat. Zo zou Roche, wanneer de bestelling hem interesseert omdat het om een grote hoeveelheid, een belangrijke vitamine of een gerenommeerde concurrent gaat, door haar machtspositie in staat zijn haar prijs aan te passen en de exclusiviteit aan zich te houden;
4. De getrouwheidspremies leiden tot een in artikel 86 c van het Verdrag verboden discriminatie, zowel ten detrimente van de klanten van Roche die er niet van profiteren als van klanten aan wie geringere kortingen worden toegekend;
5. De handel tussen Lid-Staten zou ongunstig kunnen worden beïnvloed omdat het gewraakte gedrag de aan- en verkoopmogelijkheden van gebruikers en leveranciers van onverpakte vitaminen uit verschillende Lid-Staten beperkt en dus rechtstreeks van invloed is op de handelsstromen tussen Lid-Staten.

E — De geldboete

De Commissie zou voor het vaststellen van het bedrag van de geldboete alleen de periode in aanmerking hebben genomen welke loopt van 1970, het jaar sinds hetwelk er een systematische politiek van getrouwheidscontracten zou zijn toegepast, tot eind 1974, toen de eerste van deze contracten werden ontbonden.

Omdat Roche haar zetel buiten de Gemeenschap heeft maar binnen de gemeenschappelijke markt een aantal filialen bezit, met name in de Bondsrepubliek Duitsland, zou de boete in Duitse markten zijn uitgedrukt.

Bij een op 27 augustus 1976 ter griffie van het Hof ingeschreven beroepschrift, gedagtekend 18 augustus 1976, heeft de firma Hoffmann-La Roche vernietiging van de beschikking van 9 juni 1976 gevorderd.

Het Hof heeft, gehoord de advocaat-generaal, partijen verzocht bepaalde vragen te beantwoorden en ieder hunner de gele-

genheid gegeven opmerkingen betreffende die antwoorden te maken.

II — Conclusies van partijen

Verzoekster concludeert dat het den Hove behage:

- *primair*
verweersters beschikking van 9 juni 1976 te vernietigen;
- *subsidiair*
artikel 3 dier beschikking te vernietigen;
- verweerster in de kosten te verwijzen.

Verweerster concludeert dat het den Hove behage:

- het beroep ongegrond te verklaren;
- verzoekster in de kosten te verwijzen.

III — Middelen en argumenten van partijen

Het beroep berust op de navolgende middelen:

1. schending van het algemeen beginsel, de graad van welbepaaldheid en voorzienbaarheid betreffende waaraan een van sancties voorziene rechtsregel moet voldoen, wil inbreuk op die regel tot toepassing van die sanctie kunnen leiden;
2. schending van procedureregelen (fair trial) doordien:
 - a) het besluit tot inleiding van een procedure is genomen op grond van gegevens die wederrechtelijk in verweersters bezit zouden zijn gekomen;
 - b) de bestreden beschikking zou zijn gebaseerd op bewijsmateriaal dat niet ter sprake is gebracht tijdens het verhoor van betrokkenen, voorzien in artikel 19 van 's Raads verordening nr. 17 van 6 februari 1962 over de toepassing van de arti-

kelen 85 en 86 van het Verdrag (PB nr. 13 van 21 februari 1962, blz. 204);

- c) de bestreden beschikking zou berusten op bewijsmateriaal, onder meer wat betreft de marktaandeelen en de restrictieve werking van de omstreden contracten, waarvan verzoekster geen kennis zou hebben gedragen;
3. schending van artikel 18 van voormelde verordening nr. 17, volgens hetwelk voor de toepassing van geldboeten en dwangsommen de rekenenheid die is, welke voor de opstelling van de begroting van de Gemeenschap is gebezigd, welke schending daarin zou bestaan dat de geldboete in artikel 23 van de bestreden beschikking in Duitse marken is vastgesteld;
4. schending van artikel 86 van het Verdrag, daarin bestaande dat de Commissie in de bestreden beschikking een onjuiste uitlegging en in ieder geval een onjuiste toepassing zou hebben gegeven aan de termen „machtspositie” en „misbruik van een machtspositie” waardoor de handel tussen Lid-Staten ongunstig kan worden beïnvloed, en wel zulks door de vaststelling dat Roche zulk een positie inneemt en door het aanmerken van de omstreden contracten als bedoeld misbruik opleverende;
5. schending van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17, nu aangenomen al dat verzoekster een inbreuk op artikel 86 van het Verdrag mocht hebben begaan, die inbreuk niet opzettelijk of uit onachtzaamheid zou zijn begaan.

Eerste middel: het verbod sancties toe te passen zolang de vage termen „machtspositie” en „misbruik” niet naar gelang van het type van de situatie en het gewraakte gedrag zijn geconcretiseerd

Beroepschrift

Volgens verzoekster moeten de termen machtspositie — en misbruik van zo'n positie — gerekend worden tot de vaagste en minst duidelijke uit het gemeenschapsrecht zo goed als uit het nationale recht der Staten. Uit het beginsel „nullum crimen sine lege” zou dus mogen worden afgeleid dat de Commissie de op schending van artikel 86 gestelde sancties slechts mag opleggen nadat er, hetzij in de administratieve praktijk hetzij in de jurisprudentie, aan deze algemene termen een zo concrete zin is toegekend dat een toepassing van artikel 86 op de situatie van Roche en op de betrokken contracten — op het tijdstip waarop zij werden afgesloten — had mogen worden voorzien.

Verzoekster betwist niet dat verweerster bevoegd is in haar beschikkingen de vage termen van artikel 86 uit te leggen en toe te passen, doch zij ontzegt haar de bevoegdheid geldboeten op te leggen in nog niet geconcretiseerde gevallen als het onderhavige. Het in het adagium „nullum crimen sine lege” tot uitdrukking gebrachte beginsel dat sanctiebepalingen welbepaald en nauwkeurig omschreven moeten zijn, wordt voorts zowel in artikel 7 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden als in de Duitse constitutie erkend en met waarborgen omringd. Het Bundesverfassungsgericht heeft trouwens uitgesproken (14. 5. 1969, NJW, 1969, 1759) dat aan de „welbepaaldheid” en „voorzienbaarheid” hogere eisen mogen worden gesteld naarmate de draagwijdte van een strafbaar feit onbepaald en de sanctie zwaarder is.

Verweerschrift

In haar verweerschrift erkent de Commissie dat de bescherming van de grondrechten een der doelstellingen van het gemeenschapsrecht moet zijn. Zij merkt evenwel op dat het adagium „nullum crimen sine lege” in hoofdzaak betrekking

heeft op de non-retroactiviteit van bepalingen waarbij op bepaalde feiten straf wordt gesteld dan wel bestaande straffen worden verzwaaard. Dit beginsel is in casu geëerbiedigd. Zowel artikel 86 van het Verdrag als artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 — op welke beide bepalingen de aan verzoekster opgelegde geldboete berust — golden op het tijdstip waarop verzoekster de gewraakte contracten afsloot.

Anderzijds zou niet komen vast te staan dat de beginselen van de nodige „welbepaaldheid” der gebezigde termen en van de „voorzienbaarheid” der sancties met dezelfde gestrengheid voor administratieve of disciplinaire sancties zouden gelden; en in artikel 15, lid 4, van verordening nr. 17 is met zoveel woorden bepaald dat de geldboeten geen strafrechtelijk karakter dragen.

En al zouden genoemde „welbepaaldheid”- en „voorzienbaarheid”-beginselen kunnen worden toegepast op inbreuken op het administratieve recht, dan nog zouden de betrokken termen („machtspositie” en „misbruik”) voldoende precies zijn, in aanmerking genomen enerzijds dat het mededingingsrecht, wil het efficiënt zijn, de talrijke aspecten van het economisch leven in aanmerking moeten nemen en het niet kan stellen buiten algemene termen „die in ruime mate uitlegging door de rechter behoeven”, anderzijds dat bedoelde termen ten deze bekend zijn bij ondernemingen welke, als die van verzoekster, deelnemen aan de internationale handel en met het mededingingsrecht der verschillende landen vertrouwd zijn.

Replik

Verzoekster zegt voor repliek, dat de eis van welbepaaldheid en voorzienbaarheid in het Duitse recht ook geldt wanneer het gaat om bepalingen op welke niet-nakoming geldboeten van niet-strafrecht-

telijke aard zijn gesteld (Ordnungswidrigkeiten), en zelfs indisciplinaire zaken. Voorts wordt algemeen erkend dat de geldboeten van het gemeenschapsrecht in feite strafsancities zijn.

Zij merkt vervolgens op dat zij geenszins beweert dat artikel 86 in strijd zou komen met de aan sanctiebepalingen te stellen welbepaaldheidseis, doch wel dat de bescherming van de grondrechten medebrengt dat er van de bevoegdheid tot oplegging van een geldboete slechts gebruik mag worden gemaakt nadat bedoelde bepaling in de administratieve praktijk genoegzaam is geconcretiseerd.

Daarom wordt dan ook in verordening nr. 17 onderscheiden tussen de vaststelling van een inbreuk op artikel 86, de bevoegdheid de beëindiging van een inbreuk te gelasten en het opleggen van een geldboete. Ook volgens verschillende wettelijke regelingen betreffende de mededinging — onder meer volgens artikel 22 van het Duitse GWB (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen) — mag een sanctie slechts worden opgelegd bij (posterieure) schending van de beslissing waarbij een in misbruik van economische macht bestaande inbreuk is vastgesteld.

Verzoekster merkt ten slotte op dat het beginsel volgens hetwelk van sancties voorziene bepalingen voorzienbaar moeten zijn, ook in andere rechtsstelsels is erkend, onder meer in Italië en in België, waar het tot uitdrukking komt in de regel „in dubio pro reo”, die niet alleen op het bewijs van de inbreuk opleverende feiten wordt toegepast, doch ook op de onbepaaldheid van de rechtsregel.

Dupliek

In haar conclusie van dupliek merkt verweerster allereerst op, dat waar in de constituties der Lid-Statens gewaarborgde grondrechten volgens 's Hofs jurisprudentie deel uitmaken van de communautaire rechtsorde, zij nochtans niet in ieder opzicht, qua formulering en inhoud, aan het nationale recht behoeven te beantwoorden. Het beginsel van de „Gesetzes-

bestimmtheit” hangt in het Duitse en Italiaanse constitutionele recht samen met de bevoegdheid van de wetgevende macht de constitutionaliteit van de wet te controleren.

Anderzijds verwacht verzoekster de welbepaaldheid van de rechtsregel en de voorzienbaarheid van de eraan verbonden rechtsgevolgen. Wil een wet, zelfs een strafwet, kunnen worden toegepast, dan behoeft de strafbaarheid niet door iedereen te kunnen worden voorzien, als zin en omvang van de inbreuk opleverende feiten door de rechter maar duidelijk — via uitlegging — kunnen worden vastgesteld.

Deze ook in Italië voor het strafrecht geldende beginselen, gelden te meer op het gebied der administratieve sancties, met name in het „Ordnungswidrigkeitenrecht”, en vooral in het kartelrecht, waar men op abstracte omschrijvingen is aangewezen.

Volgens de Commissie verbindt verzoekster aan het beginsel der „Gesetzesbestimmtheit” conclusies welke er zelfs in de Bondsrepubliek Duitsland niet aan worden verbonden. Zij maakt met name bezwaar tegen het door verzoekster op artikel 37a van het GWB geleverde commentaar.

Tweede middel: Schending van procedure-regelen

Beroepschrift

Verzoekster maakt gewag van drie haars inziens in de procedure begane onregelmatigheden, welke, naar zij meent, tot vernietiging van de bestreden beschikking moeten leiden.

a) In de eerste plaats merkt zij op dat een aantal documenten, met name bijlagen 3, 4, 5, 6 en 7 bij het beroepschrift,

te weten vier interne stukken genaamd „Management Information” en de notulen van een vergadering van de „European Bulk Managers”, op 12 en 13 oktober 1972 gehouden, op onregelmatige wijze in handen van de Commissie zouden zijn gekomen, en wel haar zouden zijn overhandigd door een werknemer van Roche, die die stukken wederrechtelijk zou hebben weggenomen en zich uit dien hoofde aan een delict in de zin van de Zwitserse strafwet zou hebben schuldig gemaakt.

Die niet-regelmatige herkomst is een aan de procedure klevende fout, terwijl de Commissie voorts het volkenrecht zou hebben geschonden, door in een soevereine derde Staat navorsingen te verrichten. Verzoekster stelt nochtans de volledige tekst van die stukken, die als bijlage bij het beroepschrift gevoegd zijn, ter beschikking van het Hof en refereert zich, voor de gevolgen welke aan de gestelde onregelmatigheid moeten worden verbonden, aan 's Hofs oordeel.

b) Volgens verzoekster is een andere procedurefout gelegen in de omstandigheid dat er in de bestreden beschikking gewag wordt gemaakt van bepaalde stukken welke tijdens de hearing ex artikel 19 van verordening nr. 17 niet zijn besproken en zelfs niet zijn vermeld. Het gaat hier met name om de vijf in de bestreden beschikking onder 12 genoemde bewijsmiddelen¹ en de notulen van een vergadering Unilever-Roche, gehouden op 11 december 1972 (in de beschikking genoemd onder 3 in fine). Aldus zouden de rechten van de verdediging zijn geschonden, en wel met name artikel 4 van verordening nr. 99/63 van de Commissie van 25 juli 1963, volgens hetwelk „de Commissie ... in haar beslissingen slechts die punten van bezwaar in aan-

merking [neemt], waarover de ondernemingen en ondernemingsverenigingen, tegen wie de beslissing gericht is, in de gelegenheid zijn geweest hun standpunt kenbaar te maken.”

c) Ten slotte komt verzoekster ertegen op dat de bestreden beschikking berust op gegevens die niet te harer kennis zijn gebracht en die zij niet heeft kunnen nagaan, omdat de Commissie met een beroep op haar verplichting het zakengeheim te bewaren, weigert ze haar mede te delen voor zover de ondernemingen waar die gegevens zijn ingewonnen, daartegen bezwaar maken. Enerzijds gaat het daarbij om gegevens, ingewonnen bij bepaalde vitamines producerende ondernemingen, die bij de berekening van Roche's marktaandelen hebben dienst gedaan, anderzijds om inlichtingen, verkregen bij zestien afnemers van Roche, betreffende de mate van dwang die van de omstreden contracten is uitgegaan. Wat die afnemers betreft: maar wenigen hunner zijn met een mededeling van de inhoud der bij hen verrichte onderzoekingen akkoord gegaan, en alleen die rapporten zijn aan verzoekster medegegeeld.

Verweerschrift

a) De Commissie betwist nadrukkelijk dat zij een van verzoeksters werknemers zou hebben aangespoord bepaalde interne bedrijfsstukken buiten Zwitserland te brengen. Zij heeft zich niet geleend — en niet voor haar rekening doen overgaan — to enigerlei als inwinning van gegevens te beschouwen handeling op het grondgebied van Zwitserland, waardoor de soevereiniteit van dat land zou zijn ge-

¹ — Opmerking van de rapporteur: het zijn dezelfde stukken die volgens verzoekster van „onregelmatige herkomst” zouden zijn, namelijk de „Management Information” van december 1970, mei (lees: midden augustus) 1971, begin augustus 1971, september 1970 (lees: 8 september 1972) en de „European Bulk Managers Meeting” van 1971 (lees: 12-13 oktober 1972).

schonden. Anderzijds neemt zij er nota van dat verzoekster ervan afziet van een beweerdelijk onwettige herkomst van bepaalde door de Commissie ingewonnen gegevens een middel te maken.

b) Met betrekking tot de omstandigheid dat er ten verhoor geen gewag is gemaakt van bepaalde in de beschikking genoemde stukken, merkt de Commissie op dat zij volgens artikel 19, lid 1, van verordening nr. 17, gehouden is aan verzoekster mededeling te doen van de punten van bezwaar, hetgeen betekent dat zij alleen verplicht is de betrokken ondernemingen mededeling te doen van de voornaamste punten — feitelijk en rechtens — waaruit zij het bestaan van de inbreuk afleidt, en niet van alle in haar bezit zijnde stukken.

c) De Commissie betwist ook dat er, in het raam der door haar aangespannen administratieve procedures, aan haar zijde een verplichting zou bestaan om de betrokken ondernemingen kennisgeving der dossiers toe te staan. In casu heeft zij op verzoeksters vragen, met name wat haar marktaandeel betreft, geantwoord dat dit marktaandeel berekend was op grond van door andere fabrikanten verstrekte gegevens. Verweerster meent dat zij de gegevens betreffende de marktaandelen van andere ondernemingen niet mocht mededelen zonder daartoe hun toestemming te hebben verkregen. Na vaststelling van de bestreden beschikking zou de Commissie in beginsel hebben goedgevonden dat het gehele dossier door verzoekster werd ingezien, maar het recht op inzage van stukken waarin zakengeheimen van derde ondernemingen waren vervat, van hun toestemming afhankelijk hebben gesteld, en die toestemming zou door concurrerende ondernemingen niet — en voor zover bij Roche's afnemers onderzoeken waren ingesteld slechts ten dele — zijn verstrekt. Verweerster verwijst ten deze naar 's Hofs arrest van 15 juli 1970 (zaak 45/69, *Boehringer*, Jurispr. blz. 799).

Replik

Volgens verzoekster is de weigering haar, in het kader van de administratieve procedure, inzage van het gehele dossier te verlenen, in strijd met de rechten der verdediging en houdt het derhalve de miskenning van een grondrecht in. In het door de Commissie ter sprake gebrachte arrest-*Boehringer* zou nu juist zijn vastgesteld dat men tijdens de administratieve procedure recht op inzage der stukken heeft. Hierin zou een grondbeginsel van de rechtsstaat tot uitdrukking komen, volgens hetwelk een beslissing niet mag berusten op stukken waarover betrokkenen zich niet hebben kunnen uitlaten. Zonder volledig van de stukken kennis te nemen is het verzoekster niet mogelijk te weten te komen tot welke resultaten eventueel niet in de beschikking genoemde naspeuringen hebben geleid. Voor zover bedoelde onderzoeken wel zijn vermeld, betoogt zij dat zij van de bij alle zestien afnemers verrichte naspeuringen alsook van de opmerkingen door die afnemers naar aanleiding van de mededeling der punten van bezwaar gemaakt, moet kunnen kennis nemen.

Dupliek

a) De Commissie legt, als bijlage bij haar memorie van dupliek, de uitspraak over van het Strafgericht te Bazel, van 1 juli 1976, waaruit blijkt dat de beweringen volgens welke zij een werknemer van verzoekster zou hebben aangespoord in Zwitserland stukken weg te nemen, niet gegrond zijn.

b) Wat de mededeling van het dossier betreft, betoogt de Commissie dat na genoemd arrest-*Boehringer* de vraag of en in hoeverre en onderneming, die bij een

schending van de mededingingsregelen betrokken is, een formeel recht op mededeling van het dossier kan doen gelden, nog steeds niet is beantwoord. Hoe het antwoord ook moge luiden, de Commissie meent dat het recht te worden gehoord en een eventueel recht op mededeling van het gehele dossier niet met elkaar mogen worden verward. Naar gemeenschapsrecht wordt het recht om te worden gehoord in dier voege gewaarborgd dat de punten van bezwaar, waarop het verwijt van schending der mededingingsregelen is gebaseerd, aan betrokkenen moeten worden medegedeld, alsook aldus dat het verboden is in de beschikking punten van bezwaar waarover de betrokkene ondernemingen zich niet hebben kunnen uitlaten, in aanmerking te nemen (artikel 4 van verordening nr. 99/63).

In casu zou verzoekster kennis hebben gedragen van alle stukken waarin geen zakengeheimen van andere ondernemingen besloten lagen, alsook van stukken waarin zulke geheimen wel te vinden waren, doch tot mededeling waarvan de betrokken ondernemingen toestemming hadden verleend.

Derde middel: Schending van artikel 18 van verordening nr. 17

Beroepschrift

Verzoekster meent dat de omzetting van de in rekeneenheden luidende geldboete in DM; zoals die in artikel 3 van de beschikking heeft plaatsgevonden, in strijd is met artikel 18 van verordening nr. 17, waarin sprake is van de rekeneenheid die voor de opstelling van de begroting is gebezigd. Het financieel reglement nr. 68/313 van 30 juli 1968 (PB nr. L 119 van 1968, blz. 1) geeft de — tot nu toe ongewijzigd gebleven — tegenwaarde in de onderscheiden valuta's der Lid-Staten.

Dat de rekeneenheid een communautaire eenheid is brengt mede dat iedere debiteur behoort te kunnen kiezen in welke munteenheid hij zijn schuld wenst te voldoen. De tegengestelde oplossing zou tot

discriminatie leiden ten nadele van de ondernemingen die in sterke valuta moeten betalen.

Verweerschrift

De Commissie antwoordt dat in artikel 18 van verordening nr. 17 weliswaar wordt verwezen naar „de rekeneenheid ... welke voor de opstelling van de begroting van de Gemeenschap krachtens de artikelen 207 en 209 van het Verdrag is gebezigd” wordt verwezen, zodat de geldboete in de rekeneenheid wordt *vastgesteld*, doch dat de ervaring heeft geleerd dat bedoeld stelsel bepaalde vragen, de *betaling* der geldboete betreffende, openliet. Gezien de moeilijkheden welke, in bepaalde gevallen, op het tijdstip van de gedwongen tenuitvoerlegging der geldboete zijn gerezen, heeft de Commissie voor gewoonte genomen het bedrag van de in rekeneenheden luidende geldboete om te rekenen in de nationale munteenheid van de betrokken onderneming. De Commissie richt zich daarbij, wanneer het gaat om ondernemingen met een buiten de Gemeenschap gevestigd hoofdkantoor, naar de Lid-Staten waar de betrokken onderneming een dochteronderneming of een belangrijke vestiging heeft, uit welke vermogen het bedrag van de geldboete kan worden betaald. Dat artikel 18 van verordening nr. 17 spreekt van de rekeneenheid welke voor de opstelling van de begroting van de Gemeenschap is gebezigd, wil zeggen dat, juist zoals de Lid-Staten volgens het financieel reglement van 25 april 1973, nr. 73/91/EGKS, EEG, Euratom (PB nr. L 116, blz.1) een financiële bijdrage niet meer in een andere dan hun eigen munteenheid mogen voldoen, ook de ondernemingen gehouden zijn het bedrag dat uit omzetting van de geldboete in een munteenheid resulteert, in nationale munt te voldoen.

Replik

Verzoekster meent dat de argumenten betreffende de gedwongen tenuitvoerlegging geen afbreuk doen aan de duidelijke

lijke inhoud en de zin van artikel 18 van verordening nr. 17, en niet kunnen worden ingeroepen als het gaat om een onderneming in een derde land dat geen bezwaar maakt tegen de betaling en dochterondernemingen in alle Lid-Staten heeft. In zulk een geval behoort de geldboete door om het even welke dochtermaatschappij in de nationale pariteit kunnen worden voldaan. Het door de Commissie ter sprake gebrachte financieel reglement betreft alleen de financiële bijdragen der Lid-Staten.

De Commissie wijst erop dat haar stelling niet alleen berust op artikel 18 van verordening nr 17, doch ook op artikel 15, lid 2, dier verordening en op artikel 192 van het EEG-Verdrag. De krachtens artikel 15, lid 2, genomen beschikking is een voor tenuitvoerlegging vatbare titel; alleen zou er om praktische redenen, en wel om — nadat de nationale autoriteit er het exequatur op heeft geplaatst — te kunnen worden ten uitvoer gelegd, het bedrag van de geldboete in nationale munteenheid op moeten worden vermeld. Weliswaar zou de geldboete in andere munteenheden dan de aangegeven valuta kunnen worden voldaan, maar de Commissie zou er in zulke gevallen op toezien dat de debiteur precies de tegenwaarde betaalt van de som welke volgens de koers van de dag van betaling verschuldigd was. Op die manier zou het — in de beschikking — in nationale valuta luidend schuldbedrag bindend worden vastgesteld.

Vierde middel: Schending van artikel 86 van het Verdrag, daarin bestaande dat er in de bestreden beschikking een onjuiste uitlegging en ieder geval een onjuiste toepassing zou zijn gegeven aan de term machtspositie alsook aan de term misbruik van een machtspositie

A — Machtspositie

Verzoekster vraakt de marktstructuur-analyse waarop de Commissie haar overtuiging baseert dat er van een machtspositie zou mogen worden gesproken, en

maakt er met name bezwaar tegen dat de Commissie bij haar vaststelling van het bestaan van zulk een positie — en met name van het niet bestaan van een daadwerkelijke mededinging — uitsluitend op de marktaandelen en de marktstructuur is afgegaan, zonder het marktgedrag en de resultaten ervan, en wel met name die van de prijsontwikkeling, in aanmerking te nemen, ofschoon dat gedrag en die resultaten beslissende criteria vormden welke noodzakelijkerwijze in aanmerking hadden moeten worden genomen.

I. Bespreking van de door de Commissie gegeven analyse van de marktstructuur

Verzoekster meent allereerst dat de Commissie van onvoldoende ter zake diennende en onjuiste gegevens ist uitgegaan wat betreft:

1. Roche's marktaandelen en het feit dat zij veel groter zijn dan die van de verschillende concurrenten;
2. het feit dat Roche een veel breder assortiment vitaminen produceert dan alle concurrenten;
3. het feit dat Roche de grootste producent ter wereld is en dat Roche's omzetten die van de gezamenlijke andere fabrikanten te boven gaan;
4. het aantal concurrenten;
5. het feit dat Roche, als pionier op het gebied van synthetische vitaminen, ondanks het feit dat de octrooien zijn afgelopen, in technologisch opzicht bij haar concurrenten vooruit is;
6. het feit dat Roche beschikt over een op vitaminen gespecialiseerd eerste-klas handelsnet;
7. het feit dat de omvang der investeringen die men zich moet getroosten om op de vitaminenmarkt aan bod te komen medebrengt dat er geen potentiële concurrenten zijn;

8. het feit dat Roche zich beter toegang tot de bevoorradingsmarkten van haar concurrenten kan verschaffen.

Ad 1) Roche's marktaandelen

Beroepschrift

Erkennende dat haar marktaandelen voor verschillende vitaminesoorten aanzienlijk zijn, betwist verzoekster met klem de beoordeling dier aandelen door de Commissie. In ieder geval wordt door die aandelen het bestaan van een machtspositie niet bewezen, immers het gaat om een expanderende markt, waarop verzoekster de bevoorradingsmarkten, de produktie, de afzetten en met name de prijzen niet in de hand heeft.

Om verschillende redenen, met name verband houdende met het ontbreken van produktiestatistiek en de ontoereikendheid der beschikbare statistiek betreffende de vitamineninvoer en -uitvoer, zou verzoekster niet in staat zijn zelf met voldoende zekerheid de marktaandelen aan te geven. Evenwel zouden verschillende marktaandelen in de beschikking te hoog becijferd zijn.

Zo zou het marktaandeel voor pantotheenzuur van 64 % op 30 % moeten worden teruggebracht, dat voor vitamine PP van 68 % op nog geen 30 %, terwijl de marktaandelen voor vitaminen B₂ en B₆ eveneens overtrokken zouden zijn. Bovendien zou de Commissie bij haar vaststelling en beoordeling der marktaandelen de betrokken markt niet juist hebben afgebakend en hebben nagelaten in aanmerking te nemen dat de vitaminenmarkt een expanderende markt is. Wat de marktafbakening betreft: verzoekster betwist de stelling der Commissie dat er voor vitaminen geen substitutieprodukten zouden zijn. Met name de op grote schaal als anti-oxydant gebruikte vitaminen E en C zouden in zoverre door een aantal andere produkten kunnen worden gesubstitueerd, hetgeen eveneens zou gelden voor het in de gistindustrie gebruikte biotine. Verzoekster heeft in bijlage 1 (blz. 46-47) van haar antwoord op de me-

dedeling van de punten van bezwaar, wat deze gebruikswijzen betreft, een groot aantal substitutiemogelijkheden genoemd. Een marktafbakening welke dit element recht zou doen wedervaren, zou de vitamine C-markt met twee derde verminderen.

Voor de voornaamste produkten, de vitaminen A, E en C, zouden de marktaandelen slechts ± 50 % en soms nog minder bedragen. Wat vitamine B₂ betreft, dient de druk in aanmerking te worden genomen welke uitgaat van de gistindustrie die in verband met de ontwikkeling der prijzen ten allen tijde onbenutte fermentatiecapaciteiten voor de fabricage van vitamine B₂ kan aanwenden.

Voor biotine (3 % van de omzetten van Roche's vitaminen) zou er tot in 1971 geen concurrentie geweest zijn: bij gebreke van vraag was er ook geen markt. Toen evenwel na de ontdekking van „nieuwe afzetmarkten” de vraag steeg, meldde zich concurrenten, die in minder dan een tijd 10 % van de wereldmarkt in handen hadden. Het zou dus niet juist zijn van een „machtspositie” te spreken met betrekking tot een markt die om zo te zeggen nog niet bestond en pas sinds kort sterk is geëxpandeerd.

De expansiviteit van deze markt zou voor alle vitaminen hebben gegolden en belangrijke consequenties hebben gehad voor de relatieve waarde der marktaandelen. Die consequenties, zoals ze voor bio-

tine zijn vastgesteld maar voor alle vitaminesoorten gelden, zouden de volgende zijn. Een nieuw ontdekt produkt, dat aan de markt komt, zou eerst een periode van „marktcreatie” doorlopen, vervolgens een experimentele etappe en pas daarna in de expansieve fase komen. Een marktaandeel dat in de creatieve en experimentele periode misschien wel 100 % bedraagt, zal in de expansieve fase snel dalen, al blijft het aanvankelijk nog hoog.

Zulk een hoog marktaandeel heeft evenwel met een „dominerende” (machts-) positie niets te maken, omdat het niet „ten detrimente van de concurrenten noch door belemmering van de mededinging” is verworven. Uit het aandeel voor biotine — 90 % — blijkt dat de concurrenten sinds het begin van de expansieve fase in minder dan geen tijd 10 % van de markt in handen kregen. Een belangrijk marktaandeel op een expanderende markt zou er niet op wijzen dat de „innovatie” aan een daadwerkelijke mededinging in de weg kan staan. Dat de „innovator” vrij is zich op een expanderende markt te gedragen zoals hij wil, zou niet moeten worden toegeschreven aan de macht de concurrenten buiten de markt te houden, maar alleen aan de markt zelf.

Verweerschrift

De Commissie zet uiteen dat zij, om zich een juist denkbeeld te vormen van de marktcondities, overeenkomstig artikel 11 van verordening nr. 17 bij alle fabrikanten van welke bekend is dat zij op de gemeenschappelijke markt vitaminen afzetten, inlichtingen heeft ingewonnen. De gevraagde inlichtingen zouden door allen zijn verstrekt; de betrokken fabrikanten waren uitgenodigd de waarde der in 1974 afgezette hoeveelheden aan te geven. Na optelling van de opgegeven bedragen zouden, op grond van het verkregen totaal-resultaat, verzoeksters marktaandelen zijn vastgesteld. Verzoeksters concurrenten zouden met zoveel woorden hebben te kennen gegeven dat

zij de verstrekte gegevens als vertrouwelijk beschouwden en met voorlegging ervan aan verzoekster niet akkoord zijn gegaan, zodat verweerster niet heeft kunnen goedvinden dat verzoekster er kennis van nam.

