

DOMSTOLENS DOM
av den 13 februari 1979 *

Mål 85/76

Hoffmann-La Roche & Co. AG, Basel, företrätt av advokaterna A. Deringer och J. Sedemund, Köln, med delgivningsadress i Luxemburg hos advokat Arendt, boîte postale 39,

sökande,

mot

Europeiska gemenskapernas kommission, Bryssel, företrädd av juridiske rådgivaren E. Zimmermann, med delgivningsadress i Luxemburg hos Mario Cervino, Bâtiment Monnet, Kirchberg,

svarande.

Talan avser ogiltigförklaring av kommissionens beslut av den 9 juni 1976 i ett förfarande för tillämpning av artikel 86 i EEG-fördraget (IV/29.020 – vitaminer).

DOMSTOLEN

sammansatt av ordföranden H. Kutscher, avdelningsordförandena J. Mertens de Wilmars och Mackenzie Stuart samt domarna A. Donner, P. Pescatore, M. Sørensen, A. O'Keefe, G. Bosco och A. Touffait,

generaladvokat: G. Reischl,
justitiesekreterare: A. Van Houtte,

meddelar följande

* Rättegångsspråk: tyska.

dom

DOMSKÄL

1 Genom den talan som väcktes den 27 augusti 1976 av det schweiziska bolaget Hoffmann-La Roche & Co. AG (hädanefter Roche) med säte i Basel, har i första hand yrkats ogiltigförklaring av kommissionens beslut (IV/29.020 - vitaminer) av den 9 juni 1976 i ett förfarande för tillämpning av artikel 86 i EEG-fördraget, vilket beslut delgavs sökanden den 14 juni 1976 och kungjordes i Europeiska gemenskapernas officiella tidning, nr L 223 av den 16 augusti 1976 (fransk version; vid översättningen fanns ingen svensk version att tillgå); i andra hand har yrkats ogiltigförklaring av artikel 3 i det nämnda beslutet, enligt vilken sökanden ålagts böter med 300 000 beräkningsenheter eller 1 098 000 tyska mark.

2 I beslutet slogs fast att Roche på marknaderna för vitamin A, B₂, B₃ (pantotensyra), B₆, C, E och H (biotin) hade en dominerande ställning på den gemensamma marknaden i den mening som avses i artikel 86 i fördraget och att Roche brutit mot denna artikel och missbrukat sin dominerande ställning genom att från och med 1964, men framförallt mellan 1970 och 1974, med 22 köpare av dessa vitaminer ha ingått avtal som för köparna innebar en förpliktelse eller, genom användandet av trohetsrabatter, ett incitament att uteslutande eller företrädesvis hos Roche täcka hela eller en väsentlig del av sitt behov av vitaminer (artikel 1 i beslutet).

I samma beslut ålades Roche att omedelbart upphöra med överträdelsen (artikel 2) och att erlägga böter i enlighet med vad som angetts ovan (artikel 3).

3 Till stöd för sin talan har sökanden anfört följande grunder:

- *Första grunden:* Det överklagade beslutet strider mot de grundläggande principerna att regler om påföljd skall vara bestämda till sin karaktär och förutsebara.
- *Andra grunden:* Det överklagade beslutet är behäftat med flera formfel på grund av brister i det administrativa förfarande som föregick beslutet.
- *Tredje grunden:* Det överklagade beslutet strider mot artikel 86 i EEG-fördraget, eftersom kommissionen gjorde en felaktig tolkning

och i vart fall en felaktig tillämpning av begreppen dominerande ställning och missbruk av en dominerande ställning som kan påverka handeln mellan medlemsstaterna, genom att slå fast att Roche hade en sådan ställning och genom att betrakta de omtvistade avtalen som ett uttryck för ett sådant missbruk.

- *Fjärde grunden:* Det överklagade beslutet strider mot artikel 15.2 i rådets förordning nr 17 av den 6 februari 1962 (EGT nr 13, s. 204, fransk version; svensk specialutgåva del 08, volym 01) genom att Roche i beslutet ålades böter, eftersom de påstådda överträdelseerna, om de kan konstateras, varken begicks uppsåtligen eller av oaktsamhet.

Sökanden åberopade ursprungligen även att det överklagade beslutet stred mot artikel 18 i rådets förordning nr 17 av den 6 februari 1962 och mot budgetförordning nr 68/313 av den 30 juli 1968 (EGT nr L 199, s. 1, fransk version; vid översättningen fanns ingen svensk version att tillgå) genom att bötesbeloppet omräknades till tyska mark, men har under förfarandets gång förklarat sig avstå från att åberopa denna grund. Prövningen skall därför endast avse de fyra ovan nämnda grunderna.

Första grunden: Överträdelse av principen att regler om påföljd skall vara bestämda till sin karaktär och förutsebara

- 4 Enligt sökanden måste begreppen dominerande ställning och missbruk av en sådan ställning i artikel 86 i EEG-fördraget räknas till de mest obestämda och oklara begreppen i såväl gemenskapsrätten som medlemsstaternas nationella rätt. Således följer det av den grundläggande rättsprincipen "nullum crimen, nulla poena sine lege" att kommissionen får ålägga de påföljder som föreskrivs vid överträdelse av denna bestämmelse först sedan dessa begrepp har blivit så konkretiserade genom myndighetspraxis eller rättspraxis att företagen vet vad de har att rätta sig efter.
- 5 Sökanden har emellertid inte bestritt kommissionens behörighet att tolka och förtydliga dessa begrepp i de beslut som den riktar till företagen, utan endast behörigheten att ålägga påföljder så länge som dessa begrepp, såsom i förevarande fall, inte har preciserats.
- 6 Härav följer att denna grund uteslutande berör de ålagda böterna och därför bör prövas samtidigt med de övriga invändningarna mot åläggandet av dessa.

Andra grunden: Det administrativa förfarandets brister.

- 7 Sökanden gjorde i sin ansökan i detta avseende i första hand gällande att det ex officio-förfarande som kommissionen inledde mot sökanden med tillämpning av artiklarna 3 och 15 i rådets förordning nr 17, inleddes med stöd av handlingar som var avsedda för sökandens interna bruk och som rättsstridigt kommit i kommissionens besittning.

Sökanden har emellertid under såväl det skriftliga som det muntliga förfarandet vid domstolen förklarat sig avstå från denna grund och har själv tillfört akten bl. a. de handlingar som enligt dess tidigare åsikt hade kommit till rättsstridig användning av kommissionen.

Under dessa förhållanden kan den grunden lämnas utan beaktande, eftersom domstolen inte finner anledning att pröva den på eget initiativ.

- 8 Sökanden har i andra hand hävdatt att kommissionen i det överklagade beslutet tagit hänsyn till handlingar som inte redovisades under det administrativa förfarandet och till bevis som kommissionen vägrade sökanden att ta del av med hänvisning till sin skyldighet att ta hänsyn till skyddet av affärshemligheter.

Sökanden har därvid främst avsett de handlingar som återropades under punkt 12 i det överklagade beslutet, dvs. fyra interna cirkulär från Roche som enligt beslutet var daterade i september 1970 (rätteligen den 8 september 1972), i december 1970, i maj 1971 (rätteligen mitten av augusti 1971) och i augusti 1971 samt en redogörelse från European Bulk Managers Meeting den 12 och 13 oktober 1971 (rätteligen den 12 och 13 oktober 1972).

Sökanden har dessutom avsett dels de bevis som kommissionen inhämtade från andra vitamintillverkare och som låg till grund för kommissionens beräkning av Roches marknadsandelar, dels de upplysningar som kommissionen efter begäran erhöll från sökandens kunder för att kunna slå fast huruvida de avtal vars ingående enligt kommissionens mening utgjorde missbruk av en dominerande ställning hade begränsande inverkan på konkurrensen och handeln mellan medlemsstaterna.

- 9 Det är en grundläggande gemenskapsrättslig princip att rätten till försvar skall iaktas i varje förfarande som kan leda till påföljder, särskilt böter eller viten. Denna princip skall iaktas även i förfaranden av administrativ karaktär.

Med tillämpning av denna princip är kommissionen i enlighet med artikel 19.1 i rådets förordning nr 17 skyldig att innan den fattar beslut om böter lämna dem som berörs av beslutet tillfälle att yttra sig över anmärkningarna mot dem.

Dessutom föreskrivs i artikel 4 i kommissionens förordning nr 99/63 av den 25 juli 1963 (EGT s. 2268, fransk version; svensk specialutgåva del 08, volym 01) om sådana förhör som avses i artikel 19 i förordning nr 17, att kommissionen i sina beslut endast skall ta upp sådana anmärkningar mot företag och företagssammanslutningar beträffande vilka dessa har haft tillfälle att yttra sig.

- 10 Domstolen har visserligen i en dom av den 15 juli 1970 (mål 45/69 Boehringer, Rec. s. 769) slagit fast att vad gäller kravet att anmärkningar skall delges – det första ledet i det administrativa förfarandet – är det tillräckligt att ett sådant meddelande, om än summariskt, klart anger de väsentliga omständigheter som kommissionen stöder sig på. Detta gäller dock endast under förutsättning att kommissionen "under det administrativa förfarandet tillhandahåller de för försvaret nödvändiga uppgifterna".
- 11 Det följer således såväl av de ovan angivna bestämmelserna som av den allmänna princip som bestämmelserna innebär en tillämpning av, att iakttagandet av rätten till försvar medför ett krav på att det berörda företaget under loppet av det administrativa förfarandet har lämnats tillfälle att på ett tillfredsställande sätt få yttra sig om riktigheten och relevansen hos de omständigheter och handlingar som ligger till grund för kommissionens påstående om att överträdelse av artikel 86 i fördraget har skett.
- 12 Kommissionen har inte bestritt att den, eftersom den ansåg sig skyldig att skydda affärshemligheter, vägrade att tillstålla Roche de uppgifter som den inhämtade från detta företags konkurrenter eller kunder och som låg till grund för bl. a. beräkningen av marknadsandelarna och bedömningen av de omtvistade avtalens konkurrensbegränsande karaktär.
- 13 I artikel 20.2 i förordning nr 17 föreskrivs visserligen att "utan att det påverkar tillämpningen av artiklarna 19 och 21 får kommissionen och medlemsstaternas behöriga myndigheter samt dessas tjänstemän och övriga anställda inte röja upplysningar som de har inhämtat med stöd av denna förordning och som är av sådant slag att de omfattas av sekretess". Denna regel måste dock förenas med hänsynen till rätten till försvar, vilket bekräftas av den uttryckliga hänvisningen till artikel 19.

14 Artikel 20 lämnar de företag från vilka upplysningar inhämtas en garanti för att deras intressen att bevara affärshemligheter skyddas och ger kommissionen möjlighet att i så stor utsträckning som möjligt inhämta de upplysningar som är nödvändiga för att den skall kunna utföra sina uppgifter enligt artiklarna 85 och 86 i fördraget utan att företagen har möjlighet att vägra den detta. Bestämmelsen innebär emellertid inte ett bemyndigande för kommissionen att genom ett sådant förfarande som avses i förordning nr 17 gentemot det berörda företaget åberopa faktiska förhållanden, andra omständigheter eller handlingar som kommissionen inte anser sig kunna röja, om vägran att röja dessa påverkar möjligheten för företaget i fråga att på ett tillfredsställande sätt kunna yttra sig om riktigheten eller räckvidden av dessa omständigheter eller handlingar eller om de slutsatser som kommissionen drar med hjälp av dessa.

15 Om emellertid brister av denna art faktiskt avhjälpas under förfarandet vid EG-domstolen behöver de inte nödvändigtvis medföra att det överklagade beslutet ogiltigförklaras, såvida inte rätten till försvar påverkats trots avhjälpandet i efterhand.

16 De handlingar som sökanden åsyftar är i första hand de som kommissionen tog hänsyn till under punkt 12 i det överklagade beslutet, dvs. de handlingar beträffande vilka sökanden först kritiserat sättet på vilket de kommit i kommissionens besittning men därefter själv tillfört domstolens akt, så att de har kunnat bli och också blivit föremål för en kontradiktorisk förhandling.

Vad därefter angår de upplysningar som legat till grund för kommissionens bedömning av marknadsandelarna och granskning av de omtvistade avtalens verkningar, har parterna under det skriftliga förfarandet på begäran av domstolen utbytt upplysningar som resulterat i en gemensam handling. Av denna framgår att kommissionen för samtliga vitaminer i fråga har redovisat grunderna för sin beräkning av de värdemässiga marknadsandelarna för åren 1972, 1973 och 1974, så att Roche på grundval av de försäljningssiffror som i de av kommissionen ingivna handlingarna tillskrivits vissa konkurrenter har kunnat beräkna sina marknadsandelar i förhållande till de försålda kvantiteterna.

17 Parterna har således kunnat enas om en beräkning av marknadsandelarnas storlek såvitt avser både kvantitet och värde – men däremot inte om vilket av dessa två kriterier som är det avgörande – för vitaminerna A, B₃ och H samt även för vitaminerna C och E, vad beträffar de senare dock med förbehåll för avgränsningen av den relevanta marknaden mot bakgrund av dessa två vitaminers utbytbarhet med andra produkter inom vissa användningsområden.

Således är det endast marknadsandelarna för vitaminerna B₂ och B₆ som fortfarande är tvistiga.