Wat de expansieve fase betreft: volgens de Commissie zou men in feite de fasen der marktontwikkeling alleen kunnen onderscheiden naar de evolutie van de vraag en zouden die fasen niet volgens een theoretisch model kunnen worden gescheiden, doch door elkaar heen lopen.

Voorts zou een marktphase, zoals zij zich in feite voordoet, kunnen worden beïnvloed door de ondernemingen die op de markt optreden. De Commissie betwist dat alle produkten waarom het in de bestreden beschikking gaat, zich nog in de expanderende fase bevinden. Dat kan misschien alleen van biotine worden gezegd. Voor dat produkt geeft volgens de Commissie niet het marktaandeel — 10 % — van de concurrenten de doorslag, doch het feit dat verzoekster gedurende een vrij lange periode een aanzienlijk marktaandeel heeft kunnen handhaven.

Replik

Verzoekster preciseert haar aandelen op de verschillende betrokken markten; uit haar gegevens zou blijken dat de cijfers van de Commissie overtrokken zijn:

- voor vitamine A wordt in de bestreden beschikking zelf vastgesteld dat haar marktaandeel slechts 47 % bedraagt;
- voor vitamine C leidt een juiste markt-afbakening, in aanmerking genomen substitutieprodukten als anti-oxydan-

- sen voor industrieel gebruik, tot een marktaandeel van net 50 %;
- bij een juiste marktafbakening moet het marktaandeel voor vitamine E op 40 % worden gebracht;
- op de markt voor pantotheenzuur heeft verzoekster slechts een marktaandeel van 30 %;
- het marktaandeel voor biotine moet buiten beschouwing blijven, omdat er geen aanwijzing voor een overheersende positie op een expanderende markt aan kan worden afgelezen;
- het aandeel op de wereldmarkt voor vitamine B₂ lag van 1970 tot 1974 even boven de 50 %, afgezien van de potentiële concurrentie van de gist-industrie en met name ook van de capaciteiten van de fabrikanten van antibiotica, met name in de Verenigde Staten, die te allen tijde kunnen worden ingezet;
- voor het met andere vitaminensoorten vergeleken weinig belangrijke vitamine B₆, bedraagt verzoeksters marktaandeel niet 95 %, maar 60 à 70 %.

Verzoekster meent, gezien de door de Commissie bedoelde jurisprudentie van het Hof en de beschikking, door de Commissie in de zaak „*Continental Can*” genomen, dat marktaandelen van ten naaste bij 50 % op zichzelf nog geen machtspositie bewijzen.

In de *suikerzaken* (HvJ 16. 12. 1975, Jurispr. 1975, blz. 1663 e. v.) hebben de Commissie en het Hof, zelfs wanneer er sprake was van marktaandelen van 85 % (Jurispr. blz. 1979) à 95 % (Jurispr. blz. 1996), ook andere omstandigheden in aanmerking genomen.

Voorts heeft de Commissie in die zaak als haar mening het volgende te kennen gegeven: „Kan op grond van een marktaandeel tussen 30 % en 50 % niet ipso facto tot een machtspositie worden geconcludeerd, het is anders bij een aandeel tussen 90 % en 95 % dat ongetwijfeld de noodzaak „ernstig rekening te

houden met de concurrenten” doet vervallen” (Jurispr. 1975, blz. 1856).

In de zaak *Commercial Solvents* (HvJ 16. 3. 1974, gevoegde zaken 6 en 7/73, Jurispr. blz. 223) was van een „wereldmonopolie” sprake.

In de zaak *Continental Can* (HvJ. 21. 2. 1973, zaak 6/72, Jurispr. blz. 215) bracht de Commissie niet slechts marktaandelen van 70 à 90 % ter sprake, doch ook de mogelijkheid „voor een belangrijk deel der betrokken produkten de prijzen te bepalen of de produktie of de distributie te beheersen” (PB nr. L 7, van 1972, blz. 35).

Verzoekster betoogt dat men het er in doctrine en jurisprudentie over eens zou zijn dat men aan de term marktaandeel slechts betekenis mag toekennen wanneer zij met de term marktfase in verbinding wordt gebracht. De Commissie zou zich op dit standpunt hebben gesteld in haar studie uit 1966 en dit zou haar aanleiding gegeven hebben er in haar beschikking de nadruk op te leggen dat de vitaminenmarkt een sterk expanderende markt is. Ongelukkigerwijze heeft zij in die zelfde beschikking nagelaten dit gegeven in haar beoordeling van de marktaandelen te betrekken.

In strijd met haar stelling dat zij bij haar beoordeling van de machtspositie „de gezamenlijke omstandigheden” in aanmerking zou hebben genomen, ziet zij zich daarom thans genoodzaakt de betekenis der in punt 3 der beschikking als „krachtig” beschreven marktexpansie — die alle concurrenten meer mogelijkheden zou bieden — te ontkennen.

Dupliek

Volgens de Commissie staat het aan verzoekster om aan de hand van cijfers de gegevens der Commissie te betwisten, in plaats van zonder bronvermelding naar haar eigen schattingen betreffende de marktaandelen te verwijzen.

De Commissie staat met name stil bij de vitaminen C en E, ten aanzien waarvan verzoekster geen nauwkeurige gegevens heeft verschaft waaruit kan worden afgeleid in hoeverre zij zelf aan afnemers vitaminen voor technologisch gebruik heeft geleverd noch ook door welke andere produkten de vitaminen ten deze kunnen worden vervangen, wie die produkten vervaardigt en welke situatie zich op het niveau der prijzen voordoet.

Met betrekking tot de andere vitamine-soorten zouden verzoeksters stellingen hetzij op een potentiële, *niet daadwerkelijke* mededinging berusten (vitamine B₂), hetzij op het bestaan van importen waarmee de Commissie rekening had gehouden (pantotheenzuur), hetzij op de afwezigheid van een anti-concurrentiële werking van belangrijke marktaandelen (biotine en vitamine B₆).

De Commissie meent dat verzoekster niet de essentiële gegevens heeft verschaft aan de hand waarvan de juistheid van de door haar gestelde marktaandelen objectief kan worden gecontroleerd.

Wanneer een onderneming belangrijke marktaandelen in handen heeft, terwijl de concurrenten veel zwakkere marktaandelen bezitten en niet een verhoudingsgewijs even belangrijk assortiment aanbieden, dan wijst dit volgens de Commissie in de regel op een machtspositie. Slechts wanneer mocht blijken van bijzondere omstandigheden, die de vrijheid van handelen van zulk een onderneming inderdaad in ruime mate beperken, mag uit het bezit van belangrijke marktaandelen niet tot het bestaan van zulk een positie worden geconcludeerd.

Wat de door verzoekster aangehaalde jurisprudentie betreft: verweerster heeft

niet betwist dat het ten deze om marktaandelen boven 50 % gaat.

In de bestreden beschikking is zij niet alleen op verzoeksters marktaandelen voor de verschillende vitaminengroepen afgegaan, doch ook op de veel zwakkere marktaandelen der concurrenten, terwijl zij ter vaststelling van verzoeksters positie op de markt ook een aantal andere belangrijke maatstaven heeft aangelegd. Voorts heeft zij, zich baserende op de door verzoekster tijdens de administratieve procedure afgelegde verklaringen, verzoeksters gedrag ten aanzien van de prijzen, alsook de marktsituatie, in aanmerking genomen. Bovendien worden in een aantal Lid-Staten (Verenigd Koninkrijk, Bondsrepubliek Duitsland) marktaandelen in een orde van grootte van 25 à 33,3 % als aanwijzingen van marktbeheersing beschouwd.

De Commissie meent dat verzoeksters stelling betreffende de expansiviteit der vitaminemarkten faalt: zij zou zonder meer op bepaalde theoretisch-economische modellen zijn afgegaan en aan leringen, welke uit die theorieën kunnen worden getrokken, bovendien een absolute waarde hebben toegekend. De Commissie betoogt, met een beroep op bepaalde auteurs, dat aan — logisch afgeleide of empirisch vastgestelde — economische wetten in geen geval absolute waarde mag worden toegekend.

Aan de marktontwikkeling, welke ongetwijfeld in aanmerking moet worden genomen ter vaststelling van het bestaan van een machtspositie, komt niet dezelfde betekenis toe als aan de marktfase in de zin van de economische theorie. In hetgeen zij ten deze in haar verweerschrift heeft opgemerkt, vestigde zij de aandacht op „de geweldige groei van ver-

zoeksters produktie”, waarmee zij zich uitsluitend in met het beoordelingskader van verzoeksters gedrag, en niet met haar machtspositie heeft ingelaten.

Ad 2) Het aangeboden vitaminen-assortiment

Beroepschrift

Met betrekking tot het door haar aangeboden vitaminenassortiment, in verband waarmee in de bestreden beschikking wordt gezegd dat „Roche de enige onderneming [is] die het gehele assortiment vitaminen ten verkoop aanbiedt”, alsook dat „de behoeften van een groot aantal gebruikers uitgaan naar meerdere groepen vitaminen” (beschikking, nr. 3, laatste alinea, en nr. 21), merkt verzoekster op dat de behoeften van talrijke gebruikers slechts uitgaan naar enkele niet slechts door verzoekster, doch ook door haar concurrenten vervaardigde vitamine-soorten, doch ook naar een groot aantal complementaire produkten (additieven), die verzoekster niet kan aanbieden, maar waarvoor haar voornaamste concurrenten een sterke positie innemen. Dit geldt met name voor de voederindustrie, die 60 % van de totale vraag uitmaakt.

Omdat de behoeftenstructuur dus juist niet op het brede assortiment gericht is, kan verzoekster zich stellig geen onafhankelijke „verkoopstrategie en met name prijspolitiek” veroorloven. Het brede assortiment wijst dus niet op een machtspositie.

Verweerschrift

Verzoekster betwist, aldus de Commissie, niet dat zij als producent over een veel breder assortiment beschikt dan haar concurrenten, doch voegt eraan toe dat dit voordeel zou worden teniet gedaan door het feit dat haar concurrenten alle door de voedersector benodigde additieven kan aanbieden. Verzoekster brengt daarmede de producent van veevoeders ter sprake, die een gering aantal vitaminen en een groot aantal additieven nodig heeft en die, zo mogelijk, bij dezelfde fa-

brikant zou willen betrekken. Zulk een gebruiker is evenwel niet kenmerkend voor de vitaminenmarkt. De vraag naar onverpakte vitaminen is veel gedifferentieerder. Bovendien zou, naar verzoekster zelf toegeeft, in de veevoedersector de belangrijkste vraag naar vitaminen uitgaan van de „premixers”, die vitaminen en additieven vervaardigen en met de door hen gefabriceerde voeders mengen.

Deze beide categorieën kopers kunnen volgens de Commissie vitaminen en additieven bij verschillende fabrikanten betrekken — zoals zij ook doen —. Verzoekster zou hen interesseren omdat zij hun de belangrijkste vitaminesoorten, met name de vitaminen A, B, C en E, kan aanbieden. Verzoekster zou zelf hebben erkend het feit zij het grootste vitaminenassortiment vervaardigt, als een mededingingsvoordeel te beschouwen.

Replik

Verzoekster bestrijdt het betoog van verweerster betreffende het door haar aangeboden vitaminenassortiment, dat haar — door spreading — een betere mogelijkheid tot risicocompensatie zou bieden:

- a) bij risicocompensatie moet niet alleen aan de vitaminenhandel worden gedacht: hoe breder de productie van een onderneming is opgezet, hoe beter de mogelijkheden tot risicocompensatie zijn;
- b) het aan de (vitaminen-)markt komen van veel sterkere concurrenten dan verzoekster, biedt deze laatste veel grotere mogelijkheden tot risicocompensatie.

Het argument dat kopers behorende tot de sector van de farmaceutische industrie en tot de levensmiddelen- en veevoedersector hun behoeften beter zouden kunnen indekken, zou slechts concludent zijn indien de kopers alleen vitaminen nodig hadden, en wel in een hoeveelheid welke door verzoeksters concurrenten niet kon worden aangeboden.

Maar verzoeksters gezamenlijke grote concurrenten zijn even goed als verzoekster in staat de „premixers” alle door hen benodigde basisvitaminen te bieden, alsook een hoeveelheid additieven, waarover verzoekster niet beschikt.

De vitaminenmarkt is slechts een deel van het totale „additieven-palet”: de situatie waarin een aanbieder op de markt zich bevindt, wordt dus niet alleen bepaald door de vitaminen welke hij wederverkoopt, doch door het hele assortiment der door hem aangeboden additieven. Verzoekster kan dan ook slechts vaststellen dat haar vitaminenassortiment haar geen onafhankelijke verkoop- en prijsstrategie toestaat. Ten slotte heeft verweerder zelf gezegd dat een uitgebreid assortiment erop wijst dat de onderneming „tot concurrentie” in staat is, en niet dat zij een machtspositie inneemt.

Dupliek

De Commissie meent dat verzoekster met haar standpunt ten aanzien van de risicocompensatie de zaak al te eenvoudig voorstelt: het zou geenszins vaststaan dat een vennootschap die in de vitaminensector verliezen incasseert, voor haar risi-

co's compensatie kan zoeken in de op andere terreinen behaalde voordelen. Wat de behoeftendeckering der kopers betreft, wijst de Commissie erop dat verzoekster met veronachtzaming van de farmaceutische industrie en de levensmiddelensector, zich in haar betoog eens te meer richt op de sector veevoerders, waar zij bovendien de vier belangrijkste vitaminen in grotere hoeveelheden kan aanbieden.

Ad 3) Het feit dat Roche de grootste fabrikant ter wereld is en dat haar omzet die van alle producenten tezamen overtreft.

Beroepschrift

De stelling dat verzoekster „de grootste fabrikant ter wereld is voor alle vitaminen tezamen en dat haar omzet die van alle producenten tezamen overtreft” (beschikking nr. 21, vierde alinea) is dubbelzinnig. Wil men beweren dat verzoekster het grootste aandeel van de vitaminenproductie in handen heeft, dan is dat een herhaling van hetgeen met betrekking tot het marktaandeel reeds werd opgemerkt. Wil men daarentegen zeggen dat verzoekster van de vitaminen fabricerende ondernemingen, al de andere producten in aanmerking genomen, de grootste is, dan is men er helemaal naast.

Het totale omzetcijfer, de financiële draagkracht en de verkoopcijfers van verschillende concurrenten zijn duidelijk hoger. Bovendien leidt de geringere spre-

ding van verzoeksters activiteiten (23 % van haar omzet betreft vitaminen; dit percentage is veel hoger dan dat van haar belangrijkste concurrenten) ertoe dat zij bij haar handelen veel kwetsbaarder is: niet de markt van een op zichzelf staand produkt, doch de gezamenlijke markten voor produkten waarmee een onderneming zich inlaat, oftewel de „markt van de onderneming” bepaalt hoe onafhankelijk zij kan optreden. De waarde welke aan de maatstaf van de omvang der onderneming mag worden gehecht, is slechts met juistheid te bepalen wanneer men alle met de marktstructuur samenhangende factoren in concreto recht doet wedervaren en de omvang aan die van de concurrenten afmeet.

Verweerschrift

De stelling dat verzoekster de grootste fabrikant ter wereld is voor alle vitaminen, dient volgens de Commissie niet te worden verward met het argument betreffende verzoeksters aandeel in de gemeenschappelijke markt. Het gaat er maar om dat verzoekster op de vitaminenmarkt, zowel op communautair als op wereldniveau de grootste vitaminenfabrikant is, terwijl zij ook meer vitaminen produceert dan alle concurrenten tezamen. Dat de omzetcijfers, het kapitaal en het verkooppotentieel van andere maatschappijen enige malen hoger zijn, doet weinig ter zake. Met een omzet van vijf miljard Zwitserse franken per jaar beschikt verzoekster over een financiële macht welke haar, gezien de hoge spreidingsgraad welke zij bij de produktie van vitaminen toepast en het geringe aandeel van haar omzetten in die produktie (23 % van de totale omzet, waarvan de rest moet worden omgeslagen over de — zeer lukratieve — fabricage van farmaceutische produkten en chemische produkten) —, toestaat aan eventuele moeilijkheden op de vitaminenmarkt niet al te zwaar te tillen.

Repliek

Volgens verzoekster houdt verweerster geen rekening met de grotere spreidings-

graad bij haar daadwerkelijke en potentiële concurrenten, die hen ten opzichte van de vitaminenmarkt minder afhankelijk maakt. Ook verweersters stelling dat het niet op de omzet of de financiële draagkracht als zodanig aan zou komen, is in tegenspraak met de standpunten welke verweerster in het ontwerp-verordening betreffende de controle op concerns en in de zaak „*Continental Can*” heeft ingenomen.

Anderzijds zou verzoeksters omzet — vijf miljard Zwitserse franken per jaar — niets bewijzen, als de cijfers voor de concurrenten — met een duidelijk grotere financiële draagkracht — er niet naast worden gelegd.

Dupliek

Verweerster merkt op dat het voor verzoekster aankomt op de omvang, zoals die in omzetcijfers, kapitaal en verkooppotentieel tot uitdrukking komt. Verweerster zelf meent dat bij beoordeling van verzoeksters positie op de vitaminemarkten de doorslag moet geven dat zij binnen en buiten de gemeenschappelijke markt de grootste marktaandelen bezit, alsook dat zij de eerste fabrikant ter wereld is, die meer vervaardigt dan alle concurrenten tezamen. Verzoekster is daardoor in staat minder krampachtig te reageren op de verschillende ontwikkeling op de regionale markten — binnen en buiten de Gemeenschap —.

Ad 4) Het aantal concurrenten

Beroepschrift

Verzoekster maakt, wat betreft het *aantal concurrenten* (en de door hen aangeboden sortering produkten) bezwaar tegen de tabel, in de beschikking onder 3 opgenomen, waarin de mededingingscondities op de vitaminemarkten volkomen vals worden belicht, aangezien bedoelde mededinging in veel mindere mate door het aantal producenten wordt bepaald dan door dat der aanbieders (producenten *en* wederverkopers).

In de tabel wordt aldus voorbijgegaan aan de beslissende rol, die in de mededinging wordt gespeeld door de hoge handelshuizen waar, behalve het assortiment vitaminen, een grote sortering additieven — die verzoekster niet kan aanbieden — worden aangeboden. Verweerster heeft evenmin rekening gehouden met het feit dat verzoekster sinds jaren het hoofd heeft te bieden aan een sterke concurrentie van de zijde van Japanse producenten, alsook aan toenemende pressie van sommige Oosteuropese landen.

Verweerschrift

De stelling dat de aanbieders (producenten en wederverkopers) en niet alleen maar de producenten de mededinging zouden bepalen, houdt een miskennis in van de realiteiten van het economisch leven.

Heel in het algemeen is een producent steeds bij een wederverkoper in het voordeel, omdat hij slechts zijn eigen kosten in aanmerking heeft te nemen, terwijl de wederverkoper eerst moet kopen, dat wil zeggen een prijs heeft te betalen welke zowel de kostprijs van de producent als een winstmarge dekt, en dan nog altijd met voordeel moet wederverkopen. Met name de tussenpersonen (brokers) zouden regelmatig verkopen tegen prijzen welke die van de producenten vrij aanzienlijk te boven gaan, slechts een enkele maal zouden zij kleine partijen dan wel partijen waarvan de kwaliteit te wensen over laat, tegen lagere prijzen verkopen.

Repliek

Volgens verzoekster is verweersters opvatting dat er ter beoordeling van een machtspositie niet met de wederverkopers rekening zou moeten worden gehouden, rechtens en feitelijk onjuist:

- zij zou indruisen tegen het standpunt, dat het Hof van Justitie heeft ingenomen in zijn arrest van 18 februari 1971 (*Sirena*, zaak 40/70, Jurispr. blz. 84), volgens hetwelk ter beoordeling van de belemmering welke aan de handhaving van de daadwerkelijke concurrentie in de weg gelegd wordt, met name rekening dient te worden gehouden met „de eventuele aanwezigheid en de positie van producenten of *handelaren* die soortgelijke of substitutieprodukten afzetten”.
- voorts zou het niet juist zijn te stellen dat de wederverkopers noodzakelijkerwijze duurder moeten verkopen omdat in hun kosten de kostprijs van de producent plus zijn winstmarge zijn verdisconteerd.

Juist de omgekeerde situatie zou zich voordoen: verzoekster zou, behalve haar produktiekosten, ook de kosten moeten goedmaken welke aan de wederverkoop verbonden zijn — 12 à 14 % —, kosten welke soms de kosten van wederverkoop, zoals die door verkopers en tussenhandelaren worden gemaakt, te boven gaan. Fabrikanten die via tussenpersonen wederverkopen, behoeven zelf aan wederverkoop niets uit te geven. De koopprijs van de tussenpersoon tendeert dus naar een niveau beneden dat van de kosten welke de fabrikant voor wederverkoop heeft te maken.

Dupliek

Verweerster merkt duidelijkheidshalve op dat zij de gelijkstelling van producen-

ten en wederverkopers — in mededingingsopzicht — betwist, maar niet heeft geloofd dat bij onderzoek naar marktbeheersing „de eventuele aanwezigheid en de positie van producenten of handelaren” in aanmerking moeten worden genomen.

De stelling dat verzoekster zelf, behalve haar produktiekosten, de aan haar wederverkopen verbonden kosten — 12 à 14 % meer dan die welke verkopers en tussenhandelaren hebben te dragen — zou moeten dekken, houdt een miskenning in van het feit dat een fabrikant die door tussenkomst van handelsmaatschappijen verkoopt, zijn eigen kosten wegens wederverkoop heeft te dragen, waarbij de kosten komen, welke de handelonderneming uit hoofde van wederverkoop heeft te maken.

Bovendien bevindt verzoekster, die haar produktie en distributie door de oprichting van dochtermaatschappijen heeft gedecentraliseerd, zich dichter bij haar afnemers dan een fabrikant in Japan of een Oostelijk land, die via tussenhandelaren wederverkoopt.

Ad 5) De technische voorsprong

Beroepschrift

De stelling (beschikking nr. 21) dat verzoekster ten opzichte van haar concurrenten over technische en commerciële voordelen zou kunnen beschikken, is in strijd met de vaststelling dat de octrooien voor de fabricage van de vitaminen zijn verlopen (beschikking, nr. 8) en dat de synthetische samenstelling van de verschillende vitaminen op natuurwetenschappelijk gebied geen onoverkomelijke moeilijkheden zou opleveren (beschikking, nr. 3). Wat de recente ontwikkeling van het industrieel gebruik van vitamine C (antioxydanten, fermenteermiddel voor brouwerijen, enz.) (beschikking, nr. 8) en het bereiden van „nieuwe mengsels voor dieren” betreft: zij zijn het resultaat van research-werk, dat inmiddels gemeengoed geworden is en zowel voor verzoekster als voor haar concurrenten tot uitbreiding van de markt heeft geleid.

Ten slotte zou de „Time sharing service” die in de beschikking onder 8 ter sprake komt, helemaal niet een dienst zijn welke alleen bij verzoekster kan worden aangetroffen, en in 1975 hebben van haar dui-zenden kopers slechts zeven afnemers (waaronder geen der in de beschikking genoemde afnemers) ervan gebruik gemaakt. De door verweerster overgelegde stukken loochenen trouwens het nut van die dienst.

Verweerschrift

De Commissie antwoordt dat met de stelling dat verzoekster in technisch opzicht in het voordeel is, blijkens de schattingen van verzoekster zelf, zoals die in een aantal aan het Hof overgelegde stukken zijn te vinden, slechts een open deur wordt ingetrapt.

De Commissie meent dat het een verrassing zou zijn, indien verzoekster, die op het gebied van de fabricage en de toepassing van synthetische vitaminen pioniersarbeid heeft verricht, zelfs nadat de octrooien verlopen waren, niet zou beschikken over een technische ervaring en kennis welke haar bij de concurrenten in het voordeel doen zijn.

De Commissie haalt een document van verzoekster aan, waaruit blijkt dat de know-how een der redenen zou zijn waarom multinationals bij het afsluiten van leveringscontracten mogelijk geïnteresseerd zijn.

Replik

Verzoekster stelt vast dat verweerster, in plaats van bewijs aan te dragen voor haar stelling dat verzoekster in technisch opzicht in het voordeel zou zijn, met simpele speculaties volstaat. Met betrekking tot het door verweerster aangehaalde document stelt verzoekster vast dat de „know-how” die op het ogenblik aan alle technische produkten vastzit, niet is te beschouwen als een „technologisch voordeel” dat op „marktbeheersing” wijst.

Dupliek

De Commissie gelooft niet dat men, om een uit een oogpunt van marktbeheersing belangwekkend technisch voordeel te genieten, in staat moet zijn om met behulp van exclusieve rechten derden de toegang tot de markt onmogelijk te maken dan wel hun mededinging te beperken. Volgens de Commissie heeft verzoekster voor de bevestiging van haar machtspositie profijt kunnen trekken van de technische kennis, welke zij bij de vervaardiging en het gebruik van synthetische vitaminen had opgedaan.

Ad 6) Het commerciële net

Beroepschrift

Verzoekster is ook wat haar commerciële net (beschikking nr. 8) betreft, niet bij haar concurrenten in het voordeel. Sommige concurrenten (waartoe niet alleen farmaceutische ondernemingen, doch ook fabrikanten van chemische producten moeten worden gerekend) hebben dankzij hun activiteiten in de sector kunstmest en onkruidverdelgingsmiddelen, voor de landbouwsector de beschikking over handelskanalen waarvan zij voor de verkoop van vitaminen gebruik kunnen maken.

Verweerschrift

Voor verweerster is het voordeel van Roche's commerciële net gelegen in het feit dat verzoekster, terwijl haar concurrenten genoodzaakt zijn bij de wederverkoop een niet onaanzienlijk aantal onafhankelijke handelsondernemingen te betrekken, dankzij haar filialen over de hele wereld een distributienet heeft kunnen opzetten, ten einde aan de bijzondere behoeften van de kopers van vitaminen te kunnen beantwoorden. Door dit commerciële net worden de kopers van advies gediend, terwijl het permanent een voorraad verse vitaminen aanhoudt.

Repliek

Verzoeksters commerciële net zou haar geen voordelen opleveren. Twee van haar voorinaamste concurrenten verkopen via hun eigen distributienetten. Anderzijds zegt het aanhouden van een permanente voorraad „verse” vitaminen niets, waar alle producten maandenlang, soms zelfs gedurende vijf jaar, kunnen worden opgeslagen. Bedoeld „distributienet” wil in feite alleen maar zeggen dat verzoekster bij verschillende maatschappijen voorraden aanhoudt.

Dupliek

Verweerster stelt vast dat verzoekster niet materieel betwist over een „uitgebreid commercieel net” te beschikken: verzoekster wordt in alle landen door dochtermaatschappijen vertegenwoordigd. Het distributienet van concurrenten, die bij verzoekster wat de vervaardiging van vitaminen betreft ver ten achter blijven, is voor hen niet van even groot belang. Zelfs wanneer vitaminen lange tijd kunnen worden opgeslagen, blijft controle nodig. Die controle — en de service — zijn slechts mogelijk als verzoekster haar distributienet zeer goed heeft ontwikkeld.

Ad 7) De potentiële concurrentie

Beroepschrift

Verzoekster betwist de stelling der Commissie, dat „de positie van Roche door het vooruitzicht van een eventuele toegang van nieuwe concurrenten tot deze markt (sc. die voor vitaminen) momenteel [niet] noemenswaardig kan worden gewijzigd” (beschikking, nr. 21, in fine).

De maatstaf welke verweerster aanlegt, wanneer zij concludeert tot de afwezigheid van potentiële concurrentie, is de

noodzaak van omvangrijke en gespecialiseerde investeringen en voor lange perioden geprogrammeerde capaciteiten, welke ertoe leidt dat „alleen farmaceutische concerns van grote omvang” op de markt kunnen opereren. Deze laatste stelling is volgens verzoekster onjuist: bijna alle grote chemische ondernemingen zijn potentiële concurrenten. Die chemische concerns zijn ieder voor zich in staat zich, wat de vitaminenproductie betreft, terstond entree te verschaffen, wanneer de concurrentie op een der markten verflauwt en hogere winsten in het vooruitzicht liggen. De potentiële concurrentie oefent derhalve op de prijsontwikkeling een zeer krachtige daadwerkelijke invloed uit.

Met betrekking tot de nodige investeringen herinnert verzoekster eraan dat bijna al haar actuele of potentiële concurrenten haar in omvang en financiële draagkracht verre de baas zijn. Voorts is het niet juist dat er met iedere nieuwe installatie zo hoge investeringen gemoeid zouden zijn, dat slechts grote firma's ertoe zouden kunnen overgaan. In geval van overcapaciteit der productie (zoals die zich op mondiaal niveau voordoet) kunnen kleinere productie-eenheden rendabeler zijn dan grote installaties. Die zelfde overcapaciteit op wereldniveau leidt ertoe dat de momenteel niet-producterende fabrieken een belangrijke concurrentiële druk uitoefenen. Ook de omvang van de bestaande capaciteiten der daadwerkelijke concurrenten kan verzoekster, wat haar mededingingsgedrag betreft, werkelijk onder druk zetten

Waar de altijd aanwezige potentiële mededinging blijkens dit een en ander volkomen buiten beschouwing werd gelaten, heeft de beschikking 's Hof's arrest in de zaak 6/72, *Europemballage* (HvJ 21. 2. 1973, Jurispr. blz. 215) — waarin aan die potentiële concurrentie nu juist groot belang werd gehecht — geen recht doen wedervaren.

Verweerschrift

Anders dan verzoekster beweert, heeft verweerster de vraag of er van potentiële concurrentie sprake was, wel degelijk onderzocht; alleen kwam zij tot een negatieve conclusie. In de beschikking heeft zij te kennen gegeven dat Roche's positie op de vitaminenmarkt gedurende het in aanmerking genomen tijdvak (1964-1974) door het aan de markt komen van nieuwe concurrenten „momenteel” niet noemenswaardig kon worden gewijzigd. De argumenten, door verzoekster voorgedragen inzake eventuele toekomstige ontwikkelingen, staan dus buiten de zaak. Anderzijds heeft de Commissie tot de onder nr. 4 van de beschikking genoemde „farmaceutische concerns van grote omvang” de door verzoekster bedoelde grote chemische concerns gerekend. De Commissie betwist evenwel dat deze concerns zich, wat het door verzoekster vervaardigd assortiment betreft, *rechtstreeks* in de vitaminen-handel kunnen begeven.

Repliek

Volgens verzoekster miskent verweerster de eigen aard der potentiële concurrentie. In het algemeen leidt de druk welke potentiële concurrenten op de markt uitoefenen, ertoe dat het prijsniveau laag blijft: men wil van die potentiële concurrenten geen werkelijke concurrenten maken. Het doet in zoverre niet terzake dat er tussen het besluit tot investering over te gaan en het aan de markt komen enige maanden of jaren verstrijken. De eigen aard van de potentiële concurrentie is gelegen in de bedreiging welke ervan uitgaat. Het komt er maar op aan dat de potentiële concurrenten, door het enkele feit dat zij er zijn, vat op de markt hebben. Verweerster miskent bovendien het bestaan van een overcapaciteit op wereld-

schaal, welke de mededinging nader onder druk zet. Ten slotte kan verweerster niet betwisten dat er in de aangegeven periode een hele reeks ondernemingen inderdaad voor het eerst op de markt zijn gekomen dan wel hun marktcapaciteiten hebben uitgebreid.