- 18 Slutligen har kommissionen under det skriftliga förfarandet på begäran av domstolen även gett in protokollet från det möte mellan Roche och Unilever som anges under punkt 3 i det överklagade beslutet samt kommissionens tjänstemannarapporter från utförda undersökningar hos vissa av de kunder med vilka Roche ingick de omtvistade avtalen eller, såvitt avser de företag som önskade förbli anonyma, ett sammandrag av dessa rapporter.
- 19 Under dessa förhållanden kan den av sökanden åberopade grunden att rätten till försvar kränkts numera inte godtas.

Tredje grunden: Åsidosättande av artikel 86 i fördraget

- 20 Enligt sökanden handlade kommissionen i strid med artikel 86 i fördraget i följande avseenden:

- I. I det överklagade beslutet görs den oriktiga bedömningen att sökanden har en dominerande ställning, tolkas detta begrepp felaktigt och tillämpas begreppet felaktigt i förevarande fall, särskilt vad gäller beräkningen och relevansen av såväl marknadsandelarna som de andra omständigheterna som tas upp som indicier på att den påstådda dominerande ställningen föreligger.
- II. I det överklagade beslutet görs den under alla omständigheter felaktiga bedömningen att sökanden missbrukade en dominerande ställning, eftersom kommissionen gjorde en felaktig analys av såväl de ingångna avtal som enligt kommissionens mening utgör missbruk som av dessa avtals konkurrensbegränsande verkningar.
- III. I det överklagade beslutet görs den felaktiga bedömningen att sökandens beteende kunde på ett märkbart sätt påverka handeln mellan medlemsstater.

I — Frågan om förekomsten av en dominerande ställning

Avsnitt 1: Avgränsningen av de relevanta marknaderna

- 21 För att avgöra om Roche har en sådan dominerande ställning som påstås,

bör en avgränsning av de relevanta marknaderna göras såväl geografiskt som produktmässigt.

- 22 Den geografiska marknad som beaktats omfattar, i enlighet med vad som framgår under punkt 3 och 6 i det överklagade beslutet, den gemensamma marknaden i dess helhet, dvs. de sex medlemsstaterna till och med den 31 december 1972 och de nio medlemsstaterna därefter.
- 23 Det överklagade beslutet avser oförpackade vitaminer tillhörande tretton grupper, varav åtta tillverkas och saluförs av Roche (A, B₁, B₂, B₃ (pantotensyra), B₆, C, E och H (biotin)) samt fem köps från tillverkarna och återförsäljs av Roche (B₁₂, D, PP, K och M).

Kommissionen fann att det förelåg en dominerande ställning inom sju av de åtta vitamingroupper där Roche var tillverkare, dvs. A, B₂, B₃, B₆, C, E och H.

Parterna är överens om dels att var och en av dessa grupper har speciella ämnesomsättningsfunktioner och därför inte är utbytbara mot de övriga, dels att dessa grupper inte konkurrerar med andra produkter inom de tre gemensamma användningsområdena, dvs. i livsmedel, i djurfoder eller som läkemedel.

- 24 Med beaktande härav fann kommissionen (punkt 20 i det överklagade beslutet) att var och en av vitamingroupperna utgör en särskild marknad. Efter att först ha påstått att flera grupper tillsammans skulle kunna utgöra en marknad, har Roche därefter godtagit kommissionens ståndpunkt utom såvitt gäller C- och E-vitamingroupperna, vilka enligt Roche var för sig tillsammans med andra produkter tillhör en mera omfattande marknad.

Det bör således prövas om kommissionens avgränsning av marknaderna för C- och E-vitamingroupperna är riktig.

- 25 Det står klart att C- och E-vitaminerna vid sidan om användningen inom läkemedelsindustrin, i livsmedel eller i djurfoder – så kallad bio-nutritiv användning – även saluförs som bl.a. antioxidanter, jäsningemedel och tillsatsämne – så kallad "teknologisk" användning – samt att dessa vitaminer i den mån de efterfrågas för teknologisk användning konkurrerar med andra produkter som kan användas för samma ändamål.
- 26 Enligt Roches mening måste därav dras den slutsatsen att C- och E-vitaminerna tillhör större marknader som också innefattar dessa andra produkter

och att kommissionen gett en överdriven bild av Roches andel i de nämnda marknaderna genom att inte medräkna de senare produkterna.

- 27 Enligt kommissionens mening däremot kan de produkter som kan ersätta C- och E-vitaminerna vid teknologisk användning inte ingå i samma marknader som dessa vitaminer, eftersom vitaminerna och produkterna i fråga inte är i tillräcklig grad utbytbara mot varandra just på grund av vitaminernas dubbla användningsområden.

Enligt kommissionen går det inte heller att dela upp de vitaminer som slutligen skall användas för bio-nutritiva ändamål och de vitaminer som skall användas i teknologiska sammanhang i två särskilda marknader, eftersom det till följd av produktens två användningsområden framförallt på en expanderande marknad står tillverkarna och köparna fritt att använda vitaminerna för det ändamål som de finner mest fördelaktigt.

Kommissionen har slutligen anfört att om man likväl måste undanta de vitaminer som Roche sålde för teknologiska ändamål från de relevanta marknaderna, så måste man göra detsamma såvitt avser konkurrenterna, varför marknadsandelarna i så fall blir oförändrade.

- 28 Om en produkt kan användas för olika ändamål och dessa olika användningar motsvarar ekonomiska behov som också skiljer sig åt, finns goda skäl för antagandet att produkten beroende på omständigheterna kan hänföras till olika marknader som i förekommande fall kan skilja sig åt med hänsyn till såväl konkurrensstrukturen som konkurrensvillkoren.

Härav kan emellertid inte den slutsatsen dras, att en sådan produkt utgör en och samma marknad tillsammans med alla andra produkter som kan ersätta den inom dess olika användningsområden och med vilka den i förekommande fall konkurrerar.

Begreppet relevant marknad (relevant market) innebär nämligen att produkterna på denna marknad kan konkurrera effektivt, vilket förutsätter att alla produkter som tillhör en och samma marknad är i tillräcklig grad utbytbara inom samma användningsområde.

En sådan utbyttbarhet förelåg i vart fall inte under den aktuella tidsperioden mellan alla vitaminer i C- respektive E-gruppen och alla de produkter som beroende på omständigheterna kan ersätta endera av de nämnda vitamingrouperna vid teknologisk användning, som också den är i hög grad varierande.

29 Däremot är det vid avgränsningen av marknaderna för vitaminerna i C- respektive E-gruppen mera tveksamt om samtliga vitaminer i var och en av dessa grupper skall anses tillhöra en marknad som motsvarar denna grupp oavsett vitaminernas senare användning eller om tvärtom var och en av grupperna måste uppdelas i två särskilda marknader, varvid den ena innefattar vitaminer för bio-nutritiv användning och den andra vitaminer som används för teknologiska ändamål.

30 Det är emellertid inte nödvändigt att avgöra denna fråga för att göra en korrekt beräkning av Roches och konkurrenternas marknadsandelar. Om nämligen denna uppdelning vore nödvändig måste den, som kommissionen med rätta har anmärkt, göras för såväl Roches konkurrenter som för Roche själv och – i avsaknad av sökandens påstående om motsatsen – i likadana proportioner så att marknadsandelarna procentuellt sett skulle bli de samma.

Slutligen har Roche på en fråga från domstolen uppgett att samtliga vitaminer i varje grupp var underkastade samma prissystem oavsett produktens senare användning, så att en uppdelning av produkten i särskilda marknader inte kan göras.

Av dessa överväganden framgår att kommissionens avgränsning av de relevanta marknaderna i det överklagade beslutet är korrekt.

Avsnitt 2: De relevanta marknadernas struktur

31 Även om varje vitamingroup utgör en särskild marknad, så har de olika marknaderna både vad gäller produktions- och saluföringsstruktur icke desto mindre vissa gemensamma drag som bör framhållas.

32 För det första är parterna ense om att marknaderna för samtliga vitamingrouper expanderade kraftigt – om än i olika proportioner – mellan 1950 och 1974, med en konstant produktionsökning som följd.

33 Vad särskilt gäller *produktionen* råder det även enighet mellan parterna om att den syntetiska framställningen av vitaminer, framför allt efter det att patent som till en icke försumbar del innehades av Roche har upphört att gälla, inte innebär några speciella tekniska svårigheter men dock kräver betydliga investeringar och mycket specialiserade anläggningar som i stor omfattning är specifika för varje vitamingroup. Detta medförde att fabrikerernas kapacitet under ovan nämnda period bestämdes med hänsyn till den beräknade behovsökningen under en period på tio år.

Denna marknadsstruktur förorsakade, trots den ovannämnda starka expansionen, vad beträffar flertalet vitamingroupper en världsomfattande överkapacitet i produktionsapparaten.

Detta förhållande illustreras på ett slående sätt genom anmärkningen i protokollet från mötet mellan Unilever och Roche den 11 december 1972 att Roches totala kapacitet ensam var tillräcklig för att tillfredsställa hela världens efterfrågan och att Roche då endast utnyttjade 50 procent av sin kapacitet.

- 34 Under den tidsperiod som ligger till grund för kommissionens beslut var denna produktionskapacitet såvitt gäller de tillverkare som agerade på den gemensamma marknaden koncentrerad till ett begränsat antal företag, totalt nio stycken enligt en tabell under punkt 4 i det överklagade beslutet. Antalet tillverkare var ännu mer begränsat inom varje enskild grupp, dvs. fyra i A-vitamingruppen, tre i B₂-vitamingruppen, tre i B₃-vitamingruppen, fyra i B₆-vitamingruppen, fem i C-vitamingruppen, fyra i E-vitamingruppen och två i H-vitamingruppen.

Vissa av tillverkarna köpte och återförsålde dessutom vitaminer som de inte själva tillverkade, medan en icke närmare angiven mängd vitaminer salufördes av stora handelshus som gjorde sina inköp från andra än de i beslutet omnämnda nio tillverkarna.

- 35 När det gäller *efterfrågan* på oförpackade vitaminer kännetecknas situationen inom den gemensamma marknaden av ett relativt stort antal köpare, för Roches del cirka 5 000. En betydande del av denna efterfrågan – för Roches del beräknad till cirka 25 procent av dess försäljning inom den gemensamma marknaden – var dock under den ifrågavarande perioden koncentrerad till 22 stora företag, varav sju tillhörde läkemedelssektorn, fem livsmedelssektorn och tio djurfoderssektorn.

Alla dessa kunder köpte oberoende av sitt verksamhetsområde ett stort antal av, om inte alla, de ifrågavarande vitaminerna; Unilever ensam förefaller att, i varje fall i förhållande till Roche, utgöra ett undantag i detta hänseende och endast vara köpare inom A-vitamingruppen.

Avsnitt 3: Betydelsen av de indicier med stöd av vilka kommissionen fann att det förelåg en dominerande ställning

- 36 Enligt kommissionens mening har Roche en dominerande ställning på de sju

relevanta marknaderna (A, B₂, B₃, B₆, C, E och H). Kommissionen grundar denna uppfattning på dels sökandens marknadsandelar i förhållande till konkurrenterna, dels förekomsten av en rad faktorer som, om marknadsandelen inte ensam anses avgörande, likväl enligt kommissionen innebär att Roche garanteras en utpräglad dominans på de relevanta marknaderna.

Kommissionen har därav dragit slutsatsen (beslutet, punkt 21) "att Roche på de relevanta marknaderna har en så total handlingsfrihet att Roche kan lägga hinder i vägen för en effektiv konkurrens inom den gemensamma marknaden och alltså intar en dominerande ställning på dessa marknader".

- 37 Roche har bestritt både att kommissionens värdering av företagets marknadsandelar är riktig och att övriga indicier som tagits upp i det överklagade beslutet är riktiga och relevanta.

Roche har vidare kritiserat kommissionen för att inte ha utrett och tagit hänsyn till Roches beteende på de relevanta marknaderna och därvid särskilt de för vitaminerna fortlöpande och omfattande prissänkningarna. Dessa prissänkningar visar enligt Roches mening att det förelåg en effektiv konkurrens för vilken Roche måste vika.

- 38 Artikel 86 ger uttryck för det allmänna mål för gemenskapens verksamhet som anges i artikel 3 f i fördraget, dvs. upprättande av en ordning som säkerställer att konkurrensen inom den gemensamma marknaden inte snedvrids.

Enligt artikel 86 är det förbjudet för ett företag att missbruka en dominerande ställning inom en väsentlig del av den gemensamma marknaden, i den mån det kan påverka handeln mellan medlemsstater.

Med en sådan dominerande ställning avses den situationen att ett företag har en sådan ekonomisk maktställning att det får möjlighet att hindra upprätthållandet av en effektiv konkurrens på den relevanta marknaden, genom att företagets ställning tillåter det att i betydande omfattning agera oberoende i förhållande till konkurrenter, kunder och i sista hand konsumenter.

- 39 En sådan ställning utesluter visserligen inte i motsats till en monopolsituation eller en monopolliknande situation att viss konkurrens förekommer, men den möjliggör för det dominerande företaget, om inte att bestämma så åtminstone att ha ett avsevärt inflytande på de villkor under vilka denna konkurrens kan

utveckla sig och att i vart fall i stor omfattning agera utan att behöva ta hänsyn till konkurrensen och utan att för den skull denna hållning skadar den egna verksamheten.

Vidare måste skillnad göras mellan en dominerande ställning och motsvarande för oligopol karaktäristiska beteenden i det avseendet att beteendena i ett oligopol påverkar varandra ömsesidigt, medan ett företag i en dominerande ställning i stor utsträckning själv kan bestämma sitt beteende.

En dominerande ställning kan vara följden av ett flertal faktorer som var för sig inte behöver vara avgörande, men bland vilka förekomsten av omfattande marknadsandelar är av stor betydelse.