Dupliek

Het door verzoekster gehanteerde argument dat men vanwege de potentiële concurrentie de prijzen laag zou houden — om die concurrentie niet aan te trekken — bevestigt volgens de Commissie de juistheid van haar redenering inzake de betekenis welke aan de prijsverlaging van verzoeksters produkten moet worden gehecht. De Commissie blijft evenwel, gezien de belangrijke investeringen welke ermee gemoeid zijn, de waarschijnlijkheid van het aan de markt komen van nieuwe concurrenten in twijfel trekken.

Ad 8) De toegang tot de bevoorradingsmarkt

Beroepschrift

In de bestreden beschikking zou in het geheel geen aandacht zijn geschonken aan de toegang tot de grondstoffenmarkt. Evenwel zouden verzoeksters voornaamste concurrenten en bijna al haar potentiële concurrenten, als fabrikanten van chemische basisprodukten en tussenprodukten, beschikken over een belangrijk gedeelte van de voor vitaminenproductie noodzakelijke grondstoffen, terwijl verzoekster het voor haar bevoorrading bijna geheel van derden en zelfs ten dele van haar daadwerkelijke en potentiële concurrenten zou moeten hebben.

Verweerschrift

De Commissie antwoordt dat verzoekster geen enkel materieel bewijs heeft geleverd voor haar stelling dat zij voor haar grondstoffenbevoorrading vrijwel geheel van andere ondernemingen, en zelfs ten dele van haar concurrenten, zou afhangen.

Repliek

Verzoekster brengt hiertegen in dat zij tijdens de administratieve procedure de vraag van de grondstoffenbevoorrading gedetailleerd heeft besproken.

Twee van verzoeksters concurrenten zouden — als fabrikanten van basisprodukten op het terrein van de zware chemische industrie — wat de toegang tot de goeddeels door hen zelf vervaardigde produkten, stellig in het voordeel zijn. Verzoekster acht het criterium van de marktbevoorrading een van de fundamentele gegevens ter beoordeling van de marktbeheersing.

Dupliek

De Commissie betwist niet dat de vraag naar de toegangsmogelijkheden tot de bevoorradingsmarkten van belang kan zijn voor de beoordeling van de vraag der marktbeheersing; volgens haar is het evenwel slechts een van meerdere in aanmerking komende criteria. Doorslaggevend acht zij in zoverre de vraag of verzoekster in staat is zich op de markt te bevoorraden. Dit is in casu het geval: als chemische onderneming had verzoekster, zo nodig, zelf de halffabrikaten kunnen fabriceren, maar zij heeft het tot nu toe voordeliger geacht de produkten bij andere ondernemingen te betrekken.

II. Bespreking van verzoeksters marktgedrag en de daaraan verbonden gevolgen

Beroepschrift

Verzoekster vraakt de beschikking van de Commissie voor zover daarin nergens

is ingegaan op de criteria inzake de marktresultaten (performance) en marktgedrag (conduct).

De schrijvers achten unaniem een uitsluitend kwantitatieve bestudering van de marktstructuur „ungeeignet ... das Maß der vom Wettbewerb unkontrollierten Handlungsfreiheit der Unternehmer zu bestimmen” (Mestmäcker, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, blz. 370). Alle details van de marktsituatie en het marktgedrag dienen te worden besproken. Op grondslag van die criteria heeft verzoekster nimmer kunnen veronderstellen dat zij niet aan een daadwerkelijke concurrentie was blootgesteld en dat zij dus een machtspositie innam als bedoeld in artikel 86 van het EEG-Verdrag.

De beide criteria (marktgedrag en resultaten van het marktgedrag) zijn in economisch opzicht interdependent. Met name het marktgedrag wordt dikwijls gekwalificeerd als „belangrijkst criterium”.

In het kader van het marktgedrag is het van het hoogste belang te weten of een onderneming verplicht is zich naar de marktprijs te richten dan wel of zij haar prijzen in een niet nauwkeurig vastgestelde marge naar believen kan vaststellen.

Deze interpretatie is door verweerster zelf aanvaard („Het vraagstuk van de concentraties in de gemeenschappelijke markt”, Brussel 1966, nr. 22; en beschikking Continental Can, PB nr. L 7 van 8 januari 1972, blz. 25), alsook door het Hof van Justitie (arrest van 18 mei 1962, gewezen in de zaak 13/60, *Ruhrkohlen* (Jurispr. blz. 201).

Een onderzoek naar de resultaten van markt en marktgedrag impliceert dat de ontwikkeling gedurende een vrij lange periode wordt nagegaan. Zo zal met name moeten worden geverifieerd of de door de onderneming berekende prijzen gedurende een vrij lange periode zijn opgelopen dan wel of de onderneming gedwongen was zich naar de marktprijzen te richten en haar eigen prijzen onder druk van de concurrentie te verlagen.

Maar bestudering van de ontwikkeling der prijzen op lange termijn sedert de introductie der betrokken vitaminen tot 1974 leert dat de prijzen van vitaminen A, E, C, B₂ en B₆, de belangrijkste vitaminensoorten, onophoudelijk in belangrijke mate zijn gedaald. Het ware ongerijmd, indien een onderneming die beweerdelijk niet aan daadwerkelijke concurrentie is blootgesteld en haar prijzen goeddeels onafhankelijk van haar concurrenten, leveranciers en kopers kan vaststellen, haar prijzen aldus zou verlagen zonder daartoe door concurrentie gedwongen te zijn. Wat meer zegt: werden er in de periode 1970-1974 prijsstijgingen van gemiddeld 50 % geregistreerd — zodat verzoeksters kostprijs ook met 50 % of meer steeg —, onder de druk van de concurrentie zijn verzoeksters prijzen in die periode voor de meeste vitaminesoorten sterk blijven dalen (vitaminen A: 25 %, vitamine E: meer dan 18 %; pantotheenzuur; gemiddeld 50 %, vitaminen B₂ en B₆ vertoonden een minder duidelijke, maar reële daling; alleen de prijzen van vitamine C vertoonden een geringe stijging). Hieruit kan slechts worden geconcludeerd dat verzoekster nooit „de prijzen naar haar hand heeft kunnen zetten”. In een periode van sterke prijsstijgingen zou verzoekster nooit tot zulke prijsverlagingen zijn overgegaan, als een bijzonder krachtige concurrentie haar er niet toe had gedwongen.

De door de Commissie ingeroepen stukken, waaruit zij op tendentieuze wijze citeert om verzoekster misbruik toe te dichtten, geven dienaangaande uitsluitsel. Het bestaan van een „voortdurende druk van Japanse, Deense en Duitse concurrenten” voor vitamine B₆ (circulaire van december 1970); het spoedig te verwachten aan de markt komen van de vitamine A en de vitamine E van een concurrent, wiens marktpotentieel het viervoudige van dat van verzoekster bedraagt (zelfde circulaire); de noodzaak „sterk concurrerende” prijzen vast te stellen om bij belangrijke afnemers een jaarcontract te kunnen verkrijgen (circulaire van augustus 1971); het bestaan van een „sterke concurrentie” voor vitaminen A en E; de onmogelijkheid om ten aanzien van vitamine C tot prijsverhoging over te gaan zonder dat zulks tot een teruggang der marktaandelen zou leiden; een marktverlies in een orde van grootte van 17,50 % op de Duitse markt voor pantothenaten (verslag van 12 en 13 oktober 1972): gegevens waaraan bij de beoordeling een beslissende betekenis moet worden toegekend.

In deze stukken vindt de stelling dat er een machtspositie zou hebben bestaan een objectieve weerlegging en a fortiori leveren zij het bewijs dat verzoekster tenminste subjectief heeft mogen veronderstellen dat zij aan wezenlijke concurrentie was blootgesteld.

Verzoekster legt een serie andere stukken uit haar interne administratie over, waaruit blijkt dat de druk der concurrentie, met name op de markten voor vitaminen A, B₁, B₂, B₃, B₆ en E, in de jaren 1971, 1972 en 1973 zeer sterk is geweest.

Verweerschrift

Verweerster meent dat ter beantwoording van de vraag of verzoekster op de vitaminemarkten een machtspositie inneemt, van haar marktaandelen dient te worden uitgegaan. Pas wanneer die marktaandelen, die voor de voornaamste produkten (vitaminen A, E en C) ten

naaste bij 50 % bedroegen, duidelijk zijn vastgesteld, is het zinvol de feitelijke gegevens te behandelen waaruit zou blijken dat verzoekster, haar marktaandelen ten spijt, aan daadwerkelijke concurrentie blootgesteld zou zijn geweest. De in aanmerking te nemen markt is die voor de verschillende betrokken vitaminessoorten (A, B₂, B₆, C, E, biotine (H) en pantotheenzuur (B₃)). Die onderscheiden groepen kunnen aan constante behoeften voldoen, terwijl substitutiemogelijkheden met andere produkten behalve in uitzonderingsgevallen en met het oog op bijzondere behoeften, nagenoeg ontbreken.

Dat andere produkten vitaminen substitueren is geheel uitgesloten. De in aanmerking te nemen geografische markt is de gehele gemeenschappelijke markt.

Tegenover het verwijt dat zij verzoeksters marktgedrag — en de resultaten van dat gedrag — niet in aanmerking zou hebben genomen, stelt verweerster een formeel en een zakelijk argument.

Wat de vorm betreft: verweerster is gehouden haar beschikkingen met redenen te omkleden, maar behoeft niet alle tijdens de administratieve procedure voorgedragen argumenten te weerleggen. Verzoekster kan van verweerster niet verlangen dat zij in haar beschikking een standpunt inneemt dat zij als onjuist beschouwt.

Verweersters zakelijk argument is dat zij betwist uitsluitend marktstructurele criteria in aanmerking te hebben genomen. De Commissie heeft zelf reeds eerder betoogd dat marktbeheersing „in de eerste plaats een economische mogelijkheid [is], en wel het vermogen om een belangrijke en voor de beheersende onderneming in beginsel te voorziene invloed op het marktgebeuren uit te oefenen” (Men zie: „Het vraagstuk van de concentraties in de gemeenschappelijke markt”, Brussel

1966, nr. 22), welk standpunt zij nadien in de beschikking *Continental Can* heeft uitgewerkt, met dien verstande evenwel dat er met name van onafhankelijk marktgedrag sprake zou zijn wanneer de ondernemingen „door hun marktaandeel of door hun marktaandeel samen met onder andere de voor hen beschikbare technische kennis, grondstoffen of kapitaal, de mogelijkheid hebben voor een belangrijk deel der betrokken produkten de prijzen te bepalen of de produktie of de distributie te beheersen ...”

Ook uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie, en wel met name uit de arresten *Commercial Solvents* (gevoegde zaken 6 en 7/73, Jurispr. 1974, blz. 215) en „Suiker” (zaken 40/73 e. a., *Suiker-Unie e.a.*, Jurispr. blz. 2005) blijkt dat het enkele feit dat de betrokken ondernemingen zeer belangrijke marktaandelen in handen hebben voldoende is om vast te stellen dat zij een machtspositie innemen. Bezit een onderneming belangrijke marktaandelen, terwijl de concurrenten veel kleinere marktaandelen in handen hebben en een vergelijkenderwijs kleiner assortiment aanbieden, dan mag dit in den regel worden beschouwd als een aanwijzing dat de onderneming die belangrijke marktaandelen in handen heeft, een machtspositie inneemt. Slechts wanneer er bijzondere omstandigheden aan het licht mochten komen die inderdaad de handelingsvrijheid van de betrokken onderneming goeddeels beperken, zou het bezit van belangrijke marktaandelen de conclusie dat van een machtspositie mag worden gesproken, niet wettigen.

Vervolgens overgaande tot een analyse van de tabellen blijkens welke de prijzen van vitaminen A, E, C, B₂ en B₆ in de loop van de jaren zijn gedaald, vestigt de Commissie de aandacht op de aanzienlijke stijging van verzoeksters produktie in de hierbedoelde tijdvakken en spreekt zij als haar oordeel uit dat uit die grafieken eenvoudigweg blijkt dat een sterke uitbreiding van de produktie tot prijsval leidt.

Bij vergelijking van enerzijds de kwantitatieve produktieschommelingen — in procenten — en anderzijds de prijzen, concludeert de Commissie dat verzoekster van 1970 tot 1974 in staat is geweest haar verkopen van de belangrijkste vitaminesoorten sterk uit te breiden, dat zij voor een aantal van die vitaminen geen prijsconcessie heeft gedaan en over de hele lijn haar recettes belangrijk heeft kunnen verbeteren.

Uit de stukken die verweerster in de beschikking had ingeroepen en aangehaald (nr. 12: circulaire van december 1970, circulaire van mei 1971, leest: augustus 1971, verslag van de vergadering der European Bulk Managers van 12 en 13 oktober 1971, leest: 1972) — ter illustratie van het gestelde misbruik — blijkt, anders dan verzoekster beweert, niet van de afwezigheid van een machtspositie.

Het gaat er niet om of verzoekster geheel vrij was haar prijzen te bepalen — zoals met monopolies het geval is —, maar of de door haar ingenomen positie haar tot handelen in staat stelde zonder dat zij zich werkelijk zorgen behoefde te maken over haar concurrenten, haar leveranciers en haar afnemers.

Uit sommige door verzoekster als bijlagen bij het beroepschrift overgelegde stukken blijkt nu juist dat verzoekster zeer wel in staat was met newcomers op de vitaminemarkt de strijd aan te binden, en dat zij zich in staat achtte haar positie op de markt te handhaven.

Replik

In haar conclusie van repliek stelt verzoekster vast dat de Commissie, ondanks haar bewering van het tegendeel, ter vaststelling van de machtspositie praktisch ge-

sproken alleen maar op de marktaandelen afgaat. Het bezit van belangrijke marktaandelen en het aanbod van een verhoudingsgewijs groot assortiment zouden „aanwijzingen” voor een machtspositie opleveren, die alleen door bijzondere omstandigheden zouden kunnen worden ontzenuwd. De Commissie zou afstand nemen van haar eigen eerdere verklaringen en van 's Hofs jurisprudentie. Door de redenering welke zij volgt, zou zij bovendien de bewijslast omkeren.

Dat de Commissie in de bestreden beschikking — ter vaststelling van de machtspositie — geen andere maatstaven dan de marktaandelen, bij voorbeeld de macht tot prijsbepaling, heeft aangelegd, houdt zowel een schending in van artikel 86 — via een onjuiste uitlegging van de toepassingsvoorwaarden van dat artikel — als een schending van artikel 190 van het Verdrag — omdat de bestreden beschikking niet voldoende met redenen is omkleed —.

Met betrekking tot de door de Commissie aangehaalde jurisprudentie alsook ten aanzien van haar eigen beschikking van 2 januari 1973 merkt verzoekster op dat het — bij ondernemingen met veel grotere marktaandelen dan haar eigen 50 % — niet aangaat te concluderen dat op grond van zo'n marktaandeel de resultaten en het marktgedrag niet meer in aanmerking behoeven te worden genomen en dat de ondernemingen het bewijs van een „daadwerkelijke en aanmerkelijke beperking van hun handelingsvrijheid” zouden hebben te leveren.

Met haar tegenwerping dat zij niet gehouden zou zijn zich over alle „bedenkingen” of „stellingen” van verzoekster uit te spreken, ziet verweerster eraan voorbij dat het bij de vraag of men in staat is de prijs te bepalen volgens 's Hofs jurisprudentie gaat om voorwaarden waarvan de toepasselijkheid van artikel 86 afhankelijk is gesteld, zodat de Commissie heeft te bewijzen dat zij vervuld zijn.

Volgens verzoekster blijkt uit de bij de indiening van het beroepschrift overgelegde stukken dat er in het tijdvak 1970-1974 wel degelijk van concurrentie sprake was.

De prijsverlagingen die in de door verzoekster overgelegde stukken voor de voornaamste vitaminesoorten in de periode na de oorlog en vooral vóór de jaren 1970-1974 zijn vastgesteld, waren, anders dan de Commissie waar wil hebben, niet een gevolg van het feit dat men in een expansieve fase de produktie zou hebben opgevoerd ten einde de kosten per eenheid te verlagen.

Inderdaad dalen de prijzen per eenheid slechts voor zover de nog niet helemaal aangesproken reservecapaciteiten van een produktie-installatie beter kunnen worden gebruikt en de prijzen der produktiemiddelen niet stijgen. In een expanderende fase moeten de produktie-installaties noodzakelijkerwijze worden vergroot en aanvullende installaties worden gebouwd, zodat van een kostendaling geen sprake kan zijn.

Verzoekster meent dat zowel de doctrine als de economische ervaring leert dat een niet aan concurrentie blootgestelde onderneming niet tot prijsdaling overgaat in de mate waarin dat in casu geschied is. Als verzoekster haar prijzen heeft verlaagd, dan is zij daartoe door de mededinging gedwongen geweest.

Wat met name het tijdvak 1970-1974 betreft, verzoekster wijst erop dat de prijsverlagingen welke in dat tijdvak voor verzoeksters produkten konden worden waargenomen, samenvielen met een zeer krachtige prijsstijging in alle landen van de Gemeenschap. Ondanks een stijging van de kostprijs met 50 % — en een verdubbelde vraag — heeft verzoekster

nochtans voor vier produkten prijsverlagingen van 17 % à 29 % moeten accepteren en voor drie andere produkten geen hogere prijzen kunnen maken (hetgeen, de inflatie in aanmerking genomen, reeds op een verlies van 20 % neerkwam).

In meerdere bij het beroepschrift gevoegde bijlagen wordt nader bewijs van een werkelijke mededinging op de hierbedoelde markten geleverd. Het is veelzeggend dat verzoekster sommige nieuwe concurrenten niet uit de markt heeft kunnen houden. Voorts wijst verzoekster erop dat de in de bestreden beschikking aangevochten contracten slechts een „pariteitsclausule” bevatten, waarin alleen maar de mogelijkheid van een prijsdaling was voorzien, doch dat zij er niet in geslaagd is haar afnemers de thans gebruikelijke „prijsverhogingsclausule” op te leggen, volgens welke de leveringsprijzen met kostprijs- of prijsverhogingen mogen meegaan.

Dupliek

Verweerster betoogt dat zij verzoeksters marktgedrag — en de resultaten van dat gedrag — heeft onderzocht en beoordeeld, maar bij dat onderzoek tot een andere slotsom is gekomen dan verzoekster.

Verweerster heeft niet vastgesteld dat de mededinging de onafhankelijkheid van verzoeksters gedrag aanzienlijk heeft ingeperkt. Het is in zoverre van wezenlijk belang dat verzoekster in een betrekkelijk lange periode haar hoge marktaandelen heeft kunnen handhaven.

Verweerster heeft trouwens nimmer ontkend dat op haar de plicht rust te bewijzen dat de bestanddelen van het in artikel 86 omschreven feit voorhanden zijn. De op verzoekster rustende plicht het Hof te overtuigen dat verweerster het van haar verwachte bewijs niet heeft geleverd, is niet als een constitutioneel onrechtmatige omkering van de bewijslast te beschouwen. Verweerster betwist niet dat het in de gevallen waarin het Hof van Justitie een machtspositie heeft aange-

nomen, om marktaandelen boven de 50 % ging.

In haar beschikking heeft zij niet slechts verzoeksters marktaandelen voor de verschillende vitaminengroepen tot uitgangspunt genomen, doch ook de — veel zwakkere — marktaandelen der concurrenten en een aantal andere — voor de vaststelling van verzoeksters positie op de markt — belangrijke criteria gehanteerd.

Verweerster heeft voorts, afgaande op de verklaringen welke verzoekster tijdens de administratieveprocedure had afgelegd, verzoeksters gedrag met betrekking tot de prijzen en de marktsituatie in aanmerking genomen.

Verweerster betwist, wat de prijsdaling betreft, verzoeksters argument dat een onderneming die de markt beheerst er belang bij zou hebben de afgezette hoeveelheid te beperken, om zo de prijzen te kunnen opvoeren.

Een onderneming die geen monopoliepositie inneemt, maar een belangrijk deel van de markt in handen heeft en de omvang van haar verkopen ziet stijgen, moet oppassen dat zij door het berekenen van al te hoge prijzen geen marktconcurrentie van andere ondernemingen in de hand werkt. Zij kan er dus belang bij hebben de prijzen in samenhang met de kwantitatieve stijging te verlagen. Wat betreft de prijzen in het tijdvak 1970-1974: verzoekster is, naar verweerster meent, niet ingegaan op de door verweerster overgelegde tabel, waarin de ontwikkeling der prijzen en de kwantitatieve ontwikkeling in de jaren 1970-1974 naast elkaar worden gelegd, en ook niet op de tabel van de prijzen welke verzoekster, blijkens de door haar dochtermaatschappijen in de gemeenschappelijke markt ver-

strekke inlichtingen, in de jaren 1971-1974 zou hebben berekend.

B — Afwezigheid van misbruik

Met betrekking tot de vaststelling dat verzoekster misbruik zou hebben gemaakt van de machtspositie welke haar wordt toegedicht, heeft verzoekster allereerst de juistheid van de weergave van bepaalde feitelijke omstandigheden, met name wat betreft de met de firma's Unilever en Merck aangegane contracten, betwist. Ook weerspreekt zij de uitlegging welke de Commissie aan de Engelse clausule geeft. Vervolgens wijst zij de uitlegging en toepassing, door de Commissie aan artikel 86 gegeven, van de hand voor zover het gaat om de concurrentiebeperking welke in de „getrouwheids”-clausule, in de litigieuze contracten vervat, besloten zou liggen.

Ten slotte — en vooral — betwist zij dat de litigieuze contracten er — via rabatten of kortingen — toe zouden hebben geleid dat ten opzichte van handelspartners ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties werden toegepast, waarmede hun nadeel zou zijn berokkend bij de mededinging (artikel 86, c)).

I. Debat betreffende bepaalde door de Commissie gestelde feitelijke omstandigheden

Beroepschrift

Verzoekster wil met betrekking tot bepaalde feiten een rectificatie aanbrengen op de door de Commissie gegeven, maar volgens verzoekster onjuiste voorstelling van zaken. Zij wijst er in de eerste plaats op dat exclusiviteits- of preferentie-overeenkomsten vooral tegemoet komen aan het bij de afnemers bestaande verlangen naar een gegarandeerde bevoorrading — tegen gunstige prijzen met produkten van homogene kwaliteit.

In de tweede plaats beschouwt de Commissie ten onrechte de voor biotine verleende kortingen als getrouwheidskortingen. Uit de stukken welke de Commissie

in haar beschikking onder 12 aanhaalt, blijkt ten duidelijkste dat het hier om „introductie”-kortingen gaat, zoals die geregeld worden toegekend aan geselecteerde kopers die zich, met het oog op een uitbreiding van de markt voor het betrokken produkt, met sales promotion belasten. Verzoekster betwist ook dat de contracten met de firma's Merck en Unilever deel zouden uitmaken van het stelsel der „getrouwheids”-contracten. Unilever had de gewoonte voor alle tot haar concern behorende, op het vasteland gevestigde vennootschappen op lange termijn grote partijen vitaminen bij verzoekster te bestellen, en in de betrokken contracten werd Unilever nergens verplicht ze alleen met verzoekster aan te gaan.

Wat de met Merck gesloten contracten betreft: de toegestane kortingen waren, gezien de gekochte hoeveelheden, gerechtvaardigd, temeer waar het niet om „getrouwheids”-kortingen ging, doch om functionele kortingen, immers het grootste deel van deze vitaminen werd door Merck wederverkocht. Het is dan ook volgens verzoekster niet juist de bestellingen Unilever en Merck mee te tellen bij de berekening van het bedrag dat met de litigieuze contracten gemoeid was (beschikking, nr. 10, in fine), om vervolgens te concluderen dat de aankopen der 22 betrokken afnemers 16 % zouden hebben uitgemaakt van de totale vitaminenverkoop die in 1974 op de gemeenschappelijke markt hebben plaatsgevonden. In werkelijkheid maakten de verkopen krachtens contracten waarin getrouwheidskortingen werden toegestaan, voor het tijdvak 1970-1974 slechts 4 % van de totale verkopen op de gemeenschappelijke markt uit.

Verweerschrift

De Commissie betwist verzoeksters stelling dat met de betrokken contracten in de eerste plaats zou zijn tegemoet gekomen aan de wens der afnemers zich een bevoorrading — tegen gunstige prijzen — van een gelijkblijvende kwaliteit te verzekeren: zou dat het geval geweest zijn,

dan had verzoekster in haar contracten alleen maar een leveringsplicht hoeven op te nemen. Verzoekster kan niet in ernst betwisten dat zij met de hierbedoelde verplichting haar eigen belangen — klantenbinding, ten einde haar hoge marktaandeel te behouden — heeft gediend.

De Commissie komt ook op tegen de stelling dat de kortingen in de biotinesector als „introductie”-kortingen zouden moeten worden beschouwd. Zijn in de met Unilever en Merck afgesloten contracten niet met zoveel woorden getrouwheidspremies voorzien, beide firma's waren in de praktijk nochtans gedwongen al hun behoeften bij verzoekster in te dekken. De Engelse clause zou anders geen zin hebben gehad.

Replik

Voor zover de als „getrouwheids”-premies aangevochten kortingen vanwege de Engelse clause in geen enkel geval echte getrouwheidskortingen waren, geldt zulks volgens verzoekster te meer voor de „biotine-kortingen”, alleen voorzien voor afnemers die met het oog op de ontsluiting van nieuwe toepassingsdoeimen, tot dienstverlening op het gebied der sales promotion bereid waren.

Verzoekster wijst er vervolgens op dat het vanwege de Engelse clause was uitgesloten dat de afnemer zich exclusief aan zijn leverancier gebonden zag. Het zou onjuist zijn van „exclusieve afnameverplichtingen” te spreken wanneer onbetwist vaststaat dat de afnemer op ieder gunstiger aanbod van een concurrent dat door verzoekster niet wordt overgenomen, mag ingaan. Exclusieve afnameverplichtingen zijn slechts in een deel der contracten opgenomen; in de andere gevallen zijn de afnemers, juist omdat vanwege de Engelse clause de zuigkracht van getrouwheidskortingen zich niet voordoet niet — door het enkele feit dat hun premies in uitzicht zijn gesteld — gebonden.

Dat verzoekster vanwege de Engelse clause moet beslissen of zij al dan niet met de gunstiger offerte van concurrenten meegaat, geldt voor alle „affaire” waarbij men met prijsconcurrentie te doen krijgt en bewijst niet het bestaan van exclusieve relaties.

Verweerster kan niet betwisten dat verzoekster zelfs niet heeft gepoogd een afnemer om het even welke bevoorradingsverplichting op te leggen dan wel geprobeerd hem wegens belevring door een andere verkoper met represailles te bedreigen.

Wat de met Unilever en Merck aangegane contracten betreft: de Commissie zou ten onrechte veronderstellen dat de „Engelse clause” bewijst dat Unilever verplicht zou zijn al haar behoeften bij verzoekster in te dekken; die clause vond haar rechtvaardiging in de duur van het contract. Volgens verzoekster komt het standpunt der Commissie erop neer dat het aan Unilever verboden zou zijn om, eigener beweging en zonder daartoe verplicht te zijn, een leveringscontract voor haar jaarbehoeften af te sluiten, waarmede de vrijheid der kopers bij de keuze van hun leveranciers ontoelaatbaar zou worden beperkt. Het enkele feit dat een koper zijn behoeften grotendeels of geheel bij verzoekster indekt, zonder dat enigerlei afspraak hem daartoe verplicht, kan in geen geval schending van artikel 86 van het EEG-Verdrag opleveren. Dat in de contracten de hoeveelheid was voorzien tot levering waarvan verzoekster zich maximaal verbond, alsook een hoeveelheid tot afname waarvan Unilever zich minimaal verbond, doet daaraan niet af, immers in op lange termijn afgesloten contracten betreffende grote hoeveelheden grondstoffen zijn zulke regelingen volkomen marktconform.

In de contracten met de firma Merck ging het om de afname van zo belangrijke hoeveelheden B₆ en E, dat verzoekster zonder zekerheid voor de afzet niet tot produktie kon overgaan.

Dupliek

De in de biotinesector overeengekomen kortingen waren geen introductiekortingen, want zij waren gebonden aan de — ter bescherming van het verworven marktaandeel gestelde — prealabele voorwaarde dat de afnemer zijn behoeften uitsluitend of in hoofdzaak bij verzoekster zou indekken („you should protect your market through fidelity contracts ...”, Management information Biotine, blz. 2).

De Commissie herinnert eraan dat zij in de bestreden beschikking heeft onderscheiden tussen clausules welke *rechtstreeks* exclusiviteitsrelaties vestigen (fidelity contracts) en die welke zulks, door de financiële prikkel van een getrouwheidspremie, *indirect* doen. Het is niet juist dat de Engelse clause „de exclusiviteit a priori uitsluit”: de exclusiviteit betreft de bevoorrading, de Engelse clause de vaststelling der prijzen.

Het zou evenwel alleszins gebruikelijk zijn dat de verkoper zich in op lange termijn afgesloten contracten verbindt rekening te houden met de prijzen der concurrenten. De Commissie betwist niet dat de concurrentie als zodanig medebrengt dat men tracht afnemers van zijn cliënten naar zich toe te halen en getrouwe afnemers — als vaste klanten — vast te houden, maar een onderneming met een machtspositie mag daartoe geen gebruik maken van contracten met exclusiviteitsbedingen.

Met betrekking tot de contracten die met de firma's Unilever en Merck werden aangegaan, merkt verweerster op:

- a) — in antwoord op Roche's stelling dat aan het voorkomen van een Engelse clause in de Unilever-contracten niet de conclusie mag worden verbonden dat die contracten Unilever

verplichtten al haar behoeften bij Roche in te dekken — dat zij zeer wel beseft dat zulk een clause voor alle contracten, op lange termijn afgesloten voor bepaalde, niet volledig de behoeften dekkende, hoeveelheden, zinvol is. Het is dan evenwel volgens de Commissie de verkoper die zich verplicht zijn prijzen aan te passen, zodat de koper tot afname gehouden blijft. Met betrekking tot de in de omstreden contracten opgenomen Engelse clause zou zich evenwel een heel andere situatie voordoen. Waar Roche als verkoper niet tot aanpassing verplicht is, zou de clause slechts van toepassing zijn op de nakoming van een kopersverplichting om zijn behoeften geheel of in hoofdzaak bij Roche in te dekken;

- b) aan de grote vraag van de firma Merck naar vitaminen B₆ en E — die volgens verzoekster het afsluiten van een exclusief contract zou hebben gerechtvaardigd — had volgens de Commissie wel anders, bij voorbeeld door halfjaarlijkse of jaarlijkse bestellingen van bepaalde hoeveelheden, kunnen worden voldaan.

II. Debat betreffende de uitlegging van de Engelse clause

Beroepschrift

Met betrekking tot de „Engelse clause” merkt verzoekster op dat het niet juist is te stellen dat die clause voor de afnemers de verplichting zou inhouden haar op de hoogte te stellen van — van andere te goeder naam bekend staande fabrikanten ontvangen — offertes met lagere prijzen. De identiteit van de concurrent mag in geen geval worden onthuld. De aldus aan de concurrent verzekerde anonymiteit brengt verzoekster in een situatie welke ten naaste bij kan worden vergeleken met die waarin zij zich be-

vindt jegens iedere andere koper met wie over de prijzen moet worden onderhandeld.