- 40 Innehavet av en betydande marknadsandel som bevis för att det föreligger en dominerande ställning är inte en oföränderlig faktor. Betydelsen härav varierar från marknad till marknad beroende på marknadernas struktur och då särskilt vad gäller produktionen, utbudet och efterfrågan.

Även om var och en av vitaminingrupporna utgör en särskild marknad uppvisar de emellertid, vilket genomgången av deras struktur har visat, tillräckligt många gemensamma drag för att samma kriterier skall kunna tillämpas på dem vad avser marknadsandelarnas betydelse för bedömningen av om det föreligger en dominerande ställning eller inte.

- 41 För övrigt kan det med rätta antas att särskilt stora marknadsandelar i sig själva, utom i undantagsfall, utgör bevis för att det föreligger en dominerande ställning, även om marknadsandelarnas betydelse kan skifta från en marknad till en annan.

Ett företag som har särskilt stora marknadsandelar under en längre tidsperiod befinner sig genom omfattningen av sin produktion och sitt utbud i en maktposition som gör det dominerande företaget till en oundgänglig handelspartner och som redan av denna anledning, åtminstone under relativt långa tidsperioder, ger företaget i fråga en för den dominerande ställningen karaktäristisk handlingsfrihet. Innehavarna av betydligt mindre andelar kan inte snabbt uppfylla en efterfrågan från dem som inte längre vill använda sig av företaget med den avsevärt större andelen.

- 42 I det överklagade beslutet togs förutom marknadsandelarna upp en rad andra omständigheter som i förening med de nämnda marknadsandelarna ansågs tillförsäkra Roche en dominerande ställning i vissa fall.

Dessa indicier, som av kommissionen betecknats som tillägskriterier, är följande:

- a) Roches marknadsandelar är inte endast av betydande storlek, utan det är dessutom ett avsevärt avstånd mellan dessa och de största konkurrenternas marknadsandelar (beslutet, punkterna 5 och 21).
- b) Roche tillverkar ett långt större urval av vitaminer än konkurrenterna (beslutet, punkt 21).
- c) Roche är världens största tillverkare av vitaminer och dess omsättning är större än alla de andra tillverkarnas sammanlagda omsättning. Roche står också i spetsen för en multinationell koncern, som i omsättningshänseende är världens största läkemedelskoncern (beslutet, punkterna 5-6 och 21).
- d) Även om Roche inte längre har patent på vitamintillverkningen så har Roche på grund av sin roll som banbrytare på området i fråga fortfarande teknologiska fördelar i förhållande till konkurrenterna, vilka fördelar visar sig i Roches mycket utvecklade hjälp- och informations-service för kunderna (beslutet, punkterna 7 och 8).
- e) Roche har ett mycket utbrett och specialiserat försäljningsnätverk (beslutet, punkt 8).
- f) Någon potentiell konkurrens föreligger inte (beslutet, punkt 21).

Kommissionen har vidare under förfarandet vid domstolen gjort gällande att Roches förmåga att bibehålla sina marknadsandelar i stort sett intakta trots en livlig konkurrens utgör ytterligare ett indicium på företagets dominerande ställning.

43 Före prövningen av om de av kommissionen beaktade indicierna faktiskt kan konstateras i Roches fall bör det, eftersom sökanden förnekat deras relevans, undersökas om omständigheterna i fråga med hänsyn tagen till de relevanta marknadernas särdrag och de innehavda marknadsandelarna är av sådant slag att de är ägnade att påvisa förekomsten av en dominerande ställning.

44 Härvid kan marknadsandelarnas bibehållande inte anses utgöra ett godtagbart kriterium, eftersom deras bibehållande lika gärna kan vara följden av en

effektiv konkurrens som av en dominerande ställning vilken ger företaget i fråga möjlighet att agera oberoende av konkurrensen. Kommissionen, som har vitsordat att det förelåg konkurrens, har inte angett vilka faktorer som skulle vara orsak till marknadsandelarnas stabilitet där sådan konstaterats.

I fall där det föreligger en dominerande ställning kan emellertid det förhållandet att marknadsandelarna bibehålls vara ett tecken på att denna ställning bevaras. Dessutom kan de metoder som används för att bevara den dominerande ställningen eventuellt utgöra missbruk i den mening som avses i artikel 86 i fördraget.

- 45 Inte heller kan den omständigheten att Roche enligt uppgift tillverkar ett större urval vitaminer än sina konkurrenter tillerkännas bevisvärde.

Enligt kommissionen utgör detta förhållande ett indicium på att det föreligger en dominerande ställning, eftersom "Roche, med hänsyn till att åtskilliga användares behov avser flera vitamingroupper, kan använda en försäljningsstrategi och särskilt en prisstrategi som i förhållande till de andra tillverkarnas strategier är mycket mindre beroende av konkurrensförhållandena på varje marknad".

- 46 Kommissionen slog emellertid själv fast att varje vitamingroup utgör en egen marknad och inte alls, eller endast i liten utsträckning, är utbytbar med andra grupper eller produkter (beslutet, punkt 20); vitaminerna i de olika grupperna utgör därför produkter som är i lika hög grad olika sinsemellan som vitaminerna är olika i förhållande till andra produkter inom läkemedels-, livsmedels- och djurfoderssektorn.

Det har för övrigt inte bestritts att Roches konkurrenter inom framförallt kemiindustrin, utöver de vitaminer som de själva tillverkar, även saluför andra produkter som också efterfrågas av vitaminköparna. Det förhållandet att Roche har möjlighet att erbjuda flera vitamingroupper garanterar därför inte ensamt Roche en fördel i förhållande till konkurrenterna som, utöver ett smalt eller mindre brett vitaminsortiment, kan erbjuda andra produkter som också efterfrågas av vitaminköparna.

- 47 Av liknande överväganden följer att de omständigheterna att Roche är världens största tillverkare av vitaminer, att dess omsättning är större än alla de andra tillverkarnas sammanlagda omsättning och att företaget står i spetsen för världens största läkemedelskoncern inte kan anses utgöra ett indicium på att företaget har en dominerande ställning.

Enligt kommissionens mening är dessa tre omständigheter ett tecken på att det föreligger en dominerande ställning, eftersom ”därav följer att sökanden intar en överlägsen ställning inte enbart på den gemensamma marknaden utan även på världsmarknaden; sökanden åtnjuter därför en mycket stor handlingsfrihet genom att till följd av sin ställning lätt kunna anpassa sig till utvecklingen på de olika regionala marknaderna. Ett företag som verkar på hela världsmarknaden och som har en marknadsandel som innebär att företaget lämnar alla sina konkurrenter långt bakom sig, behöver inte bekymra sig nämnvärt för eventuella konkurrenter på den gemensamma marknaden”.

En sådan argumentation, som bygger på fördelarna med stordrift och möjligheten att anpassa sin strategi i förhållande till de olika regionala marknaderna, är inte övertygande, eftersom utgångspunkten är att varje vitamingroup utgör en särskild produktgrupp som kräver speciella anläggningar och utgör en särskild marknad. Den samlade produktionsvolymen av särskilda sinsemellan olika produkter ger nämligen inte Roche några konkurrensfördelar i förhållande till de konkurrenter inom bl. a. kemiindustrin som på världsnivå även tillverkar andra produkter än vitaminer och i princip har samma möjligheter till kompensering av försäljning som följer av en betydande samlad tillverkning av produkter som skiljer sig lika mycket från varandra som de sinsemellan olika vitamingrouperna.

48 Däremot utgör förhållandet mellan det berörda företags och – särskilt de största – konkurrenternas marknadsandelar, ett företags teknologiska försprång i förhållande till konkurrenterna, förekomsten av ett förstklassigt försäljningsnätverk och avsaknaden av potentiell konkurrens användbara indicier; den första faktorn utgör ett sådant indicium eftersom den möjliggör en värdering av konkurrensförmågan hos konkurrenterna till det berörda företaget, den andra och tredje faktorn eftersom de i sig själva skapar tekniska och försäljningsmässiga fördelar och den fjärde faktorn eftersom den är resultatet av att nya konkurrenters tillträde till marknaden förhindras.

Vad gäller frågan huruvida det föreligger en potentiell konkurrens eller inte skall emellertid slås fast att, även om det är riktigt att fabrikernas kapacitet på grund av de erforderliga investeringarnas storlek – och detta gäller för samtliga berörda vitamingrouper – bestäms med hänsyn till den förväntade expansionen för en längre period med följderna att nya tillverkares tillträde till marknaden försvåras, så måste hänsyn även tas till den omständigheten att förekomsten av en outnyttjad produktionskapacitet av betydande storlek skapar ett potentiellt konkurrensförhållande mellan de etablerade tillverkarna.

Likväl befinner sig Roche i detta hänseende i en privilegierad situation, eftersom företagets produktionskapacitet enligt vad Roche själv medgivit, var tillräckligt stor för att under den period som avses i det överklagade beslutet ensam kunna tillfredsställa världsefterfrågan utan att för den skull denna överkapacitet försatte företaget i fråga i en ekonomiskt eller finansiellt besvärlig situation.

- 49 Det är mot bakgrund av dessa överväganden som Roches marknadsandelar på var och en av de relevanta marknaderna skall bedömas liksom, såsom ett komplement, de omständigheter som i kombination med marknadsandelarna gör det möjligt att fastställa den eventuella förekomsten av en dominerande ställning.

Avsnitt 4: Tillämpningen av de relevanta kriterierna på de olika vitaminingrupperna

a) A-vitamingruppen

- 50 Parterna är överens om att Roches marknadsandel på den gemensamma marknaden såväl värde- som kvantitetsmässigt kan beräknas till 47 procent.

Enligt kommissionens uppgifter, som lämnats obestridda av Roche, kan övriga tillverkares andelar under 1974 beräknas till 27, 18, 7 respektive 1 procent.

- 51 Eftersom den relevanta marknaden således uppvisar vad som kännetecknar en snäv oligopolistisk marknad där konkurrensen redan på grund av sistnämnda marknads karaktär är försvagad, visar Roches marknadsandel, som är lika stor som de två närmaste konkurrenternas sammanlagda andelar, att Roche förfogar över en särskild handlingsfrihet när det gäller att bestämma företagets beteende då det ställs inför konkurrens.

Roches teknologiska försprång i förhållande till konkurrenterna på grund av sin ställning som uppfinnare och innehavare av ett flertal patent på A-vitaminområdet, vilket försprång består även efter det att patenten upphört att gälla, utgör ett kompletterande indicium på förekomsten av en dominerande ställning.

Såsom anförts ovan gäller detsamma vad beträffar frånvaron av potentiell konkurrens från nya företag, medan den potentiella konkurrensen som kan hänföras till de befintliga företagens produktionsöverkapacitet snarare gynnade Roche, såsom framgår av ett utdrag ur Management Information

från mitten av augusti 1971 med bl. a. följande uttalande: "Although BASF will continue to intensify its activities, we expect to achieve a further steady increase of our turnover. However, the present overcapacity of production is such, that a firming of prices cannot be expected for the next few years. Such a development would, of course, be accelerated if one of our smaller competitors ceased production."

- 52 Kommissionen gjorde således en riktig bedömning då den fann att sökanden har en dominerande ställning på A-vitaminmarknaden.

Det förhållandet att Roche måste förvärva råmaterial till produktionen av vitaminer inom A-gruppen från ett annat kemiindustriföretag, som också tillverkade A-vitaminer och som därför var konkurrent till Roche, har inte den karaktären att det ändrar de slutsatser som kommissionen kommit fram till, eftersom Roche aldrig har påstått sig ha haft några svårigheter vad gäller priser eller tidpunkter för leverans.

b) B₂-vitamingruppen

- 53 I det överklagade beslutet beräknade kommissionen Roches marknadsandel till 86 procent.

I den under det skriftliga förfarandet gemensamt upprättade handlingen har kommissionen redogjort för grunderna för sina beräkningar av Roches marknadsandelar såväl värde- som kvantitetsmässigt. Av de av kommissionen ingivna tabellerna framgår vidare att all statistiskt redovisad vitaminimport till den gemensamma marknaden har beaktats.

På grundval av dessa fakta har kommissionen kommit fram till följande procentsatser.

Vitamin B ₂ Roches marknadsandel	1972 (6 medlemsstater)	1973 (9 medlemsstater)	1974 (9 medlemsstater)
värdemässig andel	87 %	81,2 %	80,6 %
kvantitetsmässig andel	84,5 %	74,8 %	80,8 %

- 54 Roche har i huvudsak endast anfört att "då (Roche) vad gäller konkurrensen är hänvisad till rena uppskattningar, kan bevis om motsatsen inte läggas fram", men att enligt dess egna beräkningar Roches andel av världsmarknaden är betydligt mindre och att dess andel på den gemensamma marknaden

inte överstiger 50 procent.

Som stöd för att den senare uppskattningen skall gälla i stället för kommissionens har sökanden hävdats att "om till dessa siffror läggs den fermenteringskapacitet, i synnerhet inom USA, på 200-300 ton om året som reducerades till ett minimum i början av 1970 men som när som helst åter kan tas i bruk, utgör marknadsandelen inte mer än cirka 50 procent". Sökanden har således - utan någon närmare precisering - gjort gällande antingen att det föreligger en potentiell konkurrens eller att den egna produktionskapaciteten i USA har minskat.

- 55 Om det första antagandet skulle visa sig vara riktigt, skulle detta ge anledning att förmoda att Roches konkurrenter delvis har uteslutits från marknaden efter 1970.

Utgår man däremot från att Roche - vilket inte är klarlagt - syftar på en begränsning av den egna produktionskapaciteten, kan denna omständighet anföras som ett motargument mot kommissionens beräkningar endast om det, vilket inte skett, kan påvisas att det inte förekommit en motsvarande begränsning av konkurrenternas kapacitet och att den nödvändiga följden härav i vart fall blev en minskning av Roches marknadsandelar på den gemensamma marknaden och inte en rationalisering av produktionen.

Trots att en produktionsöverkapacitet i förekommande fall kan utgöra en potentiell konkurrensfaktor som kan inverka på förekomsten av en dominerande ställning - även om det ovan har konstaterats att så inte var fallet för Roches vidkommande under den aktuella perioden -, så har detta inte någon inverkan på hur de faktiskt uppnådda marknadsandelarna skall beräknas.

- 56 Det finns under dessa förhållanden ingen anledning att på grundval av de ovan nämnda invändningarna ifrågasätta kommissionens korrigerade beräkningar, som för övrigt får anses vara tillräckligt tillförlitliga för att kunna godtas. De marknadsandelar som framgår av dessa beräkningar är så stora att de i sig själva visar att det förelåg en dominerande ställning.

c) B₃-vitamingruppen (pantotensyra)

- 57 Kommissionen har medgivit att de siffror som tagits upp i det överklagade beslutet bör korrigeras och parterna är överens om att marknadsandelarna skall beräknas till följande procentsatser.

Vitamin B ₃ Roches marknadsandel	1972 (6 medlemsstater)	1973 (9 medlemsstater)	1974 (9 medlemsstater)
värдемässig andel	28,9 %	34,9 %	51 %
kvantitetsmässig andel	18,9 %	23,4 %	41,2 %

58 Värde- eller kvantitetsmässiga marknadsandelar av denna storleksordning, som enligt uppgift i parternas gemensamma yttrande var 6 procent lägre för 1971 än för 1972, utgör inte i sig ett tillräckligt indicium på att det förelåg en dominerande ställning under större delen av den av kommissionen beaktade perioden.

Det har däremot framkommit att kommissionens korrigeringsberedning berodde på att den hade förbiset den import som företagits av en japansk konkurrent med en marknadsandel som under 1973 uppgick till 30 procent.

Kommissionen har vidare inte uppgett vilka kompletterande indicier som i förening med den korrigerade marknadsandelen skulle visa att det ändå förelåg en dominerande ställning på just denna marknad.

Dessa överväganden leder till slutsatsen att det inte med tillräcklig grad av säkerhet är visat att Roche under den aktuella perioden hade en dominerande ställning vad gäller B₃-vitamingruppen.

d) B₆-vitamingruppen

59 Kommissionen beräknade först Roches marknadsandel till 95 procent medan Roche, som inte har inkommit med några uppgifter vad beträffar den gemensamma marknaden, har vitsordat att företagets andel av världsmarknaden uppgick till 60-70 procent.

Parterna har efter att ha konfronterats med varandras uppgifter (bilaga 1 e och 2 g i det gemensamma yttrandet) inte kunnat enas om en gemensam värdering. Kommissionen har efter korrigeringsberedning av sin värdering redovisat följande procentsatser.

Vitamin B ₆ Roches marknadsandel	1972 (6 medlemsstater)	1973 (9 medlemsstater)	1974 (9 medlemsstater)
värдемässig andel (B ₆ + H)	87 %	90 %	83,9 %
kvantitetsmässig andel	84,2 %	86 %	88,4 %

60 Det skall anmärkas att även om marknadsandelarna åtminstone värdemässigt inbegriper både grupp B₆ och H till följd av att vitaminerna i dessa grupper lyder under samma tullposition, har Roche emellertid inte gjort gällande att denna omständighet är av sådan beskaffenhet att de därav följande storleksordningarna skall justeras.

Roche har utan någon närmare förklaring hävdad att procentsatserna skall reduceras med åtminstone 20 procent. Även om detta godtas utan vidare är Roches marknadsandelar ändå så stora att de visar att Roche hade en dominerande ställning.

Detta är så mycket mera fallet som ingen av Roches fyra närmaste konkurrenter hade marknadsandelar som under den aktuella tidsperioden uppgick till 10 procent och vissa av dessa hade en marknadsandel som med största sannolikhet understeg 5 procent.

e) C-vitamingruppen

61 I det överklagade beslutet beräknade kommissionen Roches marknadsandel till 68 procent, medan Roche under förfarandets gång har hävdad att den uppgick till 50 procent.

Efter att ha konfronterats med varandras ståndpunkter har parterna enats om att marknadsandelarna skall beräknas till följande procentsatser, under förutsättning att det endast är vitaminmarknaden som beaktas.

Vitamin C Roches marknadsandel	1972 (6 medlemsstater)	1973 (9 medlemsstater)	1974 (9 medlemsstater)
värdemässig andel	65,7 %	66,2 %	64,8 %
kvantitetsmässig andel	64,4 %	63,8 %	63 %

62 Enligt Roche skall procentsatserna korrigeras på så sätt att den relevanta marknaden också omfattar de produkter som konkurrerar med C-vitaminerna när det gäller teknologisk användning. Roche har anfört att dess marknadsandel i så fall inte skulle överstiga 47 procent.

63 De ovan redovisade övervägandena beträffande avgränsningen av den relevanta marknaden för vitaminer som är avsedda för såväl bio-nutritiv som teknologisk användning har lett till att Roches resonemang inte kan godtas. De marknadsandelar som parterna har kunnat enas om för C-vitaminmarkna-

den som sådan skall därför läggas till grund för bedömningen. Dessa marknadsandelar visar att det förelåg en dominerande ställning.

Även på denna marknad – där det för övrigt rådde brist under 1971 – var avståndet mellan Roches marknadsandel (64,8 procent) och de närmaste konkurrenternas (14,8 procent respektive 6,3 procent) så stort att det bekräftar kommissionens slutsats.

f) E-vitamingruppen

- 64 I det överklagade beslutet beräknade kommissionen Roches marknadsandel för E-vitaminerna till 70 procent, medan Roche under förfarandets gång har hävdat att den uppgick till 40 procent.

Efter att ha konfronterats med varandras ståndpunkter har parterna i sitt gemensamma yttrande enats om att marknadsandelarna skall beräknas till följande procentsatser, under förutsättning att det endast är E-vitaminmarknaden som skall beaktas.

Vitamin E Roches marknadsandel	1972 (6 medlemsstater)	1973 (9 medlemsstater)	1974 (9 medlemsstater)
värdemässig andel	54 %	64 %	58 %
kvantitetsmässig andel	50 %	60 %	54 %

Enligt Roches beräkning var dess marknadsandel för 1970 och 1971 ytterligare 7 procent lägre än marknadsandelen för 1972.

- 65 Enligt Roches uppfattning bör – på samma grunder som har anförts angående C-vitaminerna – den relevanta marknaden också omfatta de produkter som konkurrerar med E-vitaminerna när det gäller teknologisk användning. Roche har anført att dess marknadsandel för 1974 i så fall inte översteg 40 procent.
- 66 Roches ståndpunkt i fråga om avgränsningen av den relevanta marknaden har på de skäl som anförts ovan inte kunnat godtas. De marknadsandelar som parterna enats om skall därför läggas till grund för bedömningen.

Betydelsen av dessa marknadsandelar, som redan i sig själv är stor, blir ännu större genom att konkurrenternas marknadsandelar – efter den ovan nämnda korrigeringen – för 1974 värdemässigt kan beräknas ha uppgått till 16, 6 respektive 1 procent för de övriga tillverkarna och 19 procent för en eller

flera importörer, som i allmänhet utgjordes av handelshus med en verksamhet som bedrevs från tredje land.

Detta förhållande motsvarar i ännu högre grad än för A-vitaminerna vad som kännetecknar en snäv oligopolistisk marknad i vilken Roches marknadsandel är mycket större än de två närmaste konkurrenternas sammanlagda marknadsandelar.

Kommissionen fastställde därför med rätta att det förelåg en dominerande ställning på denna marknad.

g) H-vitamingruppen

67 Sökanden har vitsordat att Roche på denna marknad haft en marknadsandel på 100 procent och att dess marknadsandel under den aktuella tidsperioden fortfarande uppgick till 93 procent. Detta innebär att Roche här hade en monopolställning.

h) Sammanfattning

68 Av övervägandena ovan följer att kriterierna för en dominerande ställning var uppfyllda såvitt avser vitamingrupperna A, B₂, B₆, C, E och H, medan det inte är visat att en sådan ställning förelåg såvitt avser vitaminerna B₃.

Avsnitt 5: Sökandens beteende på marknaden

69 Det måste emellertid vidare prövas om inte de ovan redovisade slutsatserna vederläggs av sökandens beteende på de relevanta marknaderna. Enligt sökanden visar detta beteende inte endast att det förelåg en livlig konkurrens utan också vilket tryck denna konkurrens utövade på sökanden.

Sökanden har därvid särskilt åberopat det förhållandet att priserna för de olika vitamingrupperna ständigt föll och att sökandens marknadsandelar minskade i vissa medlemsstater.

Sökanden har även åberopat vissa uppgifter i olika interna handlingar, särskilt de av sökanden regelbundet utgivna "Management Information" och "Marketing News" som innehåller en analys av marknadssituationen för varje vitamingrupp, samt dokumentationen från "European Bulk Managers meeting" som organiserades av Roche i Basel i oktober 1972.

- 70 Domstolen har redan, särskilt i en dom av den 14 februari 1978 (United Brands, mål 27/76, Recueil 1978, s. 207), slagit fast att det förhållandet att det föreligger konkurrens – även en livlig sådan – på en viss marknad inte utesluter att ett företag kan ha en dominerande ställning på denna, eftersom en sådan ställning i huvudsak karaktäriseras av att företaget kan bestämma sitt beteende utan att i sin marknadsstrategi behöva ta hänsyn till denna konkurrens och utan att för den skull lida skada på grund av sitt uppträdande.
- 71 Att ett företag tvingas till prissänkningar på grund av trycket från de prissänkningar som skett på konkurrenternas initiativ är emellertid i allmänhet oförenligt med det oberoende beteende som är karaktäristiskt för en dominerande ställning.

Sökanden har i en bilaga till ansökan gett in ett antal diagram innehållande två olika indikatorer utvisande prisfall respektive produktionsökningar för Roches olika vitaminingrupper på världsmarknaden under en tidsperiod som – beroende på omständigheterna – sträcker sig från åren 1940–1954 och fram till och med utgången av 1974.

- 72 Härvid skall emellertid anmärkas att diagrammen i fråga avser förhållandena på världsmarknaden och att Roche, som själv vid ett flertal tillfällen har betonat skillnaden i prisfluktuationer från en medlemsstat till en annan, följaktligen inte kan göra gällande att variationerna på världsmarknaden nödvändigtvis är representativa för prisutvecklingen inom gemenskapen.

Även om man utgår från att prisutvecklingen på världsmarknaden är representativ för den allmänna pristrenden på den gemensamma marknaden, framgår det emellertid vid en granskning av diagrammen att vitaminingrupperna i stor omfattning utsattes för avsevärda prisfall så länge som produktionen ökade långsamt. Däremot dämpades prisfallen avsevärt och ersattes till och med gradvis av stor stabilitet från den tidpunkt då produktionen inom varje vitaminingrupp uppvisade en betydande ökning, dvs. från och med 1964 för A-vitaminerna, från och med 1956 för B₂-vitaminerna, från och med 1966 för B₆-vitaminerna, från och med 1958 för C-vitaminerna, från och med 1960 för B₃-vitaminerna och från och med 1965 för E-vitaminerna, medan priscurvan för H-vitaminerna (biotin) var stabil fram till 1970 och därefter föll svagt samtidigt som produktionen ökade.

Dessa uppgifter visar snarare på ett samband mellan å ena sidan priserna och å andra sidan produktionsvolymen och kostnaderna, än på ett samband mellan priserna och konkurrenstrycket.

- 73 Roche har som svar på några frågor från domstolen gett in ett antal tabeller (bilaga 4 a-i i det gemensamma yttrandet) som utvisar dels prisvariationerna inom varje medlemsstat mellan 1970 och 1976 för det vitamin som enligt Roche är mest representativt för varje grupp, dels de genomsnittspriser för hela gemenskapen som erhållits utifrån de inhemska priserna.
- 74 Av tabellerna framgår att icke obetydliga prisvariationer faktiskt förekom, såväl uppåt som neråt.

Dessa prisvariationer skiljde sig emellertid märkbart åt i de olika medlemsstaterna för en och samma produkt under en och samma tidsperiod, vilket visar att det förelåg en avskärmning av marknaderna och låter förmoda att det förekom en häremot korresponderande prisstrategi.

Det är anmärkningsvärt att det även vad beträffar H-vitaminet (biotin), för vilket Roche har vitsordat att Roches marknadsandel uppgick till 100 procent för 1970 och 93 procent för 1974, kan konstateras avsevärda prissänkningar (bilaga 4 i det gemensamma yttrandet). Priserna, uttryckta i schweiziska franc och genomsnittliga för hela den gemensamma marknaden, föll från 40,54 schweiziska franc under 1970 till 30,72 schweiziska franc under 1973 och därefter till 29,85 schweiziska franc under 1974. Dessa prisfall kan för ett företag som innehade mellan 100 procent och 93 procent av marknaden inte anses hänförliga till konkurrenstrycket. De är snarare resultatet av en avsiktlig och frivillig prisstrategi som i vart fall inte talar emot att det förelåg en dominerande ställning.