Met betrekking tot de werking van de „Engelse clause” merkt verzoekster op dat zij aan afnemersverplichtingen a priori alle exclusiviteit, zelfs indien in beginsel aanwezig, ontnemt. Iedere afnemer blijft vrij te proberen bij de concurrentie betere prijzen en/of gunstiger condities te bedingen. Een en ander geldt zowel voor contracten waarbij aanmoedigings- of preferentiële kortingen zijn voorzien als voor contracten met exclusieve bedingen. De afnemer die op een gunstiger offerte ingaat, verspeelt de korting over zijn andere aankopen niet. De onderhavige zaak draagt in zoverre een heel ander karakter dan de zogenaamde „suiker”-zaken (HvJ 16. 12. 1975, *Suikerunie e.a./Commissie*, gevoegde zaken 40-48/73 e.a., Jurispr. blz. 2005): van enig risico kortingen te verspelen (men zie het „suiker”-arrest, r.o. 504) is in casu geen sprake.

Verweerschrift

De Commissie meent dat verzoekster de betekenis en de rol van de Engelse clause bagatelliseert. Al dient de clause, wat de prijzen betreft, de belangen van de afnemer, die afnemer mag nochtans alleen bij een derde kopen wanneer verzoekster, niet tot aanpassing van haar prijzen overgaande, hem zulks toestaat.

Repliek

Anders dan verweester schijnt aan te nemen, is de Engelse clause er — naar zin en doelstelling — kennelijk ter bescherming van de afnemer en niet van de verkoper. Zij is op bescherming van de gebruiker gericht, immers zij verzekert automatisch een berekening van de laagste prijzen. Zij typeert derhalve de macht van de vraag en niet die van het aanbod.

Van de Engelse clause gaat niet de zuigkracht uit van de getrouwheidspremies bedoeld in voormelde suikerzaken, immers daarbij ging het om een koper

die in ieder geval de premie verspeelde zodra hij zich voor een miniem deel van zijn behoeften tot een concurrent wendde. De Engelse clause bepaalt juist dat de jaarlijkse premie niet wordt verbeurd wanneer men koopt bij concurrenten die voordeliger prijzen berekenen. Verzoekster legt cijfers over ten bewijze dat verzoeksters kopers inderdaad — en juist om genoemde redenen — in verscheidene gevallen meer dan 50 % van hun benodigdheden bij verzoeksters concurrenten hebben betrokken.

Dupliek

De Commissie heeft hierop, wat de werkelijke betekenis van de Engelse clause betreft, geantwoord dat zij het een onderneming met een machtspositie mogelijk maakt op de prijswijzigingen van de concurrentie te reageren zonder het risico te lopen dat zijn afnemers naar de concurrentie overlopen. Het hangt van verzoekster af of een afnemer zich bij een concurrent mag bevoorraden; zij is in staat het door zulke contracten gebonden afnemers te beletten en kan aldus haar concurrenten uitsluiten. Dat afnemers van verzoekster in verscheidene gevallen meer dan 50 % van hun benodigdheden bij concurrenten zouden hebben betrokken, is niet doorslaggevend bij de beantwoording van de vraag of verzoekster haar machtspositie heeft misbruikt door hun een te ver gaande contractuele verplichting op te leggen.

III. Debat betreffende de anti-concurrentiële en „misbruik” opleverende werking der in de omstreden contracten besloten liggende exclusiviteit of preferentie

Beroepschrift

Na de draagwijdte van de Engelse clause nader te hebben omschreven, stelt verzoekster dat haar gebruik geen „misbruik” in de zin van artikel 86 kan inhouden. Bij de — onmisbare — afweging der betrokken belangen blijkt dat de omstreden contracten:

- de voorziening der afnemers verzekeren en handhaving van een homogene kwaliteit waarborgden;
- aan verzoekster productie-planning mogelijk maakten;
- aan de verbruikers de laagste prijzen verzekerden.

Anderzijds moet er volgens artikel 86 verband bestaan tussen de machtspositie en het gedrag der betrokken onderneming: het gewraakte gedrag moet uit de marktmacht van de onderneming voortvloeien en zij moet alleen vanwege haar machtspositie tot bedoeld gedrag in staat zijn. Dat men zijn kopers bindt, is evenwel op de vitaminemarkt alleszins gebruikelijk en ieder bewijs ontbreekt dat verzoekster de gewraakte contracten slechts dankzij de haar toegeschreven marktmacht heeft kunnen afsluiten. Integendeel, blijkens een verklaring van Animedica gaven de afnemers de voorkeur aan de leverancier die de hoogste kortingen bood. Verzoeksters gedrag heeft ook de toegang tot de markt niet belemmerd, want — zoals gezegd — juist voor de afzetfase geldt dat verzoeksters voornaamste concurrenten een veel groter assortiment hebben aan te bieden.

Afweging van al deze factoren zou tot de slotsom leiden dat van de gestelde versperring van de markt voor concurrenten nooit sprake is geweest in een mate welke aan misbruik in de zin van artikel 86 mocht doen denken.

Verweerschrift

De Commissie voert ter rechtvaardiging van haar oordeel dat Roche's gedragingen, zoals in de omstreden beschikking onder nrs. 21 e.v. omschreven, misbruik zouden inhouden, het volgende aan:

- waar de „getrouwheids”contracten de afnemers verplichtten zich uitsluitend bij verzoekster te bevoorraden of prijsvoordelen (getrouwheidspremies) boden die tot hetzelfde resultaat leidden, ontnamen ze de afnemers, voor zover zij als zodanig aan verzoekster gebonden waren, de mogelijkheid vrijelijk hun bevoorradingsbronnen te kiezen;
- ook leidden die contracten tot een verstoring van de concurrentie tussen de vitaminenfabrikanten, namelijk voor zover het tussen verzoekster en haar afnemers overeengekomen exclusiviteitsbeding andere vitaminenfabrikanten de toegang tot die klantenkring belet;
- de „Engelse clause” maakt die band losser voor zover zij aanpassing van de prijzen mogelijk maakt. Zij laat de afnemers evenwel niet vrij zich naar welgevallen bij verzoekster of bij haar concurrenten te bevoorraden: slechts wanneer verzoekster weigert haar prijzen aan die van de concurrent aan te passen, zou de koper zich tegen de prijs van de concurrent kunnen doen leveren.

Bij haar beoordeling van de rechtmatigheid van die clause gaat verzoekster

ten onrechte uit van het beginsel, dat de belangen van de marktdeelnemers de doorslag zouden geven wanneer moet worden vastgesteld of er al dan niet sprake is van misbruik van een machtspositie. Al evenmin is het juist te verlangen dat het hierbedoelde gedrag een gevolg van de machtspositie — en alleen dankzij de machtspositie mogelijk — moet zijn om onder het verbod van artikel 86 te vallen.

Evenwel zou het feit dat ondernemingen met een machtspositie bij hun handelen over een speelruimte beschikken welke hun de mogelijkheid biedt bij hun optreden niet ernstig met hun concurrenten rekening te houden, medebrengen dat bepaalde handelwijzen, die wellicht aan concurrentie blootgestelde ondernemingen zijn toegestaan, niet door de beugel kunnen.

Anderzijds is het voor de toepasselijkheid van het verbod van artikel 86, dat zich in zoverre van artikel 85 onderscheidt, niet nodig dat de mededinging „merkbaar” wordt verstoord. Een onderneming met een machtspositie is per definitie niet aan daadwerkelijke concurrentie blootgesteld. Zodra zij haar positie misbruikt, komt de doelstelling van het Verdrag, bescherming van de mededinging, in het gedrang. Voorts is het verbod van artikel 86 kennelijk bedoeld om de partners van ondernemingen die een machtspositie innemen, te beschermen. In ieder geval zijn met de lopende contracten, die vooral twee sectoren betreffen: menselijk voedsel en veevoeder, 26 % van verzoeksters verkopen gemeoid, en wanneer men de contracten met Unilever en Merck buiten beschouwing laat, nog altijd 14 %.

Repliek

Terugkomend op hetgeen zij in het beroepschrift (blz. 91 e.v.) heeft opgemerkt met betrekking tot de voor- en nadelen die voor de afnemers aan de omstreden contracten verbonden waren, stelt Roche dat een afweging van de betrokken belangen alleszins gerechtvaardigd was, en dat de noodzaak van zulk een afweging —

in het kader van de toepassing van artikel 86 van het Verdrag — zowel door het Hof (HvJ 21 maart 1974, zaak 127/73, *BRT-SABAM*, Jurispr. blz. 317) is erkend als door de Commissie (beschikking nr. 72/268, *GEMA*, PB nr. L 166 van 24 juli 1972). Een rechtvaardige afweging van de betrokken belangen zou in casu zijn bereikt in dier voege dat de afnemers — wier produktie van levering op lange termijn afhankelijk is — contracten verlangen en verkrijgen waarbij hun bevoorrading op lange termijn verzekerd wordt, terwijl aan de andere kant verzoekster bij het aangaan van de desbetreffende verbintenissen de zekerheid heeft haar produktie te kunnen afzetten. Voorts waarborgen de contracten — via de Engelse clause — aan om het even welke afnemer een bevoorrading tegen de meest voordelige prijs en bieden zij aan mededingers die tot werkelijke concurrentie in staat zijn de mogelijkheid met een gunstiger offerte aan bod te komen en aan de verbruiker de zekerheid dat hem automatisch de laagste prijs zal worden berekend.

Volgens verzoekster wijst de tekst van artikel 86 erop dat er tussen de machtspositie en de gedragslijn van de betrokken onderneming een zeker causaal verband moet bestaan. Het gestelde misbruik zou met een zekere „pressie” samenhangen; samenhang met de marktsituatie alleen zou niet voldoende zijn.

Verweerster zelf zou in haar in 1966 verschenen studie over de concentratie der ondernemingen hebben toegegeven dat er van misbruik sprake is wanneer de op de markt dominerende onderneming haar positie gebruikt om voordelen die zij zonder een daadwerkelijke concurrentie niet zou hebben gehad, in de wacht te slepen.

Verzoekster zou nimmer een afnemer een bepaalde overeenkomst of zelfs een bepaalde clause hebben opgedrongen. In feite zou zij liever echte exclusiviteitscontracten hebben afgesloten, van de En-

gelse clausule hebben afgezien, in stede daarvan vaste prijzen hebben bedongen of een prijsverhogingsclausule hebben gestipuleerd en haar afnemers op lange termijn hebben gebonden — in plaats van hun het recht in te ruimen op korte termijn tot opzegging over te gaan —.

Verzoekster betwist dat de omstreken en op grond van hun „getrouwheidselement” gewraakte contracten — waarmee slechts 4 % van de vitaminenmarkt voor de zeven betrokken produkten gemoeid is — de mededinging op de gemeenschappelijke markt kunnen uitschakelen of de integratie kunnen tegengaan. Zo'n zwak marktaandeel is niet in staat verzoeksters concurrenten de toegang tot de markt te bemoeilijken. In artikel 86 wordt ervan uitgegaan dat de concurrenten, wat hun verkoopmogelijkheden betreft, wezenlijke hinderpalen op hun weg vinden. Daarvan is geen sprake wanneer de markt voor 96 % van de vraag volkomen toegankelijk blijft en ook de resterende 4 % — blijkens de „Engelse clausule” — geenszins aan de mededinging wordt onttrokken.

Het is verbazingwekkend vast te stellen dat het criterium van de „merkbaarheid” voor verweerster bij de toepassing van artikel 86 geen rol speelt. Gezien 's Hof's arrest in zaak 23/67 (HvJ 12 december 1967, *Haecht*, Jurispr. blz. 525) en de in die zaak door de advocaat-generaal genomen conclusie, en in aanmerking genomen dat de artikelen 85 en 86 dezelfde doelstelling hebben, is het onaanvaardbaar dat een bijzonder losse relatie van de afnemers met Roche — waarmee niet meer dan 4 % van de vraag gemoeid is en die zelfs voor zulk een beperkt gedeelte van de vraag tot sterke concurrentie aan de zijde der aanbieders leidt —, vanwege de „Engelse clausule” als een merkbare belemmering van de handel binnen de Gemeenschap zou zijn te beschouwen.

Dupliek

Met betrekking tot de afweging der betrokken belangen betoogt de Commissie dat, wanneer het gedrag van een markt-

beheersende onderneming aan het concurrentiestelsel afbreuk doet, de vraag of de overeenkomst aan de belangen der partijen beantwoordt irrelevant is. Het arrest dat het Hof in de zaak *BRT-SA-BAM* heeft gewezen en de beschikking van de Commissie in de GEMA-zaak betroffen de specifieke relaties tussen en maatschappij tot exploitatie van auteursrechten en haar leden, een casus die niet naar de onderhavige zaak kan worden getransponeerd.

In antwoord op de stelling dat Roche geen pressie zou hebben uitgeoefend brengt de Commissie in herinnering dat voor misbruik geen subjectieve onrechtmatigheid of andere subjectieve elementen behoeven te worden bewezen en ook geen tegen de goede zeden indruisend handelen behoeft te worden vastgesteld: onder misbruik valt eveneens een in moreel opzicht indifferente, doch objectief onrechtmatige handelwijze.

Hetgeen verzoekster met betrekking tot de werking der „getrouwheidscontracten” heeft betoogd, raakt de vraag niet of er in casu van misbruik sprake is. Het kan hoogstens een rol spelen wanneer, ter vaststelling van de geldboete, de ernst van de inbreuk moet worden beoordeeld.

Ook het arrest *Brasserie de Haecht* kan in casu geen rol spelen. Het is wel duidelijk dat de vraag of een aantal exclusiviteitscontracten, waarin de afnemers aan bepaalde fabrikanten worden gebonden, ten doel of tot gevolg hebben dat de mededinging op de betrokken markt wordt beperkt, om een andere beoordeling vraagt dan die of exclusiviteitscontracten, afgesloten door een onderneming die niet aan daadwerkelijke mededinging is blootgesteld, geacht moeten worden misbruik als bedoeld in artikel 86 op te leveren.

De Commissie wijst er voorts op dat het in de betrokken contracten in hoofdzaak gaat om belangrijke afnemers uit de voed-

sel- en voedingssector, die hun activiteiten niet tot enkele Lid-Staten beperken, doch alom in de Gemeenschap actief zijn.

IV. Debat over de discriminerende werking welke aan de omstreden contracten wordt toegeschreven

Beroepschrift

Verzoekster releveert dat volgens de bestreden beschikking — nr. 26 — de in artikel 86, sub c, gestelde voorwaarden zouden zijn vervuld, omdat de — naar kopers gedifferentieerde — kortingen tot discriminatie ten nadele van andere afnemers zouden hebben geleid.

Verzoekster meent dat het in artikel 86, sub c, genoemde nadere bestanddeel, namelijk dat „daarmede” de afnemers „nadeel ... bij de mededinging” is berokkend, ontbreekt. Waar het vitaminenaandeel van de produkten dier afnemers minniem is — hoogstens 5 %, meestal 1 % — zijn de gestelde mededingingsnadelen, resulterende uit een kortingsverschil van 1,2 % of zelfs 5 %, vrijwel niet te becijferen. Voor een fabrikant van levensmiddelen maakt zelfs een kortingsverschil van 5 % maar 0,05 % van zijn verkoopprijzen uit, zodat er met betrekking tot de prijsvorming in geen geval van benadeling kan worden gesproken.

Verweerschrift

Volgens de Commissie mag „mededingingsnadeel” niet worden gelijkgesteld met „benadeling van de concurrentiepositie”; zelfs prijsdiscriminaties van 1 à 2 % — en in ieder geval prijsdiscriminaties van 5 % — kunnen in beginsel de afnemers mededingingsnadeel toebrengen.

Het Hof van Justitie heeft, met name in zijn arrest 40/73 (*Suikerunie e.a.*, HvJ 16 december 1975, Jurispr. blz. 2008) van het hierbedoelde bezwaar niet willen weten en overwogen dat „kopers van SZV, en wel met name industriële grootverbruikers, andere kopers van de vennootschap beconcurreren”. Voorts blijkt uit de door

verzoekster overgelegde stukken welk belang zij zelf — en de kopers — aan de getrouwheidspremies hebben gehecht.

Replik

Verzoekster meent dat men ten deze niet mag komen aandragen met 's Hofs jurisprudentie in de „suiker”-zaak, waarin de discriminatie uit volledig verlies der kortingen in geval van „ontrouw” resulteerde. Zulke gevolgen worden in casu door de Engelse clausule uitgesloten. Voor zover bepaalde afnemers geringere kortingen verkregen, hebben de verschillende aard der dienstverlening, de verschillende omvang der bestellingen en de verschillende contractperioden een rol gespeeld. Met verweersters opvatting dat iedere prijsconcessie precies op — aantoonbare — kostenbesparingen moet zijn afgestemd, valt in de praktijk absoluut niet te werken; het zou tot bevrozing van de prijsconcurrentie leiden, hetgeen uit mededingingsoogpunt als ongewenst moet worden beschouwd.

Dupliek

De Commissie verwijst naar hetgeen zij in haar verweerschrift heeft opgemerkt.

Vijfde middel: Schending van artikel 15 van verordening nr. 17, nu in artikel 3 van de bestreden beschikking een geldboete is opgelegd, terwijl niet is gebleken dat verzoekster opzettelijk of uit onachtzaamheid heeft gehandeld — en, integendeel is komen vast te staan dat zij niet aldus heeft gehandeld —.

Beroepschrift

Dit middel, de geldboete betreffende, wordt subsidiair voorgedragen, terwijl het in de eerste plaats berust op een herhaling van de argumenten die tot staving van het eerste middel worden aangevoerd.

Wat de — in de beschikking onder nr. 28 besproken — ernst der feiten betreft: verzoekster meent dat haar slechts een inbreuk op artikel 86 van het Verdrag zou kunnen worden verweten:

- wanneer de uitlegging van de termen „machtspositie” en „misbruik” duidelijk zou zijn, en
- wanneer de onderneming niet in dwaling verkeerde met betrekking tot het bestaan van een daadwerkelijke concurrentie.

Verzoekster is zich in ieder geval niet van onrechtmatig handelen bewust geweest en heeft zich, vanwege de onzekerheid met betrekking tot de uitlegging der delictsbestanddelen, in een positie van verontschuldigbare onwetendheid — met betrekking tot het ongeoorloofd karakter van haar optreden — bevonden. Daarbij komt een feitelijke dwaling welke, volgens de algemeen aanvaarde opvatting, de verwijtbaarheid uitsluit.

Verweerschrift

De Commissie betoogt in antwoord hierop, dat verzoekster niet in onwetendheid verkeerd heeft met betrekking tot enig voor haar positie op de vitaminemarkt wezenlijk feit. Wat het onrechtmatigheidsbewustzijn betreft: de Commissie is van mening dat er in casu van verontschuldigbare dwaling met betrekking tot het verboden handelen geen sprake is geweest. Als verzoekster niet heeft beseft dat haar gedrag verboden was, dan had zij zich daarvan met de nodige inspanning op de hoogte kunnen stellen. Verzoekster had dienen te beseffen dat, gezien artikel 86 van het EEG-Verdrag, de positie welke zij op de markt voor een groot aantal vitaminen innam, als domi-

nerend kon worden beschouwd en dat de doelstellingen welke zij met exclusiviteitscontracten en getrouwheidscontracten nastreefde, wel eens konden beantwoorden aan de voorwaarden om als misbruik van zodanige positie te worden beschouwd.

Replik

Verzoekster zegt voor repliek dat verweerster, wat betreft de afwezigheid van het bewijs dat verzoekster onrechtmatig heeft gehandeld, willens en wetens voorbijziet aan het feit dat zelfs echte getrouwheidspremies (waarvan in casu geen sprake is) mededingingsrechtelijk gezien, alleszins regulier zijn (HvJ 11 juni 1968, zaak 22/67, *De Wendel/Commissie*, Jurispr. blz. 388). Het rekenen met de gevolgen van een alleszins reguliere getrouwheidspremie kan geen onrechtmatige daad opleveren.

Verweerster zou in deze zaak een aantal nooit eerder bepleite opvattingen hebben verdedigd, die tegen haar eigen gedragslijn en tegen de jurisprudentie van het Hof zouden indruisen:

- verzoeksters marktaandeelen — slechts $\pm 50\%$ — zouden op zichzelf op een machtspositie op de markt wijzen;
- de onbetwiste expansiviteit van alle vitaminemarkten zou irrelevant zijn;
- het marktgedrag en de marktresultaten zouden niet van doorslaggevende betekenis zijn;
- het bewijs dat men het in zijn macht heeft de prijzen te bepalen zou niet behoeven te worden geleverd;
- ofschoon werd aangetoond dat verzoekster, onder de druk van een „machtige” en „krachtige” concurrentie, in verband met het optreden van „agressieve” concurrenten, haar prijzen aanzienlijk heeft verlaagd en, wat haar marktaandeelen betreft, belangrijke verliezen heeft moeten incas-

- seren, zou marktbeheersing kunnen worden vastgesteld;
- de — ontegenzeggelijk veel grotere — financiële draagkracht van haar concurrenten zou geen rol spelen;
 - een belangenbeoordeling in het kader van artikel 86 zou niet mogelijk zijn;
 - de gevolgen van de omstreden gedragingen zouden volgens artikel 86 niet als doorslaggevend zijn te beschouwen.

Anderzijds beroept verweerster zich op het arrest in de „suiker”-zaak van 16 december 1975, waarmee zij bevestigt dat van 1964 tot 1973 niet was te voorzien dat er bepaalde verwijten zouden worden gemaakt. Zowel met betrekking tot de machtspositie als met betrekking tot het misbruik is niet voldaan aan de criteria welke volgens het arrest in de „suiker” — zaak voor de toepassing van artikel 86 — en voor de bepaling van de ernst van de inbreuk — moeten worden aangelegd.

Dupliek

De Commissie heeft hierop geantwoord dat het voor haar de doorslag geeft of verzoekster geacht kan worden met betrekking tot de ongeoorloofdheid van haar optreden in verontschuldigbare dwaling te hebben verkeerd. Verzoekster had met het oog op haar optreden binnen de Gemeenschap moeten nagaan of de contracten waarmee zij werkte, bedenkingen ontmoetten of niet. Zij heeft dit verzuimd en dus aanvaard dat zij geacht kunnen worden misbruik in de zin van artikel 86 op te leveren.

IV — Antwoorden van partijen op de door het Hof gestelde vragen

In een brief van 21 oktober 1977 heeft het Hof partijen uitgenodigd om voor de mondelinge behandeling — al naar het

geval: tezamen of ieder voor zich — een aantal vragen te beantwoorden. Bij die vragen ging het om A) — de overlegging van stukken en precisering van de gegevens, in de stukken of de bijlagen vermeld; B) — een onderzoek naar de vraag of partijen het eens konden worden over een aantal feitelijke gegevens, verzoeksters marktaandelen betreffende; C) — de mate waarin de afnemers met wie Roche de omstreden contracten heeft gesloten, zich in feite bij Roche's concurrenten hebben bevoorraad.

A — De gevraagde stukken

De Commissie heeft het verslag overgelegd van de op 11 december 1972 te Londen gehouden vergadering Unilever-Roche, waarvan sprake is in punt 3 van de bestreden beschikking, alsook de documenten betreffende het onderzoek, door haar bij sommige van Roche's afnemers ingesteld. Beide partijen hebben voorts sommige in de stukken ter sprake gebrachte gegevens toegelicht, met name wat betreft de ontwikkeling van de prijzen in de verschillende Lid-Staten, de geleverde hoeveelheden (in kilogrammen/tonnen) en het technologisch gebruik van de vitaminen C en E.

B — De marktaandelen

In antwoord op de door het Hof aan partijen gedane verzoek om een toelichting op een aantal gegevens, door ieder hunner gebruikt ter begroting van Roche's marktaandelen op de gemeenschappelijke markt — en wel in dier voege dat zij de jaren 1970 tot en met 1974 zouden betreffen — met in aanmerkingneming van de door wederverkopers — niet-fabrikan-

ten op de gemeenschappelijke markt verhandelde hoeveelheden van herkomst uit derde landen, met opgave van de hoeveelheden en de prijzen en liefst met overlegging aan het Hof van de feitelijke gegevens waaromtrent partijen het — voor zover mogelijk — zouden zijn eens geworden, hebben partijen enerzijds een gemeenschappelijk document overgelegd, vermeldende de cijfers waaromtrent zij het eens waren geworden, en anderzijds afzonderlijke documenten, waarin zij ieder voor zich antwoord hebben gegeven op de vragen waaromtrent zij niet tot overeenstemming waren gekomen. Voorts hebben beide partijen over het door de wederpartij separaat opgestelde document opmerkingen gemaakt.

De voornaamste feitelijke gegevens, welke aan de aldus verschaftte aanvullende inlichtingen kunen worden ontleend, zijn weergegeven in de navolgende tabel (blz. 504, 505) — en geven aanleiding tot de volgende opmerkingen —:

a) Roche verklaart dat zij kennis heeft kunnen nemen van de gegevens welke door de Commissie in aanmerking zijn genomen en van de berekeningen, welke zij ter vaststelling van haar marktaandeelen heeft toegepast.

b) Tussen partijen is in confesso dat, wat vitamine A betreft, het percentage van 47 % voor Roche's marktaandeel representatief is.

c) Partijen zijn voor de vitaminen B₃ (pantotheenzuur), C, E en H (biotine) (men zie de tabel) gekomen tot een gemeenschappelijke becijfering van de marktaandelen, berekend naar waarde en naar hoeveelheden. Evenwel zijn de waarden volgens de Commissie en de hoeveelheden volgens Roche het meest representatief te achten. Roche beroept zich te dien aanzien op het arrest van het Bundesgerichtshof van 3 juli 1976, betreffende vitamine B₁₂ (WuW/E, BGH 1435, 1442), waaruit zou volgen dat wie tot het bestaan van een machtspositie wil

concluderen veeleer op de kwantitatieve marktaandelen en niet zozeer op de aandelen naar waarde moet letten.

d) Met betrekking tot de vitaminen B₂ en B₆ heeft de Commissie de marktaandelen voor 1972, 1973 en 1974 berekend, waarbij zij, zowel naar waarde als in kwantitatief opzicht, kwam tot aandelen tussen 75 en 90 %. Roche wijst erop dat zij naar de verkopen van haar concurrenten slechts kan gissen, zodat zij geen tegenbewijs kan leveren; volgens eigen, voor intern gebruik bestemde schattingen, zou haar marktaandeel voor vitamine B₂ evenwel met 20 à 30 % moeten worden verlaagd en zou haar aandeel voor vitamine B₆ de 50 % niet overschrijden.

e) Roche vestigt de aandacht op de sterke schommelingen welke haar aandelen, van jaar op jaar bezien, vertonen (antwoord op vraag I/5f), hetgeen op het bestaan van werkelijke mededinging zou wijzen.

f) Partijen zijn het, wat de vitaminen C en E betreft, erover eens dat die vitaminen behalve voor bio-nutritieve doeleinden, ook voor technologische doeleinden worden bebruikt, en wel als anti-oxyderende kleurstoffen en middelen om smaak-, geur- en kleurveranderingen tegen te gaan. Partijen zijn het daarentegen niet eens over de proportie, waarin die vitaminen daartoe worden gebruikt, en met name niet over de conclusies welke aan hun vaststellingen moeten worden verbonden.

Volgens Roche zou 30 % van de vitaminen C en 60 % van de vitaminen E voor genoemde doeleinden worden gebruikt. Omdat die vitaminen met het oog op technologisch gebruik concurrentie van

Roche's marktaandeelen voor vitaminen binnen de gemeenschappelijk markt

Vitaminenmarkten i.v.m. de vraag of van een machts- positie mag worden gesproken (beschikking, nr. 20)	Gebruik vgl. HLR (antwoorden op vraag 1.4 van het Hof)	Raming 1974 Commissie naar waarde (beschikking, nr. 5 en bijlage IV verweerschrift)	Raming 1974 HLR in hoeveelheden (replik, blz. 26)
Vitamine			
A	Veevoeder 81 % Voeding 7 % farm. prod. 12 %	47 % (andere fabrikanten 27, 18, 7, 1 %)	47 %
B ₂	Veevoeder 74 % Voeding 4 % farm. prod. 22 %	86 % (eerstvol- gende fabrikant 8 %)	50 %
B ₃ pantotheen- zuur	Veevoeder 81 % Voeding 2 % farm. prod. 17 %	64 % (een andere fabrikant 32 %)	± 30 %
B ₆	Veevoeder 14 % Voeding 1 % farm. prod. 85 %	95 % (een andere fabrikant haalt 3 %)	60 à 70 % van de wereldmarkt
C	Veevoeder 7 % Voeding 43 % farm. prod. 50 %	68 % (de andere fabrikanten 15, 7, 5, 3 %)	50 %
E	Veevoeder 72 % Voeding 3 % farm. prod. 25 %	70 % (2 andere fabrikanten 21,8 %)	± 40 %
H biotine	Veevoeder 57 % Voeding 6 % farm. prod. 37 %	95 % (een andere fabrikant 5 %)	± 90 % (beroepschr. p. 68-70)

Correctie na de door het Hof gestelde vragen

Partijen waarover partijen het eens zijn (gemeenschappelijk rapport)			Ramingen waarover partijen het niet eens zijn								
Hoeveelheid: berekening Roche			Berekening naar waarde en hoeveelheid door de Commissie (gemeenschappelijk rapport)						Kwantitatieve berekening van Roche betreffende haar eigen marktaandeelen (vraag I.2a van het Hof)		
1972 5 landen	1973 9 landen	1974 9 landen	1972 6 landen	1973 9 landen	1974 9 landen	1972 6 landen	1973 9 landen	1974 9 landen			
45	48	47									
Partijen erkennen dat de waar- percentage representatief zijn											
			w	87	81,2	80,6					
			h	84,5 191 ton	74,8 271 ton	80,8 298 ton	h	188 ton	268 ton	297 ton	
28,9	34,9	51									
18,9 115 ton	23,4 222 ton	41,2 256 ton									
			H + B ₆ = één post van het GDT								
			w	87	90	83,9					
			h	84,2 139 ton	86 296 ton	88,4 404 ton	h	262 ton	347 ton	407 ton	
65,7	66,2	64,8							46 à 47 %, in aanmerking genomen de substitutie mogelijkheden: 33 % technologisch gebruik (vragen I.3, I.5a-b HvJ)		
64,4 1979 ton	63,8 3673 ton	63 3988 ton									
54	64	58							40 %, in aanmerking genomen de substitutiemogelijkheden; 60 % technologisch gebruik (vragen I.3, I.5.a-b, HvJ)		
50 463 ton	60 793 ton	54 890 ton									
100	→	93									

andere anti-oxydansen, coloranten en bijsmidde-len ondervinden, zouden laatstge-noemde produkten moeten worden on-dergebracht op de relevante markt voor de verschillende vitaminen waarvoor zij in de plaats kunnen komen. De betrok-ken markt zou op die manier voor vitami-nen C en E veel groter zijn dan de Com-missie meent, en Roche's aandelen op die markten zou, het aandeel der substitu-tieprodukten in aanmerking genomen, voor vitamine C $\pm 46\%$ en voor vita-mine E $\pm 40\%$ bedragen.

Volgens verzoekster vindt haar ziens-wijze bevestiging in het arrest, door het Hoog Gerechtshof der Verenigde Staten gewezen in de „cellofaan"-zaak (E.I. Du Pont de Nemours and Co., 118 F. Supp. 41 (D.Del) 1953; aff'd, 351 US 377, 1956 Trade Cases, paragraaf 68 369-71597).

De Commissie betwist deze zienswijze. Zij meent dat de proportiecijfers voor technologische doeleinden veel lager lig-gen dan die waarmede Roche werkt. Ook houdt zij het ervoor dat produkten welke voor technologische doeleinden voor vitaminen C en E in de plaats kun-nen treden, niet behoren tot de markten waarom het in de beschikking gaat, en in ieder geval niet tot de markten voor vita-minen C en E, bestemd voor bio-nutri-tieve doeleinden: van „reasonable inter-changeability" kan met betrekking tot deze produkten niet worden gesproken.

Daarentegen behoren vitaminen C en E, voor technologische doeleinden aange-wend, nochtans tot dezelfde markten als deze vitaminen, voor zover tot bio-nutri-tieve doeleinden bestemd, immers de tweeërleid gebruiksmogelijkheid dezer vi-taminen brengt mede, dat de fabrikant-en, vooral op een expanderende markt, vrij zijn aan die vitaminen de bestem-ming te geven welke hun het beste past.

Ten slotte zou men, gesteld al dat de door Roche voor technologische doelein-den verkochte vitaminen niet tot de be-trokken markten moeten worden gere-kend, jegens de concurrenten een zelfde

gedragslijn moeten volgen, zodat de marktaandelen geen wijziging zouden on-dergaan.

g) Partijen hebben, als bijlage IV bij hun gemeenschappelijk antwoord, tabel-len overgelegd betreffende de ontwikke-ling welke de vitaminenprijzen in de ver-schillende Lid-Statens tussen 1970 en 1976 te zien gaven. Omdat bepaalde vita-minen in velerlei vorm kunnen worden verkocht (zo bestaan er 100 vormen voor de verkoop van vitamine A), hebben zij in gemeen overleg hun keus op het meest representatieve produkt bepaald. Uit die cijfers blijkt van een — zowel dalende als stijgende — ontwikkeling, welke aan-zienlijk, zij het niet wezenlijk, verschilt van Lid-Staat tot Lid-Staat.

h) De Commissie heeft zich, tot staving van haar oordeel dat er, wat Roche be-treft, van een machtspositie zou mogen worden gesproken, beroepen op de om-standigheid dat verzoekster een groot vi-taminenassortiment produceert, waar-door zij in staat zou zijn aan de geza-menlijke behoeften van haar onderschei-den afnemers te voldoen. Roche heeft deze conclusie bestreden en erop gewe-zen dat de meeste van haar afnemers bij haar slechts één à drie vitaminesoorten betrekken. Hieromtrent door het Hof on-dervraagd (vraag I/6) heeft de Commis-sie een tabel opgesteld (Opmerkingen, door de Commissie gemaakt naar aanlei-ding van het antwoord, door Roche gege-ven op de vragen van het Hof, blz. 6), waaruit blijkt dat dertien firma's, waar-van er elf behoren tot degenen die de om-streden contracten hebben afgesloten (Animedica, Beecham, Dawe's, Guyo-march, Organon, Protector, Provimi, Ra-dar, Ralston, Ramikal, Trouw), bij Roche een groot aantal verschillende vita-minen kopen, onder meer alle in de be-schikking bedoelde vitaminen.

Verzoekster heeft harerzijds (in antwoord op vraag I/6) gewag gemaakt van een door haar op de Duitse markt verrichte enquête, welke 815 afnemers heeft betroffen, waarvan er 589, ofwel 72,3 %, ten hoogste één, twee of drie vitaminensoorten afnamen.

i) Globaal komt de Commissie tot de slotsom dat de naar aanleiding van 's Hof's verrichte onderzoeken, behalve voor vitamine B₃ (pantotheenzuur) in hun gezamenlijkheid de juistheid bevestigen van de beoordeling der betrokken marktaandelen, zoals die in de bestreden beschikking te vinden is.

Verzoekster acht de vastgestelde verschillen evenwel significant en van voldoende belang om het oordeel van de Commissie, wat het bestaan van een machtspositie betreft, te ondergraven.

C — *De litigieuze contracten*

a) Kwamen partijen wat de vaststelling van Roche's marktaandelen betreft tot een aantal eensluidende conclusies, over de analyse van de 26 contracten die sedert 1964 met 22 afnemers zijn aangegaan — contracten welke de Commissie beschouwt als getrouwheidscontracten, welker afsluiting misbruik van een machtspositie zou opleveren, terwijl er volgens Roche's analyse in hoofdzaak van kwantitatieve of del credere-rabatten sprake zou zijn geweest — kon geen overeenstemming worden bereikt.

De Commissie heeft negen rapporten bij het dossier gevoegd, betreffende verificaties door haar diensten bij afnemers van Roche ingesteld, ter beoordeling van de wijze waarop de contracten die een binding tussen Roche en haar afnemers behelsden, ten uitvoer waren gelegd. Voorts heeft zij overgelegd een analyse van de — volgens de letters A-G gerangschikte — rapporten betreffende verificaties bij afnemers van Roche die hun identiteit niet wensten te zien onthuld.

b) In antwoord op de vragen welke het Hof met betrekking tot de werking van de „Engelse clause” heeft gesteld, heeft de Commissie (Antwoord van de Commissie op de vragen van het Hof, blz. 13. e. v.) de nadruk gelegd op de omstandigheid dat in de omstreden contracten in de regel is voorzien dat er, wil een afnemer van zijn verplichting zich uitsluitend of in hoofdzaak bij Roche te voorraden worden ontslagen, slechts acht kan worden geslagen op offertes van „serieuze concurrenten” of „te goeder naam bekend staande fabrikanten”, dan wel niet op die van „makelaars of wederverkopers”, terwijl het in de regel offertes op de lokale markt moet betreffen. Voorts betoogt zij dat haar kritiek niet tegen gebruikmaking van de Engelse clause is gericht; die clause zou evenwel de anti-concurrentiële werking van exclusieve leveringscontracten met een getrouwheidskorting niet ongedaan maken.

c) Harerzijds de vragen van het Hof betreffende de litigieuze contracten beantwoordende, heeft verzoekster het navolgende betoogd. Met betrekking tot de anti-concurrentiële werking van de gewraakte contracten merkt zij op dat het aandeel van de afnemers met wie zulke contracten — voor de verkoop van vitaminen — waren aangegaan, nadat zij de gewraakte contracten had opgezegd, niet is gedaald, doch gestegen, hetgeen erop wijst dat bedoelde contracten de concurrentie niet beperken (Antwoord op vraag II/1 en 3). Voorts verwijst zij naar de beschikking, dor de Commissie op 5 december 1969 genomen in de zaak *Pirelli-Dunlop* (PB nr. L 323 van 1969, blz. 21) waarin besloten ligt dat de Commissie zelf toegeeft dat opnemings van de Engelse clause aan exclusieve leveringscontracten het anti-concurrentieel effect ontleent.

Voorts heeft zij aanleiding te geloven dat haar concurrenten in groten getale met hun afnemers soortgelijke contracten hebben afgesloten, als die waarvan de Commissie haar een verwijt maakt (Antwoord op vraag II/4). In antwoord op vraag II/6 verklaart zij nader dat er, nadat de omstreden contracten waren opgezegd, met het merendeel van haar afnemers nog geen nieuwe contracten zijn aangegaan: haar besprekingen met de Commissie over de goedkeuring van een standaardcontract werden pas in november 1977 beëindigd. Met Merck, Unilever, Animedica en Dawe's zijn wel nieuwe contracten aangegaan; zij zijn als bijlagen bij de conclusie van antwoord gevoegd.

In antwoord op de vragen II/7 en II/8 betoogt verzoekster dat er een wezenlijk verschil is tussen getrouwheidskortingen en conclusies als die welke — in verschillende vorm — in de omstreden contracten werden opgenomen. Een getrouwheidskorting verbeurt men volledig als men zich bij een derde bevoorraadt. Daarentegen bracht de relatie tussen Roche en haar afnemers mede dat zij in geval van bevoorrading bij een derde reeds verworven kortingen behielden. Verzoekster verklaart met klem dat zij in feite geen enkel middel bij de hand had

om een juiste naleving van de Engelse clause door haar afnemers te controleren en dat zij zich steeds van toepassing der contractueel voorziene sancties heeft onthouden.

V — Mondelinge behandeling

De zaak is door partijen ter openbare terechtzitting van 31 mei 1978 bepleit; zij hebben voorts een aantal door de rechters en de advocaat-generaal gestelde vragen beantwoord.

Verzoekster heeft, in overleg met verweerster, tot staving van hetgeen zij mondeling heeft betoogd een aantal stukken overgelegd en bevestigd van de wijze waarop bepaalde stukken in verweersters bezit waren geraakt (middel 2a) niet langer een middel te willen maken.

Voorts heeft zij eraan herinnerd dat zij in haar brief van 17 april 1978 ook het middel schending van artikel 18 van verordening nr. 17 inhoudende (derde middel), heeft laten varen.

De advocaat-generaal heeft ter terechtzitting van 19 september 1978 zijn conclusie genomen.

In rechte

- 1 Het beroep dat op 27 augustus 1976 werd ingesteld door de te Bazel gevestigde vennootschap naar Zwitsers recht Hoffmann-La Roche & Cie AG. (hierna te noemen Roche), strekt primair tot vernietiging van de beschikking van de Commissie van 9 juni 1976 inzake een procedure op grond van artikel 86 van het EEG-Verdrag (IV/29.020 — vitaminen), aan verzoekster betrekend op 14 juni 1976 en geplaatst in het Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen nr. L 223 van 16 augustus 1976, en subsidiair tot vernietiging van artikel 3 van die beschikking, waarbij aan verzoekster een geldboete van 300 000 rekeneenheden of 1 098 000 Duitse mark werd opgelegd.

- 2 In die beschikking is vastgesteld dat Roche op de gemeenschappelijke markt een machtspositie innam als bedoeld in artikel 86 van het Verdrag, en wel zulks op de markten voor vitaminen A, B₂, B₃ (pantotheenzuur), B₆, C, E en H (biotine), alsook dat zij op dat artikel inbreuk zou hebben gemaakt door die positie te misbruiken, zulks in dier voege dat zij sedert 1964, maar vooral tussen 1970 en 1974, met 22 kopers van die vitaminen contracten zou hebben afgesloten welke voor die kopers de verplichting dan wel — via de toepassing van getrouwheidspremies — een aansporing inhielden om Hoffmann-La Roche exclusiviteit of preferentie te verlenen voor de dekking van al hun behoeften aan vitaminen of het grootste gedeelte daarvan (artikel 1 der beschikking).

Volgens artikel 2 dier beschikking was Roche gehouden onmiddellijk een einde aan de vastgestelde inbreuk te maken, terwijl haar in artikel 3 voormelde geldboete werd opgelegd.

- 3 Tot staving van de eis heeft verzoekster zich van de navolgende middelen bediend:
- *Eerste middel*: de bestreden beschikking zou schending inhouden van de grondbeginselen betreffende de welbepaaldheid en de voorzienbaarheid van voorschriften op welker naleving sancties zijn gesteld;
 - *Tweede middel*: de bestreden beschikking zou door onregelmatigheden, begaan tijdens de administratieve procedure waarna zij werd vastgesteld, formeel in verschillende opzichten aanvechtbaar zijn;
 - *Derde middel*: de bestreden beschikking zou in strijd zijn met artikel 86 van het EEG-Verdrag, aangezien de Commissie aan de termen machtspositie en misbruik van een machtspositie waardoor de handel tussen Lid-Staten ongunstig kan worden beïnvloed, een onjuiste uitlegging en in ieder geval een onjuiste toepassing zou hebben gegeven voor zover zij heeft vastgesteld dat Roche zulk een positie innam en de omstreden contracten als zulk misbruik opleverend heeft aangemerkt;
 - *Vierde middel*: waar in de bestreden beschikking aan Roche een geldboete is opgelegd, zou artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962 (PB nr. 13, blz. 204) zijn geschonden, aangezien de gestelde inbreuken, voor zover zij al kunnen worden vastgesteld, niet opzettelijk of door onachtzaamheid zouden zijn begaan.

Verzoekster had in het beroepsschrift voorts gesteld dat door de bestreden beschikking artikel 18 van verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari

1962 en het financieel reglement nr. 68/313 van 30 juli 1968 (PB nr. L 199, blz. 1) zouden zijn geschonden aangezien de geldboete in Duitse marken was omgerekend; hangende de procedure heeft zij evenwel verklaard zich van dit middel niet langer te zullen bedienen, zodat slechts de vier vorenomschreven middelen bespreking behoeven.

Eerste middel: Schending van het beginsel dat voorschriften op welker naleving sancties zijn gesteld, welbepaald en voorzienbaar moeten zijn

- 4 Volgens verzoekster moeten de in artikel 86 van het EEG-Verdrag gebedzigde termen machtspositie en misbruik van een machtspositie tot de meest onbepaalde en de minst duidelijke uit het gemeenschapsrecht en uit het nationale recht der Lid-Staten worden gerekend, zodat de Commissie volgens een uit het adagium „nullum crimen, nulla poena sine lege” af te leiden fundamenteel rechtsbeginsel de op niet-nakoming der bepaling gestelde sancties slechts zou mogen toepassen nadat die termen in de bestuurspraktijk dan wel in de jurisprudentie in zoverre zijn uitgewerkt dat de ondernemingen kunnen weten waaraan zij zich te houden hebben.
- 5 Verzoekster betwist evenwel niet dat de Commissie in haar tot de ondernemingen gerichte beschikkingen die termen mag uitleggen en uitwerken; zij ontkent haar slechts de bevoegdheid sancties op te leggen zolang het met betrekking tot hun inhoud aan de nodige duidelijkheid ontbreekt, zoals in casu het geval is.
- 6 Het middel betreft dus alleen de opgelegde geldboete, zodat termen aanwezig zijn het tegelijk met de andere tegen de oplegging van de geldboete opgeworpen grieven te bespreken.

Tweede middel: Tijdens de administratieve procedure begane onregelmatigheden

- 7 Verzoekster heeft ten deze in haar beroepschrift allereerst betoogd dat de krachtens de artikelen 3 en 15 van 's Raads verordening nr. 17 ambtshalve tegen haar aangespannen procedure zou zijn ingesteld op grond van voor haar intern dienstgebruik bestemde stukken die wederrechtelijk in het bezit van de Commissie zouden zijn gekomen.

Voor het Hof heeft zij evenwel, tijdens de schriftelijke en tijdens de mondelinge behandeling, verklaard zich van dit middel niet langer te willen bedienen en zelf met andere stukken de documenten in het geding gebracht waarvan zij de gebruikmaking door de Commissie aanvankelijk niet regulier heeft geacht.

Het middel behoeft dus geen verdere bespreking en het Hof acht geen termen aanwezig het ambtshalve te onderzoeken.

- 8 In de tweede plaats zou er volgens verzoekster in de bestreden beschikking gewag zijn gemaakt van stukken en gegevens waarvan tijdens de administratieve procedure geen melding werd gemaakt, respectievelijk inzage haar door de Commissie werd onthouden, op grond dat zij het zakengeheim had te eerbiedigen.

Verzoekster doelt daarbij allereerst op de stukken die in de bestreden beschikking onder 12 zijn genoemd, te weten vier interne circulaires van Roche, in de beschikking gedateerd september 1970 (lees: 8 september 1972), december 1970, mei 1971 (lees: midden augustus 1971) en augustus 1971, alsook een verslag van de European Bulk Managers Meeting van 12 en 13 oktober 1971 (lees: 12 en 13 oktober 1972).

Anderzijds gaat het verzoekster om door de Commissie bij andere vitaminenfabrikanten ingewonnen gegevens, aan de hand waarvan zij de door haar aan Roche toegeschreven marktaandelen heeft berekend, alsook om inlichtingen haar desgevraagd door afnemers van verzoekster verstrekt en in aanmerking genomen ter vaststelling of de contracten waarmee volgens de Commissie misbruik van een machtspositie zou zijn begaan, tot beperking van de mededinging en van het handelsverkeer tussen Lid-Statens leiden.

- 9 Eerbiediging van de rechten der verdediging in iedere procedure die tot de oplegging van sancties, met name geldboeten of dwangsommen, kan leiden, is te beschouwen als een grondbeginsel van het gemeenschapsrecht, dat zelfs in een administratieve procedure moet worden inachtgenomen.

In artikel 19, lid 1, van 's Raads verordening nr. 17 wordt aan dit beginsel in dier voege toepassing gegeven dat de Commissie, alvorens omtrent oplegging van geldboeten te beslissen, betrokkenen de gelegenheid heeft te geven hun standpunt met betrekking tot de te hunner aanzien in aanmerking genomen punten van bezwaar kenbaar te maken.

Voorts is in artikel 4 van verordening nr. 99/63 van de Commissie van 25 juli 1963 (PB blz. 2268) „over het horen van belanghebbenden . . . overeenkomstig artikel 19 . . . van verordening nr. 17 . . .” bepaald dat de Commissie in haar beslissingen slechts die punten van bezwaar in aanmerking neemt, waarover de ondernemingen en ondernemersverenigingen tegen wie de beslissing gericht is, in de gelegenheid zijn geweest hun standpunt kenbaar te maken.

- 10 In zijn op 15 juli 1970 in de zaak-Boehringer gewezen arrest (45/69, Jurispr. blz. 769) heeft het Hof met betrekking tot de mededeling van de punten van bezwaar — eerste handeling tijdens de administratieve procedure — overwogen dat aan bedoelde eisen is voldaan wanneer bedoelde mededeling, „desnoods beknopt, maar duidelijk”, de belangrijkste feiten vermeldt waarop de Commissie zich beroept, mits zij „in de loop van de administratieve behandeling de voor het voeren van verweer noodzakelijke gegevens” overlegt.
- 11 Zowel volgens voormelde bepalingen als krachtens het algemeen beginsel dat erin wordt toegepast, brengt de eerbiediging van de rechten de verdediging derhalve mede dat de betrokken onderneming tijdens de administratieve procedure behoorlijk in staat moet zijn geweest haar standpunt kenbaar te maken met betrekking tot de juistheid en relevantie der gestelde feiten en omstandigheden, alsook met betrekking tot de stukken waarmee de Commissie de door haar gestelde inbreuk op artikel 86 van het Verdrag heeft gestaafd.
- 12 Als onweersproken staat vast dat de Commissie, zich gehouden achtende het zakengeheim te eerbiedigen, heeft geweigerd mededeling te doen van de bij concurrenten of afnemers van Roche ingewonnen gegevens op grond waarvan zij — onder meer — de marktaandelen heeft begroot en tot haar oordeel over de anti-concurrentiële werking der omstreden contracten is gekomen.
- 13 Weliswaar zijn volgens artikel 20, lid 2, van verordening nr. 17 „de Commissie en de bevoegde autoriteiten van de Lid-Staten, alsmede hun personeelsleden en functionarissen onverminderd hetgeen in de artikelen 19 en 21 is bepaald, . . . verplicht de inlichtingen welke zij bij de toepassing van deze verordening hebben ingewonnen en welke naar hun aard onder de geheimhoudingsplicht vallen, niet openbaar te maken”, maar dit voorschrift moet blijken het feit dat uitdrukkelijk naar artikel 19 wordt verwezen, met de eerbiediging van de rechten der verdediging op één noemer worden gebracht.
- 14 Waar in genoemd artikel 20 aan de ondernemingen waar inlichtingen worden ingewonnen de zekerheid wordt geboden dat hun met eerbiediging van het zakengeheim samenhangende belangen niet in gevaar zullen worden gebracht, staat het de Commissie toe in zo ruim mogelijk mate en zonder dat de ondernemingen hun medewerking mogen weigeren, de gegevens in te winnen welke zij voor de uitoefening van de haar in de artikelen 85 en 86 opgedragen taak behoeft, maar gedooft het niet dat zij — via een procedure

krachtens verordening nr. 17 — ten laste van de betrokken onderneming omstandigheden of stukken in aanmerking neemt welke zij meent niet te mogen openbaar maken, wanneer het de onderneming door de weigering van zodanige openbaarmaking moeilijk kan worden gemaakt haar standpunt kenbaar te maken met betrekking tot de toedracht en het belang der omstandigheden, de stukken of de conclusies welke de Commissie eraan verbindt.

- 15 Worden zulke onregelmatigheden evenwel tijdens de voor het Hof gevoerde procedure metterdaad verholpen, dan behoeven zij niet noodzakelijkerwijze tot vernietiging van de bestreden beschikking te leiden voor zover de rechten der verdediging door zulk een regularisatie achteraf niet worden benadeeld.
- 16 Verzoekster beroept zich ten deze in de eerste plaats op de stukken in de bestreden beschikking onder 12 genoemd, dat wil zeggen dezelfde stukken die haars inziens niet regulier in het bezit van de Commissie waren gekomen, maar die zij vervolgens bij het aan het Hof overgelegde dossier heeft gevoegd, zodat zij de inzet van een debat in rechte konden vormen — en ook hebben gevormd —.

Anderzijds is het met betrekking tot de gegevens waarop de Commissie haar beoordeling van de marktaandelen en haar analyse van de gevolgen der omstreden contracten baseert, op verzoek van het Hof tussen partijen gekomen tot een uitwisseling van informatie die haar neerslag heeft gevonden in een gemeenschappelijk document blijkens hetwelk de Commissie voor alle betrokken vitaminen de grondslagen van haar berekening der marktaandelen — naar waarde — voor de jaren 1972, 1973 en 1974 heeft medegedeeld, zodat Roche, uitgaande van de verkopen welke in de stukken van de Commissie aan sommige concurrenten werden toegeschreven, — voor de verkochte hoeveelheden — naar marktaandelen heeft kunnen schatten.

- 17 Zo konden partijen, nog steeds van mening verschillend over de vraag welke van beide maatstaven de doorslag moet geven, elkander vinden in een schatting van marktaandelen naar hoeveelheden én naar waarde voor de vitaminen A, B₃, H, alsook de vitaminen C en E, zij het dat voor beide laatstgenoemde vitaminesoorten, de substitutiemogelijkheden van andere produkten voor bepaalde toepassingen in aanmerking genomen, het voorbehoud is gemaakt dat de vraag naar de in aanmerking te nemen markt nader zou worden onderzocht, terwijl alleen de marktaandelen voor vitaminen B₂ en B₆ omstreden zijn gebleven.

- 18 Ten slotte heeft de Commissie, eveneens tijdens de schriftelijke behandeling, op verzoek van het Hof het proces-verbaal overgelegd van de vergadering Unilever-Roche, in de bestreden beschikking onder 3 genoemd, alsook de rapporten betreffende de *naspeuringen*, door haar ambtenaren verricht bij afnemers van Roche die de omstreden contracten hadden gesloten c.q. — voor ondernemingen die anoniem wensten te blijven — een nota waarin bedoelde rapporten worden geresumeerd.
- 19 Het middel inhoudende schending van de rechten der verdediging, faalt derhalve.

Derde middel: Schending van artikel 86 van het Verdrag

- 20 De Commissie zou volgens verzoekster artikel 86 van het Verdrag hebben geschonden, aangezien in de bestreden beschikking:

- I. ten onrechte wordt aangenomen dat verzoekster een machtspositie zou innemen, terwijl aan die term een onjuiste uitlegging en — in casu — een onjuiste toepassing zou zijn gegeven, met name wat betreft de beoordeling en het belang van de marktaandeelen zo goed als van de andere feiten of omstandigheden die volgens de beschikking op de gestelde machtspositie zouden wijzen;
- II. in ieder geval ten onrechte wordt aangenomen dat verzoekster zulk een positie zou hebben misbruikt: de Commissie zou de contracten in welke afsluiting zij misbruik gelegen acht en de restrictieve gevolgen dier contracten voor de mededinging niet juist hebben geanalyseerd;
- III. ten onrechte wordt aangenomen dat verzoeksters gedrag de intracommunautaire handel merkbaar kon beïnvloeden.

I — Het bestaan van een machtspositie

Afdeling 1: de afbakening der betrokken markten

- 21 Ter beoordeling van de vraag of Roche de gestelde machtspositie innam, dienen de betrokken markten zowel geografisch als naar produkt te worden afgebakend.

- 22 Blijkens nrs. 3 en 6 van de bestreden beschikking is het ten deze in aanmerking genomen geografisch marktgebied dat van de gehele gemeenschappelijke markt, ofwel tot 31 december 1972 de markt van zes en daarna die van negen Lid-Staten.
- 23 De in de bestreden beschikking bedoelde produkten zijn niet-verpakte vitaminen, behorende tot dertien groepen, waarvan er acht (A, B₁, B₂, B₃ — pantotheenzuur — B₆, C, E en H — biotine —) door Roche worden geproduceerd en verhandeld en vijf bij de producenten aangekocht en vervolgens doorverkocht (B₁₂, D, PP, K en M).

Voor zeven van de acht door Roche geproduceerde groepen, te weten A, B₂, B₃, B₆, C, E en H heeft de Commissie een machtspositie aanwezig geacht.

Partijen zijn het er enerzijds over eens dat aan elk dezer groepen voor de stofwisseling specifieke functies toekomen, zodat een substitutierelatie ten opzichte van de andere groepen niet aanwezig is, anderzijds dat de hier bedoelde vitaminen geen concurrentie van andere produkten ontmoeten voor zover het gaat om hun gemeenschappelijke toepassingsmogelijkheden: levensmiddelen, veevoeder, farmaceutisch gebruik.

- 24 Op grond van een en ander heeft de Commissie (bestreden beschikking, nr. 20) voor elke vitaminengroep een afzonderlijke markt aanwezig geacht, waarmee Roche, na aanvankelijk te hebben te kennen gegeven dat verschillende groepen tezamen een markt konden vormen, is meegegaan, behoudens dat haars inziens de vitaminengroepen C en E, ieder voor zich tezamen met andere produkten deel van een meer omvattende markt uitmaken.

Derhalve zal moeten worden nagegaan of de Commissie de markten waartoe de vitaminengroepen C en E behoren, met juistheid heeft afgebakend.

- 25 Vast staat dat de vitaminen C en E behalve voor de farmaceutische, levensmiddelen- en veevoederindustrie — ofwel: voor bio-nutritief gebruik — onder meer ook worden verhandeld als roestwerende en fermenteermiddelen en additieven — ofwel voor „technologisch” gebruik —, terwijl deze vitaminen, voor zover voor technologisch gebruik gevraagd, concurrentie ondervinden van andere produkten met dezelfde gebruiksmogelijkheden.

- 26 Dit voert Roche tot de conclusie dat de vitaminengroepen C en E deel uitmaken van ruimere, die andere produkten medeomvattende markten; door laatstgenoemde produkten niet tot die markten te rekenen zou de Commissie van Roche's aandeel op die markten een overdreven voorstelling hebben gegeven.
- 27 Volgens de Commissie gaat het evenwel niet aan de vervangingsprodukten van vitaminen C en E voor technologisch gebruik tot bedoelde markten te rekenen, omdat de daartoe nodige substitutiemogelijkheden — over en weer —, vanwege de tweeledige gebruiksmogelijkheid der hierbedoelde vitaminen, in onvoldoende mate aanwezig zijn.

Ook een scheiding in twee marktgebieden naar gelang van de uiteindelijke bio-nutritieve of technologische bestemming der hier bedoelde vitaminen is niet mogelijk: het staat fabrikanten en kopers bij zulk een zich voor tweeledig gebruik lenend produkt vrij er de bestemming aan te geven welke zij de voordeligste achten, en dit geldt vooral op een expanderende markt.

Maar aangenomen al dat de door Roche voor technologisch gebruik verkochte vitaminen niet tot de betrokken markten mogen worden gerekend, dan behoort voor haar concurrenten hetzelfde te gelden, zodat de marktaandelen ongewijzigd zouden blijven.

- 28 Is er met betrekking tot een produkt sprake van meerdere gebruiksmogelijkheden in dier voege dat die verschillende mogelijkheden in — eveneens verscheidene — economische behoeften voorzien, dan valt aan te nemen dat het, al naar het geval, kan behoren tot verschillende markten die er mogelijk-kerwijs, zowel structureel als wat de mededingingsvoorwaarden betreft, verschillend uitzien.

Deze vaststelling wettigt evenwel niet de conclusie dat zulk een produkt met alle andere produkten die het voor zijn onderscheiden gebruiksmogelijkheden kunnen vervangen en waarmede het eventueel concurreert, een en dezelfde markt vormt.

De term „betrokken markt” (relevant market) houdt in, dat het tussen de van die markt deel uitmakende produkten tot daadwerkelijke mededinging kan komen, hetgeen medebrengt dat alle produkten die deel van eenzelfde markt uitmaken, elkander voor eenzelfde gebruik in voldoende mate kunnen substitueren.

Van zulk een substitutie-relatie was, althans destijds, geen sprake met betrekking tot de gezamenlijke vitaminen van de onderscheiden groepen C en E en de gezamenlijke produkten welke elk van beide vitaminengroepen eventueel voor de ook al sterk gespreide technologische gebruiksmogelijkheden kunnen vervangen.

- 29 Dubieus is evenwel of men, ter afbakening van de markten voor vitaminen C respectievelijk vitaminen E de tot elk van beide groepen behorende vitaminen, ongeacht hun latere gebruiksbestemming, globaal dient toe te rekenen aan een die groep omvattende markt, dan wel of elk van beide groepen moet worden opgedeeld in twee verschillende markten, de een voor vitaminen bestemd voor bio-nutritief gebruik, de ander voor vitaminen gebruikt voor technologische bestemmingen.

- 30 Voor een juiste beoordeling van de marktaandelen van Roche en haar concurrenten behoefde deze kwestie evenwel niet tot oplossing te worden gebracht: als ten deze werkelijk moet worden onderscheiden heeft dat, naar de Commissie terecht opmerkt, zo goed als voor Roche ook voor haar concurrenten te gelden, en wel — waar verzoekster geen aanwijzingen voor het tegendeel verschaft — in gelijke mate, zodat de in percentages uitgedrukte marktaandelen ongewijzigd zouden blijven.

Ten slotte heeft Roche, in antwoord op een door het Hof gestelde vraag, laten weten dat er voor alle tot elk van beide groepen behorende vitaminen, ongeacht de uiteindelijke bestemming, eenzelfde prijzenregeling gold, zodat een opsplitsing in specifieke markten niet mogelijk is.

Uit een en ander blijkt dat de Commissie in de bestreden beschikking de betrokken markten met juistheid heeft afgebakend.

Afdeling 2: de structuur der betrokken markten

- 31 Vormt iedere groep vitaminen een afzonderlijke markt, de onderscheiden markten vertonen nochtans, zowel wat de structuur der produktie als wat die der commercialisatie betreft, gemeenschappelijke trekken welke dienen te worden gereleveerd.
- 32 Allereerst zij opgemerkt dat partijen het er over eens zijn dat de markten voor alle vitaminengroepen tussen 1950 en 1974, zij het in verschil-

lende mate, sterk expandeerden, terwijl de produktie onophoudelijk is gestegen.