- 75 Denna slutsats bekräftas i stor utsträckning av de olika interna handlingar som nämnts ovan.

Vad särskilt gäller H-vitaminerna (biotin) framgår det av "Management Information" av den 8 september 1972 att en första konkurrent – företaget Sumitomo – började tillverka biotin i slutet av 1971, men föredrog att sälja en del av sin produktion till Roche och att avsätta återstoden i USA. Vidare framgår av nämnda handling att Roche, när företaget förutsåg att ytterligare en tillverkare skulle komma att uppträda på marknaden under 1973, beslutade att förekomma denna och överge sin "inflexible price policy at once".

Det var just under 1973 som ett betydande prisfall kunde konstateras för H-vitaminet.

- 76 Dessa omständigheter visar att Roche, långt ifrån att vara utsatt för konkur-

renstryck, genom sin ställning på marknaden var i stånd att tillämpa en prisstrategi för att förebygga ett sådant tryck.

Dessutom rekommenderar samma nummer av Management Information bland övriga förebyggande åtgärder ingående av trohetsavtal.

- 77 Vad gäller C-vitaminerna, där Roches marknadsandel mellan 1972 och 1974 kan beräknas till cirka 65 procent, innehåller Marketing News av den 6 december 1971 på grund av bristen på denna produkt en rekommendation till Roches företrädare och dotterbolag att med hänsyn till den långsiktiga marknadsstrategin "give preference to the *food industry*, both in respect of supplies and price advantages" i förhållande till läkemedelsindustrin, som förväntades kunna delvis täcka sitt behov hos mäklare.
- 78 På grundval av de redovisade procentsatserna och handlingarna i övrigt kan det visserligen slås fast att – delvis icke obetydliga – prisvariationer förekom på marknaderna för de olika vitaminerna. Dessa variationer har dock i en del fall inte något samband med förekomsten av konkurrens, medan det i andra fall oftast är Roche som åtminstone har rollen som prisledare.

Av de ingivna handlingarna sammantagna framgår vidare att Roche förfogar över en förstklassig försäljnings- och marknadsföringsorganisation genom vilket det är möjligt inte endast att genomföra systematiska marknadsundersökningar utan också att uppdaga varje avsikt från eventuella konkurrenters sida att träda in på marknaden för någon av produkterna. Denna organisation är därvid i stånd att reagera omedelbart och att förekomma sådana försök genom lämpliga åtgärder.

Av dessa överväganden sammantagna följer att de påstådda och faktiskt konstaterade prisvariationerna inte visar att det förelåg något konkurrenstryck som var av beskaffenhet att äventyra Roches höga grad av oberoende i sin marknadsstrategi. Prisvariationerna i fråga är inte heller av den beskaffenheten att de motsäger slutsatsen att en dominerande ställning förelåg som för varje vitamingrupp grundar sig på marknadsandelarnas storlek i förening med de övriga indicierna.

- 79 Kommissionen fann således med rätta i det överklagade beslutet att det förelåg en dominerande ställning vad gäller marknaderna för A-, B₂-, B₆- C-, E- och H-vitaminer.

Däremot gjorde kommissionen en felaktig bedömning när den fann att det

förelåg en sådan dominerande ställning vad gäller marknaden för B₃-vitaminer.

II — Förekomsten av missbruk av en dominerande ställning

Avsnitt 1: Inledande överväganden

80 Enligt det överklagade beslutet missbrukade sökanden sin dominerande ställning genom att med 22 stora köpare av vitaminer ingå försäljningsavtal – ungefär 30 stycken (av vilka vissa för övrigt endast utgjorde förlängningar av tidigare avtal, med eller utan ändringar) – varigenom dessa köpare förband sig att köpa hela eller en betydande del av sitt behov av vitaminer eller av vissa uttryckligen angivna vitaminer endast från Roche eller varigenom köparna fick incitament till detta genom löfte om prisnedsättningar, som enligt kommissionen mening utgjorde trohetsrabatter.

Enligt kommissionen (punkterna 22–24 i det överklagade beslutet) utgjorde de ifrågasatta exklusiva inköpsavtalen och trohetsrabbatterna missbruk i den mening som avses i artikel 86 i fördraget dels på grund av att de snedvred konkurrensen mellan tillverkarna genom att de berövade det dominerande företagets kunder varje möjlighet att själv välja sina inköpskällor, dels på grund av att de innebar en tillämpning av olika villkor för likvärdiga transaktioner med vissa handelspartner, varigenom dessa ställdes i ett ofördelaktigt konkurrensläge genom att Roche från två olika köpare tog ut olika priser för samma mängd av samma produkt, beroende på om köparna gick med på att avstå från inköp från Roches konkurrenter eller inte.

81 Avtalen i fråga avser försäljning av vitaminer från en eller flera av de vitamingroupper för vilka det har slagits fast att det förelåg en dominerande ställning, till köpare som på den gemensamma marknaden hade företag för vilka dessa vitaminer helt eller delvis var avsedda.

Avtalen i fråga, som hädanefter anges med köparens namn, framgår av följande förteckning.

1. Afico/Nestlé: *ett* avtal med en varaktighet på ett år från och med den 1 januari 1968, med förlängning vid underlåten uppsägning.
2. American Cyanamid: *ett* avtal med en varaktighet på ett år från och med den 1 januari 1971 med förlängning vid underlåten uppsägning.

3. Animedica: *två* avtal, varav det ena multinationellt av den 12 januari 1973 och det andra angående leverans till Förbundsrepubliken Tyskland av den 9 maj 1972, båda med en varaktighet på ett år med förlängning vid underlåten uppsägning.
4. Beecham: *tre* på varandra följande avtal av den 1 april 1972, den 1 april 1973 och den 31 december 1973 avseende perioderna den 1 april 1972 - den 31 mars 1973, den 1 april 1973 - den 31 december 1973 respektive året 1974.
5. Capsugel/Parke Davis: *ett* avtal av den 22 mars 1967 med verkan från och med den 15 mars 1967.
6. Dawe's: *ett* avtal med verkan från och med den 1 augusti 1971 utan uppgift om varaktigheten.
7. Guyomarc'h: *ett* avtal med verkan från och med den 1 maj 1972 med en varaktighet på ett år med förlängning vid underlåten uppsägning.
8. Isaac Spencer: *två* avtal, det första omfattande perioden den 1 juli - den 31 december 1973 och det andra året 1974.
9. Merck: *tre* avtal, det första av den 3 mars 1972, avseende A-vitaminer, slutet för fem år och därefter med förlängning vid underlåten uppsägning på två år i taget; det andra av den 3 mars 1972, avseende E-vitaminer och med villkor som var nästan identiska med det föregående avtalet såvitt avsåg varaktigheten; det tredje av den 5 juli 1971, avseende B₆-vitamin, för en period som räckte fram till och med den 31 december 1976, därefter med förlängning vid underlåten uppsägning på två år i taget.
10. Nitrovit/Imperial Foods: *två* avtal, det ena av den 22 december 1972 och det andra av den 11 januari 1974, båda med en giltighetstid på ett år i taget.
11. Organon: *ett* avtal av den 15 april 1970, ändrat den 10 oktober 1974 och omfattande ettårsperioder med förlängning vid underlåten uppsägning.
12. Pauls and Whites: *tre* avtal av den 2 mars 1972, den 16 juli 1973 och den 22 januari 1974, omfattande den 1 april 1972 - den 31 mars 1973, den 1 april 1973 - den 31 december 1973 respektive året 1974.

13. Protector: *ett* avtal med verkan från och med den 1 juli 1968 och avseende året 1968, faktiskt förlängt från år till år och i vart fall till utgången av 1972.
14. Provimi: *ett* avtal av den 30 september 1972 utan bestämmelser om varaktigheten, ändrat den 27 november 1974.
15. Radar: *ett* avtal av den 23 februari 1971 som omfattade året 1971 och hänvisade till ett motsvarande, tidigare ingånget avtal avseende året 1970.
16. Ralston Purina: *ett* avtal av den 19 januari 1970, avseende året 1970, förlängt till åtminstone utgången av 1974.
17. Ramikal: *ett* avtal av den 22 augusti 1972 med verkan från och med den 1 januari 1972, som var av obestämd varaktighet och ersatte ett avtal från 1964.
18. Sandoz: *ett* avtal som gällde för året 1965 och med förlängning vid underlåten uppsägning från år till år.
19. Trouw: *ett* avtal av den 1 juli 1971 med verkan från och med den 1 januari samma år, ändrat den 27 november 1972.
20. Unilever: *tre* avtal av den 9 januari 1974, de två första om leveranser av A-vitaminer, typ B, respektive övriga typer av A-vitaminer till Förenade kungariket och det tredje om leveranser på kontinenten. Samtliga tre avtal gällde för åren 1974 och 1975.
21. Upjohn: *ett* avtal med verkan från och med den 1 november 1967, utan uppgift om varaktigheten.
22. Wyeth: *ett* avtal med verkan från och med den 1 januari 1964, utan uppgift om varaktigheten.

Avsnitt 2: Genomgång av de omtvistade avtalen

Vad beträffar räckvidden av köparens inköpsförpliktelse kan avtalen, även om de är avfattade vid olika tillfällen och med inte alltid identiska ordalydelser, indelas i tre kategorier.

- 83 Vissa av avtalen innehöll för köparens del en bindande utfästelse att uteslutande hos Roche täcka
- a) hela eller nästan hela sitt behov av sådana oförpackade vitaminer som Roche framställde: Afico/Nestlé, Dawe's, Organon, Provimi (utom såvitt avsåg 10 procent för kontrollköp), Ralston Purina, Upjohn (samtliga vitaminer utom fyra speciella A-vitaminer avsedda för djurfoder och för vilka Roche till Upjohn upplät licens till sitt varumärke Injacom),
 - b) hela sitt behov av vissa, uttryckligen angivna vitaminer: Merck (A- och B₆-vitaminer, utöver de 200 ton per år som Merck själv framställde, samt E-vitaminer),
 - c) en i avtalet angiven procentuell andel av sitt totala behov (American Cyanamid, Animedica Deutschland och Animedica International: 80 %) eller av sitt behov av vissa närmare angivna vitaminer (Guyomarc'h: 75 % av behovet av A-, B-, C- och E-vitaminer),
 - d) eller slutligen "den övervägande delen" (major part, überwiegender Teil) av sitt behov av vitaminer eller av vissa vitaminer (Beecham, Isaac Spencer, Nitrovit, Pauls and Whites, Ramikal, Trouw).
- 84 Vissa av avtalen innehöll för köparens del en utfästelse att "give preference to Roche" (Wyeth) eller gav uttryck för avsikten att köpa endast från Roche (Capsugel/Parke Davis) eller att uppmana sina dotterbolag till detta (Sandoz) vad gällde antingen hela vitaminbehovet, vissa närmare angivna vitaminer (Capsugel/Parke Davis: A, B₁, B₂, B₆, C, E och H), eller en närmare angiven procentuell andel av sitt samlade behov (Protector: 80 %).
- 85 Slutligen uppvisade de med Merck respektive Unilever ingångna avtalen vissa särdrag, varför förpliktelserna i dessa bör prövas separat.
- 86 De flesta av avtalen ingicks på obestämd tid, antingen i enlighet med själva ordalydelsen eller genom användandet av en avtalsklausul om förlängning vid underlåten uppsägning, och de var uppenbarligen avfattade med sikte på inrättandet av avtalsförbindelser som skulle vara under åtskilliga år framåt.
- En övervägande del av avtalen ingicks från och med 1970 och gällde under hela eller del av perioden 1970-1974.

87 Med undantag för avtalen med Unilever, innehöll samtliga de ovan nämnda avtalen löften om prisnedsättningar eller rabatter – under olika beteckningar – som skulle beräknas på grundval av de under en viss tidsperiod, oftast hel- eller halvår, samlade inköpen av vitaminer och oberoende av vitaminingrupp.

Avtalen med Beecham, Isaac Spencer, Nitrovit, Pauls and Whites, Sandoz och Wyeth var speciella i den betydelsen att procentsatsen för de föreskrivna prisnedsättningarna inte var fast, utan steg – i allmänhet med 1–3 procent – beroende på den årliga inköpsmängden.

Med undantag för Animedica International, Guyomarc'h, Merck B₆, Protector och Upjohn innehöll avtalen en så kallad engelsk klausul, enligt vilken kunderna – på olika villkor som skall prövas nedan – gentemot Roche kunde åberopa fördelaktigare erbjudanden som de fått från Roches konkurrenter, med den konsekvensen att den berörda kunden, om Roche inte anpassade sina priser, befriades från sin exklusiva inköpsförpliktelse såvitt avsåg det inköp som var i fråga eller, i fall där en sådan bindande förpliktelse inte var avtalad, kunde göra sina inköp från vederbörande konkurrent, i båda fallen utan att för den skull förlora de ovannämnda rabatterna såvitt avsåg redan gjorda eller framtida inköp.

88 Det är mot bakgrund av dessa särdrag som det skall prövas om Roche genom de omtvistade avtalen missbrukade sin dominerande ställning.

Avsnitt 3: Rubriceringen av de exklusiva inköpsförpliktelserna och rabattsystemen i förhållande till artikel 86 i fördraget

89 För ett företag som har en dominerande ställning på en marknad innebär det i enlighet med artikel 86 i fördraget ett missbruk av den dominerande ställningen att binda köpare genom en skyldighet eller ett löfte att göra alla eller de flesta av sina inköp uteslutande hos detta företag, även om det sker på köparnas begäran och oavsett om förpliktelsen gäller utan vidare eller motsvaras av en rabatt.