- 33 Wat met name *de produktie* betreft, zijn partijen het er voorts over eens dat er, ofschoon de samenstelling der vitaminen — vooral ook na expiratie van de octrooien die voor een niet onaanzienlijk gedeelte in handen van Roche waren — geen onoverkomelijke technische moeilijkheden biedt, met de produktie belangrijke investeringen gemoeid zijn, terwijl men de beschikking moet hebben over zeer gespecialiseerde en goeddeels per vitaminengroep specifieke installaties, zodat men in voormelde periode ter bepaling van de capaciteit der fabrieken van de voorziene uitbreiding der behoeften over een tijdvak van tien jaren was uitgegaan.

Ondanks voormelde sterke expansie heeft deze marktstructuur voor de meeste vitaminengroepen op de wereldmarkt tot overcapaciteit van het produktie-apparaat geleid.

Die situatie wordt treffend geïllustreerd door de opmerking, opgenomen in het verslag van de op 11 december 1972 gehouden vergadering Unilever-Roche, dat Roche's totale capaciteit op zichzelf groot genoeg was om aan de wereldvraag te voldoen en dat Roche destijds slechts 50 % van die capaciteit benutte.

- 34 Die produktiecapaciteit was in het door de Commissie in aanmerking genomen tijdvak, wat de op de gemeenschappelijke markt optredende producenten betreft, in handen van een beperkt aantal bedrijven, negen in totaal volgens de tabel die onder nr. 4 in de bestreden beschikking is opgenomen, terwijl het aantal producenten in de onderscheiden bijzondere groepen nog geringer was, te weten vier voor vitamine A, drie voor vitamine B₂, drie voor vitamine B₃, vier voor vitamine B₆, vijf voor vitamine C, vier voor vitamine E en twee voor vitamine H.

Sommige producenten waren bovendien kopers en wederverkopers van door hen zelf niet geproduceerde vitaminen, terwijl niet nader aangegeven hoeveelheden vitaminen op de markt werden gebracht door belangrijke handelsondernemingen, die hun voorraden elders dan bij de negen in de beschikking genoemde producenten betrokken.

- 35 Wat betreft de *vraag* naar onverpakte geneesmiddelen, de situatie op de gemeenschappelijke markt wordt gekenmerkt door een betrekkelijk groot aan-

tal kopers — ongeveer 5 000 voor Roche —, met dien verstande dat een belangrijk gedeelte van die vraag — dat voor Roche op $\pm 25\%$ van haar verkopen binnen de gemeenschappelijke markt kan worden geschat — destijds in handen was van 22 grote ondernemingen, waarvan er zeven tot de farmaceutische sector, vijf tot de levensmiddelensector en tien tot de veevoedersector behoorden.

Al die afnemers, in welke sector ook werkzaam, kochten een groot aantal, zo niet alle betrokken vitaminen; slechts Unilever schijnt, althans ten opzichte van Roche, een uitzondering te zijn en alleen vitaminen A te kopen.

Afdeling 3: de vraag in hoeverre de indicaties waaruit de Commissie het bestaan van een machtspositie afleidt, significant zijn

- 36 De Commissie schrijft aan Roche een machtspositie op de zeven betrokken markten (A, B₂, B₃, B₆, C, E en H) toe en baseert die opvatting enerzijds op verzoeksters marktaandelen, vergeleken met die van haar concurrenten, anderzijds op een aantal factoren welke voor zover het marktaandeel op zichzelf niet de doorslag mocht geven, Roche nochtans op de betrokken markten een sterk overwicht zouden verzekeren.

Zij concludeert hieruit (beschikking, nr. 21) „dat Roche, wat de betrokken markten betreft, een algemene onafhankelijkheid van handelen bezit in een omvang die [haar] . . . gelegenheid geeft een daadwerkelijke concurrentie binnen de gemeenschappelijke markt te verhinderen, zodat [zij] . . . op deze markten . . . een machtspositie inneemt”.

- 37 Roche acht de beoordeling van haar marktaandelen onjuist en de overige in de bestreden beschikking ter sprake gebrachte indicaties niet juist weergegeven of niet ter zake dienende.

Ook maakt zij de Commissie er een verwijt van dat zij haar gedrag op de betrokken markten niet zou hebben onderzocht of in aanmerking genomen; met name zou de Commissie geen acht hebben geslagen op de voortdurende en belangrijke verlagingen der vitaminenprijzen, welke verlagingen het bestaan van een daadwerkelijke concurrentiedruk, waarvoor Roche heeft moeten zwichten, aantoonde.

- 38 In artikel 86 van het Verdrag wordt de algemene doelstelling van de activiteit der Gemeenschap, in artikel 3 f) omschreven als de invoering van een regime waardoor wordt gewaarborgd dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt niet wordt vervalst, uitgewerkt.

Het artikel verbiedt, voor zover de handel tussen Lid-Staten er ongunstig door kan worden beïnvloed, misbruik van een machtspositie op een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt.

Daarbij is gedacht aan een economische machtspositie welke een onderneming in staat stelt de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging in de relevante markt te verhinderen, en het haar mogelijk maakt zich, jegens haar concurrenten, haar afnemers en, uiteindelijk, de consumenten in belangrijke mate onafhankelijk te gedragen.

- 39 Zulk een positie sluit, anders dan een monopolie of quasi-monopolie, het bestaan van een zekere mededinging niet uit, doch stelt het betrokken bedrijf in staat de voorwaarden waaronder bedoelde mededinging zich zal ontwikkelen, zo al niet te bepalen, dan toch aanmerkelijk te beïnvloeden en biedt haar in ieder geval ruimschoots — en zonder dat zulks haar nadeel berokkent — de gelegenheid zich bij haar gedrag aan de concurrentie niet gelegen te laten liggen.

Een machtspositie moet eveneens worden onderscheiden van het voor oligopolistische situaties kenmerkend parallel gedrag: in een oligopolie is er wederzijdse gedragsbeïnvloeding, terwijl een onderneming die een machtspositie inneemt, haar gedrag gedeels eenzijdig bepaalt.

Een machtspositie kan resulteren uit verscheidene factoren, die elk afzonderlijk niet per se beslissend behoeven te zijn, doch onder die factoren is het bezit van omvangrijke marktaandelen zeer significant.

- 40 Een aanzienlijk marktaandeel is, als bewijsmiddel voor een machtspositie, geen onveranderlijk gegeven: er moet van markt tot markt, naar gelang van de marktstructuur, met name wat produktie, aanbod en vraag betreft, een andere betekenis aan worden toegekend.

Ofschoon iedere vitaminengroep als een afzonderlijke markt is te beschouwen, leert bestudering van hun structuur dat deze onderscheiden markten nochtans wel zoveel gemeenschappelijke trekken vertonen dat er dezelfde criteria op kunnen worden toegepast wanneer het gaat om de betekenis welke, ter beoordeling of er van een machtspositie sprake is, aan de marktaandelen moet worden gehecht.

- 41 En al moet aan de marktaandelen van markt tot markt een verschillende betekenis worden toegekend, het mag er voor worden gehouden dat zeer aanzienlijke marktaandelen, uitzonderingsomstandigheden daargelaten, op zichzelf reeds het bewijs van een machtspositie leveren.

Terwijl de houders van veel kleinere marktaandelen niet op korte termijn kunnen voldoen aan de vraag van afnemers die zich van haar zouden willen afwenden, ontleent een onderneming met een zeer aanzienlijk marktaandeel aan de omvang van haar produktie en aanbod een marktmacht die anderen op haar aangewezen doet zijn, hetgeen haar op zichzelf reeds, althans voor betrekkelijk lange tijd, de voor een machtspositie kenmerkende onafhankelijkheid van gedrag verzekert.

- 42 Behalve de marktaandelen worden in de bestreden beschikking een aantal andere factoren gereleveerd welke Roche, mét haar marktaandelen, in sommige gevallen van een machtspositie zouden verzekeren.

Het gaat daarbij om de volgende aanwijzingen, door de Commissie als aanvullende criteria aangemerkt:

- a) Roche's marktaandelen zouden niet slechts aanzienlijk zijn, doch zij zou ook slechts op grote afstand worden gevolgd door de naaste concurrentie (beschikking, nrs. 5 en 21);
- b) Roche vervaardigt een veel groter assortiment vitaminen dan haar concurrenten (beschikking nr. 21);
- c) Roche is de grootste vitaminenfabrikant ter wereld, haar omzet overtreft die van alle andere producenten tezamen en zij staat aan het hoofd van een internationale groep welke, dankzij haar omzet, de eerste farmaceutische groep ter wereld is (beschikking nr. 5-6 en 21);

- d) ofschoon haar octrooien voor de vervaardiging van vitaminen zijn verlopen, heeft Roche, door de leidersrol welke zij ten deze heeft gespeeld, nog steeds een technologische voorsprong op haar concurrenten; die voorsprong blijkt ook uit het bezit van een zeer geperfectioneerde hulp- en informatiedienst ten behoeve van de afnemers (beschikking nrs. 7 en 8);
- e) Roche beschikt over een zeer uitgebreid en gespecialiseerd commercieel net (beschikking nr. 8);
- f) potentiële concurrentie is er niet (beschikking nr. 21).

Voorts heeft de Commissie tijdens de voor het Hof gevoerde procedure — als aanwijzing voor Roche's machtspositie — het feit ter sprake gebracht dat Roche, ondanks een levendige concurrentie haar marktaandelen goeddeels op peil heeft kunnen houden.

- 43 Alvorens te onderzoeken of de door de Commissie in aanmerking genomen indicaties in casu inderdaad kunnen worden vastgesteld, dient te worden onderzocht of de door haar bedoelde feiten en omstandigheden — die volgens verzoekster niet ter zake dienende zijn —, de bijzonderheden van de betrokken markten en de marktaandelen in aanmerking genomen, op het bestaan van een machtspositie kunnen wijzen.
 - 44 In zoverre kan het criterium van behoud van marktaandelen niet worden aanvaard: dat behoud kan even goed het gevolg van een doeltreffend concurrentiebeleid zijn als van een positie welke de betrokken onderneming de mogelijkheid biedt tot een van de mededinging onafhankelijk marktgedrag, terwijl de Commissie, het bestaan van concurrentie erkennende, niet heeft vermeld aan welke factoren de stabiliteit der marktaandelen, voor zover vastgesteld, zou kunnen worden toegeschreven.
- Nochtans kan in geval van een machtspositie het behoud van marktaandelen op handhaving van zulk een positie wijzen, terwijl anderzijds de methoden die voor de handhaving werden te baat genomen, eventueel misbruik in de zin van artikel 86 van het Verdrag kunnen opleveren.
- 45 Ook aan de omstandigheid dat Roche een uitgebreider assortiment vitaminen produceert dan haar concurrenten, dient indicatieve waarde te worden ontzegd.

De Commissie ziet er een aanwijzing voor een machtspositie in omdat „de behoeften van een groot aantal gebruikers uitgaan naar meerdere groepen vitaminen”, zodat „Roche een verkoopstrategie [kan] toepassen, en met name een prijspolitiek voeren, die veel minder afhangt van de concurrentievoorwaarden die op elke markt gelden dan de strategie van de andere producenten”.

- 46 De Commissie heeft evenwel zelf vastgesteld dat iedere groep vitaminen als een afzonderlijke markt is te beschouwen — met geen of weinig substitutielerelaties ten opzichte van andere groepen of andere produkten (beschikking nr. 20) — zodat vitaminen van de onderscheiden groepen evenzeer van elkander verschillen als vitaminen en andere produkten uit de farmaceutische en levensmiddelensector.

Voorts is niet betwist dat concurrenten van Roche, met name uit de chemische industrie, behalve de door hen vervaardigde vitaminen andere, eveneens door de kopers van vitaminen gevraagde produkten op de markt brengen, zodat de enkele omstandigheid dat Roche verschillende groepen vitaminen kan aanbieden, haar nog niet in het voordeel doet zijn bij concurrenten die, behalve een min of meer uitgebreid assortiment vitaminen, andere, ook door de kopers dier vitaminen gevraagde produkten kunnen aanbieden.

- 47 Op grond van overeenkomstige overwegingen is het al evenmin als indicatief te beschouwen dat Roche 's werelds grootste vitaminenproducent is, dat haar omzetcijfer dat van de gezamenlijke andere producenten overtreft en dat zij aan het hoofd staat van de belangrijkste farmaceutische groep ter wereld.

De Commissie ziet in deze driedelige omstandigheid een element van een machtspositie: „... hieruit volgt dat verzoekster een overheersende positie inneemt, niet slechts op de gemeenschappelijke markt doch ook op de wereldmarkt; zij geniet derhalve een zeer grote vrijheid van handelen, terwijl haar positie medebrengt dat zij zich gemakkelijk aan de ontwikkeling der verschillende regionale markten kan aanpassen. Een op de gehele wereldmarkt werkzame onderneming in het bezit van een marktaandeel dat dat van alle concurrenten ver overtreft, behoeft zich over eventuele concurrenten binnen de gemeenschappelijke markt niet ernstig zorgen te maken.”

Aldus redenerend gaat de Commissie uit van aan de schaalvergroting verbonden voordelen en van de mogelijkheid ener gedifferentieerde, op de onderscheiden regionale markten toegesneden strategie. Die redenering faalt even-

wel waar in confesso is dat iedere groep vitaminen is te beschouwen als een groep verschillende produkten die om specifieke installaties vraagt en een bijzondere markt vormt, in hier voege dat de totale produktie-omvang van onderling verschillende produkten Roche geen concurrentievoordeel bezorgt ten opzichte van haar concurrenten — met name uit de chemische industrie — die, behalve vitaminen, op wereldschaal andere produkten fabriceren en op grond van een al met al aanzienlijke fabricage van produkten die even verscheiden zijn als de verschillende vitaminengroepen onderling, in beginsel ook over dezelfde mogelijkheden tot marktcompensatie beschikken.

- 48 Als bruikbare indicatie zijn daarentegen te beschouwen: ten eerste de verhouding tussen de marktaandelen van de betrokken onderneming en die der concurrenten, met name ook dat van de eerstvolgende concurrent, ten tweede: de technische voorsprong waarover een onderneming ten opzichte van de concurrenten beschikt en het bestaan van een bijzonder geperfectioneerd commercieel net, en ten derde de afwezigheid van potentiële concurrentie — waarbij het achtereenvolgens gaat om een factor welke een taxatie van de concurrentiepositie van de concurrenten van de betrokken onderneming mogelijk maakt, om feiten en omstandigheden die op zichzelf als technische en commerciële voordelen zijn te beschouwen en om een situatie welke resulteert uit het feit dat nieuwe concurrenten zich de toegang tot de markt versperd zien —.

Maar wanneer het gaat om de vraag of er van potentiële concurrentie mag worden gesproken, dient niet slechts te worden bedacht dat vanwege de investeringen welke er, voor alle betrokken vitaminengroepen, mede gemoeid zijn, bij de vaststelling van de capaciteit der fabrieken de voor een lange periode voorziene expansie in aanmerking wordt genomen — zodat nieuwe producenten niet gemakkelijk toegang tot de markt verkrijgen —, doch ook dat de aanwezigheid van veel ongebruikt produktiepotentieel de gevestigde producenten in een situatie van potentiële concurrentie brengt.

Roche bevond zich in zoverre evenwel in een bevoorrechte positie: zij geeft zelf toe ten tijde in de beschikking bedoeld over voldoende produktiecapaciteit te hebben beschikt om op mondiaal niveau aan de vraag te kunnen voldoen, terwijl die overcapaciteit haar anderzijds toch niet voor economische of financiële moeilijkheden plaatste.

- 49 In het licht van vorenstaande overwegingen zullen Roche's marktaandelen op de onderscheiden betrokken markten moeten worden beoordeeld en daarenvens zal ook acht moeten worden geslagen op de aanwijzingen welke, met de marktaandelen, op een machtspositie zouden kunnen duiden.

Ten slotte zal nog moeten worden nagegaan of de argumenten welke Roche, met name wat de prijzen betreft, met betrekking tot de significantie van haar marktgedrag heeft aangedragen, wijziging kunnen brengen in de vaststellingen waartoe het onderzoek naar de marktaandelen en de overige in aanmerking genomen indicaties het Hof aanleiding mochten hebben gegeven.

Afdeling 4: de op de onderscheiden vitaminengroepen toegepaste criteria

a) vitaminen A

- 50 Partijen zijn het erover eens dat Roche's aandeel op de gemeenschappelijke markt, zowel naar waarde als kwantitatief, op 47 % mag worden begroot.

Volgens de door de Commissie verschaft — en door Roche niet weersproken — gegevens kunnen de aandelen der andere producenten voor 1974 op 27 %, 18 %, 7 % en 1 % worden begroot.

- 51 Vertoonde de betrokken markt derhalve de trekken van een eng-oligopolistische markt met zwakke concurrentie, uit Roche's marktaandeel — even groot als dat van haar beide naaste concurrenten tezamen — blijkt wel dat zij bij het bepalen van haar houding jegens de concurrentie over een bijzondere vrijheid van handelen beschikte.

Dat Roche als uitvindster en houder van talrijke octrooien voor vitamine A, ook na het verlopen dier octrooien in technisch opzicht een voorsprong op haar concurrenten had, levert een nadere aanwijzing op dat zij een machtspositie innam.

Naar reeds werd opgemerkt, geldt dit ook voor de afwezigheid van potentiële mededinging van nieuwe ondernemingen, terwijl dit potentiële element, voor zover in de overcapaciteit van bestaande fabrieken gelegen, veeleer ten voordele van Roche werkte: in een uittreksel van Management Information van midden-augustus 1971 wordt het aldus gezegd: „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 De Commissie heeft aan verzoekster dan ook terecht een machtspositie op de markt voor vitaminen A toegeschreven.

Dat Roche voor grondstoffen ter vervaardiging van vitaminen A was aange-
wezen op een tot de chemische industrie behorende onderneming die even-
eens vitaminen A fabriceert, dat wil zeggen op een concurrent, doet aan de
conclusies van de Commissie geen afbreuk, nu Roche nimmer gesteld heeft
dat zij zich, wat het ritme harer bevoorrading dan wel de prijzen betreft,
voor moeilijkheden geplaatst heeft gezien.

b) vitaminen B₂

- 53 In de bestreden beschikking had de Commissie Roche's marktaandeel op 86 % begroot.

In het tijdens de schriftelijke behandeling door partijen gezamenlijk geprodu-
ceerde document heeft zij de grondslagen medegedeeld, waarvan zij in haar
berekening van Roche's marktaandeel — naar waarde en kwantitatief — was
uitgegaan, terwijl uit de door haar overgelegde tabellen voorts blijkt dat alle
statistisch verwerkte vitaminenimporten van de gemeenschappelijke markt in
aanmerking zijn genomen.

Op grondslag van die gegevens komt zij tot de navolgende cijfers:

vitamine B ₂ Roche's marktaandeel	1972 6 Lid-Staten	1973 9 Lid-Staten	1974 9 Lid-Staten
naar waarde	87,0 %	81,2 %	80,6 %
kwantitatief	84,5 %	74,8 %	80,8 %

- 54 Roche volstaat er in hoofdzaak mede te stellen „dat zij naar de verkopen van haar concurrenten slechts kan gissen, zodat zij geen tegenbewijs kan leveren”; niettemin is zij van mening dat haar aandeel op de wereldmarkt veel geringer is, terwijl dat op de gemeenschappelijke markt de 50 % niet te boven zou gaan.

Ten betoge dat deze laatste schatting aannemelijker is dan die van de Com-
missie wijst zij erop dat „als men bij die cijfers de sedert 1970 onbenut

gebleven, doch ten allen tijde disponibele fermentatiecapaciteiten — vooral in de USA — van 200 à 300 ton per jaar optelt, het aandeel niet boven de 50 % komt te liggen”, waarmede zij zich — zonder nadere precisering — hetzij op potentiële concurrentie schijnt te beroepen, hetzij op de vermindering van haar eigen productiecapaciteit in de Verenigde Staten.

- 55 Mocht eerstbedoelde veronderstelling juist blijken, dan zou op grond daarvan mogen worden aangenomen dat Roche's concurrenten na 1970 gedeeltelijk uit de markt zijn gewerkt.

Ook al zou het er — bij gebreke van duidelijkheid dienaangaande — voor moeten worden gehouden dat op de stillegging van eigen productiecapaciteiten van Roche wordt gedoeld, dan nog zegt dit niets tegen de cijfers der Commissie zolang niet is komen vast te staan dat het bij de concurrenten niet tot zulke stilleggingen is gekomen, althans dat bedoelde stilleggingen tot vermindering van Roche's aandelen op de gemeenschappelijke markt in plaats van tot rationalisatie van de productie moesten leiden.

Voorts dient te worden bedacht dat, ofschoon overcapaciteit een factor van potentiële concurrentie kan opleveren die op het bestaan van een machtspositie van invloed kan zijn — zij het dat hiervoor werd overwogen dat daarvan tijdens de in aanmerking genomen periode, wat Roche betreft, geen sprake is geweest —, zij de begroting van de facto gerealiseerde marktaandelen niet kan beïnvloeden.

- 56 De gecorrigeerde begijferingen van de Commissie, voor welker deugdelijkheid ook overigens voldoende waarborgen worden geboden, kunnen dus niet op grond van tegenwerpingen als voormeld worden aangevochten en er blijkt uit van marktaandelen welke qua grootte op zichzelf reeds het bestaan van een machtspositie aantonen.

c) vitaminen B₃ (pantotheenzuur)

- 57 De Commissie heeft erkend dat de cijfers die in de bestreden beschikking werden aangehouden correctie behoeven en partijen zijn het erover eens geworden dat de marktaandelen dienen te worden begroot als volgt:

vitamine B ₃ Roche's marktaandeel	1972 6 Lid-Staten	1973 9 Lid-Staten	1974 9 Lid-Staten
naar waarde	28,9 %	34,9 %	51,0 %
kwantitatief	18,9 %	23,4 %	41,2 %

- 58 Kwantitatief of naar waarde leveren aandelen van die omvang, met het door partijen in hun gemeenschappelijke stellingname verstrekte gegeven dat de cijfers voor 1971 nog 6 % beneden die voor 1972 lagen, op zich zelf voor het grootste gedeelte van het door de Commissie in aanmerking genomen tijdvak nog geen voldoende aanwijzing op dat er van een machtspositie sprake is geweest.

Integendeel, gebleken is dat de rectificatie, waartoe de Commissie heeft moeten overgaan, verband hield met het feit dat zij had nagelaten in haar overwegingen de importen te betrekken van een Japanse concurrent die in 1973 30 % van de markt in handen had.

Anderzijds heeft de Commissie met name voor deze markt geen nadere gegevens genoemd welke — mét het als voormeld gecorrigeerde marktaandeel — het bestaan van een machtspositie aannemelijk zouden kunnen maken.

Een en ander leidt tot de slotsom, dat voor het in aanmerking genomen tijdvak onvoldoende is aangetoond dat Roche voor vitaminen B₃ een machtspositie zou hebben ingenomen.

d) vitaminen B₆

- 59 De Commissie had Roche's marktaandeel op 95 % geschat, terwijl Roche, die voor de gemeenschappelijke markt geen gegevens heeft verstrekt, erkent dat haar aandeel in de wereldmarkt 60 à 70 % bedraagt.

Vergelijking van de tussen partijen omstreden gegevens (bijlagen 1/e en 2/g van de gemeenschappelijke stellingname) bracht partijen niet tot elkander, terwijl de cijfers der Commissie na correctie zouden moeten gelezen als volgt:

vitamine B ₆ Roche's marktaandeel	1972 6 Lid-Staten	1973 9 Lid-Staten	1974 9 Lid-Staten
naar waarde (B ₆ + H)	87,0 %	90,0 %	83,9 %
kwantitatief	84,2 %	86,0 %	88,4 %

- 60 Opgemerkt zij dat de marktaandelen, althans naar waarde, de beide — onder dezelfde douanerubriek vallende — vitaminengroepen B₆ en H omvatten; Roche heeft evenwel niet betwist dat zulks aan de orden van grootte niet afdoet.

Zonder zich dienaangaande nader te verklaren, stelt Roche dat deze schatting met ten minste 20 % moet worden verlaagd, maar al zou men die zienswijze zonder meer aanvaarden, dan nog zouden Roche's marktaandelen zo groot blijven dat zij op zichzelf het bestaan van een machtspositie bewijzen, hetgeen te meer geldt nu geen der vier naaste concurrenten destijds de 10 % bereikte; sommigen hunner kwamen waarschijnlijk nog niet aan 5 % toe.

e) vitaminen C

- 61 De Commissie stelde in de bestreden beschikking Roche's marktaandeel op 68 %; Roche zelf sprak tijdens de behandeling van 50 %.

Na hun zienswijzen te hebben vergeleken, zijn zij het erover eens geworden dat die marktaandelen, als alleen de vitaminenmarkt in aanmerking wordt genomen, op de volgende percentages mogen worden geschat:

vitamine C Roche's marktaandeel	1972 6 Lid-Staten	1973 9 Lid-Staten	1974 9 Lid-Staten
naar waarde	65,7 %	66,2 %	64,8 %
kwantitatief	64,4 %	63,8 %	63,0 %

- 62 Volgens Roche dient deze schatting in dier voege te worden gecorrigeerd dat ook produkten die, wat hun technische gebruiksmogelijkheden betreft, met vitaminen C concurreren tot deze markt moeten worden gerekend, in welk geval haar marktaandeel niet boven de 47 % zou uitkomen.
- 63 In vorenstaande overwegingen — inzake de afbakening van de betrokken markt voor vitaminen die zowel voor bio-nutritief gebruik als voor technolo-

gisch gebruik bestemd zijn —, werd de door Roche voorgestane opvatting verworpen, hetgeen medebrengt dat voor vitaminen C als zodanig de marktaandelen waarover partijen het eens werden moeten worden aangehouden, en uit die marktaandelen blijkt van een machtspositie.

Voor die markt, waarop zich trouwens in 1971 een situatie van schaarste voordeed, vindt de slotsom waartoe de Commissie kwam, voorts bevestiging in de afstand tussen Roche's marktaandelen (64,8 %) en die van de naaste concurrenten (14,8 % en 6,3 %).

f) vitaminen E

- 64 De Commissie had in de bestreden beschikking Roche's marktaandeel voor vitaminen E op 70 % gesteld; Roche zelf sprak tijdens de behandeling van 40 %.

Na hun zienswijzen te hebben vergeleken, zijn partijen het erover eens geworden dat, als alleen op de markt voor vitaminen E wordt gelet, die marktaandelen op de navolgende percentages mogen worden gesteld:

vitamine E Roche's marktaandeel	1972 6 Lid-Staten	1973 9 Lid-Staten	1974 9 Lid-Staten
naar waarde	54 %	64 %	58 %
kwantitatief	50 %	60 %	54 %

Volgens Roche zou haar marktaandeel in de jaren 1970 en 1971 nog 7 % beneden dat van 1972 hebben gelegen.

- 65 Om de met betrekking tot vitaminen C reeds aangevoerde redenen meent Roche dat tot de betrokken markt ook dienen te worden gerekend de producten die, wat hun technische gebruiksmogelijkheden betreft, vitaminen E concurrentie aandoen, in welk geval haar marktaandeel voor 1974 niet boven 40 % zou uitkomen.
- 66 In eerdere overwegingen werd Roche's zienswijze met betrekking tot de afbakening van de betrokken markt reeds weerlegd, zodat ten deze de marktaandelen waaromtrent partijen het eens zijn geworden, zullen moeten worden aangehouden.

Zijn die marktaandeelen op zichzelf beschouwd reeds hoog, erbij komt dat die van Roche's concurrenten, gecorrigeerd als voormeld, voor het jaar 1974, wat de andere producenten betreft, op 16 %, 6 % en 1 % moeten worden begroot en op 19 % voor een of meer vanuit derde landen werkende importeurs — goeddeels handelshuizen —.

Nog meer dan voor vitaminen A het geval was, vertoont de aldus vastgestelde situatie de trekken van een eng-oligopolistische markt, waarop Roche's aandeel dat van de beide naaste concurrenten tezamen verre te boven gaat.

De Commissie heeft dan ook terecht tot een machtspositie op die markt geconcludeerd.

g) vitaminen H

- 67 Verzoekster heeft erkend dat zij die markt vroeger voor 100 % in handen heeft gehad, terwijl haar aandeel in het in aanmerking genomen tijdvak nog 93 % bedroeg, zodat zij de facto een monopoliepositie inneemt.

h) slotsom

- 68 Blijkens een en ander waren voor de vitaminengroepen A, B₂, B₆, C, E en H de elementen van een machtspositie aanwezig, terwijl het bestaan van zulk een positie voor vitaminen B₃ niet is bewezen.

Afdeling 5: verzoeksters marktgedrag

- 69 Evenwel dient te worden onderzocht of vorenstaande conclusies niet worden gelogenstraft door verzoeksters gedrag op de betrokken markten, waaruit haars inziens niet alleen het bestaan van een levendige concurrentie blijkt, doch ook van de druk welke van die concurrentie op haar is uitgegaan.

Zij wijst er met name op dat de prijzen van de verschillende vitaminengroepen gestadig zijn gedaald, terwijl haar marktaandeelen en bepaalde Lid-Staten zijn achteruit gegaan.

Ook heeft zij verwezen naar de aanwijzingen welke te vinden zijn in verschillende interne stukken, zoals de „Management Information” en „Marketing News” welke zij regelmatig verspreidt en waarin de marktsituatie voor iedere vitaminengroep wordt geanalyseerd, alsook naar de documentatie betreffende de „European Bulk Managers Meeting”, door Roche in oktober 1972 te Bazel georganiseerd.

- 70 Het Hof heeft onder meer in zijn arrest van 14 februari 1978 (United Brands, zaak nr. 27/76, Jurispr. 1978, blz. 207) reeds overwogen, dat zelfs een levendige concurrentie op een bepaalde markt niet uitsluit dat er met betrekking tot die zelfde markt van een machtspositie mag worden gesproken, aangezien zulk een positie en hoofdzaak wordt gekenmerkt door het feit dat men bij zijn marktstrategie tot een van die concurrentie onafhankelijk gedrag in staat is, zonder daarvan nadelige gevolgen te ondervinden.

- 71 Maar dat de prijzen van een onderneming onder de druk der concurrenten moeten worden verlaagd, valt in de regel niet te rijmen met het voor een machtspositie kenmerkend onafhankelijk marktgedrag.

Als bijlagen bij het beroepschrift heeft verzoekster een aantal grafieken overgelegd waaraan twee verschillende gegevens kunnen worden afgelezen: de prijsverlagingen en de produktiestijgingen van Roche's verschillende vitaminengroepen op de wereldmarkt gedurende een periode welke, al naar het geval, de jaren 1940-1954 tot en met einde 1974 bestreek.

- 72 Evenwel zij opgemerkt dat die grafieken de wereldmarkt betreffen en dat Roche, die zelf meermalen op de van Lid-Staat tot Lid-Staat verschillende prijzenbewegingen heeft gewezen, niet kan volhouden dat de prijschommelingen op de wereldmarkt noodzakelijkerwijze voor de ontwikkeling der prijzen binnen de Gemeenschap representatief zijn te achten.