Så är även fallet om det dominerande företaget, utan att binda köparna genom en formell förpliktelse, antingen enligt avtal med köparna eller ensidigt tillämpar ett system med trohetsrabatter, dvs. rabatter som ges under villkor att kunden – för övrigt oavsett om denne köper för avsevärda eller obetydliga belopp – gör alla eller en betydande del av sina inköp uteslutande hos företaget med dominerande ställning.

90 Såväl exklusiva inköpsförpliktelser av detta slag, med eller utan rabatter, som trohetsrabatter för att ge köparen incitament att endast köpa från företaget med dominerande ställning är oförenliga med målet att konkurrensen inom den gemensamma marknaden inte skall snedvridas. De grundar sig nämligen inte – fränsett då exceptionella förhållanden föreligger som kan medföra att ett avtal mellan företag inom ramen för artikel 85, särskilt punkt 3 i denna, är tillåtet – på en ekonomisk transaktion som motiverar en sådan börda eller förmån, utan syftar till att frånta eller inskränka möjligheten för köparen att välja sina inköpskällor och till att hindra andra tillverkares tillträde till marknaden.

I motsats till mängdrabatterna, som uteslutande är kopplade till volymen på de inköp som görs hos den berörda tillverkaren, tjänar trohetsrabatten till att genom beviljandet av en finansiell förmån hindra att kunderna gör sina inköp hos konkurrerande tillverkare.

Trohetsrabatterna innebär dessutom att olika villkor tillämpas för likvärdiga transaktioner med vissa handelspartner, genom att två köpare som köper lika stora mängder av en och samma produkt betalar olika pris, beroende på om de gör alla sina inköp hos företaget med dominerande ställning eller använder flera olika inköpskällor.

Då slutligen ett sådant förfarande tillämpas av ett företag som särskilt på en expanderande marknad har en dominerande ställning, tjänar detta till att stärka företagets dominerande ställning genom en konkurrens som inte grundar sig på transaktioner och som därför är snedvriden.

91 Den av sökanden föreslagna tolkningen, enligt vilken missbruk av en dominerande ställning förutsätter att detta missbruk har förverkligats med hjälp av den ekonomiska styrka som företaget erhållit till följd av den dominerande ställningen, kan inte godtas till stöd för att det inte skulle föreligga missbruk av en dominerande ställning.

Missbruksbegreppet är ett objektivi begrepp. Det omfattar sådana beteenden av ett företag med dominerande ställning som kan påverka strukturen hos en marknad där konkurrensen redan är försvagad just till följd av det ifrågasvarande företagets existens och som, genom att andra metoder används än sådana som räknas till normal konkurrens om varor och tjänster på grundval av de ekonomiska aktörernas transaktioner, medför att hinder läggs i vägen för att den på marknaden ännu existerande konkurrensen upprätthålls eller utvecklas.

Avsnitt 4: De omtvistade rabatternas karaktär

92 Sökanden har emellertid hävdad att de avtalade rabatterna i stället för trohetsrabatter skall anses utgöra mängdrabatter, eller att de skall anses motsvara en ekonomisk prestation från kundens sida som motiverade en motprestation av detta slag.

93 Vid prövningen av denna grund skall åtskillnad göras mellan om avtalen föreskriver enhetliga eller progressiva rabatter.

a) Avtalen med enhetliga rabatter

94 Det skall först konstateras att sökandens resonemang inte kan godtas såvitt avser avtalen med enhetliga rabatter.

95 Helt oavsett att vid en regelrätt exklusivförpliktelse beviljandet eller inte av en rabatt i sista hand är irrelevant, innehåller inget av de nämnda avtalen någon förpliktelse som gäller bestämda eller åtminstone beräknade kvantiteter eller som är kopplad till inköpsvolymerna; i stället hänför sig alla förpliktelser till "behoven" eller en bråkdel av dessa behov.

För övrigt har parterna själva i de flesta av avtalen rubricerat ifrågavarande klausul som trohetsrabatt (American Cyanamid, Organon, Provimi, Ralston Purina och Trouw) eller använt sig av uttryck som i hög grad understryker kopplingen mellan exklusiviteten och den beviljade rabatten.

96 I avtalet med Dawe's stipuleras att rabatten ges som "motprestation" (in return) för exklusiviteten. I avtalet med Ramikal är det fråga om en "förtrolig rabatt" (vertraulicher Jahresbonus), som "utgör en äkta bonus för era inköp från Roche" (eine echte Vergütung auf ihre Bezüge von Roche) och som ges oberoende av redan förvärvade mängdrabatter.

I fyra avtal, dvs. avtalen med Afico/Nestlé, Capsugel/Parke Davis, Provimi (från och med 1974) och Upjohn, utgår de för de samlade inköpen beviljade rabatterna enligt avtalens ordalydelse visserligen på grund av att kunderna i fråga ställde sig som garant för att Roche skulle erhålla betalning för de fakturor som avsåg order som kom direkt från dessa kunders dotterbolag.

Det kan dock svårigen antas att rabatter, som i alla hänseenden beräknas på samma grunder som de rabatter som i andra avtal erkänns vara trohetsrabatter, skall utgöra motprestation för en utfästelse av världsomspännande

företag som Nestlé, Parke Davis och Upjohn att gentemot Roche garantera sina dotterbolags betalningsförmåga.

Inte heller kan Roches argument godtas att det åtminstone för vissa vitaminer, såsom biotin (H-vitamin), skulle vara fråga om introduktionsrabatter, eftersom avtalen inte gör eller tillåter att det görs någon skillnad beroende på rabatternas funktion mellan de olika rabatterna, som är generella och enhetliga för varje kunds samlade behov eller för en betydande del av dessa behov.

b) Avtalen med progressiva rabatter

97 En del av de omtvistade avtalen, dvs. Beecham (1972, 1973 och 1974), Isaac Spencer (1973 och 1974), Nitrovit (1973 och 1974) och Pauls and Whites (1972, 1973 och 1974) innehåller dels en förpliktelse angående "den övervägande delen" av köparens behov, dels en klausul enligt vilken rabatten skulle utgå med stigande procentsats - i allmänhet från 1 till 2 procent och sedan till 3 procent - beroende på om köparen under en period på ett år täckte en procentuellt sett större eller mindre del av sitt uppskattade behov. De nämnda avtalen innehåller i samtliga fall en värdemässig uppskattning (i pund sterling) av det totala behovet och i två fall (Pauls and Whites 1972 och Beecham 1972) även en kvantitetsmässig uppskattning för var och en av de i avtalet angivna vitaminsorterna.

Som exempel kan nämnas avtalet med Beecham (den 1 april 1972 - den 31 mars 1973) enligt vilket det årliga behovet värderades till högst 300 000 pund och den föreskrivna rabatten uppgick till 1 procent om omsättningen uppnådde 60 procent, motsvarande 180 000 pund, till 1,5 procent om omsättningen uppnådde 70 procent, motsvarande 210 000 pund, och till 2 procent om omsättningen uppnådde 80 procent, motsvarande 240 000 pund.

Motsvarande metoder används i de andra avtalen, varvid behovet uppskattas olika från fall till fall och från år till år, uppenbarligen med sikte på en anpassning till kundens uppköpsförmåga.

98 Även om avtalen i fråga innehåller element som vid en första anblick kan tyckas vara av mängdkaraktär såvitt avser deras samband med en rabatt för de samlade inköpen, så framgår det emellertid vid en granskning av dessa avtal att det i realiteten rör sig om en särskilt utvecklad form av trohetsrabatter.

99 Det är först och främst anmärkningsvärt att denna särskilda form av rabatt infogas i just de avtal där inköpsförpliktelsen avfattas på minst tvingande sätt, dvs. ”den övervägande delen av behovet”, vilket ger den berörda köparen en betydande handlingsfrihet.

Den sålunda utformade förpliktelsens vaghet kompenseras i stor utsträckning av att en uppskattning av årsbehovet skulle göras och att rabatten steg i förhållande till den procentuella andel av behovet som täcktes, varvid den progressiva rabatten uppenbarligen utgjorde ett starkt incitament att täcka största möjliga procentuella andel av behovet hos Roche.

100 Detta beräkningssätt för rabatterna skiljer sig från mängdrabatter som uteslutande är kopplade till volymen på inköpen hos den berörda tillverkaren, på så sätt att de omtvistade rabatterna inte står i förhållande till objektivt bestämda mängder som gäller för alla presumtiva köpare, utan står i förhållande till de uppskattningar som görs från fall till fall för varje kund beroende på dennes förmodade inköpsförmåga. Därvid är det avsedda målet inte en så stor mängd som möjligt utan en så stor andel av behovet som möjligt.

101 Kommissionen fann således med rätta att de nämnda avtalen innehåller trohetsrabatter som innebär missbruk av en dominerande ställning.

Avsnitt 5: Den engelska klausulen

102 Samtliga ifrågavarande avtal med undantag av fem (Animedica International, Guyomarc'h, Merck B₆, Protector och Upjohn) innehåller en så kallad engelsk klausul enligt vilken kunden, om denne från någon av Roches konkurrenter får ett priserbjudande som är fördelaktigare än de priser som skall utgå enligt de omtvistade avtalen, kan begära att Roche anpassar sina priser i förhållande till erbjudandet. Om Roche inte efterkommer denna begäran står det kunden fritt att avvika från sin utfästelse om exklusiva inköp och göra sina inköp hos vederbörande konkurrent utan att för den skull förlora sin trohetsrabatt enligt avtalen i fråga om övriga, redan genomförda eller framtida inköp hos Roche.

103 Enligt sökandens mening undanröjdes såväl exklusivavtalens som trohetsrabatternas konkurrensbegränsande verkan genom denna klausul.

Genom den engelska klausulen undanröjdes enligt sökanden de ifrågavarande

rabatternas "attraherande verkan" särskilt vad gäller de avtal som inte innehåller någon uttrycklig exklusiv inköpsförpliktelse, eftersom kunden inte ställdes inför alternativen att antingen godta Roches mindre fördelaktiga erbjudanden eller förlora trohetsrabatterna för samtliga redan genomförda inköp hos Roche.

104 Det är obestridligt att denna klausul kan avhjälpa vissa av de orättvisa konsekvenser som de förhållandevis långfristiga exklusiva inköpsförpliktelserna eller generella trohetsrabatterna kan få för köparna.

Det skall emellertid anmärkas att köparens möjlighet att utnyttja konkurrensen till sin fördel är mer begränsad än vad det kan förefalla vid första anblicken.

105 Klausulen i fråga saknas nämligen i avtalen med Guyomarc'h, Merck B₆, Animedica International, Protector och Upjohn och innehåller dessutom villkor som begränsar dess räckvidd och som faktiskt ger Roche stort utrymme för skönsmässig bedömning när det gäller att avgöra om kunden kan åberopa klausulen eller inte.

Vissa av avtalen innehåller den preciseringen att erbjudandet inte endast skall komma från seriösa konkurrenter utan också från betydande konkurrenter på Roches nivå, eller att erbjudandena skall vara jämförbara inte bara i fråga om produktkvalitet utan också när det gäller erbjudandets kontinuitet. Detta stärker exklusiviteten genom att de inköp som är fördelaktigare men endast av tillfällig karaktär därigenom utesluts.

I andra fall anges att erbjudandet skall komma från tillverkare med uteslutande av varumäklare och handelsagenter, vilket får till följd att sådana utomeuropeiska konkurrenter som agerar på marknaden genom handelshusens förmedling utesluts. Detta har slagits fast i samband med den genomgång av marknadsandelarna som båda parterna har företagit på begäran av domstolen.

I en rad avtal knyts den engelska klausulen direkt till en försäkran från Roche att tillämpa de mest fördelaktiga priserna "på den lokala marknaden". Denna klausul gäller därför endast inom denna ram, vilket inte bara begränsar klausulens räckvidd utan också leder till en avskärmning av marknaderna som är oförenlig med den gemensamma marknaden.

106 Genom den engelska klausulen undanröjs inte heller den till följd av trohetsrabatterna uppkomna olika behandlingen av köpare i samma situation,

beroende på om de förbehåller sig rätten att fritt välja sina inköpskällor eller inte.

- 107 Det skall särskilt understrykas att den engelska klausulen även under de mest gynnsamma förhållanden inte påtagligt mildrar den konkurrenssnedvridning som framkallas av de exklusiva inköpsklausulerna och trohetsrabatterna på en marknad, som redan uppvisar en försvagad konkurrensstruktur genom att ett företag med dominerande ställning är verksamt på den.

Genom att ålägga kunderna att för Roche avslöja konkurrenternas fördelaktigare erbjudanden med de ovan nämnda närmare uppgifterna – på ett sådant sätt att Roche utan svårighet kan identifiera konkurrenten i fråga – innebär den engelska klausulen genom denna sin beskaffenhet att sökanden får tillgång till sådana upplysningar om marknadssituationen samt om konkurrenternas möjligheter och initiativ som är särskilt värdefulla för Roches egen marknadsstrategi.

Om ett företag med dominerande ställning i avtalen med sina kunder kräver eller åstadkommer att kunderna förpliktas att upplysa företaget i fråga om konkurrenternas erbjudanden, medan det kan ligga i dessa kunders uppenbara affärsintresse att inte avslöja dessa erbjudanden, förstärker detta missbruket av den dominerande ställningen.

I enlighet med den engelska klausulens verkningssätt ankommer det slutligen på Roche själv att avgöra om detta företag genom att anpassa sina priser skall tillåta konkurrens.

- 108 Roche kan således med hjälp av de egna kundernas upplysningar variera sin marknadsstrategi i förhållande till dessa och konkurrenterna.

Av dessa omständigheter sammantagna följer att kommissionen gjorde en riktig tolkning och tillämpning av artikel 86 i fördraget, då den fann att de i de omtvistade avtalen inskrivna engelska klausulerna inte är av beskaffenhet att frånta avtalen deras karaktär av missbruk av den dominerande ställningen.

Avsnitt 6: De beaktade kriteriernas tillämpning på de omtvistade avtalen (utom såvitt avser avtalen med Unilever och Merck)

- 109 De avtal som innehåller en uttrycklig exklusivförpliktelse avseende antingen hela köparnas samlade behov av vitaminer eller av vissa särskilt angivna

vitamingrupper (Afico, Dawe's, Organon, Provimi, Ralston Purina och Upjohn) eller en mycket betydande procentuell andel därav (Animedica Deutschland, Animedica International, American Cyanamid och Guyomarc'h) uppfyller kriterierna för ett sådant konkurrensbegränsande beteende som beskrivits ovan och som innebär missbruk av en dominerande ställning.

Detsamma gäller för de avtal genom vilka köparen utfäster sig att hos Roche täcka "den övervägande delen" (major part, überwiegender Teil) av sitt behov (Beecham, Pauls and Whites, Nitrovit, Isaac Spencer, Ramikal och Trouw), så mycket mer som de använda formuleringarnas mindre tvingande karaktär, i enlighet med vad som ovan slagits fast, kompenseras av de rabatter som är speciellt utformade för detta ändamål.

110. Samma slutsatser gäller vad beträffar de avtal som, även om det kan vara ovisst om de innehåller någon bindande inköpsförpliktelse, genom de ovan analyserade rabatterna innebär ett starkt tryck på köparna att låta Roche bli deras enda leverantör för hela eller delar av deras behov av vitaminer eller av vissa vitamingrupper.

Kommissionen fann med rätta (det överklagade beslutet, punkterna 11 och 24) att detta incitament ytterligare förstärks genom att rabatten avser de samlade inköpen av vitaminer tillhörande de olika grupperna, på så sätt att den köpare som vill vända sig till en konkurrerande tillverkare beträffande ett vitamin - varvid bortses från tillämpningen av den engelska klausulen vars räckvidd har behandlats i det föregående - likväl är förhindrad att göra det, eftersom denna köpare i så fall skulle förlora sin rabatt för alla de övriga vitaminer som han fortsätter att köpa hos Roche.

111. Med beaktande av att de olika vitamingrupperna - vilket vitsordats av både sökanden och kommissionen - utgör icke utbytbara produkter och tillhör särskilda marknader, utgör rabattsystemets bindning till samtliga inköp dessutom ett sådant missbruk enligt artikel 86 andra stycket d i fördraget som består i att "ställa som villkor för att ingå avtal att den andra parten åtar sig ytterligare förpliktelser som varken till sin natur eller enligt handelsbruk har något samband med föremålet för avtalet".

Slutligen skall anmärkas att även om - såsom Roche hävdar - en köpares utfästelser att endast köpa från Roche inte skulle kunna få till följd att köparen stäms för kontraktsbrott utan endast medför att denne förlorar sina rabatter, innehåller avtalen ett tillräckligt tryck att låta Roche få ensamrätten att sälja, vilket i sig utgör ett missbruk av en dominerande ställning.

Avsnitt 7: De beaktade kriteriernas tillämpning på avtalen med Merck och Unilever

a) Avtalen med Merck

112 Roche ingick tre avtal med Merck, det första dagtecknat den 5 juli 1971 avseende Mercks inköp av B₆-vitaminer, det andra dagtecknat den 3 mars 1972 avseende dess inköp av A-vitaminer samt det tredje dagtecknat samma dag och avseende dess inköp av E-vitaminer.

113 I inledningen till det första avtalet, som gäller en produkt för vilken sökandens marknadsandel uppgår till ungefär 80 procent, anges att "Roche inom kort skall fördubbla kapaciteten hos sina produktionsanläggningar som för närvarande uppgår till cirka 500 ton per år" och att Roche därför är intresserad av att täcka en del av Mercks behov samt att "Merck är beredd att på de villkor som fastställs nedan hos Roche täcka den del av sina behov som överstiger Mercks nuvarande kapacitet på cirka 200 ton per år".

Enligt artikel 6 och 7 i avtalet är det leveranspris som Merck skall betala lika med det genomsnittspris som tas ut vid försäljning av samma produkt till tredje man med en rabatt på 20 procent, dock skall Roche "under alla omständigheter tillämpa de för Merck mest fördelaktiga priserna och villkoren".

Enligt artikel 12 förbjuds Merck att återförsälja nämnda vitaminer till Roches konkurrenter utan dennes tillstånd.

Enligt artikel 11 utfäster sig Roche att anskaffa "pyridoxal-5-fosforsyreester" endast från Merck och enligt samma artikel utfäster sig Merck att förse Roche med den senares hela behov av denna produkt på samma villkor som gäller för Mercks inköp av B₆-vitaminer.

Avtalet ingicks enligt dess artikel 13 för en period på fem år och förlängs därefter vid underlåten uppsägning med två år åt gången.

Avtalet innehåller ingen så kallad engelsk klausul.

114 De två andra avtalen, som är daterade den 3 mars 1972 och som avser Mercks inköp av A- och E-vitaminer, är allmänt sett av samma karaktär som det avtal som analyserats ovan.

De två avtalen är sinsemellan olika på så sätt att i inledningen till det avtal som avser E-vitaminer återfinns en förklaring om att "Roche inom kort skall genomföra en avsevärd utökning av sina anläggningar för produktionen av E-vitamin och därför önskar svara för de regelbundna leveranserna till Merck", medan avtalet om A-vitaminer inte innehåller någon förklaring av detta slag.

De två avtalen av den 3 mars 1972 innehåller – till skillnad från avtalet av den 5 juli 1971 – inga bestämmelser om dubbelsidiga exklusiva inköp, men däremot en klausul enligt vilken Merck skall befrias från sin exklusiva inköpsförpliktelse om Merck erhåller ett fördelaktigare erbjudande och Roche inte anpassar sina priser i förhållande till detta.

De två avtalen innehåller slutligen ett förbud för Merck att utan Roches tillstånd till Roches konkurrenter återförsälja de vitaminer som omfattas av avtalen.

- 115 Av de särdrag som beskrivits ovan framgår att Mercks exklusiva inköpsförpliktelser såvitt avser B₆- och E-vitaminerna har till syfte att i förväg tillförsäkra Roche en fast avsättning för en produktion som enligt planerna skulle utökas och att i vart fall undandra en icke obetydlig del av denna produktionsökning från risken att utsättas för konkurrens.

En exklusiv inköpsförpliktelse av denna karaktär och med denna varaktighet till förmån för ett företag med dominerande ställning innebär ett missbruk från detta företags sida i den mening som avses i artikel 86 i fördraget.

Även om samma syfte inte uttryckligen framgår vad gäller A-vitaminet och även om det inte är uteslutet att avtalet i fråga – vilket ett flertal stränga tekniska specificeringar i avtalstexten låter antyda – motsvarar Mercks önskan att försäkra sig om regelbundna och beständiga leveranser av en produkt som Merck själv endast tillverkade i små mängder, så ändrar emellertid detta ingenting i det förhållandet att det är förbjudet för ett företag med dominerande ställning att, särskilt under så långa tidsperioder som de som anges i avtalet i fråga, binda sina köpare genom exklusiva inköpsförpliktelser.

Den exklusiva inköpsförpliktelser i förening med de särskilt omfattande rabatterna, som efter omständigheterna uppgår till 12,5–20 procent (A-vitamin), 15–20 procent (E-vitamin) och 20 procent (B₆-vitamin), samt förbudet mot återförsäljning till vitamintillverkare visar avsikten att begränsa konkurrensen.

116 Det skall anmärkas att i fall som de förevarande, särskilt vad gäller avtalet av den 5 juli 1971 som innehåller dubbelsidiga exklusiva inköpsförpliktelser, den frågan kan ställas om inte det omtvistade beteendet omfattas av artikel 85 i fördraget och i förekommande fall av punkt 3 i denna artikel.

Det förhållandet att avtal av detta slag kan omfattas av artikel 85 och särskilt av punkt 3 i denna innebär emellertid inte att en tillämpning av artikel 86 är utesluten. Den senare bestämmelsen avser nämligen uttryckligen sådana förhållanden som uppenbart härrör ur avtalsförbindelser. I dessa fall står det kommissionen fritt att, särskilt med hänsyn till de dubbelsidiga förpliktelsernas karaktär och de olika kontrahenternas konkurrensläge på marknaden eller marknaderna, genomföra förfarandet på grundval av antingen artikel 85 eller 86.

b) Avtalen med Unilever

117 Roche ingick den 9 januari 1974 tre avtal med Unilever.

118 I det första av dessa avtal, som ingicks mellan Food Industries Ltd., i egenskap av ombud för Unilever, och Roches dotterbolag i Förenade kungariket, uppskattas först och främst köparens behov av syntetiska A-vitaminer, typ B, till 130–134 tusen miljarder (m.m.) internationella enheter för året 1974.

Vidare föreskrivs att avtalet gäller även för året 1975 och att köparen till följd härav senast i december 1974 skall meddela sitt beräknade behov.

Det andra avtalet, som ingicks mellan samma parter, avser leveranser av andra A-vitaminer än typ B och innehåller i övrigt samma bestämmelser som det första avtalet.

Det tredje avtalet ingicks direkt mellan Roche i Basel och Unilever Inkoop Mij i Rotterdam. Det innehåller en bestämmelse enligt vilken 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 I de tre avtalen anges de avtalade priserna, vilka i avtalet med Food Industries Ltd. för övrigt kompletteras med en växelkursklausul.

I de tre avtalen föreskrivs inga rabatter. De två avtalen med Food Industries

innehåller dock en försäkran av Roche om att i förhållande till Unilever tillämpa varje fördelaktigare pris som Roche tillämpar i förhållande till tredje man. I avtalet för kontinenten föreskrivs däremot att Roche, om Unilever får fördelaktigare anbud från någon konkurrent, skall leverera till detta pris eller tillåta köparen att köpa den ifrågavarande kvantiteten hos konkurrenten.

- 120 Som avtalen är avfattade råder det inget tvivel om att dessa avser att under åren 1974 och 1975 täcka Unilevers samlade behov av ifrågavarande vitaminer.

Eftersom det rör sig om avtal med en formell exklusiv inköpsförpliktelse, är frågan huruvida avtalen dessutom föreskriver några rabatter inte avgörande för hur avtalen skall betraktas i förhållande till artikel 86 i fördraget.

Det faktum att Roches avtalspart själv är ett mäktigt företag och att avtalet helt klart inte är resultatet av påtryckningar som Roche utövat mot sin avtalspart, utesluter inte förekomsten av ett missbruk av dominerande ställning när missbruket i detta fall består i det ytterligare ingrepp i konkurrensstrukturen som följer av skyldigheten att endast köpa från Roche, på en marknad där konkurrensen redan är försvagad på grund av närvaron av ett företag med dominerande ställning.

Avtal av detta slag kan endast vara tillåtna i enlighet med och under de villkor som anges i artikel 85.3 i fördraget. Emellertid har ingen av avtalsparterna ansett det påkallat att använda sig av denna möjlighet.

- 121 Vid genomgången av de omtvistade avtalen med Merck respektive Unilever har inte framkommit någon särskild omständighet som skulle kunna medföra att avtalen i fråga inte faller in under missbruksbegreppet, som i princip omfattar varje exklusiv inköpsförpliktelse till förmån för ett företag som har en dominerande ställning.

III - Påverkan på konkurrensen och handeln mellan medlemsstater

- 122 Sökanden har förnekat att de prisskillnader som denne genom trohetsrabatter tillämpar på sina olika kunder beroende på om dessa accepterar att köpa uteslutande hos Roche eller inte, innebär att dessa får en konkurrensnackdel i den mening som avses i artikel 86 c i fördraget. Denna skillnad kan nämligen enligt sökanden inte ha någon märkbar verkan på den inbördes konkurrensen mellan Roches kunder.

Roche synes i repliken vidare ha hävdatt att det beteende som Roche kritiseras för inte är av beskaffenhet att kunna påverka handeln mellan medlemsstater.

- 123 Vad beträffar den första punkten framgår det klart av såväl de omtvistade avtalens ordalydelse som av övervägandena i Management Informations och protokollet från mötet mellan Unilever och Roche i London den 11 december 1972 vilken betydelse Roche själv tillmäter de beviljade rabatterna.

Under dessa förhållanden kan det inte antas att dessa rabatter saknar betydelse för kunderna.

Eftersom det dessutom är fråga om ett beteende av ett företag som har en dominerande ställning på en marknad där konkurrensstrukturen redan av detta skäl är försvagad, kan inom tillämpningsområdet för artikel 86 varje ytterligare begränsning av denna konkurrensstruktur utgöra missbruk av en dominerande ställning.

- 124 Vad gäller påverkan på handeln mellan medlemsstater står det först och främst klart att marknaden för var och en av de aktuella vitaminerna omfattar gemenskapens hela territorium, bestående av först sex och senare nio medlemsstater.