Zelfs wanneer wordt aangenomen dat de op wereldschaal geprojecteerde ontwikkeling der prijzen geacht kan worden de algemene ontwikkeling der prijzen binnen de gemeenschappelijke markt te weerspiegelen, dan nog is het zo dat bestudering dier grafieken leert dat de prijzen der verschillende groepen vitamines — bij een slechts langzaam oplopende produktie — veelal aanzienlijk zijn gedaald, doch dat die dalingen sterk zijn verminderd en dat het zelfs geleidelijk tot een grote stabiliteit is gekomen vanaf het ogenblik waarop de

produktie der onderscheiden vitaminensoorten sterk toenam, te weten: sedert 1964 voor vitaminen A, sedert 1956 voor vitaminen B₂, sedert 1966 voor vitaminen B₆, sedert 1958 voor vitaminen C, sedert 1960 voor vitaminen B₃, sedert 1965 voor vitaminen E, terwijl de prijskurve voor vitaminen H (biotine), die tot 1970 stabiel was gebleven, vanaf dat ogenblik — bij een zich ontwikkelende produktie — lichtelijk is gaan dalen.

Uit deze gegevens blijkt veeleer van een correlatie tussen de prijzen enerzijds en de omvang der produktie en de kosten anderzijds dan van een correlatie tussen de prijzen en concurrentiële druk.

73 In antwoord op de door het Hof gestelde vragen heeft Roche een reeks tabellen overgelegd (gemeenschappelijke stellingname, bijlage 4 a-i), waarin voor de jaren 1970-1976 per Lid-Staat de prijschommelingen zijn aangegeven van de vitamine welke Roche per groep het meest representatief heeft geacht, alsook de op basis der nationale prijzen verkregen gemiddelde prijzen voor de gehele Gemeenschap.

74 Uit die tabellen blijkt inderdaad van niet onaanzienlijke prijschommelingen in beide richtingen. Die schommelingen zien er evenwel in de onderscheiden Lid-Staten per produkt en per periode heel anders uit, hetgeen op opsplitsing der markten wijst en aan een daarop gerichte strategie doet denken.

Het verdient opmerking dat uit bijlage 4 bij de gemeenschappelijke stellingname van partijen óók voor vitamine H (biotine) — waarvoor Roche's marktaandeel, naar zij zelf toegeeft, in 1970 100 % en in 1974 93 % bedroeg — blijkt van aanzienlijke prijsdalingen: voor de gehele gemeenschappelijke markt van — gemiddeld — 40,54 Zwitserse franken in 1970 tot 30,72 Zwitserse franken in 1973 en 29,85 Zwitserse franken in 1974 —, prijsdalingen welke bij een onderneming die 100 dan wel 93 % van de markt in handen heeft, niet aan de druk der concurrentie kunnen worden toegeschreven, doch veeleer een gevolg zijn geweest van een vrijelijk en weloverwogen gevolgd prijsbeleid en in ieder geval het bestaan van een machtspositie niet weerspreken.

75 Deze vaststelling vindt ruimschoots bevestiging in de verschillende hiervoor besproken interne stukken.

Zo blijkt voor vitaminen H (biotine) uit de „Management Information” van 8 september 1972 dat een eerste concurrent — Sumitomo — die eind 1971 de produktie van biotine ter hand had genomen, er de voorkeur aan had gegeven een deel van haar produktie aan Roche te verkopen en die produktie voor het overige in de Verenigde Staten af te zetten, terwijl Roche, toen zij in 1973 voorzag dat er een andere producent aan de markt zou komen, heeft besloten die fabrikant voor te zijn en haar „flexible price policy at once” te laten varen.

In 1973 blijkt er voor vitaminen H echter van een significante prijsdaling.

- 76 Een en ander bewijst dat Roche, verre van onder druk der concurrentie te staan, door haar positie in staat werd gesteld een op de voorkoming van concurrentie gericht prijzenbeleid te voeren.

Behalve andere maatregelen werd in diezelfde Management Information bovendien het aangaan van getrouwheidscontracten aanbevolen.

- 77 Ten aanzien van vitaminen C — waarvoor Roche's marktaandeel tussen 1972 en 1974 op $\pm 65\%$ kan worden geschat — wordt in de Marketing News van 6 december 1971 aan Roche's vertegenwoordigers en dochtermaatschappijen, gezien de aan het produkt bestaande schaarste, bij wege van marktstrategie op lange termijn aanbevolen dat zij, ten opzichte van de farmaceutische industrie die aanleiding zou vinden zich ten dele bij de brokers te bevoorraden — de voorrang zouden inruimen aan „the food industry, both in respect of supplies and price advantages”.

- 78 Blijkt uit de overgelegde cijfers en stukken dat er op de markten voor de verschillende vitaminensoorten soms niet onaanzienlijke prijschommelingen kunnen worden geconstateerd, in sommige gevallen blijken zij met het bestaan van mededinging geen verband te houden, terwijl Roche in de meeste andere gevallen op zijn minst als price leader is opgetreden.

Al met al blijkt uit de overgelegde stukken voorts van een uitstekende commerciële en marketing-organisatie, die niet alleen op systematische marktverkenning berekend was, maar ook op het ontdekken van iedere geneigdheid van eventuele concurrenten zich toegang tot de markt voor het een of andere produkt te verschaffen en niet alleen in staat was onmiddellijk te reageren, doch ook om pogingen in die richting door passende initiatieven te voorkomen.

Al deze overwegingen voeren tot de slotsom dat uit de gestelde — en vastgestelde — prijschommelingen niet blijkt van een concurrentiële druk welke aan de grote mate van marktstrategische onafhankelijkheid waarover Roche beschikte afbreuk kon doen, terwijl zij ook de vaststellingen met betrekking tot het bestaan van een machtspositie, zoals die voor iedere groep vitaminen op grond van marktaandelen en andere indicaties tezamen werden getroffen, niet vermogen te ontzenuwen

- 79 Terecht is dan ook in de bestreden beschikking met betrekking tot de markten voor vitaminen A, B₂, B₆, C, E en H het bestaan van zulk een positie aangenomen.

Ten onrechte is zulk een positie op de markt voor vitaminen B₃ aanwezig geacht.

II — Misbruik van een machtspositie

Afdeling 1: preliminaire overwegingen

- 80 Volgens de bestreden beschikking zou verzoekster haar machtspositie hebben misbruikt door met 22 belangrijke afnemers van vitaminen verkoopcontracten — ongeveer dertig (in sommige wordt een eerder contract, al dan niet gewijzigd, overgenomen) — af te sluiten waarin die kopers zich verbonden zich voor al hun behoeften aan vitaminen of aan bepaalde met name genoemde vitaminen, dan wel voor het grootste gedeelte van die behoefte, bij Roche te bevoorraden dan wel waarin zij door kortingen welke de Commissie als getrouwheidskortingen aanmerkt, tot zulk een bevoorrading werden aangespoord.

Volgens de Commissie (bestreden beschikking, nrs. 22-24) hielden de gewraakte exclusieve overeenkomsten of getrouwheidskortingen enerzijds misbruik in als bedoeld in artikel 86 van het Verdrag — omdat zij, door de afnemers van de onderneming die een machtspositie inneemt, wat hun bevoorradingsbronnen betreft iedere keuze te ontnemen, de concurrentie tussen producenten zouden vervalsen, anderzijds omdat zij ertoe zouden leiden dat er ten opzichte van handelspartners bij gelijkwaardige prestaties ongelijke voorwaarden worden toegepast, waarmee hun nadeel bij de mededinging zou worden berokkend, in die zin dat Roche aan twee afnemers voor een gelijke hoeveelheid van een zelfde produkt verschillende prijzen zou bereke-

nen naar gelang die kopers er al dan niet van willen afzien zich bij Roche's concurrenten te bevoorraden.

- 81 De omstreden contracten hebben betrekking op verkopen van vitaminen, behorende tot een of meer groepen waarvoor een machtspositie werd aangenomen, aan kopers voor wier binnen de gemeenschappelijke markt gelegen ondernemingen die vitaminen geheel of ten dele bestemd waren.

Het zijn de volgende, naar de naam van de kopers gerangschikte contracten:

1. Afico/Nestlé: *een* op 1 januari 1968 ingegaan en stilzwijgend verlengbaar jaarcontract;
2. American Cyanamid: *een* op 1 januari 1971 ingegaan en stilzwijgend verlengbaar jaarcontract;
3. Animedica: *twee* jaarcontracten, een multinationaal contract van 12 januari 1973, en een contract van 9 mei 1972 betreffende leveringen in de Bondsrepubliek Duitsland, beide stilzwijgend verlengbaar;
4. Beecham: *drie* „arrangements” van 1 april 1972, 1 april 1973 en 31 december 1973, onderscheidenlijk betreffende de tijdvakken 1. 4. 1972-31. 3. 1973, 1. 4. 1973-31. 12. 1973 en het jaar 1974;
5. Capsugel/Parke Davis: *een* contract van 22 maart 1967, ingaand 15 maart 1967;
6. Dawe's: *een* contract, ingaand 1 augustus 1971 (duur niet vermeld);
7. Guyomarc'h: *een* op 1 mei 1972 ingegaan en stilzwijgend verlengbaar jaarcontract;
8. Isaac Spencer: *twee* contracten betreffende het tijdvak van 1 juli tot en met 31 december 1973 en het jaar 1974;
9. Merck: *drie* contracten — van 3 maart 1972, 3 maart 1972 en 5 juli 1971 —, onderscheidenlijk: betreffende vitaminen A, afgesloten voor een tijdvak van vijf jaar en nadien telkens voor twee jaar stilzwijgend verlengbaar; betreffende vitaminen E — met een vrijwel gelijklopend beding ten aanzien van de geldigheidsduur —; betreffende vitaminen B₆, afgesloten voor een tot en met 31 december 1976 lopend tijdvak en nadien telkens voor twee jaar stilzwijgend verlengbaar;

10. Nitrovit/Imperial Foods: *twee* jaarcontracten van onderscheidenlijk 22 december 1972 en 11 januari 1974;
11. Organon: *een* op 10 oktober 1974 gewijzigd en stilzwijgend verlengbaar jaarcontract, afgesloten op 15 april 1970;
12. Pauls and Whites: *drie* contracten van onderscheidenlijk 2 maart 1972, 16 juli 1973 en 22 januari 1974, afgesloten voor de tijdvakken 1. 4. 1972-31. 3. 1973, 1. 4. 1973-31. 12. 1973, en het jaar 1974;
13. Protector: *een* op 1 juli 1968 voor het jaar 1968 ingegaan contract, dat in feite in ieder geval tot eind 1972 van jaar tot jaar is verlengd;
14. Provimi: *een* op 27 november 1974 gewijzigd contract van 30 september 1972, zonder beding ten aanzien van de geldigheidsduur;
15. Radar: *een* voor het jaar 1971 afgesloten contract van 23 februari 1971 — waarin sprake is van een reeds voor het jaar 1970 aangegane soortgelijke verbintenis —;
16. Ralston Purina: *een* voor het jaar 1970 afgesloten contract van 19 januari 1970, dat ten minste tot eind 1974 is verlengd;
17. Ramikal: *een* contract van 22 augustus 1972, op 1 januari 1972 ingegaan voor onbepaalde duur, afgesloten ter vervanging van een contract uit 1964;
18. Sandoz: *een* in 1965 voor een kalenderjaar ingegaan en van jaar tot jaar stilzwijgend verlengd contract;
19. Trouw: *een* op 1 juli 1971 afgesloten contract, ingegaan per 1 januari van dat jaar en gewijzigd op 27 november 1972;
20. Unilever: *drie* voor de jaren 1974 en 1975 afgesloten contracten van 9 januari 1974, waarvan er twee leveringen in het Verenigd Koninkrijk betreffen van onderscheidenlijk vitaminen A, type B, en vitaminen A, en één leveringen van vitaminen A op het vasteland;
21. Upjohn: *een* op 1 november 1967 ingegaan contract, zonder beding ten aanzien van zijn geldigheidsduur;
22. Wyeth: *een* op 1 januari 1964 ingegaan contract, zonder beding ten aanzien van zijn geldigheidsduur.

Tweede afdeling: analyse der omstreden contracten

- 82 Ofschoon op verschillende tijdstippen opgesteld en niet steeds in dezelfde bewoordingen vervat, kunnen deze contracten, wat betreft de door de koper aanvaarde bevoorradingsverplichting, in drie categorieën worden ingedeeld.
- 83 In een aantal contracten heeft de koper zich verbonden zich uitsluitend bij Roche te bevoorraden:
- a) hetzij voor alle of nagenoeg alle behoeften aan door Roche vervaardigde onverpakte vitaminen: Afico/Nestlé, Dawe's, Organon, Provimi (uitgezonderd 10 % „control purchases”),
 - Ralston Purina, Upjohn (alle vitaminen behalve 4, voor veevoeder bestemde speciale soorten vitaminen A, waarvoor Roche Upjohn een licentie voor haar merk Injacom verleende);
 - b) hetzij voor alle behoeften aan bepaalde met zoveel woorden genoemde vitaminen: Merck (vitaminen A, B₆, voor zover de jaarlijks door Merck zelf geproduceerde 200 ton te boven gaande, en vitaminen E);
 - c) hetzij voor een in het contract vermeld percentage van de volledige behoeften (American Cyanamid, Animedica Duitsland en Animedica International: 80 %) dan wel van de behoeften aan met name genoemde vitaminen (Guyomarc'h: 75 % van de behoeften aan vitaminen A, B, C, E);
 - d) hetzij voor het grootste gedeelte (major part, überwiegender Teil) van de behoeften aan vitaminen of bepaalde vitaminen (Beecham, Nitrovit, Isaac Spencer, Pauls and Whites, Ramikal, Trouw).
- 84 In sommige contracten verbond de koper zich Roche „preferentie” te geven (Wyeth), sprak hij zijn voornemen uit zich uitsluitend bij Roche te bevoorraden (Capsugel/Parke Davis) dan wel zijn dochterbedrijven aan te bevelen zulks te doen (Sandoz), hetzij voor alle behoeften aan vitaminen, hetzij voor met name genoemde vitaminen (Capsugel/Parke Davis: A, B₁, B₂, B₆, C, E, H), hetzij voor een bepaald percentage van de gezamenlijke behoeften (Protector: 80 %).
- 85 Ten slotte vertonen de contracten met Merck en Unilever bijzondere trekken, die een afzonderlijke bespreking wenselijk maken van de verplichtingen die erin besloten liggen.

- 86 De meeste contracten zijn, hetzij naar luid van hetgeen erin werd overeengekomen, hetzij krachtens een beding van stilzwijgende verlenging, voor onbepaalde duur afgesloten en er kennelijk op gericht voor meerdere jaren connecties tot stand te brengen.

Grotendeels zijn zij met ingang van het jaar 1970 aangegaan en hebben zij het tijdvak 1970-1974 geheel of goeddeels bestreken.

- 87 Behalve in de beide contracten met Unilever waren in alle hiervoor opgesomde contracten onder verschillende benamingen kortingen of rabatten voorzien, berekend over alle aankopen van vitaminen van om het even welke groep, die er in een bepaald tijdvak — meestal een jaar of zes maanden — zouden worden gedaan.

Een bijzonderheid van de contracten Beecham, Isaac Spencer, Nitrovit, Pauls and Whites, Sandoz en Wyeth was dat er geen gelijkblijvende korting voorzien was, doch een korting welke — in de regel van 1 tot 3 % — opliep naar gelang van de jaarlijks aangekochte hoeveelheden.

In alle contracten, behalve in die welke met Animedica International, Guyomarc'h, Merck (B₆), Protector en Upjohn waren afgesloten, was een beding, genaamd „Engelse clause” opgenomen, volgens hetwelk de afnemers — met inachtneming van verschillende, hierna te bespreken modaliteiten — Roche gunstiger offertes van de concurrentie konden voorleggen, hetgeen inhield dat de afnemer, als Roche niet met die prijzen meeging, voor bedoelde aankoop van zijn exclusieve bevoorradingsverplichting was vrijgesteld, terwijl hij, als zulk een verplichting niet gestipuleerd was, bij de afnemer kon kopen, en bovendien in geen van beide gevallen voor reeds gedane of nog te realiseren aankopen voormelde korting verspeelde.

- 88 Een en ander dient in aanmerking te worden genomen, nu de vraag aan de orde komt of Roche in de omstreden contracten een machtspositie heeft misbruikt.

Afdeling 3: de vraag hoe de exclusieve bevoorradingsverplichtingen en de kortingsstelsels, getoetst aan artikel 86 van het Verdrag, moeten worden gekwalificeerd

- 89 Als een onderneming op een markt een machtspositie inneemt, dan vormt een binding der kopers, in dier voege dat zij zich, zij het op eigen wens,

verplichten — dan wel beloven — zich voor al hun behoeften dan wel voor een groot gedeelte van hun behoeften uitsluitend bij bedoelde onderneming te bevoorraden, misbruik van een machtspositie in de zin van artikel 86 van het Verdrag, om het even of zulk een verplichting zonder meer dan wel tegen toekenning van een korting wordt gestipuleerd.

Dit geldt ook wanneer bedoelde onderneming, zonder de afnemers in formele zin een verplichting op te leggen, hetzij krachtens afspraak, hetzij eenzijdig, een stelsel van getrouwheidskortingen toepast, dat wil zeggen een systeem van rabatten, gebonden aan de voorwaarde dat de afnemer zich, om het even of hij veel of heel weinig aankoopt, voor zijn behoeften goeddeels of uitsluitend bevoorraadt bij de onderneming die bedoelde machtspositie inneemt.

- 90 Om het even of zij de tegenhanger vormen van rabatten of van de toekenning van getrouwheidskortingen — waarmede de koper moet worden gestimuleerd zich uitsluitend bij de onderneming die een machtspositie inneemt te bevoorraden —, exclusieve bevoorradingsverplichtingen als hier bedoeld zijn onverenigbaar met de doelstelling ener onvervalste mededinging op de gemeenschappelijke markt, immers behalve in uitzonderlijke omstandigheden waaronder een afspraak tussen ondernemingen, getoetst aan artikel 85, en wel met name aan zijn lid 3, mogelijkerwijze kan worden aanvaard, berusten zij niet op een economische prestatie welke zulk een last of zulk een voordeel vermag te rechtvaardigen, doch zijn zij erop gericht de koper, wat zijn bevoorradingsbronnen betreft, geen — of minder — keus te laten en andere producenten de toegang tot de markt te belemmeren.

Anders dan het geval bij de — alleen aan de omvang der aankopen bij de betrokken producent gebonden — kwantitatieve kortingen, is het de afnemers langs de weg van de getrouwheidskortingen geboden financieel voordeel er op gericht te verhinderen dat zij zich bij concurrerende fabrikanten gaan bevoorraden.

Getrouwheidskortingen leiden er voorts toe dat er jegens handelspartners bij gelijkwaardige prestaties ongelijke voorwaarden worden toegepast, immers twee kopers van eenzelfde hoeveelheid van eenzelfde produkt betalen een verschillende prijs naar gelang zij zich uitsluitend bevoorraden bij de onderneming die de machtspositie bekleedt dan wel voor hun bevoorradingsputten uit verschillende bron.

Ook zijn zulke praktijken — van een onderneming die een machtspositie inneemt — er, met name op een expanderende markt, op gericht die positie door een niet op prestaties berustende — en derhalve vervalste — mededinging te versterken.

- 91 Aan de op misbruik van een machtspositie luidende kwalificatie dezer praktijken valt ook niet te ontkomen met de door verzoekster voorgestelde uitlegging, volgens welke misbruik zou impliceren dat het wordt bewerkstelligd met gebruikmaking van de economische macht welke men aan de machtspositie ontleent.

Onder de in objectieve zin te verstane term misbruik vallen gedragingen van een dominerende onderneming welke: a) invloed kunnen uitoefenen op de structuur van een markt waar, juist door de aanwezigheid van bedoelde onderneming, de mededinging reeds verflauwde; b) ertoe leiden dat de handhaving of ontwikkeling van de nog bestaande marktconcurrentie met andere middelen dan bij een op basis van ondernemersprestaties berustende normale mededinging — met goederen of diensten — in zwang zijn, wordt tegengegaan.

Afdeling 4: de aard der omstreden kortingen

- 92 De overeengekomen kortingen zouden evenwel volgens verzoekster geen getrouwheids-, doch hoeveelheidskortingen zijn geweest, of er zou een economische prestatie van de afnemer tegenover hebben gestaan welke zulk een tegenprestatie vermocht te rechtvaardigen.
- 93 Bij de bespreking van dit middel dient te worden onderscheiden naar gelang de kortingen blijkens de contracten volgens een uniform percentage dan wel volgens een progressief percentage zouden worden berekend.
- a) contracten, volgens welke er een uniform kortingspercentage zou worden toegepast
- 94 In de eerste plaats zij opgemerkt dat verzoeksters stelling niet kan worden aanvaard voor zover de korting blijkens de contracten volgens een uniform percentage zou worden berekend.
- 95 Afgezien van het feit dat de toekenning van een korting uiteindelijk niet ter zake doet in gevallen waarin een exclusieve bevoorrading met zoveel woorden werd aanvaard, zijn in geen dezer contracten verplichtingen voor bepaalde of zelfs maar geraamde hoeveelheden, dan wel aan de omvang der aankopen gebonden verplichtingen omschreven; er is telkens weer sprake van de „behoeften” of een evenredig deel van die behoeften.

Bovendien hebben partijen zelf in de meeste contracten de hierbedoelde korting als getrouwheidskorting aangemerkt (American Cyanamid, Organon, Provimi, Ralston Purina, Trouw), ofwel bewoordingen gebezigd die het verband tussen de exclusiviteit en de toegestane kortingen goed deden uitkomen.

- 96 Volgens het contract met Dawe's werd de korting toegekend tegen („in return of") de aanvaarding der exclusiviteit; in het contract met Ramikal is sprake van een „vertraulicher Jahresbonus", te beschouwen als „eine echte Vergütung auf Ihre Bezüge von Roche", los van de hoeveelheidskortingen welke Ramikal mocht behouden.

Stellig werd de over de gezamenlijke aankopen verleende korting in — en naar luid van — vier der contracten, te weten Afico, Nestlé, Capsugel/Parke Davis, Provimi (sinds 1974) en Upjohn, toegekend in verband met de omstandigheid dat deze afnemers jegens Roche instonden voor de betaling van de rekeningen voor bestellingen welke rechtstreeks door de dochtermaatschappijen dier afnemers zouden worden gedaan.

Echter kan nauwelijks worden aanvaard dat kortingen die geheel zijn berekend volgens de criteria op grond waarvan er in andere contracten getrouwheidskortingen werden toegekend, de tegenhanger zouden kunnen zijn van een verbintenis, aangegaan door wereldconcerns als Nestlé, Parke Davis en Upjohn, bedoeld om Roche ten aanzien van de solvabiliteit van hun dochtermaatschappijen gerust te stellen.

Ook faalt Roche's argument dat er, althans met betrekking tot bepaalde vitaminesoorten zoals biotine (vitamine H) van introductiekortingen zou mogen worden gesproken: tussen de verschillende kortingen, die per afnemer globaal en uniform voor zijn totale behoeften of voor een belangrijk evenredig gedeelte van zijn behoeften zijn vastgesteld, wordt in de contracten geen functioneel onderscheid gemaakt en zij bieden ook niet de mogelijkheid daartoe.

b) contracten waarin progressieve kortingen voorzien zijn

- 97 In een aantal van de omstreden contracten, te weten Beecham (1972, 1973, 1974), Isaac Spencer (1973, 1974), Nitrovit (1973, 1974), Pauls and Whites (1972, 1973, 1974) is enerzijds voor „het grootste gedeelte" van de behoeften van de koper een afnameverplichting opgenomen, anderzijds een kortingsclausule, volgens welke een geleidelijk hoger wordend percentage — in de regel stijgend van 1 tot 2 en later 3 % — wordt toegekend, al naar gelang

er in de loop van een jaar een kleiner of groter gedeelte van de geschatte behoeften van de verkoper wordt ingedekt; in de contracten is telkens een geschatte waarde (in £) der totale behoeften te vinden, alsook — in twee gevallen (Pauls and Whites 1972, Beecham 1972) — een kwantitatieve schatting voor de verschillende in het contract bedoelde vitaminensoorten.

Als voorbeeld kan worden genoemd het contract Beecham (1. 4. 1972-31. 3. 1973), waarin voor op ten hoogste £ 300 000 geschatte jaarlijkse behoeften een korting voorzien is die bij een omzet van 60 % ofwel £ 180 000 1 % beloopt, bij een omzet van 70 % ofwel £ 210 000 1,5 % en bij een omzet van 80 % ofwel £ 240 000 2 %.

In dezelfde zin zijn ook de andere contracten geredigeerd, met dien verstande dat de behoeften van geval tot geval en van jaar tot jaar, kennelijk in verband met het absorptievermogen van de afnemer, anders zijn geschat.

98 Komen er in de hierbedoelde contracten passages voor welke, met de korting over de in totaal afgenomen hoeveelheid in verband gebracht, kwantitatief aandoen, bij nader inzien blijkt het om een bijzondere vorm van getrouwheidskortingen te gaan.

99 Opmerking verdient allereerst dat deze bijzondere vorm van korting juist te vinden is in contracten welke, wat de bevoorradingsverplichting betreft, het minst stringent geredigeerd zijn: het gaat om „een aanmerkelijk deel van de behoeften”, waarmee aan de betrokken koper een aanzienlijke mate van vrijheid wordt ingeruimd.

De vaagheid van de aldus omschreven verbintenis wordt goeddeels gecorrigeerd door een schatting van de jaarlijkse behoeften en de toekenning van een korting die met het percentage der aldus ingedekte behoeften stijgt, progressie welke uiteraard een machtige prikkel vormt bedoelde behoeften tot een zo hoog mogelijk percentage bij Roche in te dekken.

100 Door deze wijze van berekening gaat men bij de hierbedoelde kortingen anders te werk dan bij de — alleen van de omvang der aankopen bij de betrokken fabrikant afhankelijke — hoeveelheidskortingen; niet objectief en voor de gezamenlijke potentiële kopers vastgelegde hoeveelheden geven de doorslag, doch schattingen welke van geval tot geval voor iedere afnemer afzonderlijk — naar gelang van zijn vermoedelijke absorptiecapaciteit — worden vastgesteld, terwijl men zich ook niet op een zo groot mogelijke hoeveelheid, doch op een zo hoog mogelijk percentage van de behoeftenbevrediging richt.

- 101 De Commissie heeft dan ook — wederom — terecht aangenomen dat bij bedoelde contracten getrouwheidskortingen voorzien waren welke als de neerslag van misbruik ener machtspositie zijn te beschouwen.

Afdeling 5: de Engelse clause

- 102 Vijf contracten (Animedica International, Guyomarc'h, Merck — B₆ —, Protector en Upjohn) uitgezonderd, bevatten alle hierbedoelde contracten een beding, genaamd Engelse clause, volgens hetwelk de afnemer die van de concurrentie gunstiger offertes krijgt dan waartoe toepassing der litigieuze contracten voert, Roche kan verzoeken zijn prijzen naar zulk een offerte te richten; geeft Roche aan zodanig verzoek geen gevolg, dan is de afnemer gerechtigd om zich, zijn exclusieve bevoorradingsverplichting ten spijt, bij de concurrent te bevoorraden, zonder dat hij deswege de getrouwheidskortingen verspeelt welke voor de reeds gedane of bij Roche nog te realiseren aankopen contractueel waren voorzien.
- 103 Volgens verzoekster doet deze clause het de mededinging beperkende effect van de exclusiviteitsbedingen en de getrouwheidskortingen teniet.

Met name voor contracten waarin niet met zoveel woorden een exclusieve bevoorradingsverplichting is opgenomen, zou de Engelse clause de „werfkracht” der betrokken kortingen teniet doen; de afnemer zou zich niet meer voor de keus geplaatst zien om hetzij Roche's — minder voordelige — offertes te aanvaarden dan wel, voor alle reeds bij Roche gedane aankopen, de in uitzicht gestelde getrouwheidskortingen te verspelen.

- 104 Ontegenzeggelijk waar is dat deze clause bepaalde onbillijke consequenties kan verhelpen, welke voor de kopers verbonden zouden kunnen zijn aan voor betrekkelijk lange termijn aanvaarde exclusieve bevoorradingsverplichtingen dan wel aan, eveneens voor lange termijn voorziene globale getrouwheidskortingen,

Evenwel dient te worden opgemerkt dat de koper in mindere mate over de mogelijkheid beschikt de mededinging in zijn voordeel te laten werken dan prima vista het geval schijnt.

- 105 Daargelaten dat het in de contracten Guyomarc'h, Merck — B₆ —, Animedica International, Protector en Upjohn niet voorkomt, is het beding ook uitgewerkt in bepalingen welke de draagwijdte ervan beperken en het in feite

ruimschoots aan Roche overlaten te oordelen over de vraag of de afnemer het mag inroepen.

Volgens een aantal contracten moet het niet slechts om een aanbod van serieuze concurrenten gaan, doch ook van belangrijke concurrenten van het niveau van Roche zelf, dan wel om offertes welke zich, niet slechts wat de kwaliteit van het produkt, doch ook wat de continuïteit van het aanbod betreft, voor vergelijking lenen, hetgeen — langs de weg van uitschakeling van een gunstiger, doch incidenteel aanbod — de exclusiviteit versterkt.

Soms ook is bepaald dat het aanbod moet uitgaan van fabrikanten — met uitsluiting van brokers of handelsagenten —, waarmede — naar is gebleken bij het onderzoek naar de marktaandelen, waartoe partijen ten verzoeken van het Hof op contradictoire basis zijn overgegaan — niet-Europese concurrenten, die door tussenkomst van handelshuizen op de markt verschijnen, worden uitgeschakeld.

In een aantal contracten is de Engelse clause rechtstreeks in samenhang gebracht met Roche's verzekering in te staan voor de beste prijzen „op de plaatselijke markt”; de clause werkt slechts binnen deze begrenzing, hetgeen er niet slechts de draagwijdte van beperkt, doch tot een met de gemeenschappelijke markt onverenigbare opsplitsing van het marktgebied leidt.

106 Voorts maakt de Engelse clause geen einde aan de — uit de getrouwheidskortingen voortvloeiende — discriminatie tussen kopers die zich in dezelfde omstandigheden bevinden, te weten een discriminatie naar gelang zij zich al dan niet hun vrijheid van bevoorrading voorbehouden.

107 Vooral dient te worden opgemerkt dat de Engelse clause, zelfs in de meest gunstige omstandigheden, weinig kan uitrichten tegen de distorsie der mededinging waartoe exclusieve bevoorradingsclauses en getrouwheidskortingen leiden op een markt waar een onderneming met een machtspositie opereert, hetgeen op zichzelf de mededingsstructuur van die markt reeds verzwakt.

Waar zij de afnemers verplicht haar — met vermelding van voormelde bijzonderheden — op de hoogte te stellen van gunstiger offertes der mededinging, zodat het Roche gemakkelijk valt bedoelde concurrent op het spoor te komen, doet de Engelse clause als zodanig verzoekster reeds in het bezit

komen van — voor haar marktstrategie kostbare — gegevens betreffende de marktsituatie en de mogelijkheden en initiatieven harer concurrenten.

Dat de afnemers van een onderneming die een machtspositie inneemt, zich op verlangen van die onderneming contractueel verplichten haar op de hoogte te stellen van de offertes der mededinging — ofschoon zij er wellicht een duidelijk commercieel belang bij hebben zulks niet te doen —, maakt het misbruik der machtspositie nog te ernstiger.

Ten slotte brengt het mechanisme van de Engelse clause mede dat Roche zelf heeft uit te maken of zij — door haar prijzen aan te passen — de concurrentie speelruimte wil laten.