- 125 Förbudet i artikel 85 och 86 skall tolkas och tillämpas mot bakgrund av artikel 3 f i fördraget, där det föreskrivs att gemenskapens verksamhet skall innefatta upprättande av en ordning som säkerställer att konkurrensen inom den gemensamma marknaden inte snedvrids, och artikel 2 i fördraget, där gemenskapen ges i uppgift att "främja en harmonisk utveckling av den ekonomiska verksamheten inom gemenskapen som helhet".

Genom förbudet i artikel 86 mot missbruk av en dominerande ställning på marknaden i den mån det kan påverka handeln mellan medlemsstater åsyftas följaktligen inte endast förfaranden varigenom konsumenterna direkt kan skadas utan även sådana förfaranden som indirekt skadar dessa genom att de innebär ingrepp i en sådan effektiv konkurrensstruktur som avses i artikel 3 f i fördraget.

- 126 För övrigt innebär vissa av de engelska klausulerna redan genom sin ordalydelse ett upprätthållande av marknadernas avskärmning, särskilt genom att göra det möjligt att tillämpa olika priser från en medlemsstat till en annan. Detta konstaterande bekräftas av det ovan redan nämnda förhållandet att

variationerna i pris för en och samma vitaminsort under samma tidsperiod märkbart skiljde sig åt från en medlemsstat till en annan.

- 127 Av det ovan anförda följer att det omtvistade beteendet kunde påverka såväl konkurrensen som handeln mellan medlemsstater.

Fjärde grunden: Böterna

a) Påföljdsreglernas obestämda karaktär

- 128 Sökanden har gjort gällande att begreppen "en dominerande ställning" och "missbruk" av en sådan ställning i artikel 86 i fördraget är så allmänt hållna och obestämda till sin karaktär, att kommissionen inte kan ålägga Roche några böter för överträdelse av denna bestämmelse förrän dessa begrepp har blivit så konkretiserade genom myndighetspraxis eller rättspraxis att de enskilda rättssubjekten vet vad de har att rätta sig efter.

- 129 Enligt artikel 87 i fördraget åligger det rådet att anta de bestämmelser som behövs särskilt för att "genom införande av böter och viten säkerställa att de förbud som anges i artiklarna 85.1 och 86 iaktas".

För att genomföra denna bestämmelse antog rådet förordning nr 17 av den 6 februari 1962, i vars artikel 15.2 föreskrivs att kommissionen får ålägga företag och företagssammanslutningar böter upp till ett visst i bestämmelsen närmare angivet belopp om de uppsåtligen eller av oaktsamhet överträder bestämmelserna i artikel 85.1 eller artikel 86 i fördraget.

Å andra sidan kan kommissionen enligt artikel 2 i samma förordning "efter ansökan av berörda företag eller företagssammanslutningar fastslå att det på grundval av de omständigheter som kommit till dess kännedom inte finns anledning för den att ingripa med stöd av fördragets artikel 85.1 eller artikel 86 mot ett avtal, beslut eller förfarande".

- 130 Företagen har således alltsedan 1962 kännedom om å ena sidan att de riskerar böter om de överträder förbuden i artikel 86 och å andra sidan att de genom ett speciellt förfarande kan få klarhet i dessa förbuds tillämpningsområde såvitt angår dem.

Dessa förbuds karaktär och de förutsättningar som måste vara uppfyllda för att förbuden skall tillämpas är för övrigt, trots den med nödvändighet allmänt

hållna lydelsen av artikel 86, inte som sökanden hävdat obestämda och oförutsebara.

131 På grund av sin tidigare tillämpning var artikel 86 i fördraget under 1970–1974, dvs. under den period som ligger till grund för kommissionens beslut om böter, vad innehållet beträffar utan tvekan tillräckligt bestämd för att Roche på ett adekvat sätt skulle kunna ta hänsyn till denna artikel i sitt beteende vad gäller både Roches dominerande ställning och dess kritiserade förfaranden.

132 Artikel 86 ingår, försåvitt den avser förekomsten av en dominerande ställning och förbudet mot missbruk av denna, i ett system med bestämmelser – som t. ex. artiklarna 3 f, 37.1, 40.3 andra stycket, 85 och 90 i fördraget – vilka alla har till syfte upprättandet av en effektiv och icke snedvriden konkurrens på en marknad som uppvisar sådana kännetecken som är karaktäristiska för en enhetlig marknad.

Vid användandet av uttrycken ”dominerande ställning” och ”missbruk”, hänvisas i artikel 86 till begrepp som inte är nya, utan som i det väsentliga i de flesta medlemsstaterna redan har konkretiserats genom praxis som utformats av de myndigheter som har ansvar för att kontrollera och bekämpa konkurrensbegränsande beteenden.

133 Vad särskilt gäller begreppet dominerande ställning kan det för en förständig näringsidkare inte råda något tvivel om att innehavet av betydande marknadsandelar, även om detta inte nödvändigtvis och alltid är det enda avgörande indiciet på att det föreligger en dominerande ställning, dock har en i detta avseende avsevärd betydelse som näringsidkaren med nödvändighet måste ta hänsyn till när det gäller hans beteende på marknaden.

Vid en sådan bedömning av räckvidden hos artikel 86 förelåg för Roches del, i vart fall beträffande flertalet av de relevanta marknaderna, inget inslag av oförutsebarhet eller ens befogad osäkerhet.

134 Vad gäller trohetsrabatternas förenlighet med förbudet i artikel 86 var tillämpningen av denna bestämmelse på ett sådant system med exklusiva inköp och rabatter som utarbetats av sökanden inte oförutsebar. För detta talar inte endast de erfarenheter som varje företag av sökandens storlek som är verksamt på hela den gemensamma marknaden måste ha av praxis hos de myndigheter i medlemsstaterna som ansvarar för tillämpningen av konkurrensrätten, utan även de tydliga formuleringarna i artikel 86 b om begräns-

ning av marknader, i artikel 86 d om förbud mot att ställa som villkor för att ingå avtal att den andra parten åtar sig ytterligare förpliktelser som inte har något samband med föremålet för avtalet och särskilt i artikel 86 c om tillämpning av olika villkor för likvärdiga transaktioner med vissa handelspartner.

Det kan så mycket mindre vara tal om en oförutsebarhet som en uppmärksam näringsidkare måste räkna med om inte sannolikheten så åtminstone möjligheten av att artikeln var tillämplig, och artikel 2 i förordning nr 17 tillät ett klagande på förhand av om artikel 86 var tillämplig på tveksamma fall. Sökanden fann sig dock inte böra utnyttja denna möjlighet för att uppnå den rättssäkerhet som sökanden nu klagat över att ha varit i avsaknad av.

- 135 Sökanden har slutligen åberopat kommissionens beslut av den 5 december 1969 (EGT nr L 323, s. 21, fransk version; vid översättningen fanns ingen svensk version att tillgå) i ett förfarande enligt artikel 85 i EEG-fördraget (IV-24.470-1, Pirelli/Dunlop).

Enligt sökanden framgår det av detta beslut att dubbelsidiga exklusiva inköpsavtal är tillåtna om de innehåller en engelsk klausul.

- 136 Det åberopade beslutet avsåg ett avtal om framställning av däck för ömsesidig räkning mellan två företag utan dominerande ställning på marknaden. Avtalet syftade till att underlätta de två parternas inträde på varandras marknader.

Dessutom var klausulen om anpassning av priserna i avtalet mellan Dunlop och Pirelli inte försedd med sådana talrika begränsningar och villkor som återfinns i de omtvistade avtalen och som i högsta grad begränsar denna klausuls räckvidd.

Ett företag med dominerande ställning kunde inte rimligtvis anta att ett under dessa omständigheter lämnat icke-ingripandebesked kunde tjäna som prejudikat för att rättfärdiga företagets egna beteende inom ramen för artikel 86.

- 137 Av dessa överväganden följer att den grund som stöder sig på att begreppen i artikel 86 har en obestämd karaktär inte kan godtas.

b) Tillämpningen av artikel 15 i förordning nr 17

- 138 Sökanden har vidare gjort gällande att det av handlingarna i målet samman-

tagna och av sökandens beteende framgår att dess handlande inte kan betraktas som uppsåtligt eller ovarsamt, eftersom sökanden för det första inte ansåg sig ha en dominerande ställning på de relevanta marknaderna och för det andra ansåg att de omtvistade avtalen var förenliga med artikel 86 i fördraget.

- 139 Förslagen och anvisningarna i Management Information och de övriga interna handlingarna angående betydelsen och de förväntade verkningarna av exklusivavtal och av ett trohetsrabattssystem för att bibehålla Roches marknadsandelar, visar att sökanden uppsåtligt följde en affärsstrategi som syftade till att förhindra nya konkurrenters tillträde till marknaderna.

Förekomsten av ett sådant uppsåt bekräftas av att antalet avtal som föreskriver exklusiva inköp eller innehåller ett incitament till detta har mångdubblats sedan 1970.

Dessutom följer det av storleken på sökandens marknadsandelar, i vart fall såvitt avser flertalet av vitaminingrupporna, att sökandens övertygelse om att sökanden inte hade en dominerande ställning endast kan vara resultatet av en otillräcklig undersökning av strukturen hos de marknader på vilka sökanden var verksam eller av en vägran att ta hänsyn till dessa marknadsstrukturer.

Förutsättningarna för en tillämpning av artikel 15 i förordning nr 17 var således uppfyllda.

c) Bötesbeloppets storlek

- 140 Av utredningen i målet framgår att kommissionen gjorde en felaktig bedömning såvitt avser sökandens dominerande ställning på marknaden för vitaminerna i grupp B₃.

För övrigt har kommissionen angående de marknadsandelar som skulle visa att det förelåg en dominerande ställning lämnat ingående upplysningar endast för åren 1972, 1973, 1974 och i viss utsträckning för året 1971. Den period under vilken överträdelsen skall anses ha pågått och som skall beaktas vid fastställandet av bötesbeloppets storlek skall därför reduceras till något mer än tre år och understiger alltså de fem år som kommissionen tagit hänsyn till.

Slutligen står det klart att Roche redan under det administrativa förfarandet förklarat sig beredd att ändra de omtvistade avtalen och faktiskt har ändrat dem i samråd med kommissionens enheter.

- 141 Med beaktande av dessa omständigheter bör bötesbeloppet sättas ned. Det bör lämpligen fastställas till 200 000 beräkningsenheter eller 732 000 tyska mark, medan sökandens talan i övrigt skall ogillas.

Rättegångskostnader

- 142 I enlighet med artikel 69.2 i rättegångsreglerna skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats.

I enlighet med artikel 69.3 kan domstolen besluta att vardera parten skall bära hela eller del av sin kostnad, om parterna ömsom tappar målet på en eller flera punkter eller om särskilda omständigheter motiverar det.

Parterna har ömsom tappat målet på vissa punkter. Vardera parten bör därför bära sin kostnad.

På dessa grunder beslutar

DOMSTOLEN

följande:

- 1) Det bötesbelopp på 300 000 beräkningsenheter eller 1 098 000 tyska mark som Hoffmann-La Roche & Co. AG ålagts i artikel 3 första stycket i kommissionens beslut (IV-29.020) av den 9 juni 1976 sätts ned till 200 000 beräkningsenheter eller 732 000 tyska mark.
- 2) Sökandens talan i övrigt ogillas.
- 3) Vardera parten skall bära sina rättegångskostnader.

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

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 13 februari 1979.

A. Van Houtte
justitiesekreterare

H. Kutscher
ordförande

INNEHÅLLSFÖRTECKNING

Domskäl

Problemställningen
Första grunden: Överträdelse av principen att regler om påföljd skall vara bestämda till sin karaktär och förutsebara
Andra grunden: Det administrativa förfarandets brister
Tredje grunden: Överträdelse av artikel 86 i fördraget
I — Frågan om förekomsten av en dominerande ställning
Avsnitt 1: Avgränsningen av de relevanta marknaderna
Avsnitt 2: De relevanta marknadernas struktur
Avsnitt 3: Betydelsen av de indicier med stöd av vilka kommissionen fann att det förelåg en dominerande ställning
Avsnitt 4: Tillämpningen av de relevanta kriterierna på de olika vitamingrouperna
a) A-vitamingruppen
b) B ₂ -vitamingruppen
c) B ₃ -vitamingruppen
d) B ₆ -vitamingruppen
e) C-vitamingruppen
f) E-vitamingruppen
g) H-vitamingruppen
h) Sammanfattning
Avsnitt 5: Sökandens beteende på marknaden
II — Förekomsten av missbruk av en dominerande ställning
Avsnitt 1: Inledande överväganden
Avsnitt 2: Genomgång av de omtvistade avtalen
Avsnitt 3: Rubriceringen av de exklusiva inköpsförpliktelserna och rabattsystemen i förhållande till artikel 86 i fördraget
Avsnitt 4: De omtvistade rabatternas karaktär
a) Avtalen med enhetliga rabatter
b) Avtalen med progressiva rabatter
Avsnitt 5: Den engelska klausulen

Avsnitt 6: De beaktade kriteriernas tillämpning på de omtvistade avtalen (utom såvitt avser avtalen med Unilever och Merck)

Avsnitt 7: De beaktade kriteriernas tillämpning på avtalen med Merck och Unilever

a) Avtalen med Merck

b) Avtalen med Unilever

III — Påverkan på konkurrensen och handeln mellan medlemsstater

Fjärde grunden: Böterna

a) Påföljdsreglernas obestämda karaktär

b) Tillämpningen av artikel 15 i förordning nr 17

c) Bötesbeloppets storlek

Rättegångskostnader