- 108 Dankzij de gegevens welke haar eigen afnemers haar verschaffen kan zij aldus, jegens die afnemers en jegens haar concurrenten, een gedifferentieerde marktstrategie volgen.

Uit een en ander volgt dat de Commissie aan artikel 86 van het Verdrag een juiste uitlegging — en toepassing — heeft gegeven, toen zij oordeelde dat de kwalificatie: misbruik van een machtspositie, de Engelse clauses ten spijt, op de omstreden contracten van toepassing was.

Afdeling 6: de maatstaven welke aan de omstreden contracten (die met Unilever en Merck uitgezonderd) zijn aangelegd

- 109 In contracten waarin met zoveel woorden een exclusieve verplichting tot dekking van alle behoeften van de kopers van vitaminen, dan wel van hun behoeften aan bepaalde met name genoemde groepen vitaminen (Afico, Dawe's, Organon, Provimi, Ralston Purina, Upjohn) dan wel voor een zeer hoog percentage dier behoeften (Animedica Duitsland, Animedica International, American Cyanamid, Guyomarc'h) is vastgelegd, zijn alle bestanddelen aanwezig van het hiervoor omschreven, als misbruik van een machtspositie te beschouwen anti-concurrentieel gedrag.

Hetzelfde geldt voor de contracten waarin de koper zich verbindt zijn bevoorrading voor het grootste gedeelte (major part, überwiegender Teil) aan Roche voor te behouden (Beecham, Pauls and Whites, Nitrovit, Isaac

Spencer, Ramikal en Trouw), te meer waar de minder stringente formulering bleek te worden gecorrigeerd door de toekenning van bepaaldelijk op zulk een corrigerend effect gerichte kortingen.

- 110 Hetzelfde moet worden gezegd voor zover van bepaalde contracten met een kortingsclausule als hiervoor besproken, bij alle twijfel over de vraag of er ondubbelzinnig een bevoorradingsverplichting in is omschreven, een sterke stimulans uitgaat om aan Roche de uitsluitende bevoorrading met vitaminen — dan wel met bepaalde groepen vitaminen — voor te behouden.

Terecht heeft de Commissie er (in de bestreden beschikking, nrs. 11 en 24) op gewezen dat dit stimulerend effect nog wordt versterkt door de omstandigheid dat de korting voor de gezamenlijke aankopen der tot de verschillende groepen behorende vitaminen is voorzien, zodat de koper, indien hij zich — in gevallen waarin de Engelse clausule, waarvan de draagwijdte hiervoor is besproken, geen toepassing vindt — voor een vitamine tot een concurrerende fabrikant mocht willen richten, daarvan wordt weerhouden omdat hij aldus de korting voor alle andere vitaminensoorten welke hij bij Roche blijft betrekken, zou verspelen.

- 111 Waar de verschillende vitaminegroepen, naar verzoekster én de Commissie toegeven, elkander niet kunnen substitueren en afzonderlijke markten vormen, is het voorts als een misbruik opleverende handelwijze in de zin van artikel 86, laatste alinea, te beschouwen wanneer het kortingsstelsel aldus over de gehele linie wordt toegepast, omdat ermee wordt beoogd „het sluiten van overeenkomsten afhankelijk [te stellen] . . . van het aanvaarden door de handelspartners van bijkomende prestaties, welke naar hun aard of volgens het handelsgebruik geen verband houden met het onderwerp van deze overeenkomsten”.

Ten slotte zij opgemerkt dat zelfs indien een koper zich bij niet-nakoming van zijn verplichting tot exclusieve bevoorrading niet aan maatregelen tot beëindiging van het contract blootgesteld mocht zien, doch alleen de in uitzicht gestelde kortingen mocht verspelen — zoals volgens Roche het geval was —, van bedoelde contracten nog altijd een zodanige prikkel uitging om aan Roche de exclusieve bevoorrading voor te behouden, dat er van misbruik van een machtspositie mocht worden gesproken.

Afdeling 7: de maatstaven welke aan de contracten met Merck en Unilever en Merck zijn aangelegd

a) de contracten met Merck

112 Met Merck heeft Roche drie contracten afgesloten: een contract van 5 juli 1971 voor Merck's bevoorrading met vitaminen B₆, een contract van 3 maart 1972 voor Merck's bevoorrading met vitaminen A en een contract van 3 maart 1972 voor Merck's bevoorrading met vitaminen E.

113 In de preambule van het eerste contract — betreffende een produkt waarvoor verzoeksters marktaandeel $\pm 80\%$ bedraagt — wordt gezegd dat „Roche binnenkort de capaciteit van haar produktie-installaties, momenteel ± 500 ton per jaar, gaat verdubbelen en er dus belang bij heeft Merck gedeeltelijk te bevoorraden”, alsook dat „Merck bereid [is] . . . zich op na te melden condities bij Roche te bevoorraden, voor zover haar behoeften haar tegenwoordige capaciteit van ± 200 ton per jaar te boven gaan”.

Volgens de artikelen 6 en 7 der overeenkomst is de door Merck te betalen leveringsprijs de prijs waartegen het produkt gemiddeld aan derden wordt verkocht, verminderd met een korting van 20 %, met dien verstande dat Roche jegens Merck in ieder geval de meest gunstige prijzen en/of condities zal toepassen”.

Volgens artikel 12 mag Roche bedoelde vitaminen niet zonder Roche's toestemming aan concurrenten van Roche doorverkopen.

In artikel 14 verbindt Roche zich alle door haar benodigde pyridoscal 5-fosforzure ester bij Merck te betrekken — en verbindt Merck zich die benodigdheden aan Roche te leveren — op dezelfde condities welke voor de bevoorrading van Merck met vitaminen B₆ zijn voorzien.

Het contract is volgens zijn artikel 13 aangegaan voor een tijdvak van vijf jaren, terwijl het telkens voor twee jaar stilzwijgend kan worden verlengd.

Het contract bevat geen „Engelse clausule”.

114 De beide andere, op 3 maart 1972 gedateerde contracten, Merck's bevoorrading met vitaminen A en E betreffende, vertonen, globaal gesproken, dezelfde trekken als het hiervoor besprokene.

Onderling verschillen zij in zoverre dat in de preambule van het contract voor vitaminen E wederom verklaard wordt dat „Roche binnenkort zijn pro-

duktie-installaties voor vitaminen E aanzienlijk moet vergroten en derhalve Merck's bevoorrading zou willen verzekeren", terwijl een zelfde verklaring in het contract betreffende vitaminen A niet is aan te treffen.

Anders dan in het contract van 5 juli 1971, is in de beide contracten van 3 maart 1972 geen wederkerige exclusieve bevoorrading voorzien; daarentegen bevatten zij een clause volgens welke Merck van haar exclusieve aankoopverplichting is vrijgesteld wanneer zij een gunstiger offerte ontvangt en Roche haar prijzen niet aanpast.

Ten slotte is het volgens beide contracten aan Merck verboden de onderwerpelijke vitaminen zonder toestemming van Roche aan Roche's concurrenten door te verkopen.

115

Uit een en ander blijkt dat de door Merck aanvaarde exclusieve bevoorradingsverplichtingen er, wat de vitaminen B₆ en E betreft, op gericht zijn aan Roche bij voorbaat een afzetmarkt te verzekeren voor een produktie welke uitbreiding was voorgenomen en althans een niet onaanzienlijk gedeelte van die additionele produktie tegen de ongewisheden der mededinging te vrijwaren.

Een dominerende onderneming die van een andere onderneming verlangt dat zij zich aldus — en voor zo lange duur — tot exclusieve afname verplicht, misbruikt haar positie in de zin van artikel 86 van het Verdrag.

Ook al komt deze bedoeling, wat vitaminen A betreft, niet tot uitdrukking — en al bestaat de mogelijkheid dat bedoeld contract tegemoet komt aan Merck's behoefte aan een geregelde en gelijkblijvende bevoorrading met een produkt dat zij zelf slechts in geringe hoeveelheden fabriceert — verschillende stringent geformuleerde technische bepalingen van het contract wijzen daarop —, het neemt niet weg dat een onderneming die een machtspositie inneemt, haar kopers niet door exclusieve bevoorradingsverplichtingen mag binden, met name niet voor langdurige perioden als in het contract zijn voorzien.

Uit de verplichting tot exclusieve bevoorrading, gevoegd bij de toekenning van zeer aanzienlijke kortingen, 12,5 à 20 % voor vitaminen A, 15 à 20 % voor vitaminen E en 20 % voor vitaminen B, en bij het verbod van doorverkoop aan vitaminefabrikanten, blijkt de wil de mededinging te beperken.

- 116 Opmerking verdient dat men zich in gevallen als het onderhavige, waarbij vooral te denken valt aan het contract van 5 juli 1971 met zijn wederkerige exclusieve bevoorradingsverplichtingen, kan afvragen of het hierbedoelde gedrag niet onder artikel 85 van het Verdrag — en met name lid 3 van dat artikel — valt.

Als zulke overeenkomsten onder artikel 85, en wel met name onder lid 3 van dat artikel, kunnen vallen, wil dat evenwel niet zeggen dat aan toepassing van artikel 86 — waarin met zoveel woorden sprake is van casusposities die ten duidelijkste hun oorsprong in contractuele betrekkingen vinden — niet kan worden gedacht. Het staat de Commissie derhalve vrij om, onder meer gelet op de aard der over en weer aangegane verbintenissen en de concurrentiepositie van de verschillende contractanten op de markt of markten waaraan zij deelnemen, een procedure krachtens artikel 85 dan wel een procedure krachtens artikel 86 aan te spannen.

b) de contracten met Unilever

- 117 Roche sloot op 9 januari 1974 met Unilever drie contracten.
- 118 Het eerste contract werd door Food Industries Ltd. — namens Unilever — afgesloten met Roche's dochtermaatschappij in het Verenigd Koninkrijk. Het geeft allereerst een schatting van de kopersbehoeften aan synthetische vitaminen A, type b, die voor het jaar 1974 worden geschat op 130-134 000 miljard (m.m.) internationale eenheden.

Voorts is bepaald dat het contract in 1975 zou worden verlengd, in verband waarmee de koper uiterlijk in december 1974 de schatting van zijn behoeften kenbaar zou maken.

Het tweede, tussen dezelfde partijen afgesloten contract, betreft leveringen van vitaminen A, niet behorende tot het type b, en bevat voor het overige dezelfde bedingen als eerstgenoemd contract.

Het derde contract werd rechtstreeks tussen Roche-Bazel en de Unilever Inkoop Mij. te Rotterdam afgesloten en hield in dat 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; Bêta-carotene (all forms) about 6 000 kg in 1974, between 5 400 kg and 6 600 kg in 1975”.

- 119 In de drie contracten zijn de overeengekomen prijzen vastgelegd, terwijl er, wat de contracten met Food Industries Ltd. betreft, een wisselclausule in is opgenomen.

Kortingen zijn in die drie contracten niet voorzien, maar in de beide contracten met Food Industries geeft Roche de verzekering dat zij aan Unilever iedere gunstiger prijs welke zij aan derden zal toestaan, in rekening zal brengen, terwijl in het contract voor het continent een bepaling is opgenomen volgens welke Roche, wanneer Unilever van de concurrentie gunstiger offertes mocht ontvangen, met die offertes zal meegaan dan wel de koper zal machtigen de betrokken hoeveelheid bij de concurrentie te kopen.

- 120 De bewoordingen van de contracten laten er geen twijfel over bestaan dat zij, wat de betrokken vitamines betreft, voor een periode welke de jaren 1974 en 1975 omspant, op een volledige bevoorrading van Unilever zijn gericht.

Waar het ten deze gaat om contracten waarin een formele verbintenis tot exclusieve bevoorrading is opgenomen, geeft de vraag of er bovendien kortingen zijn toegekend, bij hun toetsing aan artikel 86 van het Verdrag niet de doorslag.

Dat Roche's wederpartij zelf een machtige onderneming is en dat het contract kennelijk niet als het gevolg van door Roche op de wederpartij uitgeoefende druk is te beschouwen, wil niet zeggen dat er van misbruik van een machtspositie niet kan worden gesproken; bedoeld misbruik is in casu gelegen in de omstandigheid dat aan de mededingingsstructuur van een markt waar de concurrentie ten gevolge van de aanwezigheid van een dominerende onderneming toch al verflauwde, langs de weg van exclusieve bevoorrading nog meer afbreuk wordt gedaan.

Slechts in het kader van artikel 85, lid 3, van het Verdrag — en op de aldaar gestelde voorwaarden — zouden overeenkomsten als hier bedoeld eventueel kunnen worden aanvaard, doch geen van beide partijen heeft gemeend die weg te moeten bewandelen.

- 121 Bij onderzoek naar de omstreden contracten, zoals die zowel met Merck als met Unilever zijn aangegaan, is niet gebleken van bijzonderheden op grond waarvan de term misbruik — zoals die in beginsel geldt voor iedere exclusieve bevoorradingsverplichting, aangegaan ten behoeve van een onderneming die een machtspositie inneemt — er niet op van toepassing zou zijn.

III — De ongunstige beïnvloeding van de mededinging en van de handel tussen Lid-Staten

- 122 Verzoekster betwist dat de op al of niet aanvaarding van exclusieve bevoorradings berustende en langs de weg van getrouwheidskortingen gerealiseerde differentiatie van de prijzen welke zij haar verschillende afnemers in rekening brengt, hun een mededingingsnadeel kan berokkenen als bedoeld in artikel 86, letter c, van het Verdrag, stellende dat bedoeld verschil de mededinging welke Roche's kopers elkander aandoen, niet merkbaar kan beïnvloeden.

In haar conclusie van repliek schijnt zij zich voorts op het standpunt te stellen dat het haar verweten gedrag de handel tussen de Lid-Staten niet kan belemmeren.

- 123 Met betrekking tot het eerste argument zij opgemerkt dat uit de bewoordingen der litigieuze contracten zo goed als uit de beschouwingen die in de Managers Informations en in het verslag van de ontmoeting Unilever-Roche, te Londen op 11 december 1972 gehouden, zijn te vinden, duidelijk blijkt welk belang Roche zelf aan de door haar toegestane kortingen toekent.

Het is dan ook onaannemelijk dat bedoelde kortingen voor de afnemers van geen enkel belang zijn.

Voorts gaat het in artikel 86 om gedragingen van een dominerende onderneming op een markt waar haar enkele aanwezigheid de mededingingsstructuur heeft doen verflauwen, zodat iedere verdere aantasting van die mededingingsstructuur misbruik van een machtspositie kan opleveren.

- 124 Wat de benadeling van de handel tussen Lid-Staten betreft, om te beginnen staat vast dat de markt voor de verschillende in aanmerking genomen vitamiensoorten het gehele, aanvankelijk zes en nadien negen Lid-Staten omvattende grondgebied van de Gemeenschap omspannt.

- 125 Bij de uitlegging en toepassing van de verboden welke in de artikelen 85 en 86 van het Verdrag zijn neergelegd, dient men zich te laten leiden door artikel 3, letter f, volgens hetwelk de activiteit van de Gemeenschap de invoering omvat van een regime waardoor wordt gewaarborgd dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt niet wordt vervalst, alsook door artikel 2 van het Verdrag, waarin aan de Gemeenschap wordt opgedragen „de harmonische ontwikkeling van de economische activiteiten binnen de gehele Gemeenschap” te bevorderen.

Waar artikel 86 misbruik van een machtspositie op de markt verbiedt, voor zover de handel tussen Lid-Staten daardoor ongunstig kan worden beïnvloed, heeft het niet slechts gedragingen op het oog welke de verbruikers rechtstreeks nadeel kunnen berokkenen, doch ook gedragingen welke hen — door aantasting van een structuur van daadwerkelijke mededinging, als bedoeld in artikel 3, letter f, van het Verdrag — indirect benadelen.

126 Voorts leidden een aantal „Engelse clauses”, reeds door de wijze waarop zij zijn geredigeerd, ertoe dat de opsplitsing der markten wordt gehandhaafd, en wel met name doordat er van Lid-Staat tot Lid-Staat verschillende prijzen kunnen worden berekend, zoals ook blijkt uit de reeds besproken omstandigheid dat de prijzen voor een en dezelfde vitaminensoort zich in een zelfde tijdvak van Lid-Staat tot Lid-Staat heel verschillend hebben ontwikkeld.

127 Een en ander leidt tot de slotsom dat de omstreden gedragingen zowel de mededinging als de handel tussen Lid-Staten ongunstig konden beïnvloeden.

Vierde middel: De geldboete

a) de vaagheid der sanctievoorschriften

128 Verzoekster betoogt dat de Commissie, gezien de vaagheid en de onbepaaldheid van de termen „machtspositie” en „misbruik” (sc. van zulk een positie), zoals die in artikel 86 van het Verdrag worden gebezigd, haar wegens overtreding van die bepaling slechts had kunnen beboeten nadat bedoelde termen, hetzij in de administratieve praktijk, hetzij in de jurisprudentie, in zoverre nader waren uitgelegd dat de justitiabelen wisten waaraan zij zich te houden hadden.

129 Volgens artikel 87 van het Verdrag had de Raad, met name om „de nakoming van de in artikel 85, lid 1, en in artikel 86 bedoelde verbodsbepalingen te verzekeren door de instelling van geldboeten en dwangsommen” de nodige voorschriften vast te stellen.

Ter uitvoering van deze bepaling heeft de Raad verordening nr. 17 van 6 februari 1962 vastgesteld. Volgens welker artikel 15, lid 2, de Commissie bij beschikking aan ondernemingen of ondernemersverenigingen geldboeten van

een in het artikel vastgesteld maximum kan opleggen, wanneer zij opzettelijk of uit onachtzaamheid inbreuk maken op artikel 85, lid 1, of artikel 86 van het Verdrag.

Anderzijds kan de Commissie krachtens artikel 2 van die zelfde verordening „op verzoek van de betrokken ondernemingen of ondernemersverenigingen . . . vaststellen dat, op grond van de gegevens die haar bekend zijn, voor haar geen aanleiding bestaat tegen een overeenkomst, besluit of gedraging krachtens artikel 85, lid 1, of artikel 86 van het Verdrag op te treden”.

- 130 Zo wisten de ondernemingen sinds 1962 enerzijds dat zij zich bij schending van de verbodsbepalingen van artikel 86 aan de oplegging van geldboeten blootstelden, anderzijds dat zij zich, dankzij een daartoe bepaaldelijk voorziene procedure, omtrent het toepassingsgebied van die verbodsbepalingen, voor zover hen betreft, konden doen voorlichten.

Voorts waren deze verbodsbepalingen en de voorwaarden welke voor hun toepassing moeten zijn vervuld, ondanks de uiteraard algemeen gehouden bewoordingen van artikel 86, niet zo onbepaald en onvoorzienbaar als verzoekster doet voorkomen.

- 131 In het door de Commissie met het oog op de vaststelling van de geldboete aangehouden tijdvak 1970-1974 was artikel 86 van het Verdrag, zoals het tot dan toe was toegepast, stellig wel zo bepaald dat Roche zich ernaar kon gedragen — waarbij zowel aan de door Roche ingenomen machtspositie als aan de haar verweten gedragingen valt te denken —.
- 132 Waar in artikel 86 van een machtspositie wordt gesproken en misbruik van zulk een positie wordt verboden, vormt het, systematisch gezien, een geheel met een aantal andere bepalingen, die tezamen op vestiging van een daadwerkelijke, onvervalste mededinging — op een markt welke de kenmerken van een eenheidsmarkt vertoont — gericht zijn, zoals de artikelen 3, letter f, 37, lid 1, 40, lid 3, tweede alinea, 85 en 90 van het Verdrag.

Voorts worden er, waar in artikel 86 van een „machtspositie” en van „misbruik” wordt gesproken, geen nieuwe termen gebezigd, doch termen die in de praktijk van de gezagsorganen die in de meeste Lid-Statens met de con-

trole en bestrijding van anti-concurrentiële gedragingen belast zijn, in wezenlijke mate reeds werden geconcretiseerd.

- 133 Het lijkt, met name wat de term machtspositie betreft, voor een met overleg te werk gaande ondernemer geen twijfel dat het bezit van belangrijke markt-aandelen, ofschoon het ter bepaling van de vraag of er van een machtspositie sprake is niet in alle gevallen de doorslag behoeft te geven, ten deze nochtans van zodanig belang is dat hij, wat zijn eventueel marktgedrag betreft, noodzakelijkerwijze rekening mee heeft te houden.

Zo gezien, kon er bij Roche, in ieder geval voor de meeste der betrokken markten, omtrent de draagwijdte van artikel 86 geen ongewisheid of zelfs redelijke twijfel bestaan.

- 134 Ten aanzien van de verenigbaarheid der getrouwheidskortingen met het verbod van artikel 86 zij gewezen op de ervaring welke een onderneming van verzoeksters omvang, werkzaam op het gehele gemeenschappelijke marktgebied, moest hebben opgedaan met de gedragslijn van de gezagsorganen die in de Lid-Staten met de toepassing van het mededingingsrecht belast zijn, terwijl de scherp omlijnde bepalingen van artikel 86, letter b — betreffende de beperking van de afzet —, van artikel 86, letter d — volgens hetwelk het sluiten van overeenkomsten niet afhankelijk mag worden gesteld van het aanvaarden — door de handelspartners — van toekomstige prestaties, geen verband houdende met het onderwerp der overeenkomsten — en met name van artikel 86, letter c, inzake het toepassen — ten opzichte van handelspartners — van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties, de toepassing van deze bepaling op een exclusief bevoorradings- en kortingssysteem als door verzoekster opgezet, niet onvoorzienbaar deed zijn.

Integendeel: een waakzaam ondernemer had de mogelijkheid, zo niet de waarschijnlijkheid van die toepassing in zijn overwegingen dienen te betrekken, terwijl artikel 2 van verordening nr. 17 hem de mogelijkheid bood zich voor alle zekerheid te doen voorlichten over de wijze waarop artikel 86 in twijfelachtige gevallen zou worden toegepast; verzoekster heeft het evenwel niet nodig geacht zich aldus de rechtszekerheid welke haar zou zijn onthouden, te verschaffen.

- 135 Ten slotte doet verzoekster een beroep op de beschikking van de Commissie van 5 december 1969 (PB nr. L 323, blz. 21) betreffende een procedure krachtens artikel 85 van het EEG-Verdrag (IV-24.470-1, Pirelli/Dunlop), waaraan zij afleest dat overeenkomsten waarbij partijen zich wederkerig tot

exclusieve bevoorrading verplichten, kunnen worden aanvaard als er maar een Engelse clause in is opgenomen.

- 136 In bedoelde beschikking ging het om een overeenkomst krachtens welke twee geen machtspositie op de markt innemende ondernemingen voor elkan- ders rekening zouden overgaan tot de vervaardiging van luchtbanden; de overeenkomst was bedoeld om elk van beide partijen de toegang tot elkan- ders markten te vergemakkelijken.

Bovendien was er in de prijsaanpassingsclause in de overeenkomst Dunlop/ Pirelli geen sprake van de talrijke restricties en modaliteiten die men in de omstreden contracten aantreft — en die de draagwijdte der clause in sterke mate inperken.

Een onderneming die een machtspositie innam, kon het er redelijkerwijze niet voor houden dat een onder die omstandigheden afgegeven negatieve ver- klaring voor de rechtvaardiging van haar eigen gedrag — in verband met artikel 86 — als precedent kon worden gebruikt.

- 137 Uit een en ander volgt dat het middel, ontleend aan de onbepaaldheid der in artikel 86 gebezigde termen, moet worden verworpen.

b) de toepassing van artikel 15 van verordening nr. 17

- 138 Verzoekster betoogt voorts dat uit het gehele dossier, alsook uit haar gedrag, blijkt dat zij niet kan worden geacht opzettelijk of uit onachtzaamheid te hebben gehandeld, nu zij enerzijds meende op de betrokken markten geen machtspositie in te nemen en anderzijds de omstreden contracten met artikel 86 verenigbaar heeft geacht.

- 139 De in de Management Informations en andere interne stukken te vinden aan- wijzingen en instructies betreffende het belang van exclusieve leveringsafspraken en van een stelsel van getrouwheidskortingen, alsook betreffende de ge- volgen welke daarvan voor de handhaving van Roche's marktaandelen mocht- en worden verwacht, bewijzen dat verzoekster willens en wetens een han- delsbeleid gevolgd heeft dat erop gericht was nieuwe concurrenten de toe- gang tot de markten te versperren.

Dat het aantal contracten waarbij de wederpartij tot exclusieve levering ver- plicht of gestimuleerd werd zich sinds 1970 heeft verveelvoudigd, wijst ook op bedoeld opzet.

Anderzijds waren verzoeksters marktaandeelen, althans voor het merendeel der vitaminengroepen, zo omvangrijk dat slechts onvoldoende bestudering van de structuur der markten waarop zij optrad of een weigering die structuren in haar overwegingen te betrekken, bij haar de overtuiging kon doen post vatten dat zij geen machtspositie innam.

De voorwaarden voor de toepassing van artikel 15 van verordening nr. 17 waren derhalve vervuld.

c) het bedrag van de geldboete

- 140 Het onderzoek van de zaak heeft evenwel geleerd dat de Commissie de vraag of verzoekster op de markt voor vitaminen van de groep B₃ een machtspositie innam, onjuist heeft beoordeeld.

En alleen voor de jaren 1972, 1973, 1974 en — tot op zekere hoogte — 1971, heeft de Commissie nauwkeurige gegevens verstrekt ter beoordeling of er sprake was van marktaandeelen die het bestaan van een machtspositie aantonen; met het oog op de vaststelling van het boetebedrag zal de in aanmerking te nemen duur van de inbreuk dan ook tot minder dan de door de Commissie in aanmerking genomen vijf jaren, namelijk tot iets meer dan drie jaren moeten worden teruggebracht.

Voorts staat vast dat Roche zich sinds de aanvang van de administratieve procedure bereid verklaard heeft de omstreden contracten te wijzigen en daartoe ook — in overleg met de diensten der Commissie — is overgegaan.

- 141 Op grond van een en ander zou het boetebedrag moeten worden verlaagd; het Hof acht termen aanwezig het op 200 000 rekeneenheden, ofwel DM 732 000 te stellen — met verwerping van het beroep voor het overige —.

Kosten

- 142 Volgens artikel 69, paragraaf 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij desgevorderd in de kosten verwezen.

Volgens paragraaf 3 van dat artikel kan het Hof de proceskosten geheel of gedeeltelijk compenseren, indien partijen onderscheidenlijk op een of meer punten in het ongelijk worden gesteld, en voorts wegens bijzondere redenen.

Aangezien elk van beide partijen op bepaalde punten in het ongelijk gesteld werd, zijn termen tot compensatie aanwezig.

HET HOF VAN JUSTITIE,

uitspraak doende:

1. Verlaagt het bedrag van de geldboete, opgelegd aan de firma Hoffmann-La Roche AG en in artikel 3, eerste alinea, van de beschikking (IV-29.020) van de Commissie van 9 juni 1976 op 300 000 rekeneenheden of DM 1 098 000 vastgesteld, tot 200 000 rekeneenheden ofwel DM 732 000.
2. Verwerpt het beroep voor het overige.
3. Compenseert de proceskosten.

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

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op dertien februari negentienhonderdnegenenzeventig.

De griffier
A. Van Houtte

De president
H. Kutscher

INHOUDSOPGAVE

De feiten

I — De feiten en het procesverloop: analyse van de bestreden beschikking	465
A — Structuur van de vitaminenmarkt	465
B — Verzoeksters gedrag	467
C — Verzoeksters machtspositie	467
D — Het misbruik	468
E — De geldboete	468
II — Conclusies van partijen	469
III — Middelen en argumenten van partijen	469
Eerste middel: Schending van het algemeen beginsel van precisering van sanctiebe- palingen	469
Tweede middel: Schending van procedureregelen (fair trial)	471
Derde middel: Schending van artikel 18 van verordening nr. 17	474
Vierde middel: Schending van artikel 86, foutieve uitlegging, toepassing van de termen machtspositie en misbruik	475
A — Machtspositie	475
I. Bespreking van de door de Commissie gegeven analyse van de markt- structuur	475
1. Roche's marktaandelen	475
2. Het aangeboden vitaminenassortiment	475
3. Het feit dat Roche de grootste fabrikant ter wereld is en dat haar omzet die van alle producenten tezamen overtreft	475
4. Het aantal concurrenten	475
5. De technologische voorsprong	475
6. Het commerciële net	475
7. De potentiële concurrentie	475
8. De toegang tot de bevoorradingsmarkten	476
II. Bespreking van verzoeksters marktgedrag en de daaraan verbonden ge- volgen	487
	559

B — Afwezigheid van misbruik	493
I. Feitelijke omstandigheden	493
II. De Engelse clause	495
III. Misbruik opleverende werking van exclusiviteit	497
IV. Discriminatie	500
Vijfde middel: Schending van artikel 15 van verordening nr. 17 door artikel 3 van de bestreden beschikking	500
IV — Antwoorden van partijen op de door het Hof gestelde vragen	502
A — De door het Hof gevraagde stukken	502
B — Antwoorden betreffende de marktaandelen	502
C — Antwoorden betreffende de litigieuze contracten en hun uitwerking op de mededinging	507
V — Mondelinge behandeling	508

In rechte

Probleemstelling	508
Eerste middel: Schending van het beginsel van de welbepaaldheid en voorzienbaarheid van sanctiebepalingen	510
Tweede middel: Tijdens de administratieve procedure begane onregelmatigheden	510
Derde middel: Schending van artikel 86 van het Verdrag	514
I — Het bestaan van een machtspositie	514
Afdeling 1: de afbakening der betrokken markten	514
Afdeling 2: de structuur der betrokken markten	517
Afdeling 3: de vraag in hoeverre de indicaties waaruit de Commissie het bestaan van een machtspositie afleidt, significant zijn	519
Afdeling 4: de op de onderscheiden vitaminengroepen toegepaste criteria	525
a) vitaminen A	525
b) vitaminen B ₂	526
c) vitaminen B ₃	527
d) vitaminen B ₆	528
e) vitaminen C	529
f) vitaminen E	530
g) vitaminen H	531
h) slotsom	531
Afdeling 5: verzoeksters marktgedrag	531

II — Misbruik van een machtspositie	535
Afdeling 1: preliminaire overwegingen	535
Afdeling 2: analyse der omstreden contracten	538
Afdeling 3: de vraag hoe de exclusieve bevoorradingsverplichtingen en de kortingsstelsels, getoetst aan artikel 86 van het Verdrag, moeten worden gekwalificeerd	539
Afdeling 4: de aard der omstreden kortingen	541
a) contracten, volgens welke er een uniform kortingspercentage zou worden toegepast	541
b) contracten waarin progressieve kortingen voorzien zijn	542
Afdeling 5: de Engelse clausule	544
Afdeling 6: de maatstaven welke aan de omstreden contracten (die met Unilever en Merck uitgezonderd) zijn aangelegd	546
Afdeling 7: de maatstaven welke aan de contracten met Unilever en Merck zijn aangelegd	548
a) de contracten met Merck	548
b) de contracten met Unilever	550
III — De ongunstige beïnvloeding van de mededinging en van de handel tussen Lid-Staten	552
Vierde middel: De geldboete	553
a) De vaagheid der sanctievoorschriften	553
b) de toepassing van artikel 15 van verordening nr. 17	556
c) het bedrag van de geldboete	557
Kosten	557